الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Université Abou Bekr Belkaid
Tlemcen Algérie

جامعة أبي بكر بلقايد
تلمسان الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء

مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون الطبي

من إعداد الطالب:

برني نذير

تحت إشراف الأستاذ:

د. عبد الكريم مأمون

لـــجنة المناقشة :

– أ.د. شكري قلفـــاط	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيســـــا
– د. عبد الكريم مأمون	أستـــاذ محاضر (أ)	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
– أ.د. ديـــدن بوعـــزة	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2012-2011

قال الله تعالى :□

﴿ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ

فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا ﴾

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى :

والدي العزيزين حفظهما الله و رعاهما

إلى كل أفراد عائلتي .

وإلى أصدقائي و زملائي : قوبعي بلحول وطربجات إسماعيل

و حوالف عبد الصمد .

شكر وتقدير

أتقدم بخالص شكري و تقديري لأستاذي الفاضل د . مأمون عبد الكريم

لقبوله الإشراف على هذه المذكرة وعلى توجيهاته السديدة وإرشاداته القيمة،

فالله سبحانه وتعالى أسأل أن يمنحه الصحة و العافية و أن يجزيه خير جزاء .

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان العظيم إلى أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذين الكريمين أ .د .شكري قلفاط و أ .د . ديدن بوعزة

اللّذين تفضلا بقراءة وتقويم هذه المذكرة.

و إلى كل الأساتذة والموظفين بكلية الحقوق الذين ساهموا بجهودهم الكبيرة

في إنجاح عملية التأطير والتكوين طوال السنة الجامعية.

إلى كل هؤلاء، شكرا جزيلا.

مقدمة :

إن مبدأ حرمة الكيان الجسدي و حصانته يعد واحدا من أهم مبادئ حقوق الإنسان و قد تم تجسيد هذا المبدأ في مختلف الأنظمة الداخلية و الإتفاقيات الدولية بدأ بالدستور الذي نصت المادة 34 منه أن الدولة "تضمن عدم إنتهاك حرمة الإنسان كما يحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة الإنسان" كما نصت المادة 35 منه على أنه "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية"[1].

و من جهتها تضمنت المواثيق الدولية العديد من الأحكام التي تحمي الحق في سلامة الجسم و مثال ذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية الذي نصت المادة السابعة منه أنه "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب و لا للمعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة و على وجه الخصوص لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر"[2].

و بالرجوع إلى القوانين الداخلية ، يتبين أنها تضمنت هي الأخرى العديد من النصوص التي تحمي هذا الحق ، سواء من الإنتهاكات العمدية أو غير العمدية التي تطاله، و لا تقتصر الحماية القانونية للجسم بمفهومه الضيق، أي جسم الإنسان الحي، بل يمتد نطاق الحماية إلى الجسم البشري بمفهومه الواسع أي في مختلف أطوار تطوره البيولوجي.

و يمر تطور الجسم من الناحية البيولوجية بثلاثة مراحل أساسية، تبدأ بمرحلة التكوين أي منذ اللحظة التي يبدأ فيها تكون الجنين ثم إلى يمر إلى مرحلة الإنسان الحي ثم يتحول الجسم في النهاية إلى جثة بعد مفارقة الروح له. وقد إهتم القانون بكل مرحلة وخصص لكل منها حماية جزائية[3].

أما في ما يخص المرحلة الأولى، فإن الجنين يتمتع بحماية جزائية منذ اللحظة التي يتم فيها تلقيح بويضة المرأة بالحيوان المنوي للرجل، و تمتد تلك الحماية إلى غاية تمام نضج الجنين بحيث يكون قابلا للحياة و الولادة و قد جرم القانون أعمال الإجهاض، سواء تمت من طرف المرأة

---

[1]- الدستور الجزائري ، إعلان مؤرخ في 01 ديسمبر 1996 ، يتعلق بنتائج الإستفتاء على الدستور ، (ج. ر. 76) ، بتاريخ 28 نوفمبر 1996

[2]- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية ، إعتمد و عرض للتوقيع و التصديق و الإنضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ، بتاريخ 16 ديسمبر 1966 ، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 مايو 1989، (ج.ر. 20)، بتاريخ 17 مايو 1989، النص الكامل للعهد الدولي منشور في ، (ج.ر.20)، بتاريخ 26 فبراير 1997.

[3] - J-F. Seuvic, *Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées*, *in* « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze » sous la direction de Ph. Pedrot, Economica, 1999, p. 369.

نفسها أو من طرف الغير، كما جرم أيضا التحريض على الإجهاض و جميع الأعمال التي من شأنها المساس بسلامته و تعيق تطوره و نموه[1].

و في ما يخص المرحلة الثانية ، فهي المرحلة التي تبدأ منذ اللحظة التي يستقل فيها الجنين عن أمه بخروجه التام من الرحم ، فيصبح للشخص وجود من الناحية القانونية و يتمتع بذلك بكيان جسدي مستقل و شخصية قانونية، و منذ تلك اللحظة تبدأ الحماية القانونية له للكيان الجسدي للإنسان ككائن مستقل.

و يعتبر حق الإنسان في السلامة البدنية من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد أثناء حياته ، غير أن هذا الحق ليس خالصا للفرد بل إن له جانبا إجتماعيا أيضا[2]. و قد حرص المشرع حمايته من مختلف صور الإعتداءات مثل الضرب و الجرح العمد و الضرب المفضي إلى عاهة مستديمة و التعذيب و إعطاء المواد الضارة... إلخ.

و يقسم الفقه الحق في سلامة الجسم إلى ثلاثة عناصر ، أولها حق الإنسان في أن تسير وظائف أعضاء جسمه سيرا طبيعيا . فإذا ما تم الإخلال بأي من هذه الأعضاء أو وظائفها يعد ذلك العمل إنتهاكا للحق في سلامة الجسم و قد يكون الإخلال بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء فسيولوجي، كما هو الحال في بتر أحد الأعضاء أو جزء منه أو بتعطيل منفعته، و قد يكون سيكولوجيا. أما الركيزة الثانية التي يقوم عليها مضمون الحق في سلامة الجسم، فتتمثل في الحق في التكامل الجسماني إذ لا يجوز نقض التكامل النسيجي و البنيوي للجسم البشري، بغض النظر عن مقدار و قوة الفعل الذي من شأنه نقض ذلك التكامل، من حيث جسامة الضرر الذي يلحق بالجسم نتيجة الإعتداء. فكل ما من شأنه إحداث مثل هذا النقض في البنيان الجسدي يشكل في نظر القانون فعلا غير مشروع يستوجب المساءلة القانونية الجزائية، وفقا لما يسفر عنه السلوك الماس بالتكامل الجسماني من نتيجة إجرامية، تتحدد بمقتضاها العقوبة الواجبة التطبيق. أما بالنسبة للعنصر الثالث المشكل لمضمون الحق في سلامة الجسد، يتمثل في حق الإنسان في أن يتحرر من الآلام البدنية، و هذا يعني أن كل ما من شأنه إحداث آلام يستشعر المجني عليه يعد إعتداء على حقه في سلامة جسمه و لو لم يؤدي السلوك الذي أحدث الألم إلى إخلال بالسير الطبيعي لوظائف

---

[1]- المواد 304 و ما يليها من الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، (ج.ر. 49)، المعدل والمتمم.

[2]- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد ، في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى 2003، ص 70.

الأعضاء. و كذلك يظل مثل هذا الفعل غير مشروع و لو لم ينجم عنه أي نقص في التكامل الجسماني للمجني عليه[1].

أما في ما يخص المرحلة الثالثة التي يمر عليها الإنسان ، فهي مرحلة ما بعد الوفاة بحيث يتحول الإنسان إلى جثة و تنتهي بالتالي شخصيته القانونية و بالرغم من ذلك تبقى للجثة حرمة خاصة لتعلقها بذاكرة الميت و روحانيته، و يترتب على ذلك واجب إحترام الشخص الذي كانت تمثله[2]. و قد جرم المشرع الأعمال التي يمكن أن تمس حرمة الجثة و المقابر و المدافن كما جرم أيضا التنكيل بها و إخفاءها[3]. و لا تقتصر الحماية القانونية للجثة إلى الجثة في حد ذاتها ، بل تمتد الحماية إلى جميع أجزائها فالأجزاء المنفصلة عنها و جميع بقيا الشخص، التي يجب إحترامها أيضا حرصا على كرامة الإنسان[4].

هذا و يمكن القول أنه بإسقراء مجمل النصوص القانونية التي تحمي الجسم بمختلف أطواره، يبين أن المشرع أخذ بمبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان بمفهومه الجامد، و هذا التوجه منطقي في نظري إذا تتبعنا الأصول التاريخية لقانون العقوبات الجزائري الذي صدر بموجب الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـــ 08 يونيو 1966. هذا الأخير الذي أخذ مجمل أحكامه ومبادئه من قانون العقوبات الفرنسي الذي كان مطبقا في الجزائر آنذاك، و إستنادا على ذلك فإن جل الجرائم الماسة بالأفراد التي تضمنها مستنبطة من تقنين العقوبات القديم الصادر سنة 1810، وأنه في الوقت الذي صدر فيه هذا القانون لم يكن مستوى التقدم العلمي، خاصة في المجال الطب والبيولوجيا، قد بلغ المستوى الذي بلغه في العصر الحالي.

---

[1] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 178 و ما يليها.

[2]- A.Ossoukine, *L'Ethique biomédicale*, 2ème édition, OPU 2007, p.161.

و في ما يخص الحماية الجزائية المقررة للجثة يقول البروفيسور Jean SAVATIER :

"Après le décès, l'intégrité physique du corps humain n'est pas protégée de la même manière que s'il s'agissait d'une personne vivante. L'élément matériel des infractions d'homicide ou de coups et blessures a disparu. Le cadavre n'est pas une personne. S'il doit être protégé, c'est seulement par respect pour l'esprit qui l'a animé et qui avait, sur le destin de l'homme après sa mort, des croyances impliquant une certaine attitude envers sa dépouille, ou encore par respect pour tous ceux qui aimaient la personne disparue, et dont l'affection demeure attachée à ses restes. Mais la société n'est pas aussi intéressée à la protection des cadavres qu'à la protection de la vie et de l'intégrité physique des personnes."

Les prélèvements d'organes après décès, in *Problèmes juridiques, médicaux et sociaux de la mort*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas 1979, p.30.

[3]- المواد 150، 151 ، 152 ، 153 ، 154 ، من قانون العقوبات.

[4]- بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، على ضوء القانون الطبي الجزائري و الفتاوى الطبية المعاصرة، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2007، ص 107.

ورغم ذلك فالأعمال الطبية كانت منذ القدم و تزال من الأعمال المباحة ، بالرغم من مساسها بحصانة الجسم مباشرة و أن سبب إباحتها يرتكز على الأهداف النبيلة التي تسعى إلى تحقيقها و هي شفاء المريض و تخليصه من الأمراض و الآلام[1] ، شرط إتباع القواعد الخاصة بممارسة الطب المتمثلة في الترخيص القانوني لمزاولة المهنة و رضاء المريض و الغرض العلاجي و إتباع الأصول الفنية المتعارف عليها. و هي الشروط التي أخذ بها قانون حماية الصحة و ترقيتها[2] وكذا المرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب[3].

غير أنه منذ منتصف القرن العشرين شهدت العلوم الطبية تطورا مذهلا، بحيث تمكن العلماء من تحقيق العديد من الإنجازات على الصعيد العلمي. حيث ظهرت عمليات نقل و زرع الأعضاء والتلقيح الصناعي و تغيير الجنس و المساعدة الطبية على الإنجاب و إستعمال الجينات البشرية في تغيير الصفات الوراثية وصولا إلى الإستنساخ البشري.

و إذا كانت تلك الإكتشافات الطبية الهائلة قد ساعدت في علاج الكثير من الأمراض المستعصية والإعاقات التي عجز الطب على إيجاد دواء لها ، إلا أنها من جهة أخرى أفرزت بعض الممارسات غير الأخلاقية بحيث أصبحت أكثر خطورة و تأثيرا على حياة الإنسان و سلامته الجسدية. كما تعد تلك الممارسات خروجا على القواعد القانونية التقليدية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في الحياة و في سلامة و تكامله.

وهكذا وجد العلماء وفقهاء القانون أنفسهم أمام خيارات صعبة في محاولة إيجاد موازنة بين متطلبات الثورة البيولوجية الحديثة في مجال الطب والأبحاث العلمية من جهة، و ضرورة توفير الحد الأدنى من الإحترام الواجد للكيان المادي للإنسان من جهة أخرى. وفي خضم تلك المتغيرات في الأفكار بدأت المبادئ التي بنية عليها القواعد القانونية التقليدية للقانون الجنائي تنحصر تدريجيا، ومن بين المبادئ التي تأثرت بهذه الأفكار الجديدة ، مبدأ حرمة الكيان الجسدي بمفهومه الجامد و كذا مبدأ عدم جواز التنازل عن أي من المكونات الجسمانية ومبدأ إستقلالية الشخص وسيادته على كيانه المادي. وتم إستبدال هذه المبادئ بمبادئ أخرى أكثر ليونة و منها الحرمة النسبية للجسم

---

[1] P. Bruno, *recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse Droit Nancy, 1993, p 157.

[2]- القانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 ، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، (ج، ر.08). المعدل والمتمم بالقانون 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 (ج.ر.35) و القانون 98-09 المؤرخ في 19 غشت 1998 (ج.ر.61) و الأمر 06-07 المؤرخ في 15 يوليو 2006 (ج.ر.47) و كذا القانون 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 (ج.ر44).

[3] - مرسوم تنفيذي 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، (ج.ر. 52).

البشري وضرورة الحفاظ على الكرامة الإنسانية و حرية البحث العلمي و التجريب و المنفعة العلاجية والتكافل الإجتماعي[1].

و من جانب آخر بدأ الفقهاء ينادون بإعادة النظر في دور القاعدة القانونية بصفة عامة والقاعدة الجزائية بصفة خاصة، التي لا يجب أن لا تقف حائلا في طريق التقدم العلمي، بما يفيد الإنسان و يدفع عنه الضرر.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري، يتبين أن المشرع قد ساير التطور العلمي في مجال الطب والبيولوجيا و أخذ بالكثير من الممارسات الطبية الحديثة في قوانين متفرقة، التي أصبحت مشروعة من الناحية القانونية بالرغم من إمكانية مساسها بحرمة الجسم بمفهومه الضيق. و على سبيل المثال أخذ المشرع بالتلقيح الصناعي كوسيلة تهدف إلى المساعدة على الإنجاب و علاج حالات العقم وإستعمال عناصر الجسم في مواد الإثبات في المواد المدنية و الجزائية. كما أباح إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان و التشريح على الجثة بمختلف أنواعه الطبي و الجنائي. كما أخذ أيضا بتقنية نقل و زرع الأعضاء في علاج بعض الأمراض المستعصية.

و كان على المشرع عند سنه للتشريعات الجديدة ، محاولة إيجاد الموازنة بين متطلبات الثورة البيولوجية الحديثة في مجال الطب و البيولوجيا، و بين ضرورة توفير الحد الأدنى من الإحترام الواجب للكيان المادي للإنسان و الحفاظ الكرامة الإنسانية بشكل جديد يوائم متغيرات عصر العلم الحديث. و تبعا لذلك لم يأخذ المشرع هذه الممارسات على إطلاقها ، بل وضع لها عدة ضوابط لكي لا نتحرف على الأهداف النبيلة ، وفقا لما توصل إليه علم الأخلاقيات الإحيائية.

و من بين الأعمال الطبية المستحدثة التي أثارت الكثير من الجدل عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و الأنسجة. و يقصد بعمليات زرع الأعضاء " نقل عضو من المتبرع سواء كان هذا الأخير شخصا حيا أو ميتا إلى المستفيد، ليقوم مقام العضو التالف أو المتروع"[2].

و تتجلى أهمية عمليات نقل و زراعة الأعضاء في كونها كثيرا ما تساعد على إستمرار حياة الإنسان بعد إصابته بأمراض ظلت إلى وقت قريب مميتة. كما تساعد الإنسان على التخلص

---

[1]- P. Pedro, *La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales*, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze » sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999, p.51.

[2] - إدريس عبد الجواد عبد الله ، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل و زراعة الأعضاء بين الأحياء ،دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد، الإستكندرية، طبعة 2009، ص 45.

من الآلام و المعانات الناتجة عن بعض الأمراض أو إسترجاع عافيته على إثر توقف بعض أعضاء عن أداء وظائفها لأسباب مختلفة[1].

و قد تطورت عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في العالم بفضل تقنيات التخدير والتعقيم، بحيث تمكن العلماء خلال القرن التاسع عشر من أجراء عدة عمليات زرع الأعضاء والأنسجة مثل زرع الأمعاء و الجلد و العضلات و القرنيات و المثانة و نقل الدم.

فقد تمكن الأطباء من إجراء أول عملية زراعة للقلب سنة 1967 في جنوب إفريقيا، على يد الطبيب برنارد الذي قام نقل قلب إمرأة توفيت نتيجة حادث مرور إلى رجل كان يعاني من مرض خطير . أما زرع الكلى فقد ظهر سنة 1953 على يد الطبيب هامبرجر. إلا أن العملية التي أجراها هذا الأخير لم تنجح. و في سنة 1954 قام الطبيب موراي بأول عملية ناجحة للكلية من توأم . أما في ما يخص بالكبد فقد كان الجراح الأمريكي توماس ستارزل أول من قام بعملية زرعه سنة 1963 إلا أنها باءت بالفشل، و في العام الموالي قام الطبيب ولش بعملية زرع كبد لمريض الذي عاش بعد العملية حوالي أسبوعين ثم توفي. و خلال سنوات الثمانينيات بدأت عمليات نقل و زرع الأعضاء في الإنتشار بشكل كبير، بحيث تمكن الأطباء من إجراء العديد من العمليات الناجحة، ويرجع الفضل في ذلك إلى إكتشاف عقار السيكلوسبورين عام 1980 و بموجبه يمكن مساعدة العضو الغريب المزروع على البقاء في جسم المريض، كما يثبت الجهاز المناعي للجسم حتى لا يرفض العضو[2].

أما في الجزائر، فإن المشرع لم يتطرق إلى مسألة التبرع بالأعضاء البشرية و الأنسجة ضمن أحكام قانون الصحة العمومية الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1976[3]، إلا أن عمليات نقل و زرع

---

[1]- و نظرا لأهمية عمليات نقل و زراعة الأعضاء في المجال الصحي، جعلها المشرع الفرنسي من الأولويات الوطنية، بحيث نصت المادة L. 1231-1 A من قانون الصحة العمومية أنه:

« Le prélèvement et la greffe d'organes constituent une priorité nationale. », Ordonnance n°2000-548 du 15 juin 2000, *relative à la partie législative du code de la santé publique*, JORF du 22 juin 2000, pp. 9340-9342.

[2]- سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى 2004، ص 12 و ما يليها.

[33]- غير أن هذا القانون تطرق إلى مسألة الإستفادة من الجثة و الأعضاء البشرية للموتى لأغراض علمية ، بحيث نصت المادة 230 منه على أنه:" مع مراعاة أحكام قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بالتشريح الطبي الشرعي، يرخص بالتشريح ذي الطابع العلمي و التشريح المتعلق بالتدريس الطبي **و أخيذات الأعضاء**، يتم ذلك وفقا للكيفيات التي تحدد بموجب قرار وزاري مشترك".و لم تتطرق المادة إلى شرط الموافقة المسبقة للشخص المتوفى أو عائلته.

كما تناول الفصل السادس من الكتاب الخامس من القانون سالف الذكر إلى مسألة **"الإستعمال العلاجي لمنتجات بشرية المنشأ"**، إلا أن القانون حصر تلك الإستخدامات في الدم البشري و مشتقاته، دون التطرق إلى إستخدام منتجات الجسم الأخرى مثل الأنسجة و الخلايا و غيرها، سواء في الصناعات البيوتكنولوجية أو الإستفادة منها بهدف الزرع، بحيث نصت المادة 354 نفس القانون على أنه:" لا يجوز إستعمال الدم البشري و هيوله و مشتقاته إلا تحت المراقبة الطبية لأغراض علاجية طبية جراحية على وجه الدقة. بيد أن هذه

الأنسجة البشرية كانت تتم بالإستناد إلى فتوى فقهية للمجلس الإسلامي الأعلى[1]. و منذ صدور القانون 85-05 المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها، وضع المشرع الإطار القانوني لهذه العمليات، كما و وضع الشروط و الضوابط التي يتعين مراعاتها من قبل الطبيب قبل إجراء العملية[2].

و قد تشدد المشرع في وضع تلك الشروط نظرا لخطورة هذا النوع من العمليات، و تأثيراتها الجسيمة على حياة الأشخاص و سلامتهم، و الهدف من ذلك كله هو تجنب الإنحراف عن

=الأحكام لا تسري على المصول المضادة للجراثيم و السموم ذات المنشأ البشري و بصفة عامة المنتجات المدرجة في مدونة الأدوية"، و من جانبها كرست المادة 355 من نفس القانون مبدأ المجانية في إستخدامات الدم البشري و مشتقاته، بحيث نصت هذه الأخيرة على أنه:" تكون جميع العمليات المتعلقة بأخيذات الدم البشري و نقل الدم، **دون هدف مربح".** أمر رقم 76-79 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن قانون الصحة العمومية، (ج.ر. 101) بتاريخ 1976/12/19. ملغى بموجب المادة 267 من القانون 85-05 المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها.

[1] - فتوى المجلس الإسلامي الأعلى، بتاريخ 1972/04/20، منشورة في مجلة العصر، العدد الأول، بتاريخ 1990/09/04، ص 4.
و في نفس السياق، أبرز الدكتور محمد الشريف قاهر عضو المجلس الإسلامي الأعلى في المداخلة التي ألقاها في الملتقى الدولي حول التبرع بالأعضاء، التي احتضنته كلية الطب جامعة تلمسان بتاريخ 2011/10/29 تحت عنوان: " التبرع بالأعضاء، هبة الحياة"، الجوانب الدينية للتبرع بالأعضاء، موضحا بأن الشريعة الإسلامية لا تقف حائلا أمام تقدم العلم والمعرفة، وأن مسؤولية العلماء تكمن في توضيح المصالح في إطار قواعد الشريعة الإسلامية، و في ما يخص مسألة التبرع بالأعضاء أشار إلى أنها قضية حديثة في التشريع الإسلامي وفقه الفتاوى، و أن الشريعة الإسلامية لا تعارض إنتفاع الأحياء من أجساد الأموات في حالة الوصاية قبل الوفاة، و بحكم تقدم العلم و الحاجة الملحة التي يترجاها المجتمع فإن للعلماء و أهل الإختصاص الإجتهاد في الأمر كضرورة حتمية، كما أوضح أن الشخص الذي يقدم عضوا لأخيه الإنسان تبرعا وإحسانا يدخل في قوله تعالى: {ومن أحياها فكأنما أحيى الناس جميعا}، لأن مصلحة الحي تقتضي القيام بالحفاظ عليه دون المساس بحرمة الآخرين و أن الطب كفيل بتقرير المصلحة و المفسدة. مداخلة غير منشورة.

[2]- رغم الجهود التي تبذلها الدولة بهدف تطوير عمليات نقل و زرع الأعضاء بالجزائر، فإن واقع زرع الأعضاء يشهد تأخرا ملحوظا مقارنة مع ما تشهده مختلف دول العالم في ذات المجال، فمنذ صدور قانون حماية الصحة و ترقيتها سنة 1985 بقيت عدد حالات الزرع قليل جدا بالمقارنة مع عدد المرضى الذين يحتاجون إلى عملية الزرع. و في هذا الإطار كشف البروفيسور الطاهر ريان رئيس الجمعية الجزائرية لتصفية و زرع الكلى أن عدد المرضى الذين يعانون من القصور الكلوي المزمن بلغ 14.500 مريض يتابعون العلاج ضمن 250 مركز تصفية موزعة عبر التراب الوطني، و تسجل الجزائر سنويا حوالي 3500 حالة قصور كلوي جديدة، كما أشار أيضا إلى أنه منذ أول عملية زرع كلى تم إجراءها بالمستشفى الجامعي مصطفى باشا بتاريخ 1986/06/16 ، تم إجراء حوالي 950 عملية زرع كلى في كامل مستشفيات الوطن و يوجد حاليا 7000 مريض في قائمة الإنتظار. أما في ما يخص عمليات الإقتطاع من جثث الموتى دماغيا، لم يتم تسجيل سوى ثمانية عمليات زرع خلال 26 سنة، منها حالتين خلال سبعة سنوات الأخيرة، مما يدل أن أغلب عملية الزرع يتم إجراءها من قبل متبرعين أحياء. و من جانبه كشف البروفيسور بن منصور مصطفى رئيس مصلحة أمراض الكلى بالمستشفى الجامعي بتلمسان بالمداخلة التي ألقاها بالمتلقى الدولي حول التبرع بالأعضاء التي احتضنته كلية الطب جامعة تلمسان بتاريخ 2011/10/16، أنه منذ سنة 2003 تم إجراء 25 عملية زرع للكلى فقط منها 12 عملية خلال سنة 2011، و أن الولاية تحتاج إلى 600 إلى 700 زراعة كلى.
و بالنسبة إلى العقبات التي تحول دون الوصول إلى المعدل العالمي لعمليات الزرع في السنة، ترجع إلى عدة عوامل منها نقص عدد المتبرعين وهو السبب الذي يرجعه الخبراء إلى عدم تقبل الناس لفكرة التبرع بأعضائهم أو أعضاء ذويهم بعد الوفاة، نظرا لعوامل ثقافية و إجتماعية و سيطرت فكرة قدسية الجسم و نظرة المجتمع إلى الوفاة، بالرغم من الحملات الإعلامية للتوعية بأهمية التبرع لإنقاذ الأرواح. أما السبب الثاني يرجع إلى نقص الإمكانية و الأطباء المختصين خاصة إذا أخذنا بعين الإعتبار أن عمليات نقل و زرع الأعضاء من بين أدق و أصعب العمليات الجراحية في المجال الطبي بحيث تحتاج هذه الأخيرة إلى مهارات و إمكانيات كبيرة.
و من أجل إستدراك تلك النقائص، قامت وزارة الصحة و إصلاح المستشفيات ببعث البرنامج الوطني لزرع الأعضاء و كذا التفكير في إنشاء الوكالة الجزائرية لزراعة الأعضاء، تعمل بالتنسيق مع المعهد الوطني لأمراض الكلى المزمع إنشاءه أيضا. كما أن التفكير جاري في إعداد البطاقة الوطنية للمتبرعين و المستفيدين. و كذا إعادة النظر في النصوص القانونية المتعلقة بزرع الأعضاء ، بهدف توسيع دائرة المتبرعين الذي يسمح بنزع الأعضاء من الجثث بعد الحصول على موافقة المعنيين قبل الوفاة أو موافقة ذويهم من الدرجة الأولى أو الثانية، ما من شأنه الإسهام في تعميم عملية زرع مختلف الأعضاء لفائدة المرضى. أنظر، منتدى جريدة المجاهد حول التبرع بالأعضاء الذي إستضاف البروفيسور الطاهر ريان رئيس مصلحة أمراض الكلى بالمستشفى الجامعي ببني مسوس، بمناسبة اليوم العالمي للتبرع بالأعضاء المصادف 15 أكتوبر، منشور في جريدة المجاهد، بتاريخ 2011/10/17.

الأهداف التي شرعت من أجلها، و من خلال إستقراء تلك الأحكام يمكن الإستنتاج أن المشرع كان متخوفا منذ البداية من مسألة المتاجرة بالأعضاء، و هي جريمة خطيرة لم تكن معروفة من قبل تمسك التكامل الجسماني في صميمه، إلا أن ا الملاحظ أن المشرع بالرغم من ذلك لم يضع في المقابل نصوصا عقابية خاصة تردع كل من يرتكب تلك الأفعال، و قد دفع الإحساس لدى رجال القانون والباحثين في أخلاقيات العلوم الإحيائية بخطورة هذا الأمر و ما يمثله هذا النوع من العمليات من إنتهاك للسلامة الجسمانية للمتبرع إلى تسليط الأضواء على الشروط و الضوابط القانونية التي وضعها المشرع ، لكي يجد هذا النوع من الممارسات الطبية إطار مشروعيته.

كما طالبوا المشرع التدخل لدعم تلك الشروط بقواعد جزائية ردعية، ليكون أكثر فاعلية في مواجهة الممارسات غير المشروعة. و بذلك حاولت الكتابات التي تناولت الموضوع من ناحية القانون الصحي إبراز تلك الشروط و التركيز دائما على الدور الذي يمكن أن تلعبه في الحد من تضييق نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسم، الذي يعد إنحساره نتيجة طبيعية لإباحة عمليات التبرع بالأعضاء دون وجود مسوغ طبي يدعو لذلك من جانب المتبرع. و لعل أبرز هذه القيود التي يرى فيها رجال الفقه و أخلاقيات العلوم الإحيائية ضمانة من شأنها توفير الحد الأدنى من الحماية للمانح من عمليات الإقتطاع و وسيلة تضمن عدم إنحراف تلك العمليات عن مسارها الصحيح هو شرط الموافقة الواعية النابعة عن رضا حر و مستنير من المتبرع و كذا شرط المجانية.

في ما يخص الشرط الأول فإن المشرع ألزم الطبيب على أخذ موافقة كل من المتبرع والمستفيد قبل إجراء أية عملية إستئصال أو نقل لعضو حتى و لو كانت عملية النقل من جثة بل إشترطه أيضا في جميع الأعمال الطبية و الجراحية الأخرى. أما الشرط الثاني المتمثل في ضرورة خلو عمليات نقل الأعضاء من أي مقابل مادي أو منفعة، فإنه يهدف إلى تجنب المتاجرة بالأعضاء البشرية التي تجعل من جسم الإنسان مخزونا لقطع الغيار البشرية يمكن الإستفادة منها من قبل الأغناء على حساب الفقراء.

بالرغم من وضع تلك الشروط في قانون حماية الصحة و ترقيتها فإن الحماية الجزائية للجسم من الممارسات الطبية غير المشروعة المرتبطة بعمليات نقل و زرع الأعضاء، ظلت خاضعة إلى وقت قريب إلى القواعد الجزائية التقليدية فحسب، سواء بالنسبة إلى الأخطاء الطبية التي ترتكب من قبل الطاقم الطبي المكلف بإجراء عملية الزرع أو النقل، أو بالنسبة إلى الأخطاء العمدية

التي يتوافر فيها قصد الإيذاء مثل الجروح المفضية إلى بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة للمجني عليه.

وقد أخذت تلك الأفعال في العصر الحالي أبعادا خطيرة حيث إنتشرت ظاهرة المتاجرة الأعضاء البشرية و الأنسجة بشكل مخيف عبر العالم. و قد ساهم في إنتشار هذه الأنواع الجديدة من الجرائم العديد من العوامل المعقدة، أولها يتمثل في النجاح التي حققته عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في حد ذاتها، بحيث أثبت هذا النوع من الجراحة فعالية كبيرة في علاج الكثير من الأمراض المستعصية و الميؤوس من شفاءها. كما أسهم في ذلك تطور الوسائل التكنولوجية والجراحية و كذا وسائل حفظ الأعضاء، كما ساهم في إنتشار تلك الظاهرة الإجرامية إزدياد حاجة الناس إلى عمليات الزرع الذي يقابله قلة المتبرعين بالأعضاء، مما فتح الباب أمام المساومات والإستغلال. هذا بالإضافة إلى عوامل أخرى تتمثل في ضعف البينة الإقتصادية و الإجتماعية في بعض الدول، و عامل الفقر و البطاقة، و عدم الإستقرار السياسي، و النزاعات المسلحة عبر العالم، كل هذه العوامل تساهم في دفع الأشخاص إلى بيع أعضاءهم[1].

كما أخذت هذه الجريمة وجها أخرا في الفترة الأخيرة، بعدما أصبحت ترتكب من قبل جماعات إجرامية منظمة تمارس نشاطها الإجرامي بمختلف أنحاء العالم، مما إستقطبت الإهتمام الدولي بها، بحيث بحثت عدة مؤتمرات دولية هذا الموضوع كما تم وضع عدة إتفاقيات دولية للحد من هذه الظاهرة منها إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية[2] و البروتوكول المكمل لها المتعلق بمنع و قمع و معاقبة الإتجار بالأشخاص و بخاصة النساء و الأطفال[3].

و في خضم ذلك كله، كان لزاما على المشرع التدخل لوضع قانون خاص يعالج هذه الظاهرة الإجرامية الجديدة ، و هكذا فقد سن المشرع قانونا جديدا يهدف إلى محاربة الأعمال غير المشروعة المرتبطة بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و المتمثل في القانون 09-01 المؤرخ في

---

[1]- عبد القادر الشيخي، جرائم الإتجار بالأشخاص و الأعضاء البشرية و عقوبتها في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009، ص 88.

[2]- اعتمدت هذه الإتفاقية من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 15 نوفمبر 2000، وقد صادقت الجزائر على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بتحفظ ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-55 ، المؤرخ في 05 فبراير 2002 ،(ج.ر، 09)، بتاريخ 10 فبراير 2002.

[3]- اعتمد البروتوكول من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 15 نوفمبر 2000، وتم التصديق عليه بتحفظ من قبل الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، (ج.ر. 69)، بتاريخ 12 نوفمبر2003، النص الكامل للبروتوكول ، منشور في مؤلف وزارة العدل ، تحت عنوان ، "أهم إتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها من طرف الجزائر"، الديوان الوطني للأشغال التربوية، طبعة 2009، ص 479.

25 فبراير 2009 المعدل و المتمم لقانون العقوبات[1]، بحيث تضمن هذا القانون عدة أحكام جزائية تجرم أعمال الإتجار بالبشر و بالأعضاء البشرية و الأنسجة[2].

و الشيء الملاحظ أن المشرع لم يدرج تلك النصوص العقابية الجديدة ضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها ، بل أدرجها ضمن قانون العقوبات، بالرغم من أن الشروط القانونية و الضوابط المتعلقة بعلميات نقل و زرع الأعضاء جاءت ضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها. إلا أن القانون الجديد اكتفى بالإحالة إليها ضمنيا[3]، و بصفة عامة يمكن القول أن الهدف الرئيسي الذي يتوخاه المشرع من خلال سنه لتلك النصوص الجديدة هو ضمان أمن و سلامة المجتمع من الإنتهاكات الخطيرة التي أفرزها التطور الطبي في مجال زراعة الأعضاء، و التي تشكل تعديا صارخا على حصانة الجسم و حقوق الإنسان الأساسية.

كما جاء هذا القانون أيضا في سياق الإصلاحات التي يشهدها قطاع العدالة، فمنذ إنطلاق هذا المشروع عملت الدولة جاهدة على إعادة استكمال البنية التشريعية لإتمام مراجعة قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية، بما يتفق مع المرجعية الدولية المتمثلة في المواثيق و المعاهدات التي إنتظمت إليها الجزائر لا سيما إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، والبروتوكول المكمل لها المتعلق منع و قمع و معاقبة الإتجار بالأشخاص و بخاصة النساء و الأطفال[4]. و من جهة أخرى يرغب المشرع من خلال هذا القانون، إلى تعزيز السياسة الجنائية و ترشيدها، بما كان ينقصها من نقص في الأسس و المبادئ التي تبنتها معظم التشريعات المتطورة، و كذا محاربة كافة أنواع الجريمة المنظمة، بدليل أن المشرع لم يقتصر من خلال هذا القانون جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية و الأنسجة، بل جرم أيضا مظاهر أخرى من الجريمة المنظمة مثل تهريب المهاجرين و المتاجرة بالبشر ، كما جرم في قوانين أخرى سبقت هذا القانون، ظاهرة الإرهاب و الفساد والتهريب وتبييض الأموال و تمويل الإرهاب و الوقاية و قمع الإتجار و إستهلاك المخدرات، وتدخل تلك الجرائم جميعها ضمن الجريمة المنظمة.

---

[1]- القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، (ج.ر.15) ، بتاريخ 08 مارس 2009.

[2]- المادتين 04 و 05 من القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009.

[3]- أنظر، ديباجة القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، التي أشارة صراحة إلى مقتضيات القانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، من بين القوانين التي تم الإستناد عليها في إعداد القانون سالف الذكر.

[4]- كما تم الإعتماد في إعداد القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية و كذا البروتوكول المكمل لها المتعلق بمنع و قمع و معاقبة الإتجار بالأشخاص و بخاصة النساء و الأطفال، و قد ظهر ذلك من خلال الإشارة إلى النصين في ديباجة القانون من بين النصوص المعتمد عليها.

هذا و نشير في الأخير إلى دراسة الجرائم المرتطبة بعمليات زرع الأعضاء، لها أهمية من الناحيتين الأكاديمية و العملية، و يمكن حصر تلك الأهمية في أن الجرائم المرتطبة بعمليات زرع الأعضاء تعد وجها جديدا من أوجه الإعتداءات التي يتعرض لها الكيان الجسدي للإنسان التي ظهرت في العصر الحالي بفضل التطور المستمر في المجال الطبي – كما سبق ذكره أعلاه – بحيث لم تكن تلك الأفعال معروفة في السابق. كما أنه يلاحظ أن الدراسات التي تناولت الموضوع من الناحية الجزائية قليلة بحكم أن أغلب الدراسات التي تناولت موضوع نقل و زراعة الأعضاء البشرية ركزت في مجملها على الشروط القانونية و الضوابط التي جاء بها قانون حماية الصحة و ترقيتها و كذا مدونة أخلاقيات مهنة الطب. كما تناولت الموضوع من حيث المسؤولية المدنية للطبيب في هذا المجال، أو تناولته من الجانب الشرعي دون التطرق إلى الجانب الجزائي، بالرغم من أهميته و مجالات تطبيقه أمام الجهات القضائية.

كما تظهر أهمية الدراسة أيضا في وجود أحكام قانونية مستحدثة و أنواع جديدة من الجرائم يتعين أبرازها و تحديد أركانها و دراسة المسائل التي يمكن أن تثيرها من الناحية العملية، و كذا تبيان الأعمال غير المشروعة التي يمكن أن يقع فيها الطبيب فتوقعه تحت طائلة التجريم، مع تحديد المسؤولية الجزائية لكل عضو من الفريق الطبي و إبراز بعض المفاهيم الجديدة التي جاء بها القانون الجديد، كما تظهر أهمية الموضوع أيضا لإرتباطها بالأنواع الجديدة من الإجرام منها الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية التي أصبحت اليوم من المظاهر الإجرامية العالمية. و عليه تتمحور دراستنا للموضوع في مجملها حول الحماية الجزائية لأعضاء جسم الإنسان في مواجهة الأعمال الطبية والجراحية المستحدثة، و مدى فاعلية المبادئ القانونية التقليدية و المستحدثة في الحد من غلو تلك الممارسات التي تستهدف مادة الجسم البشري، و بالتالي تتحدد إشكالية البحث في مايلي:

- متى يكون العمل الطبي أو الجراحي الذي يهدف إلى نقل أو زرع عضو من أعضاء الجسم غير مشروع بحيث يشكل جريمة معاقب عليها قانونا ؟ و هل مجرد مخالفة الطبيب لإحدى الشروط القانونية أو الضوابط الفنية أثناء إجراء عملية نقل أو زرع الأعضاء يعد مرتكبا لفعل معاقب عليه قانونا ؟
- و ما هي الأشكال الجديدة للإجرام التي دفعت بالمشرع إلى سن القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 ؟ و ما هي أركانها تلك الجرائم و عقوباتها و سبل مكافحتها ؟ و

هل أن النصوص المستحدثة كافية لإضفاء حماية جزائية شاملة لأعضاء جسم الإنسان في مواجهة الجرائم الجديدة ؟

- و أخيرا يثار التساؤل حول مكانة القواعد القانونية التقليدية التي تحمي الحق في حصانة الجسم بعد صدور القانون الجديد، فهل مازلنا في حاجة إلى تلك الأحكام من أجل ردع الجرائم المرتبطة بزرع الأعضاء ؟ و ما هي العلاقة التي أصبحت تجمع اليوم بين الجرائم المستحدثة و الجرائم التقليدية من حيث مجالات التطبيق ؟

للإجابة على هذه الإشكالية إعتمدنا الخطة التالية:

- الفصل التمهيدي: النظام القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء.
- الفصل الأول: الجرائم المنصوص عليها في القواعد العامة لقانون العقوبات.
- الفصل الثاني: الجرائم المستحدثة بموجب القانون 09-01.

الفصل التمهيدي: النظام القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء .

قبل الخوض في دراسة موضوع الأحكام الجزائية المتعلقة بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من حيث الشروط الواجب توافرها و كذا المسؤولية الجزائية الناشئة عنها، يتعين أولا دراسة النظام القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء، ويكون ذلك بتقسيم الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول منه إلى مفهوم الأعضاء البشرية، أما المبحث الثاني فنخصصه إلى الشروط القانونية التي يتعين على الفريق الطبي مراعاتها في جميع مراحل عملية إقتطاع العضو أو زرعه.

المبحث الأول: مفهوم الأعضاء البشرية.

يتكون الجسم البشري من الناحية البيولوجية من عنصريين رئيسيين، أولهما الأعضاء البشرية و ثانيهما مشتقات الجسم و منتجاته الأخرى، و لتحديد مفهوم الأعضاء البشرية يتعين أولا تعريف تلك الأعضاء و تبيان أنواعها و طبيعتها القانونية، و سوف نعرض كل ذلك من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى تعريف الأعضاء البشرية و أنواعها وندرس من خلال المطلب الثاني الطبيعة القانونية للأعضاء البشرية.

المطلب الأول: تعريف الأعضاء البشرية و أنواعها .

تعتبر الأعضاء البشرية المحل التي يقع عليه الفعل المادي للجريمة، أي محل العمل الطبي غير المشروع، لذا يتعين تحديد مدلول هذا المصطلح حتى لا يختلط فهمه ببعض المصطلحات المشابهة، و عليه نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول منه إلى تعريف الأعضاء البشرية، ثم نتناول في الفرع الثاني إلى أنواع الأعضاء البشرية، على أن نشير في الفرع الثالث إلى أهمية التفرقة بين الأعضاء البشرية و مشتقات الجسم الأخرى.

الفرع الأول: تعريف العضو البشري

يعرف العضو البشري لغة بأنه:" كل لحم وافر بعظمه أو هو جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل أو كل جزء تام من الجسم"[1]. غير أن مسألة تعريف الأعضاء البشرية من الناحية القانونية ليس من المسائل السهلة، نظرا لارتباط مفهومه بمدلول الأعضاء البشرية من الناحيتين البيولوجية و الطبية، وتظهر أهمية التحديد الدقيق لكلمة العضو في تحديد مجال تطبيق القواعد الجزائية من قبل القاضي، لذا سوف نعرض موقف المشرع من المسألة ثم نتطرق إلى موقف الفقه على النحو التالي:

أولا- موقف المشرع:

لقد ورد مصطلح العضو البشري بصفة خاصة في القوانين المتعلقة بالصحة، و كذا في قانون العقوبات وتبعا لذلك سوف ندرس موقف المشرع من تعريف الأعضاء البشرية من خلال هذين النصين.

1- قانون الصحة:

لم يتضمن القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها أي تعريف للعضو البشري، بالرغم من أخذه بمبدأ مشروعية عمليات نقل و زرع الأعضاء ووضعه عدّة أحكام تنظم تلك الأعمال الطبية، وقد ورد مصطلح العضو في قانون الصحة ضمن الفصل الثالث الذي يحمل عنوان "انتزاع الأعضاء البشرية" بالمواد 161 ومايليها. غير أن القانون سالف الذكر فرق بشكل واضح بين مدلول الأعضاء البشرية و مشتقات و مواده الأخرى، مثل الأنسجة والخلايا التي تشكل معًا بنية الجسم البشري. وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، فإنه لا يعرف هو الأخر المقصود بالأعضاء البشرية بالرغم من نصه على بعض الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء[2].

وقد سلك القانون الجزائري نفس النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي، الذي لم يعرف هو الآخر الأعضاء البشرية من خلال قانون الصحة العمومية وكذا في قوانين أخلاقيات علوم الأحياء الصادرة خلال سنة 1994[3] و التي تم تعديلها بالقانون المؤرخ في 06 غشت 2004[4] بالرغم من تفريقه بين مصطلح الأعضاء البشرية من جهة و مشتقات الجسم من جهة أخرى، وهذا راجع ربما إلى أن السياسة

---

[1]- محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة و القانون الجنائي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2004، ص 18.

[2]- المادتين 35 و36 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

[3] - Lois Bioéthique (loi n° 94-548 *relative aux fiches sanitaire automatisées* . loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, *relative au respect du corps humain*, JORF du 30 juillet 1994. Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. JORF du 30 juillet 1994).

[4] -loi n° 2004-800 du 06 août 2004, *relative a la bioéthique*, JORF 07 août 2004,P.1440.

التشريعية التي تهدف دائما إلى الابتعاد عن مثل تلك التعريفات العلمية وصياغة قواعد عامة ومبادئ تساير التطور العلمي في مجال الطب والبيولوجيا. غير أن قانون الصحة العامة الفرنسي تضمن نصا خاصا، اعتبر أن النخاع العظمي بمثابة العضو في تطبيق أحكام القسم الخاص بنقل الأعضاء البشرية، بالرغم من أنّه يدخل ضمن نطاق مشتقات الجسم و يمكن القول أن النخاع العظمي بحسب التشريع الفرنسي هو عضو بحكم القانون و ليس بطبيعته[1].

وبالرجوع إلى التشريع الإنجليزي، نجد أن القانون الخاص بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء الصادر بتاريخ 27 يوليو 1989 هو من بين التشريعات القليلة التي وضعت تعريفا دقيقا لكلمة عضو من خلال المادة 7-6 التي تنص على أنه:" يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم إستبداله بشكل تلقائي إذا ما تم إستئصاله بالكامل"[2].

2- قانون العقوبات.

لقد تضمن قانون العقوبات عدة أحكام تتعلق بالحماية الجزائية للجسم البشري، إلا أنه لم يورد تعريفا للجسم محل الحماية ولا لأعضائه و مكوناته الأخرى، و لم يكن يفرق قانون العقوبات بين أعضاء جسم الإنسان ومشتقاته قبل صدور القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009. و على سبيل المثال نصت المادة 264 فقرة 2 على جريمة الضرب والجرح العمدي المفضي إلى بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة أو فقد البصر، دون تحديد المقصود بالعضو الذي يقع عليه فعل الاعتداء فيؤدي إلى بتره أو فقد منفعته. كما نصت المادة 274 على جريمة الخصاء دون تحديد المقصود بالأعضاء التناسلية التي يقع عليها فعل الاعتداء، و بصدور القانون 09-01 المذكور أعلاه، أصبح قانون العقوبات يفرق هو الآخر بين مصطلح العضو البشري و مشتقات الجسم الأخرى كما هو الشأن بالنسبة إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها، وذلك بمناسبة إستحداثه لجريمتي نزع عضو أو أنسجة دون رضا صاحبها و جريمة الإتجار في الأعضاء البشرية و مشتقات الجسم الأخرى، وهي الأفعال المنصوص و المعاقب عليها بنصوص المواد 303 مكرر 04 و ما يليها، مواكبا بذلك التطور الحاصل في مجال الطب والبيولوجيا.

وأن تحديد مفهوم العضو في قانون العقوبات له أهمية كبيرة، باعتبار العضو البشري هو المحل الذي تقع عليه الجريمة أي أنه المحل الذي يقع عليه فعل الإعتداء بوصفه عنصرا من عناصر الركن المادي للجريمة، و يفهم ضمنيا أن المشرع ترك ذلك إلى الإجتهاد القضائي[3].

---

[1] -*Art. L.665-16* CSP.

[2]- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص15.

[3]- المرجع نفسه، ص16.

وفي هذا الصدد، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 2001 أن: " اعتبار غرفة الإتهام الطحال جهازا و ليس عضوا من أعضاء جسم الإنسان، وإعادة تكييف الوقائع من جناية إلى جنحة الضرب و الجرح العمدي دون الإستعانة بخبير، لمعرفة ما إذا كان إستئصال الطحال يؤدي إلى عاهة مستديمة أم لا لإمكانية تحديد الوصف القانوني الصحيح للفعل المتابع به يعد تسبيبا ناقصا ينجر عنه النقض"[1].

ثانيا– تعريف الفقه للأعضاء البشرية:

عرّف الفقه العضو البشري بالعديد من التعريفات يمكن حصرها في إتجاهين رئيسيين: الأول يعطي تعريفا موسعا لمدلول الأعضاء البشرية، أما الإتجاه الثاني يعطي تعريفا ضيقا لمعنى الأعضاء البشرية و سوف نورد الرأيين و نبدأ بالإتجاه الأول ثم نعرض الإتجاه الثاني.

1– التعريف الموسع للأعضاء البشرية :

لا يفرق هذا الفقه بين الأعضاء البشرية و مشتقات المجسم الأخرى التي إعتبرها من أعضاء الجسم المتجددة، ومن بين التعريفات التي جاء بها:" أن العضو البشري هو جزء حي من المكونات الطبيعية للجسم بحيث لا يتوقف على نقله تعريض حياة الإنسان للخطر"[2]، وبحسب هذا التعريف فإنه يشترط في العضو، أن يكون محتفظا بقيمته البيولوجية وقت النقل خاصة إذا كان مصدره جثة ميت. وإذا تم نقله من شخص حي، فيجب أن يكون غير تالف أو ميت كما يشترط من جهة أخرى أن يكون من الأعضاء الحية. وعرفه جانب آخر أنه " جزء من أنسجة وخلايا و دماء ونحوهما سواء كانت متصلة بالجسم أو منفصلة عنه". كما عرفه البعض على أنه:" ذلك الجزء من الجسم الذي ينهض بأداء وظيفة أو عدّة وظائف محددة كالقلب والكبد والكلى"[3]، وعرفه البعض أنه:" كل جزء من جسم الإنسان يتكون من مجموعة الأنسجة و الذي يؤدي وظيفة أو عدّة وظائف محددة"[4]. والملاحظ أن التعريف الأخير حدّد العضو بأداء وظيفة أو وظائف محددة ، وهذا ما يعني إمكانية إعتبار الدم عضوا بشريا إستنادا إلى أن الدم يقوم بوظيفة محددة ومعلومة. كما يستثنى التعريف بعض الخلايا من مفهوم العضو لأنها لا تؤدي لوحدها وظيفة محددة، مثل الخلايا العصبية التي لا يمكن أن تؤدي لوحدها وظيفة محددة إلا إذا إرتبطت بمكونات الجهاز العصبي الأخرى[5].

---

[1]- قرار غرفة الجنح و المخالفات، بتاريخ 25 /2001/12، ملف رقم 254258، م.ق 2002، ص546.
[2]- عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص37.
[3]- إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 41.
[4]- المرجع نفسه، ص 41.
[5]- محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص 20

2- التعريف الضيق للعضو البشري:

يذهب هذا الإتجاه إلى وضع تعريف ضيق للعضو البشري ويستبعد بالتالي مشتقات الجسم الأخرى، ومن تلك التعريفات:" أن العضو هو كل جزء من جسم الإنسان يتكون من مجموعة الأنسجة والذي يؤدي وظيفة أو عدة وظائف محددة و الذي لا يمكن للجسم إستبداله تلقائيا إذا ما تم إستئصاله بالكامل أو جزء منه مما يؤدي إلى إنقاص في الجسم"[1].

وعرفه البعض على أنه: "مجموعة العناصر الخلوية المختلفة والمتوافقة والقادرة على أداء وظيفة محددة مثل القلب والكليتين و الكبد والأعضاء التناسلية"[2]. كما يعرف على أنه " عبارة عن مجموعة من الأنسجة تعمل بعضها مع بعض لتؤدي وظيفة معينة بالجسم مثل المعدة والكبد والدماغ و الرحم والخصية"[3].

ويمكن القول أن التعريف الذي جاء به القانون الإنجليزي سالف الذكر، هو التعريف الأقرب للصواب في رأينا لإشتماله على كافة العناصر التي يمكن من خلالها وضع تعريف للعضو البشري. كما أنه يتماشى مع توجه التشريع الجزائري في هذا المجال و الذي فرّق بين الأعضاء البشرية بمفهومها الضيق و باقي مشتقات الجسم.

الفرع الثاني: أنواع الأعضاء البشرية.

لم يضع المشرع تصنيفا واضحا للأعضاء البشرية، و بصفة عامة يمكن تقسيم الأعضاء البشرية إلى مايلي:

---

[1] - المرجع نفسه، ص 18.

[2] - أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 1999، ص95.

[3]- **Organe de corps humain**: « Structure anatomique du corps humain exerçant une certaine fonction. L'organe est en principe un élément non régénérable. L'organe humain ne se repère pas aux éléments de la reproduction à savoir, les testicules ou les embryons, ni au sang ou constituants sanguins utilisés aux fins de la transfusion ».

A.Ossoukine, *L'ABCdaire du droit de la déontologie médical*, Publications de l'agence nationale pour le développement de la recherche en santé, Oran 2006, p 297.

-Un organe peut être défini comme un élément du corps ayant un rôle détermine dans le fonctionnement régulier de l'organisme.

C. Giovannageli, *Le droit français actuel des prélèvements d'organes,* in «Le droit de la biologie humaine», sous la direction de A. Sériaux, édition Ellises, 2000.p 117.

أولا– الأعضاء الضرورية للحياة والأعضاء غير الضرورية للحياة:

وبحسب هذا التقسيم فإنّ العبرة بالدور الذي يلعبه العضو في حياة الإنسان ولزومه لإستمرار الحياة أو توقفها من دونه، فإذا كان بالإمكان أن يظل الشخص على قيد الحياة رغم إستئصال عضو معين من جسمه، فإننا سوف نكون ضمن طائفة الأعضاء غير الضرورية والتي يتم التنازل عنها بضوابط معينة. أما إذا كان إستئصال عضو سوف يؤدي إلى الوفاة لإستحالة إستمرار الحياة من دونه، فنحن بصدد طائفة الأعضاء الضرورية والتي لا يجوز التنازل عنها أو المساس بها مطلقا. ولا يشترط وفقا لهذا المعيار في تحديد المقصود بالعضو أ و إرتباطه بدوام الحياة و إنتهائها[1]، ومن أمثلة الأعضاء الضرورية للحياة القلب والكبد والدماغ التي لا يمكن نزعها من شخص على قيد الحياة، و إلا كان ذلك تعديا على حقه في الحياة، لأنّه سوف تؤدي لا محالة إلى إزهاق روح هذا الأخير.

كما ترتب تلك الأعضاء بشخصية الإنسان التي لا يمكن له التنازل عليها وأن التخلي عن ذلك العضو يؤدي بالضرورة إلى التخلي عن الشخصية، غير أنه يمكن نزعها من شخص بعد ثبوت حالة الوفاة من أجل زرعها في شخص ثاني مثل عمليات زرع القلب أو إجراء التجارب العلمية عليها، ومن أمثلة الأعضاء غير الضرورية للحياة هي الذراع والرجل و بعض الأعضاء التناسلية التناسلي والعين والكلية، التي يمكن للشخص العيش إذا فقد واحدة منها وبقي الأخر سليما.

ثانيا– الأعضاء المزدوجة والأعضاء الفردية:

يمكن من جهة أخرى تقسيم الأعضاء البشرية، إلى أعضاء مزدوجة وأعضاء فردية؛ ويقصد بالأعضاء المزدوجة، تلك الأعضاء الذي يحتوي جسم الإنسان على عضوين منها، مثل الكليتين والرئتين والعينين واليدين والرجلين والأذنين. أما الأعضاء المنفردة، فهي الأعضاء الذي يحتوي جسم الإنسان على واحد منها فقط مثل البنكرياس و القلب الكبد والمخ. وقد أجاز قانون حماية الصحة التبرع بالأعضاء البشرية المزدوجة أثناء حياة الشخص ومنها الكلى، في حين لم يجز التبرع بالأعضاء المنفردة ولو لم تؤدي إلى وفاة الشخص، لأنها تؤدي إلى المساس بتكامله الجسماني الذي يعتبر حقا مزدوجا، فهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية التي لا يجوز التنازل عليها من قبل الشخص ومن جهة ثانية هو حق للمجتمع[2]، في حين لم يجز نزع الأعضاء الأخرى إلا بعد تحقق الوفاة إذا توافرت الشروط القانونية الأخرى.

---

[1]- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 12 و ما بعدها.
[2]- مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 257.

ثالثا– الأعضاء الطبيعية و الأعضاء الإصطناعية:

لقد أمكن من خلال التطور الطبي والتكنولوجي، علاج بعض المرضى الذي تم إستصال أعضائهم أو الذين يعانون من بعض القصور في آداء وظائف بعض الأعضاء بواسطة أجهزة إصطناعية طبية أو مستلزمات طبية تكون بديلا عن العضو الذي تم إستأصاله مثل الرجل أو الأسنان. كما يمكن أن تكون تلك الأجهزة مساعدة على تأدية العضو لوظيفته، مثل جهاز تصفية الدم بالنسبة إلى الأشخاص الذين يعانون من القصور الكلوي. وعادة ما تكون تلك الأجهزة مندمجة في الجسم مما يؤدي إلى وجود علاقة بينها و بين هذا الأخير.

وقد عرف قانون حماية الصحة و ترقيتها المستلزمات الطبية التي تدخل ضمنها الأعضاء الإصطناعية في المادة 173 على أنها:" كل تجهيز أو جهاز أو أداة أو منتوج بإستثناء المنتجات ذات الأصل البشري أو أية مادة أخرى مستعملة وحدها أو بالإشتراك، بما في ذلك الملحقات والبرمجيات التي تدخل في سيره و الموجهة للإستعمال لدى الإنسان بغرض تشخيص مرض أو الوقاية منه أو مراقبته أو معالجته أو التخفيف منه أو تعويض جرح أو إعاقة، دراسة تشريح أو عملية فيزيولوجية أو تعويضها أو تعديلها، التحكم في المساعدة الطبية للإنجاب". ويستنتج من ذلك، أن المشرع إستبعد مكونات الجسم الطبيعية مثل الأعضاء التي يتم زرعها في جسم الإنسان من تعريف المستلزمات الطبية، التي تقتصر على الأشياء المادية والتي أفرد لها نظاما خاصا بها، إلا أن الحماية القانونية من ذلك الإعتداء ينظر إليها بالعلاقة التي تكون بين الجهاز والجسم، وهو الشيء الذي جعل الفقه الفرنسي يعتبر العضو الإصطناعي المثبت في الجسم والذي يستبدل جزءا أو عنصرا من الجسد هو عضوا طبيعيا بالتخصيص قياسا على نظرية العقار بالتخصيص التي جاء بها القانون المدني[1]، أو كما عبر عنه البعض بالشخص بالإندماج[2].

كما إعتبر الفقه أيضا، أن أي إعتداء على العضو الإصطناعي يعتبر إعتداءا على الجسم و ليس على شيء مادي[3]. إلا أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بتلك النظرية على إطلاقها، وإشترط درجة معينة من الإندماج بين الجهاز والجسم البشري لكي تأخذ المستلزمات الطبية حكم العضو الطبيعي، مستبعدا بذلك الأشياء غير المهمة و كذا الأجهزة التي يمكن فصلها بسهولة عن الجسم مثل الكرسي المتحرك

---

[1]- المادة 683 من الأمر رقم 75 – 58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، (ج.ر78)، المعدل والمتمم.

[2]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص29.

[3]- ومن حيث المسؤولية المدنية يرى الفقه أيضا أن عملية تركيب التجهيزات الإصطناعية تأخذ وجهتين: الأولى فنية و تشمل مدى صلاحية العضو الصناعي و تلائمه مع جسم المريض و يكون محل الالتزام فيه هو تحقيق نتيجة، أما الجانب الثاني طبي و يتعلق بمدى فعالية العضو الصناعي في مساعدة المريض و هنا يبقى إلتزام الطبيب ببذل عناية؛ .لمزيد من التفاصيل أنظر ، أحمد حسن عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 2005، ص 52.

الخاص بالمعوقين حركيا و الأسنان الإصطناعية التي تبقى في حكم الأشياء، وبالتالي فإن الحماية الجزائية لها تدخل ضمن نطاق الحماية الجزائية للأموال و ليس ضمن الحماية الجزائية للجسم البشري.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 28 غشت 1992 إذ جاء في حيثياتها:"أنه لا يأخذ حكم الجسم إلا الأشياء الموجودة داخل الجسد، و يقصد بها كل جهاز أو آلة تم تثبيته داخل الجسم بغرض القيام مقام العضو في آداء وظيفته أو في المساعدة على آداء تلك الوظيفة أو معالجته"[1]. و بحسب هذا القرار، فإن العبرة بدرجة العلاقة التي تجمع بين الجهاز و الجسد في تحديد ما إذا كان العضو الإصطناعي يأخذ حكم العضو البشري أم لا. وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أن الأعضاء الإصطناعية قبل تثبيتها داخل الجسد تأخذ حكم الأشياء بالنسبة إلى المعاملات الخاصة بها، وتخضع بالتالي للقواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية و قوانين حماية المستهلك في ما بين المريض و المنتج[2].

الفرع الثالث: أهمية التفرقة بين الأعضاء البشرية و مشتقات الجسم الأخرى:

قبل التطرق إلى أهمية التفرقة بين الأعضاء البشرية ومنتجات الجسم، نحدد أولا المقصود بمنتجات الجسم ثم نتناول في النقطة الثانية الآثار القانونية الناتجة عن التفرقة بينها و بين الأعضاء في ما يلي:

أولا- تعريف مشتقات الجسم و تفريقها عن بعض المفاهيم المشابهة:

يتعين أولا تحديد المقصود بمشتقات الجسم البشري، ثم نتطرق إلى بعض المفاهيم المشابهة لها و التي قد تكون لها نفس الطبيعة البيولوجية ضمن مكونات الجسم، و المتمثلة في مخلفات العمليات الجراحية و الجنين البشري.

1- مشتقات الجسم :

لم يعرف قانون حماية الصحة و ترقيتها المقصود بمشتقات الجسم كما هو الحال بالنسبة إلى الأعضاء البشرية ، مكتفيا بإعطاء بعض الأمثلة عليها كالأنسجة والخلايا والدم والمواد الأخرى. و بمفهوم المخالفة لتعريف الأعضاء يمكن الإستنتاج أن مشتقات الجسم هي: "جميع العناصر والمواد البشرية التي تتسم بطابع التجدد، بحيث يمكن للجسم إستبدالها تلقائيا إذا فقد جزء منها ، و لا يترتب على

---

[1] -Cass. civ. 1re, 28 août 1992, note. S.Laporte, *La Vénalité des éléments du corps humain*, Mémoire du master, Lille 2, 2004, p.63.

ما يخالف ذلك أنظر، قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 11-12-1989 الذي لا يفرق بين نوع الجهاز سواء كان مثبتا داخل جسم الإنسان أو خارجه لكي يصبح في حكم الجسم أي جزءا منه و يتمتع بنفس الحماية الجزائية الخاصة بحرمة جسم الإنسان.

Cass. civ. 1re, 11 décembre 1985, note. S.Laporte, Op.cit, p .64.

[2]- القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج.ر15).

إنتزاعها فقدانها للأبد كما هو الحال بالنسبة للأعضاء." ومن أمثلتها الموّاد السائلة الخاصة بالجسم كالدم و مشتقاته الذي يمكن التبرع به بكميات معينة منه بصفة دورية دون أن يكون لذلك ثمة أثر على وجوده أو إستمرار الحياة، وكذا الغدد مثل اللعاب و السائل المنوي و الهرمونات و النخاع العظمي، الذي يمكّن الجسم لوظائفه الطبيعية كما يدخل ضمن مشتقات الجسم المكونات النسيجية مثل خلايا الجلد و بويضة الأنثى... إلخ.

2- مخلفات العمليات الجراحية:

لقد عرف المشرع مخلفات العمليات الجراحية بمناسبة تنظيمه لتسيير نفايات النشاطات العلاجية، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-478 المؤرخ في 09 ديسمبر 2003 الذي يحدد كيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، وقد نصت المادة 05 منه على أنه:" توصف بالنفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية، كل النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية والنفايات الناجمة عن عمليات الخطيفة البشرية الناتجة عن قاعات العمليات الجراحية وقاعات الولادة"[1].

ويفرق الفقه بين بقايا العمليات الجراحية ومخلفات العمليات الجراحية، أما الأولى يقصد بها ما تبقى بعد إجراء عملية جراحية والذي يمكن إستعماله من جديد من أجل عملية جراحية أخرى. أما المخلفات فهي كل ما يسقط من عنصر بعد عمله أو بعد فصله، و يكون من الممكن الإنتفاع منه وتكون تلك البقايا والمخالفات عادة من منتجات الجسم تنفصل عن الجسم بغرض التشخيص أو العلاج، مثل الدم المتبقى بعد التحليل والجلد والخلايا المقتطعة والحبل السري و الأعضاء التالفة، إذ بالإمكان إستعمال تلك المخلفات لأغراض البحث العلمي وصنع بعض المنتجات الدوائية. ويرى الفقه أن المخلفات بعد إنفصالها عن الجسم تصبح أشياء متخلى عنها، ويجوز للشخص إمتلاكها [2]. غير أن المشرع لم يحدد ما إذا كانت تلك المخلفات تأخذ نفس قواعد الحماية الصحية لمشتقات الجسم بالرغم من أنها تعتبر من منتجات الجسم بطبيعتها، خاصة ما تعلق بشرط الموافقة المسبقة لصاحبها للإستفادة منها وحفظها و الحفاظ على سرية البيانات الجينية الخاصة بها، ونعتقد أن تلك المخلفات تأخذ حكم مشتقات الجسم، لذا نص قانون الصحة العمومية الفرنسي صراحة في المادة L.1235 -2 على أنه :" يمكن إستعمال الأعضاء البشرية التي تم إقتطاعها من جسم المريض ، بمناسبة عملية جراحية تم أجراءها

[1]- تشمل نفايات النشاطات العلاجية بحسب المادة 03 من المرسوم التنفيذي 03-478: النفايات المتكونة من الأعضاء البشرية و النفايات المعدية والنفايات السامة، مرسوم تنفيذي رقم 03-478 ، المؤرخ في 09 ديسمبر2003، الذي يحدد كيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية (ج. ر78).

[2]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 14. 62.

لمصلحة هذا الأخير ، و ذلك لأهداف علاجي أو علمية إلا في حال ما إذا عبر الشخص صراحة عن رفضه ذلك بعد إعلامه قانونا ".[1]

3- الجنين البشري.

يتصل الجنين بجسد المرأة إتصالا وثيقا، بحيث لا يستطيع العيش أو البقاء من دونها و رغم ذلك لا يمكن إدراج الجنين ضمن طائفة الأعضاء البشرية و إعتباره عضوا من أعضاء جسم المرأة بحسب التعريف المتوصل إليه أعلاه، و تبعا لذلك فإن السؤال الذي يطرح في هذا الشأن حول الطبيعة القانونية للجنين، أي هل يمكن إدراج هذا الأخير ضمن مشتقات الجسم أم له طبيعة خاصة ؟

للإجابة عن السؤال يتعين الرجوع إلى التشريع و تحديدا إلى أحكام القانون المدني[2] و كذا قانون الأسرة[3] أين يتبين من خلالهما أن الجنين يتمتع ببعض الحقوق قبل ميلاده منها حقوق لصيقة بالشخصية مثل الحق في الحياة[4]، كما يتمتع من جهة ثانية ببعض الحقوق المدنية شرط أن يولد حيا مثل الوصية والميراث، و رغم ذلك فإن المشرع لم يقر للجنين بالشخصية القانونية الكاملة مما يدل أن لهذا الأخير طبيعة خاصة[5].

---

[1]. *Art. L. 1235-2.CSP :* « Les organes prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale, pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée, peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques ou scientifiques, sauf opposition exprimée par elle après qu'elle a été informée de l'objet de cette utilisation.
Lorsque cette personne est un mineur ou un majeur sous tutelle, l'utilisation ultérieure des organes ainsi prélevés est en outre subordonnée à l'absence d'opposition des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, dûment informés de l'objet de cette utilisation. Le refus du mineur ou du majeur sous tutelle fait obstacle à cette utilisation ».

[2]- المادة 25 من القانون المدني.

[3]- المادتين 173 و187 من القانون 84- 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر15).

[4] - C. Kalfat, *L'atteint à la vie est-elle impérativement protégée par le droit pénal ?* Revue des sciences juridique et administratives, Université Abou - Bekr BELKAID de TLEMCEN, 2008. p.11.

[5]- الجنين كائن قابل لأن يكون إنسانا مستقبلا، فمن الممكن أن يستكمل الجنين نموه و يخرج إلى الدنيا و يصبح إنسانا، و يمكن أن يسقط و يخرج ميتا. غير أن القانون منح للجنين شخصية قانونية ناقصة، و يترتب على ذلك أنه يكتسب الحقوق دون أن يتحمل الإلتزامات، لأن تحمل الإلتزامات يتطلب ذمة كاملة و ذمة الجنين ذمة ناقصة لا تتحمل أي إلتزام. و قد إختلف الفقهاء في وقت إكتساب الجنين الشخصية القانونية أي هل قبل ولادته أم بعد إنفاصله حيا ؟
و في ذلك ذهب رأي في الفقه، إلى أنه لا تثبت الشخصية القانونية للجنين إلا إذا تمت ولادته حيا، لأن الشخصية القانونية لا يتصور منحها إلا لكائن له وجود مستقل، و إن الجنين ليس له كيان منفصل و مستقل بل هو جزء من أمه و تابع لها. أما الرأي الثاني، ذهب إلى القول أن الشخصية القانونية يرتبط وجودها في الأصل بتكوين الجنين في رحم أمه، و من ثم تكون للجنين شخصية قانونية، ذلك بناءا على أن الشخصية تعني مجرد الصلاحية لإكتساب الحق و ليس بالضرورة إكتساب جميع الحقوق مثل الوصية و الميراث. أما الرأي الثالث فقد ذهب إلى القول أن بداية الشخصية القانونية تكون حين ولادة الجنين و إنفصاله حيا من رحم أمه، إلا أن القانون خرج عن القاعدة فأثبت للجنين شخصية قانونية على سبيل الإستثناء، و أن هذه الشخصية ذات أهلية ناقصة فلا تقع عليه الواجبات و يصح له إكتساب بعض الحقوق كالميراث و الوصية. علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة و القانون، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، طبعة 2009، ص 59.

أما من الناحية البيولوجية، فإن الإشكالية أصبحت اليوم أكثر تعقيدا خاصة منذ ظهور تقنيات التلقيح الإصطناعي التي كشف عنها الطب الحديث و التي إجاز المشرع اللجوء إلى مثل تلك الأساليب لعلاج حالات العقم و هذا ما نصت عليه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة[1].

و بصفة عامة يتعين التفرقة بين الحيوانات المنوية والبويضات غير الملقحة سواء كانت متواجدة برحم المرأة أو خارجه التي تعد من منتجات الجسم، و بالنتيجة تطبق عليها القواعد القانونية التي تحمي مشتقات الجسم و منتجاته سواء المدرجة ضمن أحكام قانون حماية الصحة و ترقيتها أو ضمن أحكام قانون العقوبات، و تظل مكتسبة هذا الوصف ما دام لم يتم اندماجها وحدوث عملية الإخصاب[2]. أما بالنسبة إلى البويضات التي تم تلقيحها داخل الرحم و بدأت عملية النضوج والتكوين، فإنّها تخرج من نطاق مشتقات الجسم وتدخل ضمن مفهوم الأجنة البشرية التي لها طبيعة خاصة، تختلف تماما عن القواعد المطبقة على الأعضاء ومنتجات الجسم[3].

ثانيا– الأثار القانونية المترتبة عن التفرقة بين أعضاء الجسم و مشتقاته:

تظهر أهمية التفرقة بين أعضاء الجسم و مشتقاته، من حيث تطبيق القواعد القانونية الخاصة بالصحة و كذا من حيث تحديد المسؤولية الجزائية، وسوف نتطرق أولا إلى الآثار المترتبة عن التفرقة بين

---

[1]- يعد التلقيح الصناعي أحد الطرق العلاجية التي توصل إليها الطب بوسائله الحديثة، للتغلب على مشكلة عدم القدرة على الإنجاب التي يعاني منها بعض الأزواج، و يعرف التلقيح الإصطناعي بأنه: "التناسل بمساعدة التكنولوجيا. التي يلتجئ إليها الأطباء المختصون لمعالجة الأزواج المصابين بعقم أو ضعف الخصوبة و ذلك عن طريق عملية إيصال الحيوانات المنوية إلى الجهاز التناسلي للمرأة. لتلقح البيوضة الأنثوية بغير عملية جماع طبيعي. ليمتزجان و يختلطان ليكونا اللقيحة التي تنمو في رحم الزوجة."
قاسم العيد عبد الله ، التلقيح الإصطناعي، تعريفه ، نشأته و موقف التشريع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد 3، طبعة 2007، ص 206.

[2]- يوجد نوعين من التلقيح الصناعي:
أ- **تلقيح صناعي داخلي**: وهو التلقيح الذي يتم بموجبه أخذ الحيوان المنوي من الرجل و حقنه في رحم المرأة، و لا يترتب على هذا التلقيح عادة بقاء بويضات مخصبة زائدة عن الحاجة.
ب- تلقيح صناعي خارجي: وهو التلقيح الذي يتم عن طريق إنتزاع بويضة المرأة ثم تلقح بمني الرجل بغير اتصال جنسي، و توضع في أنبوب لفترة من أجل التلقيح وبعد تكون النطفة الملقحة يتم زرعها في رحم المرأة لتنمو و تتطور.
و يطرح السؤال، هنا حول البويضات الملقحة خارج الرحم في ما إذا كانت تكتسب صفة الجنين وتطبق عليها القواعد الجزائية المتعلقة بالإجهاض أم تظل مندرجة ضمن طائفة المنتجات المنفصلة عن الجسم و تطبق عليها الأحكام الجزائية المتعلقة بالإعتداء على مشتقات الجسم البشري ؟
وقد إنقسم الفقه حول هذه المسألة إلى رأيين: الأول يرى أن البويضة الملقحة خارج الرحم لها نفس طبيعة الجنين، وأن كل مساس بها بغير هدف علاجي يكون جريمة الإجهاض إذا أدى إلى إتلافها، لأن الغرض من تجريم الإجهاض إنما يتمثل في حماية الجنين منذ لحظة الأولى لحياته. أما الرأي الثاني، يذهب إلى القول أن البويضة الملقحة خارج الرحم لا تعتبر جنينا لكون هذا الأخير لا يكون إلا داخل الرحم و أن إتلافها لا يترتب عليه قيام جريمة الإجهاض. ونعتقد أن البويضات المخصبة خارج الرحم لا تأخذ حكم الجنين في طبيعتها كما تم شرعه أعلاه، غير أنه يتعين على المشرع سد هذا الفراغ لإضفاء حماية خاصة لها و تبيان شروط إستعمالها ما دام أنه أخذ بطريقة التلقيح الصناعي كحل للمساعدة على الإنجاب من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.
أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2008، ص 165.

[3]- حول مسألة الطبيعة القانونية للجنين وفقا للتشريع الفرنسي، و المشاكل التي أثارها صدور القانون المتعلق بالقطع الإرادي للحمل الصادر بتاريخ 17 يناير1975 و كذا القوانين المتعلقة بأخلاق علوم الأحياء الصادرة سنة 1994،
J-M. Roux, *Un sujet en quête de son personnage, l'embryon humaine,* in «Le droit de la biologie humaine», sous la direction de Alain Sériaux, édition Ellises, 2000.p .06.

المفهومين من حيث تطبيق القواعد المتعلقة بالصحة ثم إلى آثار التفرقة بينهما من حيث تطبيق قواعد قانون العقوبات.

1 – من حيث تطبيق القواعد المتعلقة بالصحة:

لقد وضع قانون حماية الصحة و ترقيتها و كذا مدونة أخلاقيات مهنة الطب قواعد خاصة بمنتجات الجسم و مشتقاته، و على سبيل المثال نصت المادة 161- 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على مبدأ عدم جواز المتاجرة في مشتقات الجسم إذ لا يمكن أن يكون انتزاع أنسجة بشرية موضوع معاملة مالية، كما وضع المشرع شروطا خاصة بإنتزاع الأنسجة و زرعها من خلال المادة 161 و ما يليها.

إلا أن تلك الأحكام كانت دائما مرتبطة بالقواعد المتعلقة بعمليات نقل و زرع الأعضاء، بإستثناء بعض القواعد الخاصة بالعلاج بالدم ومصله ومشتقاته[1]، و من جهة أخرى وضع المشرع أحكاما خاصة بانتزاع بعض الأعضاء البشرية مثل الكلية والقرنية الذي يتم بدون شروط الموافقة إذا تعذر الإتصال بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين في الوقت المناسب أو كان تأخير في أجل الإنتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو[2]. و من جانبه نظم قانون الأسرة بعض العمليات الخاصة بإستخدام بعض منتجات الجسم لأغراض مختلفة مثل إستخدام البويضات المخصبة و عمليات التلقيح الصناعي[3]، وكذا إستعمال الجينات البشرية في إثبات النسب [4].

إلا أن تلك التفرقة لا تبدو كافية في نظري في ظل القانون الطبي الجزائري، خاصة بعد ظهور ممارسات طبية وبيولوجية حديثة وتطور علم الجينات الوراثية، بحيث أصبحت بعض مكونات ومشتقات الجسم لها أهمية كبيرة في إجراء التجارب كما أصبحت هذه الأخير تدخل في عدة إستخدامات في مجال

---

3 – المادتين 158 و 159 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

[2]- المادة 164 فقرة 4 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

[3]- المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

[4]- المادة 40-2 من قانون الأسرة ، التي تخول القاضي الحق في الجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب و منها إستعمال الجينات، و في هذا الإطار قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 2006/03/05 أنه: "بالإطلاع على القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق النسب المولود (م ، ص) للمطعون ضده بإعتباره أب له، كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة، رغم أن هذه الأخيرة تفيد و أنه يثبت النسب بعدة طرق منها البينة. و لما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو إبن المطعون ضده و من صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد و هو الطاعن و لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41، و بين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية ، خاصة و أن كلاهما يختلف عن الأخر و لكل واحد منهما أثار شرعية كذلك . ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يحلق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه". قرار غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 05 /03/ 2006، تحت رقم 355180، م.ق 2006 ، عدد 01.

تكنولوجيا الأحياء **Bio Technologie** ومنها الصناعات الصيدلانية و التجميلية مما يلزم سن نصوص خاصة بها تنظم كيفية إستخداماتها[1].

كما ظهرت في الوقت الحالي، البنوك الخاصة بعناصر الجسم و كان لهذا التطور إنعكاسه على الأخلاقيات الطبية، لذا فإن قانوني الصحة وأخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسيين، كان قد أولى لهذه المنتجات إهتماما خاصا ونظاما قانونيا مستقلا، يختلف تماما عن النظام القانوني الخاص بالأعضاء الأخرى للجسم[2]. فقد أرسى المشرع الفرنسي ضوابط وقيود متعلقة بأغراض باستخدام واستغلالها سواء كانت طبية أو علمية أو تجارية[3]، وعلى سبيل المثال نظم قانون الصحة العامة الفرنسي عمليات إنتزاع الأنسجة والخلايا وتجميع مواد الجسم البشري و كذا إستخدام الخلايا المعدلة جينيا و إستعمالها في صناعة الأدوية، الأبحاث العلمية المتعلقة بالجينات الوراثية وكيفيات حفظها، نقل اللقاح البشرية واستعمال الأنسجة ومشتقاتها لأغراض طبية والتحضير العلاجي للخلايا لقواعد المنظمة للتلقيح الإصطناعي التشخيص الجيني قبل الولادة، الفحوصات البيولوجية للخلايا المنزوعة من الجنينات لإستنساخ البشري، البصمة الوراثية والكشف عن الهوية وحماية الخصوصية.

2- من حيث تحديد المسؤولية الجزائية:

بالإضافة إلى القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الأعمال الطبية والتجريبية على كل من الأعضاء البشرية والمشتقات الجسم الأخرى، تظهر أهمية التفرقة بين أعضاء جسم الإنسان و مشتقاته من حيث التكييف القانوني لأعمال الإعتداء التي تقع عليها وتشكل جرائم معاقب عليها قانونا. وقبل تعديل

---

[1]- وهو ما أخذ بها المشرع، الذي أدخل ضمن تعريف الدواء المنتجات المشتقة من الدم، وفي هذا الإطار نصت المادة 170 من قانون حماية الصحة و ترقيتها أنه يدخل ضمن تعريف الأدوية كل منتوج ثابت مشتق من الدم. كما أن المادة 171 من نفس القانون، أدخلت ضمن المنتجات المماثلة للأدوية الجسيمات المعدلة وراثيا أو الجسيمات التي تعرضت لتعديل غير طبيعي طرأ على خصائصها الأولية بإضافة جين واحد على الأقل أو حذفه أو تعويضه، والتي تستعمل في العلاج أو إنتاج الأدوية أو اللقاحات.

و قد عرضت على القضاء الأمريكي قضية دارت وقائعها خلال سنة 1979، و التي تتلخص في أن شخص يدعى John Moore كان يعاني من مرض نادر، هذا الأخير توجه إلى إحدى العيادات الطبية الموجودة بمدينة كاليفورنيا من أجل العلاج أين تم إنتزاع جزء من الطحال منه بغرض إجراء التحاليل عليه. كما تم أخذ بعض الخلايا من الجزء المنتزع دون علم المريض و تم إستخدامها في الأبحاث الصيدلانية، و التي أسفرت عن إكتشاف دواء جديد يسمى « Lymphokines »، و الذي كان له رواجا كبيرا في السوق بفضل براءة الإختراع. بحيث بلغت قيمة الأرباح التي حققها بحوالي ثلاثة ملايير دولار، و عند علمه بالأمر قام John Moore برفع دعوى قضائية ضد شركة صناعة الأدوية يطالب فيها بنصيبه من الأرباح، لكون إكتشاف الدواء تم بواسطة الخلايا المنتزعة من جسده دون رضاه، و بحكم أن له حق ملكية على أنسجته المنفصلة عن الجسم، إلا أن الدعوى تم رفضها في البداية، و بناءا على الطعن الذي قدمه قررت محكمة الإستئناف لكاليفورنيا قبول دعواه و تمكينه من حقوقه. غير أن محكمة الإستئناف رفضت الإعتراف بحق ملكية الطاعن على الأنسجة المنفصلة من جسمه، لأن ذلك يتعارض مع الكرامة الإنسانية، مما جعل بعض المؤلفين يطلق عليه تسمية الرجل صاحب الخلايا الذهبية L'homme aux cellules d'or .

Sur cette affaire, voir J-B Thierry, *Le Clonage et le droit pénal*, Mémoire du DEA, NANCY 2001, p.47.

[2]- S.Laporte, Op.cit, p 67.

[3]- و من جهة أخرى إستثنى المرسوم المؤرخ في 1995/08/04 تحت رقم 904 المتعلق بمنتجات الجسم غير الخاضعة لأحكام العنوان الأول من الكتاب السادس من قانون الصحة العامة ، كل من شعر الرأس و الأظافر و شعر البدن و الأسنان ، من الأحكام المطبقة على التبرع و إستخدام عناصر الجسم البشري. و ذلك نظرا لعدم أهميتها و خطورة الأعمال الطبية الواردة عليها من جهة ، و خضوع طب الأسنان إلى نظام قانوني خاص من جهة ثانية بالنظر إلى عناصر الجسم الأخرى.أنظر؛ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 213.

قانون العقوبات بموجب القانون 09-01، كانت القواعد العامة التي تحمي الحق في السلامة الجسدية بعناصره الثلاثة وهي السير الطبيعي لوظائف الأعضاء و التكامل الجسدي والتحرر من الألم كالضرب والجرح و إعطاء المواد الضارة بصحة الإنسان وبتر الأعضاء، هي نفسها القواعد التي تحمي الإعتداءات التي تقع على مكونات الجسم الأخرى. إلا أن الفقه الجنائي، إعتبر أن هذه النماذج غير كافية في الوقت الحالي من أجل إضفاء حماية شاملة للحق في السلامة الجسدية، وذلك في مواجهة التطورات الطبية الحديثة، لا سيما بعد ظهور عملية نقل الأعضاء[1].

كما أن قصور القواعد التقليدية يظهر جليا في مواجهة الإعتداءات الواقعة على مشتقات ومنتجاته الأخرى، وهي أفعال التي لا تترك عادة أثر على التركيب النسجي للجسم و مثالها سرقة منتج أو مشتق بشري من المخبر بغرض إعادة بيعه، فإن ذلك الفعل يعتبر إنتهاكا لحرمة الكيان الجسدي بالرغم من عدم وجود أي نقص في تكامله الجسماني من الناحية القانونية، ولا حتى بالإخلال بالسير الطبيعي لوظائف الجسم. لذلك فإن المشرع قد وضع قواعد جزائية خاصة بالإعتداء على الأعضاء البشرية تختلف على القواعد التي تحمي مشتقات الجسم الأخرى، مراعيا في ذلك إختلاف طبيعتهما.

و مثالها ما تضمنه قانون حماية الصحة و ترقيتها من أحكام تجرم المتاجرة بالدم البشري ومصله ومشتقاته قصد الربح[2]، و قانون العقوبات من أحكام خاصة بإنتزاع الأعضاء البشرية و المتاجرة فيها، وأحكاما مختلفة عنها تتعلق بإنتزاع الأنسجة والخلايا وتجميع مواد من جسم الإنسان[3]، و التي سوف يأتي شرحها من بالتفصيل في الفصل الثاني من المذكرة.

كما نشير في الأخير، أن منتجات الجسم أصبحت اليوم تستخدم في الأدلة الجنائية مثل إثبات حالة سكر أثناء السياقة عن طريق التحليل البيولوجي للدم[4]، و أن القضاء إعتمد اللجوء إلى مثل تلك الطرق في الإثبات الجنائي. وإستنادا على ذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21 مارس2007 على أنه:" بالرغم من البيانات المتناقضة الواردة في القرار المطعون فيه، فإن غرفة الإتهام تبنت موقف قاضي التحقيق الذي رفض طلب الخبرة المتعلق بتحليل الحمض النووي ADN. بالرغم من أن هذه الخبرة ضرورية لتحديد النسب و عند الاقتضاء الهوية الحقيقية لكل من (ق،س) و (س) و(ق، ج) و (ف،ت)"[5].

---

[1]- مروك نصر الدين، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مقال منشور في المجلة القضائية، سنة 2000 ،عدد 2، ص 29. أنظر كذلك؛ مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2006، ص 40 و ما بعدها.

[2] - المادة 263 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

[3] - المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات.

[4]- المواد 19، 20، 21، 22، 74، 75 من القانون رقم 01-14 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرقات و سلامتها و أمنها (ج.ر.عدد 46) المعدل والمتمم بالأمر 09-13 (ج.ر عدد45).

[5]- قرار الغرفة الجنائية، بتاريخ 2007/03/21، تحت رقم 414233، م.ق 2007، عدد01، ص 567.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للأعضاء البشرية.

نحاول من خلال هذا المطلب، التطرق إلى مسألة الطبيعة القانونية للأعضاء البشرية، و لهذه المسألة أهمية في الوقت الراهن في ظل التقدم الحاصل في مجال الطب، إذ أصبح بالإمكان اليوم فصل الأعضاء البشرية عن الجسم مما يثير مشكل تحديد طبيعتها القانونية و قابليتها لأن تكون محلا للمعاملات المالية.

و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني، يتبين أنه يتحدث عن الأشخاص والأشياء التي تكون محلا للحقوق المالية ولا يتحدث عن الجسم و لا مشتقاته و لا أعضاءه. و هذا شيء منطقي لأن القانون المدني ينظم المعاملات الإقتصادية التي يكون محورها الإنسان، كما أن التقسيم المذكور أعلاه تم إستنباطه من التقسيم التقليدي الذي جاء به القانون المدني الفرنسي و الذي أخذه بدوره من القانون الروماني، أما في ما يخص قانون العقوبات، فإنه يتضمن مجوعة من النصوص الخاصة بحصانة الجسم بصفتها واحدة من الحقوق اللصيقة بالشخصية التي كفلها الدستور[1].

و نتطرق أولا إلى مسألة مدى إعتبار أعضاء الجسم ضمن الأشياء في الفرع الأول، ثم نطرق في الفرع الثاني إلى سلطات الشخص على جسمه و أعضاءه.

الفرع الأول: مدى إعتبار مكونات الجسم ضمن الأشياء.

لقد تعرض المشرع للأشياء، بإعتبارها محلا للحقوق المالية في عدّة مواد من القانون المدني، إلا أنه لم يعرفها صراحة مكتفيا بتصنيفها وعلى سبيل المثال نصت المادة 682 من القانون المدني على أنه:" كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية"[2]. وإستنادا لذلك عرف الفقه الشيء أنه:" ما يصلح قانونا أن يكون محلا للحقوق المالية"، كما تم تعريف الشيء أيضا بأنه:" كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص سواء كان شيئا ماديا كالبناء و الحيوان أو كان شيئا معنويا كالأفكار"[3].

---

[1]- تنص المادة 32 من الدستور على ما يلي:" الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة. و تكون تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات، واجبهم أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته، وعدم انتهاك حرمت".

[2]- تتميز الأشياء بالمادية و القابلية للإستئثار و التحديد، حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، ص 29.

[3]- والأشياء أنواع كثيرة، فهي بحسب نوع ملكيتها تنقسم إلى أشياء عامة وأشياء خاصة. وبحسب ماديتها تنقسم إلى أشياء مادية وأشياء معنوية. وبحسب ثباتها على الأرض إلى عقارات ومنقولات. ومن حيث تماثلها إلى أشياء قيميّة وأشياء مثلية. ومن حيث قابليتها للإستهلاك إلى أشياء قابلة للإستهلاك وأشياء غير قابلة للإستهلاك. ومن حيث قابليتها للتعامل إلى أشياء قابلة للتعامل فيها و أشياء غير قابلة للتعامل فيها [3] وتقسيم الأشياء من حيث قابليتها للتعامل فيها، إلى الأشياء التي يجوز التعامل فيها هي الأشياء التي يمكن حيازتها حيازة مادية أو معنوية و يمكن الإنتفاع بها انتفاعا مشروعا، ويكون الإنتفاع مشروعا إذا كان هو كان غير مخالف للنظام العام و

و عليه نتناول في هذا الفرع أولا مدى إنطباق مفهوم الأشياء على جسم الإنسان ثم على أعضاءه المنفصلة عنه و أخيرا إلى الطبيعة القانونية للجثة.

أولا- بالنسبة للكائن البشري الحي:

لقد نظم القانون المدني من خلال الباب الثاني الأشخاص الطبيعية و الإعتبارية، وخصص الفصل الأول منه إلى الأشخاص الطبيعية من خلال المواد 25 و ما يليها، و قد بيّنت هذه المادة كيف تبدأ شخصية الإنسان بنصها على أن:" شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته". إلا أن القانون لم يحدد المقصود بجسم الإنسان و ما إذا كان هذا الأخير يدخل ضمن مفهوم الشخص أم له مفهوما مغايرا لهذا الأخير، كما لم يحدد القانون بشكل صريح العلاقة التي تجمع بين الشخص بجسده.

وبالرجوع إلى التشريعات القديمة يتبين أن الإنسان بمجموعه كان محلا للتصرفات القانونية والتملك، وتبعا لذلك يستطيع السيد أن يبيع عبده ويتصرف فيه كما يشاء وبنفس الطريقة التي تباع بها الأشياء الأخرى. كما كان قانون الألواح الإثني عشر ينص على أن جسم المدين ضامن للإلتزاماته، كما سمح بقتل المدين عندما يعجز عن دفع مبلغ الدين خلال ستين يوما، و إذا كان للمدين عدّة دائنين و لم يوفي إلتزامه في الآجال، جاز للدائنين أن يتفقوا على بيعه و في حالة عدم توصلهم إلا إتفاق جاز لهم تقطيعه إلى عدة أجزاء[1]، إلا أن تلك القواعد لم تعد مشروعة في الوقت الحالي لمخالفتها مبادئ حقوق الإنسان العالمية[2].

وفي الحقيقة يعتبر أغلب الفقه أن جسم الإنسان الحي بكافة مكوناته، لا يعتبر من الأشياء لكونه مجسدا للشخص أي هو غلافا للشخصية ***Substratum de la personne*** [3] و مميزا لها، بالرغم من أن هذه الأخيرة لا تمنح للجسم في حد ذاته و لكن إلى الشخص الذي يكون أهلا لإكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، فالجنين بالرغم من تمتعه بكيان جسدي لا يعتبر شخصا في حكم القانون، وكذلك الحال بالنسبة إلى جثة الشخص المتوفى التي تنتهي شخصيتها بمجرد وفاة صاحبها.

بحسب ما أعد الشيء له بحسب العادة، ويدخل في دائرة تلك الأشياء كل شيء غير خارج عن التعامل فيه بطبيعته أو بحكم القانون؛ صابر محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، طبعة 2008، ص 96.

[1]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، 44 و45.

[2]- أنظر على سبيل المثال، إتفاقية جنيف للأمم المتحدة الخاصة بالرق الصادرة بتاريخ 09 مارس 1927، معدلة بالبروتوكول المؤرخ في 07 ديسمبر 1953، صادقت الجزائر على الإتفاقية بموجب المرسوم المؤرخ في 11 سبتمبر 1963 ، (ج.ر 66)، بتاريخ 14 سبتمبر 1963، و كذا الإتفاقية التكميلية لإبطال الرق و تجارة الرقيق و الأعراف و الممارسات الشبيهة بالرق، المعتمدة من قبل مؤتمر المفوضين للمجلس الإقتصادي و الإجتماعي المؤرخة في 30 أبريل 1957، صادقت الجزائر على الإتفاقية بموجب المرسوم المؤرخ في 11 سبتمبر 1963 (ج.ر 66)، بتاريخ 14 سبتمبر 1963، النص الكامل للاتفاقيتين منشور في مؤلف وزارة العدل، المرجع السابق، ص 455، 461.

[3]- F.Bellivier et C.Noiville, *Contrats et vivant, le droit de la circulation des ressources biologique*, édition delta, 2006, p.72.

وعليه لا يمكن إعتبار الجسم شيئا ولا يمكن تشبيهه بالشيء، لأن هذا الأخير يدخل ضمن نطاق ما هو موجود في العالم الخارجي، ومن جهة أخرى فإن جسم الإنسان لا يعتبر بمفرده شخصا لأن ما يكون الشخص هو الإندماج بين الجسم و الروح و العقل المعبر عن الإرادة[1]. إلا أن هذا المبدأ غير موجود كقاعدة قانونية صريحة، و لم يتم الإعتراف به إلا بشكل غير مباشر من خلال نص المادة 682 من القانون المدني المشار إليها أعلاه، و تبعا لذلك لا يمكن أن يكون الجسم محلا للحقوق المالية و لا التصرفات القانونية أو التملك كما هو الشأن بالنسبة إلى الشيء ،كما لا يعتبر أيضا من الأشياء الخارجة عن التعامل فيها لا بطبيعتها و لا بحكم القانون[2].

ثانيا – بالنسبة إلى الأعضاء المنفصلة عن الجسم:

لقد توصلنا فيما سبق، إلى أن جسم الإنسان يعتبر غطاء الشخصية وأنه من مكوناتها وبالتالي لا يمكن إعتباره من الأشياء المادية، كما توصلنا أيضا إلى أن التطور الطبي مكّن من أن تكون أعضاء جسم الإنسان محلا للتبرع بعد فصلها من الجسم، لذا فإن السؤال الذي يطرح حول ما إذا كانت الأعضاء المنفصلة عن جسم الإنسان سواء عن طريق تدخل جراحي أو حادث عرضي تفقد صفتها كواحدة من مكونات الشخصية وتدخل ضمن مفهوم الأشياء ؟

للإجابة هذا السؤال، لا بد من الرجوع إلى الخصائص المميزة للشيء السابق ذكرها وهي المادية والتحديد والقابلية للإستئثار، ونحاول تطبيقها على أعضاء جسم الإنسان لكي نتمكن من معرفة ما إذا كانت هذه الأخيرة تدخل ضمن الأشياء المادية أم لا.

فإذا رجعنا إلى الخاصية الأولى للشيء وهي المادية، يتبين أن أعضاء جسم الإنسان بمجرد إنفصالها يصبح لها كيانا ماديا مستقلا ومنفصلا عن الإنسان، وبالتالي فإن هذا الشرط يعتبر متوافرا. أما بالنسبة إلى الشرط الثاني وهو التحديد، فإن هذا الأخير لا يثير أي إشكال بحكم أن كل أعضاء الجسم هي محددة و مندمجة مع بعضها.

---

[1]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 26.

[2]- بالرغم من ذلك، يرى جانبا من الفقه الفرنسي أن جسم الإنسان يدخل ضمن نطاق الأشياء إستنادا إلى التقسيم الذي جاء به القانون الفرنسي للأشياء والذي استقاه من القانون الروماني. على أنها تنقسم إلى أشياء قابلة للتعامل فيها و أشياء غير قابلة للتعامل فيها، هذه الأخيرة التي تنقسم بدورها إلى أشياء خارجة عن التعامل فيها لأسباب تتعلق بالحقوق الطبيعية للإنسان و الأشياء المشتركة و التابعة للدولة و أسباب تتعلق بقدسيتها مثل المدافن و الكنائس، و إعتبر هذا الرأي أن جسم الإنسان يدخل ضمن الأشياء غير قابلة للتعامل فيها بسبب قدسيتها و لا يمكن بالتالي تشبيه الجسم للشخص، و إعتبار هذا الرأي أيضا أنه لا يمكن الإلتجاء إلى نص المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي من أجل القول أن الجسم لا يدخل ضمن الأشياء، لأن تلك المادة تؤكد عكس ذلك إذا تتبعنا أصولها في القانون الروماني و أنها هي التي تؤمن الحماية و الإحترام للجسم كونه من الأشياء المقدسة. كما دعم في الأخير رأيه أنه حتى يتمكن الشخص من التبرع بعضو من أعضاء جسده فإن هذا الأخير لا يمكن إلا أن يكون شيئا، لمزيد من التفاصيل أنظر؛ أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص32 و33.

و في ما يخص قابلية الشيء للإستئثار، فقد أوضحنا أنه ينبغي لأن تكون الأشياء قابلة للحيازة بحسب المادة 682 من القانون المدني أن لا تكون خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون، و الأشياء خارجة عن التعامل فيها بطبيعتها التي هي الأشياء التي لا يستطيع الشخص أن يستأثر بحيازتها مثل الأشياء المشتركة، غير أن الأعضاء المنفصلة عن الجسد تكون قابلة للحيازة بطبيعتها و تختلف بذلك عن الهواء و أشعة الشمس مثلا.

أما في ما يخص الخروج عن التعامل بحكم القانون، فيمكن القول أن الأعضاء البشرية هي من بين الأشياء التي ينطبق عليها هذا الشرط، وذلك كون التعامل فيها يتعارض مع مبادئ إحترام الجسم و الكرامة الإنسانية المكرسة بموجب الدستور وكذا قانون الصحة وقانون العقوبات، وأن أي تعامل مادي فيها تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

وفي هذا الإطار نصت المادة 161-2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها أنه:" لا يجوز أن يكون إنتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية"، كما جرمت المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات أعمال المتاجرة بالأعضاء البشرية بكافة صورها. وأن عدم قابلية التعامل في الأعضاء البشرية لا يشمل كل التصرفات القانونية، بل يستثني التصرفات التي يكون الغرض منها التبرع من أجل إنقاذ حياة الشخص التي تبقى مشروعة[1]، وفقا للشروط المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها و التي سوف يأتي بيانها لاحقا.

ومن جانبه يرى أغلب الفقه أن، الأعضاء المنفصلة عن الجسم تأخذ حكم الأشياء إلا أنها من الأشياء غير القابلة للتعامل فيها[2]، كما إعتبر بعض الفقه أيضا أن العضو المنفصل عن الجسد من أجل الزرع في جسم آخر يتحول إلى شخص بالإندماج بمجرد زرعه في الجسم الجديد، و يصبح منذ تلك اللحظة في حكم جسم الإنسان الحي و أن أي إعتداء عليه يعتبر إعتداءا على السلامة الجسدية للشخص المستفيد منه، كما أن نفس العضو يأخذ حكم الجسد بحسب المآل قبل عملية الزرع و يستفيد من نفس الحماية[3].

---

[1]- أنظر المادة 16 من القانون المدني الفرنسي، التي نصت صراحة أن: "جسم الإنسان و عناصره و منتجاته لا يمكن أن تكون محلا للحقوق المالية".

[2]- يضرب الفقه الفرنسي مثالا، على أن يدا قطعت من نجار أثناء قيامه بتقطيع الخشب بواسطة الآلة فإن تلك اليد تصبح شيئا منذ لحظة إنفصالها عن الجسم. كما يمكن تملكها من قبل أول شخص يستولي عليها وفقا لقاعدة أن الحيازة في المنقول سند الملكية، و عليه لا يمكن متابعة هذا الأخير بجريمة السرقة.

J-P.Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil-Des travaux, 1993, p.231.

[3]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 28 . غير أن بعض الفقه الفرنسي يرى أن الأعضاء المنفصلة عن الجسم و المشتقات التي يتم إقتطاعها و كذا مخالفات العمليات الجراحية، تأخذ حكم الأشياء من الناحية الجزائية كذلك، و بالتالي تنطبق عليها الجرائم المتعلقة بالأموال لا سيما جريمة السرقة، و هذا نتيجة منطقية إذا إعتبرنا أن الأعضاء المنفصلة عن الجسم تأخذ حكم الأشياء من حيث الطبيعة القانونية حتى و لو كانت من الأشياء غير القابلة للتعامل فيها.

J-F. Seuvic,Op.cit, p. 377.

ثالثا – بالنسبة إلى الجثة:

يقصد بجثة الإنسان هي جسم الشخص المتوفى، ويرتبط مفهوم الجثة بمسألة الموت وتحديد لحظة الوفاة التي أثارت الكثير من الخلافات من الناحية القانونية والطبية، والتي سوف يتم التطرق إليها بالتفصيل في الفصل الثاني من المذكرة. غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا المقام حول الطبيعة القانونية للجثة في ما إذا كانت تخضع للأحكام الخاصة بالأشياء أم الأشخاص ؟

و في هذا يمكن القول أنه بمجرد خروج الروح من الجسد يكون الشخص عبارة عن مادة جامدة، بحيث لا يستطيع التعبير عن الإرادة أو إبرام عقود أو تحمل الالتزامات[1]، لذا فإن الجثة لا تعتبر من أشخاص القانون و أنها تدخل إذن ضمن الأشياء المادية مثلها مثل الأعضاء المنفصلة عن جسم الإنسان. و يعتبر الفقه أن الجثة هي من الأشياء غير قابلة للتعامل فيها[2]، ويستند في تبرير ذلك إلى فكرة القدسية و القيم الأخلاقية. و بحسب هذا الرأي فإن الجثة تمثل ذكرى الشخص و إستمرارا لروحانيته التي يترتب عنهما واجب إحترام الشخص الذي كانت تمثله[3]. لذا فإن الجثة تتمتع بحرمة خاصة لا يمكن أن نجدها في الأشياء العادية و أن تلك الحرمة تمنع المساس أو التنكيل بها[4]. إلا أنه بالرغم من ذلك تبقى الجثة ضمن طائفة الأشياء، و على سبيل المثال إذا إفترضنا أن هذه الأخيرة تسببت في ضرر أصاب الغير نتيجة تعفنها مثلا، فإنه يمكن مسائلة حارسها على أساس مسؤولية حارس الشيء ، طبقا لنص المادة 138 من القانون المدني لأنها من الأشياء غير الحية.

ومن جانبها أقرت الشريعة الإسلامية الغرّاء مبدأ حرمة المساس بجثة المتوفى ووجوب تكريمها وعدم إهانتها، و قد ورد في شأن ذلك الحديث النبوي الشريف "أن كسر عظم الميت ككسره حيا"، فهو يدل دلالة واضحة على تحريم كسر عظام الميت وعلى حظر إتلافه، كما حرمت الشريعة نبش القبور إلا لضرورة شرعية أو مصلحة. ومن مظاهر تكريم جثة الإنسان التغسيل و التكفين و الدفن و منع التعدي عليها وحرقها وإهانتها و كذا التعدي على القبور[5].

---

[1]- حسب المادة 25 من القانون المدني فإن شخصية الإنسان تنتهي بموت هذا الأخير وأن وفاة الشخص يعني تغير الوضعية القانونية له، بحيث تنتهي شخصيته القانونية و تتبعها أهلية الوجوب. كما تنقضي بعض التصرفات القانونية التي قام بها الشخص أثناء حياته مثل الوكالة، وللوفاة آثار قانونية أخرى تتعلق ببدأ العدة و ثبوت النسب و تنفيذ الوصية وانتقال ملكية المتوفى إلى الورثة. كما لها آثار في مجال التأمين والضمان الإجتماعي و الحالة المدنية، و من آثار الوفاة من الناحية الجزائية انقضاء الدعوى العمومية و إنتهاء الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم و بدأ حماية قانونية أخرى تتعلق بالجثة و حرمة الموتى إلى غير ذلك من الآثار المتعددة.

[2]- و في هذا يقول البروفيسور J.Savatier أن: " ليست الجثة إلا شيئا و لكن الوفاء لذكرى الشخص الذي مثلته يفرض إحترام هذه الجثة."، ورد في مؤلف، أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 170.

[3] -A.Ossoukine, *L'Ethique biomédicale*, Op.cit, p. 161 .

[4]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 183 و ما يليها.

[5]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 105.

وقد كرس القانون الطبي الجزائري مبدأ حرمة الجثة، حيث نصت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها على عدم جواز المساس بالجثة إلا لأغراض علاجية أو علمية أو لغرض التشريح الطبي وفقا لمبدأ كرامة الجسم، كما وضعت المادة 168 من نفس القانون أحكام خاصة بعمليات نقل و زرع الأعضاء من جثة إنسان. و نصت مدونة أخلاقيات الطب، على ضرورة إحترام الأخلاقيات العلمية في إجراء التجارب العلمية أو التشريح. ومن جانبه أعطى قانون العقوبات حماية جزائية خاصة للجثة، وقد نصت المادة 151 منه على معاقبة الشخص الذي يقوم بإنتهاك الحرمة الواجبة للموتى في المقابر أو في غيرها، كما تعاقب المادة 153 من نفس القانون الشخص الذي يقوم بتدنيس أو تشويه جثة ميت. و يرى الدكتور العربي بلحاج، أنه يقع على الطبيب إلتزام بعدم تشويه الجثة أثناء عمليات إستئصال العضو منها والتشريح وكذا إعادتها إلى حالتها الطبيعية بعد عملية التشريح وإلا تمت مسائلته جزائيا على أساس جنحة تشويه جثة[1].

ومن التطبيقات القضائية التي إعتبرت الجثة خارجة عن التعامل و كرست مبدأ احترام الجسم، قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 16 سبتمبر 2010 في قضية تتلخص وقائعها، أنه بتاريخ 12 فبراير 2009 قامت شركة Encore Events بتنظيم معرض بباريس تم من خلاله عرض جثث و أعضاء بشرية لمواطنين صينيين محكوم عليهم سابقا بعقوبة الإعدام أو محبوسين. بحيث يظهر العرض أجسادا بشرية في وضعيات رياضية مختلفة بشكل يسمح بمعرفة كيفية عمل الأعضاء الداخلية لجسم الإنسان حسب الجهد العضلي المبذول. إثر ذلك قامت جمعيتي مناهضة عقوبة الإعدام والتضامن مع الصين برفع دعوى استعجالية تطالبان من خلالها بوقف العرض، لكونه يشكل إخلالا واضحا للقواعد القانونية التي تحمي الحق في احترام الجسم البشري و بقايا الإنسان المنصوص عليها في المواد 16 و ما بعدها من القانون المدني، وكذا المادتين L.1-1232 من قانون الصحة العامة و 225-17 من قانون العقوبات.كما تشكل من جهة أخرى متاجرة في جثث الرعايا الصينيين و قد إنتهت بصدور قرار محكمة الاستئناف بباريس مؤرخ في 30 أبريل 2009 يقضي بإلزام المدعى عليها بوقف المعرض. إثر ذلك قامت شركة Encore Events بالطعن في القرار المذكور أعلاه أمام محكمة النقض مثيرة في عريضتها عدة أوجه للطعن أهمها، أنه لا يمكن لقضاء الاستعجال أن يتخذ إلا التدابير التحفظية أو وقف الأعمال غير الشرعية التي تشكل إخلالا واضحا بالنظام العام معتبرة

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 158.
و قد تضمن قانون الصحة العمومية الفرنسي نصا خاصا، يلزم بموجبه الطبيب الذي يقوم بتشريح الجثة أن يضمن أحسن ترميم ممكن لها.
Art. L. 1232-5, CSP : « Les médecins ayant procédé à un prélèvement ou à une autopsie médicale sur une personne décédée **sont tenus de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps**. »

أن قضاة الموضوع خالفوا تلك القاعدة بمناقشتهم مسألة شرعية عرض الجثث، و أعطوا تفسيرا لنص المادة 16-1 من القانون المدني و تطبيقها في الحالات المماثلة بالرغم من أنّ المسألة كانت محل شك و تباين في وجهات النظر بين الطرفين. حيث اعتبروا أن احترام الجسم البشري لا يتوقف بمجرد وفاة الشخص و إنما يمتد أيضا إلى بقايا الشخص المتوفى و رفاته التي يتعين التعامل معها باحترام و كرامة و آداب، و أن الشركة الطاعنة عرضت المومياء البشرية لأغراض علمية بطريقة تسمح بتعريف الجمهور بالتقنيات العلمية الحديثة في التشريح و التحنيط.كما تسمح لهم أيضا بالتعريف بكيفية عمل أعضاء الجسم مما يساهم في رفع المستوى المعرفي للزوار و هو ما يدخل في إطار الاستثناءات الواردة على القاعدة التي استند عليها القرار المنتقد و المتمثلة في إستعمال الجثث و الأجزاء الآدمية لأغراض علمية أو بيداغوجية. كما اعتبر القرار المنتقد أيضا أن مبدأ احترام الجسم لا يمنع الشركة من طرح وجهة نظرها للموت و الشعائر الدينية التي تختلف باختلاف الثقافات، و بالتالي فإن عرض الأجزاء البشرية لا يشكل عملا يمس بالطقوس الدينية أو إخلالا بالنظام العام. كما أعابت الشركة الطاعنة على قضاة الاستئناف كيفية مناقشتهم لشرط الموافقة المسبقة بحيث قلبوا عبء إثبات هذا الشرط. و في هذا الإطار أكدت الطاعنة أن إستعمال الجثث كان بموافقة أصحابها قبل وفاتهم أو ذويهم الذين تبرعوا بها لفائدة كليات الطب التابعة لإحدى الهيئات العلمية بالصين وأن الهيئة أحاطهم علما مسبقا بكيفية إستعمال الجثث وكذا بالطريقة التي سوف يتم حفظها وتشريحها. ومن جهة أخرى أكدت الشركة الطاعنة احترامها للقواعد المتعلقة بالسرية وعدم الكشف عن هوية أصحاب الجثث والتمست في الأخير قبول الطعن مع إلغاء القرار المطعون فيه.

إلا أن محكمة النقض إعتبرت الدفوع التي أثارتها شركة Encore Events غير مؤسسة قانونا وردت عليها بحيثية جاء فيها أنه وفقا لنص المادة 16-1-1 الفقرة 2 من القانون المدني، فإنه يتعين أن يتم التعامل مع بقايا الأشخاص الموتى باحترام وكرامة وآداب و أن عرض جثث لأغراض تجارية يخالف تلك المقتضيات ولما ثبت في القضية الراهنة أن الجثث محل النزاع تم عرضها من قبل الشركة الطاعنة لأغراض تجارية فإن قضاة الاستئناف بمنعهم استمرار العرض يكونون قد طبقوا صحيح القانون واستعملوا سلطاتهم المخولة لهم بمقتضى المادة 16-2 من القانون المدني[1].

من الواضح أن هذا القرار كرس مبدأ الحماية القانونية لبقايا الشخص المتوفى في إطار احترام الجسم البشري واعتبروها خارج التعامل التجاري، كما إعتبر القضاة أن أي عمل من شأنه أن يجعل

[1]- Cass.1er Ch.civ, 16 Sep 2010, N° 09-67456: www. Cour de Cassation .fr.
Voir à ce sujet l'Avis n°111 du Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé : *Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale*, 07 janvier 2010.

الأعضاء البشرية حتى ولو كانت لأشخاص موتى محل معاملة تجارية غير مشروع ويمس بالنظام العام، وأن مفهوم القدسية الذي كان سائدا في ظل القانون الروماني قد استبدل بمفهوم الكرامة الإنسانية وفقا للتوجهات الفكرية و التشريعية الحديثة[1].

الفرع الثاني: سلطات الشخص على جسده:

بعد أن رأينا في الفرع الأول طبيعة الجسم البشري وأعضائه ومدى انطباق مفهوم الشيء عليه، نتطرق من خلال هذا الفرع إلى النتائج المترتبة عن ذلك أي حرية الشخص في التصرف في جسمه وأعضاءه وذلك بعرض نظرية الحقوق العينية أولا ثم إلى نظرية حقوق الشخصية ثانيا.

أولا – نظرية الحقوق العينية.

ترى هذه النظرية أن للشخص حق عيني على جسده، وقد انقسم أنصار هذه النظرية إلى إتجاهين أساسيين الأول يرى أن الشخص مالكا لجسمه و الثاني يرى أن للشخص حق انتفاع على جسده.

1– للشخص حق ملكية على جسمه و أعضاءه.

يرى أصحاب هذا الرأي أن الشخص سيد على جسده، و أن العلاقة التي تجمعه بجسمه هي علاقة ملكية وبالتالي يستطيع الشخص أن يتصرف في جسده كما يشاء مثل تصرفه في باقي الأشياء الأخرى. كما يحتج بملكيته تجاه الغير[2] ويقتضي ذلك أولا الاعتراف بمادية جسم الإنسان وعدم التفريق بين الجسم كوحدة متكاملة ومكوناته المنفصلة عنه من حيث الطبيعة القانونية لكل منهما واعتبارهما من الأشياء، وضرورة التفريق من جهة ثانية بين الأشياء و البضائع وإخراج الجسم عن مفهوم البضاعة. واستنادا على ذلك يحق للشخص أن يستفيد من أعضاءه كما يحق له أن يفيد بها غيره بمقتضى تصرف قانوني يكون محله العضو و أن قانون الملكية هو الذي يحمي الأعضاء المنفصلة عن الجسم[3].

وإن الإقرار بملكية الشخص لجسده أو أعضاءه المنفصلة عنه يترتب عليه عدة نتائج ترجع بالفائدة على الشخص في حد ذاته و تضمن من جهة ثانية التكامل الجسدي لهذا الأخير، لأن قانون الملكية يخول

---

[1]- تنص المادة 34 من الدستور على: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان و المساس بالكرامة الإنسانية".

[2]- تعرف المادة 674 من القانون المدني الملكية أنها:" حق التمتع و التصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة".

[3]- يرى بعض الفقه أن محل التصرف في عمليات زرع الأعضاء ليس العضو في حد ذاته، و إنما هو منفعة أي الوظيفة البيولوجية للعضو المتبرع به لأن الإنسان لا يملك سوى منافع عضوه. أنظر؛ صابر محمد سيد، المرجع السابق، ص161.

الشخص حق الاعتراض على أي فعل من شأنه المساس بالعضو أو بالجسم أيا كانت مبرراته أو نتائجه[1]. كما يعتبر الطريقة المثلى لحماية الجسم من المتاجرة بالأعضاء البشرية والمنتجات الأخرى[2].

وقد انتقد هذا الرأي على أساس استحالته تطبيقه من الناحية القانونية و التقنية، لأن القول بوجود حق ملكية يستلزم أن يكون هناك مالكا و صاحب حق مستقلا عن موضوع الحق و طبيعة جسم الإنسان تتعارض مع ذلك بحيث يتحد في تلك العلاقة صاحب الحق و محل الحق.

ومن ناحية أخرى، فإنه من المتفق عليه أن الإنسان لا يستطيع أن يتصرف في جسمه كما يشاء، وأن إطلاق حرية الشخص في التصرف في جسمه كصاحب حق الملكية لا يؤدي إلى حماية الجسم من تصرفات الشخص ذاته مثل الانتحار الذي يؤدي إلى إنهاء الحياة، و زوال الشخصية والتشويه الإرادي الذي يتصادم مع القواعد الجزائية التي تحمي الحق في سلامة الجسم وبيع الشخص لجسده الذي يؤدي بدوره إلى العبودية. لذا ذهب أنصار النظرية للقول، أن التصرف القانوني الذي يقوم به الشخص على جسمه يخضع إلى مبدأ حق الملكية المحدود و القيود المتعلقة بها لا سيما ما يتعارض مع المصلحة العامة[3].

2- للشخص حق انتفاع على جسمه:

نظرا للانتقادات التي وجهت للنظرية الأولى، ظهر اتجاه آخر يرى أن العلاقة القانونية بين الشخص وجسمه ليست حق ملكية و إنما هو حق انتفاع فقط[4]، و ذهب أنصار هذا الرأي إلى إعتبار الجسم مملوك ملكية رقبة لله أو للمجتمع ويتعين على الشخص أن يحافظ على جسمه بجميع عناصره ومكوناته، وأن لا يقوم بأي فعل من شأنه المساس بسلامة جسده مثل إجراء عملية جراحية غير ضرورية[5]، و بالتالي لا يستطيع الشخص أن يتصرف في جسمه كما يشاء لأن التصرف لا يكون إلا للمالك.

ويرى آخرون أنه يحق أن للشخص الحق في التصرف في حق الإنتفاع المقرر له على جسمه بمقتضى عقد من عقود التبرعات متى كان ذلك لا يؤثر على حقه في الحياة و حقه في السلامة الجسدية.[6]

و لم تسلم هذه النظرية من النقد أيضا، فالخطورة الأساسية لهذه النظرية تتمثل في التهديد الذي يمكن أن يتعرض له جسم الإنسان لو افترضنا أن الدولة أو المجتمع مالك الرقبة للجسم، فإنها تستطيع أن

---

[1]- تنص المادة 677 من القانون المدني أنه:" لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون".

[2]- ومن أنصار هذه النظرية بيار فارو و بيرو و لابورد لاكوست أنظر؛ أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 40.

[3]- المواد: 690 و ما يليها من القانون المدني.

[4]- المواد 844 و ما يليها من القانون المدني.

[5] - P. Bruno, Op.cit, p 158.

[6]- صابر محمد محمد سيد، المرجع السابق، ص 156.

تتصرف فيه كما تشاء كما أن حق الإنتفاع باعتباره حقا من الحقوق العينية لا يرد إلا على الأشياء وجسم الإنسان لا يمكن تشبيهه بالشيء[1].

3- نظرية الملكية المشتركة:

يرى أصحاب هذه النظرية أن جسم الإنسان مملوك ملكية مشتركة بين الفرد و المجتمع، إلا أن أنصار هذا الرأي اختلفوا في ما يخص الحد الفاصل بين جانبي الحق فمنهم من أخذ بفكرة المصلحة الاجتماعية و منهم من أخذ بفكرة الوظيفة الاجتماعية.

أ- فكرة المصلحة الاجتماعية:

و بحسب هذا الرأي فإن شرعية التصرف الذي يقوم به الشخص على مكونات جسمه، ينظر إليه حسب المصلحة التي يحميها القانون في ما إذا كانت مصلحة مباشرة أو غير مباشرة. وتكون المصلحة مباشرة إذا كان التصرف المراد إجراءه يشكل خطورة كبيرة على سلامة الجسم، فإنه في هذه الحالة يكون غير مشروعا ولا يجوز له إجراءه لأنه يمس بحق المجتمع. أما إذا كانت المصلحة غير مباشرة ولا يؤدي التصرف إلى ضرر كبير بالسلامة الجسدية، فيكون جائزا شرط توافر الرضا مثل العقد الذي يبرمه الحلاق مع زبونه الذي يكون محله قص شعر هذا الأخير[2].

ب- فكرة الوظيفة الاجتماعية:

بحسب هذا الإتجاه فإن شرعية التصرف الذي يرد على مكونات الجسم ينظر إليه بمعيار درجة الإنقاص من صلاحية الشخص للقيام بوظيفته داخل المجتمع الذي تترتب عنه، أما إذا كان التصرف له جانب فردي مثل التبرع بالدم الذي لا يؤدي إلى الإخلال بالوظيفة الاجتماعية فإنه يكون مباحا شرط توافر ركن الرضا. وقد أعيب على هذه النظرية أيضا عدم دقتها و صعوبة تطبيقها من الناحية العملية، بحيث بصعب التفريق بين ما هو مملوك للفرد وما هو مملوك للمجتمع[3].

ثانيا- نظرية حقوق الشخصية:

يرى أغلب الفقه أن العلاقة التي تجمع الشخص بجسده لا ينظر إليها من جانب الحقوق المالية. وإنما من جانب حقوق الشخصية، وذلك بسبب سمو و رفعة الإنسان وعدم إمكانية فصل الجسد عن الشخصية. وحقوق الشخصية هي: "الحقوق المتعلقة بالشخص التي تثبت له بمجر وجوده باعتباره إنسانا، و يطلق عليها أيضا بالحقوق الطبيعية مثل حق الإنسان في الحياة واحترام كيانه الأدبي و المعنوي

[1] - رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ،الطبعة الأولى 2005، ص18،19.

[2]- رمضان جمال كمال ، المرجع السابق ، ص 19.

[3]- صابر محمد محمد سيد، المرجع السابق، ص 160.

وحرمة حياته الخاصة ونشاط الشخصية[1]، وتهدف تلك الحقوق إلى الدفاع عن الفرد في علاقته مع الغير أو مع السلطة العامة"[2].

1- خصائص حقوق الشخصية:

و تتميز الحقوق الشخصية بأنها:

أ- حقوق عامة تثبت لكل شخص:

يقصد بذلك أنها ليس لها محل خارجي مستقل عن صاحبها، إذ أن محل الحق فيها عنصر من العناصر المكونة للشخص أو نشاطه كالجسم أو الاسم أو الشرف، كما أنها تثبت لكافة الناس و ليس لأحد الاستئثار بها على وجه التحديد[3].

ب – حقوق مرتبطة بالإنسان مما يجردها من طابعها المالي:

و من جهة أخرى فإن حقوق الشخصية لصيقة بالشخص و لا يمكن تقديرها بمال بالرغم أن لها آثار مالية في حالة الإعتداء عليها و يترتب على الإعتداء على أي حق من حقوق الشخصية، حق مستقل وهو الحق في التعويض طبقا لنص المادة 47 من القانون المدني[4]، كما لا يمكن التنازل عنها أو التصرف فيها وليست قابلة للحجز عليها[5].

ج – انقضاءها بوفاة الشخص:

كما تتميز حقوق الشخصية بإنقضائها بوفاة صاحبها و بالنتيجة فإن هذه الأخيرة لا تنتقل إلى الورثة، ولا يستطيع هؤلاء مباشرة الدعاوى الخاصة بهذه الحقوق لأنها تتصل بشخص المتوفى. ولكن يجوز لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم شخصيا نتيجة فعل الإعتداء.

د- لا يرد على هذه الحقوق التقادم:

لا يرد على حقوق الشخصية التقادم سواء كان ذلك التقادم المسقط ولا التقادم المكسب مهما طالت مدة عدم استعمالها[6].

---

[1]- فريدة محمدي ، نظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2002، ص 12.

[2]- تنص المادة 34 من الدستور على أن: "الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان و يحضر أي عنف بدني أو معنوي أو **أي مساس بالكرامة**". كما تنص المادة 35 أيضا على أنه:" يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل ما يمس بسلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

[3]- يرى بعض الفقه أن حقوق الشخصية لست حقوق أصلا لأنها لا تمكن صاحبها بالاستئثار بها كما أن الحق يفترض وجود صاحبه لمزيد من التفاصيل؛ أنظر فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 14

[4]- تنص المادة 47 من القانون المدني أنه:" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في الحق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

[5]- فريدة محمدي ، المرجع السابق، ص 19.

[6]- المرجع نفسه، ص16.

2- الحق في السلامة الجسدية:

ينظر إلى العلاقة التي تجمع الشخص بجسده من جانب الحق في السلامة الجسدية، و أن الحق في السلامة لجسدية يعتبر من بين حقوق الشخصية. ويقوم الحق في سلامة الجسم على ثلاثة عناصر رئيسية وهي: حق الإنسان في أن تسير وظائف أعضاءه جسمه سيرا طبيعيا. و يترتب على ذلك أن أي عمل من شأنه الإخلال بسير الأعضاء يعتبر غير مشروع مثل بتر عضو أو تعطيل منفعته. أما العنصر الثاني يتمثل في التكامل الجسدي بحيث لا يجوز الإنقاص من التكامل النسيجي أو البنيوي للجسم مثل الجروح و الضرب. أما العنصر الثالث فهو التحرر من الآلام حتى ولو لم يؤدي الفعل إلى إخلال بالسير الطبيعي للوظائف[1].

وحق الشخص في سلامته الجسدية ليس مطلقا وإنما ترد عليه قيود تتعلق بالمصلحة العامة، فلا يجوز للشخص التصرف في جسمه كما يشاء، لذلك منع قانون حماية الصحة مثلا إستئصال عضو من أعضاء الجسم إذا كان يشكل خطرا على الإنسان[2]. كما يمنع القانون الشخص تغيير أعضاءه التناسلية وجنسه[3]. ومن جهة أخرى يمتد الحق في السلامة الجسدية إلى ما بعد الموت فيحق للشخص أن يوصي بعد التصرف في جثته عن طريق اقتطاع الأعضاء أو البحث العلمي[4].

وقد استندت المحاكم إلى هذا المعيار في منع انتهاك حصانة الجسم سواء كان برضا أو بغير رضا الشخص، و على سبيل المثال كان القضاء الفرنسي يستند دوما إلى نص المادة 1128 من القانون المدني[5]، للقول أنه لا يوجد غير الأشياء القابلة للتعامل التي تكون محلا للحقوق المالية و التجارة، و كان كان يستند أيضا إلى نص المادة 1131 من نفس القانون[6] لترتيب البطلان على كل التزام يكون دون سبب أو يكون سببه غير مشروع أو مخالف للنظام العام و الآداب العامة. و على سبيل المثال قد قضت محكمة الاستئناف بليون في قرار مؤرخ في 27 يوليو 1914 أنه "يعتبر غير مشروع و مخالفا للآداب العامة ، العقد التي التزمت بمقتضاه امرأة معوزة بمنح جسدها مقابل أجر بغرض إجراء تجارب طبية غير مفيدة بالنسبة إلى صحتها ، إضافة على إنطوائها على مخاطر غير مبررة"[7]. كما قضت المحكمة الكبرى لباريس في قرار مؤرخ في 03 يونيو 1969 "بعدم شرعية العمل الذي قام به الشخص ،المتمثل في الوشم على جسد قاصر بناءا على عقد أبرم بين هذا الأخير و منتج الفيلم ، الذي بموجبه التزم القاصر

---

[1]- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 182.
[2]- المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، و كذا المادة 34 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.
[3]- تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري و التغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة تلمسان، عدد خاص بالملتقى الوطني حول حقوق شخصية، طبعة 2008، ص 69.
[4]- المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.
[5]- المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي، تقابلها المادة 682 من القانون المدني الجزائري.
[6]- المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي، تقابلها المادة 97 من القانون المدني الجزائري.
[7] -CA, Lyon ,27 juin 1914, note. F. Bellivier et C. Noiville, Op.cit, p 72.

بتمكين المنتج من الحصول على صور له و هو عاري الجسد ، مع ظهور الوشم بدبره و هذا مقابل حصوله على أجر". كما اعتبرت المحكمة "الاتفاقية غير شرعية لمخالفتها للآداب العامة"[1].

3- أثر التطور الطبي على الحق في سلامة الجسم:

إنّ التطور العلمي الذي شهده العصر قلب الأوضاع القانونية التي كانت سائدة سابقا، فلم يعد الإشكال الذي كان يطرح سابقا حول طبيعة و شرعية بعض العقود التي يكون محلها أحد مكونات الجسم، مثل العقد الذي يبرم بين الحلاق و الزبون أو العقد الذي تبرمه المرأة و المرضعة التي تلتزم بموجبه هذه الأخيرة بإعطاء حليبها للطفل مقابل أجر. إذ سمحت هذه التقنيات في الوقت الحالي بانتزاع أعضاء من الجسم وزرعها في جسم شخص آخر بغرض إنقاذ حياته، بحيث أصبحت أعضاء الجسم تدخل ضمن اتفاقيات قانونية تؤدي لا محال إلى الإنقاص من التكامل الجسدي للمتبرع، وبالتالي المساس بمبدأ حصانة جسمه ولو كانت مجانية. كما أصبح مبدأ حصانة الجسم في حد ذاته محل شك و بدأ في الانحسار تدريجيا أمام إضفاء الشرعية على تلك الأعمال بنصوص قانونية صريحة[2].

و تمخضت عن التطورات الحاصلة في مجال الطب و الجراحة كذلك انحرافات خطيرة تمس بالنظام العام و الآداب العامة، منها ظهور عمليات التغيير الجنسي[3] ووقف الحمل واستئجار الأرحام[4] وظهور جرائم جديدة تتعلق بالاتجار بالأعضاء البشرية، تجاوزت بالتالي القواعد القانونية التقليدية الشيء الذي أوجب وضع نظام قانوني لجسم الإنسان. وقد تنبه المشرع الفرنسي إلى هذا الأمر وتدخل بمناسبة سنه للقانون 94-653 المؤرخ في 29 يوليو 1994 المتعلق بإحترام الجسم البشري[5] وذلك بوضع نظام قانوني مستقل لجسم الإنسان، وبموجبه تم تجسيد قيم الكرامة الإنسانية واحترام الجسم. كما تم تكريس أيضا عدّة مبادئ منها عدم قابلية جسم الإنسان للتقدير المالي والموافقة الحرة والمستنيرة للمتبرع وعدم التصرف في جسم الإنسان ومحاربة كل المحاولات التي تهدف إلى إنشاء سوق للمنتجات ذات المنشأ الإنساني والمتاجرة بعناصر الجسم[6].

و في هذا الإطار تم استحداث فصل ثاني من التقنين المدني الفرنسي يحمل عنوان احترام الجسم البشري الذي تم إدخاله ضمن الباب الأول تحت عنوان الأشخاص. و قد نصت المادة 16-1 أن "لكل

---

[1] -TGI , Paris ,03 juin 1969, note. F. Bellivier et C. Noiville, Op.cit, p 73.

[2]- المادة 161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

[3]- تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 69.

[4]- حول موضوع إجارة الأرحام من الناحية القانونية و الشريعة ؛ أنظر، محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب و الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 2007، ص 191 و ما يليها.

[5]- loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, *relative au respect du corps humain* , modifié par la loi n° 2004-800 du 06 août 2004, *relative a la bioéthique*.

[6]- وضع هذا النص المبادئ العامة التي تحكم الجسم، إلا أنه ترك المجال لقانون الصحة العامة ليضع الأطر القانونية والاستثناءات الخاصة باستغلال الأعضاء و مكونات الجسم.

شخص الحق في احترام جسده"، كما كرست هذه المادة مبدأ حصانة الجسم و اعتبرت أن "الجسم البشري و مكوناته غير قابلة لأن تكون محلا للحقوق المالية". و من جهتها نصت المادة 16-3 على "عدم جواز انتهاك السلامة الجسدية إلا لضرورة طبية للشخص في حد ذاته واستثناءا لضرورة علاجية لصالح الغير". و قد نصت أيضا المادة 16-5 أيضا على "بطلان كل اتفاقية تهدف إلى جعل الجسم البشري أو أحد مكوناته ذات قيمة مالية"، و أن التعديلات التي تم إستحداثها على أحكام القانون المدني بموجب القانون 94-653 سالف الذكر جعلت بعض الفقه يرى أنه أصبح الآن هناك نظاما جديدا يتوسط النظام الخاص بالأشياء و الأشخاص و هو الكائن البشري [1].

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري يتبين أن هذا الأخير نظم العمليات المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب، آخذا بمبدأ التصرف المحدود كما وضع ضوابط وشروط صارمة تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية سلامة كل من المتبرع والمستفيد، كما تهدف من جانب آخر إلى تجنب كل انحراف قد يؤدي إلى جعل أعضاء جسم الإنسان بضاعة تباع و تشترى، وهي القواعد التي سوف نتطرق إليها من خلال المبحث الموالي.

[1] -F. Bellivier et C. Noiville, Op.cit, p 77.

المبحث الثاني: الشروط القانونية لعمليات نقل و زرع الأعضاء.

لقد رأينا في المبحث السابق أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الحديثة لم يمنع جميع الاتفاقيات الخاصة بالجسم البشري، و إنما أجاز إجراء بعض العمليات الجراحية التي توصل إليها الطب الحديث و التي يكون الهدف منها التبرع بجزء من الجسم من أجل إنقاذ حياة الأشخاص[1] مجسدا بذلك مبدأ التصرف المحدود، غير أن المشرع حرص من جانب آخر على مراعاة المصالح الفردية والجماعية. لذا وضع مجموعة من الشروط التي يتعين إتباعها، و ارتأينا تقسيم المبحث إلى مطلبين نتطرق في المطلب الأول منه إلى الشروط العامة لعمليات المتعلقة بالعمل الطبي، و نتطرق في المطلب الثاني إلى الشروط الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء.

المطلب الأول: الشروط العامة لمشروعية العمل الطبي

تشكل الشروط العامة أساسا لإباحة العمل الطبي[2]، و بحكم أن عمليات نقل و زرع الأعضاء هي من الأعمال الطبية التي لها انعكاسات على سلامة الجسم فإنه يجب أن تتوافر فيها تلك الشروط، و تشمل الترخيص بمزاولة مهنة الطب ، وقصد العلاج، و رضا المريض، و احترام المبادئ و الأصول المتبعة في ممارسة المهنة، لذا سوف نتطرق إلى كل شرط في الفروع التالية:

---

[1]- يمكن تعريف عمليات نقل و زرع الأعضاء على أنها: "العمليات التي يتم بمقتضاها نقل عضو من أعضاء جسم إنسان بغرض زرعه في جسم إنسان آخر مريض بعد إستئصال العضو التالف منه". و بحسب هذا التعريف تتكون عمليات نقل و زرع الأعضاء من ثلاثة عمليات و هي النقل و الزرع النزع . أما العملية الأولى، يكون محلها جسد صاحب العضو السليم و يسمى بالمتبرع أو الواهب الذي يكون إنسانا حيا أو ميتا. أما عملية الزرع فمحلها جسد شخص مريض يصطلح على تسميته بالمتلقي أو المستقبل، الذي يعاني من تلف في عضو أو توقف أداء وظيفته حيث يكون الهدف منها العلاج . و يتوسط العمليتين عملية أخرى و هي عملية نزع العضو التالف من المتلقي. أما في ما يخص عمليات زرع الأنسجة فيمكن أن تكون هذه الأخيرة ذاتية مثل عملية نقل و زرع الجلد بالنسبة إلى الأشخاص المصابين بحروق التي تكون عادة من نفس الجسم.

[2]- تعتبر الأعمال الطبية و الجراحية من الأعمال المباحة بإذن القانون، بالرغم من أنها من الأفعال التي قد تمس بحصانة الجسم و ذلك بالنظر إلى فوائدها الكبيرة بالنسبة إلى صحة الأفراد و المجتمع. غير أن المشرع وضع مجموعة من الشروط لتجنب أي انحراف على الغرض الذي أبيحت من أجله، و أن عمليات نزع و زرع الأعضاء البشرية هي من الأعمال الطبية المباحة وفقا للقانون الطبي الجزائري، و أن سبب إباحتها يجد أساسه في نص المادة 161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و كذا نص المادة 39 من قانون العقوبات، لمزيد من التفاصيل حول أسباب إباحة عمليات نقل الأعضاء أنظر،

P. Bruno, Op.cit, p 232.

الفرع الأول: الترخيص بمزاولة الطب

لقد نظم المشرع هذه مسألة الترخيص بمزاولة الطب، بالقسم الأول من الفصل الثاني من قانون حماية الصحة وترقيتها تحت عنوان شروط مهن الصحة و نظامها[1]. و يخص هذا التنظيم جميع ممارسي مهنة الطب من أطباء و صيادلة و أطباء أسنان، بالإضافة إلى المساعدين الطبيين وفي هذا الإطار تنص المادة 197 من قانون حماية الصحة و ترقيتها أنه:" تتوقف ممارسة مهنة الطب و الصيدلي و جراح الأسنان، على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناءا على الشروط التالية :

– أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا، حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية، دكتور في الطب أو جراحة أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها،

– أن لا يكون مصابا بعاهدة مرضية منافية لممارسة المهنة،

– أن يكون جزائري الجنسية ، و يمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات و الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة".

أما بشأن مزاولة الطب الاخصائي تضيف المادة 198 من نفس القانون شرطا آخرا يتمثل في وجوب حصول المعني على شهادة التخصص المرغوب في مزاولته. و يحدد الترخيص القانوني الأعمال الطبية التي يختص بها صاحب الترخيص وفقا لتكوينه وتأهيله، فقد يشمل الترخيص كافة الأعمال كما هو الحال بالنسبة للأطباء و الأطباء المختصين وقد يقتصر على بعض الأعمال كالترخيص الخاص بالمساعدين و القابلات و الممرضين[2].

ويترتب على ذلك نتيجة مفادها أن عمل الأطباء لا يكون مشروعا بمجرد الحصول على شهادة دكتور في الطب وإنما يطلب ترخيصا بمزاولة العمل الطبي، فالطبيب الذي يملك مؤهلات علمية تمكنه من مباشرة العمل الطبي يعتبر مسؤولا عن جميع أعماله مدنيا وجزائيا على أساس ممارسة الطب دون رخصة إذا لم يحصل على الترخيص من وزارة الصحة[3]. و من بين الظواهر السلبية التي يمارس فيها الطب دون الحصول على رخصة ظاهرة ختان الأطفال من أشخاص غير مؤهلين أو من قبل أطباء غير مختصين في الجراحة، مما تسبب في الكثير من الحالات إلى مضاعفات خطيرة للأطفال تتمثل في بتر تام لأعضائهم

---

[1]- المواد ، من 197 إلى 227 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

[2]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 40 و ما يليها.

[3]- تنص المادة 214 من قانون حماية الصحة و ترقيتها:" يعد ممارسا للطب و جراحة الأسنان أو الصيدلة ممارسة غير شرعية في الحالات التالية:

- كل شخص يمارس الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة و لا تتوافر فيه الشروط المحددة في المادة 197 من هذا القانون، أو يمارس خلال مدة منعه من الممارسة.

- كل شخص يشارك عادة بمقابل أو بغير مقابل و لو بحضور طبيب أو جراح أسنان في إعداد تشخيص أو معالجة أمراض أو إصابات جراحية أو إصابات تمس الأسنان سواء كانت وراثية أو مكتسبة ،حقيقية أو مزعومة ، بأعمال فردية أو استشارات شفوية أو مكتوبة أو بأية طريقة أخرى مهما كانت ، دون أن يستوفي الشروط المحدد في المادتين 197 و 198 من هذا القانون".

التناسلية و حتى إلى الوفاة. ومن أجل وضع حد لتلك الظاهرة صدرت تعليمة عن وزير الصحة والسكان و إصلاح المستشفيات مؤرخة في 05 يونيو 2006 تنص على أنه:" لا بد أن تتم عمليات الختان داخل مؤسسة استشفائية عمومية أو خاصة تستوفي شروط السلامة اللازمة لنجاح هذا العمل الجراحي، و الذي يجب أن يمارسه جراح و أنه يستوجب على هذا الأخير أن يتأكد من الموانع الطبية المسبقة ومن توافر شروط النظافة والأمن ومتابعة الطفل المختون وأن لا يستعمل بأي حال من الأحوال المشط الكهربائي أو المكواة الحرارية"[1].

كما ألزم القانون الطبيب أيضا أن يسجل نفسه لدى المجالس الجهوية للآداب الطبية، وهو ما نصت عليه المادة 268 من قانون حماية الصحة وترقيتها كما ألزمه كذلك بأن يؤدي اليمين المنصوص عليها في المادة 119 من نفس القانون[2].

بالإضافة إلى تلك الشروط، يتعين في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء أن تكون للطبيب مهارات خاصة في هذا النوع من الجراحة التي تتصف بالخطورة والدقة، كما أن ممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء من قبل أطباء غير أكفاء يؤدي في كثير من الأحيان إلى نتائج سلبية[3].

الفرع الثاني: قصد العلاج

إن الغاية من مزاولة العمل الطبي والجراحي هو علاج المريض أو تحسين حالته الصحية وتخفيف آلامه، وهدف العلاج هو شرط من شروط إباحة العمل الطبي لذا فالمرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب أكد على وجوب امتناع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية. كما يمنع عليه كذلك إستعمال أي علاج جديد إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة [4]، و منعت المادة 20 من نفس المرسوم استغلال مهنة الطب أو جراحة الأسنان في الممارسة التجارية.

وفي مجال عمليات إستئصال وزرع الأعضاء البشرية، نصت المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها أنه: "لا يجوز نزع الأعضاء أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية"، و بحسب هذه المادة فإنه يجب أن يكون التدخل الطبي أو الجراحي الذي يهدف إلى نقل أو زرع الأعضاء قصد

---

[1]- وقد نشرت الصحافة الكثير من الأخبار، مفادها وقوع حالات وفاة أطفال نتيجة بتر أعضائهم التناسلية أو الحروق التي يتعرضون لها، نتيجة استعمال المشط الكهربائي أو ممارسة تلك العمليات الجراحية من أشخاص غير مختصين، جريدة الخبر اليومي، بتاريخ 23 سبتمبر2008، ص10.

[2]- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، طبعة 2010، ص 106.

[3] - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص، 470.

[4]- المادتين 17 و 18 من مرسوم تنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

العلاج وإنقاذ حياة الأشخاص، و هو ما أكدته المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها على أنه:" لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو إستئصال لعضو دون سبب طبي بالغ الخطورة، وما لم تكن ثمة حالة إستعجالية أو استحالة".

فإذا إنتفى قصد العلاج لدى الطبيب، يجعل عمله غير مشروع من الناحية الجزائية لأنه يشكل إعتداءا على الحق في سلامة الجسم. و بمقتضاه لا يستطيع الشخص أن يشوه نفسه دون ضرورة أو مبرر تقتضيه المصلحة العامة، لأن الحفاظ على المجتمع يستلزم احترام الفرد بالمحافظة على سلامة جسمه.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية أنه: "يعد جريمة معاقب عليها قانونا ، قيام الطبيب بإجراء عملية بتر عضو من أعضاءه جسم شخص بقصد تخليصه من أداء الخدمة العسكرية ، حتى ولو تم ذلك برضاء المجني عليه"[1]، كما قضي أيضا: "بإدانة الطبيب الذي قام باستئصال رحم امرأة ، بناء على طلب هذه الأخيرة دون أن ينطوي ذلك على أغراض علاجية"[2]، وقد حمل القضاء الفرنسي أيضا مسؤولية الطبيب الذي قام "بحقن المريض و إعطاءه مواد مخدرة في غير أحوال العلاج"، وكذلك الطبيب الذي أجرى على المريض "فحوصات وأبحاث علمية لم يكن الدافع منها مصلحة المريض"[3]، ومن جانبه إشترط قانون الصحة العامة الفرنسي على أن لا يتم انتزاع العضو من شخص حي إلا لضرورة لمصلحة علاجية مباشرة لدى المريض[4].

وقد طرح الإشكال أيضا حول عمليات إستئصال الأعضاء التي تهدف إلى إجراء التجارب العلمية أو العلاجية، وبالرجوع إلى نص المادة 168 مكرر 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، يتبين أن المشرع أخضع التجارب التي لا يرجى من وراءها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية. و في هذا الإطار نصت المادة 168 مكرر 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه:"ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عمليات انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب و كل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية و البحث العلمي، مع السهر على احترام حياة الإنسان و حماية سلامته البدنية وكرامته، والأخذ بعين الاعتبار الوقت الموائم للعمل الطبي و القيمة العلمية لمشروع الاختبار و التجريب"[5].

---

[1]- قرار محكمة النقض المصرية، بتاريخ 11 مارس 1974 . أشار إليه، محمد القبلاوى، المرجع السابق، ص 30.

[2]- قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 16 ديسمبر 1935، أشار إليه، محمد القبلاوى، المرجع السابق، ص 30.

[3]- حكم محكمة ليون ، بتاريخ 17 يونيو 1914 ، حكم محكمة السين ، بتاريخ 16 مايو 1935، أشار إليهما. رايس محمد، المرجع السابق، ص 120.

[4] *Art. L. 1231-1, CSP :* « Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur ».

[5]- و تطبيقا للمادة 168 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، تم إنشاء المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة، بموجب المرسوم التنفيذي 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992، المتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة، و تنظيمه وعمله.

الفرع الثالث: الرضاء على التدخل الطبي

و هو الشرط الذي جاءت به المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي نصت على أنه:"يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك. ويقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة ، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في ذلك الوقت المناسب". و نصت المادة 44 من المرسوم التنفيذي المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على أنه:" يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

و من خلال قراءة النصين، يتضح أن المشرع إشترط لإباحة التدخل الطبي أن يتم برضاء المريض أو النائب عنه ، كما منع من جهة أخرى إرغام المريض على علاج معين أيا كانت نتيجته و أيا كانت درجة خطورة حالته الصحية[1].

أما في ما يخص عمليات نقل و زرع الأعضاء، إشترطت المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها أن يكون رضا الطرفين فيها رضا حرا و متبصرا. إضافة إلى إتباع شكليات معينة للتعبير عن الإرادة، و جانبها إشترطت المادة 164 من نفس القانون الحصول على الموافقة المسبقة قبل الإقتطاع من جثث الموتى.

الفرع الرابع: مراعاة الأصول العلمية

إلى جانب الشروط الثلاثة السالف ذكرها، يشترط أن تكون ممارسة الطبيب لعمله الطبي وفقا للأصول العلمية ويقصد بالأصول العلمية في مجال الطب "مجموع القواعد المتعارف عليها نظريا و علميا بين الأطباء حسب التخصصات والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بعمله."[2]

و يكون الطبيب مسؤولا متى ثبت عدم إتباعه القواعد العلمية أو بذله العناية الكافية بغض النظر عن جسامة الخطأ المرتكب من قبله إذا تسبب هذا الأخير في ضرر للمريض أما إذا بذل الطبيب القدر

---

[1]- مصطفى عبد الحميد عدوى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة بين النظامين المصري و الأمريكي، دار النهضة العربية، طبعة 1992، ص 11.

[2]- رايس محمد، المرجع السابق، ص 109

اللازم من العناية و الحذر و فشل في تحقيق العلاج فإنه لا يسأل لأن التزام الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة[1].

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لعمليات نقل و زرع الأعضاء.

إلى جانب الشروط العامة وضع المشرع مجموعة من الضوابط الخاصة التي يتعين مراعاتها في عمليات نقل وزرع الأعضاء، وتهدف تلك الشروط إلى خلق جو من الثقة بين المتبرعين والمستفيدين وتجنب كل انحراف من شأنه أن يجعل الأعضاء البشرية محلا للمعاملات التجارية، كما تهدف أيضا إلى ضمان الأمن الصحي في المجتمع. و يكمن حصر تلك الشروط في شروط متعلقة بحالة الضرورة، وأخرى متعلقة بالمجانية، و شروط تتعلق بالضوبط الفنية و الإدارية و أخيرا شروط تتعلق بإقتطاع الأعضاء من جثث الموتى و سوف نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع ، تتناول في كل فرع شرطا خاصا بعمليات نقل و زرع الأعضاء فيما يلي:

الفرع الأول: حالة الضرورة

تنص المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية". و تنص المادة 162 من نفس القانون على أنه:" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء ، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر".

ويستنتج من خلال هذين النصين أن عملية نقل و زرع الأعضاء لا تكون إلا لضرورة المحافظة على حياة المريض أو سلامته البدنية، لذا يجب أن لا يترتب عن تلك العمليات تعريض صحة و سلامة المتبرع لأخطار جسيمة. و سوف نتطرق إلى حالة الضرورة في مجال نقل و زرع الأعضاء بالنظر إلى أطراف العلاقة الطبية وهما المستقبل والمتبرع في ما يلي:

أولا- بالنسبة إلى المريض:

يتعين أن يكون المريض في حالة خطر لكي يستفيد من عملية زرع الأعضاء، و يجب أيضا أن يكون ذلك الخطر جسيما و حالا.

---

[1]- رايس محمد، المرجع السابق، ص 109.

1- أن يكون الخطر جسيما:

تنص المادة 34 من المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب على أنه:" لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو إستئصال لعضو دون سبب طبي بالغ الخطورة ، ما لم تكن ثمة حالة إستعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي و موافقته". و إستنادا على ذلك يكون الخطر جسيما بالنسبة إلى المريض إذا كانت حالته الصحية على درجة كبيرة من الخطورة بحيث لا يمكن شفاؤه إلا إذا استفاد من عملية زرع عضو من الأعضاء في جسمه يكون بديلا عن العضو المصاب بمرض. أما إذا أمكن علاج المريض بطرق أخرى بديلة أو كان المريض لا يحتاج إلى عملية الزرع من أجل أداء وظائف جسمه، فإن حالة الضرورة تنتفي. و بصفة عامة يمكن القول أن الخطر الجسيم الذي يستوجب عملية الزرع هو الخطر الذي يؤدي في حالة تحققه إلى وفاة الشخص أو تعطيله عن تأدية واجباته الاجتماعية. و يرجع تقدير درجة الخطورة إلى الطبيب، و هو ما أكدته المادة 166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بنصها على أن حالة الضرورة لا تتوافر إلا إذا وجد هناك خطرا يهدد حياة المريض أو سلامته البدنية[1].

2- أن يكون الخطر حالا:

بالإضافة إلى جسامة الخطر، يتعين أن يكون الخطر حالا ويقصد بالخطر الحال في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء هي حالة الاستعجال التي تتطلب التدخل السريع لإنقاذ حياة أو صحة المريض. ويختلف عنصر الاستعجال من حالة إلى أخرى ويخضع تقدير ذلك إلى الطبيب أيضا، غير أن السؤال يطرح حول مدى توافر عنصر الاستعجال في الحالات التي يتم فيها اقتطاع الأعضاء من أجل حفظها في البنوك المتخصصة في انتظار ظهور الشخص الذي يحتاج إليها. ويرى الفقه أن اقتطاع الأعضاء بغرض حفظها في البنوك ليس فيه عنصر الاستعجال سواء بالنسبة إلى المتبرع أو بالنسبة إلى المريض.

أ- بالنسبة إلى المتبرع:

توصلنا في ما سبق إلى أنه لا يمكن إجراء عمليات زرع الأعضاء إلا إذا توافرت حالة الضرورة بالنسبة إلى المريض التي تخضع في تقديرها إلى الطبيب، غير أنه إذا نظرنا من جانب المتبرع يتبين أن هذا الأخير عادة ما يكون شخصا سليما معافى لا يشكو من مرض وليس هناك خطر يهدد حياته أو سلامته الجسدية، بل العكس فإن إستئصال عضو من جسمه سوف يؤدي إلى الإنقاص من سلامته الجسدية، لذا فإنه يشترط قبل إجراء عملية الزرع الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها المتبرع مع مصلحة المريض فإذا كان الخطر التي يتعرض له المتبرع جسيما بالمقارنة مع الضرر المراد تفاديه فإنه لا يمكن إجراء تلك العملية.

[1]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 484.

ب– أن لا يهدد فعل الاستقطاع حياة المتبرع أو سلامته الجسدية:

طبقا لنص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها فإنه يشترط أن لا تؤدي عملية النقل إلى إصابة المتبرع بنقص خطير ومستديم في وظائف جسمه أو إنهاء حياته. كما نصت المادة 167 فقرة 2 من نفس القانون على أنه:" تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع و تأذن بإجراء العملية". و تبعا لذلك إذا كان الشخص مثلا مصابا بمرض في كليته فلا يجوز له التنازل عن الكلية الأخرى ، لأن هذا يهدد حياته أو وظائف جسمه، لذا يتعين على الفريق الطبي المعالج أن يأخذ بعين الاعتبار حفظ صحة وسلامة كل من المتبرع والمريض على حد سواء وفقا للالتزام العام للأطباء بالمحافظة على صحة أفراد المجتمع[1]. فيتعين على الطبيب القيام بفحص كامل لحالته الصحية لأجل التأكد من عدم تدهورها بعد عملية الاقتطاع. فإذا توصل الطبيب من خلال هذا الفحص إلى أن عملية الاقتطاع سوف تؤدي إلى تعريض صحة المتبرع لخطر جسيم قياسا على ما سوف يجنيه المريض من منفعة ، فإن التزامه بالحفاظ على صحة الأفراد يفرض عليه الامتناع عن مباشرة العملية. كما يجب إعلام الشخص الخاضع للعملية بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع طبقا للفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

كما يتعين أن يشترك أكثر من طبيب في تقدير الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له المريض والضرر الذي يمكن أن يلحق المتبرع وأن هذه الموازنة هي التي تشكل أساسا يرتكز عليه القرار الطبي وأن تقدير احتمالات النجاح و الفشل يرجع بالدرجة الأولى إلى مدى التطور الطبي والإمكانيات المتاحة، وقد أمرت النيابة العامة في فرنسا بحفظ شكوى قدمت ضد أحد الأطباء الذي قام باستئصال كلية فتاة سليمة وزرعها في جسد شقيقها التوأم الذي كان يعاني من قصور كلوي إستنادا إلى حالة الضرورة التي واجهها الطبيب، في حين أن المجلس الوطني لنقابة الأطباء في فرنسا رأى إباحة هذه العملية لأن نسبة نجاحها تفوق بكثير المخاطر التي كانت ستتعرض لها هذه الفتاة[2].

ثانيا– أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض:

ومعنى هذا الشرط أن يكون انتزاع العضو من إنسان حي هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر الذي يهدد المريض، فإذا كانت هناك وسيلة أخرى أقل ضررا لعلاج المريض ففي هذه الحالة تنعدم. غير أن السؤال يثار حول إمكانية إستئصال عضو من شخص حي في حال إمكانية الحصول عليه من شخص ميت ؟

[1]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص482.
[2]- سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 84.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، يتبين أنه أجاز نقل الأعضاء من الأحياء أو من جثث الموتى وإشترط أن تكون عملية النقل هي الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو صحته، و بالتالي لم يشترط المشرع إمكانية الحصول على العضو من إنسان ميت حتى يتسنى اقتطاع العضو من شخص حي. غير أن الفقه يرى أنه لا يمكن إجراء العملية إذا أمكن انتزاع العضو من جثة على أساس أن المفسدة تكون في هذه الحالة أقل بكثير من تلك المترتبة على الاقتطاع من جسم إنسان حي، و لتجنب تعريض إنسان سليم لمخاطر هو في غنى عنها[1] و جانبه، إشترط قانون الصحة العامة الفرنسي أن لا تشكل عملية الزرع مخاطر صحية بالنسبة إلى المريض تفوق الأهداف العلاجية منها[2].

الفرع الثاني: أن يكون التبرع بدون مقابل.

انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى إتجاهين رئيسيين، الأول يرى بجواز نقل الأعضاء بمقابل وإتجاه أخر يعترض على ذلك سوف نتطرق إلى الموقفين في النقطتين التاليتين:

أولا- الاتجاه القائل بجواز الإتجار في الأعضاء:

ذهب هذا الفقه إلى القول بجواز التنازل عن العضو بمقابل مادي، وقد استند أنصار هذا الإتجاه على عدة حجج منها: أنه لا يوجد ثمة تعارض بين إباحة اقتطاع الأعضاء بمقابل مادي معين و بين الحماية القانونية لسلامة الجسم، فما دام القانون أباح التنازل عن عضو من أعضاء الجسم من أجل تحقيق مصلحة علاجية لشخص آخر، فإن تقاضي المتنازل مقابل مادي لن عن تلك الحالة من الناحية الفنية الطبية ولا من الناحية القانونية، كما يرى أصحاب هذا الرأي ضرورة الفصل وعدم الخلط في مجال نقل و زراعة الأعضاء بين مدى مشروعية تلقي المتبرع مقابل مادي عن العضو المتنازل عنه وبين المبادئ الأخلاقية التي ليست لها علاقة بالمبادئ و القواعد القانونية، كما أن المخاوف من رواج تجارة الأعضاء البشرية وانحصار نطاق الحماية الجزائية لسلامة الجسم لدى الفقراء يمكن تجنبها من خلال وضع ضوابط وشروط لعمليات نقل وزراعة الأعضاء ووجود تشريع خاص ينظم هذه الممارسات، و يتولى تحديد المقابل المادي في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء، من شأنه فرض إطار من الحماية على أعضاء الجسم و يحول دون دخول هذا النوع من العمليات إلى دائرة الإتجار في الأعضاء البشرية.

---

[1]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 491.

[2] *Art. L. 1211-6, CSP :* « Les éléments et produits du corps humain ne peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques si le risque mesurable en l'état des connaissances scientifiques et médicales couru par le receveur potentiel est supérieur à l'avantage escompté pour celui-ci. »

كما أن المتبرع دائما يكون عرضة للمخاطر أثناء و بعد إجراء العملية، و بالتالي يكون جديرا بالرعاية و الحماية التي لا تتحقق إلا بالتأمين عليه لضمان عدم معاناته ماديا و معنويا من خلال تعويض المتبرع مناسبا عما يلحقه من أضرار حالة أو مستقبلية، سواء أكان ذلك على صعيد الرعاية الصحية أو الكسب المادي. و قد يكون الملتزم بدفع التعويض المستفيد أو أية جهة أخرى عمومية أو خاصة.كما ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن إجازة حصول المتبرع على مقابل مادي يساعد على حل المشاكل الاجتماعية ما دام ذلك لا يعرضه لمخاطر أو أضرار تؤثر في أداء وظائفه الاجتماعية[1]. و يؤكد أنصار هذا الإتجاه أن بيع الأعضاء لا يؤثر دائما على حرية الاختيار لدى الفرد إذ يمكن وضع الضمانات لحرية الإرادة وحماية الشخص من أي مؤثرات خارجية و التأكد من أن الموافقة على إجراء العملية قد صدر بعد فهم دقيق و اختيار سليم لما يراه متفقا مع سلامته. ذلك أن الدافع إلى التعاقد ببيع العضو لا يختلف عن الدافع إلى التعاقد لمزاولة عمل آخر يتسم بالخطورة لأن الهدف في كلتا الحالتين هو توفير الدخل من مصادر مشروعة[2].

وقد تعرض هذا الرأي إلى انتقادات شديدة من قبل فقهاء القانون و الأطباء الذين رفضوا فكرة التجارة بالأعضاء وسموها بالتجارة القذرة التي تنتشر في المناطق الفقيرة والمكتظة بالسكان، مبررين ذلك من الخشية من انتشار ظاهرة تجارة الأعضاء بشكل كبير خاصة بعد ظهور ما يسمى ببنوك الأعضاء البشرية.

ثانيا: الإتجاه القائل بعدم جواز الإتجار في الأعضاء البشرية:

يرى أنصار هذا الرأي أن بيع الأعضاء حتى و إن توافرت فيه الشروط التي نادى بها المؤيدون للرأي القائل بجواز بيع الأعضاء يقع باطلا، لأن محل الحقوق الأشياء التي يمكن تقويمها بمال وأن جسم الإنسان و أعضاءه ليس مالا ولا يصلح للتعامل فيه. وعليه فإن أي اتفاق يتضمن بيع عضو من أعضاء الجسم يعد باطلا لمخالفته قواعد النظام العام والآداب العامة. وقد عبر الفقيه سافاتيي عن ذلك بقوله أن:" جسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة فالقيم الإنسانية تسمو على المال ولما كان الحب أسمى هذه القيم فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال"[3]، و قد أخذ المشرع كما سبق بيانه بهذا المبدأ من خلال المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي نصت على أنه:" لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية" أخذا بذلك بمبدأ المجانية، كما اعتبر المشرع أعضاء جسم الإنسان خارجة عن

[1]- إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 155.
[2]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 498.
[3]- سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 173.

التعامل القانوني والتقدير المالي. و قد سلك المشرع نفس النهج الذي سلكته التشريعات المقارنة في هذا المجال[1]. و هو ما أكدت عليه أيضا التوصيات و القرارات الصادرة عن المنظمات و المؤتمرات الدولية ذات الصلة[2]، والغرض من ذلك كله الحفاظ على الكرامة الإنسانية وغلق الباب أمام جميع أشكال الاستغلال و الترويج لبيع الأعضاء و المتاجرة بالبشر التي أصبحت ضمن الجريمة المنظمة العابرة للحدود.

كما يضمن مبدأ المجانية من جانب آخر الحماية اللازمة لجسم المتبرع والمقصود بالتبرع من الناحية القانونية، هو عقد يولي به أحد الطرفين الأخر فائدة من دون أي مقابل و تكون أغلب عقود التبرع ملزمة لجانب واحد[3]. غير أن المادة 162 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها أجازت للمتبرع بعضوه في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة.كما وضع المشرع نصوص عقابية تطبق على من يخالف تلك المقتضيات نظرا للخطورة التي تنجر على تلك الأفعال بالنسبة إلى الفرد و المجتمع. وهو ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني من المذكرة إلا أن ذلك لا يمنع منح المتبرع تعويضات عن الأضرار اللاحقة به جراء مكوثه بالمستشفى أو التنقل لإجراء الفحوصات أو تعطيله عن ممارسة نشاطه الاجتماعي و المهني. و هناك من يضيف إمكانية منح تعويض للمتبرع عن ما أصاب قوته الجسدية من ضعف أو نقص[4]، و لا يمكن أن تكون تلك التعويضات بأي حال من الأحوال بديلا أو ثمنا للعضو الذي انتزع منه، و هو ما نصت عليه المادة L. 1211-4 من قانون الصحة العمومية الفرنسي على أن مصاريف انتزاع العضو من المتبرع تكون على عاتق المؤسسة الإستشفائية التي قامت بالعملية الجراحية[5]، كما نصت المادة L. 1231-1 B من نفس القانون على ضرورة مراعاة مبادئ العدالة في تعويض المتبرع[6].

---

[1]- أنظر؛ على سبيل المثال المادة 16 من القانون المدني الفرنسي.

[2]- نصت العديد من المواثيق الدولية على مبدأ المجانية من بينها، القرار المعتمد من قبل منظمة الوحدة الإفريقية المتعلق بأخلاقيات علوم الأحياء، التي تم إعتماده بمناسبة إنعقاد إجتماع قادة الدول و الحكومات في الدورة 32 بيواندي الكامرونية ، بتاريخ 08 و 10 يوليو 1996. و الذي نص على منع المتاجرة بالجسم البشري و عناصره و كذا الجينات البشرية كما منع القرار أن تكون عناصر الجسم البشري محلا للحقوق المالية. و بالرجوع إلى البروتوكول الأوربي المتعلق بنقل و زرع الأعضاء و الأنسجة ذات المصدر البشري ، المكمل للإتفاقية الأوربية للحقوق الإنسان و الأخلاقيات البيوطبية ، الصادر بتاريخ 24 يناير 2002، يتبين أنه منع هو الأخر المتاجرة في الأعضاء. فقد نصت المادة 22 منه صراحة على منع المتاجرة بالأعضاء البشرية و مشتقات الجسم، كما منعت المادة 21 من نفس الإتفاقية الإعلانات التجارية التي ترمي إلى التشهير بالحاجة إلى عضو أو أنسجة بشرية أو عرضها، و من جهة أخرى نظمت الإتفاقية كيفية تعويض المتبرع بالعضو. و من جانبها منعت الإتفاقية الأوربية المتعلقة بمنع المتاجرة بالعناصر البشرية القابلة للتلقيح المؤرخة في 17 سبتمبر 2003 المتاجرة بالنطف و البيوضات الملقحة. النصوص الكامل للمواثيق الإقليمية المشار إليها أعلاه ،منشورة في مؤلف،

M-L.DELFOSSE et C.BERT, *Bioéthique, droit de l'homme et biodroit*, Recueil de textes annotés internationaux – régionaux- belge et français , édition LACIER, 2005.pp. 48.184.196.

[3]- سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 167.

[4]- محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق 95.

[5] *Art. L. 1211-4, CSP :* « Les frais de prélèvement et de collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collect. »

[6] *Art. L. 1231-1 B, CSP :* « Les règles de répartition et d'attribution des greffons doivent respecter le principe d'équité. »

الفرع الثالث: توافر الضمانات الفنية

تشترط أصول مهنة الطب عدّة ضمانات فنية يتعين على الطبيب الجراح أن يتأكد منها في جميع مراحل العمليات الجراحية، مثل القيام بالفحوصات والتحاليل اللازمة والتأكد أن حالة المريض تسمح بإجراء العملية، وإلى جانب تلك الضمانات العامة إشترط المشرع ضمانات طبية أضافية في ما يخص عمليات نقل وزرع الأعضاء منها ما يتعلق بالحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية ومنها ما يتعلق توافق الأنسجة.

أولا- الحالة الصحية للأطراف المعنية بعملية نقل و زرع الأعضاء:

تنص المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل". ويستنتج من خلال هذه المادة أن المشرع أوجب لضمان نجاح عمليتي نقل وزرع الأعضاء وكذا تجب أي أضرار قد تصيب الطرفين في المستقبل مراعاة بعض الجوانب الفنية تتمثل خاصة في إجراء بعض الاختبارات والفحوصات تكون سابقة على إجراء العملية مثل إجراء تحليل الدم وكذا التأكد من خلو المتبرع من بعض الأمراض المعدية مثل الالتهابات البكتيرية والفيروسية. و هي نفس الشروط التي نصت عليها المادة L.1211-6[1] . كما يتعين على الطبيب أيضا قبل إجراء العملية التأكد من أن نزع العضو لا يشكل خطرا على حياة المتبرع أو يصيبه بضرر جسيم، ويتعين إجراء تلك الفحوصات في مدة زمنية كافية للتأكد من مدى إمكانية الإنتفاع بالعضو المراد نقله[2].

ثانيا- التأكد من توافق أنسجة المتبرع مع أنسجة المريض:

بالإضافة إلى التزام الطبيب بالتأكد من الحالة الصحية لكل من المتبرع و المريض، يتعين أيضا على الفريق الطبي أن يتأكد قبل إجراء العملية من توافق أنسجة الطرفين والتأكد من نسبة نجاح العملية بالنظر إلى هذا المعيار، وذلك لتجنب عدم نجاح العملية بسبب رفض جسم المريض للعضو الجديد المزروع فيه، إلا أن التطور العلمي في المجال الصيدلاني سمح باكتشاف بعض الأدوية التي تساعد الجسم على تقبل العضو الجديد. وبصفة عامة فإن المشرع ترك السلطة التقديرية إلى اللجنة الطبية على مستوى الهياكل

---

[1] *Art. L. 1211-6, CSP :* « *Le* prélèvement d'éléments et la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques, ainsi que les activités ayant les mêmes fins, mentionnées dans le présent livre et relatives à ces éléments et produits, sont soumis aux règles de sécurité sanitaire en vigueur, concernant notamment les tests de dépistage des maladies transmissibles. »

[2]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 508.

الإستشفائية التي تجرى فيها عمليات نقل و زرع الأعضاء طبقا لنص المادة 167 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

الفرع الثالث: الشروط الإدارية لعمليات نقل و زرع الأعضاء

نظرا لخطورة ودقة عمليات نقل وزرع الأعضاء الذي يحتاج إلى إمكانيات ووسائل طبية لا تتوافر لدى المؤسسات الإستشفائية الخاصة ومن أجل تجنب أي انحراف عن أهدافها التي رسمت لها، فإن أغلب التشريعات اشترطت أن تتم العملية في مستشفيات ومراكز طبية متخصصة خاضعة لرقابة الدولة، وعادة ما تكون تلك المؤسسات عمومية فضلا عن توافر أطباء و مساعدين متخصصين في هذا المجال.

أولا- المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء:

تنص المادة 167 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه:" لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية و لا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة". وتبعا لذلك لا يجوز مباشرة عمليات نقل الأعضاء، إلا في المؤسسات الصحية التي لها ترخيص بذلك من وزير الصحة والتي عادة ما تتوافر تلك المؤسسات على إمكانيات فنية كما أنها مزودة بأجهزة و معدات طبية، فضلا عن توافر الأطباء الأخصائيين والممرضين. كما تكون تلك المؤسسات -كما سبق الإشارة إليه- خاضعة لرقابة الدولة، مما يساهم في خلق الثقة في نفوس المتبرعين والمرضى.

وتطبيقا لذلك صدر قرار عن وزير الصحة مؤرخ في 02 أكتوبر 2002 يحدد بمقتضاه المؤسسات الصحية المرخص لها تنفيذ عمليات نقل الأعضاء[1] و قد تضمنت المادة L.1233-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي نفس الأحكام و إشترط أن تجرى تلك العمليات في المؤسسات الصحية المرخص لها من قبل السلطات الإدارية المختصة.

ثانيا- الشروط الخاصة بالأطباء المكلفين بإجراء العملية:

بالإضافة إلى شرط العامة المتعلقة بالشهادة وكذا الترخيص بمزاولة الطب، اشترطت بعض التشريعات ألا يكون الفريق الطبي الذي قام اقتطاع العضو هو نفسه الفريق الذي يتولى عملية الزرع، وذلك لتجنب تفضيل الأطباء مصلحة المريض على مصلحة المتبرع كأن يتم اقتطاع العضو من هذا

---

[1]- و بحسب هذا القرار تم توزيع المؤسسات الإستشفائية المختصة في عمليات نقل و زرع الأعضاء على النحو التالي:
أ- بالنسبة إلى عمليات زرع الكلى:- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا ،المؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقسي بقسنطينة.
ب- بالنسبة إلى عمليات زرع الكبد: مركز بيار ماري كوري.

الأخير دون سبب طبي مشروع. و فيما يخص اقتطاع الأعضاء من الأشخاص المتوفين فقد نصت المادة 165 فقرة 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" لا يمكن للطبيب الذي عاين و أثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع"، كما نصت الفقرة 2 من نفس المادة على أنه:" يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع"، كما أنّ القرار الوزاري المؤرخ في 02 أكتوبر 2002 المؤسسات الصحية المرخص لها بمباشرة عملية نقل الأعضاء بإنشاء اللجان الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون حماية الصحة و ترقيتها المكلفة بإثبات حالة الوفاة و الترخيص باقتطاع الأعضاء أو الزرع، كما تلزمها أيضا بفتح سجل خاص تدون فيه النتائج التي تتوصل إليها هذه اللجان بشأن الصلاحيات التي خولها إياها القانون[1].

الفرع الرابع: التحقق من الوفاة قبل الاقتطاع من الجثة:

لقد أجاز المشرع نقل الأعضاء من جثث الموتى خاصة وأن أغلب عمليات النقل تكون من الجثث، لأن مثل هذا النوع من العمليات تكون المصلحة فيها أكثر بكثير من الضرر الناجم عن المساس بهذه الجثث، غير أن المشرع إشترط التحقق من الوفاة قبل القيام بالعملية لذا نصت المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه:" لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 فقرة 1 من هذا القانون، و حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية". وتطبيقا لذلك صدر قرار عن وزير الصحة بتاريخ 19 نوفمبر 2002 يحدد معايير الوفاة لغرض انتزاع الأعضاء من جثة المتوفى و التي سوف يتم شرحها في الفصل الثاني من المذكرة.

[1]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 514.

الفصل الأول: الجرائم المنصوص عليها في القواعد العامة لقانون العقوبات.

لقد ورد في قانون العقوبات مجموعة من الجرائم التي يمكن الإستناد إليها في تقرير المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء. و تنقسم تلك الجرائم بحسب القانون المشار إليه أعلاه، إلى جرائم غير عمدية و جرائم غير عمدية. و يقصد بالأولى الجرائم الناتجة عن الأخطاء الفنية التي يرتكبها الأطباء أو المساعدين أثناء عمليات نقل و زرع الأعضاء. أما الصنف الثاني، فيقصد بها الجرائم التي ترتكب من قبل الجاني بنية الإعتداء على السلامة البدنية للإنسان و تنطوي على القصد الجنائي. و عليه نبدأ أولا بدراسة الجرائم غير العمدية في المبحث الأول ثم نتناول في المبحث الثاني الجرائم العمدية.

المبحث الأول: الجرائم غير العمدية (القتل الخطأ و الجروح الخطأ).

يقصد بالجرائم غير العمدية في مجال نزع و زرع الأعضاء البشرية، الجرائم الناتجة عن الأخطاء الطبية التي يرتكبها الأطباء أو الفريق المرافق أثناء أو بمناسبة العملية الجراحية، و التي ينتج عنها وفاة الضحية أو إصابته بمرض أو عاهة دون قصد إحداثها. و هي الأفعال التي نصت عليها المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بقولها أنه: "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، و يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما ، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته".

و الملاحظ أن هذه المادة أحالة على القواعد العامة لقانون العقوبات، بشأن متابعة مرتكبي جريمة القتل الخطأ و الجروح الخطأ من أطباء و جراحين و صيادلة و مساعدين. و بالرجوع إلى المادتين 288 و 289 المذكورتين أعلاه، فإن كلتا الجريمتين تشترطان في ركنهما المادي أن يحدث قتل الضحية أو جرحه مهما بلغة جسامة تلك الجروح، حتى لو أدى إلى بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة له، و أن هذا الركن لا يثير أشكالا من الناحية القانونية. لذا سيتم التركيز من خلال هذا المبحث على الركن المشترك في الجريمتين ألا و هو الخطأ في عمليات نقل و زرع الأعضاء الذي

نتناوله في المطلب الأول. ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى العلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة، وأخيرا نتطرق إلى المتابعة و الجزاء في كلتا الجريمتين في المطلب الثالث.

المطلب الأول: الخطأ الجزائي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء .

إن عملية نقل و زرع الأعضاء تعتبر من أصعب و أدق العمليات في المجال الطبي، كما تنطوي على مخاطر كبرى، لذا فإنها تتطلب الكثير من التركيز و المهارات و الإمكانيات. و أن إرتكاب خطأ من قبل الفريق الطبي المكلف بعملية نقل العضو من المتبرع أو الفريق المكلف بعملية الزرع أو الفريق المكلف بعملية الحفظ، يمكن أن يؤدي إلى أضرار جسمانية بليغة أو وفاة الضحية. وهذا من شأنه ترتيب المسؤولية الجزائية لمرتكبه و قبل دراسة صور الأخطاء الطبية في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء، يتعين أولا تحديد مفهومه الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الجزائية بصفة عامة في الفرع الأول. ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى صور الأخطاء الطبية في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي الجزائي.

تقتضي دراسة الخطأ الطبي الجزائي أولا إلى تعريفه و تحديد معياره، ثم تبيان صوره والتفرقة بينه وبين الخطأ الطبي المدني.

أولا- تعريف الخطأ الطبي الجزائي:

في الواقع لم يعرف المشرع الخطأ ضمن القواعد العامة للمسؤولية الجزائية، مكتفيا ببيان بعض صوره في المواد 288 و 289 و 442 من قانون العقوبات ، و على سبيل المثال نصت المادة 288 على معاقبت الشخص الذي يقتل خطأ أو يتسبب في ذلك برعونته أو عدم إحتياطه أو عدم إنتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة الأنظمة. كما أن قانون حماية الصحة و ترقيتها لم يعرف بدوره الخطأ الموجب للمسؤولية الجزائية للطبيب، مكتفيا في بذكر بعض صوره في المادة 239 المتمثلة في "التقصير أو الخطأ المهني الذي يرتكبه الطبيب خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها،

و يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته"[1].

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 45 من المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب يتبين أنها أشارت إلى إلتزام الطبيب بأن يضمن تقديم علاج لمرضاه، يتسم بالإخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة و الإستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين و المؤهلين، و نصت المادة 17 من نفس المرسوم على أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يمتنع عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبيبة أو العلاجية". و من جهتها شددت المحكمة العليا على ضرورة تبيان عنصر الخطأ في الحكم القاضي بالإدانة دون إعطاء تعريفا له و على سبيل المثال، قضت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 10 مايو 1988 أنه: "تقتضي جريمة القتل الخطأ، زيادة على الفعل المادي المتسبب في الوفاة خطأ ينسب إلى مرتكب هذا الفعل ذلك أن **الخطأ يشكل العنصر الجوهري في الجريمة**"[2].

و بالرجوع إلى الفقه، يتبين أن هذا الأخير وضع عدة تعريفات للخطأ الجزائي، منها القائل أن الخطأ الجزائي هو: "إتجاه إرادة الشخص إلى إتيان سلوك خطر دون القيام بما هو واجب عليه من التدبر والحيطة"[3].كما عرفه البعض على أنه: "كل فعل أو ترك إرادي تترتب عليه نتائج لم يردها الفاعل و لكنه كان في وسعه تجنبها"[4]. بينما عرفه رأي ثالث على أنه: "عدم مراعاة القواعد العامة أو الخاصة للسلوك و التي من شأن مراعاتها تجنب وقوع النتائج غير المشروعة الضارة بمصالح و حقوق الأخرين المحمية"[5].

و بصفة عامة، يمكن الإستنتاج من خلال التعريفات المشار إليها أعلاه، أن الخطأ الجزائي هو: "إخلال بإلتزام قانوني عام يفرضه القانون. و هو الإلتزام بمراعاة الحيطة و الحذر و الحرص على الحقوق و المصالح المحمية قانونا"، و أن الشيء الذي يميز سلوك الفاعل في الجرائم الناتجة عن الخطأ

---

[1]- لقد ورد في نص المادة 136 من القانون المدني، الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، نفس المصطلح الذي إستعمله المشرع في المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها:"... كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه أي طبيب أو جراح أسنان أو مساعد طبي خلال ممارسته مهامه أو **بمناسبة القيام بها**". و يرى الفقه بشأن مسؤولية المتبوع، أن الوظيفة تعتبر متصلة إتصالا سببيا بعمل التابع غير المشروع إذا كانت الوظيفة هي السبب المباشر و الرئيسي في إحداث الضرر إي أنه لولاها لما تمكن التابع من القيام بالفعل الضار، و قد يقتصر دور الوظيفة في تيسير و تهيئة الفرصة في وقوع الفعل الضار. و في هذه الحالة يكون هذا الأخير قد حصل **بمناسبة الوظيفة**. و في هذا توسيع من مجال المسؤولية. لمزيد من التفاصيل حول مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه.أنظر، علي فيلالي، الإلتزامات (الفعل المستحق للتعويض) ، دار موفم للنشر، طبعة ثانية، سنة 2007، ص 160.

[2]- قرار الغرفة الجنائية، تحت رقم 49360، م.ق 1992، عدد 1، ص 164.

[3] - محمد القبلاوي، المرجع السابق، ص 88.

[4]- رائد كمال خير، المرجع السابق، ص 18.

[5] - تعريف د. مأمون سلامة، ورد في مؤلف، محمد القبلاوي، المرجع السابق، 88.

أو الجرائم غير العمدية، هو عدم إتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق النتيجة الإجرامية. إلا أن هذا لا يعني عدم علم هذا الأخير بالنتيجة سلفا، إذ يمكن أن يكون الفاعل متوقعا حدوث النتيجة كأثر لفعله ويعتقد أنها لن تقع لأنه إتخذ الإحتياطات لمنع حدوثها إلا أنها حدثت و يسمى هذا بالخطأ الواعي، و إما أن الفاعل لا يتوقع النتيجة إلا أنه كان من الواجب عليه توقعها غير أنه لم يكترث و يسمى هذا بالخطأ غير الواعي[1].

و تبعا لذلك فإن الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الجزائية هو: "كل تقصير في سلوك الشخص القائم بالعمل الطبي، بحيث لا يتفق مع سلوك الشخص اليقض القائم بنفس المهنة في نفس الظروف المكانية و الزمانية، مما يؤدي إلى إلحاق ضرارا جسمانيا للغير أو يؤدي إلى وفاة هذا الأخير". أو هو "خروج الطبيب عن القواعد و الأصول الطبية التي يقتضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا و علميا وقت تنفيذه للعمل الطبي". أو هو "إخلال هذا الأخير بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون، متى ترتب على فعله نتائج ضارة"[2]. أو "عدم تقيد الطبيب بالإلتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته و يندرج ذلك في كل نشاط إرادي أو سلبي لا يتفق مع القواعد العلمية المتعلقة بممارسة مهنة الطب"[3] إلا أن السؤال الذي يطرح حول المعيار الذي يمكن الإعتماد عليه لمعرفة وجود خطأ طبي يستوجب المسؤولية من عدمه ؟ و هو ما نحاول الإجابة عليه في النقطة الموالية من هذا الفرع.

ثانيا– معيار الخطأ الطبي الجزائي:

لم يفرق المشرع بين درجات الخطأ الموجب للمسؤولية الطبية الجزائية، غير أنه من الضروري تقدير سلوك الطبيب لمعرفة ما إذا كان هناك خطأ يسأل عنه أم مجرد غلط يقع فيه أي طبيب آخر لا يسأل عنه. و قد وضع الفقه ثلاثة معايير لتقدير وجود خطأ جزائي موجب

---

[1] - و يضرب الفقه مثالا عن الخطأ الواعي بالشخص الذي يقوم بتوجيه سهم صوب تفاحة موضوعة على رأس إمرأة بالسيرك، فيخطأ في إصابة التفاحة و يصيب المرأة. كما يضرب الفقه مثالا عن الخطأ اللاواعي أي غير المصحوب بالتوقع، بالطفل الذي يرمي حجرة من النافذة غير آبه لإحتمال إصابة أحد المارة في الطريق ،هذا و يتعين التفرقة بين الخطأ الواعي و القصد الإحتمالي في الجرائم العمدية ففي حالة الخطأ الواعي يكون عنصر الإرادة غير متوافر لدى الجاني، أي أن هذا الأخير لم يكن يريد تحقيق النتيجة الإجرامية أثناء قيامه بالفعل و لو كان يتوقع حدوثها، إلا أنه إعتقد أنها لن تحصل أما في حالة القصد الإحتمالي فإن النتيجة الإجرامية الضارة المتوقعة مقبولة من الفاعل و لو كان غير راغب فيها. أحمد مجحودة ، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي، دراسة مقارنة ، دار هومة، الطبعة الثانية 2004، الجزء الثاني، ص 876.

[2] - محمد القبلاوي، المرجع السابق، ص 89.

[3] - يحي عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري و الإجتهاد القضائي، مداخلة ألقيت بالملتقى الدولي حول: "المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون و الإجتهاد القضائي" التي إحتضنته المحكمة العليا بتاريخ 2010/04/12، منشور في المجلة القضائية ،عدد خاص بالملتقى، قسم الوثائق للمحكمة العليا 2011، ص 48.

للمسؤولية الجزائية للطبيب. و هي المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي و المعيار المختلط، وسوف نتعرض إلى المواقف الثالثة في ما يلي:

1 – المعيار الشخصي:

يتحدد المعيار وفقا لأنصار هذه النظرية في الشخص الفاعل نفسه و ظروفه الخاصة به، فإذا تبين من المقارنة بين ما صدر عنه من سلوك مشوب بالخطأ و بين ما إعتاد إتخاذه من سلوك في نفس الظروف، أنه لم يراع الحيطة و الحذر إعتبر مخطئا. أما إذا تبين نفس القدر الذي ألفه من الحيطة و الحذر تعذر إسناد الخطأ إليه[1].

و تبعا لذلك فإنه ينظر للخطأ الطبي من جانب إلتزام الطبيب ما إعتاد على بذله من يقظة و تبصر، بحيث يظهر أنه يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه مع الأخذ في الحسبان أن تكون للطبيب القدرة على دفع الضرر و أن يتناسب ذلك مع مؤهلاته الطبية و الوسائل الموضوعة تحت تصرفه[2].

و يعاب على هذا الرأي صعوبته كما يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحتة، بحيث يمكن إسناد الخطأ إلى طبيب في حين لا يمكن إلى آخر بالرغم من أن كلا الطبيبين قد سلكا نفس النهج و قاما بنفس التصرفات و كانا في نفس الظروف. كما أن الطبيب الذي يرتكب نفس الفعل يكون مسؤولا عن فعله، لأنه إعتاد اليقظة و التبصر و بالتالي يحاسب على أقل هفوة في حين أن الطبيب الذي إعتاد التقصير إذا إرتكب ذات الفعل فإنه لا يحاسب لأنه إعتاد التقصير، إلا إذا بلغ سلوكه درجة معينة من الإهمال و التسيب و هي نتيجة غير مقبولة[3].

و نظرا لتلك الإنتقادات ظهر إتجاه ثاني يحدد معيار الخطأ الطبي على أساس موضوعي.

2 – المعيار الموضوعي:

يتحدد المعيار وفقا لأنصار هذه النظرية في الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الواقعة التي وجد فيها الفاعل نفسه فيها، فإذا تبين من المقارنة بين ما صدر عن الطبيب من سلوك مشوب بالخطأ، و بين ما يمكن أن يصدر من طبيب آخر متوسط الحيطة و الحذر في نفس الظروف المكانية و الزمانية التي وقع فيها الفعل الضار أنه لم يراع الحيطة و الحذر إعتبر مخطئا. أما إذا أثبت

---

[1]- رائد كمال خير، المرجع السابق، ص 26.

[2]- محمد حماد الهيتي، الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, الأردن، الطبعة الأولى، 2005، ص34.

[3]- رايس محمد، المرجع السابق، ص 156.

نفس القدر الذي يتخذه الطبيب المعتاد و هو الطبيب الذي يقدر الأمور و يتصرف في مواجهتها على النحو المألوف وفقا للمعايير العلمية لا يمكن إسناد الخطأ إليه[1].

3 – المعيار المختلط:

إتجه هذا الرأي إلى ضرورة الرجوع في تقدير معيار الخطأ الموضوعي مع مراعاة بعض الملابسات و الظروف الخارجية و الداخلية المحيطة بالطبيب و التي قد تؤثر حتما على سلوكه، مع ضرورة أن يأخذ القاضي في إعتباره بظروف المكان و الزمان، و أن يقدر الخطأ وفقا لكفاءة الطبيب و الوسائل التي يستعملها فلا يمكن وفقا لهذا المعيار مثلا أن يسائل طبيب القرية كما يسأل طبيب يعمل في مستشفى مجهز بآلات و معدات متطورة[2].

ثالثا– صور الخطأ الطبي الجزائي:

لقد ورد في قانون العقوبات عدة صور للخطأ الجزائي،و من جانبه أعطى الفقه تقسيما آخرا للأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية الجزائية، لذا سوف تطرق أولا إلى صور الخطأ الطبي الجزائي حسب التشريع، ثم نتطرق إلى الصور التي جاء بها الفقه.

1 – صور الخطأ الجزائي حسب التشريع:

تظهر صور الخطأ الجزائي من خلال المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، و يرى جانب من الفقه أن هذه الصور وردت على سبيل الحصر و التخصيص، مضيفا أن العبارات المستعملة تتسع في مجملها لتشمل كل خطأ أيا كانت صورتها و أيا كانت درجتها[3]. في حين يرى رأي آخر أن هذه الصور لم ترد على سبيل الحصر[4] و تتمثل تلك الصور في ما يلي:

---

[1]- محمد حماد الهيتي، المرجع السابق، ص 191.

[2] رايس محمد ، المرجع السابق، ص 165.

[3] أحسن بوسقيعة ،الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، الجرائم ضد الأشخاص، دار هومة ، طبعة 2006، ص 70. و يستند أنصار هذا الرأي إلى مبدأ الشرعية، للقول أن الصور الواردة في نص المادتين 288 و 289 جاءت على سبيل الحصر و ليس على سبيل المثال. و هو نفس النهج الذي سارت عليه المحكمة العليا حيث جاء في حيثيات قرارها المؤرخ في 1971/10/19 أنه "يستفاد من صريح النص أن جنحة القتل غير العمدي تتطلب توافر الأركان الثلاثة التالية : وقوع خطأ من **الأخطاء الخمس الواردة على سبيل الحصر** و هي الرعونة وعدم الإحتياط و عدم الإنتباه و الإهمال وعدم مراعات الأنظمة ، وفاة الضحية ، قيام رابطة السببية بين خطأ المتهم و وفاة الضحية". قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1971/10/19 تحت رقم .6641 أشار إليه ، جيلالي بغدادي ، الإجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني،الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، سنة 2002، ص 91.

[4] و في هذا يقول الأستاذ أحمد مجحودة: "إن المشرع الجزائري لم يرد أكثر مما أراده المشرع الفرنسي في صياغة المادة 319 من قانون العقوبات، و هو مساعدة القاضي في تصور الفرضيات التي يحصل بها الخطأ في الحياة العملية، و لم يذكر ذلك قطعا لا على سبيل الحصر و لا سبيل إعطاء مفهوم مستقل لكل صورة من صور الخطأ أو عناصره، و لو أن المشرع أراد هذا الحصر لصور الخطأ أو أراد تضمن كل صورة معنى غير موجود في الصورة الأخرى لكان عليه أن يلتزم بالنص على هذه الصور في جميع الحالات التي جرم فيها الخطأ، و الحال أن المشرع قد ذكر صور الخطأ الخمسة في بعض الجرائم و إقتصر في الأخرى على البعض

أ – عدم الإحتياط :

يقصد بعدم الإحتياط، تجاهل قواعد الحيطة و التبصر أو عدم تدبر العواقب، و ينطوي عدم الإحتياط على نشاط إيجابي من الفاعل، و فيه يدرك هذا الأخير طبيعة عمله و ما يمكن أن يترتب عليه من ضرر أو خطر للغير، و لكنه لا يبالي و لا يتخذ الإحتياطات التي من شأنها عدم تحقق هذه الآثار، و قد قضت محكمة النقض الفرنسية بإدانة طبيب الأسنان بجريمة القتل الخطأ نتيجة عدم إحترازه في تنفيذ العلاج، و ذلك عندما قام بحقن مريضة بالبنيسلين دون التأكد من وجود حساسية لدى المريض من هذا الدواء[1]. أو عدم إتخاذ الطبيب الإحتياطات اللازمة في إستعمال الأشعة على جسم المريض مما سبب له حروق خطيرة نشأت عن عدم الحساسية الخاصة بالجلد[2].

ب – الرعونة :

يقصد بالرعونة سوء التقدير و إنعدام المهارات الناتجة عن عدم الحيطة، و قد تفيد معنى الطيش و الخفة و سوء التقدير، و يربط الفقهاء الجنائيون الرعونة بالجهل أو الغلط وتشترك الرعونة مع عدم الإحتياط في إعتماد الفاعل في كلتا الصورتين موقفا إيجابيا في قيامه في ما كان لا يجب القيام به [3]و اللوم الموجه للجانح بالخطأ مؤسس على تخلفه في تحصيل المعومات الضرورية اللازمة التي كانت كفيلة بتلافي الحادث الذي نجم عنه الضرر و مثاله قيام طبيب عام بإجراء عملية جراحية إلى أحد المرضى فتؤدي العملية إلى وفاته.

ج – الإهمال :

المقصود بالإهمال الحالة التي ينتج فيها الخطأ عن ترك أو إمتناع الفاعل عن إتخاذ الإحتياطات التي يوجبها الحذر، بحيث لو إتخذه لما وقعت النتيجة الضارة كأن يهمل الطبيب مراقبة

الآخر، و على سبيل المثال يلاحظ الفرق بين صور الخطأ المذكورة في المادة 288 و المادة 289 من قانون العقوبات". و قد إنتقد الأستاذ أحمد مجحودة موقف المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1988/05/10 الذي جاء في حيثياته أنه: "**يتعين إثبات الخطأ حسب أحد الأشكال الخمسة المنصوص عليها في القانون، و هي الرعونة أو التهور أو عدم الإنتباه أو الإهمال أو عدم مراعاة الأنظمة** ، و أن الحكم المطعون فيه و إن أشار إلى هذه الأصناف الخمسة، فإنه لم يثبت نوع الخطأ المنسوب إلى المتهم و من ثم كان الوجه في محله و تعين النقض". حيث يرى الأستاذ، أن المحكمة العليا تمسكت بالنص الحرفي و فرضت على القاضي تكييف وقائع الخطأ وفقا للصور الخمسة، في حين كان عليها التفرقة بين أصناف أو صور الخطأ و بين جوهر الخطأ أو عناصره، ففي حين تقوم أصناف الخطأ و صوره بتقديم النماذج عن الأشكال التي يظهر بها الخطأ بصورة تقريبية يقوم جوهر الخطأ على الإخلال بالتزام قانوني مفروض بالقانون الجزائي يلزم المتقاضين بتوخي التبصر في السلوك وتحقق رابطة السببية بين هذا الإخلال و النتيجة الضارة. أحمد مجحودة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 915.

[1] قرار محكمة النقض الفرنسية، صادر بتاريخ 1974/11/28. أشار إليه، رائد كمال خير، المرجع السابق، ص 35.

[2]- حكم محكمة بوردو، صادر بتاريخ 1937/06/27. أشار إليه، رائد كمال خير، ص 36.

[3] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق،ص 68.

المريض بعد إجراء العلاج الجراحي، فيترتب على ذلك إصابة المريض بضرر أو ترك قطعة من القماش أو أداة في جسم الضحية بعد إجراء العملية، و قد قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 27 يوليو 2005 بأن: "عدم التأكد من صلاحية الدواء و نجاعته، يعتبر إهمالا و تقصيرا من قبل الطبيب المعالج" كما قضت في قرار أخر مؤرخ في 06 أبريل 2004 أن "الإخراج المبكر للمريض الذي خضع لعملية جراحية دون التأكد من حالته الصحية، يعد إهمالا و يؤدي إلى مسائلة الطبيب جزائيا"[1].

ه– عدم الإنتباه :

و يقصد بعدم الإنتباه الغفلة و عدم التركيز الذهني و في ما يخص العمل الطبي يقصد به الخفة و عدم التركيز عند تنفيذ العمل الطبي، و يشترك عدم الإنتباه مع الإهمال في كون كلاهما يقتضي سلوكا إيجابيا من طرف الفاعل، مثل الخطأ في شخص المريض أو في العضو المراد إستئصاله أو جراحته.

د – عدم مراعاة الأنظمة :

ويقصد به عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية و الأنظمة المختلفة المتعلقة بالمهنة الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، و يتسع مفهوم الأنظمة بحسب قانون العقوبات كل القوانين والمراسيم والقرارات واللوائح والتعليمات في مجال الصحة والأمن الصحي وأخلاقيات مهنة الطب و غيرها و لا يهم في ذلك أن يكون عدم مراعاة النظام يقع تحت طائلة القانون الجزائي أم لا، كما أن مخالفة اللائحة يوفر عنصر الخطأ[2].

2 – صور الخطأ الطبي الجزائي حسب الفقه:

لقد أعطى الفقه عدة تقسيمات للخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الجزائية و أهمها، التقسيم الذي ينظر إلى تلك الأخطاء من زاوية النشاط الطبي و المتمثل في الخطا المادي و الخطأ الفني.

أ – الخطأ المادي:

يفرق الفقه بين الخطأ المادي و الخطأ المهني للطبيب، و يقصد بالخطأ المادي الإخلال بالقواعد العامة التي تحكم سلوك جميع الأفراد و التي تتطلب الحيطة و الحذر في كل سلوك يمارسه الشخص. ومن ثم فالخطأ المادي الذي يقع فيه الطبيب هو الخطأ الخارج عن مهنة الطب، و الذي

---

[1]- قرارين غير منشورين، أشار إليهما، يحي عبد القادر، المرجع السابق، ص 51.
[2] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 71.

يصدر من هذا الأخير كغيره من الناس كافة و لا يخضع للخلافات الفنية، كما لا يتصل بالأصول العلاجية المعترف بها. و مثاله أن يجري طبيب عملية جراحية و هو سكران أو أن يغفل تعقيم أدوات الجراحة أو ينسى في جوف المريض بعض الأشياء أو أن يقوم الطبيب باستئصال العضو السليم بدل العضو المريض أو عدم تأكد الطبيب من محتوى الدواء الذي يحقن به المريض أو إهماله الفحص المسبق لمن تجرى له العملية الجراحية[1].

ب – الخطأ الفني:

أما في ما يخص الخطأ المهني، يقصد به ذلك الخطأ اللصيق بصفة الطبيب و المرتبط بمهنته التي لا يمكن لشخص أخر القيام بها مكانه لكونها تتطلب علما و وسائل دقيقة. و الخطأ يكون في مثل هذه الحالات بالخروج عن الأصول المهنية و الفنية و مخالفة قواعد العلم، كالخطأ في التشخيص أو العلاج.

والأخطاء الفنية عديدة و لا يمكن حصرها و تقسم عادة حسب النشاط الطبي أو مراحله، وهي الأخطاء الفنية المرتكبة أثناء مرحلة التشخيص أو الكشف و الأخطاء الطبية المرتكبة أثناء مرحلة إقتراح العلاج و الأخطاء المرتكبة أثناء مباشرة العلاج و أخطاء مرتكبة أثناء متابعة المريض[2].

رابعا– التفرقة بين الخطأ المدني و الخطأ الجزائي للطبيب:

بعد أن تم التطرق إلى الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الجزائية، يتعين تبيان مسألة هامة ألا و هي التفرقة بين الخطأ المدني و الخطأ الجزائي للطبيب. و يمكن القول هنا، أن الخطأ المدني يجد أساسه في المادة 124 من القانون المدني التي تنص على أن: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

غير أن السؤال يطرح حول صلة الخطأ الجزائي للطبيب بالخطأ الطبي المدني، سواء كان هذا الأخير تقصيريا أو عقديا، لا سيما في غياب نص قانوني صريح يفصل في تلك المسألة. و قد إنقسم الفقه حول هذا الموضوع إلى رأيين الأول يعتبر أن الخطأ المدني هو نفسه الخطأ الجزائي أما الرأي الثاني يعتقد بإزدواجية الخطأين، و سوف نتطرق إلى الرأيين في ما يلي:

1– الإتجاه القائل بوحدة الخطأين:

[1]- رايس محمد، المرجع السابق، ص 171.
[2] - المرجع نفسه، ص 175.

يرى هذا الإتجاه أن الخطأ واحد سواء كان مدنيا أو جزائيا، و يستند هذا الرأي إلى أن الأخطاء المنصوص عليها في المواد 288 و 289 من قانون العقوبات هي من نفس الطبيعة مع الخطأ المدني. كما أن صور الأخطاء التي جاءت بهما المادتين شاملة لجميع الأخطاء التي يمكن تصورها، بالإضافة إلى ذلك فإن القانون لم يشر صراحة أو ضمنا إلى التفرقة بين درجات الخطأ سواء كان يسيرا أو جسيما و هذا عكس ما كان سائدا في ظل القانون الروماني القديم، فهناك تساو في جميع أنواع و درجات الخطأ، و إستنادا على ذلك فإن الخطأ الجزائي الذي يقترفه الطبيب هو نفسه الخطأ الذي تؤسس عليه مسؤوليته المدنية[1].

و قد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه النظرية منذ مطلع القرن العشرين و جسدت ذلك في عدة قرارات كان أولها القرار الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 19 ديسمبر 1912، ثم قرار الغرفة الجزائية المؤرخ في 06 يوليو 1934[2].

كما أخذت المحكمة العليا بنفس الإجتهاد القضائي و على سبيل المثال قضت هذه الأخيرة في قرارها المؤرخ في 17 مارس 1982 بأنه: "يتبين من القرار المطعون فيه، أن قضاة الإستئناف أسسوا قضائهم من أجل الحكم بالتعويض المدني على الخطأ الجزائي المنصوص عليه في المادة 288 من قانون العقوبات، و الحال أن الغرفة الجزائية في قرارها المؤرخ في 15 مايو 1970 أبرأت ساحة المتهم لعدم ثبوت الخطأ الجزائي لديها، مما يجعل القرار المطعون فيه متناقضا فعلا و غير مؤسس"[3] و يترتب على ذلك أن الحكم الذي يقضي بتبرئة الطبيب الذي وجهت له إحدى التهم المنصوص عليها في المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، على أساس أنه لم يثبت للقاضي إرتكابه خطأ طبيا جزائيا، فإن القاضي لا يمكنه الفصل في الدعوى المدنية التبعية التي يرفعها الطرف المدني أو المضرور طبقا لنص المادتين 2 و 3 من قانون الإجراءات الجزائية، و يتعين عليه أن يحكم في الدعوى المدنية بعدم التأسيس[4]. ذلك أن المسؤولية المدنية للطبيب وفقا للتشريع الجزائري لا تزال خاضعة إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية المنصوص عليها في المادة 124 من القانون المدني، و التي ترتكز على الخطأ كركن أساسي في تحقيقها. و هذا خلافا للتشريع الفرنسي، الذي أصبح التعويض عن الأخطاء المرتكبة من قبل الأطباء منذ صدور القانون 04

---

[1]- أحمد مجحودة ، المرجع السابق ،الجزء الثاني، ص 868.

[2]- قرارين أشار إليهما، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة ، طبعة 2008، ص 117.

[3] - قرار الغرفة المدنية، مؤرخ في 1989/03/17، م .ق 1989 ،عدد 2 ، ص 20.

[4] - عادة ما يتجنب القضاة الحكم في الدعوى المدنية التبعية بعدم التأسيس، بعد تصريحهم بالبراءة إذ يحكمون في الدعوى المدنية بعدم الإختصاص لفتح المجال أما الطرف المدني الإلتجاء أمام القضاء المدني للمطالبة بالتعويض، و تجنب الدفع بسبق الفصل في الدعوى.

مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى على أساس التكافل الإجتماعي و فرض إلزامية التأمين على الأخطار الطبية[1] ، و هو نفس النظام الذي أخذ به التشريع الجزائري لتعويض ضحايا حوادث المرور أو حوادث العمل و الأمراض المهنية[2] و بعض الحالات التي يكون التعويض فيها خارجا عن إطار المسؤولية أو ما يسمى بنظرية المخاطر[3] و في هذه الحالة يمكن للقاضي الذي يحكم بالبراءة لإنعدام الخطأ الجزائي أن يفصل في طلبات الطرف المدني الرامية إلى التعويض.

أما إذا رفع المضرور من الخطأ الطبي دعواه أمام القاضي المدني، بعد صدور الحكم الجزائي الذي يقضي بتبرئة، فإن المتضرر يصعب عليه كذلك إثبات دعواه لأن القاضي المدني يكون مرتبطا بالحكم الجزائي بالنسبة إلى الوقائع التي فصل فيها هذا الأخير و كان فصله فيها ضروريا طبقا للمادة 339 من القانون المدني، إلا إذا أسس الطرف المدني دعواه على الخطأ غير الشخصي للطبيب[4].

2 – الإتجاه القائل بإزدواجية الخطأين:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى تقسيم الخطأ إلى خطأ جسيم و خطأ يسير، بحيث يشترط لقيام الخطأ الجزائي أن يكون أشد جسامة من الخطأ المدني. و يرجع أصل هذا التقسيم إلى القانون الروماني الذي كان يفرق بين درجة الخطأين، و يؤسس هذا الرأي موقفه بالنظر إلى طبيعة الخطأين، فينظر إلى الخطأ الجزائي من الناحية الإجرامية و فكرة اللوم الإجتماعي و الذي يكون جزاءه تطبيق العقاب. بينما الخطأ المدني ينظر إليه من ناحية الأضرار اللاحقة بالفرد، و يكون هدفه إعادة التوازن بين الذمم المالية عن طرق التعويض المالي.

كما يفرق هذا الرأي بين الخطأ الجزائي و الخطأ المدني من جانب تقدير القاضي للخطأ، فالنسبة إلى القاضي الجزائي إذا تردد في نسبة الخطأ إلى الطبيب أن يرجح جانب البراءة على جانب الإدانة، لأن العقوبة التي يوقعها القاضي طبقا لقانون العقوبات تصف المتهم بطابع الإجرام لذلك

---

[1] - Loi n° 2002-303 du 05/03/2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, JORF 05/03/2002, p.4118.

[2] أكثر تفاصيل حول أنظمت التعويض الجديدة ؛ أنظر؛ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 158.

[3]- على سبيل المثال أنظر، المادة 140 مكرر من القانون المدني.

[4] يوجد إستثناء على هذه القاعدة أيضا بالنسبة إلى الدعوى المدنية التي تكون مطروحة على محكمة الجنايات، التي يتعين عليها الفصل فيها بالرغم من قضائها بالبراءة طبقا للمادة 316 من قانون الإجراءات الجزائية ، و تطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2005/09/21 على أن: "محكمة الجنايات ملزمة بالفصل في الدعوى المدنية، متى كانت هناك أطراف مدنية، و لا يجوز لها أن تقضي بعدم الإختصاص، فيها عملا بأحكام المادة 316 من قانون الإجراءات الجزائية التي تلزم محكمة الجنايات بالفصل في الدعوى المدنية دون مشاركة المحلفين، بموجب حكم معلل في طلب الأطراف المدنية، حتى في حالة براءة المتهم". قرار الغرفة الجنائية، بتاريخ 2005/09/21، تحت رقم 360694، م.ق 2005، عدد 2، ص 445.

يتعين على القاضي أن يتوخى الحذر بينما المسؤولية المدنية تهدف إلى مساعدة المضرور و تسهيل حصوله على التعويض في كل الحالات التي يظل سببها مجهولا لعدم قيام الدليل على الخطأ أو على سبب أجنبي معين.

و قد أخذ القضاء الفرنسي في نهاية القرن التاسع عشر بهذا الموقف ففي قرار قديم لمحكمة النقض مؤرخ في 19 نوفمبر 1841، قضت هذه الأخيرة على أن "الحكم الجزائي الصادر ببراءة المتهم في جريمة القتل الخطأ لا يدرأ عنه سوى المسؤولية الجزائية لكن باب المسؤولية المدنية يظل مفتوحا إذ يظل المتهم ملزما بتعويض الضرر الناشئ عن فعله"[1]. إلا أن محكمة النقض تراجعت عن ذلك الموقف، و أخذت بنظرية وحدة الخطأين المدني و الجزائي إلى غاية صدور القانون المؤرخ في 10 يوليو 2000 الذي أدرج حكما جديدا في المادة 4-1 من قانون الإجراءات الجزائية، مفاده أن غياب الخطأ الجزائي غير العمدي لا يحول دون ممارسة دعوى أمام الجهات القضائية المدنية من أجل الحصول على تعويض الضرر على أساس المادة 1383 من القانون المدني، إذا أقيم الدليل على وجود الخطأ المدني المنصوص عليه في المادة المذكورة.[2] و بذلك يكون المشرع الفرنسي قد تخلى عن مذهب وحدة الخطأ الجزائي و الخطأ المدني و إعتنق مذهب الفصل بين الخطأين[3].

الفرع الثاني: صور الخطأ الطبي في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء.

تتكون عمليات نقل و زرع الأعضاء من ثلاثة عمليات أساسية و هي: عملية النقل التي يكون محلها جسد المتبرع الذي يكون إنسانا حيا أو ميتا. أما العملية الثانية فهي عملية الزرع التي يكون محلها جسد المريض أو المستفيد، و يتوسط العمليتين عملية أخرى و هي عملية نزع العضو

---

[1] - قرار محكمة النقض الفرنسية، أشار إليه ،أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 103.

[2]- أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 118.

[3] - هذا و تجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري كان يفرق بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي في ترتيب المسؤولية الإدارية عن الأخطاء الطبية. و إعتبر أن كل خطأ جزائي إرتكب من طرف موظف هو خطأ شخصي لا يترتب عليه مسؤولية المستشفى، ثم تخلى القضاء بعد ذلك عن هذا الموقف و أصبح يقر بمسؤولية المرفق إذا إرتكب الموظف خطأ جزائيا غير عمدي. و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قضية الطبيب Pentev التي فصلت فيها الغرفة الإدارية بتاريخ 1977/01/22 ، و تتلخص وقائعها أن الشاب سائغي رشيد كان يعالج في المستشفى المدني بالأخضرية ثم باشر الطبيب سالف الذكر علاج الشاب رشيد بعد خروجه من المستشفى في منزل هذا الأخير. و إثر هذه المعالجة أصيب بأضرار بالغة فتوبع الطبيب Pentev جزائيا، على أساس الجروح غير العمدية، و تمت إدانته على ذلك ثم رفعت دعوى إدارية ثانية أما الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، و بعد الإستئناف قررت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا أنه: "حيث أن الضرر المطلوب تعويضه من طرف السيد سائغي قد تسبب فيه الطبيب بانتاف الذي كان يشغل بالمستشفى المدني بالأخضرية ، حيث أن هذا الأخير يعنى الطبيب الذي إستجاب لظميره المهني ، وباشر علاج الشاب سائغي في منزله ، حيث أن التصرف الإيجابي للطبيب لم يمنع القاضي الجزائي بأن يقرر بأن الأضرار التي لحقت بالشاب سائغي كانت نتيجة خطأ جزائي إرتكبه الطبيب بانتاف، لكن حيث أنه بدون المرفق لم يكن يستطيع الطبيب بانتاف مباشرة علاج الشاب سائغي في منزل هذا الأخير و يسبب له جروحا غير عمدية، حيث أنه في هذه الظروف يكون للخطأ الشخصي للطبيب المعاقب بقرار جزائي علاقة بالمرفق.". قرار أشار إليه ، رشيد خلوفي ، قانون المسؤولية الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2001 ، ص 15.

التالف من جسد المتلقي. كما توجد عملية تقنية بين العمليتين أيضا، و هي عملية حفظ العضو قبل إعادة زرعه التي لا تقل أهمية عن العمليتين السابقتين. و صور الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية الجزائية في عمليات نقل و زرع الأعضاء لا يمكن تعدادها، لذا سوف نقوم بدراسة تلك الصور حسب المراحل التي تمر بها العملية.

أولا– الأخطاء المرتكبة خلال المرحلة السابقة للعملية:

تعتبر المرحلة السابقة لإجراء العملية الجراحية من المراحل الهامة، إذ بموجبها يتحدد مدى إمكانية نجاح العملية. و تنقسم هذه المرحلة بدورها إلى مرحلتين: الأولى خاصة بتشخيص الحالة الصحية للطرفين و الثانية تتعلق بالتحاليل البيولوجية السابقة عن العملية، و يمكن خلال المرحلتين إرتكاب أخطاء مما ينجر عنها قيام المسؤولية الجزائية لمرتكبيها.

1 – الخطأ في تشخيص الحالة الصحية للمتبرع و المتلقي:

تسبق عملية نقل و زرع الأعضاء مرحلة هامة و هي مرحلة الفحص الطبي الأولي، و أن هذا الأخير هو أول عمل يقوم به الطبيب للكشف عن حالة المريض و ذلك بملاحظة العلامات والدلالات الإكلينيكية، و يقدم بعد ذلك الطبيب إلى تشخيص نوع المرض الذي يعاني منه الشخص و مدى حاجة هذا الأخير إلى عملية بتر العضو المصاب بمرض، و كذا دراسة الحالة الصحية للمتبرع إذا كان شخصا حيا.

أ– بالنسبة إلى المستفيد:

نصت المادة 166 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه: "لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية، إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية"[1]. لذا فإن سوء تقدير الطبيب لحالة الضرورة أو الحالة المرضية التي يعني منها الشخص و كذا درجة خطورتها و جسامتها تؤدي إلى مسائلته، في حال ما تبين بعد إجراء عملية الإستئصال أن العضو المنزوع لم يكن مريضا أو أن الحالة المرضية لم تكن تستدعي إجراء تلك العملية، إذ يمكن علاج المريض بوسائل بديلة مثل تناول الأدوية أو العقاقير أو تدخل جراحي بسيط.

[1]- ذهب القضاء الفرنسي إلى القول أن إجراء الفحوصات الطبية التمهيدية للمريض، يعد أمرا ضروريا قبل الإقدام على إجراء العملية الجراحية. و بالتالي فإن الإهمال الواقع من الطبيب في إجراء تلك الفحوصات بشكل خطأ من جانبه تقوم به مسؤوليته الجزائية. قرار مؤرخ في 1941/4/22 ،أشار إليه، محمد القبلاوي، المرجع السابق، ص 89.

و قد قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 23 يناير 2008 أنه: "حيث من الثابت في الملف أن المطعون ضده إتفق مع الطاعن الذي هو طبيب جراح على نزع حصاة من إحدى كليته، لكن الجراح نزع له الحصاة و الكلية الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ الطبيب، حيث من المقرر فقها و قضاء أن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية مثل قضية الحال، ما عدى الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب إلتزام بتحقيق نتيجة. و أن الإلتزام ببذل عناية، هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة و الأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض و تحسين حالته الصحية، و أن الإخلال بهذا الإلتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب، و بالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب. حيث بهذا الصدد أن قضاة الموضوع ركنوا لخبرة الأستاذ (ق)، **الذي توصل إلى نزع الكلية مبالغ فيه و لم يكن هناك داع لذلك و أن الطبيب الجراح خالف أصول و قواعد و أخلاقيات المهنة و أن المسؤولية قائمة في حقه**"[1].

ب – بالنسبة إلى المتبرع بالعضو:

نصت المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه: لا يجوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر". و معنى ذلك أنه يتعين على الفريق الطبي قبل أن يتخذ قرار نزع العضو من جسم الشخص السليم، أن يتأكد من عدم تعرض حياة أو السلامة الجسدية للخطر، فإذا توصل الفريق الطبي أن العملية سوف تؤدي إلى تدهور صحة المتبرع، فإنه يجب عليه الإمتناع عن إجراءها و إلا توبع جزائيا على أساس إرتكابه لخطأ طبي. و مثالها أن يقوم الطبيب بترع كلية من شخص حي دون أن الإنتباه أن الكلية الأخرى تالفة أو مريضة بحيث لا يستطيع المتبرع العيش بها إلا لفترة محددة. و من جانب آخر، يتعين على الطاقم الطبي أن يتأكد من صلاحية العضو المراد نقله و مدى قدرته في آداء وظائفه في الجسم الجديد. كما يتعين التأكد قبل إستئصال العضو من جسد شخص متوفى، من وفاة هذا الأخير أولا وفقا للمعايير التي حددها التشريع. و أن إقتطاع عضو من شخص يعتقد أنه توفي في حين أنه لا يزال على قيد الحياة يشكل جنحة القتل الخطأ طبقا لنص المادة 288 من قانون العقوبات. ولتجب الوقوع في مثل تلك الأخطاء، شدد القانون من الشروط التي يتعين على الأطباء الذين

[1] قرار الغرفة المدنية، بتاريخ 2008/01/23، تحت رقم 399828، م.ق 2008، عدد 2 ، ص 175.

يعاينون الوفاة مراعاتها، لأن التسرع في إقتتطاع العضو سوف يؤدي إلى نتائج جسيمة و يتحمل مسؤولية هذا الخطأ الأطباء الذين قاموا بمعاينة الوفاة.

2 – الخطأ في التحاليل البيولوجية السابقة على العملية:

بعد التأكد من توافر حالة الضرورة و الأخطار المحتملة يتعين على الفريق الطبي بإجراء الفحوصات البيولوجية لا سيما ما تعلق منها من خلو جسم المتبرع من الأمراض المعدية و ذلك لتجنب نقل الأمراض و الفيروسات إلى جسم المستفيد، سواء تمت عملية النقل من جثة ميت أو شخص حي كما تهدف التحاليل من جانب آخر، إلى معرفة درجة تحمل الطرفين إجراء العملية الجراحية و تبعا لذلك يحرر الطبيب تقرير سريري. و يتأكد أيضا من مدى توافق فصيلة الدم والزمرة النسيجية لتجنب رفض العضو من جسم المستفيد و التحصين ضد المضادات المناعية أو ما يسمى بالتقرير المناعي. و يعد هذا الإلتزام إلتزاما بتحقيق نتيجة و أن عدم إجراء التحاليل البيولوجية السابقة أو سوء قراءتها يعتبر خطأ من قبل الطبيب، يرتب مسؤوليته الجزائية إذا نتج عن ذلك مرض للضحية أو وفاته أثناء أو بعد إجراء العملية. و قد قضت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 08 أكتوبر 2003 بمسؤولية الأطباء و الممرضين الجزائية الذين "قاموا بنقل الدم دون التأكد من فصيلته مما أدى إلى وفاة الضحايا"[1].

ثانيا– الأخطاء المرتكبة أثناء إجراء العملية الجراحية:

تكون مسؤولية الطبيب الجزائية قائمة كذلك في حالة الخطأ في تنفيذ العلاج خاصة في الحالات الخطرة، مثل عملية نقل و زرع الأعضاء. و يمكن تقسيم الأخطاء التي تقع من قبل الأطباء أثناء عمليات نقل و زرع الأعضاء، إلى أخطاء متعلقة بالتخذير و أخطاء جراحية متعلقة بنقل العضو من جسم المتبرع و إعادة زرعه و أخطاء متعلقة بعملية الحفظ.

1 – الأخطاء المتعلقة بعملية التخدير:

تتطلب عمليات نقل و زرع الأعضاء كغيرها من العمليات الجراحية الخطرة إستعمال التخدير بهدف التقليل من آلام المريض، و هي عملية لا تخلو بدورها من الخطورة من حيث قدرة المريض على تحملها مما يوجب معه عناية فائقة و قد أصبح هذا الفرع من الطب تخصصا قائما

[1]- قرار مؤرخ في 2003/10/08، تحت رقم 265312، غير منشور، أشار إليه، سيدهم مختار، بالمداخلة التي ألقاها بالملتقى الدولي حول "المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون و الإجتهاد القضائي"، التي إحتضنته المحكمة العليا بتاريخ 2010/04/12، تحت عنوان "المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري"، منشور في المجلة القضائية ،عدد خاص بالملتقى، المرجع السابق. ص 27.

بذاته، و على الطبيب القائم به أن يراعي أصول الفن في ذلك تحت طائلة مسائلته جزائيا إن وقع من طرفه خطأ. و من التطبيقات القضائية التي كرست هذا المبدأ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 04 يونيو 2004 التي قضى بمسؤولية طبيب التخدير عن جريمة القتل الخطأ، بعد قيامه بعملية تخدير المريضة ثم إنصرف و تركها تحت رعاية شخص آخر ليس أهلا لذلك، و بعد عودته وجد أنبوب الأكسجين ملتويا فماتت كما تمت تبرأت الطبيب الجراح عن هذا الفعل[1].

و قد كرس هذا الإجتهاد، إستقلالية مسؤولية طبيب التخدير عن مسؤولية الطبيب الجراح إذا لم يثبت إرتكاب هذا الأخير لإهمال أو تقصير في آداء مهامه. كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر مؤرخ في 27 يوليو 2005 بقيام مسؤولية طبيب التخدير الجزائية، لعدم إخضاع المريضة إلى التنفس الإصطناعي رغم شعورها بالإختناق بعد العملية، و لم يحقنها بالدواء المساعد على إزالة التخدير مما أدى إلى وفاتها[2]

و من جانبها قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 30 مايو 1986 بقيام المسؤولية الجزائية لطبيب التخدير، الذي ترك المريض الذي أجرى له الطبيب الجراح عملية إستئصال اللوزتين بعد تخديره محليا دون توفير الرقابة الطبية اللازمة بعد إجراء العملية، فتوفي بسبب توقف القلب و التنفس بعد مغادرة الطبيبين العيادة و إعتبرت المحكمة أن الطبيب الجراح الذي أجرى العملية يعتبر هو أيضا مسؤولا عن هذا الخطأ.[3]

2 – الأخطاء المرتكبة أثناء عملية الإستئصال و الزرع:

يمكن تقسيم الأخطاء المرتكبة من قبل الفريق الطبي المكلف بنقل و زرع الأعضاء، إلى أخطاء تتعلق بالعمل الجراحي في حد ذاته مثل الأخطاء الناتجة عن إستعمال الطبيب للآلات الجراحية كإستعماله مقص غير معقم، و كذا إصابة العضو أثناء عملية النزع مما يؤدي إلى تلفه أو إصابت أعضاء أخرى أو شرايين أثناء العملية الجراحية بأضرار، أو نسيان شيء داخل الجسم نتيجة الإهمال[4].

---

[1]- قرار مؤرخ في 2004/06/04، تحت رقم 287810،غير منشور، أشار إليه ، سيدهم مختار، المرجع السابق، ص 24.

[2]- قرار مؤرخ في 2005/07/27، تحت رقم 296423، غير منشور، أشار إليه، سيدهم مختار، المرجع السابق، ص 24.

[3]- قرار محكمة النقض الفرنسية، مؤرخ في 1986/05/30، أشار إليه، رائد كمال خير، المرجع السابق، ص 45.

[4] إن نسيان شيء داخل جسم المريض أثناء العمل الجراحي، يعد من الأخطاء المادية التي لا تحتاج إلى تقدير فني، كما سبق الإشارة إليه بمناسبة الحديث عن أنواع الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية الجزائية. و قد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1993/10/10 إلى القول أن: "نسيان شيء غريب في رحم المريضة أثناء التدخل الجراحي. و المتمثل في قطعة قماش أدت إلى إصابتها بأضرار بليغة تطلبت إجراء عملية جراحية ثانية لها، يعتبر خطأ جسيما يرتب مسؤولية المستشفى". قرار الغرفة الإدارية ، تحت رقم 106721 ، غير منشور أشار إليه ، حروزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن ، دار هومة ، طبعة 2008 ، ص 141.

و في هذا الإطار، قررت محكمة النقض الفرنسية في القضية المعروفة بإسم قضية Sarrazin التي فصلت فيها بتاريخ 22 يوليو 1972 بمسؤولية الطبيب الجراح عن جريمة القتل الخطأ إثر قيامه بعملية إستئصال الكلية اليمنى لمريضة، ثم خرج من قاعة العمليات لإظهار الكلية المتروعة لزوجها و أعطى تعليمات مساعديه بتغيير وضع المريضة، التي كانت لا تزال تحت تأثير المخدر من إتكائها على الجنب الأيسر و إعادتها
على ظهرها، الشيء الذي أدى إلى إنسياب كمية كبيرة من الدم من قلبها، مما أدى إلى وفاتها[1].

أما النوع الثاني من الأخطاء، فهي الأخطاء في العضو في حد ذاته الذي يتم نزعه من جسم المتبرع من الفريق الطبي المكلف بعملية النزع، أو العضو الذي يتم نزعه من المريض من الفريق الطبي المكلف بعملية الزرع و مثال ذلك إستئصال العضو السليم من جسم المريض بدل العضو التالف مما يؤدي إلى إصابته بأضرار أو الوفاة. أو نزع عضو غير قابل للزرع من جسم المتوفى، مثل زرع القرنية التي كانت مصابة بمرض و زرعها في جسم المستفيد، مما يؤدي إلى حدوث مضاعفات خطيرة على صحته.

3- الأخطاء المرتكبة أثناء عملية حفظ العضو:

يكتسي حفظ العضو محل الزرع أهمية بالغة في عمليات نزع و زرع الأعضاء، و هو من الإجراءات الطبية التي تهدف إلى تجنب تلف العضو المستأصل أو إصابته بضرر من شأنه أن يؤدي إلى عدم صلاحيته للزرع. و تختلف عملية الحفظ بإختلاف التكوين التشريحي للعضو في حد ذاته، فالأنسجة العظمية مثلا لا يمكن أن تبقى لمدة ساعة محرومة من كمية الدم اللازمة لها للبقاء دون أن يصيبها تلف. أما الأعضاء المركبة مثل الكبد و الكلى و الرئة و القلب و البنكرياس، فلا يجب أن يتعدى مدة حفظها بضع ساعات لذلك يتعين أن يكون المستشفى الذي تجرى فيها عملية النزع أو الزرع مجهزا بالمعدات اللازمة لحفظ العضو.

---

[1] قرار أشار إليه، رائد كمال، المرجع السابق، ص 44. و يطلق على هذا النوع من الأخطاء بالأخطاء المتعلقة بتثبيت المريض على طاولة الجراحة، فالطبيب ملزم ببذل العناية اللازمة في تثبيت المريض فوق الطاولة خاصة عندما يكون تحت تأثير المخدر. و هذا لتجنب وقوع أي حادث أثناء إجراء العملية، و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 2001/10/23 بمسؤولية الطبيب =الجراح عن جنحة القتل الخطأ على أساس أن هذا الأخير أساء تثبيت المريضة على الطاولة فتعرضت إلى ضغط على مستوى بطنها مما أدى إلى إنقطاع تدفق الدم إلى القلب، و من ثم إلى المخ و توفيت بعد ستة أشهر من الغيبوبة. قرار أشار إليه ،المستشار في محكمة النقض Henri Blodet ، في المداخلة التي ألقاها بالملتقى الدولي حول الأخطاء الطبية المنعقد بالمحكمة العليا بتاريخ 2010/04/12.
H.Blodet , *La responsabilité pénale des professionnels et des établissements de santé, la jurisprudence de la coure de cassation*, Revue de la cour suprême, Numéro spécial 2011, p.35.

و أن إلتزام بحفظ العضو حفظا سليما يعتبر إلتزاما بتحقيق نتيجة، بحيث تقوم المسؤولية الجزائية للمساعدين الطبيين المكلفين بتلك العملية إذا أساؤوا عملية الحفظ و تسبب في عدم صلاحيته للزرع أو تلفه، كأن يتم وضعه بدرجة حرارة غير مناسبة أو يسقط من يد الطبيب أثناء حمله أو نقله. و أن زرع العضو في جسم المريض و هو غير صالح للزرع يؤدي إلى نتائج جسيمة سواء بالنسبة إلى المستفيد، بحيث يصاب بمضاعفات خطيرة تؤدي إلى إعادة إستئصاله من جديد أو وفاته. أما بالنسبة إلى المتبرع، إذا كان إنسانا حيا فإن الغاية من عملية التبرع لم تتحقق له بالإضافة إلى فقده عضو من أعضاء جسمه.

ثالثا – الأخطاء المرتكبة بعد إجراء العملية:

تكون مسؤولية الطبيب الجزائية قائمة، كذلك في حالة الخطأ في الإشراف على المريض بعد إجراء عملية نقل زرع الأعضاء خاصة في الحالات الخطرة التي يتسع فيها نطاق الواجبات الملقاة على عاتق الطبيب، فعملية زرع الكلية مثلا تستلزم بقاء المريض تحت الرعاية الطبية لمدة ثلاثة أو أربعة أسابيع لتجنب حدوث مضاعفات. كما يخضع المريض لفحوصات نظامية تتراوح بين ثلاثة و ستة أشهر التي تلي العملية.

أما في ما يخص عمليات زرع القلب و الرئة، فإن بقاء المريض في قسم الإنعاش بعد العملية مباشرة ضروري من أجل إجراء التعقيم و السيطرة على الإضطرابات الدموية النشيطة، التي قد ينجر عنها رد العضو من الجسم.

و في ما يخص زرع الكبد فيخضع المريض للمراقبة الطبية بالمستشفى لمدة أكثر من شهر[1]. لذا يتطلب أن يقوم الطبيب المشرف على العملية بنفسه بوضع أسلوب الإشراف و الرقابة في تنفيذ العلاج، فإذا أغفل و أهمل واجبات الحيطة و اليقظة أو أهمل المتابعة الدائمة بعد العملية الجراحية و ترتب على ذلك إصابة المريض بمضاعفات أو نزيف حاد، إعتبر مخطأ و يسأل جزائيا. وهو ما كرسته المحكمة العليا في عدة قرارات لها، و منها القرار المؤرخ في 06 أبريل 2003 الذي جاء في حيثياته بأن: "الإخراج المبكر للمريض الذي خضع لعملية جراحية دون التأكد من حالته الصحية، يعد إهمالا و يؤدي إلى مسائلة الطبيب جزائيا"[2]. كما قضت في قرار آخر مؤرخ في 02

[1] - أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 145 و ما يليها.
[2] قرار غير منشور، أشار إليه، يحي عبد القادر، المرجع السابق، ص51.

يوليو 2003 بمسؤولية الطبيب عن جريمة القتل الخطأ الذي قام بإخراج المريض مبكرا من المستشفى فأصيب بإلتهاب السحايا أدى إلى وفاته، وهو ما أثبتته الخبرة المنجزة بوجود علاقة سببية بين العملية و الوفاة[1].

المطلب الثاني: العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والنتيجة.

لا يكفي بحسب نص المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات مجرد ثبوت خطأ ووقوع الإصابة أو الوفاة لقيام مسؤولية الطبيب في عملية نقل و زرع الأعضاء، و إنما يلزم وجود علاقة سببية بين الخطأ و الضرر. و تشكل تلك العلاقة صعوبة كبيرة في المجال الطبي بصفة عامة في غياب النص الذي يضع معيارا واضحا و كذا الخصائص المعقدة للجسم البشري، لذا سوف يتم التطرق في الفرع الأول إلى معيار علاقة السببية ثم التطرق في الفرع الثاني إلى تداخل عوامل أخرى في النشاط الطبي التي من شأنها إحداث الضرر للضحية.

الفرع الأول: معيار العلاقة السببية.

إن معيار تحديد علاقة السببية بين النشاط الطبي و النتيجة من المواضيع الشائكة التي لا تزال محل نقاش بين الفقه و القضاء، إذ لا يمكن للقاضي أن يحكم بإدانة الطبيب عن جريمة القتل أو الجرح الخطأ إلا إذا توافرت العلاقة السببية بناء على يقين و ليس إحتمال لأن الشك في هذه الحالة سوف يفسر لصالح المتهم. لذا سوف نتعرض أولا، إلى أهم النظريات التي جاء بها الفقه حول موضوع العلاقة السببية ثم نتعرض إلى موقف المحكمة العليا.

أولا- موقف الفقه من علاقة السببية:

إختلف الفقه حول المعيار المعتمد عليه في تحديد الرابطة السببية، و نقتصر على دراسة أهم النظريات التي جاء بها الفقه في هذا المجال، و هي نظرية تعادل الأسباب و نظرية السبب الأقوى ونظرية السبب الملائم.

1- نظرية تعادل الأسباب:

[1] قرار مؤرخ في 2003/07/02، تحت رقم 259072، غير منشور، أشار إليه، سيدهم مختار، المرجع السابق، ص 31.

يرجع تأسيس هذه النظرية إلى الفقيه الألماني فون بوري و ملخصها أن يجب الإعتداد بكل الأسباب التي إشتركت في إحداث النتيجة، و لو كان لبعضها علاقة بعيدة بالنتيجة طالما أنها شرط ضروري في إحداثها. فالأحداث على العموم تترتب عن جملة من العوامل منها ما هو من فعل الإنسان و منها ما هو ما يرجع إلى ظروف خارجية. و بما أن كل هذه العوامل تكون ضرورية لإنتاج الضرر، فإن فرزها يكون غير مبرر و بما أن تخلف عامل من هذه العوامل يحول دون تحقيق الضرر. فتعتبر الأسباب التي تدخل في إحداث النتيجة كلها متكافئة و متعادلة من حيث الدور الذي لعبته في إنتاجها[1].

فالمعيار المعتمد من قبل أنصار هذه النظرية، هو كل الأسباب التي لولاها لما حصلت الإصابة أو القتل و أن جميع العوامل التي في إحداث النتيجة تعد متعادلة و مسؤولة عن النتيجة مهما كان العامل في أحداثها، سواء كان قريبا أم بعيدا سواء كان مألوفا أو نادرا. فإذا إشترك في الخطأ الطبي الذي أدى إلى النتيجة أكثر من طبيب فإنهم يسألون جميعا و يعتبر سببا مباشرا و لو تدخلت عدة عوامل ساعدت في فعل الشخص إلى وقوع النتيجة طبقا للسير العادي للأمور. و قد وجدت هذه النظرية تطبيقا لها أما القضاء المصري إذ قضت محكمة النقض المصرية في قرار مؤرخ في 23 يناير 1941 بأن تعادل الأخطاء يوجب قيام مسؤولية كل من أسهم فيه، سواء كان سببا مباشرا أو غير مباشر أدى إلى وقوع نتيجة[2].

و يعاب على هذه النظرية توسعها في فكرة المسؤولية إلى درجة كبيرة. و من جهة أخرى أن السبب بمفرده، لا يعد شيئا طالما أن تخلف سبب من الأسباب الأخرى يمنع حصول الضرر. كما يجب التمييز بين الأفعال المتسببة فعلا في الضرر أي المنتجة له و تلك التي لم تكن سببا فيه.

2- نظرية السبب المنتج:

يعود تأسيس هذه النظرية إلى الفقيه الألماني فون كيرز و مفادها أنه عند تدخل عدة أسباب في إحداث العاهة أو القتل لا بد من فرزها، و التمييز بين تلك التي تعتبر منتجة للضرر وتلك التي تكون عرضية فقط. و لا يؤخذ في الإعتبار إلا الأسباب المنتجة أو الفعالة. و يقصد بالسبب المنتج كل فعل يكون بإمكانه إحداث عادة مثل تلك الضرر الذي أصاب الضحية، و هذا بغض النظر عن كل الإعتبارات الشخصية. و بعبارة أخرى يكون السبب منتجا أو فعالا متى كان

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 314.
[2]- أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، 137.

من طبيعة الأمر أن يؤدي إلى إحداث ضرر معين. و أما السبب العرضي فهو ذلك الذي لا ينتج عادة الضرر و لو ساهم في حدوثه صدفة. أي أن سبب النتيجة هو العامل الأقوى فاعلية و الأكثر إسهاما في إحداثها. و تعد الأسباب الأخرى مجرد ظروف ساعدت السبب الرئيسي في حدوث النتيجة.

فلو أخطأ الطبيب في إصدار توجيهات إلى المريض، و إقترن بخطأ المريض في إتباع التعليمات، مما يؤدي إلى إصابة المريض بضرر فيعتبر خطأ الطبيب مستغرقا لخطأ المريض. وعليه يعتبر مسؤولا مسؤولية كاملة عن الخطأ الذي إرتكبه.

و قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 05 مارس 1957 للأخذ بالسبب المستغرق لإقامة مسؤولية الطبيب، إذ قضت بمسؤولية الجراح لوحده نتيجة عمليات جراحية متعددة كان على أثرها أن نسي الجراح قطعة قطن داخل جوف المريض أدت إلى وفاة هذا الأخير دون إعتبار ما إذا كان النسيان يعد أمرا ثانويا لكنه كان ذا أثر فعال في حدوث النتيجة[1].

و يرى منتقدوا هذه النظرية أن الناحية العملية قد تخالف الجانب النظري فقد لا يتولد الضرر عما تعتبره هذه النظرية سببا منتجا، و إنما يكون السبب غير المنتج هو المتسبب في الضرر. كما أن الإعتماد على معيار الإحتمال و التوقع يؤدي حتما إلى خلط بين الخطأ و علاقة السببية.

3- نظرية السبب المباشر:

و يقصد بالسبب المباشر وفقا لأنصار هذه النظرية، هو السبب الأخير أو القريب الذي أحدث النتيجة، و يقصد بالسبب القريب هو السبب الذي جاء مباشرة قبل الإصابة أو الوفاة. وإستنادا على ذلك، يعتبر المتسبب الأخير مسؤولا عن الفعل لأنه هو المتسبب الحقيقي فيه ما دامت كانت له الفرصة الأخيرة لمنع تحققه و لم بفعل.

و يبرر أصحاب هذه النظرية موقفهم أيضا، على تجنب الصعاب و المشاكل التي تنجم عن البحث في حلقات الأسباب البعيدة عن النتيجة الضارة. و واضح من خلال هذه النظرية أنها جاءت بحلول غير منطقية بإتخاذها الظروف الزمانية أساسا لها كما يصعب تطبيقها في حالة الأخطاء المتتابعة أو المعاصرة[2].

---

[1]- أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 138.
[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 317.

ثانيا – موقف المحكمة العليا:

من خلال تصفح قرارات المحكمة العليا يتبين أن هذه الأخير تأكد على ضرورة أبراز العلاقة السببية في الأحكام و القرارات التي تقضي بإدانة الأطباء، على أساس جنحة القتل الخطأ أو الجروح الخطأ. كما أن هذه الأخيرة تبنت بصفة أساسية نظرية السبب المنتج كمعيار للعلاقة السببية بين الخطأ الطبي و النتيجة. لذا سوف يتم التطرق إلى النقطتين بالإضافة إلى مسألة الإثبات.

1 – التأكيد على ضرورة توافر العلاقة السببية :

يشدد قضاء المحكمة العليا على ضرورة قيام الرابطة السببية بين خطأ الطبيب و النتيجة، وفي هذا الشأن قررت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 19 أكتوبر 1971 أنه: "على قضاة الموضوع أن يبينوا في قرارهم بالإدانة من أجل القتل غير العمدي الخطأ الذي إرتكبه المتهم و رابطة السببية بين هذا الخطأ و الضرر الذي ترتب عليه، حتى يتمكن المجلس الأعلى من مراقبة صحة تطبيق المادة 288 من قانون العقوبات، و إلا تعرض قضائهم للنقض" [1]. كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر مؤرخ في 04 فبراير 1982 أنه: "يعتبر قاصرا و يستوجب النقض، قرار الغرفة الجزائية الذي إكتفى بعرض موجز للوقائع دون بيان أركان الجنحة المنصوص عليها في المادة 288 من قانون العقوبات، و على الخصوص رابطة السببية بين الخطأ الذي إرتكبه المتهم و بين وفاة الضحية" [2].

و قد دأبت المحاكم و المجالس على تطبيق إجتهادات المحكمة العليا، و على سبيل قضت محكمة قسنطينة قسمها الجزائي في حكم صادر عنها بتاريخ 18 مايو 2008 بتبرئة الطبيب الجراح عن جنحة القتل الخطأ لانتفاء العلاقة السببية في قضية تتلخص وقائعها أن زوج الضحية تقدم بشكوى مفادها أن زوجته المرحومة أجرت عملية جراحية بعيادة خاصة استأصلت من خلالها المرارة ، إلا أنها توفيت بعد 15 يوما من إجراء العملية، و قد كشف تقرير تشريح الجثة أن أسباب الوفاة ترجع إلى عدم حقنها بحقنة منع تخثر الدم عقب العملية الجراحية، و إستنادا على ذلك تمت متابعة الطبيبين الجراحين الذين قاما بإجراء العملية على أساس جنحة الإهمال وعدم الحيطة المؤدية إلى الوفاة، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادتين 239 من قانون حماية الصحة

[1]- قرار الغرفة الجناية بتاريخ 1971/10/19، تحت رقم 6641، أشار إليه، جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 93.
[2] - قرار الغرفة الجنائية الثانية صادر بتاريخ 1982/02/04، تحت رقم 24535 ، أشار إليه، جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 93.

وترقيتها و 288 من قانون العقوبات. غير أن المحكمة أبرئة ساحة المتهمين عن الجرم المنسوب إليهما، و قد ورد في حيثيات حكمها أنه: "تبين من خلال الاطلاع على الملف والمناقشات التي دارت بالجلسة، أن المتهمين أجروا العملية الجراحية لزوجة الطرف المدني، ونجحت العملية وخرجت في صحة جيدة، وأن الضحية المتوفاة وافتها المنية بعد 15 يوما من إجراء العملية, وأكدت الخبرة الطبية أن الوفاة كانت نتيجة جلطة دموية أي تخثر الدم في الرئة. و أن المتهمين قاموا بتوجيه الطرف المدني لأخذ زوجته إلى طبيب القلب، إلا أن الطرف المدني لم يأخذها إلا بعد ثلاثة أيام من ذلك، وهو ما أقره بجلسة المحاكمة. وعليه ولغياب الإهمال في جانب المتهمين، وذلك بتأكيدهما أن حقن الضحية بحقنة تخثر الدم هي مسألة علمية، مما يتعين معه القول ببراءة المتهمين ما نسب إليهما طبقا لنص المادة 364 من قانون الإجراءات الجزائية"[1] .

و بعد إستئناف الحكم من قبل قبل الطرف المدني و النيابة، أصدر مجلس قضاء قسنطينة قراره بتاريخ 17 ديسمبر 2008، قضى فيه بتأييد الحكم المستأنف فيه، معللا قراره على نفس المبدأ لأن سبب وفاة الضحية يرجع بالدرجة الأولى إلى تعرضها لجلطة دماغية بعد خروجها من العيادة، و عدم أخذ زوجها لها أمام الطبيب المختص في أمراض القلب رغم توجيهه و نصحه من قبل الطبيب الجراح الذي أجرى العملية، و قد جاء في حيثيات القرار انه: "ثبت من الملف أن العملية الجراحية تمت بنجاح وغادرت الضحية العيادة بعد يومين، و لم يلاحظ عليها أي شيء، وعند رجوعها للمراقبة بعد 10 أيام عند الطبيب الجراح. وبعد فحصها لاحظ عليها بعض المضايقات إستعان بالطبيب المخدر، وتوصلا إلى أن المريضة تعاني من صعوبة في التنفس فقرروا توجيهها إلى طبيب مختص في أمراض القلب، وسلما رسالة الموعد إلى زوج المرحومة وألحا عليه بالتوجه فورا إلى الطبيب، إلا أن هذا الأخير لم يمتثل إلى توجيهات الطبيبين **وتقاعس في أخذ زوجته إلى الطبيب المختص في أمراض القلب** إلا بعد ثلاثة أيام، ومن ثم فإن المتهمين لم يقصروا في واجبهما تجاه المرحومة، وعليه فإن أركان التهمة الملاحقين بها غير قائمة في حقهما وتبعا لذلك فان الحكم المستأنف قد قدر الوقائع والظروف تقديرا سليما وأصاب فيما قضى به مما يتعين تأييده"[2].

[1] - حكم قسم الجنح، محكمة قسنطينة، بتاريخ 2008/12/24 ،فهرس رقم 24669، غير منشور.
[2]- قرار الغرفة الجزائية، مجلس قضاء قسنطينة، بتاريخ 2009/05/31، فهرس رقم 09/07301، غير منشور.

و واضح من خلال الحكم و القرار المشار إليهما أعلاه، أنهما إستندا إلى عدم توافر العلاقة السببية بين العملية الجراحية التي أجراها الطبيبين الجراحين و التي تم بموجبها إستئصال المرارة ووفاة الضحية، لأن الوفاة ترجع بالدرجة الأولى إلى عدم أخذ هذه الأخيرة إلى الطبيب المختص في الأمراض القلبية في الوقت المناسب من قبل زوجها.

2 – الأخذ بمعيار السبب المنتج :

أما في ما يخص المعيار الذي أخذت به المحكمة العليا، يتضح جليا أن هذه الأخيرة أخذت بنظرية السبب المنتج كمعيار لقيام العلاقة السببية بين خطأ الطبيب و النتيجة. و في هذا الإطار قضت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 1996 أنه: "يجب لإعتبار أحد العوامل سببا في حدوث الضرر أن يكون سببا فعالا فيما يترتب عليه، و لا يكفي لهذا الإعتبار ما قد يكون مجرد تدخل في إحداث الضرر و أنه يجب إثبات السبب الفعال في إحداث الضرر لإستبعاد الخطأ الثابت و نوعه كسبب للضرر. فمتى ثبت أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية أو توافرت العلاقة السببية بينهما بالإستناد إلى تقرير الخبرة و إعترافات المتهم الذي أمر بتجريع العلاج الغير مناسب للمريض، فإن قضاة الموضوع قد أعطوا للوقائع التكييف الصحيح و سببوا قرارهم بما فيه الكفاية"[1]. كما قضت في قرار آخر مؤرخ في 02 يوليو 2003 برفض الطعن الذي تقدم به الطبيب في القرار، الذي قضى بإدانته بجنحة القتل الخطأ على أساس أن الطبيب أخطأ عندما قام بإخراج المريض من المستشفى مبكرا فأصيب بإلتهاب السحايا، و أن هذا الخطأ هو الذي أدى إلى وفاته و هو ما أكدته الخبرة المنجزة التي أثبتت وجود علاقة سببية بين العملية و الوفاة[2]. كما قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 22 فبراير 1966 على أن: "قيام رابطة السببية يقتضي بالضرورة إمكانية إسناد النتيجة و هي الوفاة إلى خطأ المتهم و مسائلته عنها طالما كانت تتفق والسير العادي للأمور"[3] و قد قضت الغرفة الجنائية أيضا في قرار مؤرخ في 10 مايو 1988 أنه: "لما كانت الأسئلة و الأجوبة هي بمثابة تعليل في مواد الجنايات، فإن حكم القاضي بالإدانة من

---

[1] - قرار مؤرخ في 1995/05/30، تحت رقم 11820، م.ق 1996،عدد 2، ص 179.
[2]- قرار تحت رقم 259072 ، سبق الإشار إليه.
[3] - قرار مؤرخ في 1966/02/22 أشار إليه، أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، طبعة 2010-2011 ، ص 105. منشور في نشرة العدالة لسنة 1966-1967 ،ص 312.

أجل القتل غير العمدي بناء على سؤال يشير إلى الخطأ الذي إرتكبه المتهم، و لا إلى الوفاة التي نتجت عنه مباشرة يعتبر قاصر البيان و يستوجب النقض"[1].

و إستبعدت المحكمة العليا نظرية تعادل الأسباب، و أخذت بنظرية السبب المنتج في قرارها المؤرخ في 20 ديسمبر 1988 حيث قضت أنه: "يتبين فعلا من الحكم الفاصل في الدعوى المدنية، أنه تم القضاء على المحكوم عليهم الأربعة المذكورين، و على وجه التضامن بدفعهم للأطراف المدنية عدة مبالغ تعويضا عن الأضرار المادية و المعنوية التي لحقت بهؤلاء من جراء قتل الضحية، و الحال أن المحكمة لم تقض إلا بإدانة واحد منهم من أجل هذه الجناية، و أما الآخرون فلم تنسب إليهم إلا جنحة عدم مساعدة شخص في حالة خطر، بحيث كان يتعين على هذه الجهة أن توضح العلاقة السببية الموجودة بين هذه الجريمة الأخيرة و الأضرار التي تم تعويضها"[2].

و تأكيدا على ذلك قضت نفس الهيئة القضائية في قرار صادر عنها بتاريخ 26 يوليو 2000 أنه:" بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتضح أنه سبب قضائه بما فيه الكفاية لإعطاء أساس قانوني، بقوله أن المسؤولية التي ترجع إلى عدم العناية اللازمة و عدم تقديم الإسعافات في وقتها غير محددة في شخص معين بين المدير و المراقب الطبي و القابلة، و أن الطبيب المناوب يوم الجمعة غير موجود في قائمة المناوبة و أن هناك إهمال جماعي للعاملين في هذا القسم و بالتبعية يكون المستشفى مسؤولا مدنيا عن أعمال هؤلاء، و أن عناصر الجريمة غير ثابتة إتجاه المتهم **لإنعدام الرابطة السببية بين الفعل و النتيجة**"[3].

غير أنه يلاحظ أن المحكمة العليا لم تشترط في أحد قراراتها أن تكون الوفاة الناتجة عن الخطأ الطبي لها سبب واحد إذ يمكن أن تكون لها أسبابا مختلفة ساهمت في إحداثها بصفة مباشرة وغير مباشرة حيث قضت في قرار مؤرخ في 26 يونيو 2003 أنه إذا كان من الثابت في قضية الحال و كما جاء في أسباب القرار المطعون فيه أن الخطأ المرتكب و المتمثل في إعطاء المريضة دواء إنتهت صلاحيته لم يؤدي مباشرة إلى الوفاة فإن قضاة غرفة الإتهام لم يستبعدوا أن هذا الخطأ قد ساهم بصفة غير مباشرة في أسباب الوفاة و ذلك بحرمان الضحية من الدواء الذي لو كان صالحا

---

[1] - قرار مؤرخ في 1988/05/10 ، م.ق 1992، عدد 1، ص 164.
[2]- قرار مؤرخ في 1988/12/20 تحت رقم 61380، م.ق 1993، عدد 4، ص 229.
[3] - قرار مؤرخ في 2000/07/26 تحت رقم 209917، م .ق 2004،عدد 2 ،ص 537.

لأنقذها، خاصة أن الخبرة بينت أن هناك 17 ضحية خلال أسبوع واحد بنفس مصلحة أمراض القلب[1].

3 – إثبات العلاقة السببية:

إن إثبات العلاقة السببية بين الخطأ المرتكب في عمليات نقل وزرع الأعضاء والنتيجة هي من المسائل الصعبة لإرتباطها بالعمل التقني للفريق الطبي المكلف بإجراء العملية. وبحسب إجتهاد المحكمة العليا فإنه يتعين إثبات العلاقة السببية بواسطة خبرة طبية أو شرعية، و تطبيقا لذلك قضت هذه الأخيرة في قرار مؤرخ في 08 فبراير 2005 بضرورة إثبات وجود خطأ إرتكبه الطبيب أدى إلى وفاة المريض و توفر علاقة سببية بينهما إستنادا إلى خبرة طبية[2]. كما قضت نفس المحكمة في قرار آخر مؤرخ في 02 يوليو 2003 بمسؤولية الطبيب عن جريمة القتل الخطأ الذي قام بإخراج المريض مبكرا من المستشفى فأصيب بإلتهاب السحايا أدى إلى وفاته و هو ما أثبتته الخبرة المنجزة بوجود علاقة سببية بين العملية و الوفاة[3].

الفرع الثالث: نفي العلاقة السببية:

قد تتداخل عناصر أخرى مع النشاط الذي يقوم به الطاقم الطبي المكلف بإجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء في حدوث النتيجة، و هذه العوامل قد يؤثر على العلاقة السببية بحيث تنفي وجودها. و يمكن أن تكون تلك العوامل متوقعة أو غير متوقعة، و بصفة عامة تكون تلك العوامل أجنبية عن عمل الطبيب[4]. و يمكن حصر تلك العوامل في الفشل الطبي و خطأ الضحية و خطأ الغير و السبب الأجنبي.

أولا– الفشل الطبي في عمليات نقل و زرع الأعضاء.

إن عمليات نقل و زرع الأعضاء كما سبق بيانه هي من أصعب العمليات الجراحية وأدقها، كما أن تطبيقاتها تنطوي على مخاطر عدة، إضافة إلى أنها حديثة في مجال الطب بالمقارنة مع

---

[1]- قرار مؤرخ في 06/24/ 2003 تحت رقم 306423، م.ق 2003، عدد 2، ص 157.

[2]- قرار مؤرخ في 2005/02/08، غير منشور، أشار إليه، يحي عبد القادر، المرجع السابق، ص 51.

[3] - قرار مؤرخ في 2003/07/02، غير منشور، أشار إليه، يحي عبد القادر، المرجع السابق، ص 51.

[4] - في مجال المسؤولية المدنية تنص المادة 127 من القانون المدني أنه: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك".

العمليات الجراحية التقليدية. لذا فإن نجاحها غير مضمون، و هذا ما يتوافق مع الإلتزام العام للفريق الطبي و هو إلتزام ببذل عناية، و ليس إلتزاما بتحقيق نتيجة.

و إستنادا على ذلك إذا لم تتحقق الغاية أو الهدف المرجو من العملية، أو لم تتحسن حالة المريض الصحية أو إزدادت خطورة إصابته نتيجة المضاعفات الطبية للإصابة مثل أن يصاب المريض بتريف أو لم تلتئم جراحه أو أن جسمه لم يتقبل العضو الجديد الذي تم زرعه أو أدت العملية إلى وفاة الشخص. فمثل هذه الحالة لا يمكن مسائلة الطبيب عن هذا الفشل مهما بلغ من الكفائة، لأن النتيجة لم تكن مترتبة عن خطأ إرتكب من قبل هذا الأخير بل نتيجة عوامل فيزيولوجية أخرى، مثل العيب الجسدي غير أن الطبيب يسأل في حالة وجود تقصير من قبله أدى إلى حدوث الفشل الطبي[1].

ثانيا- خطأ الضحية:

إذا كان خطأ الضحية هو وحده السبب في إحداث الضرر، فإن خطأه ينفي علاقة السببية و من المستقر عليه أن المريض مطالب بتعاطي العلاج المألوف الذي وصفه له الطبيب حال إصابته أو مرضه فإذا وقع في إهمال و ترتب على ذلك ضرر إنقطعت رابطة السببية. أما إذا كان قد ساهم مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر فإن ذلك لا ينفي مساءلة الطبيب. أما إذا كان خطأ المريض نتيجة لخطأ الطبيب، بحيث كانت بينهما علاقة سببية عد الطبيب وحده مسؤولا عما يتحمله المريض من أضرار. و من الأمثلة على خطأ المريض تناول أشياء منعها عليه الطبيب بعد إجراء عملية إستئصال العضو أو زرعه، مع بيان النتائج المترتبة على عدم إمتثال المريض لتوصيات الطبيب و كذا إمتناعه عن أخذ الدواء الذي وصفه له الطبيب[2].

ثالثا- القوة القاهرة:

يأخذ بالقوة القاهرة كسبب للإعفاء من المسؤولية الجزائية. و القوة القاهرة هي: "كل حادث خارجي لا يمكن دفعه يؤدي إلى إحداث ضرر أو هي حادث غير متوقع، و غير ممكن الدفع مصدره خارجي عن الشيء الضار"[3]. فإذا كان الضرر الذي أصاب المريض قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد للطبيب فيه تنتفي علاقة السببية، إذا كان هذا السبب لا يمكن توقعه أو تجنبه

---

[1] - سيدهم مختار، المرجع السابق، ص 25.
[2] رايس محمد، المرجع السابق، ص 320.
[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 332.

مثل إنقطاع التيار الكهربائي أثناء إجراء عملية نقل العضو أو زرعه أما إذا أمكن توقعه فلا تنتفي علاقة السببية، و أن تقدير ما إذا كانت الواقعة تشكل قوة قاهرة أم لا هي خاضعة لتقدير قضاة الموضوع.

رابعا – خطأ الغير:

يقصد بالغير الشخص الأجنبي عن العمل الطبي الذي يرتكب خطأ ينتج عنه إصابة الضحية بأمراض أو مضاعفات أو يؤدي إلى وفاته، بحيث يكون فعله هو السبب الوحيد للضرر وقد يشترك معه في إحداث النتيجة فعل الطبيب أو فعل المريض في حد ذاته فإذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد للضرر، فإن هذا يكون سببا للإعفاء من المسؤولية بالنسبة إلى الطبيب لأن الضرر الحاصل لا ينسب إلى هذا الأخير، و إنما إلى شخص آخر و من ثم فإن الرابطة السببية تكون غير موجودة[1]. هذا و قد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 22 فبراير 1966 على أنه: "لا يعد خطأ الغير سببا للإعفاء من العقوبة، إلا إذا كان غير متوقع و غير قابل للمقاومة"[2].

خامسا– العلاقة السببية و فوات الفرصة:

لقد أخذ القضاء الفرنسي بنظرية تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة في مجال المسؤولية المدنية للطبيب، و ترتكز هذه النظرية على إفتراض قيام علاقة السببية بين التصرف الذي قام به الطبيب و الفعل بالرغم من عدم الجزم أن تدخل الطبيب سيؤدي إلى شفاء المريض أو تحسين حالته الصحية[3]. و على سبيل المثال قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 02 مارس 1978 بمسؤولية الطبيب الجراح الذي قام بإجراء عملية إستئصال الزائدة الدودية لمريضة، و بعد إنتهاء العملية قام بتكليف طبيب التخدير بالإشراف عليها إلا أن المريضة إنتابتها بعض الأعراض المفاجئة نتيجة إصابتها بإحتقان رئوي، و الذي لم يفلح الطبيب في تشخيصه و تأخر في إجراء العلاج الملائم و توفيت بسبب ذلك. إثرها قام ورثتها بمقاضاة الطبيب المعالج و طبيب التخدير، و بعد إجراء الخبرة تبين أن طبيب التخدير لم يرتكب أي خطأ. و رغم ذلك إعتبرت المحكمة، أن الطبيب المعالج أخطأ عندما لم يشخص المرض، و بالتالي ضيع على المريضة فرصة البقاء

---

[1] رايس محمد، المرجع السابق، ص 330.

[2] قرار أشار إليه ،أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق ص 105. منشور بالنشرة السنوية للعدالة، 1966 - 1967، ص 312.

[3] - I.Souplet, *La perte de chances dans le droit de la responsabilité médicale*, Mémoire DEA, Lille 2, 2002. p 22.

على قيد الحياة. و جاء في حيثيات محكمة النقض أن: "تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة أو فرصة الشفاء من المرض لا يمنح سوى الحق في التعويض الجزئي، و أن المادة 1382 من القانون المدني لا تستوجب سوى مسؤولية الطبيب عن الأضرار الناشئة عن إضاعة أو فوات الفرصة"[1].

و يتبين من خلال هذا القرار، أن الطبيب الجراح لم يخطأ في العمل الجراحي الذي قام به على جسم المريضة. كما أن وفاة هذه الأخيرة لم تكن بسبب العملية و إنما بسبب مرض ثانوي ظهرت أعراضه بعد إجراء العملية الجراحية و الذي عجز الطبيب عن تشخيصه في الوقت المناسب. و بالرغم من ذلك لا يمكن الجزم أن تشخيص المرض في الوقت المناسب يمنع حدوث الموت أو تحسين الحالة الصحية للمريض، و بالتالي فإن الغرض من نظرية تفويت الفرصة التخفيف من عبئ إثبات العلاقة السببية التي أصبحت إفتراضية.

كما أخذت المحكمة العليا بنظرية تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية، و في هذا الإطار قضت هذه الأخيرة في قرارها المؤرخ في 15 نوفمبر 2006 أنه: "يتضح من القرار المنتقد بأن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن المقدر بمبلغ 100.000 دج، هو تعويض للمطعون ضدها جبرا للضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها، بإعتبار أن الطاعن طلب بفسخ الزواج بعد مدة طويلة من الإنتظار التي إنتظرتها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة و لم تحقق هدفها في الزواج بالطاعن"[2]. و بحسب هذا القرار، فإن الزوج الذي طلق زوجته قبل الدخول بعد طول إنتظار من قبل هذه الأخيرة يكون قد ضيع عليها فرصة الزواج من شخص آخر طوال تلك الفترة بالرغم من أن فرضية الزواج يمكن أن لا تحدث.

غير أن تطبيق نظرية تفويت الفرصة في المجال المسؤولية الجزائية للطبيب يصطدم بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون العقوبات لا سيما ما تعلق منها بمبدأ الشرعية و قرينة البراءة. أما في ما يخص المبدأ الأول، فإن المادة الأولى من قانون العقوبات تنص على أنه: "لا جريمة و لا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون"، و أهم تطبيق لهذا المبدأ هو التفسير الضيق للنص الجزائي الذي يتعين أن يتقيد به القاضي[3]. و إذا أخذنا بفكرة فوات الفرصة كسبب للمسؤولية الجزائية للطبيب، و إعتبرنا أن الخطأ المنسوب إلى هذا الأخير قد عرض فرصة المريض في العيش أو الشفاء للخطر مع وجود

---

[1] قرار أشار إليه، أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، طبعة 2009، ص 404.

[2] قرار غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/11/15، تحت رقم 372290، م.ق 2007 ،عدد 02 ،ص 487.

[3] أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، المرجع السابق ،ص 50.

علاقة سببية محتملة، نكون قد فسرنا القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة 288 أو 289 من قانون العقوبات تفسيرا موسعا بما لا يتماشى مع مصلحة المتهم.

أما في ما يخص القاعدة الثانية، و هي قرينة البراءة، فإن القاضي الذي ينظر في مسألة السببية في المسؤولية الطبية عادة ما يأخذ بتقارير الخبرات الطبيبة كما أشرنا إليه أعلاه، فإذا لم يهتد إلى تكوين قناعته الشخصية و خيم عليه الشك في وجود العلاقة السببية تعين عليه أن يحكم بالبراءة لأن الشك في هذه الحالة يفسر لصالح المتهم.

و تطبيقا لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية تطبيق نظرية تفويت الفرصة في مجال المسؤولية الجزائية للطبيب بحيث قضت على سبيل المثال في قرارها المؤرخ في 09 يونيو 1979 أنه: "إذا كان خطأ الطبيب قد أفقد المريض فرصة البقاء على قيد الحياة، فإن هذا الخطأ ليس بذاته سببا يقينيا للوفاة الأمر الذي يستوجب براءة المتهم من تهمة القتل الخطأ."[1]

غير أنه يلاحظ أن المحكمة العليا إعتبرت في قرارها المؤرخ 26 يونيو 2003 السابق الإشارة إليه، أن إعطاء الضحية دواء غير صالح للإستعمال لم يكن سببا لوفاة الضحية و أن حرمان هذه الأخيرة من الدواء، هو الذي ساهم بصفة غير مباشرة في إحداث الوفاة لأن الدواء لو كان صالحا لأنقذها. و الملاحظ أن المحكمة العليا إستندت في حيثيات قرارها إلى تقرير الخبرات الذي أثبت أن هناك 17 ضحية خلال أسبوع بنفس مصلحة أمراض القلب، و تبعا لذلك يمكن القول أن فرصة بقاء الضحية على قيد الحياة أمر مستبعد الحصول نظرا لكثرة الحالات الضحايا بنفس المصلحة و إرتباطها بنفس السبب[2].

أما في ما يخص الأخطاء الطبية في مجال عمليات نزع و زرع الأعضاء فإنها لا تخرج عن تلك القاعدة، فإذا أخطأ الطبيب الجراح مثلا في إقتطاع العضو من جسم الشخص المتوفى بغرض الزرع في جسم المريض، و أدى الخطأ المرتكب إلى إصابت العضو بتلف أو عدم صلاحيته للزرع و بالتالي تعذر إتمام العملية الثانية، مما أدى إلى تفاقم المرض الذي كان يعاني منه أو وفاة المستفيد فلا يمكن مسائلة الطبيب الجراح الذي إخطأ في عملية إستئصال العضو من جسم المتوفى، على أساس جنحة القتل الخطأ أو الجرح الخطأ لأنه فوت فرصة الحياة أو الشفاء على المستفيد من العضو. ذلك أن الخطأ الذي إرتكبه ليس هو السبب الرئيسي الذي أدى إلى الوفاة أو تفاقم المرض

---

[1] قرار أشار إليه، ماجد محمد، المرجع السابق، ص 56.

[2] قرار مؤرخ في 06/24/ 2003، تحت رقم 306423، م.ق 2003، عدد 2.

و إنما المرض الذي كان يعاني منه المستفيد منذ البداية، إلا أن هذا لا يعفيه من تحمل التعويضات جبرا للضرر في إطار المسؤولية المدنية.

المطلب الثالث: المتابعة و الجزاء.

بعد أن تطرقنا في المطلبين السابقين أركان المسؤولية الجزائية الناتجة عن الأخطاء الطبية في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و هي الخطأ و النتيجة و العلاقة السببية بينهما نتطرق من خلال هذا المطلب إلى عنصر المتابعة في الفرع الأول ثم الجزاء المترتب عنها وفقا لما هو منصوص عليه في قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المتابعة.

يترتب عن إرتكاب الخطأ الطبي في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء تحريك الدعوى العمومية ضد المتهم الذي إرتكب الخطأ الجزائي، و يكون ذلك بناءا على شكوى الضحية أو من طرف النيابة العامة. و تثير عمليات نقل و زرع الأعضاء الكثير من الصعاب في مجال المتابعة، نظرا لتداخل الأعمال التي يقوم بها الفريق الطبي المكلف بنقل العضو أو بعملية الزرع. لذا سوف ندرس مسألة المتابعة بالنظر إلى الأشخاص المتسببين في الخطأ ثم نتطرق إلى دراسة إجراءات تحريك الدعوى العمومية ضدهم و القيود الواردة عليها.

أولا- مبدأ شخصية المتابعة و تطبيقاته في عمليات نقل و زرع الأعضاء:

إن مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية كان نتاج تطور تاريخي طويل، و معنى ذلك أن المسؤولية الجزائية شخصية، فلا يسأل إلا من إرتكب الجريمة أو شارك فيها[1]. و قد أخذ المشرع

[1] و هذا عكس المسؤولية المدنية التي يمكن أن تكون عن فعل الغير، سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية، إذ يمكن لرئيس الفريق الطبي المكلف بإجراء العملية الجراحية تحمل تبعة أفعال قام بها أحد مساعديه الذين يعملون تحت إشرافه و رقابته و سبب ضررا للمريض، و قد خصص القانون المدني قسما يتعلق بالمسؤولية عن عمل الغير من خلال المواد 134 و ما يليها. أما في ما يخص التعويض عن الأخطاء الطبية المرتكبة أثناء عمليات نقل و زرع الأعضاء، فإنها تخضع إلى القواعد الخاصة بالمسؤولية الإدارية، بحكم أن هذا النوع من العمليات لا يمكن إجراءه إلا داخل المؤسسات الإستشفائية العمومية، طبقا لنص المادة 167 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي تنص على أنه: "لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية و لا يزرعونها، إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة". و هي مؤسسات ذات طابع إدراي، و أن دعوى التعويض عادة ما ترفع ضد المستشفى و يتحمل هذا الأخير التعويضات بالرغم من أن الخطأ إرتكب من طرف الطبيب الذي أجرى العملية أو المساعد الطبي.
هذا و نشير إلى أن القضاء الإداري يفرق بين الخطأ اليسير و الخطأ الجسيم في ترتيب المسؤولية الطبية، إذ يشترط وجود خطأ جسيم بالنسبة إلى العمل الطبي الذي يقوم به الجراح أو الطبيب و الخطأ اليسير في ما يخص الأعمال العلاجية البسيطة، آخذا بذلك

بهذا المبدأ في الدستور الذي نص في مادته 142 على أن: "تخضع العقوبة الجزائية إلى مبدأ الشرعية و الشخصية". كما نصت المادة الأولى من قانون العقوبات على مبدأ الشرعية بشكل عام، و من جانبها أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في عدة قرارات و على سبيل المثال قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 23 أبريل 1997 بأن: "المسؤولية الجزائية شخصية، و لا يجوز أن تتحمل من أجل فعل الغير إلا في حالات محددة قانونا"[1]. و تبعا لذلك سوف نتطرق أولا إلى تطبيق المبدأ على أعضاء الفريق الطبي المكلف بإجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء، ثم نتطرق إلى إمكانية تطبيق فكرة المسؤولية الجزائية عن فعل الغير.

1- تطبيق المبدأ على أعضاء الفريق الطبي:

إن كل فرد من الفريق الطبي المكلف بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء، معرض للمتابعة الجزائية عن جريمة القتل أو الجروح الخطأ في حال إرتكابه لخطأ تسبب في إحداث عجز أو عاهة أو وفاة المتبرع أو المستفيد. وإستنادا على ذلك، لا يمكن تحميل المسؤولية الجزائية لأعضاء الفريق الطبي المكلف بعملية الزرع عن خطأ إرتكب من جانب أحد أعضاء الفريق المكلف بعملية النقل وتسبب في ضرر للمتبرع له، مثلا إلا إذا ثبت إهمالهم وهو نفسه المبدأ الذي ينطبق على أعضاء الفريق الواحد. ويمكن تقسيم أعضاء الفريق الطبي الذي يقوم بإجراء مثل هذه العمليات إلى الطبيب الجراح وطبيب التخدير والمساعدون الطبيون.

أ- العلاقة بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير:

الطبيب الجراح هو الطبيب الذي يشرف على عملية النقل والزرع، كما يرأس الفريق الطبي بالمستشفى وقد يساعده في عمله طبيب جراح ثاني أو أكثر من نفس التخصص أو من تخصص آخر، ويختلف تخصص الطبيب الجراح بحسب نوع العملية المراد إجراءها. فإذا كانت تتعلق بنقل أو زرع الكلى، فإن الطبيب الجراح عادة ما يكون مختصا في أمراض الكلى والمسالك البولية. وإذا كانت العملية متعلقة بزرع القلب، فإن الطبيب الجراح يكون مختصا في أمراض القلب. ويتابع الطبيب الجراح عن الأخطاء الطبية المرتكبة من قبله شخصيا، لذلك يتعين تحديد

بالتفرقة بين الأخطاء الذي جاء بها القضاء الإداري الفرنسي القديم. غير أن مجلس الدولة الجزائري عدل عن تلك التفرقة هو الأخر في قراره المؤرخ في 1999/04/19 الذي جاء في حيثياته أن: "الضحية قد تعرضت فعلا إلى عدة أخطاء طبية مؤكدة، و هذا خلال عدة عمليات جراحية أجريت عليها... و أنها تعاني حاليا من عاهة مستديمة و المتمثلة في العقم و حرمانها من عطاء الأمومة إلى الأبد، و هي في ريعان شبابها و كذا وفاة الصبية مباشرة بعد الولادة و بالتالي فقد بين الطبيب **الخطأ الطبي المرتكب** في تقريره و قضاة المجلس أصابوا في حكمهم". قرار غير منشور أشار إليه، لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتدى في قضاء مجلس الدولة ، دار هومة ، الجزء الأول ، طبعة 2002 ، ص 101.

[1] قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1997/04/23 تحت رقم 152292، م.ق 1997، عدد 2، ص 171.

دائرة مسؤولية كل من طبيب التخدير والطبيب الجراح، فإذا كان الخطأ قد وقع في مجال نشاط الطبيب الجراح، فهو المسؤول الوحيد عما إرتكبه من فعل خاطئ في إطار إختصاصه. وقد يسأل الطبيبان إذا تعددت الأخطاء في جانب كل منهما، ولذلك يجب التمييز بين الأخطاء المتعددة والمختلفة التي يقترفها أعضاء الفريق الطبي لأن عمل كل طبيب يكون منفصلا عن عمل الطبيب الأخر[1]، فالعمل الجراحي منفصل عن عمل التخدير والعمل التخديري منفصل عن عمل المتخدير بالرغم من أن هدف الفريق الطبي واحد، إلا أن الأعمال الطبية مستقلة ومتميزة من الناحية الفنية ومن ناحية التخصص. وهذا التمييز يفرض تعيين وتحديد المسؤولية الشخصية لكل طبيب من أعضاء الفريق المتعاون على إجراء العلاج للمريض.

ومن الأعمال الطبية التي يستقل فيها عمل طبيب التخدير، الفحص السابق على إجراء العملية وتحديد ما إذا كان بإستطاعة المريض تحمل المخدر. كما يعد مسؤولا عن إختيار نوع المخدر، وكذا إتخاذ الإحتياطات اللازمة. ويتعين أن يقوم طبيب التخدير بالفحص بنفسه، كما يلتزم طبيب التخدير بمتابعة حالة المريض أثناء إجراء العملية وذلك بمراقبة تأثير التخدير وملاحظة أعضاء المريض وضربات القلب. كما يلتزم طبيب التخدير بعد إجراء العملية أيضا، بمراقبة إستيقاظ المريض من أثر المخدر ويتحتم عليه التواجد بجنب المريض طول غيبوبته[2].

و قد ذهب القضاء الفرنسي في البداية إلى الأخذ بنظرية الفصل المطلق في الإختصاصات بين الطبيب الجراح و طبيب التخدير في إطار الفريق الطبي الجراحي من أجل تبرير المسؤولية الجزائية. و مرد ذلك إلى كون المسؤولية الجزائية في جوهرها مسؤولية ذات طبيعة فردية و شخصية

---

[1]- أما في مجال المسؤولية المدنية الطبية، فقد ذهب القضاء الفرنسي في البداية إلى القول أن طبيب التخدير مجرد تابع للجراح، و هو ما يسمح له بتوجيه التعليمات إليه، و بالنتيجة يسأل عن أخطائه و هذا راجع إلى عوامل تقنية يقتضيها العمل الجراحي، و تطبيقا لذلك ذهبت محكمة قرونوبل في حكم صادر عنها بتاريخ 1956/05/16 إلى القول بأن:" طبيب التخدير، الذي يختاره لمساعدته، يكون محميا بمسؤولية الجراح، بما يسمح لضحية خطأ طبيب التخدير أن يوجه دعواه - في كل الأحوال – ضد الجراح المسؤول عن العملية، و ليس ضد طبيب التخدير، الذي يعتبر مجرد منفذ". إلا أن القضاء الفرنسي عدل عن هذا الموقف و إعترف بإستقلالية طبيب التخدير الذي أملتها عدة عوامل واقعية منها تأهيله العالي المستوى، و كذا دوره الأساسي إلى جانب الجراح، و بالتالي أقر القضاء مسؤوليته في إطار الفريق الجراحي. و على سبيل المثال قضى مجلس إستئناف إيكس في قرار مؤرخ في 26 نوفمبر 1969 أن:" الجراح الذي يستعين بطبيب تخدير و إنعاش، مختص و ذو كفاءة عالية، يتخلص بهذا و على عاتق زميليه من مهمة ضمان تخدير المريض في ظروف تسمح بأداء العمل الجراحي، و مراقبة حالة التنفس و حالة القلب و الأوعية للمريض خلال مدة العمل الجراحي، كما يضمن إفاقته". هذا و قد ذهب القضاء الفرنسي أيضا إلى الإعتراف بإمكانية قيام المسؤولية التقصيرية لطبيب التخدير حتى و لو لم يوجد عقد بينه و بين المريض. محمد بودالي، المسؤولية الجزائية للجراح و طبيب التخدير و الإنعاش، مداخلة ألقيت بالملتقى الدولي حول الأخطاء الطبية المنعقد بالمحكمة العليا بتاريخ 2010/04/12، منشور في، م.ق، عدد خاص بالملتقى، المرجع السابق، ص 67 و ما يليها.

[2]- أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 272.

يجب أن تقوم على أساس خطأ شخصي و محدد، كما يجد هذا الموقف تبريره في فكرة الإستقلال في العمل سواء قبل أو أثناء العملية أو بعدها.

و على سبيل المثال، قضى مجلس قضاء إيكس بإدانة طبيب الإنعاش، على أساس جنحة القتل بالإهمال بسبب مغادرته المستشفى و تركه للطفل الذي خضع لعملية إستئصال الزائدة الدودية وحده، فأصيب بمضاعفات نتيجة العملية أودت بحياته فيما بعد. و من جهة أخرى أبرأ المجلس ساحة الطبيب الجراح الذي لم يثبت حسب الخبرة الطبية إرتكابه لأي خطأ أثناء قيامه بمهامه[1]. كما قضى مجلس قضاء باريس، بإدانة طبيب التخدير عن نفس التهمة إثر وفاة شاب كان قد خضع إلى عملية إستئصال اللوزتين نتيجة سكتة قلبية مفاجئة في مرحلة الإفاقة، و قضى المجلس ببراءة الطبيب الجراح، و قد جاء في حيثيات القرار أن:" عندما يساعد الجراح، طبيب التخدير مؤهل، فإن دوره ينتهي عندما يغادر المريض قاعدة العمليات." و قد جاء في حيثيات الإدانة أن:" طبيب التخدير مسئول عن أعماله خلال فترة ما قبل إجراء العملية، و لكن أيضا أثناء الوقت اللاحق لإجراء العملية لأنه يعتبر فضلا على ذلك مسئولا عن الإنعاش."[2]

وقد أخذت المحكمة العليا بفكرة الفصل بين الوظائف و المسؤوليات لكل من طبيب التخدير والجراح، إذ قضت في قرارها المؤرخ في 27 يوليو 2005 بتأييد القرار الذي أدان طبيب التخدير على أساس جنحة القتل الخطأ، "لعدم إخضاع المريضة إلى التنفس الإصطناعي رغم شعورها بالإختناق بعد العملية، و لم يحقنها بالدواء المساعد على إزالة التخدير مما أدى إلى وفاتها"[3]. كما قضت في قرار آخر لها مؤرخ في 04 يونيو 2004 بقيام مسؤولية طبيب التخدير الجزائية، "الذي قام بتخدير مريضة ثم إنصرف و تركها تحت رعاية شخص آخر ليس أهلا لذلك، و بعد عودته وجد أنبوب الأكسجين ملتويا فماتت بسبب هذا مع براءة الطبيب الجراح"[4]. و في نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 09 أبريل 2003 إدانة الطبيب المخدر لعدم "قيامه بالمراقبة الكافية حسب الخبرة الطبية المنجزة"[5].

غير أن القضاء الفرنسي تطور في ما يخص هذه المسألة وبدأ يتكلم عن مفهوم جديد في العمل الطبي، يتمثل في مفهوم التعاون المشترك والتنسيق بين الأطباء المبني على التشاور والتعاون

---

[1]- قرار مجلس إستئناف إيكس، مؤرخ في 1969/11/26، أشار إليه، محمد بودالي، المرجع السابق، ص 75 و 76.
[2]- قرار مجلس إستئناف باريس، مؤرخ في 1983/02/24، أشار إليه، محمد بودالي، المرجع السابق، ص 77.
[3]- قرار تحت رقم 296423، أشار إليه، سيدهم مختار، المرجع السابق، ص 24.
[4] - قرار تحت رقم 287810، أشار إليه، سيدهم مختار، المرجع السابق، ص 24.
[5]- قرار تحت رقم 254270، أشار إليه، سيدهم مختار، المرجع السابق، ص 24.

حماية لمصلحة المريض[1]، أي أن الطبيب الجراح وطبيب التخدير يشكلان فريقا واحد نظرا لتشابك وتداخل عملهما وإشتراكهما بطريقة غير مباشرة في العملية، بحيث يقوم مثلا الطبيب الجراح بتحديد الوقت التي تستغرقه العملية، وهذا ما ينعكس بصفة مباشرة على عمل طبيب التخدير في تحديد الجرعة مما يصعب تحديد مسؤوليتهما الشخصية. و يمكن أن تثور مسؤولية الطبيبين إذا كان الخطأ مشتركا بينهما. وإستنادا على ذلك، جاء في حيثيات قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية Sarrazin – السابق الإشارة إليها –[2]، أن محكمة إستئناف مونبيليه أصابت في إستنباط الخطأ الذي إرتكبه طبيب التخدير نتيجة إهماله بعدم إعداده المريضة للجراحة وعدم تفحص دمها للتأكد من فصيلته، وبالتالي عدم إعطاءها كمية الدم المطلوبة لتعويض الدم المفقود أثناء نزيفها. كما إستنبطت علاقة السببية بين تلك الأخطاء وبين الضرر الذي لحق المريضة، مضيفتا أن الطبيب الجراح يكون مع طبيب التخدير فريقا طبيا وأن الأول لا يجهل أن فصيلة الدم الخاصة بالمريضة لم تكن قد حددت قبل إجراء العملية الجراحية، وأنه لم يتم إحضار إحتياط الدم لإحتمال المخاطر الناجمة عن العملية الجراحية، فضلا عن أن الطبيب الجراح كان على علم أن طبيب التخدير لم يقم بفحص المريضة قبل إجراء العملية بوقت كاف. حيث أنه لم يرى المريضة إلا قبل إجراء العملية مباشرة في غرفة العمليات، في وقت كانت المريضة في غيبوبة بسبب إعطاءها بعض العقاقير المهدئة للتخدير من قبل الطبيب. كما أن الجراح لم يشرف على تغيير وضع المريضة كما يقتضي الأمر. ولذلك فإن هذه الأخطاء المتراكمة لا يسمح في ظلها لمحكمة الموضوع أن تعفي الجراح من المسؤولية، وإلا كان حكمها قابلا للنقض لأن مجرد القول أن الجراح ليس ملزما برقابة أعمال طبيب التخدير يصبح على ضوء الظروف السابقة قولا غير كاف[3]، وبذلك أقرت محكمة النقض بمسؤولية الطبيبين الجزائية عن جنحة القتل الخطأ.

ب– دور المساعدون و الممرضون في الفريق الطبي:

يقوم الممرضون والمساعدون الطبيون بعدة أعمال في عمليات نقل وزرع الأعضاء،كمراقبة المريض وتعقيم الأدوات الجراحية ومساعدة الطبيب الجراح في آداء مهامه وكذا يقومون بعملية حفظ العضو المتروع[4]. وأن هذه الأعمال لا تتطلب مبادرة شخصية، بل يتعين على

---

[1]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص 85 و يليها.
[2]- قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1972/07/22.
[3] - أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 291.
[4]- تنص المادة 217 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه: "تتوقف ممارسة مهنة المساعد الطبي على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط التالية : أن يكون قد تلقى تكوينا مطابقا للبرامج المقررة عن طريق التنظيم و حصل على شهادة

المساعد الطبي أن يتقيد بالتعليمات التي يوجهها الطبيب الجراح. ورغم ذلك فإن مسؤوليته عن الأخطاء التي يرتكبها تبقى شخصية. وقد نصت المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات أي طبيب أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه ويؤدي إلى إصابة الشخص بمرض أو عجزا مستديما أو الوفاة". وبذلك فرقت هذه المادة بين الطبيب والمساعد الطبي في المتابعة طبقا لمبدأ الشخصية المذكور أعلاه، بالرغم من أن المرض أو المساعد الطبي يكون عادة تابعا للطبيب الجراح الذي يقوم بعملية نقل أو زرع الأعضاء، ويخضع بالتالي إلى سلطته وتوجيهه وإشرافه. غير أنه في حالة إرتكاب خطأ من قبل المساعد الطبي، ولو كان في حالة التبعية للطبيب الجراح فإنه يتابع شخصيا. إذا كان خطؤه متميزا ومستقلا وبالتالي إعفاء الطبيب من المتابعة طالما لم يثبت أنه إرتكب خطأ شخصيا، ومثال ذلك خطأ المساعد الطبي في تعداد قطع القماش المستعمل في العملية الجراحية الذي يستتبع حتما مسؤوليته الجزائية عن الخطأ الذي إرتكبه، أو خطأه في حفظ العضو أو خطأه في تطبيق التعليمات التي تلقاها من قبل الطبيب الجراح، بينما يقوم خطأ الجراح عن الإهمال و عدم إتخاذ الإحتياطات اللازمة التي تؤمن سلامة العملية الجراحية.

و بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 11-235 المؤرخ في 03 يوليو 2011 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش للصحة العمومية[1]، يتبين أن المشرع قد حدد العلاقة بين الأعوان الطبيين و الطبيب على أنهم يعملون تحت

إختتام هذا التكوين، أوعلى شهادة معترف بمعادلتها ، أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة ، و أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف ، و أن يكون جزائري الجنسية . و من جهتها، نصت المادة 234 من نفس القانون على معاقبة كل شخص، يمارس مهنة المساعد الطبي دون حصوله على رخصة طبقا للمادة 243 من قانون العقوبات.

[1]- مرسوم تنفيذي رقم 11-235، مؤرخ في 2011/07/03، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش في مجال الصحة العمومية، (ج. ر 38) بتاريخ 2011/07/06.

و بحسب المادة 18 من المرسوم المذكور أعلاه، يقسم سلك الأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش في مجال الصحة العمومية إلى فئتين و هما:

1- الأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش للصحة العمومية.

2- سلك الأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش للصحة العمومية الأساتذة.

و قد حدد المادة 20 من المرسوم مهام الأعوان الطبيون في التخدير و الإنعاش بنصها على أن:" يكلف الأعوان الطبيون في التخدير و الإنعاش بحضور **ممارس طبي مختص في التخدير و الإنعاش أو في غيابه، تحت سلطة المسؤول السلمي الطبي**، القيام لا سيما بالأعمال التالية:

- إستقبال المريض و دعمه نفسانيا،
- إعداد مشروع التخدير و تخطيط النشاطات المرتبطة به،
- مراقبة عتاد التخدير وتحضيره حسب حالة المريض و خيار التخدير و نوع العملية الجراحية و مدتها،
- تسيير إجراءات التخدير أو الإنعاش خلال العملية الجراحية و بعدها،
- مسك بروتوكول التخدير و إنعاش المريض و تحيينه،
- القيام، في العلاج الإستعجالي، بإنعاش المرضى الذين يعانون من صعوبة في وظيفة حيوية واحدة أو عدة وظائف في جسمهم إلى غاية التكفل بهم من طرف المصلحة المختصة،
- مراقبة المريض في بعض أنواع النقل و التكفل به...".

سلطة المسؤول السلمي الطبي بحضور ممارس طبي مختص في التخدير و الإنعاش أو في غيابه بالقيام في إطار التخدير و الإنعاش بتحضير المريض الذي تجرى له العملية في فترات قبل و أثناء و بعد العملية. و في إطار المعالجات الإستعجالية يقومون بإنعاش المرضى الذين يظهر عليهم الخطورة في إحدى أو عدة وظائف حيوية للجسم إلى غاية التكفل بهم من طرف المصلحة المختصة. كما نصت المادة 22 من نفس المرسوم، على أنهم يكفلون تحت سلطة المسؤول السلمي الطبي بالقيام بأعمال معقدة و متخصصة. و لم تحدد هذه المادة بالمقصود بالمسؤول السلمي في حالة حضور طبيب التخدير في إذا كان طبيب التخدير أم الطبيب الجراح[1].

2- إمكانية تطبيق المسؤولية الجزائية عن فعل الغير:

تعد المسؤولية الجزائية عن فعل الغير من الإتجاهات الحديثة للمسؤولية الجزائية، و المقصود بها إمكانية مساءلة شخص جزائيا عن جريمة إرتكبها غيره، دون أن يكون مرتبطا به إرتباط الإشتراك في أي صورة من صوره المعهودة، بالإعتماد فقط على صفة هذا الشخص أو مركزه[2].

و قد ظهر هذا النوع من المسؤولية في منتصف القرن التاسع عشر، وأول من كرس هذه المسؤولية هو الإجتهاد القضائي الفرنسي، وحرص هذا الأخير على إظهار طابعها الإستثنائي لأنها تشكل خروجا على مبدأ شخصية المسؤولية و العقوبة[3]. فهل يمكن تطبيق هذه النظرية على الأعمال الطبية التي يقوم بها فريق يتكون من مجموعة كبيرة من الأشخاص بمختلف تخصصاتهم لا سيما في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء؟. وسوف نتطرق أولا إلى موقف التشريع ثم إلى موقف القضاء من هذه المسألة.

أ - موقف التشريع:

و زيادة على تلك المهام، أسندت المادة 21 من المرسوم إلى الأعوان الطبيون في التخدير و الإنعاش **الرئيسيون** القيام بالأعمال المعقدة و المتخصصة.

كما حددت المادة 22 من نفس المرسوم مهام الأعوان الطبيون في التخدير و الإنعاش **الممتازون** زيادة على المهام المذكورة أعلاه:

- إعداد، الإتصال مع الفريق الطبي، مشروع المصلحة و إنجازه،
- برمجة نشاطات التخدير و الإنعاش،
- ضمان متابعة نشاطات التخدير و الإنعاش و تقييمها،
- مراقبة نوعية أعمال التخدير و سلامتها،
- ضمان تسيير المعلومات المتعلقة بالتخدير و الإنعاش،

أما في ما يخص سلك الأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش **الأساتذة** فقد حددت المادة 30 من المرسوم مهامهم التي تقتصر على تأطير الطلبة و تنفيذ البرامج البيداغوجية و البحث العلمي في مجال التخدير و الإنعاش.

[1]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص 67.

[2]- أحمد مجحودة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 521.

[3]- أحسن بوسقيعة، القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 193.

لم يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها أي نص يسمح بمتابعة الطبيب جزائيا عن أخطاء إرتكبت من قبل أحد مساعديه الذي يعملون تحت إشرافه ورقابته، كما لم ينص قانون العقوبات في قسمه العام على إمكانية متابعة الشخص عن أخطاء إرتكبت من قبل غيره و هذا عكس ما أخذت بعض القوانين الخاصة[1].

ب – موقف القضاء:

لقد أكدت المحكمة العليا عن الطابع الإستثنائي للمسؤولية الجزائية عن فعل الغير، فقد قضت في قرارها المؤرخ في 23 أبريل 1997 "أن المسؤولية الجزائية شخصية، ولا يجوز أن تتحمل من أجل فعل الغير إلا في حالات محددة قانونا. حيث أنه من جهة أخرى أن المسؤولية الجزائية تختلف عن المسؤولية المهنية، لكونها تشترط في كل جريمة عناصر خاصة تتعلق بجانبها القانوني المادي والمعنوي، ومن ثم أنه لا يجوز للقاضي الجزائي أن يأخذ بالمسؤولية المهنية إلا إذا تضمن الخطأ المهني عناصر الجريمة الجزائية"[2]. كما قضت في قرار آخر مؤرخ في 17 يونيو 1986 بأنه:"من المقرر بمقتضى الدستور وفقها أن الدعوى العمومية شخصية نتيجة تفريد العقوبة، لذلك لا يجوز رفعها إلا على الشخص الطبيعي الذي ينسب إليه إرتكاب الجريمة كفاعل أصلي أو كشريك فيها"[3]. غير أن القضاء الفرنسي أخذ بهذا النوع من المسؤولية في عدة قرارات، رغم عدم وجود النص الصريح وعلى سبيل المثال قضت محكمة النقض في قرارها المؤرخ في 28 فبراير 1956، أن المسؤولية الجزائية شخصية غير أنه يمكن أن تنشأ عن فعل الغير في الحالات الإستثنائية التي تفرض فيها القوانين والأنظمة على المتبوع واجب الإشراف المباشر على أعمال التابع. وعلى هذا الأساس توبع صيدلي وأدين من أجل مخالفة التشريع الصيدلاني إرتكبها القائم بتحضير الدواء[4].

وأن الحلول التي توصل إليها القضاء الفرنسي يمكن أن تصلح فيما يخص الأخطاء الطبية المرتكبة أثناء العمليات الجراحية المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء، لكون هذا النوع من العمليات تتعدد

---

[1]- على سبيل المثال نصت المادة 36 فقرة 2 من القانون 88-07 المؤرخ في 1988/01/20 المتعلق بالوقاية الصحية و الأمن و طب العمل، على أنه: "عندما تنسب المخالفات إلى العمال، فإنها تعتبر من فعل المسير. إذا لم يتخذ الإجراءات الضرورية لغرض إحترام التعليمات القانونية في مجال الوقاية الصحية و الأمن و طب العمل و لم يتخذ العقوبات التأديبية على مرتكب هذه المخالفات". كما نصت نفس المادة في فقرتها الثالثة على أنه:"لا يسأل المسير إذا إرتكبت هذه المخالفات عمدا من طرف العامل". قانون 88-07 المؤرخ في 1988/01/20 يتعلق بالوقاية الصحية و الأمن و طب العمل، (ج.ر 04) بتاريخ 1988/10/21.

[2]- قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1997/04/23، تحت رقم 152292 ، م،ق 1997 ، عدد 2 ، ص 171.

[3]- قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1986/06/17 ، تحت رقم 39608 ، أشار إليه، جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، ص 23.

[4]- قرارين أشار إليهما، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 195.

فيها التدخلات على الجسم، لأن العملية يقوم بها فريقين طبيين يتكونان من عدد كبير من الأطباء والمساعدين، بحيث تتشعب أعمالهم ويصعب في أحيان كثيرة التفرقة بينها وبالتالي تحديد الأخطاء المرتكبة. ويضع الفقه شروطا لكي تتحقق المسؤولية الجزائية عن فعل الغير في مثل هذه الحالات، وهي أن تكون الجريمة مرتكبة من قبل التابع ويكون رئيس الفريق الطبي إرتكب بنفسه خطأ سمح أو سهل في الجريمة الأولى، وألا يكون رئيس الفريق قد فوّض بصفة قانونية سلطات الحراسة والرقابة الواقعة على عاتقه إلى شخص مؤهل. غير أن المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 23 أبريل 1997 المذكور أعلاه، شددّت على الطابع الإستثنائي لهذا النوع من المسؤولية وإشترطت أن يكون تطبيقه بنص صريح[1].

ثانيا- إجراءات المتابعة:

تتم المتابعة الجزائية عن طريق تحريك الدعوى العمومية ضد مرتكب الفعل الذي أدى إلى إصابة الضحية الذي خضع للعملية الجراحية إلى مرض أو عجز أو الوفاة، سواء كان ذلك طبيا أو مساعدا طبيا. وسوف يتم التطرق إلى كيفية تحريك الدعوى العمومية ثم إلى القيود الواردة عليها.

1- تحريك الدعوى العمومية:

لقد عرفت المحكمة العليا الدعوى الجزائية أو العمومية بأنها: "الالتجاء إلى السلطة القضائية للوصول إلى إثبات حصول فعل معاقب عليه قانونا، وإقامت الدليل على مرتكبه وتوقيع الجزاء عليه"[2]. وقد جاء في قرار آخر أنه:" يقصد بتحريك الدعوى العمومية أو الجزائية، بداية السير فيها ورفعها إلى قاضي التحقيق لتحقيقها أو للمحكمة للفصل فيها"[3]. و يوجد هنا طريقين رئيسيين لتحريك الدعوى العمومية ضد مرتكب الجريمة، وهما تحريك الدعوى عن طريق النيابة العامة أو من طرف المضرور طبقا لقواعد الإجراءات الجزائية.

أ- تحريك الدعوى العمومية عن طريق النيابة العامة:

---

[1]- لقد إستوحى القضاء الفرنسي المسؤولية الجنائية عن فعل الغير من قواعد القانون المدني، أي من أحكام المادتين 1382 و 1384 و التي تقابلها المادتين 124 و 134 من القانون المدني الجزائري. كما حاول القضاء نقل أحكام المسؤولية المدنية عن فعل الغير إلى المجال الجزائي، بالرغم من وجود فوارق بين الحقوق الجزائية و حقوق التعويض المدنية. فبينما تهدف الأخيرة إلى جبر الضرر، تهدف الحقوق الجزائية إلى تسليط العقوبة على مرتكب الفعل المجرم؛ أحمد مجحودة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 523.

[2]- قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1966/05/31، نشرة العدالة لسنة 1966 و 1967، ص 318 أشار إليه، جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 18. و يختلف تحريك الدعوى العمومية عن مباشرتها، و يقصد بمباشرة الدعوى العمومية هو إستعمالها و متابعة السير فيها، و تشمل إجراءات التحقيق و الإحالة إلى جهة الحكم و إعلان الخصوم بالحضور إلى الجلسة و إبداء الطلبات و الدفوع ثم الطعن في الأوامر و الأحكام الصادرة فيها، و متى وقع تحريكها و أصبح إستعمالها و مباشرتها من إختصاص النيابة العامة وحدها. قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1988/05/24 تحت رقم 47676؛ أشار إليه جيلالي بغداد ، المرجع السابق ، ص 22.

[3]- قرار الغرفة الجنائية، بتاريخ 1984/03/20 تحت رقم 26790، م،ق 1990، عدد 2، ص 263.

تنص المادة 01 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية أن:" الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بها بمقتضى القانون". أما في ما يخص الأخطاء الطبية التي تشكل جريمة القتل أو الجرح الخطأ، فإن الدعوى العمومية يتم تحريكها من قبل النيابة بناءا على شكوى المضرور، لأن الإصابة أو الضرر عادة ما يقتصر آثاره على هذا الأخير[1]. ويكون ذلك عن طريق الطلب الإفتتاحي لإجراء التحقيق طبقا لنص المادة 67 من قانون الإجراءات الجزائية[2]، أو عن طريق الإستدعاء المباشر طبقا للمادتين 333 و335 من نفس القانون. غير أن النيابة عادة ما تفضل إختيار الطريق الأول فيما يخص المتابعات الجزائية الموجهة ضد الأطباء و المساعدين، لإرتكابهم جنحة القتل أو الجرح الخطأ نتيجة الأخطاء الفنية التي يرتكبوها أثناء العمليات الجراحية أو بمناسبتها، ومن بينها الأخطاء المرتكبة أثناء عمليات نقل وزرع الأعضاء، لأن هذه الأخيرة تعد من الأعمال الفنية المعقدة وصعبة الإثبات من ناحية الخطأ في حد ذاته، وكذا من ناحية نسبة الخطأ إلى أحد الأشخاص المكونين للفريق الطبي الذي أجرى العملية، وكذا من ناحية إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة. وبالتالي فإن هذا النوع من القضايا، يحتاج إلى تحقيق معمق قبل إحالة الملف إلى المحاكمة،ن وأن قاضي التحقيق يملك جميع الصلاحيات التي خولها له القانون للكشف عن الحقيقة[3]. ولا سيما ندب خبير أو أكثر من أهل الفن. والذي عادة ما يكون طبيبا مختصا من أجل فحص الضحية فحصا طبيا وتحديد الإصابة اللاحقة به. والقول ما إذا كان المتهم إرتكب خطأ أثناء إجراء العملية أو بمناسبتها، وما إذا كانت الإصابة أو المرض الذي يعاني منه الضحية ناتجة عن ذلك التقصير[4]. أما في حالة الوفاة فإن الملف عادة ما يكون مرفقا بتقرير الطبيب الشرعي المتضمن تشريح جثة الضحية التي تحدد أسباب الوفاة.

ب- تحريك الدعوى العمومية من قبل المضرور:

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية أنه:" يجوز أيضا للطرف المضرور أن يحرك الدعوى العمومية طبقا للشروط المحددة في هذا القانون". ويقصد بذلك تحريك

---

[1]- تنص المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية أنه:" يقوم وكيل الجمهورية بتلقي المحاضر و الشكاوى و البلاغات و يقرر ما يتخذ بشأنها، يباشر بنفسه أو يأمر بإتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للبحث و التحري عن الجرائم المتعلقة بقانون العقوبات".

[2]- تنص المادة 67 من قانون الإجراءات الجزائية أنه:" لا يجوز لقاضي التحقيق أن يجري تحقيقا إلا بموجب طلب من وكيل الجمهورية لإجراء تحقيق حتى و لو كان ذلك بصدد جناية أو جنحة متلبس بها و يجوز أن يوجه الطلب ضد شخص مسمى أو غير مسمى و لقاضي التحقيق سلطة إتهام كل شخص ساهم بصفته فاعلا أو شريكا في الوقائع المحال تحقيقها إليه".

[3]- تنص المادة 68 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية أنه: "يقوم قاضي التحقيق، وفقا للقانون بإتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، بالتحري عن أدلة الإتهام و أدلة النفي".

[4]- تنص المادة 147 أنه:" يجوز لقاضي التحقيق، ندب خبير أو خبراء". كما تنص المادة 146 من نفس القانون أنه: "يجب أن تحدد دائما في قرار ندب الخبراء مهمتهم التي لا يجوز أن تهدف إلا إلى فحص مسائل ذات طابع فني".

الدعوى العمومية من طرف المضرور عن طريق الشكوى المصحوبة بإدعاء مدني طبقا لنص المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية، أو التكليف المباشر بالحضور طبقا لنص المادة 337 مكرر من نفس القانون. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا أنه :" إستثناء للقاعدة الأصلية التي تخول للنيابة العامة وحدها حق تحريك الدعوى الجزائية أجاز المشرع في المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية، لمن يدعي حصول ضرر من جناية أو جنحة أو مخالفة أن يبادر بتحريك الدعوى العمومية، وذلك بتقديم شكوى مع إدعاء مدني أمام قاضي التحقيق المختص"[1]. و يشترط لتحريك الدعوى العمومية من طرف المضرور، أن يكون الضرر ناتجا عن فعل يعاقب عليه القانون جزائيا[2]. كما يشترط أيضا في الشكوى المصحوبة بإدعاء مدني، توافر الصفة والمصلحة بالنسبة إلى الشخص الذي تقدم بها والذي عادة ما يكون المتضرر من الخطأ الطبي أو ذويه في حالة وفاة هذا الأخير كما يتعين دفع الكفالة. وخول المشرع أيضا في المادة 337 مكرر من نفس القانون للمدعي المدني حق تحريك الدعوى العمومية بطريق الإدعاء المباشر أمام محكمة الجنح بعد إيداع مبلغ الكفالة، والتنويه في ورقة التكليف عن إختيار الموطن وفي هذه الحالة إذا كانت الوقائع تتعلق بخطأ طبي إرتكب أثناء أو بمناسبة عملية نقل وزرع أعضاء فيتعين الحصول على ترخيص النيابة للقيام بالتكليف المباشر بالحضور[3].

غير أن المضرور من الأخطاء الطبية الجراحية، عادة ما يلتجئ إلى طريقة الإدعاء المدني أمام قاضي التحقيق لنفس الأسباب التي تم ذكرها أعلاه، وفي هذه الحالة لا يجوز لقاضي التحقيق أن يرفض إجراء التحقيق إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الإجراءات الجزائية. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 20 فبراير 2008 أنه:" يستفاد من أحكام المادة 73 من قانون الإجراءات الجزائية، أن القانون يحدد على سبيل الحصر الحالات التي يجوز فيها لقاضي التحقيق أن يرفض إجراء التحقيق، هي لما تكون الوقائع لأسباب تمس الدعوى العمومية نفسها غير جائز قانونا متابعة التحقيق من أجلها، أو كانت الوقائع حتى على فرض ثبوتها لا تقبل قانونا أي وصف جزائي. وبالرجوع إلى الشكوى المقدمة من طرف المدعي المدني، فإنها تهدف إلى فتح تحقيق قضائي حول وفاة زوجته، والتي يمكن أن تكون نتيجة خطأ طبي وهي وقائع مجرمة

---

[1]- قرار الغرفة الجنائية، بتاريخ 1968/10/29، أشار إليه، جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 20.
[2]- قرار الغرفة الجنائية، بتاريخ 1990/07/24، تحت رقم 68947 ، أشار إليه، جيلالي بغدادي ، المرجع السابق، ص 20.
[3]- و هذا عكس الجرائم المنصوص عليها في المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، و هي جريمة ترك الأسرة، عدم تسديد مبلغ النفقة، إنتهاك حرمة المنزل، القذف، إصدار شيك بدون رصيد التي لا تشترط ترخيص النيابة.

بمقتضى أحكام المادة 288 من قانون العقوبات، وبالتالي فإن غرفة الإتهام لما إعتبرت أن الوقائع لا تحتوي على أي جريمة تكون قد أخطأت في تقدير هذه الوقائع و عرضت قرارها للنقض"[1].

2 – القيود الواردة على تحريك الدعوى العمومية:

تنص المادة 442 فقرة 2 من قانون العقوبات على أنه:" لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية في الحالة من هذه المادة إلا بناءا على شكوى الضحية". كما تنص الفقرة الموالية على أنه:" يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية عن الأفعال المنصوص عليها في الحالتين 1 و 2 أعلاه"[2]. وبالرجوع للحالة الثانية التي تتحدث عليها المادة، يتبين أن تتعلق بأفعال الجروح الخطأ التي تشكل مخالفة، إذ نصت تلك الفقرة على معاقبة كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض كان ناشئا عن الرعونة أوعدم الإحتياط أو عدم إنتباه أو إهمال أو عدم مراعاة النظم لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر، وهي نفس الأفعال المنصوص عليها في المادة 289 من نفس القانون. غير أن الضرر الناتج عنها ليس بنفس الجسامة مع الضرر الذي نصت عليه المادة 289، والذي يشترط فيه أن سبب عاهة أو مرض خطير يتجاوز نسبة العجز ثلاثة أشهر. والشيء اللافت للإنتباه، أن المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها، لم تشر إلى المادة 442 من قانون العقوبات عند تجريم أفعال الجروح الخطأ المرتكبة من قبل الأطباء والمساعدين، وإكتفت بذكر المادتين 288 و289 من نفس القانون، غير أن المنطق يقتضي عدم متابعة الطبيب عن خطأ إرتكبه و لم ينتج عنه عجز الضحية عن العمل لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر، على أساس جنحة الجروح الخطأ المنصوص عليها بالمادة 289، وإنما على أساس مخالفة الجروح الخطأ طبقا للمادة 442 من نفس القانون لعدم خروج الطبيب عن القاعدة العامة المطبقة على جميع الناس الذين يكونون متساوين أمام القانون. و إستنادا على ذلك، فإنه لا يمكن متابعة الطبيب الذي إرتكب خطأ أثناء قيامه بعملية نقل أو زرع الأعضاء، وسبب مرض أو جرح للمريض لم ينتج عنه عجز عن العمل لمدة ثلاثة أشهر إلا بناء على شكوى المضرور، وإلا كانت الدعوى العمومية غير مقبولة. أما إذا صفح الضحية عن المتهم بعد تحريك الدعوى العمومية، فإن هذا الصفح يضع حدا للمتابعة الجزائية.

---

[1]- قرار الغرفة الجنائية، بتاريخ 2008/02/20، تحت رقم 450573، م،ق 2008، عدد 2 ، ص 341.

[2]- تجدر الإشارة إلى أن هذه الأحكام لم تكن موجودة في السابق و أنها أدرجت ضمن المادة 442 إثر تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 23/06 المؤرخ في 2006/12/20.

الفرع الثاني: الجزاء.

رأينا في ما سبق أن المشرع جرم بعض الأفعال الماسة بالسلامة الجسدية للإنسان والحق في حياته ولو لم تكن لدى الفاعل نية أحداث النتيجة الإجرامية، لكن بسبب عدم تبصره وعدم إحتياطه عدم إنتباهه. هذه القاعدة وإن كانت عامة، فإنها تطبق على الأطباء والجراحين أثناء ممارستهم لعملهم أو بمناسبتها، وأن المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها لم تضع جزاءا على إرتكاب الطبيب تقصيرا أو خطأ مهني يؤدي إلى إحداث ضرر بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يتسبب في وفاته، وإنما أحالت فيما يخص المتابعة والجزاء إلى قانون العقوبات[1]. وبالرجوع إلى هذا القانون، يتبن أنه فرّق في ما يخص الجزاء بين جريمتي القتل الخطأ والجروح الخطأ حسب جسامة الأضرار اللاحقة بالشخص. وسوف نتطرق أولا إلى جزاء جريمة القتل الخطأ، ثم إلى جزاء جريمة الجروح الخطأ.

أولا- عقوبة جريمة القتل الخطأ:

نصت على جريمة القتل الخطأ المادة 288 من قانون العقوبات، وهي جنحة وعقوبتها الحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاثة (03) سنوات و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج، غير أن الطبيب الذي إرتكب هذه الجريمة بإمكانه الإستفادة من الظروف المخففة التي تمنحها الجهات القضائية طبقا لنص المادة 53 مكرر 4 من قانون العقوبات[2]، فيمكن للقاضي أن يخفض العقوبة ويحكم على الطبيب المدان، إما بالحبس لمدة شهرين و غرامة مالية قدرها 20.000 دج وإما أن يحكم عليه بالحبس فقط لمدة شهرين، وإما أن يحكم عليه بغرامة وحدها قدرها 20.000 دج. وتجدر الإشارة أنه يمكن للمحكوم عليه أن يستفيد من هذه الظروف سواء كان مسبوق أو غير مسبوق قضائيا، ويقصد بالمسبوق قضائيا حسب المادة 53 مكرر 5 المحكوم عليه

---

[1]- صنف قانون العقوبات العقوبات الأصلية التي يتعرض له الشخص الطبيعي في المادة 05 و هي الجنايات و الجنح و المخالفات، أما العقوبات الأصلية في الجنايات فهي الإعدام و السجن المؤبد و السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس سنوات و عشرين سنة، أما العقوبات الأصلية في مادة الجنح فهي الحبس لمدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات و الغرامة التي تتجاوز 20.000 دج، أما العقوبات الأصية في مادة المخالفات فهي الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر و الغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج ، أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق ، ص 241.

[2]- تنص المادة 53 مكرر 4 أنه:" إذا كانت العقوبة المقررة في مادة الجنح هي الحبس و / أو الغرامة ، وتقرر إفادة الشخص الطبيعي غير المسبوق قضائيا بالظروف المخففة ، يجوز تخفيض عقوبة الحبس من شهرين و الغرامة إلى 20.000 دج . كما يمكن الحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط على أن لا تقل عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجريمة المرتكبة ، و إذا كانت عقوبة الحبس هي وحدها المقررة يجوز إستبدالها بغرامة ، على أن لا تقل عن 20000 دج و أن لا تتجاوز 500000 دج . إذا كان المتهم مسبوقا قضائيا ، بمفهوم المادة 53 مكرر 5 فإنه لا يجوز تخفيض عقوبات الحبس والغرامة عن الحد المقرر قانونا **للجنحة المرتكبة عمدا**، و يتعين بهما في حالة النص عليهما معا، و لا يجوز في أي حال إستبدال الحبس بالغرامة".

سلفا بموجب حكم نهائي بعقوبة سالبة للحرية سواء كانت نافذة أو مع وقف التنفيذ من أجل جناية أو جنحة من القانون العام، لأن الجنحة المرتكبة من قبله غير عمدية، وتطبق عليها الصورة الأولى التي نصت عليها المادة 53 مكرر 4 المشار إليها أعلاه[1]. كما يمكن للطبيب الإستفادة من وقف تنفيذ العقوبة أو جزء منها طبقا لنص المادة 594 من قانون الإجراءات الجزائية إذا كان غير مسبوق قضائيا.

ثانيا– عقوبة جريمة الجروح الخطأ:

كما سبق ذكره سابقا، فإن جريمة الجروح الخطأ إما أن تكون جنحة وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 289 من قانون العقوبات، والتي أحالت إليها المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها صراحة، وإما أن تكون مخالفة وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 442 من نفس القانون.

1 – حالة الجنحة:

وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 289 والتي تشترط في تطبيقها، أن الخطأ الذي إرتكبه الطبيب أدى إلى إصابة الضحية بجروح أو مرض نتج عنه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر أو عاهة مستديمة، ففي هذه الحالة يعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 20.000 دج أو إحدى هاتين العقوبتين، وكما في الحالة السابقة يمكن للقاضي أن يمنح ظروف التخفيف للطبيب المدان،نن على أن يحكم عليه بالحبس لمدة شهرين و غرامة قدرها 20.000 دج، وإما الحكم عليه بالحبس فقط مع جواز تخفيضه لمدة شهرين، وإما الحكم عليه بالغرامة فقط قدرها 20.000 دج .كما يمكن للطبيب المدان أن يستفيد بوقف تنفيذ العقوبة أو جزء منها إذا كان غير مسبوق قضائيا[2].

---

[1]- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق ، ص 298.

[2]- و هي نفس حالة الظروف المخففة المطبقة على جنحة القتل الخطأ بالرغم من إختلاف العقوبة المقررة للجريمتين، فالنسبة إلى جنحة القتل الخطأ يعاقب عليها بالحبس و الغرامة معا، في حين أن جنحة الجروح الخطأ يعاقب عليها بالحبس أو الغرامة، و في هذا يقول الدكتور أحسن بوسقيعة أن: "صياغة المادة 53 مكرر 4 يفتح المجال أمام التأويل مؤداه، أنه في حالة ما إذا كانت العقوبة المقررة هي الحبس و الغرامة أو إحداهما، و تقرر إفادة الشخص المدان بظروف مخففة، يجوز الحكم عليه بالعقوبتين مع إمكانية تخفيض عقوبة الحبس إلى شهرين و الغرامة إلى 20.000 دج، كما يجوز الحكم عليه بعقوبة الحبس فحسب او بالغرامة فحسب، فإذا كان الحكم بالحبس فلا يجوز أن يقل عن الحد الأدنى لعقوبة الحبس المقرر قانونا للجريمة، و إذا كان الحكم بالغرامة فلا يجوز أن تقل عن الحد الأدنى لعقوبة الغرامة المقرر قانونا للجريمة. غير أن الأخذ بهذه القراءة لنص المادة 53 مكرر 4 يؤدي بنا إلى القول أن المشرع لا يميز من حيث تطبيق الظروف المخففة بين الصورة التي يكون فيها العقوبة هي الحبس و الغرامة و الصورة التي تكون فيها العقوبة هي الحبس أو الغرامة، و يجعلنا نتساءل عن جدوى تمييز الجرائم المعاقب عليها بالحبس و الغرامة عن الجرائم المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة" ، أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 300.

2 – حالة المخالفة:

وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 442 من قانون العقوبات، والتي تشترط في تطبيقها أن يكون الخطأ الذي إرتكبه الطبيب لم يؤدي إلى إصابة الضحية بجروح أو مرض ينتج عنه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر. ففي هذه الحالة يعاقب الجاني بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 دج إلى 16.000 دج، وعلى غرار الحالات السابقة يمكن للطبيب المدان أن يستفيد من الظروف المخففة طبقا للمادة 53 مكرر 6. وتبعا لذلك يجوز للقاضي أن يحكم عليه بالحبس مدة 10 أيام و غرامة قدرها 8.000 دج أو الحبس لمدة 10 أيام فقط أو غرامة قدرها 8.000 دج فقط، كما يجوز الحكم بوقف تنفيذ العقوبة كليا أو جزئيا .

وتجدر الإشارة في الأخير أن قانون حماية الصحة وترقيتها وقانون العقوبات، لم يشيران إلى إمكانية تطبيق العقوبات التكميلية على الطبيب الذي إرتكب جريمة القتل الخطأ أو الجرح الخطأ مثل المنع المؤقت من مزاولة المهنة.

المبحث الثاني: الجرائم العمدية.

يقصد بالجرائم العمدية، الجرائم التي يرتكبها الشخص مع توافر القصد الجنائي لدى هذا الأخير، أي توافر الإرادة لديه في تحقيق النتيجة وعلمه المسبق بأركان الجريمة. وقد ورد في قانون العقوبات قبل تعديله، عدّة نصوص تحمي الحق في الحياة وفي التكامل الجسدي للإنسان، وهي نصوص عامة تم وضعها قبل ظهور الإكتشافات الطبية والجراحية الحديثة و منها عمليات نقل وزرع الأعضاء. و تبع ظهور تلك الإكتشافات بروز بعض الممارسات الطبية المخالفة للنظام العام والآداب، تهدف إلى تحقيق أغراض غير مشروعة منها الإستفادة من أعضاء و منتجات الجسم بطرق تدليسية أو تهدف إلى تغيير أعضاء جسم الإنسان، و إنعكاسات تلك الممارسات على السلامة الجسدية خطير، فتؤدي إلى إصابة هذا الأخير بعاهة مستديمة وقد ينتج عنها حتى الوفاة. غير أن القواعد القانونية المذكورة أعلاه لا تزال تصلح حتى اليوم كأساس للمتابعة عن بعض الأفعال، بالرغم من إستحداث جرائم جديدة ذات الصلة، و من بين تلك لجرائم القتل العمدي والجروح العمدية المفضية إلى بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة وأخيرا جريمة الخصاء و سوف نقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب نخصص لكل جريمة من الجرائم المذكورة أعلاه مطلب على النحو التالي:

المطلب الأول: جريمة القتل العمد .

تعتبر جريمة القتل العمد من أخطر الجرائم لأنها تمس بحق الإنسان في الحياة، وقد عرف المشرع القتل العمد في المادة 254 من قانون العقوبات على أنه:" إزهاق روح إنسان عمدا". والملاحظ أن المشرع عندما إستحدث النصوص المتعلقة بجرائم الإتجار بالأعضاء البشرية بموجب القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، لم يتطرق إلى حالة حدوث وفاة المجني عليه الخاضع للعملية، سواء كظرف من الظروف المشددة للجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 أو كحالة مستقلة بذاتها. وأمام إنعدام النص الخاص تبقى تلك الأفعال خاضعة إلى القواعد العامة وهي جريمة القتل العمد، وسوف نتطرق من خلال هذا المطلب، إلى أركان الجريمة في الفرع الأول ثم إلى الظروف المخففة و المشددة في الفرع الثاني و أخيرا إلى الجزاء في الفرع الثال

الفرع الأول: أركان جريمة القتل العمد .

أركان جريمة القتل العمدي تتمثل في الركن المادي وهو إزهاق الروح، والركن المعنوي وهو العمد، أي نية إحداث الموت للغير. وبالإضافة إلى الركنين السالف ذكرهما، يشترط القانون أن يكون المجني عليه إنسانا حيا وقت إرتكاب الجريمة وهذا ما يسمى بالركن المفترض[1]، لأن القتل لا يمكن أن يقع إلا على إنسان حي، فإذا توفي الشخص مثلا وتم نزع أحد أعضائه الضرورية للحياة من أجل زرعها في جسم المريض أو المتاجرة فيها أعتبر الفعل من جرائم المتاجرة في الأعضاء البشرية أو تشويه الجثة[2]. وسوف نقتصر في هذا الفرع إلى دراسة الركن المادي والركن المعنوي للجريمة على ضوء الممارسات الطبية والجراحية غير المشروعة التي تهدف إلى الحصول على عضو.

أولا- الركن المادي:

يتمثل الركن المادي لجريمة القتل العمد في القيام بعمل إيجابي من شأنه أن يؤدي إلى إحداث الموت، ويتكون هذا الركن من ثلاثة عناصر وهي: السلوك الإجرامي وإزهاق الروح وعلاقة السببية بين السلوك والوفاة[3]. ولكون العنصر الأخير سبق التطرق إليه بالمبحث السابق بمناسبة دراسة جريمة القتل والجروح الخطأ كما تم عرض النظريات الفقهية التي قيلت في هذا الشأن وتبيان موقف المحكمة العليا منها، لذا سوف يتم نقتصر في دراسة عنصري السلوك الإجرامي وإزهاق الروح.

1- السلوك الإجرامي:

وهو النشاط الذي يقوم به الفاعل لتحقيق النتيجة المعاقب عليها، فالإرادة وحدها لا تشكل بذاتها جريمة القتل حتى و إن كانت حقيقية ومعلن عنها كما لا تشكل شروعا في إرتكاب الجريمة[4]. ومثال ذلك الطبيب الذي يفكر في إزهاق روح شخص بغرض نزع عضو من أعضاءه من أجل المتاجرة فيه، لا يعاقب حتى ولو بلغ المرحلة التحضيرية للجريمة، غير أن بدأ الطبيب في

---

[1]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 05.

[2]- تنص المادة 153 من قانون العقوبات أنه: " كل من دنس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 دينار إلى 100.000 دينار".

[3]- و هو ما أكدت عليه المحكمة العليا، بحيث جاء في حيثيات إحدى قراراتها أنه:" تقوم جناية القتل بتوافر العناصر الثلاثة الآتية:
- العنصر المادي و يتمثل في فعل من شأنه إحداث الموت،
- أن يكون المجني عليه إنسان على قيد الحياة،
- القصد الجنائي، و هو العنصر الأهم و يتمثل العمد و يتحقق هذا العنصر في الجريمة متى كان الجاني إرتكب الفعل بنية إحداث الموت لغيره مع علمه بذلك. قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1984/12/18، تحت رقم 366646، م.ق 1990، عدد 2.

[4]- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق ، ص 08.

تنفيذ العمل المادي المشكلة للجريمة يعتبر شروعا في إرتكاب الجريمة ويعاقب عليه قانونا[1]. و مثال ذلك الطبيب الذي يتفق مع أحد الأشخاص على أن يبيع له عضو من أعضاء شخص آخر على وشك الموت بالمستشفى، ثم يبدأ في تنفيذ عملية إستئصال العضو من جسم المجني عليه بالرغم من علمه المسبق أن هذا الأخير لم تثبت وفاته وفقا للمعايير العلمية التي حددها القانون للوفاة، إلا أن العملية لم تتم بسبب أجنبي لا يد له فيه[2]. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر عنها بتاريخ 12 أبريل 1934 أنه:" إذا تحقق لمحكمة الموضوع أن المبادرة بعلاج المجني عليه مما أصابه من جروح قصد بها الجاني قتله وقد أنقذته من مخالب الموت، فتلك نتيجة خارجة عن إرادة الجاني مخيبة أمله فيما أراد إقترافه ولا ريب في أن ما إرتكبه يكون شروعا في القتل"[3].

أما في ما يخص الوسيلة الذي يتم بها السلوك الإجرامي، فإنها لا تهم غير أن الجريمة المرتكبة من قبل الطبيب غالبا ما تتم بواسطة الأدوات والأجهزة الجراحية التي يستعملها في إجراء العملية على جسم المجني عليه أو عن طريق حقنة تؤدي إلى إزهاق روحه[4]، قبل الشروع في إجراء عملية الإستئصال أو عن طريق إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي.

---

[1]- تنص المادة 30 من قانون العقوبات أنه:" كل محاولة لإرتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى إرتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم توقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى و لو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها".

[2]- يصعب أحيانا التفرقة بين البدء في التنفيذ و الأعمال التحضيرية التي تعتبر هي الأخرى من الأعمال المادية، و في المثال السابق هل يعتبر بدأ الطبيب في تحضير الأدوات الجراحية من أجل إجراء علمية إستئصال عضو من جسم المجني عليه بدأ في التنفيذ أم عمل من الأعمال التحضيرية للجريمة ؟

في الحقيقة إنقسم الفقه حول هذه المسألة إلى مذهبين:

- المذهب المادي :

يرى أصحاب هذا المذهب، أن الفعل لا يدخل في دائرة التنفيذ إلا إذا أصاب به الفاعل الركن المادي للجريمة كما عرفها القانون. و إستنادا على ذلك لا يعد شارعا الطبيب الذي قام بتحضير الأدوات الجراحية إلا إذا مس سلامة جسم المجني عليه، إي شرع في أجراء العملية أما الأفعال السابقة على ذلك، فطالما أنها لا تدخل في التعريف القانوني للجريمة فهي لا تعد بدءا في التنفيذ مهما كانت قريبة من هذا التنفيذ، و يعاب على هذا المذهب حصره الشروع في نطاق ضيق بما لا يحقق حماية كافية للمجتمع ضد المجرم كما أن تطبيق هذا المذهب سوف يؤدي إلى أن الكثير من الأعمال سوف تفلت من العقاب بالرغم من أنها تتم عن قصد جنائي لدى الفاعل.

- المذهب الشخصي :

يبحث أنصار هذا المذهب في إرادة الجاني الإجرامية، أي مدى دلالة أفعاله على قصده و هكذا يعد بدءا في التنفيذ متى أمكن القول أن هذا الفعل سيدفع بالمجرم إذا ترك و شأنه إلى إرتكاب الجريمة أو إلى إرتكاب العمل المكون لها، و قد إعتمد المشرع الجزائري هذا المذهب بإستعماله في المادة 30 من قانون العقوبات عبارة مباشرة إلى إرتكاب الجريمة، و قد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1969/09/04 أن: "القانون لم يعرف البدء في التنفيذ و لم يميزه عن الأعمال التحضيرية غير أنه من المسلم فقها و قضاء أن الأعمال التحضيرية، لا تعتبر محاولة و لا يعاقب عليها القانون بإعتبارها شروعا، لأنها لا تدخل في تكوين الجريمة و لا تكشف عن نية صاحبها بصفة واضحة و دقيقة، أما الأعمال التنفيذية فإنها بالعكس تتجاوز نطاق التفكير و التحضير و تدخل في تكوين الركن المادي للجريمة، كما أنها ترفع الشك و اللبس عن نية الفاعل الإجرامية لذلك يتدخل القانون بالعقاب عليها و يتعرض للبطلان و النقض الحكم القاضي ببراءة المتهم رغم ثبوت البدء في تنفيذ الجريمة"، قرار منشور في نشرة العدالة لسنة 1969، ص 187؛ أشار إليه ، جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، ص 215؛ أنظر أيضا أحسن بوسقيعة ، القسم الخاص، المرجع السابق ، ص 93 و يليها.

[3]- قرار محكمة النقض بتاريخ 1936/04/16 أشار إليه، عادل الشهاوي، القتل العمد فقها و قضاء، دار النهضة العربية ، طبعة أولى ، سنة 2009 ، ص 269.

[4] تعاقب المادة 260 من قانون العقوبات على جريمة التسميم، وهي من الجرائم الملحقة بجريمة القتل العمد.

2- إزهاق الروح:

وهي النتيجة المترتبة عن سلوك الفاعل وليس من الضروري أن تتحقق إثر نشاط الجاني مباشرة، فيمكن أن يكون بين النشاط والنتيجة فاصل زمني، أما إذا لم تتحقق الوفاة بسبب لا دخل لإرادة الجاني فيه فالفعل هذا يكون شروعا في القتل العمد يعاقب عليه كالقتل[1]. وفي ما يخص عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإن الأصل أن يلتزم الطبيب بالحصول على رضا المتبرع والمستفيد، غير أن الطبيب قد يتدخل جراحيا ويقوم بإستئصال العضو دون موافقة صاحبه المسبقة أو قد يحصل على هذه الموافقة عن طريق التهديد أو الإكراه أو الغش أو غير ذلك من الأسباب، وسواء حصل الطبيب على موافقة الشخص أم لا، فإن إزهاق الروح يتوافر في الحالات التالية:

أ- إذا كان العضو المنزوع من جسم المجني عليه ضروريا للحياة:

ويقصد بالأعضاء الضرورية للحياة، هي الأعضاء التي تلعب دور في إستمرار الحياة أو توقفها، فإذا أمكن أن يظل الشخص على قيد الحياة رغم إستئصال عضو معين من جسمه، فإننا سوف نكون أمام طائفة الأعضاء غير الضرورية للحياة والتي يجوز التنازل عليها بشروط وضوابط معينة. أما إذا كان إستئصال العضو يؤدي حتما إلى الوفاة لإستحالة إستمرار الحياة بدونه فنكون أمام طائفة الأعضاء الضرورية للحياة التي لا يجوز التنازل عنها أو المساس بها مطلقا و مثال ذلك القلب و الكبد التي يؤدي نزعهما حتما إلى توقف الحياة كما يمكن التفرقة هنا بين حالتين:

- الحالة الأولى: نزع العضو من شخص على قيد الحياة:

إذا قام الطبيب بنزع عضو حيوي من شخص لا يزال على قيد الحياة مثل القلب، فإنه عمله هذا يؤدي لا محال إلى إزهاق الروح، ويعد بذلك مرتكبا لجناية القتل العمد طبقا لنص المادة 254 من قانون العقوبات.

ولا يعتد في هذه الحالة برضا المتبرع لأن الحق في الحياة هو من الحقوق غير قابلة للتنازل عليها. أما إذا كان الطبيب يعتقد قبل إجراء العملية أن الشخص الخاضع للعملية متوفى نتيجة خطأ وقع فيه بين شخصين بنفس المصلحة مثلا أو خطأ في تحديد لحظة الوفاة، ورغم ذلك قام بنزع

[1] معز أحمد محمد الحياري، الركن المادي للجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2010، ص 123.

عضو ضروري للحياة فأدى إلى حدوث الموت، فإن الفعل الذي قام به نتيجة إهمال يعد قتلا خطأ وتطبق عليه القواعد التي سبق التطرق لها في المبحث الأول[1].

– الحالة الثانية: نزع عضو ضروري للحياة من إنسان ميت:

لقد توصنا بالمبحث التمهيدي، أن المشرع أجاز إقتطاع الأعضاء من الجثة سواء لأغراض عملية أو لغرض التشريح أو لأغراض علاجية[2]. ومن جهة ثانية حدد القانون شروط وضوابط تتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى، ويرجع الفضل في إمكانية الإقتطاع من جثث الموتى إلى ظهور أجهزة الإنعاش الصناعي، ونجاح عملية الإقتطاع والزرع مرتبطة إلى حد كبير ببقاء العضو حيا محتفظا بقيمته البيولوجية بعد وفاة صاحبه.

وبالرجوع إلى جريمة القتل العمد محل الدراسة، فإنها تشترط لقيامها إزهاق الروح، وهو ما يقتضي بالضرورة أن يكون المجني عليه إنسانا حيا أثناء إرتكاب الفعل. أما إذا وقع الفعل على إنسان ميت، فنكون هنا أمام صورة من صور الجريمة المستحيلة ومثالها الطبيب الذي يقوم بإنتزاع عضو من الأعضاء الضرورية للحياة من جسم شخص متوفى، و كان يعتقد أثناء إجراء العملية أن الشخص لا يزال على قيد الحياة بالرغم من أن العضو الذي إنتزع منه لا يزال محافظا على خصائصه الحيوية والبيولوجية. و قد إنقسم الفقه حول مسألة الجريمة المستحيلة إلى إتجاهين:

الإتجاه الأول يرى عدم العقاب على الجريمة المستحيلة مطلقا، ويستند هذا الرأي إلى أن الجريمة المستحيلة لا تعد بدءا في التنفيذ، لأن البدء في التنفيذ هو أحد أركان الشروع لا يتوافر في الجريمة المستحيلة، إذ ليس بإستطاعة الإنسان تنفيذ ما هو مستحيل. وعلى هذا لن بتوفر من أركان الجريمة سوى نية القتل والشروع لا يقوم بالنية وحدها.

وقد أنتقد هذا الإتجاه، على أساس أن القول بعدم العقاب على الجريمة المستحلية مطلقا من شأنه أن ينتج عنه إفلات الكثير من المجرمين من العقاب الذين يرتكبون أفعالا خطيرة تهدد أمن المجتمع، كما يعاب على هذا الإتجاه أيضا ذهابه إلى أن الجريمة المستحيلة لا ينتج عنها إضطراب إجتماعي، عكس الجريمة التامة فإذا سلمنا بالخطر بالنسبة إلى الجريمة الخائبة فلا بد أن نسلم به بالنسبة إلى الجريمة المستحيلة، لأن الجريمة الخائبة كان من المستحيل أن تقع هي الأخرى مع قيام السبب الذي أدى إلى خيبتها[3].

---

[1]- المادتين، 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و 288 من قانون العقوبات.
[2] المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.
[3]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 10 و ما يليها.

أما الإتجاه الثاني يذهب إلى وجوب العقاب على الجريمة المستحيلة بكافة صورها وأيا كان سبب إستحالتها، على أساس أن الشروع لا يتوقف على البدء في تنفيذ الفعل وإنما يكفي لكي يقوم أن يأتي الفاعل من الأعمال ما يقطع بتعمده القتل، ولو كانت هذه الأعمال لا تشكل بدءا في التنفيذ ما دام هو نفسه يعتقد بأن من شأن أعماله إيقاع القتل الذي خاب.

وقد تعرض هذا الإتجاه هو الآخر للنقد نظرا لتطرفه في العقاب إلى حد الإكتفاء بالنية لمعاقبة الشخص[1].

وبين هذين الإتجاهين ظهر رأي تصالحي يحاول التوفيق بينما، وقد إنقسم أصحاب هذا الرأي بدورهم إلى رأيين؛ فمنهم من يفرق بين الإستحالة المطلقة والإستحالة النسبية ومنهم من يفرق بين الإستحالة المادية والإستحالة القانونية[2].

وبحسب الرأي الأول، يعاقب على الإستحالة النسبية بوصفها شروعا و لا يعاقب على الإستحالة المطلقة. والإستحالة حسب هذا الرأي يمكن أن ترجع إلى الموضوع أو الوسيلة المستعملة. أما بالنسبة إلى الموضوع تكون الإستحالة مطلقة إذا إنعدم محل الجريمة ومثالها إذا كان الشخص المراد نزع العضو من جسمه ميتا قبل إجراء العملية، فلا يمكن أن يتابع الطبيب الذي أجرى العملية بجريمة القتل العمد لأن المجني عليه لم يكن حيا أثناء إرتكاب الجريمة. وفيما يخص الوسيلة، تكون الإستحالة مطلقة إذا كانت هذه الأخيرة لا تصلح لإحداث النتيجة. أما بالنسبة إلى الرأي الثاني، يرى أنه لا يمكن معاقبة الفاعل على الفعل الذي قام به في حالة ما إذا كانت إستحالة تحققه قانونية مثل وفاة المجني عليه قبل إرتكاب الفعل. أما الإستحالة المادية الوسيلة المستعملة التي توافر الشروع في عدم صلاحيتها. و يرى الأستاذ أحسن بوسقيعة، أن قانون العقوبات الجزائري أخذ بالرأي الأخير الذي يفرق بين الإستحالة القانونية والمادية، ويستند في ذلك إلى نص المادة 30 من قانون العقوبات التي نصت في فقرتها الأخيرة أنه:" حتى و لو لم يكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها"[3]. وإستنادا على ذلك بالرجوع إلى المثال السابق، لا تقوم جريمة محاولة القتل العمد في حق الطبيب الذي قام بإستئصال عضو من الأعضاء الحيوية من جسم شخص متوفى، لأن الإستحالة في هذه الحالة قانونية.

---

[1]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 112 و ما يليها.
[2]- معز أحمد محمد الحياري، المرجع السابق، ص 371.
[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 98 و ما يليها.

ب – إذا كان العضو المنتزع من جسم المجني عليه غير ضروريا للحياة:

ويقصد بالأعضاء غير الضرورية للحياة هي الأعضاء التي لا يؤدي إنتزاعها عادة إلى الوفاة وذلك وفقا للقواعد العملية والأصول الطبية التي تحكم عمليات نقل وزرع الأعضاء، مثل الكلية وقرنية العين و الرئة ففي هذه الحالة يتعين التفرقة بين الفرضيات التالية:

– الحالة الأولى: نزع عضوين من جسم المجني عليه.

إذا قام الطبيب بترع عضوين من جسم المجني عليه، يؤدي إستئصالهما معا إلى الوفاة فإن العمل الذي قام به سوف يؤدي إلى إزهاق الروح و مثال ذلك الطبيب الذي يقوم بترع رئتين من المجني عليه بهدف المتاجرة فيهما أو إعادة زرعهما إلى أشخاص آخرين، فإنه يكون مسؤولا عن جريمة القتل العمد[1].

– الحالة الثانية: نزع عضو واحد من جسم المجني عليه.

إذا قام الطبيب بترع عضو مزدوج واحد من جسم المجني عليه بالرغم من علمه المسبق أن العضو الثاني غير موجود نتيجة خضوع هذا الأخير لعملية جراحية سابقة، أو أن العضو مريض أو تالف بحيث لا يؤدي أي وضيفته الحيوية في الجسم، فإن إنتزاع العضو السليم سوف يؤدي أيضا إلى إزهاق الروح ومثال ذلك الطبيب الذي يقوم بترع كلية من شخص من أجل تمكين الغير من الإستفادة منها، وهو يعلم أن الكلية الثانية سبق نزعها أو تالفة، فيؤدي فعله هذا إلى وفاة الشخص الخاضع للعملية.

أما إذا لم ينتبه الطبيب إلى عدم وجود العضو الثاني أو تلفه نتيجة خطأ في تشخيص الحالة الصحية للمجني عليه قبل إجراء العملية الجراحية، فإن فعله هذا يكيف أنه جريمة قتل خطأ.

و إذا كانت الحالة الصحية للمجني عليه لا تتحمل إجراء مثل هذه العملية، وأن الطبيب كان يعلم مسبقا أن إجراءها سوف يؤدي حتما إلى توقف الحياة وبالرغم من ذلك قام هذا الأخير بترع العضو من جسم المجني عليه، فإن مسؤوليته عن جريمة القتل العمد تكون قائمة كذلك إذا ترتب عن فعله إزهاق الروح.

[1]- إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 170 و ما يليها.

ج – وقف أجهزة الإنعاش الصناعي من المريض المحتضر:

يعد الإنعاش الصناعي من الأعمال الطبية المستحدثة التي يستعمل فيها الطبيب أجهزة طبية معقدة، من أجل مساعدة أعضاء الجسم الحيوية على أداء وظائفها أو الحلول محلها، حتى يتمكن المريض من إجتياز فترة حرجة يكون معرض فيها لإحتمالات الموت الحقيقي نتيجة أصابته بمرض أو حادث خطير أو إجراء عملية جراحية معقدة. وتهدف تلك التقنيات الطبية إلى تجنب موت خلايا المخ نتيجة عدم تزويدها بالدم والأكسجين الضروري لبقائها حية، ومثل الأجهزة المساعدة الرئتين في التنفس والأجهزة التي تنظم نبضات القلب وأجهزة تصفية الدم[1]. غير أن إستعمال هذه الوسائل قد أثار بعض المشاكل القانونية من حيث أنه أدى إلى ظهور طائفة ثالثة من الأشخاص الذين لا هم بأموات ولا هم بأحياء. والمقصود بذلك المرضى الفاقدون للشعور أو الذين هم في غيبوبة غير محددة ومتواصلة الإنعاش الصناعي للمرضى يكون هدفه علاجي، وهو نابع من إلتزام الطبيب بشفاء المريض والدفاع عن صحته البدنية والعقلية[2]، وقد يكون بهدف المحافظة على أعضاء الجسم حية بغرض زرعها لدى مريض آخر. وأن مسألة توقيف أجهزة الإنعاش تحكمها القواعد القانونية المتعلقة معمليات نقل وزرع الأعضاء لأنها مرتبطة بالدرجة الأولى بتلك التقنيات[3].

لذا نصت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" لا يجوز إنتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين، إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة حسب المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية"، والتي سوف يتم التطرق إليها بالتفصيل بالفصل الثاني من المذكرة.

وبالرجوع إلى القواعد العامة لجريمة القتل العمد وكذا أحكام قانون حماية الصحة وترقيتها، يمكن القول أنه من حق الطبيب القيام بوقف أجهزة الإنعاش الصناعي دون أن يشكل عمله هذا إزهاق روح إذا فقد المريض المحتضر مقومات حياته الأساسية، وتأكد الأطباء من حقيقة موته وفقا للمعايير العليمة التي نصت عليها المادة 164 المذكورة أعلاه. ويتخذ قرار إيقاف الأجهزة بموجب قرار يصدره الفريق الطبي المختص بعد إستشارة اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا أسرة المريض. ونزع الأجهزة من المريض

---

[1]- علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة و ما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2008، ص 80.

[2]- تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على أنه: " تتمثل رسالة الطبيب و جراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية و العقلية، و في التخفيف من المعاناة، ضمن إحترام حياة الفرد و كرامته الإنسانية ..."

[1]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 528.

المتوفى لا يجد مبررا له فقط من وجهة النظر القانونية، بل يجد مبرره أيضا من وجهة النظر الإنسانية والشرعية والأخلاقية. وخلافا لذلك فإن الطبيب الذي يقوم بوقف أجهزة الإنعاش الصناعي للمريض، بالرغم من علمه المسبق أن هذا الأخير لا يزال على قيد الحياة، وفقا للمعايير العلمية، يعد عمله هذا إزهاقا للروح سواء تم ذلك بغرض التعجيل في وفاة المريض المحتضر للإستفادة من أعضاء جسمه أو بدافع الشفقة عليه والتخفيف من معاناته وآلامه[1]، ويكون بذلك مرتكبا لجريمة القتل العمد طبقا للمادة 254 من قانون العقوبات، حتى و لو عبر الجني عليه مسبقا عن موافقته على نزع أجهزة الإنعاش[2].

أما التسرع في إنتزاع الأعضاء البشرية من مرضى الغيبوبة العميقة بأقسام العناية المركزة دون التحقق من الوفاة –بحسب القواعد القانونية المذكورة أعلاه–، توجب كذلك المسؤولية الجزائية على أساس جنحة القتل الخطأ[3]. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية أنه:" يتعين على طبيب الإنعاش التأكد من وفاة الشخص وأن يتابع محاولاته ويتأكد من عدم بقاء أية فرصة لذلك الشخص حتى يستعيد عافيته"[4]. كما قضت نفس الهيئة القضائية أنه:" يجب على الطبيب المسؤول عن الإنعاش متابعة محاولاته إذا كانت هناك فرصة لبقاء المريض على قيد الحياة"[5]. لأن المريض المهدد بموت مؤكد ووشيك، يعتبر في حالة خطر وينتج عن ذلك واجب طبيب الإنعاش مساعدته قدر الإمكان حتى لحظة وفاته[6].

---

[1]- Z.Yacoub, *le droit à la dignité et la revendication euthanasique*, Revue des sciences juridique et administratives, Université Abou - Bekr BELKAID de TLEMCEN, 2008. p 41.

[2]- يستند أنصار فكرة القتل بدافع الشفقة، إلى فكرة **الكرامة الإنسانية** و ضرورة إحترام إرادة المريض الميئوس من شفاءه في الموت الكريم أو ما أصبح يعف **بالحق في الوفاة** أي في أن يفارق الشخص الحياة دون معاناة و دون الآلام. و يتم التعبير عن الإرادة عن طريق وصية الحياة « ***testament de vie*** ». و يرى أنصار هذا الإتجاه أن تلك الوصية تعتبر سدا منيعا لعناد الأطباء في الإبقاء على المريض المحتضر تحت الإنعاش لفترة طويلة مما يزيد في معاناته، و بموجب هذا النوع الجديد من الوصية بإمكان الشخص أن يعبر عن إرادته سلفا بعدم قبوله أن يتم إبقاءه في الحياة الإصطناعية إذا كان على وشك الموت و هذا بواسطة أدوية لا يرجى منها نتيجة و تكون تلك الوصية قابلة للتراجع عنها في أي وقت كما يشترط أن أن يعاين حالة المريض طبيبين على الأقل؛ حول هذه المسألة، أنظر

C. Kalfat, *art. préc.* p. 26.

Voir sur ce point aussi, A. Guillontin , *La dignité du mourant* , in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze » sous la direction de Ph. Pedrot, Economica, 1999, p.319.

[3]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 66.

[4]- قرار جنائي مؤرخ في 1973/03/27؛ أشار إليه مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 503.

[5]- قرار الغرفة الجنائية، 1973/03/27، أشار إليه، عبد الدائم، المرجع السابق، ص 235.

[6]- طبقا للمادة 09 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب فإنه:" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يوجه خطرا وشيكا، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له". و من جانب أخر، تعاقب المادة 182 فقرة 2 من قانون العقوبات كل من إمتنع عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر.

ثانيا- الركن المعنوي:

لا يكفي لقيام الجريمة إرتكاب عمل مادي، بل لا بد أن يصدر هذا العمل من إرادة الجاني وإتجاهها نحو القيام بالفعل مع العلم أن القانون ينهى عنه. ولقيام جريمة القتل العمد لا بد من توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي و القصد الجنائي الخاص.

1- القصد الجنائي العام:

يتمثل القصد العام في جريمة القتل العمد في إتجاه إرادة الفاعل إلى إتيان فعل القتل مع علمه بأن محل الجريمة إنسان حي، وأن من شأنه فعله أن يرتب وفاة هذا الإنسان فإذا إنتفت إرادة فعل القتل أو انتفى علم الفاعل بوقوعه على إنسان حي، أو بأن من شأنه أن يرتب تلك الوفاة فإن القصد العام لا يقوم ولا تقوم بالتالي جريمة القتل العمد في حق الفاعل. وإستنادا على ذلك، ينتفي القصد العام إذا إرتكب الفاعل السلوك المجرم تحت إكراه مادي أو تحت تأثير قوة قاهرة[1]. و في ما يخص الأعمال الطبية فقد حرص المشرع على تجسيد مبدأ إستقلالية عمل الطبيب لتفادي أي ضغط أو إكراه من شأنه أن يجبر الطبيب على القيام بممارسات طبية غير مشروعة، و تطبيقا لذلك نصت المادة 10 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق بأخلاقيات الطب على أنه:" لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان، أن يتخليا عن إستقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال". فإذا قام الطبيب بعملية نقل أو زرع عضو منتزع من شخص تم إزهاق روحه عمدا تحت طائلة التهديد بالقتل فلا يمكن مسائلته جنائيا على أساس المشاركة في جريمة القتل . و من جانب آخر ينتفي القصد الجنائي، لإنتفاء علم الجاني سواء في محل جريمة القتل أي الإنسان الحي أو في العلاقة السببية بين السلوك الإجرامي و النتيجة أو في النتيجة و هي الوفاة[2] فلا يمكن مسائلة الطبيب الذي قام بإنتزاع العضو من جسم إنسان حي أدى إلى وفاته على أساس جناية القتل العمد، و كان يعتقد جازما أن هذا الأخير قد فارق الحياة.

2- القصد الجنائي الخاص:

لا يكفي لتمام الركن المعنوي في جريمة القتل العمد القصد الجنائي العام لدى الفاعل، وإنما يشترط أن يتوافر القصد الخاص وهو نية قتل المجني عليه أو إزهاق روحه أي إنصراف إرادة الجاني إلى إزهاق الروح وعلمه بذلك. وقد شددت المحكمة العليا على ضرورة توافر هذا القصد وإبرازه

---

[1]- عادل الشهاوي، المرجع السابق، ص 270.
[2]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 24.

في السؤال التي تطرحه محكمة الجنايات، وعلى سبيل المثال قضت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 18 ديسمبر 1984 على أنه:" بالرجوع إلى ورقة الأسئلة والحكم المطعون فيه يتبين أن السؤال الذي وضع وطرح وأدانت المحكمة بموجبه الطاعن بالقتل العمد كان ناقصا لا يشمل على كافة العناصر والأركان المكونة لجريمة القتل العمد، فالمادة 254 التي عرفت القتل العمد بأنه إزهاق روح إنسان عمدا، فيترتب على هذا السؤال الذي يطرح بشأن هذه الجريمة أنه يجب أن تتوافر فيه العناصر التي نصت عليها المادة المذكورة، وهي أولا: العنصر المادي وهو فعل القتل وأن يكون بفعل الجاني ومن شأنه إحداث الموت، ثانيا: أن يكون المجني عليه إنسانا على قيد الحياة، ثالثا: وهو العنصر الأهم وهو القصد الجنائي الذي هو العمد ويتحقق هذا العنصر متى كان الجاني إرتكب الفعل بنية إحداث الموت مع علمه بذلك"[1].

وفيما يتعلق بالأعمال الطبية المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء، يطرح التسائل حول تأثير الباعث الذي يجعل الطبيب يقوم بالسلوك الإجرامي بغرض إنقاذ حياة شخص أو إنهاء معانات مريض ميئوسا من شفاءه. فإذا قام الطبيب مثلا بترع عضو من جسم مريض محتضر من أجل زرعه في جسم شخص ثاني لإنقاذ حياته، مع علمه المسبق أن هذا الفعل سوف يؤدي لا محال إلى وفاة الشخص الأول، ففي هذه الحالة هل يمكن للطبيب الإفلات من المسؤولية الجزائية ؟

للإجابة عن هذا السؤال يتعين الرجوع أولا إلى الشروط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء، ثم إلى دور الباعث في إرتكاب الجريمة. وقد توصلنا في المبحث التمهيدي، أنه يشترط في إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء توافر حالة الضرورة من جانب المريض، والمتمثلة في المحافظة على حياته وسلامته البدنية، وكذا من جانب المتبرع المتمثلة في عدم تعريض صحة وسلامة لأخطار جسيمة، وهو ما نصت عليه المادتين 162 و166 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

أما في ما يخص الباعث في إرتكاب الجريمة، فإن هذا الأخير مهما كان نبيلا فإنه لا يحول دون قيام القصد الجنائي لدى الفاعل. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 02 ديسمبر 1975 بأن الدافع :"هو الباعث أو العلة الدافعة إلى الجريمة و يتكون من مجموع العوامل أو العواطف التي تثير الإنسان وتؤدي به إلى إرتكاب فعل معين". والأصل أن الدافع مهما كان

---

[1]- قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1984/12/118، م.ق 1990، عدد 2، ص 242 .
و قد قضت المحكمة العليا أيضا أنه: "لما كان القصد الجنائي ركنا من أركان جناية القتل العمد، وجب إستظهاره في السؤال المتعلق بالإدانة و إلا كان هذا الأخير ناقصا و ترتب على ذلك البطلان والنقض، إذ بدون بيان العنصر الأساسي في السؤال لا يعرف أعضاء المحكمة ما إذا كان القتل المنسوب إلى المتهم هو قتل متعمد أو قتل خطأ". قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1988/05/22، تحت رقم 67370، م.ق 1993 ، عدد 3 ، ص 185.

شريفا فإنه لا يبرر الإجرام، وإلا عمت الفوضى وصار القانون تابعا لأهواء المجرمين[1]. غير أن القضاء عادة ما يأخذ بالدافع كظرف من الظروف المخففة أو المشددة. وفي هذا قضت المحكمة العليا بأنه:" لما كان الدافع هو العامل النفسي الذي يدعو إلى التفكير في الجريمة والقوة المحركة لإرتكابها، فإن قضاة الموضوع غالبا ما يقيمون له وزنا ويخففون العقوبة في الحدود المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات، لاسيما إذا كانت الجريمة المرتكبة غير شائنة وكان مقترفها غير عائد وذا سيرة حسنة"[2]. وتطبيقا لذلك، فإن أركان جريمة القتل العمد تكون قائمة في حق الطبيب الذي يقوم بمثل هذا الفعل.

الفرع الثاني: قمع الجريمة:

إذا تحققت أركان جريمة القتل العمد في حق الجاني يعاقب طبقا لنص المادة 261 من قانون العقوبات، وتنقسم عقوبة القتل العمد إلى: عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية. كما توجد بعض الظروف التي تشدد فيها العقوبة أو تخفف، وسوف نتطرق فيه هذا الفرع إلى العقوبات ثم إلى الظروف المشددة.

أولا – العقوبات:

العقوبة هي الجزاء الذي يقرره المشرع و يوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته في إرتكاب جريمة القتل العمد. وتنقسم عقوبة القتل العمد إلى عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية.

---

[1] - قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1975/12/02، تحت رقم 22645؛ أشار إليه جيلالي بغدادي ، المرجع السابق، ص 13.

[2]- قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1988/10/04، تحت رقم 34903، أشار إليه جيلالي بغدادي، المرجع السابق ، ص 15. و نفس الاجتهاد يطبق على الطبيب الذي يقوم بإزهاق روح مريض لا يرجى شفاءه من أجل تخليصه من ألام المرض، و هو ما يسمى بالقتل الرحمة أو القتل بدافع الشفقة **Euthanasie** و أن هذه الجريمة يمكن أن تحدث بإحدى الصور الثلاثة التالية:

1- إعطاء المريض جرعة من دواء قوي مخفف للألام، بحيث يؤدي إلى قتله و يشكل في هذه الحالة القتل عن طريق التسميم و تطبق عليه المادة 263 من قانون العقوبات.

2- إيقاف أجهزة الإنعاش التي يتوقف عليها إستمرار الحياة للمريض فيموت.

3- وقف علاج المريض أو الإمتناع عن علاجه، بعد التأكد من أن علاجه لا يخفف عنه ألامه مع إستحالة شفاءه و إنقاذ حياته.

ففي الحالتين الأولى و الثانية، يقتضي السلوك الإجرامي فعلا إيجابيا من طرف الطبيب، أما الحالة الثالثة تتطلب موقفا سليبا قوامه إمتناع الطبيب عن علاج المريض لكن النتيجة في كلتا الحانتين تبقى واحدة ألا و هي إزهاق روح إنسان حي عمدا، و تطبق عليها المادة 254 من قانون العقوبات مهما كان الباعث الذي أدى إلى إرتكاب الفعل، حتى و لو كان ذلك بطلب من المجني عليه. سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 266.

1- العقوبات الأصلية:

تكيّف جريمة القتل العمد على أنها جناية وتكون عقوبتها السجن المؤبد، وقد نصت المادة 263-3 من قانون العقوبات، على أنه: "يعاقب القاتل بالسجن المؤبد". وتطبق تلك العقوبة على الجاني الذي يرتكب جريمة القتل دون توافر الظروف المشددة للجريمة التي نص عليها القانون.

2- العقوبات التكميلية:

بالإضافة إلى العقوبة الأصلية المنصوص عليها في المادة 263-3 المذكورة أعلاه، نص قانون العقوبات على عقوبات تكميلية. بحيث تطبق في حق الشخص الطبيعي المحكوم عليه بسبب إرتكابه جناية إما جوازيا أو إلزاميا و تتمثل العقوبات التكميلية حسب المادة 09 من قانون العقوبات في:

- مصادرة الأدوات التي إستعملت في إرتكاب الجريمة مع التحفظ بضمان حقوق الغير حسن النية، وتطبيقا لذلك يتعين على محكمة الجنايات أن تأمر بمصادرة الأدوات الجراحية التي إستعملها الطبيب في إرتكاب الجريمة أو التي كانت ستستعمل في تنفيذها، وكذا جميع الهبات و المنافع الأخرى التي إستعملت لمكافأة مرتكب الجريمة[1].

- المنع من مزاولة مهنة أو نشاط لمدة لا تتجاوز 10 سنوات، فإذا ثبت للجهة القضائية أن الجريمة التي إرتكبها صلة مباشرة بمزاولة المهنة وأن ثمة خطر في إستمرار ممارسته لها، ومن ثم يجوز لمحكمة الجنايات أن تأمر بمنع الطبيب الذي يرتكب جريمة القتل العمد بالمنع من مزاولة مهنة الطب أو أي نشاط ذو صلة لمدة لا تتجاوز 10 سنوات، كما يجوز لها أن تأمر بالنفاذ المعجل لهذا الإجراء[2].

- الحجر القانوني، وهو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه من مباشرة حقوقه المالية وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي، والحجر القانوني هو إجراء وجوبي يتعين أن تأمر به محكمة الجنايات[3].

- تحديد الإقامة لمدة لا تتجاوز 5 سنوات وذلك من تاريخ إنقضاء العقوبة أو الإفراج عن المحكوم عليه[4].

- المنع من الإقامة لمدة لا تتجاوز 10 سنوات من تاريخ الإفراج عن المحكوم عليه[5].

---

[1]- المواد 15 و 15 مكرر 2 و 16 و 4/263 من قانون العقوبات.
[2]- المادة 16 مكرر من قانون العقوبات.
[3]- المادة 09 مكرر من قانون العقوبات.
[4]- المادة 11 من قانون العقوبات.
[5]- المادة 12 من قانون العقوبات.

– الحرمان من الحقوق الوطنية وهي العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة، الحرمان من حق الإنتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام، عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الإستدلال، الحرمان من حق حمل السلاح وفي التدريس وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا، عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما، سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.وفي حالة الحكم على الجاني بجناية القتل العمد، يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه لمدة أقصاها 10 سنوات تسري من يوم إنقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه[1].

ثانيا– الظروف المشددة لجريمة القتل العمد:

يشدد القانون في عقوبة القتل العمد لظروف ترجع إما إلى النية المبيتة لدى الفاعل وإما إلى الوسيلة المستخدمة وإما لغرض الجاني[2]. ونظرا لهذه يعاقب القانون على القتل العمد بالإعدام في الأحول التالية:

1– القتل العمد مع سبق الإصرار:

عرفت المادة 256 من قانون العقوبات سبق الإصرار على أنه:" عقد العزم قبل إرتكاب الفعل الإعتداء على شخص معين أو حتى على شخص يتصادف وجوده أو مقابلته وحتى لو كانت هذه النية متوقفة على أي ظرف أو شرط كان". و بحسب هذا التعريف يقتضي سبق الإصرار عنصرين:

– التصميم السابق ، فسبق الإصرار يقتضي فترة من الزمن تمضي بين العزم على إرتكاب الجريمة و بين تنفيذها.

– التفكير و التدبير و هو أن يكون الجاني قد فكر فيما عزم عليه و رتب وسائله و تدبر في عواقبه ثم أقدم عليه وذلك أن العبرة في توافر ظرف سبق الإصرار ليست بمضي الزمن لذاته بين التصميم على الجريمة ووقوعها بل العبرة بما يقع في ذلك الزمن من التفكير و التدبير و أن ظرف سبق الإصرار يستلزم حتما أن تكون لدى الجاني فرصة تسمح له بالتروي والتفكير المطمئن فيما هو

---

[1]- المادة 9 مكرر 1 من قانون العقوبات.

[2]- و تضمن القانون من جهة أخرى أعذار مخففة للعقوبة على مرتكب جريمة القتل العمد، و عددها ثلاثة أعذار و هي: عذر الإستفزاز و يكون في حالة إرتكاب الجاني جريمة القتل لدفع التسلق أو مفاجأة أحد الزوجين متلبسا بجنة الزنا، أما العذر الثاني و هو قتل الطفل حديث الولادة و هي ظروف تخرج عن هذه الدراسة.

مقدم عليه[1]. وقد قضت المحكمة العليا أنه: "يشدد القانون عقوبة القتل العمد إذا إقترنت الجناية بظرف سبق الإصرار. ولقد عرف المشرع هذا الظرف في المادة 256 عقوبات، ويستدل من هذا التعريف أن سبق الإصرار يختلف عن القصد الجنائي. ففي القتل العمد البسيط تتحقق نية القتل بإتجاه إرادة الفاعل إلى إرتكاب الجريمة فجأة تحت تأثير طارئ، بينما يقتضي سبق الإصرار مضي فترة من الزمن بين التصميم على إرتكاب الجريمة وبين تحققها يفكر خلالها الجاني فيما هو عازم عليه، ويوازن بين مزاياه وأخطاءه بدون أن يوقفه على تنفيذ خطته الدنيئة وازع ديني أو وازع أخلاقي، وتقدير هذه الفترة الزمنية أمر متروك لقضاة الموضوع"[2] .

2- القتل مع سبق الترصد:

عرفت المادة 257 من قانون العقوبات سبق الإصرار بأنه:" إنتظار شخص لفترة طالت أو قصرت في مكان أو أكثر وذلك لإزهاق روحه"، وإستنادا على ذلك من الصعب تصور قتلا بدون سبق الترصد دون سبق إصرار. وبالرجوع إلى جرائم القتل العمد التي ترتكب من الطبيب المرتبطة بترع الأعضاء، فإنها تكون في الغالب مع سبق الإصرار والترصد، خاصة إذا كان الجاني يعمل مع جماعة إجرامية تتاجر في البشر والأعضاء تستعمل عدّة وسائل لتحقيق أغراضها مثل بإستدراج الضحايا وإغراءهم بالأموال أو إستعمال عمليات الخطف،كما أن تلك العمليات تتطلب تجهيزات طبية معقدة ووسائل متطورة.

3- إقتران القتل بجريمة أخرى:

وهي الحالة التي نصت عليها المادتين 263 الفقرتين الأولى والثانية التي تنص على:" يعاقب على القتل بالإعدام إذا سبق أو صاحب أو تلى جناية أخرى كما يعاقب على القتل بالإعدام إذا كان الغرض منه، إما إعداد أو تسهيل أو تنفيذ جنحة أو تسهيل فرار مرتكبي هذه الجنح أو الشركاء فيها أو ضمان تخلصهم من عقوبتها". وتفرق المادة بين حالتين، حالة إقتران القتل العمد بجناية أخرى سواء كانت سابقة أو معاصرة أو لاحقة لها، وحالة إرتباط القتل بجنحة يكون بينها و بين القتل رابطة سببية.

---

[1]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 24.

[2] - قرار مؤرخ في 1975/06/17 أشار إليه، جيلالي بغدادي المرجع السابق ص 130.

أ- إقتران القتل بجناية:

وهي الحالة التي نصت عليها المادة 263-1 من قانون العقوبات و يشترط لتحققها ثلاثة شروط:

- لا بد من إرتكاب جريمة قتل عمد، و ليس جرح عمدي مفضي إلى إحداث عاهة أو إلى الوفاة و يتعين أيضا أن تكون جريمة القتل تامة أي لا يكفي الشروع في إرتكاب الفعل.
- يجب أن يقترن القتل بجناية أخرى مهما كان نوعها و لا يشترط أن تكون الجناية المقترنة بالقتل تامة فالشروع يكفي لذلك.
- يجب أن تكون بين الجنايتين رابطة زمنية يمكن أن تكون طويلة أو قصيرة و يخضع تقدير هذا العنصر إلى قضاة الموضوع.

ب- إقتران القتل بجنحة:

وهي الحالة التي نصت عليها المادة 263-2 من قانون العقوبات و يشترط لتحققها ثلاثة شروط:

- يجب أن يرتكب الجاني جريمة قتل عمد.
- يجب أن يرتكب الجاني جنحة تكون مستقلة ومتميزة عن القتل، ولا يهم نوع الجنحة كما لا يشترط أن تكون تامة بل تكفي المحاولة لإرتكابها.
- يجب أن يكون بين القتل والجنحة رابطة سببية، أي يتعين أن تكون الغاية من إرتكاب القتل هو الإعداد أو التسهيل أو التنفيذ لإرتكاب جنحة، كما يجب أن تكون تلك الجنحة الهدف الأصلي والقتل يرتكب من أجلها[1].

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا أنه:" يستفاد من نص المادة 263 فقرتها الأولى من قانون العقوبات أن إقتران القتل العمد بجناية أخرى يكفي وحده لتشديد العقوبة، بينما يتطلب التشديد في الصورة الثانية المنصوص عليها في الفقرة الثانية توافر رابطة السببية بين الجريمتين، بحيث يجب أن يكون القصد من إرتكاب جناية القتل العمد تهيئة أو تسهيل أو تنفيذ جنحة"[2]. و وفقا لهذا يعاقب بالإعدام الطبيب الذي يقوم بإزهاق روح شخص ونزع عضو من أعضاء جسمه بهدف تمكين الغير من الإنتفاع منه بطريقة غير شرعية بمقابل منفعة مالية. فجناية القتل في هذه الحالة تكون مقترنة بجنحة المتاجرة بالأعضاء البشرية أو بالأشخاص، وهي الأفعال المنصوص

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 26.
[2] قرار الغرفة الجنائية مؤرخ في 1980/10/28 تحت رقم 22518، أشار إليه، أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات مدعم بالإجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 102.

والمعاقب عليها بالمادتين 303 مكرر 4 و 303 مكرر 16 من قانون العقوبات. كما أن الغاية من إرتكاب القتل هو التسهيل أو التنفيذ لإرتكاب الجنحة المذكورة أعلاه، وتمكين الغير من الحصول على عضو من أعضاء جسم الإنسان. وتجدر الإشارة إلى أن هذه الحالة تطبق أيضا إذا كان الغاية من إرتكاب فعل القتل هو التسهيل أو الإعداد أو التنفيذ لإرتكاب جناية، كما لو إرتكب فعل المتاجرة بالأعضاء البشرية من طرف جماعة إجرامية منظمة والذي يكيف على أنه جناية.

المطلب الثاني: جريمة الجرح العمدي المفضي إلى بتر عضو.

جريمة الجرح العمدي المفضية إلى بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة، هي من الجرائم التي تحمي الحق في سلامة الجسم ،كما أنها تدخل ضمن نطاق أعمال العنف العمد التي نص عليها المشرع في المواد 264 إلى 276 من قانون العقوبات. وقد يشكل فعل إستئصال عضو من أعضاء جسم الإنسان دون توافر الضمانات والشروط المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها، جريمة معاقب عليها قانونا حتى إذا تمت ذلك برضا المجني عليه، لأن تأثير الرضاء في إباحة الأفعال الماسة بسلامة الجسم لا يعتد به كأصل عام في قيام المسؤولية الجنائية للفاعل. وسوف ندرس الجريمة من حيث أركان قيامها في الفرع الأول ثم نعرج إلى الجزاء الذي وضعه المشرع لردعها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أركان الجريمة.

يشترط لقيام جريمة الجروح العمدية المفضية إلى بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة، توافر الركن المادي وكذا الركن المعنوي. وقد عبرت المحكمة العليا عن ذلك بقولها أنه:" يشترط في هذه الجناية توافر العناصر التالية، حصول واقعة ضرب أو جرح على إنسان حي وإصابة المعتدى عليه بعاهة مستديمة ووجود علاقة سببية بين الجرح والعاهة، وتعمد الجاني إرتكاب الفعل و إنصراف إرادته إلى المساس بسلامة الجسم"[1].

[1]- قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1982/01/05، تحت رقم 27373 ، أشار إليه جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، ص 284.

أولا– الركن المادي:

يتمثل الركن المادي في عمل من أعمال العنف أو الإعتداء التي يقوم به الجاني، بحيث تؤدي إلى حدوث عاهة مستديمة أو بتر عضو من أعضاء الجسم. ونتطرق أولا إلى أعمال العنف التي يقوم بها الجاني ثم إلى النتيجة.

1 – فعل الإعتداء:

وهو قيام الجاني بفعل مادي إيجابي على جسم شخص آخر[1]، ويكون ذلك إما بالضرب أو الجرح أو الإعتداء أو عمل من أعمال العنف الأخرى. أما فيما يخص العمليات المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية فإن فعل الإعتداء على السلامة الجسدية للإنسان تكون عن طريق التدخل الجراحي الذي يقوم به الطبيب، بحيث يؤدي إلى حدوث آثار واضحة على جسم المجني عليه. كما يترتب عن ذلك الفعل أعراض و مضاعفات على صحته.

و يقصد بالجروح كل قطع أو تمزيق في أنسجة الجسم بحيث يترك آثارا فيه، ولا يفرق القانون بين الجروح الظاهرية والجروح الباطنية في ترتيب الآثار القانونية لكل منهما. وتحدث الجروح الباطنية للشخص مثلا أثناء إجراء عملية إستئصال ورم أو عضو من أعضاءه الداخلية[2].

و عادة ما يكون هدف العمل الجراحي تحقيق أغراض علاجية تتمثل في شفاء المريض أو تحسين حالته الصحية مثل إصلاح عاهة يعني منها المريض أو رتق تمزق أو إستئصال عضو تالف. غير أن العمل الجراحي يمكن أن يكون غير مشروعا إذا كان الغرض منه تحقيق غايات غير علاجية أو تم إجراءه دون رضا الشخص الخاضع للعملية. وسوف تنطرق أولا إلى الحالة التي يكون فيها نزع العضو دون رضا صاحبه ثم إلى حالة تخلف قصد العلاج عند الطبيب ومدى تحقق فعل الإعتداء المشكل للركن المادي لجريمة الجرح المفضي إلى بتر عضو في كلتا الحالتين.

---

[1]- الأصل أن القانون لا يعاقب على من يمارس أعمال العنف على جسمه مثل التشويه الإرادي و إنما يشترط وقوع فعل الإعتداء من الغير، إلا أن لهذه القاعدة إستثناء في قانون القضاء العسكري، بحيث تضمن هذا الأخير قسم يحمل عنوان **"التشويه المتعمد"**، و تعاقب المادة 273 من القانون المذكور بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات، كل عسكري جعل نفسه قصدا غير صالح للخدمة مؤقتا أو مؤبدا ليتهرب من واجباته العسكرية، و إذا قام الجاني بذلك الفعل في زمن الحرب، تكون العقوبة بالسجن المؤقت مع الأشغال لمدة خمسة إلى عشرة سنوات، و يعاقب بالإعدام إذا كان الفاعل أمام العدو.

و تنص المادة 254 من قانون القضاء العسكري على أنه: **"إذا كان الشركاء في الجريمة أطباء أو صيادلة**، فيمكن أن تضاعف عقوبة الحبس أو السجن المؤقت مع الأشغال، فضلا عن الغرامة البالغة 5.000 دج إلى 20.000 دج بالنسبة للفاعلين غير العسكريين أو غير المماثلين للعسكريين."

أمر رقم 71-28 المؤرخ في 1971/04/22 المتضمن قانون القضاء العسكري، (ج.ر 38) بتاريخ 1971/04/23.

[2]- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق ، ص 48.

أ- تخلف شرط الرضا لدى المجني عليه:

يكيف عمل الطبيب على أنه تعدي على السلامة الجسدية إذا قام هذا الأخير بترع عضو من أعضاء جسم المريض دون الحصول على الموفقة المسبقة منه، ولا يعفى من المسؤولية حتى إذا كانت العملية تهدف إلى إنقاذ حياة شخص آخر أو كان المريض ميؤوس من شفاءه. وسوف نتطرق إلى أحكام وشروط الموافقة المسبقة عن علميات نقل وزرع الأعضاء بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

ومن التطبيقات القضائية التي توبع بها الطبيب الجراح على أساس جناية الجرح العمدي المفضي إلى بتر أحد الأعضاء لتخلف شرط الرضا لدى المريض، قضية فصلت فيها محكمة الجنايات بمجلس قضاء تيارت بتاريخ 11 مارس 2010 والتي تتلخص وقائعها في أن السيدة (ق ، ف) تقدمت بشكوى أمام النيابة ضد الطبيب الجراح (ع،ع)، مفادها أن هذا الأخير قام بإجراء عملية جراحية لها بالمستشفى خلال سنة 2001 تتمثل في نزع كيس مائي من بطنها بالجهة اليسرى، وبعد مرور ثمانية أشهر أحست بآلام إثرها قامت بإجراء فحوصات من أجل معرفة أسباب تلك الآلام، أين أخطرها الطبيب أن الطبيب الجراح الذي أجرى لها العملية نزع كليتها اليسرى. ولما أخبرت المشتكى منه عن الأمر صرح لها أنه سيرجع لها المصاريف الطبية، في حين نفى الطبيب الجراح ذلك وأكد أن الشاكية كانت تعاني من وجود كيس مائي ضخم بالكلية اليسرى بحسب التحاليل الطبية المجرات قبل العملية. كما أكد من جانب آخر أنه تم من خلال العملية الجراحية إستئصال الكيس المائي و جزء من الكلية بسبب التعفن، وأن العملية تمت بحضور الطبيب المخدر والجراح المساعد والممرضين وأنها كللت بالنجاح. مضيفا أن التحاليل اللاحقة، أكدت سلامة الكلية اليسرى التي أجريت عليها العملية.

وتبعا لذلك طلب السيد وكيل الجمهورية فتح تحقيق قضائي حول الوقائع موجها الإتهام ضد الطبيب الجراح (ع،ع)، على أساس جناية الجرح العمدي الفضي إلى بتر أحد الأعضاء الفعل المنصوص والمعاقب عليه بنص المادة 264-3 من قانون العقوبات، وأنه أثناء إجراءات التحقيق أمر السيد قاضي التحقيق بإجراء خبرة طبية على الضحية أين تبين من خلالها أن هذه الأخيرة فقدت فعلا كليتها اليسرى، وبعد إنتهاء التحقيق قررت غرفة الإتهام إحالة المتهم على محكمة الجنايات على أساس جناية الجرح العمدي المفضي إلى بتر أحد الأعضاء المذكورة أعلاه، بموجب

قرار الإحالة المؤرخ في 17 نوفمبر 2009 معللة قرارها "بوجود أعباء كافية لقيام المتهم ببتر الكلية اليسرى للضحية وهو الشيء الذي فنده هذا الأخير"[1].

غير أن محكمة الجنايات قضت بموجب حكمها المؤرخ في 11 مارس 2010 بتبرئة ساحة الطبيب من الأفعال المنسوبة إليه، وقد أجابت محكمة الجنايات على السؤال الرئيسي المتعلق بما إذا كان فعل الجرح الذي قام به المتهم قد أدى إلى بتر أحد الأعضاء أي الكلية اليسرى من جسم الضحية بالنفي[2].

وواضح من خلال وقائع هذه القضية التي جرت أطوارها قبل تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 أن قرار الإحالة إستند على شرط الموافقة المسبقة لدى الضحية كأساس الإتهام، أي على أساس أن الطبيب الجراح قام ببتر الكلية اليسرى للضحية دون علمهما وإرادتها، وأن الضحية كانت تعتقد قبل إجراء العملية أن الطبيب سوف يقوم بإزالة الكيس المائي الذي كان عالقا بكليتها فقط.

ب- إنعدام قصد العلاج في العمل الجراحي:

يعد قصد العلاج من شروط مزاولة مهنة الطب بصفة عامة، كما يعد هذا الشرط ضروريا خاصة بالنسبة إلى عمليات إستئصال الأعضاء البشرية. لذا نصت المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها أنه:" لا يجوز نزع الأعضاء أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية". وبحسب هذه المادة، فإنه يجب أن يكون الهدف من التدخل الجراحي إنقاذ حياة الأشخاص أو تحسين حالتهم الصحية، وتبعا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بقيام جريمة الجرح المفضي إلى عاهة مستديمة في حق الطبيب الذي قام بإجراء عملية إستئصال عضو من أعضاءه جسم شخص بقصد تخليصه من آداء الخدمة العسكرية، ولو أن العملية تمت برضاء المجني عليه[3].كما قضت نفس المحكمة بمسؤولية الطبيب، على أساس نفس الجريمة إثر قيامه بإستئصال رحم إمرأة بناء على طلب هذه الأخيرة دون أن ينطوي ذلك على أغراض علاجية[4].

و واضح من خلال هذه الإجتهادات، أن رضاء المجني عليه لا يحول دون قيام جريمة الجروح المفضية إلى فقد أحد الأعضاء إذا كان الطبيب لا يهدف من خلال تدخله الجراحي إنقاذ

---

[1]- قرار غرفة الإتهام، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 2009/11/17، تحت رقم 09/00908، غير منشور.
[2]- حكم محكمة الجنايات، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 2010/03/11 ، تحت رقم 10/00030، غير منشور.
[3]- قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1974/03/11 أشار إليه محمد القبلاوى، المرجع السابق، ص 30.
[4]- قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1935/12/16 أشار إليه، محمد القبلاوى ، المرجع السابق ، ص 30.

حياة الشخص أو تحسين حالته الصحية. وبالتالي يعد سلوكه إعتداء على السلامة الجسدية للشخص، وتطبق عليه المادة 264-3 من قانون العقوبات.

ومن القضايا التي أثارت جدلا فقهيا واسعا قضية الشاب الإيطالي Paul Salvatori وتتلخص وقائعها، في أن هذا الشاب كان متواجدا في إحدى المستشفيات بإيطاليا للعلاج، عندها سمع الأطباء يتحدثون عن أحد الرجال الأثرياء البرازيليين الذي فقد مقدرته الجنسية يرغب في إجراء علمية زرع خصية له، فتدخل الشاب بول و أبدى إستعداده في إعطاء هذا الثري أحدى خصيتيه مقابل مبلغ عشرة ألاف ليرة، وبالفعل قام الطبيب بإجراء هذه العملية وكللت بالنجاح. وقد وصل الأمر إلى النيابة العامة حيث قامت هذه الأخيرة بتحويل الشاب إلى الكشف الطبي، وقد تبين من خلاله أن الشاب قد شفي خلال ثمانية أيام من العملية وأنه لا يعاني من أي آلام بدنية أو نفسية من جراء العملية، وأن بقاءه بخصية واحدة لا يعيقه على الزواج أو الإنجاب. وبعد إنتهاء التحقيق، قررت النيابة العامة توجيه الإتهام ضد الأطباء الذين أجروا العملية على أساس جريمة الجرح العمدي المفضي إلى بتر عضو، كما تم توجيه الإتهام إلى المستفيد من العضو كشريك في إرتكاب الجرم المنوه إليه أعلاه. وبعد إحالتهم على محكمة نابولي الجزائية طالب ممثل النيابة إدانة المتهمين وتسليط العقوبة عليهم، وجاء في مرافعته أن الرضاء في العمليات الجراحية العادية يبرر إجراءها، لكن في حالة الشاب بول فإن الإعتداء قد أحدث ضعفا دائما في أحد أعضاء جسمه ولهذا فإن الإعتداء قد وقع على مصلحة لا يمكن التصرف فيها، ومن ثم فإن رضاء المجني عليه لا يترتب عليه أي أثر قانوني لإباحة هذه الجريمة.

وقد أصدرت محكمة نابولي الجزائية حكمها بتاريخ 27 نوفمبر 1931 يقضي ببراءة المتهمين، وإعتبرت المحكمة أن رضاء المجني عليه يبرر الإعتداء على سلامة الجسم ما دام الإعتداء الذي حدث لا يؤدي إلى عجز المجني عليه عن القيام بدوره العملي في مجتمعه وعائلته، وأن نزع خصية من الخصيتين من أي رجل لا يحدث أي ضرر، فالجراح الذي قام بالعملية ونزع خصية الطالب بقصد زراعتها في جسم المستفيد الذي كان عاجزا عن الإنجاب، قد أحدث جرحا بسيطا يمكن تبريره برضاء المجني عليه. وقد تم إستئناف قرار المحكمة الجزائية من طرف النيابة العامة، غير أن محكمة الإستئناف قررت بتاريخ 30 مارس 1932 تأييد الحكم المستأنف فيه معللة موقفها على أسباب أخرى، مفادها أن العملية الجراحية التي من شأنها نزع خصية من شخص لزرعها في شخص آخر لا تؤدي دائما إلى إضعاف العضو التناسلي. وبالتالي لا يمكن العقاب عليها لإنعدام

القصد الجنائي لدى الجراح، مضيفتا أن الشخص الذي تنازل عن إحدى خصيته قد قام بذلك وهو يعلم بهذه التضحية. وبعد الطعن في القرار من طرف النيابة أمام محكمة النقض أصدرت هذه الأخيرة قرارها بتاريخ 31 يناير 1934 يقضي، برفض الطعن المرفوع من قبل النيابة مع تأييد القرار المطعون فيه.

وقد تعرض قرار محكمة النقض الإيطالية إلى إنتقادات شديدة من قبل الفقه لعدة أسباب أبرزها، أن الحق في سلامة الجسم لا يتفق مع هذا الموقف ذلك أن قبول بعض العمليات الجراحية دون هدف علاجي، يجب أن يكون في حدود ضيقة بحيث لا يجب أن ينتج عن العملية الجراحية إعتداء على سلامة الجسم، كما هو الحال بالنسبة إلى القضية المطروحة. ومن جانب أخر فإن نزع خصية واحدة للضحية يمكن أن يؤدي إلى تعطيل وظائف الجهاز التناسلي، لأن وظيفة الخصية في الجسم لا تقتصر فقط على الإنجاب بل لها أدوار أخرى كما أنتقد هذا القرار من حيث مخالفته النظام العام و الآداب العامة، كون تبرع المجني عليه بخصيته في هذه الحالة تم لأسباب مالية بحتة وليس لسبب طبي، ولا يمكن بالتالي تبرير ذلك العمل بالإيثار والتضحية لجعل الإقتطاع مشروعا، وتبعا لذلك إعتبر الفقه أن العمل الذي قام به الطاقم الطبي يبقى غير مشروع ومخالفا للنظام العام والآداب العامة، كما يشكل بأركانه جريمة الجرح المفضي إلى بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة.[1]

2- العاهة المستديمة:

لا يكفي لقيام الركن المادة لجريمة الجرح العمدي المفضي إلى بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة وقوع فعل التعدي من قبل الجاني على جسم الضحية، بل يتعين أيضا أن يؤدي ذلك الفعل إلى حدوث بتر للعضو أو إحداث عاهة مستديمة له. ونطرق أولا إلى المقصود بالعاهة المستديمة ثم شروط قيامها:

أ- تعريف العاهة المستديمة:

لم يعرف القانون العاهة المستديمة وإنما ذكر بعض صورها في المادة 264 من قانون العقوبات، و التي وردت على سبيل المثال لا الحصر كون المشرع إستعمل في ذات المادة عبارة أو أية عاهة مستديمة أخرى، كما لم يحدد المشرع نسبة مئوية معينة للنقص الواجب توفره لتكوين

[1]- قرار محكمة النقض الإيطالية ورد في مؤلف، سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 107 و 108؛ أنظر أيضا، أحمد عبد الدائم، ص 167 و 168.

العاهة المستديمة. وبحسب الفقه يقصد بالعاهة المستديمة: "فقد منفعة عضو من أعضاء الجسم فقدا كليا أو جزئيا سواء بفصل العضو أو بتعطيل وظيفته أو مقاومته، على أن يكون ذلك بصفة مستديمة أي لا يرجى شفاء المجني عليه منها"[1]. و عادة ما يلتجئ القضاء الخبرة الطبية المختصة من أجل تحديد ما إذا كان فعل الإعتداء الذي تعرض له الضحية، نتج عنه بتر عضو من أعضاء الجسم أو إحداث عاهة مستديمة.

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 25 ديسمبر 2001 أنه:" يستنتج من أوراق الملف أن المتهم متابع من طرف النيابة بتهمة إرتكاب جناية الضرب والجرح العمدي المؤدي إلى فقدان أحد الأعضاء المتمثل في إستئصال عضو البنكرياس للضحية، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 264-3 من قانون العقوبات. و بتاريخ 09 أكتوبر 1999 قام قاضي التحقيق بإتخاذ أمر يرمي إلى إعادة تكييف الوقائع إلى جنحة الضرب والجرح العمدي طبقا للمادة 264 من نفس القانون، حيث أنه حال نظرها في الإستئناف المرفوع من طرف النيابة العامة قررت غرفة الإتهام المصادقة على أمر قاضي التحقيق، وسبب قضاة المجلس قضاءهم بالحيثية التالية حيث أن البنكرياس أو الطحال يعتبر من الأحشاء الداخلية لجسم الإنسان و يعتبر جهازا وليس عضوا ...، وبالرجوع إلى قضية الحال يستخلص من الوقائع أن الضحية تعرض للضرب بركلة على مستوى أسفل ظهره، مما أدى إلى نقله إلى المستشفى أين أجريت عليه عملية جراحية أدت إلى إستأصال الطحال، حيث أن قضاة المجلس بنوا قضاءهم لتأييد الأمر الصادر عن قاضي التحقيق الرامي إلى إعادة تكييف الوقائع إلى جنحة الضرب و الجرح العمدي إعتبارا لكون الطحال هو جهاز و ليس عضو لجسم الإنسان، حيث أن التسبيب غير كافي بحيث كان يتعين على قضاة المجلس الإستعانة بطبيب مختص ذات الخبرة في مسألة علمية لفحص الضحية و القول فيما إذا إستئصال الطحال يؤدي إلى عاهة مستديمة أم لا ذلك لإمكانهم تحديد الوصف القانوني الصحيح للفعل المتابع به المتهم المدعى عليه في الطعن[2].

---

[1]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ص 49.

[2]- قرار غرفة الجنح و المخالفات مؤرخ في 2001/12/25، تحت رقم 254258، م.ق 2002، عدد 2، دار القصبة للنشر، طبعة 2004، ص، 546.

و يلاحظ من خلال القرار المستأنف فيه، أنه إستعمل مصطلح أن الطحال هو **جهاز و ليس عضو لجسم الإنسان** و هو نفس المصطلح الذي إستعمله المشرع في المادة 161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، عندما نص على أنه: "لا يجوز إنتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة أو **الأجهزة البشرية**، إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" بالرغم من أن الجسم البشري ينقسم كما سبق الإشارة إليه إلى أعضاء و مشتقات الجسم.

ب- تأثير جسامة النتيجة على التكييف القانوني للوقائع:

تختلف جسامة العاهة والتي تسببها العمليات الجراحية غير الشرعية التي يقوم بها الطبيب بهدف نزع عضو بحسب الدور البيولوجي الذي يلعبه العضو المقتطع من جسم المجني عليه، و بصفة عامة يشترط في قيام الجريمة أن يكون العضو المستأصل غير ضروري للحياة. وهو ما سوف نتعرض إليه في النقطة الأولى، ثم نتعرض في النقطة الثانية إلى تفاقم النتيجة التي يقوم بها الجاني بحيث تؤدي إلى الوفاة ما يلي:

- الحالة الأولى: إستئصال عضو غير ضروري للحياة:

وتحقق الجريمة بقيام الطبيب بإستئصال عضو غير ضروري للحياة من جسم إنسان سليم مثل نزع قرنية العين فيؤدي فعله هذا إلى فقد إحدى الأبصار أو كليهما، أما إذا كان العضو ضروريا للحياة فإنه يعد مرتكبا لجريمة القتل العمد كما سبقت الإشارة إليه ولا يشترط أن يقوم الطبيب ببتر العضو بترا كليا لتقوم الجريمة في حقه. وإنما تقوم الجريمة حتى ولو قام الطبيب بإقتطاع جزء من العضو شرط أن يؤدي ذلك إلى فقد منفعة العضو المعتدى عليه فقدا كليا أو جزئيا.

وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 19 يناير 1982 أن: "المادة 264-3 من قانون العقوبات، لم تعرّف بدقة العاهة المستديمة وإنما إكتفت بالإشارة إلى صور منها كفقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أو كف البصر أو فقد أبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، مما يدل على أن الجرح الذي يؤدي إلى فقد منفعة عضو من أعضاء المعتدى عليه فقدا كليا أو جزئيا بالفصل أو البتر أو تعطيل وظيفته بصفة دائمة تطبق عليه أحكام الفقرة 3 من المادة 264 المذكورة"[1]. و من جانبها إعتبرت محكمة النقض المصرية، أن الجريمة تتحقق أيضا حتى في حال إقتطاع جزء من الجسم ولو لم يكن عضوا حسب المفهوم الذي توصلنا إليه سابقا ما دام إقتطاع هذا الجزء يؤدي إلى حدوث عاهة مستديمة للمجني عليه، وهكذا قررت محكمة النقض أن: "فقدان الضحية للجزء الأيسر من بطنه بنسبة 15 في المائة يعد بحسب القانون مشكلا لعاهة مستديمة، طالما كان له صفة الديمومة والاستمرار"[2]. وبحسب هذا القرار لا عبرة بالتفرقة بين إقتطاع جزء يسير أو كبير من العضو مع بقاء أصله في موضعه من الجسم وإنتزاع العضو بالكامل.

---

[1]- قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1982/01/19، تحت رقم 26505، أشار إليه ، جيلالي بغدادي ، ص 284.

[2]- قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1989/12/07 أشار إليه ، مهند صالح فتحي العزة، ص 194.

– الحالة الثانية: إذا أدى بتر العضو إلى وفاة المجني عليه:

يشترط أيضا في قيام جريمة الجرح العمدي المفضي إلى بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة ألا يؤدي فعل الإعتداء إلى الوفاة، فإذا قام الطبيب بإقتطاع عضو غير ضروري للحياة من جسم الضحية، وأدى هذا الفعل إلى الوفاة دون قصد إحداثها، فنكون هنا أمام تكييف أخر للواقعة وهو جريمة الجروح العمدية المفضية إلى الوفاة دون قصد إحداثها. وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بنص المادة 263-4 من قانون العقوبات. ولا يشترط بحسب هذه المادة أن يحصل الموت عقب إجراء العملية الجراحية مباشرة، وإنما قد يحدث ذلك بعد فترة طويلة ولكن في كل الأحوال يشترط وجود رابطة سببية بين فعل الإعتداء أي يتعين أن تكون عملية إقتطاع العضو من الضحية هي التي تسببت في الوفاة. وللخبرة الطبية دور أساسي في الكشف عن تلك العلاقة. وفي هذا قضت المحكمة العليا أنه:" يشترط لتحقيق جريمة الجرح العمدي المفضي إلى الوفاة دون قصد إحداثها، أن تكون وفاة المجني عليه ناتجة عن الجرح العمد الذي وقع عليه ومرتبطة به إرتباط السبب بالمسبب، بحيث إذا إنعدم هذا الإرتباط فلا يؤاخذ المتهم إلا على جنحة الضرب حسب الأحوال"[1]. و قضت في قرار آخر أنه:" بالنسبة للجناية المنصوص عليها في المادة 264-3 من قانون العقوبات، يجب أن يسأل أعضاء محكمة الجنايات عن واقعة الضرب العمد أولا ثم عن وجود علاقة سببية بين هذا الضرب والعاهة المستديمة التي نتجت عنه في حالة الإجابة بالإيجاب عن السؤال الأول"[2].

ثانيا– الركن المعنوي:

تشرط جريمة الجروح العمدية القصد الجنائي العام المتكون من عنصري العلم والإرادة، شأنها في ذلك شأن سائر الجرائم العمدية المنصوص عليها في قانون العقوبات، وبالتالي فإن الجاني المرتكب لفعل الإعتداء على جسم الضحية أو صحته، يمكن مسائلته متى ثبت علمه بكافة عناصر الجريمة، متى إتجهت إرادته في إحداث الفعل وتحقيق النتيجة المترتبة عليه المتمثلة في بتر العضو. أما إذا ترتب عن فعله وفاة الضحية فإن القصد يكون في هذه الحالة إحتماليا كون الجاني أراد الحصول على عضو من أعضاء الضحية إلا أن العملية الجراحية أدت إلى وفاة هذا الأخير، وبالتالي فإن النتيجة تجاوزت قصد الفاعل.

---

[1]- قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1984/06/26، تحت رقم 34826، أشار إليه، جيلالي بغدادي ، ص 285.
[2] - قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1985/01/05، تحت رقم 27373، أشار إليه، جيلالي بغداد ، ص 286.

وقد حدد الفقه الفرنسي المبادئ العامة التي تحكم تطبيق القصد الإحتمالي التي تتمثل في توافر العلاقة السببية بين الجريمة الأولى المرتكبة بقصد مباشر أي الجروح العمدية والنتيجة الإجرامية الثانية التي لم يقصدها الجاني، والتي يسأل عنها بموجب قصده الإحتمالي المتمثلة في إحداث الموت للضحية، ويكفي للإعتداد بالعلاقة السببية أن تحدث وفقا للسير العادي للأمور. ومن ناحية ثانية لا يشترط أن يتوقع الفاعل النتيجة الثانية التي يسأل عنها بقصد إحتمالي ولا يشترط أن يكون توقع الجاني للنتيجة الثانية توقعا فعليا، لأن المعيار المعتمد في تقديره هو معيار موضوعي يقوم على إستطاعة الجاني في توقع النتيجة الإجرامية الثانية وهي إحداث الموت عند إتيانه الفعل الأصلي وهو إقتطاع العضو من جسد الضحية[1]. ويتعين على المحكمة أبراز العنصر الإرادي في جريمة الجرح العمدي التي تنجم عنها نتائج خطيرة، كبتر العضو أو إحداث العاهة المستديمة أو الوفاة كما هو منصوص عليها في المادة 264 فقرة 3 و 4.

وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 02 ديسمبر 1975 أن:" الجناية المنصوص و المعاقب عليها في المادة 264 فقرة 4 من قانون العقوبات جريمة عمدية، تستلزم لتوافرها القصد الجنائي الذي يتمثل في تعمد الإعتداء على المجني عليه دون قصد المساس بحياته". كما أن المحكمة العليا تذكر بإستمرار محاكم الجنايات، بكيفية طرح الأسئلة وضرورة تجزئتها لتفادي السؤال المتشعب، مثل القرار الذي نقض حكم محكمة الجنايات الذي إستند على جواب مستخلص من سؤال متشعب أدمج السؤال الرئيسي المتضمن القصد المباشر في إتيان الواقعة الأصلية مع النتائج التي نجمت عنها[2]. وكذا القرار المؤرخ في 05 يناير 1982 الذي جاء فيه أن: "المقصود بالسؤال الثاني الذي يتناول موضوع النتائج الإجرامية الأشد جسامة التي لم يقصدها الجاني بفعل الضرب والجرح، هو البحث عن علاقة السببية التي يجب أن تثبت بين الواقعة الأصلية والنتيجة المعوزة إليها، وهي في واقع الحال العاهة المستديمة، ومتى لم تجب المحكمة إلا على سؤال واحد فقط خاص بالضرب والجرح فقد عرضت حكمها للنقض"[3].

---

[1]- و يشترط أيضا لتطبيق فكرة القصد الإحتمالي، أن ينص عليها القانون صراحة لأن المشرع هو وحده مخول بتحديد المجال الذي يطبق فيه القصد الإحتمالي. و مثاله حالة الجروح المؤدية إلى إحداث الوفاة المنصوص عليها في المادة 4/264 من قانون العقوبات، أحمد مجحودة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 734.

[2]- قرار الغرفة الجنائية، بتاريخ 1984/07/10، م.ق 1989 ،عدد 1 ، ص 301.

[3]- قرار الغرفة الجنائية، بتاريخ 1982/01/05، م.ق 1989 ،عدد 2 ، ص 234.

الفرع الثاني: الجزاء.

تختلف العقوبة حسب خطورة النتائج التي أسفرت عن العمل الجراحي المرتكب من الجاني، ونتعرض أولا إلى الجزاء في حالة ما إذا نتج عن الفعل عاهة مستديمة، ثم نتعرض إلى الجزاء في حالة ما إذا نتج عن الفعل وفاة المجني عليه دون قصد إحداثها.

أولا- الجرح العمدي المؤدي إلى عاهة مستديمة:

تكيف جريمة الجرح العمدي المؤدي إلى بتر عضو أو إحداث عاهة مستديمة، على أنها جناية غير أن لهذه الجناية مبدأ عام يطبق في الحالات العادية، وتكون في بعض الأحيان جناية مشددة إذا توافرت بعض الظروف المشددة.

1- المبدأ:

تنص المادة 264 فقرة 3 من قانون العقوبات على أنه:" إذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أوفقد أبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات".

2- الظروف المشددة:

وتشدد العقوبة إذا إرتكب الفعل في الحالات التالية:

أ- الحالة المنصوص عليها في المادة 265 من قانون العقوبات:

وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 265 من قانون العقوبات، المتمثلة في إرتكاب الجريمة مع سبق الإصرار أو الترصد و تكون عقوبتها السجن المؤقت من عشرة إلى عشرين سنة.

ب- الحالة المنصوص عليها في المادة 272 فقرة 1 من قانون العقوبات:

وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 272 فقرة 1 من قانون العقوبات، المتمثلة في إرتكاب الجريمة على ضحية قاصر لم يتجاوز 16 سنة من عمره و عقوبتها السجن المؤقت من عشرة إلى عشرين سنة.

ج- الحالة المنصوص عليها في المادة 267 فقرة 3 من قانون العقوبات:

وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 267 فقرة 3 من قانون العقوبات، المتمثلة في كون الضحية من الأصول وعقوبتها من السجن المؤقت من عشرة إلى عشرين سنة.

د- الحالة المنصوص عليها في المادة 272 فقرة 3 من قانون العقوبات:

وهي الحالة المنصوص عليها في 272 فقرة 3 من قانون العقوبات، المتمثلة في توافر ظرف سبق الإصرار أو الترصد و الجاني من الأصول أو ممن لهم سلطة على الضحية أو يتولى رعايتها و عقوبتها السجن المؤبد.

هـ- الحالة المنصوص عليها في المادة 267 فقرة 4 من قانون العقوبات:

وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 267 الفقرة الأخيرة من قانون العقوبات، المتمثلة في توافر ظرفي سبق الإصرار أو الترصد و كون الضحية من الأصول و عقوبتها السجن المؤبد.

ثانيا- حالة ما إذا أدى الفعل إلى الوفاة:

كما هو الشأن في الحالة الأولى تكيف جريمة الجرح العمدي المؤدي إلى الوفاة على أنها جناية يحكمها مبدأ عام من حيث العقوبة وكون في بعض الأحيان جناية مشددة إذا توافرت بعض الظروف.

1- المبدأ:

بحسب المادة 264 فقرة 4 من قانون العقوبات أنه: "إذا أفضى الضرب أو الجرح الذي إرتكب عمدا إلى الوفاة دون قصد إحداثها، فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

2- الظروف المشددة:

وتشدد العقوبة إذا إرتكب الفعل في الحالات التالية:

أ- الحالة المنصوص عليها في المادة 265 من قانون العقوبات:

وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 265 من قانون العقوبات، المتمثلة في إرتكاب الجريمة مع سبق الإصرار أو الترصد و تكون عقوبتها السجن المؤبد.

ب- الحالة المنصوص عليها في المادة 267 فقرة 4 من قانون العقوبات:

وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 267 فقرة 4 من قانون العقوبات، المتمثلة في كون الضحية من الأصول وعقوبتها من السجن المؤبد.

ج- الحالة المنصوص عليها في 272 فقرة 4 من قانون العقوبات:

وهي الحالة المنصوص عليها في 272 فقرة 4 من قانون العقوبات، المتمثلة في كون الجاني من الأصول أو ممن لهم سلطة على الضحية أو يتولى رعايتها و عقوبتها الإعدام.

المطلب الثالث: جريمة الخصاء.

وهي الجريمة المنصوص و المعاقب عليها بالمادة 274 من قانون العقوبات، ويقصد بها إستئصال أو قطع عضو من الأعضاء التناسلية للإنسان من أجل حرمان هذا الأخير من الإنجاب سواء كان المجني عليه رجلا أو إمرأة[1]. وسوف ندرس هذه الجريمة على ضوء المستجدات الطبية والجراحية، لا سيما المتعلقة منها بالتبرع بالأعضاء التناسلية وكذا عمليات تغيير الجنس والتي أثارت نقاش حاد بين الفقهاء من الناحية القانونية والأخلاقية والدينية. ونبدأ أولا في دراسة أركان الجريمة في الفرع الأول ثم الجزاء المقرر لها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أركان الجريمة.

يشترط لقيام جريمة الخصاء توافر الركن المادي أي حصول فعل التعدي على أحد الأعضاء التناسلية للإنسان، بحيث يؤدي إلى إقتطاع ذلك العضو، ومن جانب آخر يشترط القانون توافر الركن المعنوي المتمثل القصد الجنائي أو النية الإجرامية في إصابة المجني عليه بعاهة تتمثل في حرمانه من الإنجاب.

أولا- الركن المادي:

يتحقق الركن المادي للجريمة بالسلوك الإجرامي المتمثل عنصر الإعتداء وكذا بتر العضو التناسلي، مع ضرورة توافر العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، ويتحقق السلوك المجرم إما بواسطة التدخل الجراحي أو بأي عمل مادي يقوم به شخص من غير الأطباء، ولا يهم إن كان العضو محل الإعتداء من الأعضاء التناسلية الداخلية أو الخارجية. ونقتصر على دراسة عنصر الإعتداء من جانب الأعمال الطبية والجراحية دون الأعمال المادية الأخرى التي تخرج عن موضوع البحث، مع

[1]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 58.

التركيز على عمليات نقل وزرع الأعضاء التناسلية، وكذا عمليات تغيير وتصحيح الجنس المرتبطة بها.

ونشير أيضا إلى أن الهدف من وراء إجراء مثل هذه العلميات، قد يكون علاجيا أو وقائيا مثل المساعدة على الإنجاب أو إنشاء الهرمونات أو قطع الحمل. وقد لا تهدف تلك العمليات إلى تحقيق أي هدف علاجي، وبغض النظر عن ذلك فإن تدخل الطبيب يكون مجرما في بعض الحالات دون الأخرى، والتي يتم التطرق إليها من خلال دراسة عمليات التبرع بالأعضاء التناسلية أولا ثم عمليات تغيير الجنس و تصحيحه ثانيا.

1- التبرع بالأعضاء التناسلية:

تطرح عمليات زرع الأعضاء التناسلية نفس المشاكل من الناحية التقنية أو الطبية، مع عمليات زراعة الأعضاء الأخرى مثل القلب أو الكبد. كما يمكن لتلك الأعضاء أن تحتفظ بخصائصها البيولوجية لبعض الوقت بعد وفاة صاحبها. غير أن المشكل الذي يثار من الناحية القانونية حول مدى شرعية هذا النوع من العمليات. وبالرجوع إلى التشريع، لا نجد أي نص خاص يتعرض هذا النوع من العمليات كما لا يوجد أي نص ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها يجيز أو يمنع نقل الأعضاء التناسلية سواء للرجال أو النساء، ما عدا المادة 161 نصت على أنه:" لا يجوز إنتزاع الأعضاء و لا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية". وبحسب هذه المادة فإن الغرض العلاجي هو العنصر الرئيسي لمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء، بالإضافة إلى باقي الشروط التي تطرقنا إليها في الفصل التمهيدي للمذكرة. لذا يتعين في هذه الحالة التفرقة ما إذا كان الهدف من بتر العضو التناسلي يهدف إلى التبرع به أم لأغراض علاجية محضة.

أ- إذا كان الهدف من التدخل الجراحي علاجيا.

فإذا كان الغرض من عملية إقتطاع العضو التناسلي علاجيا محضا، ولا يهدف إلى التبرع بذلك العضو إلى شخص ثاني. فإن العملية تكون مشروعة من الناحية الجزائية ومثال ذلك إستئصال الخصية أو المبيض بسبب إصابته بورم أو مرض أو إستئصال الرحم من أجل قطع عملية الحمل لدى المرأة، إذا كان هذا الأخير يشكل خطرا جسيما على حياتها أو صحتها البدنية. فإن عمل الطبيب يكون في هذه الحالة مباحا بحسب نص المادة 39 من قانون العقوبات. كما لا

يكون سلوك الطبيب مجرما إذا كانت العملية الجراحية تهدف إلى إزالة التشوهات الخلقية بالأعضاء التناسلية للمريض التي تكون لها إنعكاسات سلبية على صحته[1].

ب – إذا كان الهدف من الإقتطاع التبرع بالعضو:

عادة ما تهدف عملية نقل وزرع الأعضاء التناسلية إلى تحقيق غرض طبي أو علاجي بالنسبة إلى المستفيد مثل علاج حالات العقم أو المساعدة على الإنجاب، و سواء تم إقتطاع العضو المتبرع به من إنسان حي أو جثة فإن هذا النوع من العمليات يثير جدلا فقيا واسعا في المجتمعات المحافظة أو المجتمعات الغربية، يتمحور حول مشروعيتها من الناحية القانونية، وذلك بالنظر لخصوصية تلك الأعضاء من حيث أنها تحمل صفات وراثية للإنسان[2].

و لم يقتصر الجدل حول مشروعية التبرع بالأعضاء التناسلية بالمعنى البيولوجي الدقيق للكلمة مثل المبيض لدى المرأة والخصيتان لدى الرجل بل امتد أيضا إلى مشتقات الجسم الأخرى ذات الصلة مثل البويضات و المنى. ويمكن إجمال الآراء التي طرحت في هذا الشأن إلى ثلاثة إتجاهات أساسية:

– الإتجاه الأول:

يذهب هذا الإتجاه إلى القول أن عمليات نقل وزرع الأعضاء التناسلية هو عمل غير مشروع من الناحية القانونية، كما يمنع إجراءها منعا مطلقا بالرغم من عدم وجود نص صريح في قانون حماية الصحة وترقيتها، يعالج المسألة و قد إستدل أنصار هذا الإتجاه إلى الحجج التالية:

– إن نقل الخصيتين من المتبرع الحي يؤدي إلى حرمانه من النسل، كما أن بتر الرحم من جسم المرأة يؤدي إلى نفس النتيجة، وهو ما لم يجزه القانون حتى لو تم برضاء المجني عليه بحيث يعد هذا السلوك مشكلا لجريمة الخصاء التي تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الأعضاء التناسلية للإنسان من شتى أنواع الإعتداء، وكذا حماية الشخص من قطع النسل و يضاف إلى ذلك أن هذا النوع من العمليات لا ينطوي على ضرورة علاجية، لأن العضو المتبرع به تم بتره من جسم شخص سليم من الناحية الفسيولوجية[3].

[1] - P. Bruno, Op.cit, p.198.

[2]- صابر محمد سيد، المرجع السابق، ص 181.
[3]- مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 480.

– أنه من المتفق عليه من الناحية الطبية أن نقل الأعضاء التناسلية يؤدي إلى إختلاط الأنساب، وكذا الصفات الجينية إلى المولود ومثال ذلك عملية زراعة المبيض لدى المرأة التي تهدف إلى شفاءها من العقم المرضي، فإذا نجحت العملية وتمكنت المرأة من الحمل فإن الطفل التي تحمله خلال تسعة أشهر سوف تنتقل إليه بالضرورة الصفات الوراثية للمرأة المتبرعة بالمبيض ولا تنتقل إليه الصفات الوراثية الخاصة بالمرأة التي حملته. وبالتالي يكون النسل غريبا من الناحية البيولوجية لأنها ليست الأم لطفلها من الناحية الوراثية، وهو ما يشبه الحالة المطروحة في التلقيح الإصطناعي الذي يتم فيه تلقيح بويضات المرأة بواسطة حيوانات منوية خاصة برجل آخر غير زوجها. مما يؤدي إلى إختلاط الأنساب وهو ما لم تجزه المادة من قانون الأسرة، التي تمنع اللجوء إلى طريقة الأم البديلة في المساعدة على الإنجاب[1].

– إن عمليات نقل و زرع الأعضاء التناسلية تنتفي فيه حالة الضرورة التي تشترطها قانون حماية الصحة وترقيتها لا سيما في المادتين 162 و 166 بحكم وجود طرق بديلة للإنجاب ومثالها طريقة التلقيح الإصطناعي.

– إن عمليات نقل الأعضاء التناسلية هو مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعد مصدرا للتشريع في القانون الجزائري التي تمنع التبني واختلاط الأنساب وإجارة الأرحام، هو ما أكدت عليه مختلف الندوات والمؤتمرات التي ناقشت هذه المسألة والتي توصلت جميعها إلى تحريم نقل الغدد والأعضاء التناسلية التي تحمل صفات وراثية، ومنها الندوة العلمية حول نقل وزرع الأعضاء وإستئجار الأرحام والإستنساخ ومدى شرعيتها التي نظمها مجلس وزراء العدل العرب في إطار جامعة الدول العربية في بيروت في الفترة ما بين 02 و 04 سبتمبر 2000، التي توصلت إلى منع إستخدام غير رحم الزوجة في عملية الإنجاب بغض النظر عن فكرة إستئجار أو التبرع بالرحم. كما أكدت الندوة أن عمليات نقل الأعضاء التناسلية مخالفة لأحكام الشرع الإسلامي، لأنها تؤدي إلى إختلاط الأنساب[2].

– كما تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء التناسلية مخالفة للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر، وأن شرط عدم مخالفة النظام العام والآداب هي من بين شروط إباحة العمل الطبي أو الجراحي،

[1]- محمد محمود حمزة ، المرجع السابق، ص 241.
[2]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 406.

وأن أي عمل طبي يخرق هذا المبدأ يعد مساسا بالجانب الإجتماعي من الحق في سلامة الجسد، ذلك أن الحق في سلامة الجسد من الحقوق المشتركة بين الفرد و المجتمع.

الإتجاه الثاني:

وخلافا للإتجاه الأول يرى هذا الإتجاه بجواز نقل الأعضاء التناسلية إجازة مطلقة، لا سيما إذا تم إنتزاع العضو المتبرع به من شخص ميت و يستند أصحاب هذا الإتجاه إلى الحجج التالية:

- أنه لا يوجد أي نص في قانون حماية الصحة وترقيتها يمنع إجراء مثل هذا النوع من العمليات كما أن عمليات نقل وزرع الأعضاء الأخرى لا تنطوي هي الأخرى إلى غرض علاجي بالنسبة إلى المتبرع بالعضو.

- ليس بالضرورة أن تكون علميات زرع الأعضاء التناسلية المساعدة على الإنجاب بل يمكن إجراءها لأغراض أخرى مثل تنشيط الأثر الهرموني لدى الرجل من خلال زرع الخصية، وليس لهذا النوع من الزرع أثر على النسب وتكوين المني. وهو ما ذهب إليه القضاء الإيطالي –في القضية السابق الإشارة إليها– عندما قضت محكمة نابولي الجزائية، بأن رضاء المجني عليه يبرر الإعتداء على سلامة الجسم ما دام الإعتداء الذي حدث لا يؤدي إلى عجز المجني عليه عن القيام بدوره العملي في مجتمعه وعائلته، وأن نزع خصية من الخصيتين من أي رجل لا يحدث أي ضرر. فالجراح الذي قام بالعملية ونزع خصية الطالب بقصد زراعتها في جسم المستفيد الذي كان عاجزا عن الإنجاب، قد أحدث جرحا بسيطا يمكن تبريره برضاء المجني عليه.

- أنه لا تأثير للجينات الوراثية ولا خوف من تطابقها لدى شخصين عند عملية نقل الأعضاء التناسلية، خاصة إذا تمت العملية بين شقيقين لعلاج بعض الأمراض الهرمونية.

- ينتج عن زرع الخصية إنتقالها إلى جسم المستفيد ولا يليق النظر إلى الأصل، الذي أخذت منه وإعتبارها جزء لا يتجزأ من المستقبل وهو يجعلها تأخذ حكمه في كل شيء[1].

الإتجاه الثالث:

يحاول هذا الإتجاه التوفيق بين الأتجاه الأول والثاني بإجازة نقل وزراعة الأعضاء إجازة نسبية، حيث يرى أنصاره بأنه لا مانع من نقل خصية واحدة فقط إلى شخص أخرى، ولكن ما لا يجوز هو نقل الخصيتين معا قياسا على نقل إحدى الكليتين أو إحدى الرئتين دون الأخرى، لأن

[1] - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 404.

المتبرع بإمكانه العيش بعضو واحد فقط.كما ذهب هذا الإتجاه للقول، أن قطع خصية واحدة لا يؤدي إلى قطع نسل المتبرع وبالتالي في الحالة الأولى لا يشكل سلوك الطبيب عملا مجرما بحسب المادة 274 من قانون العقوبات، بينما يشكلا في الحالة الثانية جريمة خصاء لأن ذلك يؤدي إلى قطع نسل المتبرع. كما أضافوا أنه يتعين ترك جزء من السلطة للأطباء لتقرير أو إحتمال إجراء هذا العلاج أم لا كما يتعين إجراءها في نطاق ضيق مثل العمليات التي يتم إجراءها بين الأخوين[1].

غير أننا نعتقد أن تلك العمليات تبقى من الأعمال الطبية غير المشروعة من الناحية الجزائية، إذا تم إنتزاع العضو التناسلي من جسم إنسان حي حتى ولو هدفت إلى تحقيق غرض علاجي بالنسبة إلى المستفيد من العضو لأنها تخالف النظام العام و الآداب العامة. وتؤدي إلى إختلاط الأنساب بالإضافة إلى مساسها بالحق في السلامة الجسدية للشخص المتبرع، وتؤدي لا محالة إلى إصابته بعاهة بجهازه التناسلي سواء تم بتر عضو منفرد أو مزدوج. كما يتعين على المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عمليات إنتزاع الأعضاء وزرعها وتجريبها، وكل المناهج العلاجية التي تفرضها تطورات التتقنيات الطبية أن يؤخذ بعين الإعتبار هذه المعطيات، إذا ما طرحت عليه المسألة بحسب ما تنص عليه المادة 168 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها، لا سيما و يقدر في ذلك ضرورة إحترام المبادئ الأخلاقية التي تحكم ممارسة مهنة الطب والكرامة الإنسانية.

2- عمليات تصحيح و تغيير الجنس:

يقصد بعمليات التغيير الجنسي، هي العمليات الجراحية التي تهدف إلى تغيير جنس الشخص الخاضع للعملية من ذكر إلى أنثى أو العكس، بحيث تتم هذه العمليات بتغيير الأعضاء التناسلية للشخص، وتختلف تلك العمليات عن عمليات تصحيح الجنس الذي يخضع لها الشخص المختلط الجنس. لذا سوف يتم دراسة مدى مشروعية تلك العمليات من الناحية الجزائية، ونبدأ أولا بعمليات تصحيح الجنس ثم بعمليات تغيير الجنس.

أ- عمليات تصحيح الجنس:

تجرى عمليات تصحيح الجنس بالنسبة إلى الأشخاص الذين يولدون بأعضاء تناسلية غير واضحة، بحيث لا يمكن تحديد جنسهم بسهولة عكس الأشخاص العاديين الذين يكسبون أعضاء

[1]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 168.

تناسلية طبيعية. ويسمى هذا الصنف من الأشخاص بالخنثى. و يعرف الخنثى بأنه:" شخص شاذ في تكوينه لا يعرف إذا كان ذكرا أو أنثى" وقد لا يتضح أمره، إلا بعد مضي السنين وذلك بظهور علامات الرجولة أو الأنوثة، فإذا أمكن ترجيح جانب الذكورة فيه على جانب الأنوثة إعتبر ذكرا ومثال ذلك خروج اللحية والإحتلام. أما إذا أمكن تغليب جانب الأنوثة على جانب الذكورة إعتبر أنثى ومثالها الثدي والحيض وإمكانية الوطء.

غير أن الأمور ليست بهذه السهولة لدى بعض الأشخاص، فقد تتعقد حينما يتعذر تحديد ذكورة الشخص من أنوثته بأية علامة مميزة له. وفي هذه الحالة نكون أمام حالة الخنثى المشكل، وأن حل مشكلة هذا الشخص لا تتم إلا عن طريق التشخيص الطبي والبيولوجي والنفسي لحالته والتي يتبعها التدخل الجراحي، بحيث أصبح بالإمكان تصحيح الأعضاء التناسلية للشخص المختلط الجنس ووضع حد لمعاناته النفسية والإجتماعية[1].

وتجرى عملية التصحيح الجنسي من طرف أطباء مختصين، وتهدف إلى تعديل الأعضاء التناسلية للشخص الذي يعاني من هذه الحالة سواء كانت أعضاء داخلية أو أعضاء خارجية، وذلك تغليب سمة عضو الذكورة أو سمة عضو الأنوثة فيه بحسب الحالة. ومنذ ذلك الحين، يصبح الخنثى خاضعا لنفس الأحكام التي يخضع لها الشخص العادي من حيث تكوينه الجنسي وكذا النتائج المترتبة عن ذلك[2].

وبصفة عامة تكون عمليات تصحيح الجنس من العمليات الجراحية المباحة جزائيا طبقا لنص المادة 39 من قانون العقوبات، وبالتالي فإن التدخل الطبي لا يشكل اعتداءا على السلامة الجسدية للشخص، كما لا يعد سلوكا إجراميا يتحقق به الركن المادي لجريمة الخصاء، حتى ولو أدى إلى تبر عضو أو أكثر من الأعضاء التناسلية غير الضرورية. لأن الغرض من العملية يبقى علاجيا محضا، كونه ينصب على شخص مريض عضويا بشرط توافر الأسباب العامة لإباحة العمل الطبي السابق ذكرها يضاف إليها ضرورة إجراء بعض الفحوصات الطبية المعمقة، وكذا التحاليل البيولوجية والنفسية المسبقة من أجل الكشف عن الحقيقة الجنسية للشخص وتحديد معطياته الجسمية التي تخوله الإنتماء إلى جسم معين[3].

---

[1]- تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001، ص 16 ومابعدها.

[2]- المرجع نفسه، ص 24.

[3]- المرجع نفسه، ص 33.

و يلجأ الأطباء إلى عدة طرق لتحديد الجنس بحسب الحالات، فقد يلجئ الأطباء إلى تحديد الجنس الغالب عن طريق الجنس التشريحي الذي يستند إلى المظهر الخارجي أي إلى الأعضاء التناسلية الخارجية للجسم. كما يمكن اللجوء أيضا إلى طريقة التمييز الهرموني للجنس، وكذا إلى طريقة تحديد الجنس عن طريق الجنس الوراثي أو ما يسمى بالجنس الصبغي. وبصفة عامة، تهدف عملية التشخيص إلى تجنب الخطأ في تحديد الجنس التي قد ينجر عنه عواقب وخيمة سواء من الجانب النفسي أو من الجانب الجسدي للضحية. و يستحسن قبل إجراء العملية، طلب رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المخول قانونا إعطاء التوصيات و النصائح في هذا المجال.

ب- عمليات تغيير الجنس:

تهدف عمليات التغيير الجنسي إلى تغيير الأعضاء التناسلية للشخص من أعضاء ذكرية إلى أعضاء أنثوية أو العكس. وقد ظهر هذا النوع من العمليات الجراحية مؤخرا نتيجة التطور الطبي والبيولوجي خاصة في البلدان الغربية وبعض الدول العربية.

وقد إختلفت الآراء الفقهية حول مدى شرعية تلك العلميات من الناحية القانونية وكذا حق الشخص في التصرف في أعضاء جسمه بهذه الطريقة، وهذا بالنظر إلى القيم المعتقدات التي تحكم كل مجتمع، وعلى عكس الشخص المختلط جنسيا الذي يتم علاجه عن طريق عمليات التصحيح الجنسي السابق ذكرها، لا يعاني الشخص المتقاطع جنسيا من أي مرض عضوي، بل له جنس مرفولوجي مميز ومحدد تماما، غير أنه يشعر نفسيا بأنه ينتمي إلى الجنس المضاد لجنس الطبيعة بمعنى أن الشخص الذي يعاني من هذه الحالة يشعر بأنه إمرأة في جسم رجل أو رجل في جسم إمرأة، و هذا ما يعبر عنه بالجنس البسيكولوجي[1].

وأن الشخص الذي يشعر بأنه ضحية الطبيعة، وأن جنسه المرفولوجي يختلف عن جنسه البسيكولوجي يبحث بإستمرار عن تغيير الحقيقة المخالفة لمعتقداته أي تغيير ظاهرته الجنسية، ولا يتحقق ذلك إلا بواسطة إجراء عدة عمليات جراحية معقدة يتم من خلالها تغيير جنسه بحسب ميولاته النفسية. ونتعرض فيما يلي إلى الإتجاهات الفقهية و القضائية التي قيلت بشأن مدى شرعية تلك العمليات:

[1]- تشوار جيلالي ، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، المرجع السابق، ص18.

– الإتجاه الأول:

يرى هذا الإتجاه أن عمليات التغيير الجنسي هي عمليات غير مشروعة من الناحية القانونية وأن على الشخص تحمل حالته الطبيعية وجنسه مهما كانت، وإن إجراء العملية من قبل الطبيب الجراح يعد سلوكا مجرما ويدخل ضمن الأفعال المشكلة للركن المادي لجريمة الخصاء المنصوص عليها في 275 من قانون العقوبات، وقد إستند هذا الإتجاه إلى عدة حجج أهمها :

– أن الشخص لا يملك الحق في التصرف بجسمه عن طريق التغيير الجنسي ما دام هذا التغيير لم يتم لغرض علاجي، الذي يعتبر الغاية الأساسية التي أباحة القانون لأجلها العمل الطبي، فإذا إنحرف الطبيب عن هذا الهدف وقام بإجراء العملية لم يعد تدخله مشروعا بسبب إنتفاء قصد العلاج[1]، لأن الشخص المتقاطع الجنس ليس مريضا من الناحية العضوية أو البيولوجية، وأن حالته هذه لا تستدعي إجراء مثل هذه العمليات حتى لو كان الشخص يشعر بميول نفسي تجاه الجنس الأخر ويرغب في أن يصبح من نفس ذلك الجنس. وقد نصت المادة 34 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على منع الطبيب القيام بعملية بتر عضو من أعضاء جسم الإنسان إلا إذا كان الغرض من تلك العملية علاجيا، إذ نصت على أنه:" لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو إستئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة و ما لم تكن ثمة حالة إستعجالية أو إستحالة".

---

[1]- و تشبه هذه الحالة، العمليات الجراحية التجميلية التي يكون هدفها إزالة العيوب الجسدية التي تأثر في نفسية الشخص مع إختلاف الحالتين في درجة الجسامة و التغييرات التي تحدثها العملية بالجسم. بحيث يمكن في الحالة الأولى أن يرقى السلوك الإجرامي إلى درجة الجريمة العمدية، و من التطبيقات القضائية في هذا الشأن قضية عرضت على القضاء الفرنسي تتلخص وقائعها في أن عارضت أزياء كانت تعاني من تضخم في إحدى ساقيها، فقررت إزالة ذلك العيب و إعادة التوازن إلى ساقيها للحفاظ على جمالها، أين ذهبت إلى طبيب مختص في الغدد و بعد إجراء الفحوصات اللازمة نصحها بالعدول عن إتباع أي علاج من هذا الشأن، لأنه يؤثر على صحتها في المستقبل و كذا سلامتها الجسدية، و بعد إلحاح منها تم توجيهها إلى طبيب جراح مختص في عمليات التجميل و بعد تردد قرر هذا الأخير إجراء العملية، غير أن العملية لم تكلل بالنجاح و عجز الطبيب عن خياطة الجروح الناجمة عن العملية بسبب طبيعة الأنسجة، و إستحال بالتالي إنقاذها فقرر الطبيب بتر ساقها. إثر ذلك قامت السيدة برفع دعوى قضائية ضد الطبيب الذي أجرى لها العملية، فقررت محكمة السين بمسؤولية هذا الأخير كما إعتبرت **التدخل الجراحي في حد ذاته غير مشروع لأنه إنصب على عضو سليم من أعضاء الجسم و لم يكن هدفه علاجي** و إنما تصحيح تشوه جسماني دون ضرورة. كما أن التدخل ينطوي على مخاطر كبيرة بالمقارنة من النتائج المرجوة منه، و من جانب آخر رفضت المحكمة تعيين خبير من أجل تقدير الخطأ الفني للطبيب، و إعتبرت أن الخطأ ثابت من خلال تطبيب القواعد العامة التي تحكم إباحة العمل الطبي. و بعد إستئناف الحكم قررت محكمة الإستئناف بباريس تأييد الحكم المستأنف فيه، غير أن التسبب كان مغايرا إذا جاء فيه أنه: "حتى يباشر عملا جراحيا سواء بقصد العلاج أو التجميل، يتعين الطبيب أن ينبه المريض قبل إجراء التدخل الجراحي إلى ما ينطوي عليه هذا التدخل من مخاطر، حتى يكون رضائه بها عن علم بحقيقة الأمر". كما رفضت المحكمة هي الأخرى تعيين خبير وإعتبرت أن: "ذلك غير ضروري ما دام أن الطبيب إعترف بأن الهدف من العملية لم يكن تخفيف ألم المريضة أو لعلاج علة مرضية محددة. كما أقر أيضا **أن الجراحة لم تجرى لتصحيح تشوه خلقي جسيم و لكنها أجريت فقط لتحقيق التناسق بين ساقي المريضة**، و لذلك فإن مجرد إجراء عملية تنطوي على هذه المخاطر البالغة تجسد خطورة حقيقية على عضو سليم من أعضاء الجسم لمجرد تصحيح عيب جمالي دون هدف علاجي ذا منفعة لمصلحة المريض، هذا التدخل الجراحي في حد ذاته يكون خطأ من شأنه إنعقاد مسؤولية طبيب الجراحة التجميلية، **و أن هذا الخطأ يستنبط من مجرد تطبيق القواعد العامة دون التعرض للإعتبارات المتعلقة بالأصول الطبية أو بأعمال الخبرة الفنية"**، قرار محكمة إستئناف باريس بتاريخ 1931/03/12 أشار إليه ؛ أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق، ص 328.

– إن أي إتفاق يبرم بين الطبيب والشخص المتقاطع جنسيا بهدف إجراء عملية التغيير الجنسي يعتبر غير شرعي حتى ولو تم برضاء المجني عليه، لأنه يمس بالحق في السلامة الجسدية لهذا الأخير وأن الحق في السلامة الجسدية ليس حقا مطلقا للشخص، بل له جانب إجتماعي كما سبق ذكره وأن عمليات تغيير الجنس تمس بهذا الجانب لأنها تؤدي إلى بتر و تشويه الأعضاء التناسلية الأصلية للمجني عليه، وكذا تغييرها إلى أعضاء مخالفة للطبيعة مما يؤدي حرمان المجني عليه من الإنجاب و هو ما يعد سلوكا مجرما وفقا للمادة 275 من قانون العقوبات.

– إن القانون يمنع التصرف في حالة الأشخاص التي تعتبر من النظام العام و أن التغيير الإتفاقي للجنس يتنافى مع هذا المبدأ. وبالتالي لا يجوز تغيير أو تبديل الحالة الجنسية للشخص مهما كانت المبررات، وهذا ما ذهبت إليه القضاء الفرنسي قبل أن تراجع عن موقفه. وفي هذا الصدد قضت محكمة لانس في حكمها المؤرخ في 18 يناير 1965 برفض دعوى تعديل الحالة المدنية للشخص، وذلك بحجة أنه يتبين لها أن تعديل الجنس قد تم بوسائل إصطناعية، وعلى هذا فالتغيير الذي يتم عن طريق الإتفاق لا يمكن طبقا لهذا القضاء أن يؤخذ بعين الإعتبار لأن الجنس بصفته معطية طبيعية لا يمكن تغيير طبيعته، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف في قرارها الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1975 وقالت فيه أن:" مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص والذي بمقتضاه يتعلق أيضا إحترام النظام العام يمنع الأخذ بعين الإعتبار التغييرات الجسدية المحصول عليها بهذه الطريقة أي بطريقة الإتفاق"[1].

– إن الإقرار بمشروعية عمليات التغيير الجنسي ينطوي على مخاطر كبرى تمس العنصر البشري في حد ذاته، الذي أصبح كقيمة محمية قانونيا في العديد من التشريعات العقابية[2]. كما يعد مخالفا للكرامة الإنسانية التي يتعين على الطبيب أخذها بعين الإعتبار في كل عمل يقوم بإجراءه على الجسم البشري، وكما تعد عملية التغيير الجنسي مخالفة لرسالة الطبيب التي تتمثل في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية وحياة الفرد وكرامته الإنسانية، كما هو منصوص عليه في المادة 07 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب. ومن جانب أخر فإن عمليات التغيير الجنسي تعد مخالفة للحقائق

---

[1]- قرارين أشار إليهما ، تشوار جيلالي ، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، ص 21 و 22.

[2]- ومن التشريعات التي أقرت بذلك قانون العقوبات الفرنسي إثر تعديله بالقانون 800/2004 المؤرخ في 2004/08/06 المتضمن قانون أخلاقيات علوم الأحياء، بحيث أدرج ضمن الكتاب الثاني تحت عنوان: "الجنايات و الجنح ضد الأشخاص"، طائفة من الجرائم أطلق عليها تسمية: "الجرائم ضد الجنس البشري" و منها جريمة الإستنساخ البشري. كما تضمن العنوان الأول من الكتاب الخامس في "الجرائم المتعلقة بالصحة العامة"، فصلا تحت عنوان: "الجرائم المتعلقة بأخلاقيات علوم الأحياء"، و الذي تضمن بدوره قسما مخصصا لحماية **الجنس البشري**. أنظر،

Code pénal Français, Dalloz.106 ème édition 2009, p 987.

العلمية والطبية المتوصل إليها في هذا المجال، لأنها تؤدي إلى حدوث مخاطر كبرى لمخالفتها الطبيعة البشرية[1].

– إن عمليات التغيير الجنسي تعد منافية لقيم ومبادئ المجتمع الجزائري، كما تعد مخالفة للأداب العامة وكذا مبادىء الشريعة الإسلامية المبنية على أسس الأخلاق الفاضلة، وعدم تغيير الخلق وأن السماح بمثل هذه السلوكيات تؤدي لا محالة إلى تغيير المفاهيم التي تبنى عليها الأسرة والمجتمع، وهو نفس الحكم الذي ينطبق على الكثير من المجتمعات المحافظة التي يشبه واقعها واقع المجتمع الجزائري. وهكذا فقد قررت القضاء التونسي في قرار صادر عن محكمة إستئناف العاصمة بتاريخ 22 ديسمبر 1992 أنه:" إذا ما قام الشخص بعملية التغيير لا يعتبر حالة من حالات الضرورة التي تخوله تغيير جنسه إذ كان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته، غير أنه تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير إصطناعي في جنسه، فإنه يكون بذلك قد خالف المورث الحضاري والأخلاقي لهذه الأمة وهو ما يعبر عنه بالنظام العام والأخلاق الحميدة"[2]. وبالتالي فإن الصالح العام يقتضي بالضرورة زجر مثل هذا النوع من الأعمال وتجنب إنشارها في المجتمع.

-الإتجاه الثاني:

وخلافا للإتجاه الأول، ظهر مؤخرا إتجاه ثاني يعترف بحق الشخص في تغيير جنسه وبالتالي بشرعية عمليات التغيير الجنسي، وهو الإتجاه الذي أخذت به أغلب الدول الغربية سواء بموجب نصوص صريحة في تشريعاتها[3] أو في قضائها الوطني ،كما أخذت به المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان غير أن التشريعات التي أخذت به علقته على شروط محددة[4] و بصفة عامة يرتكز هذا الإتجاه إلى عدة أسانيد تتمثل في:

– أنه بالرغم من أن الشخص المتقاطع جنسيا لا يعاني من أي غلط في أعضائه التناسلية الظاهرة، غير أن هذا الأخير يعاني من مرض نفسي وميولات شديدة تجاه الجنس الآخر، بحيث لا يستطيع مقاومتها و العيش في الوسط الإجتماعي بتلك الصفات، وبالتالي فإن عمليات التغيير الجنسي التي

---

[1]- تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق، ص 71.

[2]- المرجع نفسه، ص 72.

[3]- و من التشريعات التي أجازت صراحة اللجوء إلى مثل هذه العمليات الجراحية، القانون الألماني الصادر بتاريخ 1980/12/10 و القانون الهولندي الصادر بتاريخ 1985/04/24 و القانون السويدي الصادر بتاريخ 1972/04/21 و القانون الإيطالي المؤرخ في 1982/04/12.

[4]- وعلى سبيل المثال، سمح القانون الألماني الصادر بتاريخ 1980/09/10 بإجراء عمليات التغيير الجنسي. و كذا تغيير حالة الأشخاص عن طريق القضاء، شرط أن يكون طالب التغيير بالغا 25 سنة من عمره و أن يكون مستنكرا لجنسه الطبيعي لمدة 03 سنوات و ذلك بعد الحصول على أراء طبيبين أخصائيين، و أن يكون محلا لعملية جراحية لإقترابه من الجنس الأخر.

تجرى في مثل هذه الحالات لا تهدف في حقيقة الأمر إلى تغيير الجنس و إنما إلى الكشف و الإعلان عن الجنس الحقيقي للشخص. فإذا إكتشف المختصون من رجال الطب عن حقيقة الجنس الفعلي للشخص، فإن تغيير أعضاءه التناسلية يصبح أمرا مباحا من الناحية القانونية ومن ثم يخضع هذا الشخص لنفس الحكم الذي يخضع له الشخص العادي، من حيث أنوثته وذكورته. وتطبيقا لذلك أقرت محكمة النقض المصرية بشرعية عمليات تغيير الجنس عندما طرحت عليها قضية الشاب سالي خلال سنة 1989، هذا الأخير الذي طلب تغيير إسمه وطبيعة جنسه في سجلات الحالة المدنية بعدما أجريت له عملية جراحية لتغيير الجنس من طرف فريق من الأطباء الإيطاليين والمصريين، والتي تبين من خلال الفحوصات التي أجروها قبل مباشرة العملية أن سالي يشعر فعلا بأنه إمرأة في جسم رجل ويصعب عليه تحمل جنسه الظاهر في المستقبل، وأنه يظهر بصفات الأنوثة في أخلاقه وتصرفاته وميوله، على الرغم من بروز ميزات الذكورة في جسمه. وجاء في حيثيات محكمة النقض أنه:" تبين من قرار الأطباء المختصين في ميادين مختلفة بأن سالي كان يعاني حقا من إضطرابات في ذاتية جنسه وتأنث نفسي وأن الطب قد عبر عن عجزه في هذه الحالة على شفائه، مما جعل التغيير مفروضا بحكم الطبيعة والإعتراف به أمرا ضروريا وقد علق القضاء المصري الإعتراف بالتغيير الجنسي في هذه القضية على عدة شروط و هي: أن يكون الشخص بالغا سن الرشد و لم يسبق له الزواج وأن يكون عقيما وأن يتم إدخاله مسبقا إلى مركز خاص بالأمراض العصبية و النفسية"[1].

– يستطيع الشخص أن يتصرف بحريته في جسمه إذا إقتضى ذلك حكم الطبيعة ومصلحة الشخص الخاصة وذلك بالإنتماء إلى جنس معين دون الآخر. وأن مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص قد أصبح في الوقت الحالي محل نقد. فالإجراءات الطبية الخاصة بمعالجة المقاطع جنسيا تثبت بأن التغيير قد تم نتيجة عوامل خارجية ودوافع تخرج عن إرادة الشخص الحرة. وأسس القضاء الفرنسي موقفه على هذه الفكرة عندما أضفى الشرعية على عمليات التغيير الجنسي. وهكذا قضت محكمة تولوز في حكمها الصادر بتاريخ 29 يناير 1976 بقبول طلب التعديل مستندة إلى أن الشخص الذي رضي على أثر تطور سماته الجنسية، إما بسبب طبيعته وإما بسبب عناصر خارجية بالتغيير كون أن ليس له القدرة دون إنزعاج على تحمل نظامه الإجتماعي

[1] - تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق، ص 29.

الموافق لجنسه الأصلي، فله الحق بعد الكشف الطبي في تعديل حالته المدنية فيما يتعلق بدلالة الجنس[1]. ويشترط القضاء الفرنسي قبل إجراء عملية تغيير الأعضاء التناسلية للشخص، إجراء فحص طبي سابق دقيق وطويل المدة للوقوف عند الحالة النفسية للشخص المقبل على التغيير، وكذا أن لا يسري أثر التغيير الجنسي على الماضي بل يسري على المستقبل فقط من حيث الحقوق والواجبات.

– إن شرعية عمليات التغيير الجنسي يجد أساسه القانوني أيضا في مبدأ إحترام الحياة الخاصة للأشخاص، التي تعتبر من المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، وهو المبدأ الذي أسست عليه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان موقفها من المسألة مستندة على نص المادتين 8-1 و 12 من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان المتعلقة بالحق في إحترام الخصوصية، وكذا الحق في الزواج المدرجة ضمن الحريات العامة. وهكذا قررت المحكمة في قرار صادر بتاريخ 11 يوليو 2002 بمعاقبة بريطانيا بسبب رفضها تصحيح عقود الحالة المدنية في حالة التغيير الجنسي، بناء على المادة 8-1 السالفة الذكر، وتبعت هذا الموقف محكمة النقض الفرنسية التي عدلت عن موقفها السابق الرافض لإجراء هذا النوع من العلميات، بحيث قضت في قرارها المبدئي المؤرخ في 11 ديسمبر 1992 بشرعية عمليات تغيير الجنس الذي خضع لها شخص كانت تظهر عليه أعراض توحي بميوله إلى الجنس الأخر، وإعتبرت المحكمة أن العلاج الطبي الجراحي الذي تم إجراءه كان يهدف إلى تحقيق أغراض علاجية، لأن الشخص الخاضع للعملية لم يكن يحمل جميع الصفات المرتبطة بجنسه الأصلي، وأن جنسه الظاهر لم يكن يتوافق مع تصرفاته في الوسط الإجتماعي. كما إستندت محكمة النقض في قرارها إلى مبدأ إحترام الحياة الخاصة للأشخاص[2].

ونعتقد أن الإتجاه الأول هو الذي يتوافق مع قيم ومبادئ مجتمعها، وكذا التشريع الجزائري سواء تعلق الأمر بالقواعد المنصوص عليها في قانون العقوبات أو قانون حماية الصحة و ترقيتها، لأن عملية تغيير الجنس تقتضي بالضرورة بتر إرادي للأعضاء التناسلية للشخص مما يؤدي إلى حرمانه من الإنجاب سواء بالنسبة إلى الرجل أو المرأة. كما يعد سلوكا إجراميا بحسب النموذج الذي رسمه المشرع في المادة 174 من قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الخصاء، ومن جهة ثانية فإن الميل النفسي إلى الجنس المضاد لا يبرر بأي حال من الأحوال عمل الطبيب، ولا يعد حالة من

[1]- تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق ، ص 24.
[2]- قرارين أشار إليهما ، تشوار جيلالي ، المرجع السابق، ص 70.

حالات الضرورة بحسب نص المادة ويجعله مباحا من الناحية الجزائية، لأن هذا لا يكفي وحده لأن يجعل من التدخل الجراحي علاجيا كون المجني عليه لم يكن مريضا من الناحية الفسيولوجية أو الهرمونية و لم يكن يعاني من تشوه خلقي يبرر إجراء العملية.

2- الركن المعنوي.

جريمة الخصاء هي من الجرائم العمدية يشترط فيها القصد الجنائي لمرتكبها متى ثبت علمه بكافة عناصر الجريمة و إتجهت إرادته في إحداث الفعل وتحقيق النتيجة المترتبة عليه المتمثلة في بتر العضو التناسلي. بالإضافة إلى ذلك، يشترط القانون في جريمة الخصاء توافر نية حرمان المجني عليه من إمكانية الإنجاب[1].

أما إذا ترتب عن فعله وفاة الضحية، فإن القصد يكون في هذه الحالة إحتماليا. وقد نصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 274 من قانون العقوبات، وبالتالي لا تخضع هذه الحالة إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 264 فقرة 4 من نفس القانون.

الفرع الثاني: الجزاء.

نصت المادة 274 من قانون العقوبات، على حالتين من حيث العقوبة بحسب درجة جسامة الفعل المقترف من قبل المتهم.

أولا- إذا لم يؤدي بتر العضو التناسلي إلى وفاة المجني عليه.

وهي الحالة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 274 من قانون العقوبات، و يعاقب الجاني في هذه الحالة بالسجن المؤبد.

ثانيا- إذا أدى بتر العضو التناسلي إلى وفاة المجني عليه.

وهي الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 274 من قانون العقوبات، وتكون عقوبتها الإعدام، وهي عقوبة مشددة بالمقارنة مع عقوبة جريمة الضرب والجرح العمدي المفضي

[1]- لذا إشترطت محكمة النقض المصرية في قرارها المشار إليه أعلاه، أن يكون الشخص الخاضع لعملية التغيير عقيم لكي تتم عملية تغيير الجنس.

إلى الوفاة دون قصد إحداثها المنصوص عليها في المادة 264 فقرة 4 من نفس القانون، والتي تكون عقوبتها السجن المؤقت من عشرة إلى عشرين سنة[1].

[1]- تجدر الإشارة إلى أن العمليات الجراحية التي تهدف إلى تغيير الجنس أو التبرع بالأعضاء التناسلية، عادة ما يتم إجراءها بالخارج خاصة بالدول الغربية. لعدة إعتبارات منها ما هو مرتبط بالجانب القانوني و منها ما هو مرتبط بالجانب التقني، فمن الجانب الأول فإن الدول المحافظة تمنع إجراء هذا النوع من العمليات و تعاقب الشخص الذي يرتكبه، و هذا عكس الدول الغربية التي تبيح هذا النوع من العمليات. أما من الناحية التقنية فإن تلك العمليات تحتاج إلى إمكانيات طبية متطورة، فإذا قام الشخص بإجراء عملية التغيير الجنسي أو قام بالتبرع بعضوه التناسلي في دولة أجنبية ثم عاد إلى بلده الأصلي فهل يمكن متابعة الشخص الذي أجرى له العملية ؟

قبل الإجابة على السؤال، يتعين التذكير أن القانون لا يعاقب الشخص الذي يحدث تشوهات بجسمه بطريقة إرادية، بل يعاقب الغير الذي تسبب في إحداث تلك النتيجة. و بالرجوع إلى القواعد العامة لقانون العقوبات، فإنه إعتنق مبدأ إقليمية القوانين الجزائية و مفاده أن أحكام قانون العقوبات تسري داخل إقليم الجمهورية على أي شخص إرتكب الجريمة في نظر القانون الجزائري. أما في ما يخص الجرائم المرتكبة خارج الإقليم طبقا لنص المادتين 582 و 583 من قانون العقوبات، فإن القانون الجزائري يطبق على الجزائريين الذين إرتكبوا جنايات و جنح في الخارج، غير أن القانون لا يطبق على الجنايات و الجنح المرتكبة ضد الجزائريين ما عدى الحالة المنصوص عليها في المادة 591 المتعلقة بالسفن و الطائرات، و بالتالي لم يأخذ المشرع مبدأ الشخصية السلبية، أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام، ص 82.

الفصل الثاني: الجرائم المستحدثة بموجب القانون 09-01.

يندرج تعديل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات بموجب القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009[1]، في إطار تحديث المنظومة التشريعية الوطنية لمواكبتها مع التطورات التي تشهدها العلوم الطبية و البيولوجية الحديثة من جهة، وكذا مسايرة القوانين الحديثة في هذا المجال[2] وتماشيا أيضا مع السياسة التشريعية في الجزائر التي تتجه نحو تشجيع البحث العلمي والتجريب. وهو ما تجسد صراحة بإضفاء الشرعية على بعض الممارسات الطبية الحديثة مثل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وعمليات التلقيح الصناعي واستعمال مشتقات الجسم في مواد الإثبات والتكنولوجيات الإحيائية. هذه الممارسات يمكن أن تكون لها جوانب سلبية في حال ما إذا أسيئ استعمالها، هذا فضلا عن إعتبارها تعديا على بعض القيم المحمية جنائيا[3].

كما جاء هذا التدخل التشريعي إستجابة للنداءات العديدة للفقه، الذي دعا إلى ضرورة سد الفراغ التشريعي وهذا بوضع قواعد جزائية خاصة تحمي رضا المتبرع عن عمليات نقل وزرع الأعضاء من جهة و تحمي من جهة أخرى مبدأ المجانية، وهما أهم مبدأين قانونين تقوم عليهما

---

[1]- تجدر الإشارة أن القانون 09-01 لم يستحدث الجرائم المتعلقة بالإتجار بالأعضاء البشرية فحسب، بل أنه أدرج عدّة مسائل تتعلق بـ:
1- العمل للنفع العام كعقوبة بديلة عن عقوبة الحبس،
2- تجريم الإتجار بالأشخاص،
3- تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية،
4- التكفل بظاهرة تهريب المهاجرين،
5- تجريم بعض الأفعال المتعلقة بمخالفة التشريع والتنظيمات الخاصة بمغادرة الإقليم الوطني،
6- تدعيم حماية التراث الثقافي الوطني.

[2]- يعد المشرع الفرنسي الرائد في مجال وضع ضوابط وقيود قانونية تحكم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وكذا تحديد المسؤولية الجزائية عن مخالفة تلك الشروط، وقد قام هذا الأخير بتعديل قانون العقوبات بمناسبة سنه للقانون 94-653 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق بإحترام الجسم البشري وإستحدث عدّة جرائم تتعلق بالمتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية، تم تعديلها بموجب القانون 2004-800 المؤرخ في 2004/08/06 المتعلق بأخلاقيات علوم الأحياء، ومن التشريعات العربية التي ورد فيها عقوبات جزائية خاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء التشريع القطري المتعلق بنقل وزرع الأعضاء، والقانون الكويتي لنقل الأعضاء والقانون الإماراتي؛ مأمون عبد الكريم، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة تلمسان، عدد 10/2010، ص 152 و 153.

[3]- بالرغم من ذلك كان قانون حماية الصحة وترقيتها منذ صدوره سنة 1985، جرم بعض الأفعال المتعلقة **بالمتاجرة بالدم البشري ومصله ومشتقاته** من خلال المادة 263، التي تم تعديلها بموجب القانون 08-13 المؤرخ في 16 فبراير 2008 التي جاء فيها أنه:" يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج كل من يتاجر بالدم البشري ومصله ومشتقاته قصد الربح".

عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، و يرى الفقه أن الأحكام التقليدية التي تحمي الحق في سلامة الجسم لم تعد كافية في الوقت الراهن في مواجهة التطورات الطبية والقانونية في هذا المجال[1].

ومن جانب آخر تهدف التعديلات الأخيرة، إلى تكييف منظومتنا التشريعية مع الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، لا سيما إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبرتوكول المكمل لها المتعلق بمنع وقمع الاتجار بالأشخاص[2]. وتماشيا أيضا مع جهود الدولة الرامية إلى محاربة الجريمة المنظمة بكل أشكالها وأنواعها ومنها الجرائم المتعلقة بالمتاجرة بالبشر والأعضاء البشرية، هذه الجرائم التي تجعل من الجسم الإنساني الذي قدسته الديانات السماوية مجرد سلعة و التي لها إنعكاسات وخيمة على الفرد والمجتمع معا[3].

وبموجب هذا القانون، أضاف المشرع مجموعة من الجرائم و خصص لها قسم خامس مكرر تحت عنوان:" **الإتجار بالأعضاء**"[4]، وأدرجه ضمن الفصل الأول المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأشخاص، الذي يقع بدوره ضمن الباب الثاني من الكتاب الثالث من الجزء الثاني لتقنين العقوبات[5].

---

[1]- وقد إقترح الدكتور مروك نصر الدين، وضع أحكام جزائية خاصة تطبق في حالة مخالفة الشروط القانونية لعمليات زراعة الأعضاء البشرية؛ مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المقال السابق الإشارة إليه،ص 58.

ومن جانبه دعا الدكتور مأمون عبد الكريم، إلى ضرورة تدخل المشرع لوضع نصوص جديدة خاصة بالجرائم التي أفرزتها عمليات نقل وزرع الأعضاء ومنها جريمة إقتطاع عضو بدون موافقة صاحبه، مبرزا عجز القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون حماية =الصحة وترقيتها وكذا قانون العقوبات على مواكبة تلك التطورات، على غرار ما فعلته الكثير من التشريعات المقارنة؛ مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق، ص674، 675 ، 856.

[2]- إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية و البروتوكول المكمل لها المتعلق بمنع و قمع و معاقبة الإتجار بالأشخاص و بخاصة النساء و الأطفال، المعتمدين من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 15 نوفمبر 2000،و المصادق عليهما من قبل الجزائر بتحفظ، سبق الإشارة إليهما، أنظر ص 07.

[3]- يأتي هذا القانون في إطار مسعى الإصلاحات التي يشهدها قطاع العدالة، وقد جاء في بيان عرض الأسباب الخاص بمشروع القانون 09-01 المعروض على البرلمان، أن هذا القانون: "يأتي في إطار مواصلة التعديلات السابق إداخلها على هذا القانون وباقي النصوص القانونية الأخرى، التي تم إصدارها في إطار تحديث منظومتنا التشريعية ضمن برنامج فخامة رئيس الجمهورية للإصلاح الوطني الشامل، وإنسجاما مع باقي أحكام النصوص القانونية الأخرى من جهة وكذا تكييف منظومتنا التشريعية مع الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها بلادنا من جهة أخرى"؛ عرض أسباب القانون 09-01، منشور في جريمة الشروق اليومية، الصادرة بتاريخ 2008/09/15، ص9.

[4]- لقد ورد القسم الخامس مكرر1 من تقنين العقوبات المستحدث بموجب القانون 09-01، تحت عنوان **"الإتجار بالأعضاء"** بالرغم من أن المشرع لم يتطرق من خلال هذا القسم إلى جرائم الإتجار بالأعضاء فحسب، بل تطرق أيضا إلى جرائم أخرى تتعلق بالمتاجرة بمشتقات الجسم ، ومن جانب آخر إستعمل المشرع ضمن مواد القسم المذكور أعلاه مدلول **المتاجرة بالأعضاء**، للإشارة إلى الجرائم المتعلقة **بالمتاجرة بالأعضاء ومشتقات الجسم**، فكان من المستحسن إضافة عبارة ومشتقات الجسم لعنوان القسم فيكون الإتجار بالأعضاء ومشتقات الجسم.

[5]- وهذا عكس تقنين العقوبات الفرنسي، الذي نص على تلك الجرائم ضمن القسم الثاني تحت عنوان: **"حماية الجسم البشري"** الذي يدخل ضمن الفصل الأول تحت عنوان: **"الجرائم المتعلقة بالأخلاقيات البيوطبية"**، هذا الأخير يدخل ضمن العنوان الأول الذي يحمل اسم **"الجرائم المتعلقة بالصحة العمومية"** الذي يدخل بدوره ضمن الكتاب الخامس تحت عنوان: **"الجنايات والجنح الأخرى"**. ولم يدرج المشرع الفرنسي تلك الجرائم ضمن الكتاب الثاني الحامل لعنوان: **"الجنايات والجنح ضد الأشخاص"**، بالرغم من أن هذا الكتاب ورد فيه مجموعة من الجرائم التي تحمي الحق في السلامة الجسدية للأشخاص، وكذا مجموعة من الجرائم ضد الجنس البشري. وتجدر الإشارة إلى أن الكتاب الخامس من تقنين العقوبات الفرنسي تم إستحداثه بموجب القانون 1336/92 المؤرخ في

وسوف نقوم بدراسة تلك الجرائم المستحدثة، من خلال التعرض لجريمة نزع عضو دون رضا صاحبه في المبحث الأول، ثم إلى جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: جريمة نزع عضو دون الحصول على موافقة صاحبه.

وهي الجريمة المنصوص عليها بالمادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، التي تعاقب كل شخص يقوم بانتزاع عضو من أعضاء جسم إنسان على قيد الحياة دون الحصول على موافقة هذا الأخير، وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول. كما تعاقب أيضا كل من قام بانتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول. وكما هو واضح من خلال هذه المادة، فإنها جاءت لتحمي رضا الشخص المنزوع منه العضو أو المتبرع، ومبدأ الموافقة المسبقة يعد من بين أهم المبادئ الذي نص عليه قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا المرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب، لأنه مرتبط بحق الإنسان في تقرير مصيره الذي تعتبر من الحقوق الأساسية للإنسان[1].

و نظرا لأهمية هذا المبدأ شدد القانون على ضرورة إحترامه خاصة فيما يتعلق بعمليات بنقل وزرع الأعضاء، ووضع له ضوابط إضافية بالمقارنة مع الأعمال الطبية العادية، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى خطورة تلك العمليات وتأثيراتها الجسيمة على سلامة الشخص الخاضع للعملية وصحة البدنية، لأن ما يمس جسم الفرد يمس أيضا حريته وأن المحافظة على الحرية له جوانب جسدية أيضا[2]. كما تظهر أهمية الموافقة المسبقة في كونها شرطا جوهريا من شروط إباحة العمل الطبي، بحيث لا يمكن إجبار أحد على الخضوع لعملية إستئصال عضو من أعضاء جسمه دون رضاه، بإستثناء بعض الحالات الخاصة. ومن جانب آخر يلاحظ من خلال قراءة المادة أنها تفرق بين حالتين، وهما: حالة إنتزاع عضو من شخص على قيد الحياة دون الحصول على موافقته وإنتزاع عضو من شخص متوفى، و أحالت المادة على التشريع الساري المفعول في ما يتعلق بشرط الموافقة.

1992/12/16، والذي دخل حيز التطبيق بتاريخ 1994/03/01 وقد تم تعديل مواده في عدة مناسبات، كان آخرها التعديل الذي طرأ عليه بمناسبة صدور القانون 800/2004 المتعلق بأخلاقيات علوم الأحياء.لمزيد من التفاصيل، أنظر
Code pénal Français, édition Dalloz, 2009.p 987.

[1]- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق، ص 51 و مايليها.

[2] أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 310.

وسوف نتناول في هذا المبحث أركان الجريمة في الحالتين بالمطب الأول، ثم إلى المتابعة والجزاء الذي قررهما القانون لمرتكبها بالمطلب الثاني.

المطلب الأول: أركان الجريمة.

تشترط جريمة نزع عضو دون الحصول على موافقة صاحبه كغيرها من الجرائم العمدية توافر الركن المادي للجريمة و كذا الركن المعنوي، و نتطرق من خلال الفرع الأول إلى الركن المادي و نخصص الفرع الثاني إلى الركن المعنوي.

الفرع الأول: الركن المادي.

تشترط المادة 303 مكرر 17 لقيام الجريمة أولا أن يتم إنتزاع عضو من أعضاء جسم إنسان سواء كان هذا الأخير ميتا أو على قيد الحياة. كما يشترط أيضا عدم الحصول على الموافقة المسبقة للشخص المنتزع منه العضو. ويقصد بالعضو بحسب التعريف الذي تم التوصل إليه أعلاه، هو "كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة التي تؤدي وظيفة محددة في الجسم، والذي لا يمكن للجسم إستبداله بشكل تلقائي إذا ما تم إستئصاله بالكامل، مثل القرنية والرئة والكلية والرجل". ويتعين الأخذ في تطبيق هذه المادة بالمفهوم الضيق للعضو وليس بالتعريف الموسع له، وهذا لإعتبارين أولهما أن المشرع أصبح يفرق منذ صدور القانون 09-01 بين الأعضاء البشرية من جهة، ومشتقات الجسم من جهة أخرى، وأن مشتقات الجسم أصبحت لها أحكاما خاصة بها ضمن قانون العقوبات. كما أن مبدأ التفسير الضيق للنص الجزائي، يقتضي كذلك عدم التوسع في هذا التعريف.

أما في ما يخص السلوك محل التجريم أو عنصر الإعتداء، يتمثل في عملية إنتزاع العضو في التدخل الطبي أو الجراحي على عضو من أعضاء المجني عليه، يقوم به الطبيب أو شخص مؤهل بحكم أن عملية إستئصال الأعضاء تحتاج إلى معرفة مسبقة لفن الطب والجراحة، وهذا عكس الإعتداءات الأخرى التي تقع على جسم الإنسان.

وسوف تتم دراسة الحالتين التي جاءت بهما المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات. و نبدأ أولا بدراسة الحالة الأولى و هي إنتزاع عضو من جسم شخص على قيد الحياة ثم ننتقل إلى دراسة الحالة الثانية و هي إنتزاع عضو من جسم شخص ميت.

الحالة الأولى: إنتزاع عضو من جسم شخص على قيد الحياة دون موافقته.

وهي الحالة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 17، التي تعاقب كل من قام بإنتزاع عضو من شخص على قيد الحياة دون الحصول على موافقة هذا الأخير[1]. و يشترط في هذه الحالة، أن يتم إقتطاع عضو غير ضروري للحياة وإلا كان فعل الطبيب الذي أجرى العملية جريمة قتل عمدي كما سبقت الإشارة إليه[2].

وسوف يتم التطرق أولا إلى المقصود بالشخص الحي، ثم إلى الشروط القانونية للموافقة التي تشكل مخالفتها جريمة معاقب عليها قانونا، وأخيرا إلى حالة الضرورة العلاجية و تأثيرها على قيام المسؤولية الجزائية للطبيب.

أولا- إنتزاع العضو من شخص على قيد الحياة.

تشترط الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، أن يكون الشخص المنتزع منه العضو على قيد الحياة، غير أن تحديد المقصود بالشخص على قيد الحياة ليس بالأمر

---

[1]- وهي نفسها الحالة التي نصت عليها المادة 511-3 من قانون العقوبات الفرنسي، والتي تعاقب كل من قام بإنتزاع عضو من شخص بالغ على قيد الحياة دون الحصول على رضا هذا الأخير، إلا أن المادة المذكورة أعلاه أحالة صراحة على المادة L.1231-1 من قانون الصحة العامة في ما يخص الشروط المتعلقة برضا المتبرع، كما أضاف المشرع الفرنسي عبارة أخرى للمادة سالفة الذكر بمناسبة التعديل الذي جاء به القانون 800/2004 المتعلق بأخلاقيات علوم الأحياء، وهي حالة تطبيق المادة حتى ولو كان الهدف من التدخل تحقيق أغراض علاجية، وهي العبارة التي لم تكن موجودة في النص الأصلي الذي جاء به القانون 94-653 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق بإحترام الجسم البشري.

Art. 511-3. CP : « Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et cinquième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100. 000 Euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale, hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 et L. 1241-4 du code de la santé publique ».

[2]- وهذا عكس الحالة الثانية التي نصت عليها المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، التي يمكن أن يكون فيها العضو المقتطع من الجثة من الأعضاء الضرورية للحياة لأن ذلك لا يؤثر على جسامة النتيجة.

السهل، نظرا لإرتباط تلك المسألة بمسألة بدأ الحياة في حد ذاتها و إنتهاءها التي أثارت خلافات كبيرة ليس فقط من الناحية القانونية بل من الناحية الطبية والأخلاقية والدينية أيضا.

لذا كان لزاما التطرق إلى المقصود بالشخص على قيد الحياة أولا ، ثم إلى حكم الإستفادة من أعضاء الأجنة البشرية من الناحية الجزائية.

1- المقصود بالشخص على قيد الحياة :

لم تحدد المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات المقصود بالشخص على قيد الحياة، كما أن المواد 303 إلى 313 من قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الإجهاض، لم تتطرق إلى مسألة بدأ الحياة. وبدوره لم يتطرق قانون حماية الصحة وترقيتها إلى بدأ الحياة وتكون الجسم البشري، بالرغم من تنظيمه بعض حالات الإجهاض العلاجي[1]. غير أنه بالرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني، يتبين أن المادة 25 منه تنص على أن: "شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته"[2]، ووفقا للرأي الراجح في الفقه فإن الإنسان الحي هو "الكائن التي تضعه المرأة بطريق الولادة، ويكتسب تلك الصفة بمجرد خروجه التام من الرحم حيا و تنتهي حياته بوفاته"[3]. وهو الموقف التي تبنته محكمة النقض الفرنسية بعد تردد طويل[4] في قرار صدر عنها بتاريخ 29 يونيو

---

[1]- المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2]- وسوف تتم دراسة مسألة إنتهاء حياة الشخص، عند التطرق إلى الحالة الثانية وهي إنتزاع عضو من شخص متوفى.

[3].- P. Bruno, Op .cit, p.281.

[4]- لقد كانت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ترفض في البداية الإعتراف للجنين الذي لم يولد بعد الحق في إكتساب الحقوق المدنية، و كانت تلك المحكمة تعتمد القاعدة العامة التي مفادها عدم إمكانية تصور وجود حق دون موضوع الحق، و كذا تفسير المواد المتعلقة بالتركة و الوصية بمفهوم المخالفة، و على سبيل المثال إشرطت غرفة العرائض في قرار صادر عنها بتاريخ 1841/03/22 إكتساب الجنين جميع الحقوق شرط أن يولد حيا. غير أن محكمة النقض غيرت إجتهادها و أصبحت تعترف للجنين بإكتساب الحقوق المدنية، مثل التعويضات الناتجة عن حوادث المرور و حوادث العمل، متى كان ذلك مقررا لمصلحة الجنين فقط. و على سبيل المثال قضت محكمة النقض في قرار مؤرخ في 1985/12/10 بسريان عقد التأمين على الوفاة المبرم بين المؤمن و شركة التأمين على الجنين، بالرغم من أن هذا الأخير كان في رحم أمه وقت تحقق الخطر المتمثل وفاة المؤمن، و قد نقضت المحكمة القرار الذي رفض تمكين الطفل الذي ولد حيا في ما بعد من الأداءات مثل بقية أخوته ، و قضت نفس الهيئة في قرار مؤرخ في 1936/07/02 بأحقية الطفل في العلاوات الخاصة بالضمان الإجتماعي إثر وفاة والده نتيجة حادث عمل. كما ذهبت أيضا في قرار مؤرخ في 1966/04/21 بقيام المسؤولية المدنية في حق الشخص الذي تسبب في حادث أدى إلى إصابت الأم و كذا الجنين بأضرار جسمانية، و قضت بإلزامه بتعويض كل من الأم و الطفل على حد السواء، عن الأضرار اللاحقة بالأم و كذا بالطفل في الفترة التي كان فيها برحم أمه.
و قد سارت على هذا النهج الغرفة الجنائية في البداية، و قد طبقت هذه الأخيرة ترسانة المواد العقابية التي تحمي الأشخاص على الجنين، و على سبيل المثال قضت الغرفة الجنائية في قرارها المؤرخ في 1992/04/02 بقيام جريمة عدم تقديم يد المساعدة لشخص في حالة خطر، في حق طبيب الأمراض النسائية الذي رفض القدوم إلى منزل المجني عليها التي كانت على وشك وضع مولودها بعدما إتصلت به عبر الهاتف و طلبت منه المجيء نظرا لحالتها الصحية الحرجة و شعورها بآلام المخاض. و قد تسبب تأخره في إصابة الجنين بتلف على مستوى الجهاز العصبي لا يمكن شفاءه، و قد إعتبرت محكمة النقض الجنين القادم للحياة الذي كان في حالة خطر لحظة إرتكاب الوقائع من الغير الذي يتعين على الطبيب مساعدته. كما قضت نفس الهيئة في قرار أخر مؤرخ في 1992/01/09 بقيام جنحة الجروح الخطأ، في حق الطبيب الذي تسبب نتيجة إهماله في معالجة الأم أدى إلى تفاقم المرض الذي كان يعاني منه الجنين و الذي أدى بدوره إلى إصابة الطفل بعاهة مستديمة تتمثل في عجزه عن الحركة، كما قضت في قرار أخر مؤرخ في 1954/01/14

2001، الذي قضى بتأييد القرار المستأنف فيه الصادر عن محكمة الإستئناف بماتز، الذي جاء في حيثياته أنه:" إن كانت وفاة الجنين نتيجة للحادث، فإن الطفل الذي ولد ميتا لا يتمتع بالحماية الجنائية بعنوان الجرائم ضد الأشخاص، وأنه لكي يكون هناك شخص جدير بالحماية الجنائية يجب أن يكون ثمة كائن حي، أي جاء إلى الحياة و لم يمت بعد وأنه لا يمكن أن يكون هناك قتل شخص إلا إذا كان المجني عليه طفلا خفق قلبه عند ولادته وتنفس". وبالرغم من أن المحامي العام، حاول من خلال عريضة الطعن إقناع قضاة المحكمة بموقفه حول المسألة بإضفاء صفة الإنسان الحي على الجنين، على أساس أن القانون الجزائي يحمي كل كائن بشري أي كل كائن من لحم ودم، بصرف النظر عن مركزه القانوني وأن الطفل القادم إلى الحياة يعد من الغير. إلا أن محكمة النقض ذهبت إلى القول:" أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يقتضي التفسير الضيق للقانون الجزائي. وهذا ما يتعارض مع تطبيق ما هو مقرر في قانون العقوبات لقمع قتل الغير خطأ على حالة الطفل القادم إلى الحياة يحكمه مركزه القانوني نصوص خاصة بالجنين"[1].

وتجسيدا لهذا الموقف صدر قرار ثاني عن محكمة النقض بتاريخ 25 يونيو 2002 يؤكد على نفس المبدأ[2]. وإستنادا على ذلك، فإنه لكي يكتسب الجنين صفة الشخص يشترط أن يولد حيا، ويستدل بذلك بعدّة مظاهر مثل التنفس وخفقان القلب أو البكاء عند الولادة. أما الجنين الذي ولد ميتا لا يعتبر إنسان حيا. وترجع أهمية المسألة إلى تحديد لحظة بدأ الحياة الإنسانية وكذا

بقيام جنحة القتل الخطأ في حق طبيب التوليد الذي إستعمل القوة في إخراج الجنين في رحم أمه فتوفي بعد لحظات من ولادته. و قد سارت المحاكم و المجالس على هذا النحو و على سبيل المثال قرر مجلس إستئناف دواي في قرار مؤرخ في 1987/06/02 بقيام جنحة القتل الخطأ في حق الجاني الذي تسبب نتيجة حادث مرور في إصابة الجنين بأضرار أودت بحياته، و إعتبر قضاة المجلس أن الجنين كان **قابلا للحياة** و إستدلوا بذلك على وزنه الذي كان يبلغ آنذاك 3.900 كلغ، و من جانبه قرر مجلس قضاء رام في قرار صادر عنه بتاريخ 2000/02/03 بإدانة شخص بنفس التهمة تسبب نتيجة حادث مرور في مقتل الجنين، و إستدل قضاة المجلس هذه المرة بعمر الجنين الذي كان يبلغ آنذاك 08 أشهر من أجل القول أن هذا الأخير كان قابلا للحياة أثناء وقوع الحادث و بإستطاعته العيش منفصلا عن أمه. قرارات محكمة النقض المذكورة أعلاه وردت في مؤلف،

J-M. Roux, *Un sujet en quête de son personnage, l'embryon humaine,* in « Le droit de la biologie humaine», sous la direction de Alain Sériaux, Op.cit, p.7.8.9.

[1] -« Le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévu par l'article 221-6 du code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendu au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus ».

قرار أشار إليه أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق ، ص 10.

[2]- « Le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pat né vivant ».

Cass. crim. 25/06/2002, note. Y. Mayaud, *Violences involontaires et Responsabilité pénale*, édition Dalloz, 2003.p.87.

معرفة تطبيق القواعد القانونية التي تحمي الحق في سلامة الجسم، وتفريقها عن القواعد التي تحمي الجنين البشري[1].

وتزداد تلك الأهمية مع التطور في المجال الطبي الذي مكن العلماء من الإستفادة من أعضاء الأجنة، وكذا الخلايا الجذعية لأهداف علاجية أو إجراء التجارب العلمية وإنتشار تلك العمليات نظرا للنتائج الإيجابية التي حققتها، بحيث أصبحت الأجزاء المنتزعة من الأجنة مصدرا مهما في زراعة الأعضاء للأطفال .كما ثبت طبيا أيضا أن الأنسجة الخاصة بالأجنة أكثر ملائمة للزرع حتى للبالغين، مثل زرع خلايا المخ من الجهاز العصبي والنخاع العظمي وخلايا الكبد وغيرها.

وبالتالي هل يمكن تطبيق الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 17 على الشخص الذي يقوم بإنزاع عضو من أعضاء الجنين لإستعمالها لأغراض الزرع أو لأغراض علمية دون الحصول على موافقة أولياءه ؟

وهي الإشكالية التي سوف نحاول الإجابة عنها فيما يلي:

2- إمكانية تطبيق النص الجزائي في عمليات الإقتطاع من أعضاء الأجنة:

لقد أثارت مسألة الإستفادة من أعضاء الأجنة لأغراض علاجية أو لإجراء التجارب العلمية جدلا كبيرا حول مشروعيتها من الناحية الأخلاقية و الدينية و القانونية. وبالرجوع إلى المادة 303 مكرر 17 في فقرتها الأولى فإنها تشترط لتطبيقها -كما سبق ذكره- أن يكون المجني عليه شخصا على قيد الحياة، دون أن تتطرق إلى حالة الجنين التي يتمتع هو الأخر بحماية قانونية خاصة، ويتعين هنا التفرقة بين حالتين:

أ- الإستفادة من أعضاء الجنين قبل الولادة:

لا يعتبر الجنين في رحم أمه لا يعتبر شخصا على قيد الحياة بمفهوم المادة 303 مكرر 17، كما لا يعتبر من الأعضاء البشرية الخاصة بالمرأة الحامل، ولا يعتبر من مشتقات الجسم الأخرى

---

[1]- تنص المادة 320 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر و بغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج:

1- كل من حرض أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما المولود **أو الذي سيولد** و ذلك بنية الحصول على فائدة.

2- كل من تحصل من أبوين أو من أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلهما **الذي سيولد** أو شرع في ذلك و كل من حاز مثل هذا العقد أو إستعمله أو شرع في إستعماله.

3- كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو إستعمله أو شرع في إستعماله".

وتبعا لذلك، أضفى المشرع حماية جزائية بالنسبة إلى الطفل الذي سوف يولد مع الأخذ بعين الإعتبار الطرق الجديدة للمساعدة الطبية على الإنجاب، ومنها التلقيح الإصطناعي، لذا بحسب المادة المشار إليها أعلاه فإن الممارسة التي تقبل بموجبها المرأة حمل طفل عن طريق التلقيح الإصطناعي على أن تتنازل عنه عند ولادته لإمرأة أخرى أو لزوجين، تتضمن بالضرورة عقدا أيا كان شكله يتعهد =بمقتضاه أحد الوالدين بالتخلي عن الطفل الذي سوف يولد وهو فعل يقع تحت طائلة المادة 320 من قانون العقوبات؛ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 182.

وإنما له مركز قانوني خاص وحماية قانونية تختلف عن الحماية الجزائية لأعضاء جسم الإنسان ومكوناته الأخرى. ووفقا لقانون العقوبات الجزائري، فإنه لا يجوز إجهاض الجنين إلا في حالات إستثنائية عندما يكون ذلك ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي أو العقلي المهدد بالخطر طبقا للمادتين 308 من قانون العقوبات و 72 من قانون حماية الصحة و ترقيتها [1]. وإستنادا على ذلك، فإن عملية الإجهاض الذي يكون هدفها الحصول على أعضاء الجنين من أجل إعادة زرعها في إنسان آخر أو الإستفادة منها في التجارب العلمية، يعتبر فعلا معاقب عليه قانونا طبقا للمواد 304 و 313 من قانون العقوبات. أما إذا كانت عمليات إستئصال الأعضاء أو إنتزاع خلايا حية من المخ أو الجهاز العصبي، فإن هذه الأخيرة تؤدي لا محال إلى إماتة الجنين وبالنتيجة سقوط الحمل، لذا تعتبر من أعمال الإجهاض المجرم قانونا ولا يعتد في هذه الحالة برضا الأم أو الزوج عن التدخل الطبي لإضفاء المشروعية عليه.

هذا ونشير إلى أن السياسة الجنائية المتبعة في الجزائر تهدف إلى حماية الجنين في جميع أطوار تكونه، أي منذ اللحظة التي بدأ فيها عملية التلقيح إلى غاية الوضع، وهو ما تأكده المادة 69 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص على أنه:" يجب أن تعمل المساعدة الطبية المقدمة للمحافظة على الحمل وإكتشاف الأمراض التي يصاب بها في الرحم وضمان الجنين ونموه حتى الولادة". وبالتالي لا يعتد في هذا الشأن بمسألة نفخ الروح كشرط لإضفاء الحماية القانونية والجنائية للجنين، لأن الجنين يتمتع بالحياة منذ أول لحظة تبدأ فيها عملية التلقيح وبالنتيجة يتمتع الحماية الجنائية[2].

وبما أن عمليات نزع الأعضاء من الجنين لا تثير إشكال فيما يخص تطبيق أحكام الإجهاض. فإن السؤال يثور حول الأعمال الطبية التي تهدف إلى نزع الأنسجة أو الخلايا أو الهرمونات أو تجميع المواد من الجنين دون الحصول على الموافقة المسبقة للزوجين، سواء تم ذلك لأغراض علاجية مثل إجراء التحاليل البيولوجية والكشف المسبق عن الأمراض أو بغرض إنجاز الدراسات المتعلقة بالجينات والهندسة الوراثية أو لأغراض غير مشروعة أخرى، مثل المتاجرة في تلك الخلايا أو إستغلالها في الصناعات الصيدلانية و التجميلية[3]. مع العلم أن تلك الأعمال عادة لا

---

[1]- يعرف الإجهاض أنه:" تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان أو العمل الذي يهدف إلى إخراج الحمل مبكرا من الرحم"، أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص 83.

[2]- العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 123.

[3]- ومثالها إستغلال الأجنة البشرية لأغراض تجارية مثل إستعمالها في الصناعات الصيدلانية، كما لا يجوز إنتزاع الحيوانات المنوية الملقحة من أجل زرعها في رحم إمرأة أخرى طبقا للمادة 45 مكرر فقرة 2 من قانون الأسرة.

تؤدي في النهاية إلى إسقاط الحمل، غير أن خطورتها وتأثيرها على صحة الجنين تكون وخيمة بحيث يمكن أن ينتج عنها تشوهات خلقية أو إعاقات ذهنية أو حركية في المستقبل.

وبالرجوع إلى المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات، التي تجرم فعل نزع الأنسجة والخلايا أو تجميع مواد الجسم دون الحصول على الموافقة المسبقة، فإن هذه الأخيرة تشترط بدورها أن يكون المجني عليه شخصا على قيد الحياة، فهل يمكن بالتالي تطبيق تلك المادة على الجنين ؟

يمكن القول في هذه المسألة، أنه لا يمكن تطبيق نص المادة 303 مكرر 19 على تلك الحالة وفقا لمبدأ التفسير الضيق للنص الجزائي ومبدأ الشرعية الذي يقتضيان عدم التوسع في تفسير مصطلح الشخص على قيد الحياة، التي جاءت به المادة وتطبيقه على الجنين مثلها مثل جريمة نزع عضو دون الحصول على موافقة صاحبه. وأمام غياب قواعد قانونية خاصة تحكم تلك المسألة، يبقى إنتزاع الأنسجة والخلايا من الأجنة دون موافقة الزوجين يخضع للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية[1].

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي، يتبين أنه تنبه إلى تلك الإشكالية لا سيما بعد صدور قرار محكمة النقض –المشار إليه أعلاه– الذي رفض إعطاء صفة الشخص الحي للجنين، ووضع بالتالي أحكاما خاصة تحمي الجنين البشري من التدخلات الطبية غير المشروعة[2] .كما إستحدث قسما ثالثا في تقنين العقوبات تحت عنوان:" **حماية الجنين البشري**" عالج من خلاله عدّة مواضيع تتعلق بحماية الجنين في مراحل تكوينه الأولى، مثل البويضات المخصبة والتشخيص قبل الولادة. كما جرم

---

[1]- و بالرغم من ذلك فقد طبقت المحكمة العليا قواعد المسؤولية الجزائية التي تحمي الأشخاص على الجنين،و هكذا توبع طبيب كان يشرف على متابعة مريضة حامل لم يقم بالإحتياطات اللازمة لصحة الجنين، فأصيب بمرض توكسيبلازموز نتج عنه فقدان بصره وولد كفيفا، لكن قاضي التحقيق أصدر أمرا بإنتفاء وجه الدعوى أيدته غرفة الإتهام في ذلك. وبعد الطعن بالنقض في قرار غرفة الإتهام قضت المحكمة العليا **بنقض القرار المطعون فيه كون الطبيب لم يبذل العناية اللازمة مما أدى إلى إصابة الجنين بعاهة**؛ قرار مؤرخ في 2003/06/24 ، تحت رقم 297062 ، أشار إليه، سيدهم مختار، المرجع السابق، ص 10.

و من جانب آخر قضت الغرفة المدنية للمحكمة العليا أنه يحق للجنين الذي ولد حيا الإستفادة من التعويض عن الأضرار الذي أصابته من جراء وفاة والده إثر حادث مرور، بالرغم من أنه لم يصب بأي ضرر جسماني في الحادث عندما كان في رحم أمه التي كانت بالسيارة. وقد جاء في حيثيات القرار أنه "ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله ، **ذلك أن الجنين سيصيبه الضرر من جراء وفاة والده إذا ولد حيا، فإنه و بسبب الوفاة سيفقد معيل له ، مما يلحق به الضرر.** و أن فضاة الإستئناف عندما إنتهوا إلى رفض دعوى الطاعنة، إستنادا إلى أن وقت الوفاة فإن الجنين كان في بطن أمه لم يصبه ضرر ، يعد ذلك خطأ في تطبيق أحكام المادتين 124 و 25 من القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض"، قرار مؤرخ في 2009/04/15 تحت رقم 478174، م.ق 2009 ، عدد 02 ،ص 159.

و واضح من خلال القرارين سالفي الذكر أن المحكمة العليا أخذت بنفس الموقف الذي تبنته الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الرامي إلى الإعتراف بالجنين بإكتساب الحقوق إذا ولد حيا، كما طبقت الأحكام الجزائية الخاصة بالجرائم ضد الأشخاص بالنسبة إلى الأخطاء الطبية التي تؤدي إلى إحداث أضرار للجنين، و هو نفس الموقف الذي كانت تعتنقه الغرفة الجنائية لمحكمة النقض قبل العدول عنه، لا سيما بعد صدور النصوص القانونية الجديدة التي تحمي الجنين البشري جزائيا في غير حالات الإجهاض و هو الشيء الذي لا يوجد نظيره في التشريع الجزائري مما يفسر حسب اعتقادي توجه المحكمة العليا.

[2]- يقع هذا القسم ضمن الفصل الأول تحت عنوان الجرائم المتعلقة بأخلاقيات العلوم البيوطبية، الذي يقع بدوره في الباب الأول من الكتاب الخامس تحت عنوان الجرائم المعلقة بالصحة العمومية.

تخصيب الجنين خارج الرحم لأغراض تجارية أو صناعية وإجراء الأبحاث والدراسات العلمية على الجنين دون مراعاة الأحكام المتعلقة بقواعد الصحة العامة وموافقة الزوجين، وإنتزاع الخلايا الجذعية والإستنساخ. كما تطرق أيضا للتدخلات الطبية الخطرة التي تجرى على الجنين ومنها عمليات نزع الأنسجة والخلايا دون الحصول على رضا الزوجين، فضلا عن تجريم بعض التدخلات الطبية التي تهدف إلى تحقيق غايات غير مشروعة مثل المتاجرة في الأجنة البشرية واللقاحات الآدمية، وكذا مخالفة الشروط والضوابط الأخرى المنصوص عليها في قانون الصحة العامة وهي جميعها مواضيع تدخل في مجالات أخرى من البحث[1].

ب- الإستفادة من أعضاء الجنين المجهض:

يتعين التفرقة في هذه الحالة بين فرضيتين، الأولى إذا كان الجنين قد تم إجهاضه لسبب مشروع وفقا للشروط المنصوص عليها في المادتين 308 من قانون العقوبات و 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وبقي حيا بعد عملية الإجهاض فإنه يكتسب بذلك صفة الشخص الحي، ويتعين على الطبيب أن يجتهد في إنقاذ حياته بجميع الوسائل المتاحة، ومنها الوسائل الصناعية طبقا للالتزامات العامة المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا المرسوم التنفيذي المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب[2]. وبالتالي لا يجوز إنتزاع أعضاءه من أجل زرعها في إنسان آخر أو إجراء التجارب عليه، كما لا يجوز لوالديه أن يتبرعا بأعضائه وإلا عد فعلهما مجرم قانونا.

أما الحالة الثانية وهي حالة الجنين المولود اللادماغي، ويقصد بالمولود عديم الدماغ هو "الجنين الذي يولد وليس له قبو رأس، وإنما جذع مخ يقوم على الوظائف الحيوية الأساسية من دورة دموية وتنفس مثل المولود ناقص الخلق ظاهرا أو باطنا والمصاب بتشوه خطير"[3]، فإن هذا الأخير بعد انفصاله من رحم الأم يكون حيا ولكن حياته محدودة وموته مؤكدا بعد ساعات أو أيام أو أسابيع. وبالرغم من ذلك، فإن لهذا الأخير حرمة شرعية وقانونية ويكتسب بالتالي صفة الإنسان الحي بحسب نص المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، مثله مثل الطفل العادي إلى

---

[1]- المواد 511-15 إلى 511-28 من قانون العقوبات، معدلة بموجب القانون 2004-800 السابق الإشارة إليه. لمزيد من التفاصيل حول موضوع الحماية الجزائية للجنين البشري في ظل التطورات الطبية و البيولوجية المعاصرة أنظر، أحمد حسام طه تمام، الحماية الجنائية لإستخدام الجينات الوراثية في الجسم البشري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 2005، ص 121 و ما يليها.

[2]- وما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2008/01/23 الذي جاء فيها أنه:" حيث من المقرر فقها و قضاء أن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية مثل قضية الحال، ماعدى الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب إلتزام بتحقيق نتيجة، وأن الإلتزام ببذل عناية هو **بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية**".

[3]- أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص151 وما بعدها.

غاية إثبات وفاته. وبالتالي لا يجوز إنتزاع أعضاءه من أجل الإستفادة منها في العمليات الطبية أو في الأبحاث العلمية. أما إذا توفي فلا مانع من إبقاء هذا المولود بأجهزة الإنعاش الصناعي إلى ما بعد موت جذع المخ للمحافظة على حيوية الأعضاء الصالحة للنقل والتجارب، مع مراعاة الضوابط والشروط القانونية الخاصة بنقل الأعضاء من جثث الموتى[1] ومنها الحصول على موافقة الوالدين، وأن عدم الحصول على تلك الموافقة يعد عملا مجرما قانونا.

أما الفرضية الثانية وهي فرضية الجنين الذي يولد ميتا، و يمكن القول أنه من الناحية الطبية لا يمكن الإستفادة من أنسجة و أعضاء من الجنين الذي يولد ميتا في زراعة الأعضاء والأنسجة، لأن زراعة الأعضاء تستلزم من الناحية الطبية أن تكون أنسجة الجنين حية. أما بالنسبة إلى الأجنة المجهضة حديثا والتي تكون أنسجتها محتفظة بصلاحيتها البيولوجية، مثل الجنين الذي سقط من رحم أمه أو الجنين المجهض لأسباب علاجية فإنه يأخذ حكم الشخص الميت، وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها لا يوجد أي نص يمنع إستعمال تلك الأجنة في عمليات زرع الأعضاء البشرية أو إستعمالها في الأبحاث و الدراسات العلمية، شرط احترام الضوابط و الشروط القانونية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء المتعلقة بجثث الموتى لا سيما الحصول على الموافقة المسبقة للوالدين، ومخالفة ذلك يعد فعلا مجرما قانونا بنص المادة 303 مكرر 17 فقرة ثانية من قانون العقوبات.

ثانيا- عدم الحصول على الموافقة المسبقة للمجني عليه:

بعد أن تطرقنا إلى العنصر الأول المشكل للركن المادي للجريمة، والمتمثل في إقتطاع عضو من أعضاء جسم شخص على قيد الحياة، نتطرق إلى العنصر الثاني والمتمثل في عدم الحصول على موافقة الشخص الخاضع للعملية. وقبل الخوض في هذه المسألة يتعين أولا الإشارة لمسألة مهمة، وهي نطاق تطبيق المادة 303 مكرر 17 فقرة أولى من قانون العقوبات، وترتبط هذه المسألة إرتباطا وثيقا بمسألة الموافقة المسبقة ثم نعرج بعدها لدراسة الشروط القانونية للموافقة.

1- مجال تطبيق شرط الموافقة في النص العقابي:

نشير في البداية إلى أن المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، قد أحالت على الشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول فيما يتعلق بالموافقة وهو ما يعرف بطريقة

[1]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 127.

التجريم عن طريق الإحالة[1]، غير أن المشرع لم يحدد القوانين والمواد المحال عليها[2]، وهي ذات المنهجية التي إستعملها المشرع الفرنسي عندما تناول جريمة نزع عضو دون الحصول على رضا صاحبه في المادة 511- 3 من قانون العقوبات. إلا أن المشرع الفرنسي أحال صراحة على الفقرة الثالثة من المادة L.1-1231 من قانون الصحة العمومية فيما يخص الأحكام المتعلقة بالموافقة المسبقة. وبالرجوع إلى تلك المادة، يتضح أنها تتناول الضوابط الخاصة بالموافقة التي يتعين إحترامها في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء، وهي ضرورة إعلام المتبرع من قبل لجنة الخبراء بالمخاطر المحتملة والتأثيرات المستقبلية للعملية، وكذا ضرورة التعبير عن الإرادة أمام رئيس المحكمة الكبرى أو القاضي المكلف من قبله، بالإضافة إلى أن يكون الرضا حرا و مستنيرا و إمكانية التراجع عنه من قبل المتبرع في أية مرحلة[3]. و كان المشرع الفرنسي في السابق قد حصر مجالات تطبيق المادة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية غير المشروعة[4]. ثم وسع من مجالات تطبيقها بمناسبة

---

[1]- لقد إستعمل المشرع هذه الطريقة في صياغة النصوص العقابية و منها بعض الجرائم المنصوص عليها في قانون حماية الصحة و ترقيتها، أنظر على سبيل المثال المواد: 234 و 235 و 236 و 237 و 238 و 239. كما إستعمل المشرع الفرنسي تلك الطريقة أيضا في قوانين أخلاقيات علوم الأحياء، أحمد حسام طه تمام، المرجع السابق، ص 203.

[2]- و لو أن المشرع أشار صراحة إلى القانون 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم، ضمن النصوص التي إعتمد عليها في إعداد القانون رقم 01/09 المؤرخ في 2009/02/25 المعدل و المتمم لقانون العقوبات.

[3] - *Art L1231-1.CSP:* « Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur.

Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou soeurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur.

Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier et deuxième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment.

L'autorisation prévue au deuxième alinéa est délivrée, postérieurement à l'expression du consentement, par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3.

Les prélèvements sur les personnes mentionnées au premier alinéa peuvent également, sauf en cas d'urgence vitale, être soumis à l'autorisation de ce comité lorsque le magistrat chargé de recueillir le consentement l'estime nécessaire.

L'Agence de la biomédecine est informée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement d'organes à fins thérapeutiques sur une personne vivante …».

[4]- كما أحالت نفس المادة أيضا على الفقرتين الثانية والخامسة من المادة L. 1-1231 من قانون الصحة العامة بالنسبة للحالة الثانية التي تناولتها، وهي حالة عدم الحصول على الترخيص المسبق من لجنة الخبراء المنصوص عليها في المادة L. 3-1231 من نفس القانون، بالنسبة إلى عمليات نزع الأعضاء التي لا تكون للمتبرع صفة الأب أو الأم. وبالرغم ذلك فقد إنتقد الفقه المشرع الفرنسي من حيث إفراطه في إستعمال هذه الطريقة وكذا الصياغة التي تم تحرير أغلب المواد التي تناولت الجرائم المتعلقة بالصحة العامة وبالأخلاقيات البيوطبية على وجه الخصوص، لأن النصوص المحال عليها تكون غير واضحة أحيانا كما أنها تحيل بدورها على

التعديل الذي جاء به القانون 800-2004 المتعلق بأخلاقيات علوم الأحياء، بحيث جعل أركان الجريمة تتوافر حتى في حالة ما إذا كانت الغاية من العملية تحقيق أغراض علاجية لصالح المستفيد، وهو ما يقتضي في غالب الأحيان إحترام الشروط القانونية الأخرى.

و بالرجوع إلى نص المادة 303 مكرر 17 محل الدراسة فإنها تطرح التساؤل حول مجالات تطبيقها، أي هل يقتصر تطبيقها على العمليات الجراحية التي تهدف إلى تحقيق غايات غير مشروعة مثل المتاجرة بالأعضاء أم تشمل جميع العمليات المرتبطة بنقل و زرع الأعضاء البشرية ؟

وللإجابة على السؤال، يتعين العودة إلى عرض الأسباب الخاص بمشروع القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المطروح على البرلمان[1]، أين يتبين أن هذا الأخير تحدث عن المسعى المراد تحقيقه وهو تجريم الإتجار في الأعضاء البشرية،كما تحدث أيضا عن قدسية وكرامة الجسم البشري والأبعاد الوخيمة للجريمة، غير أنه لم يشر صراحة إلى الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 المتعلقة بترع عضو دون موافقة صاحبه و إكتفى بالإشارة إلى جريمة الحصول على عضو مقابل منعة مالية[2].

وإذا رجعنا إلى موقع المادة ضمن تقنين العقوبات، يتبين أيضا أن المشرع قد أدرجها ضمن القسم الخامس مكرر1 تحت عنوان :" **الإتجار بالأعضاء البشرية**"، مما يوحي كقراءة سطحية أنها تطبق فقط على عمليات إقتطاع الأعضاء التي تهدف إلى تحقيق غايات غير مشروعة، غير أنه عند التمعن في المادة يتبين أن النص جاء ليحمي قيمة قانونية معينة، وهي رضا المريض أو المتبرع من التدخلات الجراحية التي تستهدف الأعضاء البشرية أي عمليات بتر الأعضاء دون الحصول على موافقته المسبقة. وهو الشيء التي تؤكده الفقرة الثانية التي تنص على قيام الجريمة حتى بالنسبة إلى إقتطاع العضو من جثة شخص ميت دون الحصول على موافقته أو موافقة ذويه. وهو ما تعززه كذلك طريقة صياغة المادة التي إنتهجها المشرع بحيث جاءت عامة، و لم يتم الإحالة من خلالها على أي نص من نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها.

التنظيم ، وهذا ما يشكل خرقا مبدأ الشرعية الذي يقتضي أن يكون التجريم بموجب قوانين وليس بموجب التنظيم أو قرارات إدارية كما إنتقد الفقه الفرنسي أيضا إفراط المشرع الفرنسي في إستعمال المصطلحات العلمية في صياغة النصوص العقابية المتعلقة بالأخلاقيات البيوطبية و هذا من شأنه أن يؤدي إلى صعوبة تفسير هذه النصوص؛ لمزيد من التفاصيل حول موضوع وضوح القاعدة الجنائية كشرط لتطبيق مبدأ الشرعية الجنائية، أحمد مجحودة ، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 115 و مايليها.

[1]- عرض أسباب مشروع القانون 01/09 المؤرخ في 2009/02/25، منشور في جريمة الشروق اليومية الصادرة بتاريخ 2008/09/15، ص9.

[2]- لقد إستعمل المشرع مصطلح **الحصول على عضو** عندما تناول جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية، بينما إستعمل مصطلح **إنتزاع عضو** عندما تناول جريمة نزع عضو دون رضا صاحبه.

وبالتالي فإننا أعتقد، أن المشرع قد ترك المجال واسعا في تطبيق المادة على جميع الحالات التي يتم بموجبها إقتطاع العضو دون رضا صاحبه. سواء كان ذلك بهدف علاجي مثل الزرع في جسم إنسان مريض أو بغرض آخر من غير الزرع، مثل الطبيب الذي يقوم ببتر دون أن ينطوي ذلك على ضرورة علاجية أو خطورة من أجل إستعماله في التجارب أو تحقيق أهداف غير مشروعة.

2- الشروط القانونية للموافقة:

لقد تناول المشرع مسألة الموافقة المسبقة عن الأعمال الطبية والجراحية من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا المرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق بأخلاقيات الطب، وجعله شرطا جوهريا يتعين على الطبيب الإلتزام به قبل إجراء أي تدخل طبي على جسم المريض[1]. ويستند شرط الموافقة المسبقة عن الأعمال الطبية إلى حق الإنسان في سلامته الجسدية الذي يرتبط بدوره بحقه في الذاتية وتقرير مصيره الذي يصنفه البعض من الحقوق الأساسية للإنسان[2]. فإذا كان الشخص يمتلك القدرة على الإدراك، فإن هذا الأخير هو الوحيد الذي بإمكانه أن يسمح بإجراء التدخل الطبي على جسده[3].

وسوف نتعرض إلى الشروط الموضوعية للرضا، ثم إلى الشروط الشكلية وكذا الأحكام المتعلقة بالقصر والأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية و إقتطاع الأنسجة و الخلايا و تجميع مواد الجسم، والتي تشكل مخالفتها عنصر من عناصر الجريمة محل الدراسة، وفقا لما تضمنه قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب.

---

[1]- يفرق الفقه بين الموافقة المسبقة للمريض عن التدخل الطبي الذي ينعقد به العقد الطبي بين الطبيب والمريض، وبين ضرورة الحصول على الرضا المستنير من المريض بمباشرة الأعمال الطبية في كل مرحلة من مراحل العلاج. إذ أنه في الحالة الأخيرة يكون القبول متكررا ويتعين بالتالي إظهار إرادة المريض في كل مرحلة من مراحل العلاج، ويكون مصدره الحق في حصانة الجسم حتى إذا كانت الغاية من العمل الطبي تحقيق مصلحة المريض، وهذا عكس الحالة الأولى الذي يكون يتم التعبير فيها عن الإرادة مجزئا وهو ما أكدت عليه المادة 168 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها بالنسبة إلى التجارب الطبية التي جاء فيها: "أنه يتعين أن تكون الموافقة ضرورية في كل لحظة" . هذا و يمكن القول أيضا أنه يفهم من خلال قراءة قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2008/01/23 السابق الإشارة إليه، أن هذه الأخيرة تميل إلى الإعتراف بالطابع التعاقدي للعلاقة بين الطبيب والمريض، بالرغم من عدم إشارتها للنص القانوني المطبق فيما إذا كان يتعلق بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية، إذ جاء في حيثياته أنه:" من الثابت في الملف **أن المطعون ضده إتفق مع الطاعن الذي هو طبيب جراح** على نزع حصاة من إحدى كليته، لكن الجراح نزع له الحصاة والكلية، الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ الطبيب".

[2] - E. Hannosset, *consentement éclairé : Fondement, méconnaissance, conséquences*, *in* «droit médical» sous la coordination de YH. Leleu, édition LACIER, 2005, p.241.

[3]- تعتبر الأعمال الطبية من الأعمال المباحة رغم مساسها بالسلامة الجسدية للإنسان، مما يعني إنتفاء مسؤولية الطبيب عن العمل الطبي أو الجراحي وإعتبار فعله من الأعمال المشروعة، وتستند إباحة الأعمال الطبية إلى ترخيص القانون ولا يجوز إعتبار أساس الإباحة هو رضا المريض بالعلاج إذ هو شرط في مباشرة العلاج، والرضا كأصل عام لا تأثير له في توافر أسباب الإباحة؛ مصطفى عبد الحميد عدوى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 1992، ص 6.

أ- الشروط الموضوعية:

تتمثل الشروط الموضوعية للموافقة في أن يكون رضا المتبرع حرا، كما يشترط القانون إعلام المتبرع حتى يتمكن هذا الأخير من إتخاذ القرار السليم بشأن مستقبله الصحي. ويعرّف رضا المريض المؤسس على الإعلام في الفقه القانوني بالرضا المتبصر أو المستنير. ونتطرق إضافة إلى مسألة مهمة أخرى و هي حق المتبرع في التراجع عن الموافقة.

- أن يكون الرضا حرا:

يفرض مبدأ الموافقة المسبقة، أن تكون إرادة الشخص الخاضع للعملية حرة ومعنى ذلك أن تكون:

- خالية من أي عيب من عيوب الإرادة و ألا يكون الشخص الخاضع للعملية معرضا لأي ضغط نفسي ولأي تأثير مادي أو معنوي[1].

- ويقتضي ذلك أن يكون الشخص الخاضع للعملية بالغا سن الرشد القانوني وعاقلا أي أهلا لإتخاذ القرار بالتنازل عن جزء من جسمه[2]، وتقتضي الإرادة الحرة أيضا أن تكون قبل إجراء العملية الجراحية وليس بعدها، وفي هذا الصدد نصت المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم". أما في ما يخص عمليات نزع الأعضاء، فقد إشترطت المادة 162 من نفس القانون على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة للمتبرع، وهو نفس الحكم الذي جاءت به المادة 34 من المرسوم التنفيذي المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب التي نصت على أنه:" لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو إستئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، وما لم تكن ثمة حالة إستعجالية أو إستحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وأخذ موافقته". ومن جانبها نصت المادة 44 من نفس المرسوم على أنه:" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض **موافقة حرة ومتبصرة** أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته". وواضح من خلال النصوص المذكورة أعلاه، أنها تشترط جميعها الحصول على موافقة الشخص الخاضع للعملية

[1]- لقد عالج القانون المدني، عيوب الإرادة بالنسبة إلى التصرفات المالية من خلال المواد 81 و ما يليها والتي يمكن أن تأثر على صحة تصرفاته فتجعلها باطلة أو قابلة للإبطال، وهي الغلط الجوهري والتدليس والإكراه والإستغلال.

[2]- تحدد المادة 40 فقرة 2 من القانون المدني سن الرشد بـ 19 سنة كاملة، وسيأتي تفصيل مسألة إقتطاع الأعضاء من القصر والأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية لاحقا.

وأن تكون موافقته حرة وصريحة وأن تكون صادرة عن شخص يتمتع بقدرة عقلية ونفسية سليمة، كما يتعين أيضا أن يستمر هذا الرضا حتى لحظة إجراء عملية إستئصال العضو[1].

وإستنادا على ذلك، يكون مرتكبا لجريمة نزع عضو دون الحصول على رضا صاحبه طبقا للمادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، الشخص الذي يقوم بإنتزاع العضو من المجني عليه الذي يكون تحت تأثير التخدير أو تحت تأثير عمليات جراحية تجرى له لسبب آخر أو تحت تأثير التنويم المغناطيسي، أو الطبيب الذي يستغل ظروف الضحية الإقتصادية أو الإجتماعية مثل حاجته إلى المال أو أية منفعة أخرى فيقوم بإنتزاع عضو منه و تقوم الجريمة أيضا في حق الطبيب الذي يستعمل طرق الغش والمناورات الإحتيالية من أجل إيقاع الضحية في غلط[2]، كأن يقوم بإيهام المجني عليه أن العضو المراد إستئصاله متعفن أو مصاب بمرض، مما يجعل هذا الأخير يوافق على إجراء العملية بالرغم من أن العضو المراد نزعه سليم. أو الطبيب الذي يقوم بتزوير نتائج التحاليل والتقارير من أجل إثبات صحة أكاذيبه بشأن الحالة الصحية للضحية وطبيعة المرض، أو الطبيب الذي يقوم بإيهام المجني عليه أنه سوف يقوم بإستئصال ورم أصاب العضو غير أن الطبيب يقوم بترع العضو كليتا. كما تقوم الجريمة أيضا في حق الطبيب الذي يقوم بترع العضو من شخص يتم إختطافه من أجل الإستفادة من أعضاءه مثل المتشردين والأطفال والمجانين. لذا يتعين توخي الحذر والحيطة في موافقة المتبرع على إجراء هذا النوع من العمليات، والتأكد بما لا يدع مجالا للشك من أن موافقته جاءت خالية من أي إكراه أو ضغط أو غش أو تدليس قد يؤثر على إرادته.

ومن المسائل التي أثارت جدلا فقهيا، هي مسألة إقتطاع الأعضاء من الأشخاص المحكوم عليهم بالإعدام أو عقوبة سالبة للحرية، ومدى شرعية موافقة السجين أو المحكوم عليه بالإعدام بشأن تلك التصرفات. في الحقيقة إختلفت الآراء حول هذه المسألة إلى رأيين، أما الرأي الأول يرى أنه بالإمكان الإستفادة من الأعضاء البشرية للمحكوم عليه بالإعدام، على أساس أنه لا يتضرر هؤلاء من عملية الإعدام مهما اختلفت طرق تنفيذها. ويرى أصحاب هذا الرأي، أن الإستفادة من أعضاء هذه الطائفة يحقق مصلحة للإنسانية من خلال إنقاذ حياة الكثير من المرضى، كما لا يوجد أي إكراه للمحكوم عليهم بالمساهمة بأعضائهم لإنقاذ حياة الآخرين.

---

[1] - A.Ossoukine, *L'Ethique biomédicale,* Op.cit, p.95 et 169.

[2]- مأمون عبد الكريم، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء في قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 154.

أما الإتجاه الثاني يرى بعدم جواز إقتطاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام حماية للكرامة الإنسانية ولا يعتد بالرضا الصادر عنهم. فالسجن يعد في حاد ذاته سببا في نقصان الإرادة الحرة للسجين، لأن الحالة النفسية التي تصاحبه داخل السجن من شأنها أن تعيب إرادته، فضلا عن أن نقل الأعضاء من المحكوم عليه تخالف مبادئ الكرامة الإنسانية الذي يعتبر المبدأ الأساسي التي يرتكز عليه القانون الطبي[1].

وأعتقد أن الرأي الثاني هو الرأي الصحيح، طبقا للمبادئ العامة التي يرتكز عليها القانون الطبي الجزائري وكذا قانون تنظيم السجون[2]، الذي يؤكدان على ضرورة إحترام الكرامة الإنسانية وكرامة المسجون بصفة خاصة، وأن موافقة هذا الأخير على عملية إنتزاع عضو من أعضاء، لا يعتد بها لأن إرادته تكون معيبة لأن صاحبها عبر عنها تحت تأثير ضغط نفسي.

– أن يكون الرضا متبصرا:

لا يكفي لكي يكون رضا الشخص المتبرع بالعضو حرا وإنما يجب أيضا أن يكون متبصرا، والمقصود بالرضا المتبصر هو الرضا الذي يسبقه إعلام المريض بقدر من المعلومات تتعلق أساسا بحالته الصحية وبطبيعة التدخل الطبي أو الجراحي المراد إجراءه ومخاطره، بهدف مساعدته وتمكينه من إتخاذ القرار الملائم بشأن حالته الصحية. والإلتزام بالإعلام له جانب قانوني كما له جانب مهني يتعلق بآداب مهنة الطب[3]. وقد أخذ المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الحديثة بمبدأ الرضا المتبصر، وإشترط توافره في جميع الأعمال الطبية التي يكون فيها خطر جدي على صحة المريض وسلامته البدنية. كما أكد عليه في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء. وتبعا لذلك، نصت المادة 162 فقرة 3 على أنه:" لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسبب فيها عمليات الانتزاع، ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة[4]". ويقابل هذا النص في التشريع الفرنسي المادة L.1-1231 من

---

[1]- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق، ص 579 وما يليها.

[2]- قانون 04/05 مؤرخ في 2005/02/06، المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة إدماج المحبوسين، (ج.ر 12) بتاريخ 2005/02/13.

[3]- يعتبر القضاء الأمريكي من الناحية التاريخية، أول من أرسى قواعد الرضا المتبصر في الدول الغربية منذ خمسينيات القرن الماضي، ثم لحقه القضاء الإنجليزي في السبعينات، في حين يرجع إهتمام القانون الفرنسي بهذا الجانب إلا مؤخرا بالرغم من أن القضاء الفرنسي إعتمد على تلك النظرية في منتصف القرن الماضي. وفي هذا الإطار نصت المادة 16 فقرة 3 من القانون المدني المستحدثة بموجب القانون المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق بحماية الجسم البشري على أنه:" لا يجوز المساس بالسلامة البدنية للشخص إلا لضرورة علاجية بإستثناء حالة الإستعجال التي تتطلب تدخل علاجي، ولا يمكن الحصول على موافقة المريض بسبب حالته الصحية" ، مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 100 و101.

[4]- وفي مجال التجارب العلمية، نصت المادة 168 مكرر 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها أنه:" يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي، وتكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة".

قانون الصحة العمومية الفرنسي، الذي أحال عليها صراحة النص العقابي وإشترطت هي الأخرى ضرورة أن يكون الرضا حرا و مستنيرا. كما ألزمت أن تسبق موافقة المتبرع إعلام هذا الأخير بالمخاطر المحتملة والتأثيرات المستقبلية للعملية من قبل لجنة الخبراء[1]. ومن جهتها نصت مدونة أخلاقيات مهنة الطب، صراحة على إلتزام الطبيب بالحصول على رضا المتبرع بعد إعلامه بما ينوي القيام به على جسده، ففي هذا الصدد نصت المادة 43 من المدونة على أنه:" يجب على الطبيب أو الجراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي". وتضيف المادة 44 من المدونة على أنه:" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه".

غير أن السؤال الذي يطرح، حول نطاق الإعلام وعناصره الذي يتعين على الطبيب التزام بها تجاه الشخص المراد نزع العضو منه لكي يتمكن هذا الأخير من إتخاذ القرار المناسب، وكذا المعايير والأوصاف المعتمد عليها ؟

وهو التساؤل الذي يقودنا بالضرورة إلى الحديث عن الصعوبات التي يمكن أن يثيرها تطبيق المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات من الناحية العملية، لا سيما وأن هذه الأخيرة جاءت صياغتها عامة، ومدى الإعتداد في قيام الجريمة بمسألة الإعلام الناقص لا سيما إذا ما أخذنا بعين الإعتبار مبدأ الشرعية، الذي يقتضي التقيد بالنص وعدم التوسع في تفسيره. و سوف نحاول دراسة تلك المسائل على ضوء ما جاء به قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا آراء الفقه.

*** مضمون الإلتزام بالإعلام:**

لم يتطرق قانون حماية الصحة وترقيتها والمرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب، بالتفصيل عن عناصر الإعلام التي يجب إفادة المريض بها قبل التدخل الطبي أو الجراحي، ما عدى عنصر الأخطار الطبية المحتملة لعملية الإنتزاع في إطار التبرع بالأعضاء البشرية. وبالتالي إستبعد المشرع الأخطار غير الطبية وكذا عناصر الإعلام الأخرى المعروفة لدى الفقه، وهي تشخيص المرض وطبيعة العلاج المقترح وبدائل العلاج[2]، التي تبقى ملزمة بالنسبة إلى الطبيب بالنسبة إلى

[1] - C. Giovannageli, *art. préc* .p.126.

[2] - وبصفة عامة يمكن تحديد عناصر الإعلام بالنسبة إلى عمليات بتر الأعضاء التي تتم لأغراض علاجية، حسب ما جاء في الفقه والقضاء في مختلف الدول، وهي تشخيص المرض وطبيعة العلاج المقترح ومخاطر العلاج والبدائل العلاجية:
تشخيص المرض: يتعين على الطبيب أولا أن يشرح للمريض طبيعة المرض الذي يعاني منه، وتقتضي عملية التشخيص أحيانا إستعمال أجهزة معينة أو إجراء عملية جراحية إستكشافية، كما قد يلجئ الطبيب إلى إنتزاع بعض الأنسجة والخلايا من أجل إجراء

عملية إستئصال الأعضاء التي يتم إجراءها لأغراض علاجية أخرى غير الزرع، وهذا لعدّة أسباب منطقية وقانونية تتعلق بطبيعة الإلتزام بالتبصير في حد ذاته. وبصفة عامة يمكن تحديد عناصر الإعلام بالنسبة إلى عمليات بتر الأعضاء حسب النص في تبصير المتبرع بالمخاطر الطبية المحتملة، ومفاده أن يقوم الطبيب بتنبيه الشخص المتبرع بالمخاطر التي يمكن أن تتحقق من جراء تنفيذ علمية الإستئصال، مما يمكنه من فهم وضعيته الصحية وتساعده على إتخاذ القرار المناسب بنفسه. ولا يمكن في هذا الإطار حجب أية معلومات على هذا الأخير تتعلق بتلك المخاطر، لأنه ليس هناك أي سبب شرعي يسمح للطبيب بالتستر على المعلومات الخطيرة خشية إحجام المتبرع عن الموافقة، لأنه ليس مريضا ولا يخشى على صحته إذا رفض التدخل الطبي[1].كما يتعين على الطبيب أن يبصر المتبرع أيضا بتأثيرات العملية على مستقبله الصحي، فينبهه مثلا أنه لا يستطيع ممارسة عملا شاقا أو القيام بواجبات معينة، وبالتالي لا يقتصر عنصر الإعلام بالمخاطر الحالية التي تنتج عن التدخل الجراحي فحسب، بل تشمل أيضا التأثيرات المستقبلية على حياته الصحية.

وتختلف المخاطر التي يمكن أن تنجر عن العملية بإختلاف العضو أو الأنسجة أو الخلايا المراد التبرع بها، و يفهم من المادة 162 فقرة 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، أن المشرع إستبعد المخاطر الإستثنائية من مضمون الإعلام لأن نسبة تحققها ضعيفة من الناحية العملية.

*** معيار الإلزام بالإعلام:**

المقصود بمعيار الإلتزام بالإعلام، هو المعيار الذي يعتمد عليه الطبيب في إعلام المتبرع بالأخطار الطبية المحتملة التي نص عليها قانون حماية الصحة وترقيتها، وفي حقيقة الأمر فإن الفقه والقضاء المقارن وضع معيارين في هذا الشأن، الأول يتعمد على المريض المحتاط أما الثاني مهني.

التحاليل البيولوجية من أجل التأكد من المرض، وهذا يعني أن عملية التشخيص قد تشكل في حد ذاتها مساسا بحق الشخص في سلامته جسمه، وقد يشكل جريمة معاقب عليها قانونا إذا تمت بدون موافقة المريض، لذا يتعين الطبيب إعلام الشخص في هذه المرحلة التمهيدية بطبيعة الفحص الطبي الذي ينوي مباشرته، وكذا المخاطر المرتبطة به إن وجدت فإذا تحصل على موافقة المريض جاز له مباشرة التشخيص.

طبيعة العلاج المقترح: إذا قرر الطبيب إجراء عملية بتر عضو من أعضاء الجسم من أجل علاج المريض يتعين على هذا الأخير أن يوضح مريضه طبيعة التدخل العلاجي المقترح والغرض منه.

البدائل العلاجية: يتعين على الطبيب كذلك أن يعلم المريض بالبدائل العلاجية الأخرى، سواء من حيث طبيعتها أو منافعها و يدخل ضمن عنصر الإعلام بالبدائل التنبيه إلى آثار ومخاطر رفض العلاج، غير أن هذا الإلتزام قد يصطدم بتقدير الطبيب في إختيار طرق العلاج. ومن ثم لا يرى الفقه الفرنسي مبررا لإلتزام الطبيب بإعلام مريضه في هذا الشأن؛ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 129 ومايليها.

=كما نصت المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ضرورة إعلام المستفيد من العضو بالأخطار الطبية التي تنجر عن العملية.

[1]- تنص المادة 51 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر ولا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمنتهى الحذر والإحتراز".

المعيار الشخصي: والمقصود بذلك أن الطبيب ملزم قانونا بإعلام الشخص المراد نزع العضو منه بكل المخاطر الطبية المحتملة، بالنظر إلى تقدير أي مريض محتاط في نفس الظروف، ويوسع من نطاق الإعلام ويرجح مصلحة الضحية أو المتبرع بصفة عامة من خلال تزويده بكافة المعلومات العلمية والدقيقة، لذا فمن الصعب تطبيقه من الناحية العملية[1].

المعيار الموضوعي: ويعرف أيضا بالمعيار المهني، ومفاده أن المعلومات التي يتعين تبصير المريض بها إنما تتحدد في نطاق المعلومات الطبية الضرورية وفقا للقواعد المتبعة في المجال الطبي، ومن ثم تتحدد هذه المعلومات بالعمومية والتجريد ولا تختلف تبعا لإختلاف ظروف كل شخص، وإنما بحسب المخاطر التي يمكن أن تنجر عن إقتطاع العضو أو الأنسجة أو الخلايا المراد التبرع بها. وعلى ذلك ينسب للطبيب الإخلال بواجب التبصير في الحالة التي يمتنع فيها عن الإفصاح بهذه المعلومات الطبية بصرف النظر عن أية غاية أخرى تبعث عليها دوافع كامنة في نفسه[2].

*** أوصاف الإعلام:**

يتعين الإشارة أولا إلى أنه يتعين يوجه الإعلام إلى شخص المريض وليس إلى شخص آخر، ما عدى الحالات الإستثنائية التي تتعلق بحالة الضرورة كما يتعين أيضا أن يتم قبل مباشرة التدخل الجراحي[3]، أما في ما يخص أوصاف الإعلام فإن قانون حماية الصحة وترقيتها لم يتطرق صراحة إلى تلك المسألة. غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 43 من المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب، فإنها تبين لنا أوصاف الإلتزام بالإعلام التي يعين على الطبيب إفادة المريض بها على أن تكون معلومات واضحة وصادقة.

الإعلام الواضح: ويقصد بذلك أن يكون تبصير الشخص المراد إنتزاع العضو منه بلغة بسيطة وواضحة ومفهومة، وتجنب اللغة الفنية والعلمية المعقدة التي لا تحقق الغاية المرجوة من الإعلام، وأن الإعلام الناقص لا يعطي للمريض صورة حقيقية عن حالته الصحية وما يمكن أن ينجر عن العلمية من مخاطر[4].

---

[1] - P. Henry, *A propos du consentement libre et éclairé du patient*, in «droit médical» sous la coordination de YH. Leleu, édition LACIER, 2005, p. 211.

[2]- مصطفى عبد الحميد عدوى، المرجع السابق، ص20.

[3] - E. Hannosset, *art. préc.* p.191.

[4] - P. Henry *art. Préc.* p.209.

الإعلام الصادق: ينبغي للطبيب مراعاة الصدق في إعلامه للمتبرع، ويقتضي ذلك تزويده بمعلومات صحيحة بخصوص العملية المراد إجراءها لكي يكوّن فكرة صحيحة ودقيقة عن حالته الصحية، وكذا المخاطر الطبية المحتملة للعملية فيقرر على ضوئها قبول أو رفض إجراء العلمية.[1]

و بصفة عامة يمكن القول، أن جريمة نزع عضو دون الحصول على موافقة صاحبه المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، تنطبق في حالة مخالفة الشروط الموضوعية للرضا المتمثلة في إنعدام رضا الشخص المنقول منه العضو كليا كأن يتم إنتزاع العضو من جسمه وهو تحت تأثير مخدر، أو منوم أو كانت إرادته غير حرة كأن يكون مكرها أو أن يستعمل الجاني الطرق الإحتيالية من أجل إنتزاع العضو.

أما فيما يخص مسألة الرضا الناقص أي الرضا الذي يتم مخالفة للشروط المتعلقة بالتبصير، فمن الصعب الجزم بقيام الجريمة في حق الطبيب إذا لم يقم بتبصير المتبرع بالمسائل التفصيلية الدقيقة. غير أن الجريمة يمكن أن تقوم في حق هذا الأخير إذا لم يقم بتبصيره أصلا بالمخاطر الطبية للعملية أو كان الإعلام موجه لغير المتبرع، ويبقى للإجتهاد القضائي دور في الفصل في تلك المسألة بحسب ملابسات و ظروف كل قضية تعرض عليه.

– حق المتبرع في التراجع على الموافقة:

تنص المادة 162 في فقرتها الثانية أنه يستطيع المتبرع في أي وقت أن يتراجع عن موافقته السابقة، وحق العدول عن الرضا من قبل المتبرع يجد أساسه في مبدأ الكرامة الإنسانية، الذي يقتضي عدم إرغام الشخص على إقتطاع جزء من جسمه دون رضاه وتجسيدا أيضا لحق المتبرع في الموافقة الحرة والمتبصرة، التي تقتضي السماح للمتبرع الذي وافق في بداية الأمر على الإقتطاع أن يتراجع عن تلك الموافقة. ولما كانت مسألة الموافقة من المسائل الشخصية، فإن الرجوع عليها كذلك أمر شخصي ولا يسوغ البحث في أسبابه ومبرراته، كما يعد العدول عن الموافقة عملا إراديا يزيل الأثر القانوني للرضا الذي صدر من المتبرع[2]، بحيث لا يمكن للطبيب أن يستند إلى الموافقة السابقة لمباشرة العملية الجراحية أو إرغام المتبرع على الخضوع لها، كما لا يجوز له إجراء علمية النقل إذا كان عالما أن المتبرع تراجع عن موافقته، وإلا عد فعله مجرما بنص المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات. وبحسب نص المادة 162 المشار إليها أعلاه فإنه بإستطاعة المتبرع

[1]- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق، ص 149.
[2]- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق، ص 592 و ما يليها.

أن يمارس هذا الحق في أي وقت قبل إجراء العملية الجراحية. وبالتالي لا يجوز للمتبرع أن يطلب إسترجاع العضو بعد زرعه في جسم المستفيد لأنه صار جزء منه، وخلافا للشكليات التي يتطلبها القانون في التعبير عن الإرادة، فإن التراجع عن الإرادة لا يشترط أية شكليات معينة إذ يكفي أن يعبر المتبرع شفاهة أو كتابة عن تراجعه عن إجراء العلمية.

ب- الشروط الشكلية في التعبير عن الإرادة:

لا يكفي توافر الشروط الموضوعية للموافقة المتمثلة في أن يكون الرضا حرا ومتبصرا، وإنما إشترط القانون أن يتم التعبير عن إرادة المتبرع وفقا لشكليات محددة. وهكذا نصت المادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" 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 أعضاءه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة". وإستنادا على ذلك، إشترط القانون شكليتين للتعبير عن الإرادة وهما الكتابة وحضور الشاهدين.

- التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة:

تعتبر الكتابة دليلا مهما يفيد حصول الطبيب على موافقة المتبرع ومن ثم فإنها تشكل أداة لإثبات للرضا، وعلى هذا الأساس لا يجوز للطبيب مباشرة عملية الإقتطاع، إلا بعد حصوله على وثيقة تتضمن تعبير المتبرع عن رضاه وتوقيعه عليها. وللكتابة عدّة فوائد من الناحية العملية والقانونية، فهي تنبه إلى خطورة العملية بالنسبة إلى المتبرع إذ أن مطالبته بالتوقيع على الوثيقة تجعله يدرك أهمية وخطورة ما هو مقبل عليه، مما يدفعه إلى التفكير مجددا قبل التوقيع. ومن جهة أخرى، تتضمن الكتابة عناصر الإعلام التي تحصل عليها المتبرع خاصة ما تعلق منها بمخاطر العملية وآثارها، وهو يجنب الطبيب متابعات محتملة. وعلى هذا الأساس فإن الكتابة لا تكشف فقط عن الرضا، وإنما تشهد كذلك على أن الرضا كان صادرا عن وعي وإدراك. كما أن إشتراط المشرع الكتابة في مثل هذه العمليات ضمان للشخص من التجاوزات الممكنة في مجال عمليات نقل الأعضاء، وهو أمر يتطلب التشدد في الحصول على الرضا[1]. ولم يحدد المشرع شكل الوثيقة التي يتم فيها التعبير عن الإرادة، غير أنه عمليا يتم ذلك وفقا لنماذج معدة سلفا من الجهات الإدارية

[1]- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق، ص 596.

المختصة أو إدارة المستشفى، توضح من خلاله جميع البيانات المتعلقة بالهوية والإعلام والحصول على الرضا والبيانات الفنية الأخرى وكذا توقيع.

– حضور الشاهدين:

لم يكتفي المشرع بإشتراط الكتابة فقط كشرط شكلي في التعبير عن الإرادة، وإنما إشترط أيضا أن يتم ذلك بحضور شاهدين دون تحديد الشروط التي يجب توافرها في هذه الشاهدين. ووفقا للقواعد العامة، يتعين أن تتوافر لديهم الأهلية والقدرات الإدراكية، والغرض الأساسي من حضور الشاهدين هو التأكيد على أن المتبرع قد وافق بإرادته الحرة والواعية على العملية بعد أن تم إعلامه بالمخاطر والنتائج المترتبة عن العملية بقدر كافي.

وأن الطبيب الذي يخالف تلك المقتضيات ويقوم بإقتطاع عضو من أعضاء شخص دون أن يتم التعبير عن الإرادة وفقا للشكليات التي حددها القانون، يجد نفسه تحت طائلة العقاب حسب ما هو منصوص عليه في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الصحة العامة الفرنسي، إشترطت أن يتم التعبير عن الإرادة أمام جهات رسمية والمتمثلة في رئيس المحكمة الكبرى أو القاضي المكلف من قبله، وفي حالة الإستعجال أمام وكيل الجمهورية. ويتمثل دور القاضي المكلف بالحصول على رضا المتبرع وفقا لهذا الإتجاه التأكد من توافر الشروط القانونية المطلوبة للرضا في مجال نقل الأعضاء، وتمتع المتبرع بكامل قواه العقلية وصدور الموافقة من صاحبها بإرادة حرة ومتبصرة وفقا للشروط التي حددها، وتجنبا لأي تزوير قد يقع في هذا الإطار[1].

ج– إقتطاع أعضاء القصر و الأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية:

ترتبط مسألة إقتطاع أعضاء القصر والأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية، بمسألة الأهلية التي تعتبر عنصرا جوهريا في تكوين الرضا وقد عالجة المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها، تلك المسألة بنصها على أنه:" يمنع القيام بإنتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز ... ". وبحسب هذه المادة يمنع الإقتطاع من القصر وكذا الأشخاص الراشدين المحرومين من قدرة الإدراك[2]، وهم الأشخاص الذين يفقدون القدرة على تقدير الأمور تقديرا

[1] *-Art L1231-1.CSP.*

[2]- و هي المادة التي تقابلها في قانون الصحة العامة الفرنسي المادة L1231-2 التي جاء فيها:

« Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ».

سليما كالمجنون أو السفيه أو المعتوه هي الحالات التي نصت عليها المادة 42 من القانون المدني التي جاء فيها أنه:" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقدا التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون". ومن ثم يخضع هؤلاء في تصرفاتهم لنظام الولاية أو الوصاية المنصوص عليها في المادة 44 من القانون المدني و كذا الأحكام المتعلقة بها في قانون الأسرة[1]، فلا يمكن إخضاع هؤلاء القاصر أو الخاضعين لتدابير الحماية القانونية لعملية بتر لأعضاءهم لأسباب علاجية إلا بموافقة الولي أو الوصي المسؤول عن رعايته[2].

أما بالنسبة إلى إقتطاع الأعضاء من أجسام هؤلاء بغرض التبرع، فهو محظور أصلا سواء تم ذلك بموافقة الولي أو دونه، وبالتالي فإن المشرع إستبعد القاصر والأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية من مجال عمليات نقل الأعضاء[3].

وإستنادا على ذلك تقوم جريمة إنتزاع عضو دون موفقة صاحبه في حق الطبيب الذي يقوم بترع عضو من أعضاء قاصر أو شخص خاضع لتدابير الحماية القانونية، سواء تمت العملية بموافقة وليه أو وصيه أم بدونها، ولا يعتد بإرادتهما في قيام الجريمة.

ونشير أيضا أن المشرع جعل عامل القدرة على الإدراك وسن المجني عليه من الظروف المشددة للجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات. وإستنادا على ذلك نصت المادة 303 مكرر 19 من نفس القانون على أنه في حال إذا إرتكبت الجريمة ضد ضحية قاصر أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية فإن تكييف الوقائع يتغير من جنحة إلى جناية، كما أن العقوبة المستحقة في حق الجاني تتضاعف[4]. كما سيأتي الحديث عليه عند دراسة الجزاء المترتب عن جريمة إقتطاع عضو دون الحصول على موافقة صاحبه.

د- إلتقاط الأنسجة و الخلايا و تجميع مواد الجسم:

---

[1]- المواد 87 و ما يليها من قانون الأسرة.

[2]- محمد سعيد جعفور و فاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، طبعة 2002، ص 15 وما يليها.

[3]- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق، ص574 و575.

[4]- غير أن المشرع الفرنسي سوى في العقوبة، بين الحالة الأولى التي يتم الإقتطاع فيها من ضحية بالغ دون الحصول على الموافقة. والإقتطاع من ضحية قاصر أو خاضع لتدابير الحماية القانونية و هي الحالة التي جاءت بها الفقرة الثالثة من المادة 511-3 من قانون العقوبات بقولها:

« …Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale, hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 et L. 1241-4 du code de la santé publique ».

لقد نظم المشرع الضوابط القانونية الخاصة بإقتطاع الأنسجة ضمن الفصل الثالث الحامل لعنوان "**إنتزاع أعضاء الإنسان و زرعها**"، و بذلك ربط المشرع شروط إقتطاع الأنسجة بالشروط القانونية التي تخضع لها عمليات إقتطاع الأعضاء البشرية، بحيث تطبق هذه الأخيرة على عمليات إلتقاط الأنسجة كذلك[1]. و من جانبه جرم قانون العقوبات بموجب المادة 303 مكرر19 فعل إلتقاط الأنسجة و الخلايا و تجميع مواد من الجسم دون الحصول على موافقة صاحبها، و أحالة تلك المادة ضمنيا إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها بخصوص شروط الموافقة. وبالرجوع إلى أحكام قانون حماية الصحة و ترقيتها يتبين أن المشرع إكتفى بذكر الأنسجة البشرية، و لم يتحدث على إلتقاط الخلايا و تجميع مواد الجسم الذي وردت في النص العقابي. مما يثير التساؤل حول شروط الموافقة التي يتعين الحصول عليها قبل إقتطاع الخلايا و تجميع مواد من الجسم فيما إذا كان يخضع إلى القواعد العامة للموافقة أو تطبق عليه القواعد التي تضبط الموافقة المنصوص عليها الفصل الثالث المذكور أعلاه ؟

و للإجابة عن هذا السؤال يتعين أولا الرجوع إلى الخصائص البيولوجية لمشتقات الجسم، فإلتقاط مشتقات الجسم لا يخلف عادة آثار جسيمة على الجسم أو جروح بارزة أو عاهة مستديمة عكس عمليات نقل الأعضاء، و مثاله نزع كمية من النخاع العظمي أو الهرمونات أو السائل المنوي أو بويضة بغرض إجراء التجارب البيولوجية أو المساعدة على الإنجاب، قد لا يحدث تمزيقا أو وخزا بالجسم أو إخلالا واضحا بوظائفه، و من جهة أخرى تتميز مشتقات الجسم بقدرتها على الإحتفاظ بخصائصها البيولوجية لمدة طويلة مثل الدم البشري الذي يمكن الإستفادة منه بعد فترة طويلة من نزعه، كما أن لمشتقات الجسم عدة إستخدامات فهي لا تلتقط بغرض الزرع فقط بل يمكن الإستفادة منها في مجالات متعددة في مجالات الصيدلانية و العلاجية و غيرها[2].

و أن الواقع العملي أثبت أن إقتطاع الخلايا و مواد الجسم أو الحصول عليها يتم بمجرد **الرضاء البسيط** للشخص سواء في مخابر التحاليل أو المستشفيات، إلا في ما يخص العمليات المعقدة أو التي تخلف آثار جسيمة على الجسم. فالتبرع بالدم البشري مثلا أو الحصول على الحيوانات المنوية أو البويضات لإستعمالها في عمليات التلقيح الصناعي أو نزع كمية من النخاع الشوكي التي لا تحتاج إلى إتباع الشروط القانونية الصارمة التي جاء بها قانون حماية الصحة و ترقيتها.

---

[1]- المواد 161 و ما يليها من قانون حماية الصحة و ترقيتها.
[2]- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 184 و ما يليها.

و بحسب إعتقادنا، فإن الفعل الإنتزاع الذي يشكل بأركانه جنحة إنتزاع الخلايا أو الأنسجة أو تجميع مواد من الجسم، ينظر إليه حسب ظروف و ملابسات كل قضية، مع الأخذ بعين الإعتبار نوع العملية و جسامة الأضرار التي تخلفها و الهدف من الفعل في حد ذاته. و تبعا ذلك تقوم الجريمة في حق الجاني الذي يقوم بترع أنسجة أو خلايا أو تجميع مواد من الجسم دون الحصول على الموافقة مطلقا أو إستعمل الطرق التدليسية أو الغش في الحصول على تلك المنتجات.

3- حالة الضرورة الطبية و تأثيرها على قيام الجريمة:

حالة الضرورة العلاجية يعتبر من الظروف التي يجد الطبيب أمامه مضطرا إلى إجراء تدخل طبي على جسم المريض دون الحصول على موافقته المسبقة. وبما أن رضا الشخص عن العمل الطبي هو القيمة التي يهدف المشرع إلى حمايته من خلال المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، فإن التساؤل يطرح حول تأثير هذا العامل على قيام الجريمة ؟

هذا ما يحملنا إلى دراسة الأساس القانوني لحالة الضرورة، ثم شروطها ثم مسألة تجاوز الطبيب لحدود الرضا في التدخلات الجراحية.

أ- الأساس القانوني لحالة الضرورة:

لم يتناول المشرع حالة الضرورة كسبب عام للإباحة في المادة 39 من قانون العقوبات، و لم يجعلها سببا لإنتفاء المسؤولية الجزائية. ومع ذلك نصت بعض المواد على حالة الضرورة كسبب للإباحة مثل المادة 154 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي تنص على أنه:" يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة **إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل** لإنقاذ حياة أحد القصر، أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم **ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقهم في الوقت المناسب**"، و هو نفس المبدأ الذي ورد في المادة 44 من نفس المرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق بأخلاقيات الطب التي جاء فيها أنه :" **يقدم الطبيب العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته**". و أضافت المادة 52 فقرة 2 من نفس المرسوم أنه:" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الإستعجال أن يقدم العلاج الضروري للمريض"، و في مجال إقتطاع الأعضاء نصت المادة 34 من المرسوم على أنه:" لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو إستئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة". و في قانون العقوبات سمحت المادة 308 من قانون العقوبات

اللجوء إلى عملية الإجهاض إذا كان ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر. وإستنادا إلى الأحكام المذكورة أعلاه يمكن القول، أن حالة الضرورة في المجال الطبي هي من أسباب الإباحة وأن تدخل الطبيب في هذه الحالة يبقى مشروعا حتى دون موافقة المريض، شرط إستشارة أهله و أخذ موافقتهم إلا إذا تعذر الإتصال بهم في الوقت المناسب و بالرغم من ذلك فإن الطبيب لا يملك السلطة التقديرية المطلقة في تقدير حالة الضرورة بل هو مقيد بمجموعة من الشروط.

ب- شروط حالة الضرورة:

من خلال قراءة المواد المذكورة أعلاه، يمكن الإستنتاج أن شروط التي جاء بها قانون حماية الصحة وترقيتها، و كذا المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات الطب تتمثل في شرطين و هما:

- أن يكون الخطر جسيما:

و مفاده أن يكون الخطر الذي يهدد صحة أو حياة المريض قد بلغ درجة كبيرة من الخطورة، ولا يمكن أن يتم إنقاذه إلا ببتر العضو المصاب أو ما عبرت عليه المادة 34 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتعلق بأخلاقيات الطب بالسبب الطبي بالغ الخطورة.

- أن يكون الخطر حالا:

أي يتعين توافق حالة الإستعجال التي لا تقبل التأخير، وما هو عبرت عليها المادة 154 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها بالعلاج المستعجل لإنقاذ حياة المريض، ولا عبرة في كل الأحوال بمصدر أو سبب الخطر الذي يهدد المريض الذي قد يكون ناتج عن تدهور حالته الصحية نتيجة مرض سابق أو حادث أو إعتداء أو غيرها من الأسباب[1].

أما بالنسبة إلى المعيار في تقدير درجة الخطورة، فإنه يخضع للمعيار المهني أي حالة الإستعجال التي يراها الطبيب العادي، فإذا تسرع الطبيب في إجراء عملية البتر نظرا لسوء تقدير حالة الخطورة، بحيث إعتقد أن صحة المريض حرجة و تستدعي تدخل جراحي مستعجل دون إنتظار موافقة هذا الأخير أو أهله. وتبين فيما بعد أن الحالة المرضية لم تكن تستدعي إجراء تلك العملية فإنه يمكن مسائلة الطبيب على أساس الجرائم غير العمدية، ومثال ذلك الطبيب الذي يقرر بتر رجل شخص بسبب إصابتها بتعفن بسيط ليتبين فيما بعد أنه كان بالإمكان علاجه بوسائل بديلة، فإن عمله هذا يعتبر من قبيل الأخطاء الطبية ويسأل عنه جزائيا، وفقا للقواعد العامة

[1]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 251.

المنصوص عليها في المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها، أي على أساس جنحة الجروح الخطأ المنصوص عليها في المادة 289 من قانون العقوبات. أما إذا كان بالإمكان تأخير التدخل الطبي إلى حين إستشارة المريض أو أهله، و بالرغم من ذلك قام الطبيب بعملية الإستئصال، فإن عمله يكون غير مشروع من الناحية الجزائية، لأنه تدخله تم دون حصوله على الموافقة المسبقة للشخص المنصوص عليها في التشريع، ولا عبرة بالباعث في هذه الحالة لقيام الركن المعنوي للجريمة مهما كان نبيلا.

ج- مسألة تجاوز حدود الرضا:

وهي حالة من حالات الضرورة التي لا يعتد فيها بموافقة المريض للعلاج أو بتر أحد أعضاءه، بحيث يكون التدخل الطبي فيها ضروريا لحماية المريض، فقد يحدث على سبيل المثال أن يتفق المريض مع الطبيب على عمل طبي معين في مجال التشخيص أو العلاج، إلا أن هذا الأخير يتجاوز حدود الرضا ويقوم بإجراء عمل طبي أخر كإقتطاع عضو من أعضاء الجسم أثناء العملية أو إقتطاع خلايا أو أنسجة[1].

ومن التطبيقات القضائية التي فصل فيها القضاء المقارن في هذا المجال أن أحد الأطباء تمت متابعته جزائيا على أساس أنه قام بنزع إحدى الخصيتين لمريض أثناء إجراء عملية جراحية أسفل بطنه دون علم المريض وإرادته، وقد أوضح الطبيب عن طريق دفاعه أنه أثناء إجراءه للعملية المتفق عليها تبين له أن الخصية المنزوعة كانت في حالة مرضية سيئة وكانت تهدد حياة المريض، لذلك بادر بإستئصالها حماية للمريض من هذه المخاطر المتوقعة، كما أوضح من جانب آخر أن الآلام التي كان يعاني المريض ترجع إلى حد كبير على مرض الخصية وليس إلى مرض الفتق الذي كان السبب الرئيسي للعملية، وبناءا على ذلك تمت تبرأت الطبيب عن التهمة المنسوبة إليه، وقد إستندت المحكمة إلى حالة الضرورة وصرحت أنه:" من غير المعقول أن يعرض الطبيب المريض لتخدير ثاني من أجل استشارته بشأن إستئصال العضو المريض، في حين أنه قد يتحقق الخطر الذي يهدده في تلك الأثناء"[2].

---

[1]- أنظر على سبيل المثال القضية التي فصلت فيها محكمة الجنايات بتيارت -السابق الإشارة إليها-، بحيث توبع الطبيب الجراح جنائيا على أساس أنه قام بإستئصال كلية المريضة دون علمها ورضاها عندما كانت تحت تأثير التخذير، بالرغم من أنها وافقت مبدئيا على العملية غير أن موافقتها كانت تقتصر على نزع الكيس الذي كان عالقا بكليتها وليس إستئصال الكلية كليا؛ حكم جنائي مؤرخ 2010/03/11 تحت رقم10/30.

[2]- قرار المحكمة العليا الكندية الصادر سنة 1933؛ أشار إليه مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 258.

وفي قضية أخرى توبع طبيب لقيامه ببتر رحم امرأة أثناء إجراء عملية قيصرية من أجل الولادة، بدون الحصول على موافقتها أو موافقة أهلها بحجة أنه اكتشف أثناء العملية الجراحية، أن الرحم كان مصابا بمرض وأنه يشكل خطرا على صحتها في حالة حملها مجددا، غير أن الطبيب في هذه القضية تمت إدانته على أساس عدم توافر شروط حالة الضرورة التي تقتضي إجراء علمية بتر العضو دون موافقة المريضة، وجاء في حيثيات الحكم على أنه:" كان على الطبيب التريث إلى حين إستشارة المعنية بشأن عملية مصيرية مثل إستئصال الرحم للحصول على موافقتها أو موافقة ذويها، ذلك وإن كانت العملية ملائمة إلا أنها لم تكن ضرورية، فضلا عن توافر وسائل أخرى لمنع الحمل[1].

وبصفة عامة يمكن القول أن حالة الضرورة الطبية تجعل التدخل الطبي عملا مباحا من الناحية الجزائية، فلا يمكن مسائلة الطبيب الذي يقوم ببتر عضو من أعضاء مريض أو نزع الأنسجة أو الخلايا أو تجميع مواد من الجسم دون حصوله على موافقته المسبقة،كما يعفى من المسؤولية الجزائية الطبيب الذي تجاوز حدود تلك الموافقة أثناء العمل الجراحي شريطة توافر شروط الضرورة، كما ينبغي في هذه الحالة الإستثنائية تغليب مصلحة المريض المتمثلة في إنقاذ حياته على إرادته وحقوقه الشخصية، لأن من واجبات الطبيب القانونية والأخلاقية إنقاذ الشخص الذين يكون في حالة خطر[2]. غير أن خطأ الطبيب في تقدير حالة الضرورة وقيامه بنزع العضو أو الأنسجة أو الخلايا دون موافقة المريض أو ذويه فإنه يكون محلا للمسائلة الجزائية، عنها على أساس الجروح الخطأ طبقا المادة 289 من قانون العقوبات.

أما الطبيب الذي يتذرع بحالة الضرورة ويقوم ببتر عضو دون رضا صاحبه من أجل إستعماله لأغراض غير مشروعة، فإنه يسأل جزائيا على أساس جريمة نزع عضو دون رضا صاحبه طبقا للمادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، حتى إذا قبل المجني عليه بإجراء العملية ، لأن الرضا في هذه الحالة يكون معيبا نظرا للغش و التدليس الذي أوقعه فيه الجاني.

الحالة الثانية: إنتزاع عضو من شخص ميت دون الحصول على الموافقة.

---

[1]- قرار المحكمة العليا الأمريكية لولاية لكولومبيا؛ أشار اليها، مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 259.

[2]- تنص المادة 09 من المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب على أنه:" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له"، ومن جهتها تعاقب المادة 182 من قانون العقوبات الشخص الذي يمتنع عن تقديم يد المساعدة لشخص في حالة خطر؛ بودالي محمد ، جرائم تعريض الغير للخطر عن طريق الإمتناع، مقال منشور في المجلة القضائية لسنة 2006، عدد 2، ص 77؛ رايس محمد، مسؤولية الطبيب الممتنع عن تقديم العلاج في القانون الجزائري، مقال منشور في نفس المجلة ، ص 149.

وهي الحالة التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، التي تعاقب كل من قام بإنتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول. والشيء الملاحظ من خلال الصياغة التي إستعملها المشرع في هذه الفقرة بالمقارنة مع الفقرة الأولى التي تتحدث عن إنتزاع عضو من شخص على قيد الحياة، هو إستعماله لمصطلح "**دون مراعاة التشريع الساري المفعول**" بدلا من "**الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول**". وفي إعتقادنا فإن لجوء المشرع لإستعمال تلك العبارة على عموميتها كان مقصودا، لأن المشرع أراد من خلالها التوسع أكثر من مجال الحماية القانونية للإقتطاع من جثث الموتى، نظرا لخصوصية هذا النوع من العمليات[1].

فمن جهة أراد المشرع **تجسيد إحترام إرادة المتوفى** في التصرف في جثته ما بعد الموت بما يضمن حرمة الجثة وحصانتها، كما أراد من جهة ثانية تجسيد الضمانات القانونية التي يتعين على الطاقم الطبي مراعاتها في **إثبات واقعة الوفاة** سواء كانت فنية أو إدارية. وهما الشرطين الذين أكدا عليهما قانون حماية الصحة وترقيتها و حرص على مراعاتهما قبل أي تدخل جراحي على الجثة، وهذا لقطع الطريق أمام كل إنحراف من شأنه فتح المجال أمام المتاجرة بالأعضاء البشرية لجثث الموتى. خاصة إذا أخذنا بعين الإعتبار أن هذا النوع من العمليات لا يخلف وراءه آلام أو آثار ظاهرة، لأن الشخص المنتزع منه العضو سوف يدفن بعد مدة قصيرة وتندثر بقاياه إلى الأبد، وبالتالي يسهل على الجاني طمس آثار الجريمة.كما يهدف المشرع من خلال النص، إلى تجنب إرتكاب جرائم خطيرة أخرى تصل إلى حد إزهاق الروح نتيجة التسرع في إعلان حالة الوفاة سواء عمدا أو بطريقة غير عمدية[2].

كما نشير في الأخير، إلى أن أغلب عمليات النقل اليوم تتم من جثث الموتى لتجنب المخاطر والأضرار التي تسببها عمليات نزع الأعضاء من الأحياء، و أن الإلتجاء إلى مثل هذه العمليات أثبت نجاحا باهرا على الصعيد العلمي[3].

---

[1]- يعد الإقتطاع من جثث الموتى الأكثر إنتشارا بالمقارنة مع الإقتطاع من الأحياء. و قد عمدت عدة تشريعات ضمن إستراتيجياتها الوطنية الخاصة بالتبرع بالأعضاء إلى تشجيع هذا النوع من الإقتطاع لتجنب الأثار السلبية لنزع الأعضاء من الأحياء.

[2]- تنص المادة 154 من قانون العقوبات على أنه:" **كل من خبئ أو أخفى جثة** يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة بين 20.000 دج و100.000 دج، **و إذا كان المخفي يعلم أن الجثة لشخص مقتول أو متوفى نتيجة ضرب أو جرح** فإن العقوبة تكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج"، وتطبيقا لذلك، فإن الشخص الذي يقوم بدفن جثة المجني عليه الذي تعرض لسرقة إحدى أعضاءه وهو يعلم بذلك مسبقا بذلك الفعل بنية طمس آثار الجريمة يمكن متابعته على أساس المادة 154 المذكورة أعلاه علاوة على متابعته على أساس جريمة عدم الإبلاغ عن جريمة المتاجرة بالأعضاء المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات.

[3] -A.Ossoukine, *L'Ethique biomédicale*, Op.cit, p.179.

وسوف نتطرق أولا إلى العنصر الأول للجريمة وهو إنتزاع عضو من شخص ميت، ثم العنصر الثاني المتعلق بمخالفة الشروط القانونية للموافقة.

أولا– إنتزاع عضو من شخص ميت.

تشترط المادة 303 مكرر 17 فقرة 2 من قانون العقوبات لقيام الجريمة، أن يتم أولا إقتطاع عضو من أعضاء جسم إنسان ميت، و لا يثير السلوك المجرم صعوبات كبيرة من الناحية القانونية. بحيث يجوز إنتزاع الأعضاء الضرورية للحياة من جثث الموتى مثل الإستفادة من زرع القلب أو الكبد لأن ذلك لن يؤثر على حياة المتبرع إذا ثبتت وفاته فضلا عن الأعضاء غير الضرورية للحياة، غير أن الإشكال الحقيقي الذي يطرح حول تحديد المقصود بالشخص الميت الذي يقع عليه السلوك الإجرامي، أي تحديد نقطة الفصل بين مرحلتي الحياة والموت، أو ما يعرف بتحديد لحظة الوفاة، وأن مشكلة تعريف الموت هي إشكالية قديمة بدأت منذ إكتشاف علماء الطب حقيقة مهمة و هي أن ظاهرة الموت ليست بظاهرة فورية تصيب الإنسان مرة واحدة بل هي ظاهرة تدريجية تتوقف فيها الوظائف الحيوية للجسم عبر مراحل مختلفة[1].

لذا يميز الأطباء بين حالات مختلفة للموت، منها حالة الموت الوظيفي أو السريري التي تتوقف فيه وظائف الجسم الحيوية، مثل خفقان القلب والتنفس وجريان الدم و غياب الوعي لكن المريض يستطيع أن يأمل للعودة إلى الحياة. وبين حالة الغيبوبة الطويلة التي يمكن أن تدوم لعدة أسابيع أو أشهر لا يعطي فيها المريض أي دلالات على الوعي ويحرم من الحركة والشعور وردت الفعل الذي يمكن من خلاله اللجوء إلى الإنعاش الصناعي. وأخيرا حالة الموت النسيجي الذي تفقد فيه خلايا المخ حيويتها دون رجعة[2].

و من هذا المنطلق، يرى الأطباء أن ظاهرة الموت هي مسألة طبية محضة ولا يمكن الاعتماد على المبادئ الدينية والفلسفية في وضع تعريف لها. أما بالنسبة إلى رجال القانون فإنهم يرون أن الموت ليس بظاهرة بيولوجية فحسب، وإنما هي واقعة قانونية تترتب عليها مجموعة من الآثار بالنسبة إلى الشخص المتوفى والغير أهمها نهاية الشخصية وولادة الجثة و دعوا المشرع إلى التدخل من أجل وضع تعريف للموت خاصة بعد ظهور تقنية نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى التي

---

[1]- محمد إبراهيم النادى، موت الدماغ و موقف الفقه الإسلامي منه، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2010، ص 16.

[2]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 200.

تعتمد بالدرجة الأولى على المحافظة على الخصائص البيولوجية للأعضاء بواسطة وسائل الإنعاش الصناعي، و ذهبوا للقول أيضا إلى أن غياب الضابط القانوني الذي يحدد لحظة الوفاة من شأنه أن يؤدي إلى إستفحال ظاهرة الإقتطاع المبكر من أشخاص لا يزالون على قيد الحياة[1].

و بالرجوع إلى التشريع، يتبين أنه لا يوجد في الوقت الحاضر أي نص قانوني أو تنظيمي يضع تعريفا للموت، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى الخشية من الإفرازات العلمية المستقبلية التي ستعدل لا محال المبادئ التي يضعها القانون لتعريف الموت التي لا تحقق الإستقرار النسبي للقاعدة القانونية، لذا توجه التفكير أكثر صوب وضع معايير علمية لتحديد لحظة الوفاة يتم تجسيدها عن طريق التنظيم دون الدخول في التعريفات القانونية[2].

كما نشير في الأخير إلى أنه يوجد إجماع بين العلماء وفقهاء الدين والقانون اليوم، حول موضوع معاينة وتشخيص حالة الوفاة التي تدخل ضمن صلاحيات الطبيب، وأن الطبيب يعتمد في إعلان حالة الوفاة على المعايير العلمية المحددة سلفا مع إحترام مجموعة من التدابير القانونية قبل مباشرة عملية نقل الأعضاء من جثث الموتى[3].

وسوف نتطرق أولا إلى المعايير المعتمد عليها في تحديد لحظة الوفاة، ثم أتطرق إلى موقف المشرع منها وكذا إلى الشروط التي وضعها القانون في هذا المجال، والتي يمكن أن تشكل عند مخالفتها جريمة معاقب عليها بموجب المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات.

1- معايير تحديد لحظة الوفاة.

في الحقيقة يوجد معيارين يلتجئ إليهما الأطباء لتحديد لحظة الوفاة، المعيار الأول تقليدي أما المعيار الثاني حديث، و أن هذا الأخير ظهر خاصة مع ظهور وسائل الإنعاش الصناعي الحديثة و سوف نتطرق في البداية إلى المعيار التقليدي ثم إلى المعيار الحديث في ما يلي:

---

[1]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 514 و ما يليها.

[2]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 204.

[3]- و في هذا يذهب الأستاذ P. Bruno في رسالته إلى القول: أن الطبيب أصبح اليوم القاضي الذي يختص وحده في الفصل في مسألة الموت و هذا بناءا على عملية المعاينة و التشخيص التي يجريها على الجسم، فيقرر ما إذا كان هذا الأخير قد توفي أم لا يزال على قيد الحياة، ثم يحرر شهادة الوفاة التي بموجبها يتم تسليم رخصة الدفن و كذا قيد وفاة الشخص في سجل الحالة المدنية، فضلا عن إمكانية إقتطاع الأعضاء من جثته. و أضاف يقول:

« … Le médecin est devenu l'incontournable expert qui est chargé par la société de donner un avis technique sur l'état du corps. Il a le pouvoir de déclarer que telle personne est décédée, mais ce certificat n'a fait que remplacer l'incertitude de la réglementation précédente qui ne donnait aucun guide à l'officier d'état civil, alors même qu'il lui était impossible matériellement de constater personnellement le décès… ». P. Bruno, Op.cit, p320.

أ- المعيار التقليدي:

يعد الإنسان ميتا وفقا لهذا المعيار متى توقف عن التنفس وتوقف قلبه عن النبض والدورة الدموية توقفا لا رجعة فيه، حيث يترتب على ذلك حرمان المخ وسائر أعضاء الجسم من وصول الدم إليها. فلا يجوز للطبيب الجراح قبل هذه المرحلة نزع أي عضو[1]. ويميز هذا المعيار بين عدّة مراحل للموت أولها الموت الإكلينيكي، وفيها يتوقف القلب والرئتين عن أداء وظائفهما. أما المرحلة الثانية، فهي التي تموت فيها خلايا المخ بعد بعض دقائق من توقف تدفق الدم المحمل بالأكسجين إليه. وبعد حدوث هاتين المرحتين تظل خلايا الجسم حية لمدّة تختلف من عضو إلى آخر وعلى سبيل المثال فإن خلايا الجهاز العصبي هي أسرع أنواع الخلايا في التلف، ثم تليها خلايا القرنية، أما خلايا الكلى فإنها تبقى عدّة ساعات بعد الوفاة، وتعتبر خلايا الكبد هي أطول الخلايا عمرا. وبعد موت تلك الخلايا يحدث ما يسمى بالموت الخلوي وهو ما يمثل المرحلة الثالثة والأخيرة للموت[2].

وبحسب هذا المعيار، فإن للموت علامات سلبية وأخرى إيجابية.

- العلامات السلبية للموت:

يستدل الأطباء بعدّة علامات تثبت توقف جميع الأعضاء الحيوية على أداء وظائفها بما في ذلك القلب، ومنها ما يتعلق بتوقف الدورة الدموية و القلب و منها ما يتعلق بتوقف التنفس. ومن العلامات المعتمد عليها في إثبات توقف الدورة الدموية والقلب توقفا لا رجعة فيه توقف النبض في الشرايين، ويثبت ذلك بجس النبض عن الشرايين الكبرى التي تنقل الدم إلى المخ، كما يتم الكشف عن توقف نبضات القلب بواسطة السمع مع ظهور نتيجته الطبيعية وهي غياب شعر البدن الخارجي، ويجب أن يستمر التوقف التام لنبضات القلب لمدة خمسة دقائق على الأقل. كما توجد علامات يتم الإلتجاء إليها في حالة الشك وهي حقن مادة ملونة تحت الجلد، فإذا بقيت ظاهرة في مكانها فإنه دليل على توقف الدورة الدموية، وإذا إنتشرت وأمكن مشاهدتها تسري على الأغشية المخاطية فإن ذلك دليل على أن الشخص لا يزال على قيد الحياة. كما يتم الإلتجاء أيضا إلى عملية قطع الشرايين السطحية، فإذا تدفق الدم منها مع كل نبضة من نبضات القلب فإنه دلالة

[1]- علي محمد على أحمد ، معيار تحقق الوفاة و ما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2008، ص 49 و ما يليها.
[2]- علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 50.

على الحياة، أما إذا تدفق الدم قليلا ثم توقف كان ذلك دليلا على توقف نبضات القلب وبالتالي الوفاة[1].

ومن علامات توقف التنفس توقف حركات الصدر والبطن، عدم سماع أصوات التنفس بالسماعة الطبية وخصوصا عند وضعها على القصبة الهوائية، وضع مرآة أمام الفن أو الأنف فإذا تكاثف بخار الماء فإنه ذلك يدل على أن الشخص يتنفس أما إذا لم تظهر تلك العلامة فهو دليل على عدم التنفس[2].

– العلامات الإيجابية للموت:

ومن العلامات الإيجابية للموت برودة الجثة وتيبس العضلات وظهور علامات التعفن.

برودة الجثة: بحيث تبلغ درجة حرارة الجثة بعد ساعتين أو ثلاثة ساعات من الموت 25 درجة مؤوية، وتبلغ درجة حرارتها بعد ستة ساعات من الموت 23 درجة، و22 درجة بعد ثمانية ساعات، و 2 درجة بعد حوالي أثنى عشرة ساعة من الموت، ومتى نزلت درجة حرارة الجسم تحت 10 درجات مؤوية تصبح عودة الجسم إلى الحياة مستحيلة[3].

تغير لون الجثة: من العلامات الإيجابية للموت هو تغير لون الجثة، بحيث يصبح لونها أرجواني أو بنفسجي بحسب الأسباب التي أدت إلى الوفاة، وتنشأ هذه العلامة نتيجة تجمع الدم في أوردة الأجزاء المنحدرة، ويظهر هذا التغير بالجثة خلال الساعات الأولى التالية للموت كما تظهر بشكل واضح للعيان بين ستة إلى اثني عشر ساعة[4].

إنقباض العضلات: كما يتم الإلتجاء إلى معرفة مظاهر الموت عن طريق معاينة انقباض العضلات وقسوتها وكذا عدم إستجابتها لأي تنبيه حسي، كما تتوقف جميع ردّات الفعل المنعكسة ويحدث ذلك بعد حوالي ستة ساعات من الوفاة، ويتم ملاحظاتها خاصة بالنسبة إلى الأعضاء العلوية واليدين ثم تمتد إلى الأعضاء السفلية والقدمين ثم تتلاشى تدريجيا تبعا للحرارة المحيطة بالجثة والإنحلال الذاتي نتيجة التعفن[5].

---

[1]- محمد إبراهيم سعد النادى، المرجع السابق، ص 13.
[2]- علي محمد علي محمد، المرجع السابق، ص 49.
[3]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 224.
[4]- محمد إبراهيم سعد النادى، المرجع السابق، ص 14.
[5]- المرجع نفسه، ص 15.

جفاف الجثة: بحيث تبدأ الجثة تفقد وزنها تدريجيا بحوالي كيلوغرام في كل يوم حتى تصبح نحيفة، ويصبح باطن الجلد العاري جافا وقاسيا، ثم تطرأ تغيرات على العينين حيث ينقص توتر المقلتين وتظهر البقع السوداء المتصلبة والغشاوة المخاطية للقرنية[1].

تعفن الجثة: وهي علامة متأخرة لحدوث الموت وتبدأ أماراتها الأولى بعد حوالي أربعة وعشرين (24) ساعة الأولى للموت، بظهور بقع خضراء جوفية على مستوى المعدة، ثم يمتد إلى البطن ثم إلى الصدر، وينتشر التعفن بعد ذلك في كافة أنحاء الجثة، وينتج التعفن بسبب الغازات المنبعثة من الدم بعد الوفاة مما يسبب ظهور الجراثيم[2].

و بالرغم من أهمية هذا المعيار في إثبات الوفاة فقد تعرض لعدة إنتقادات أهمهما، أن هذا المعيار غير كافي وغير مطابق للواقع فتوقف القلب عن النبض وتوقف الجهاز التنفسي ليس دليلا قاطعا على الموت الحقيقي للإنسان، لأنه من الممكن أن يتوقف قلب الإنسان عن العمل في نفس الوقت التي تظل فيه خلايا القلب حية، و من الممكن إعادة القلب على عمله الطبيعي عن طريق إستخدام بعض الأجهزة الصناعية مثل الصدمات الكهربائية ووسائل الإنعاش الصناعي.

كما أن هذا المعيار غير دقيق في تحديد لحظة الوفاة في الحالات التي يكون فيها الإنسان بين الموت والحياة، فقد يحدث أن يظل القلب والجهاز التنفسي أحياء بينما تكون خلايا المخ ميتة، ومن هنا يدخل الشخص في غيبوبة نهائية أي التوقف النهائي لوظائف المراكز العصبية العليا نتيجة إصابة المخ بتلف كبير غير قابل للإصلاح، ولو ظلت وظائف القلب والجهاز التنفسي تؤدي دورها صناعيا، أما إذا مات الإنسان بموت خلايا المخ فإنه يستحيل عودته إلى الحياة[3].

فبحسب هذا المعيار فإن الأشخاص الذين تجرى عمليات القلب المفتوح يعتبرون أمواتا أثناء العملية الجراحية، لأن القلب والتنفس يتوقفان تماما عن العمل، ولكن الواقع أن هؤلاء الأشخاص أحياء ويعودون إلى وعيهم وحياتهم بعد العملية، لأن جزء المخ كفلت له وسائل الحياة بواسطة قلب صناعي الذي قام بدفع الدم إلى المخ وباقي الجسم وساعدهم على إنتظام إستمرار التنفس[4].

كما إنتقد هذا المعيار أيضا، على أساس أنه لا يصلح لإجراء عمليات نقل بعض الأعضاء الحيوية المفردة مثل القلب أو الكبد، لأن هذا النوع من العمليات يتطلب سرعة إستئصال هذه

---

[1]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 225.
[2]- المرجع نفسه، ص 226.
[3]- علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 87.
[4]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 523.

الأعضاء للمحافظة على قيمتها البيولوجية، فالقلب لا يصلح للزرع إذا ماتت خلاياه، أما بالنسبة إلى الكبد فإنه لا توجد أجهزة تؤدي وظيفته مؤقتا إذا لم يتم إستئصاله بسرعة. ولهذا كان لا بد من البحث عن معيار آخر لإثبات الموت يكون أكثر دقة من هذا المعيار ومن هنا ظهر المعيار الحديث[1].

ب- المعيار الحديث:

وفقا لهذا المعيار يعتبر الإنسان ميتا، إذا ماتت خلايا المخ لديه حتى و لو بقيت قلبه أو غيره من الأعضاء الحيوية الأخرى حية، وذلك على أساس أنه بموت خلايا المخ بما في ذلك خلايا جذع المخ بصورة كلية ونهائية و يدخل الإنسان في غيبوبة متجاوزة يستحيل معها عودة الحياة إليه[2]، بالرغم من إمكانية الإبقاء على القلب وسائر الأعضاء محتفظة بوظائفها الحيوية والتشريحية عن طريق الإنعاش الصناعي لبضع ساعات. وتحدث حالات الموت الدماغي عموما نتيجة إصابة الدماغ بأضرار بالغة، وبما أن مراكز التنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية موجودة في الدماغ وبالذات في جذع المخ، فإن إصابة هذه المراكز إصابة دائمة تعني الموت، غير أنه قد تكون الإصابة مؤقتة و يمكن أن يشفى منها المصاب بالعلاج رغم دخوله في غيبوبة عميقة، ولهذا لزم محاولة إستمرار التنفس وضربات القلب والدورة الدموية بوسائل الإنعاش[3]. وبصفة عامة يفرق الأطباء بين حالتين في إعلان حالة الوفاة وهما: موت الدماغ كليا وموت جذع المخ فقط.

- موت الدماغ:

ويقصد به موت كلي للمخ بما فيه القشرة المخية وجذع المخ والحبل العصبي، وبالتالي يتوقف نشاط الجهاز العصبي المركزي. وقد عرّف الأطباء موت الدماغ أنه:" تلف دائم في الدماغ

---

[1]- علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 58.

[2]- يتكون **الدماغ** من ثلاثة أجزاء رئيسية وهي:

1- **المخ:** وهو أكبر جزء من الدماغ يحتوي على القشرة المخية ومراكز الحس والحركة الإرادية والذاكرة و الوعي والمراكز المسؤولة عن طباع الإنسان وشخصيته...إلخ.
2- **المخيخ:** وهو الجزء الخلفي من الدماغ وهو مركز التوازن بالجسم.
3- **جذع المخ:** وهو جزء من الجهاز العصبي المركزي يوصل بين المخ الموجود داخل تجويف الجمجمة والحبل الشوكي الموجود داخل القناة العصبية بالعمود الفقري وتوجد بجذع المخ المراكز التي تتحكم في الوظائف الحيوية لجسم الإنسان من نبض القلب والتنفس وغيرها، ويعتبر تشريحيا جزء من أجزاء المخ.
4- **النخاع الشوكي:** يقع في القناة الشوكية والتي تقع داخل العمود الفقري، ويتضمن عمله أمرين أساسيين يتمثل: الأول في أنه صلة بين الدماغ العلوي وبقية الجسم ما عدى الرأس، أما الأمر الثاني أنه مركز لمعظم المنعكسات العصبية الإضطرارية ولا يتضمن عمله أي فعل إختياري، مع أنه جزء من الجهاز العصبي المركزي إلا أن مصطح الدماغ الوارد في موت الدماغ، أي أن هذا الأخير يقصد به الأقسام الثلاثة الأولى وهي المخ والمخيخ وجذع الدماغ؛علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 64.

[3]- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 228.

يؤدي إلى توقف لجميع وظائفه بما فيها وظائف جذع الدماغ"[1]، وتوصل إلى هذا الإكتشاف علماء جامعة هارفرد، وقد إعتمد على هذا المعيار من طرف عدة دول[2].

– موت جذع المخ:

ويعتمد هذا المعيار في إعلان الوفاة على موت خلايا جذع فقط دون الحاجة إلى إثبات تلف كلي لخلايا الدماغ، كما يعتبر هذا المعيار أكثر تساهلا في إعلان حالة الوفاة بالمقارنة مع المعيار السابق، بحيث يمكن تشخيص حالة موت جذع المخ حتى مع إستمرار النشاط الكهربائي في القشرة المخية، أي إستمرار وظائف الجزء الأكبر من المخ والتي تتضمن الإحساس والتفكير، كما يستبعد أيضا شرط توقف الأفعال الإنعكاسية من الحبل العصبي و كذا إجراء رسم المخ[3].

والتأكد من موت المتبرع من أهم المسائل في عمليات نقل الأعضاء من جثة المتوفى، فقد أثيرت مشكلة تحديد الموت الحقيقي خاصة بعد إكتشاف العلوم الطبية الحديثة مرحلة لم تكن معروفة تشكل حدودا فاصلة بين الموت والحياة، وقد إستقر الاتجاه الحديث على أن الإنسان يموت بموت خلايا مخه حتى و لو بقي القلب ينبض حيا وأنه متى حدث هذا فإنه من الإستحالة عودتها إلى الحياة أو الوعي، و هذا ما يسمى بحالة **الغيبوبة المتجاوزة Coma dépassé**. وهذه الحالة تختلف عن حالة **الغيبوبة العميقة Coma prolongé**، التي تعني بقاء خلايا الدماغ سليمة دون تلف ولكن المريض يبقى فاقدا للإدراك و القدرة على الإتصال بالعالم الخارجي، ويعتبر في هذه الحالة إنسانا سليما ويتم ربطه بأجهزة الإنعاش الصناعي لإنقاذ حياته، وبالتالي تبقى خلايا دماغه حية ويحظر على الطبيب في هذه الحالة إعلان وفاته، و لا يجوز إقتطاع أي عضو من أعضاءه لغايات الزرع أو تشريح جثته ولو تم ذلك بموافقة أسرته لأن المريض ما يزال حيا، ولذلك إستقر الأطباء على أن موت خلايا المخ المؤدي إلى توقف عمل المراكز العصبية العليا والتي تتحكم بوظائف الجسم هو الحد الفاصل بين الحياة والموت.

وهكذا يتضح مدى أهمية تحديد مفهوم الموت الدماغ أو موت جذع المخ وتبقى باقي أعضاء جسمه تعمل بصورة طبيعية نتيجة ربطه بأجهزة الإنعاش الصناعي، بحيث يبقى المريض يتنفس وتنمو أظافره وشعره وقد يستمر على هذا الحال عدة أيام وأحيانا عدة سنوات وهو ما

---

[1]- علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 64.

[2]- و قد أخذت بالتعريف الأمريكي لموت جذع المخ الولايات المتحدة الأمريكية و فرنسا و ألمانيا و كندا و بعض الدول الإسلامية مثل المملكة العربية السعودية.

[3]- علي محمد علي أحمد، المرجع السابق ، ص 26.

يسمى بالحياة النباتية[1]. وعمليات نقل وزرع الأعضاء في هذه الحالة تستدعي السرعة في نقل العضو وهو حي، ويبقى العضو على هذه الصورة ما دامت الدورة الدموية عاملة نتيجة ربط المريض بأجهزة الإنعاش الصناعي، وأنه يمكن الإحتفاظ ببعض الأعضاء مثل الرئة والقلب والكلى لفترة من الزمن بواسطة الأجهزة، بالرغم من أن الشخص يكون قد مات بصورة نهائية لا رجعة فيها، بسبب وفاة أعضاء أخرى أساسية لوجود الحياة مثل الجهاز العصبي والمخ، ويمكن التأكد من موت خلايا الدماغ عن طريق عدة معايير علمية وأجهزة طبية معدّة لذلك[2].

– المعايير الدالة على الموت:

وفقا للمعيار الحديث لإثبات الوفاة، يجب التأكد من موت خلايا الدماغ من خلال عدّة معايير علمية أهمهما: معيار جامعة هارفرد بعد تحليل الظروف التي وقعت فيها الصدمة أو الحادث يجب التأكد من:

– موت خلايا الدماغ بإستخدام الوسائل المعدة لهذا الغرض، وبالخصوص ما يعرف بجهاز رسم المخ الكهربائي فإذا توقف الجهاز عن إعطاء أية أشارات لفترة معينة دل ذلك على موت خلايا المخ، وأصبح الشخص ميتا ولو ظل القلب وأجهزة التنفس تعمل بإنتظام بالوسائل الصناعية، حينئذ يمكن إعلان وفاة الشخص وإنتزاع أعضاءه.

– الإغماء الكامل وعدم الإستجابة لأي مؤثرات على الرغم من تنبيه المصاب بوسائل تنبيه قوية ومؤلمة، فإذا ظهرت من المصاب حركة ولو بسيطة كاملة على الأقل وتحت الملاحظة التامة والدقيقة.

– عدم إستجابة المريض لأي حركة تلقائية نتيجة وخز الإبرة لمدة ساعة كاملة على الأقل، وتحت الملاحظة التامة والدقيقة.

– عدم التنفس لمدة ثلاثة دقائق بعد إبعاد جهاز التنفس.

– عدم وجود أي من الأفعال المنعكسة من منطقة جذع المخ.

---

[1]- ومن القضايا التي أثارت جدلا كبيرا في الأوساط الطبية والإعلامية والقانونية قضية الفتاة كارين كونيلان، التي بقيت في غيبوبة باحدى المستشفيات الأمريكية منذ تاريخ 14 ماي 1975 إلى غاية 17 جويلية 1985 عندما وافتها المنية، وطوال تلك الفترة لم يكن لها من الحياة الإنسانية والإدراك شيء، وفي بداية الأمر وضعت تحت أجهزة الإنعاش ثم تدخلت أسرتها ورجال الدين وطلبوا من الأطباء إيقاف أجهزة الإنعاش طالما أنه لا يوجد أي أمل في عودتها إلى وعيها، ذلك أن معظم دماغها قد مات ما عدى جزء من جذع الدماغ الذي ظلت حية إلا أن إدارة المستشفى رفضت طلب الأسرة ليتم رفع القضية أمام القضاء، أين قررت المحكمة العليا بحق المريضة المصابة إصابة خطيرة كهذه في دماغها بصورة لا يرجى شفاؤها في الموت بكرامة. سميرة عايد ديات ، المرجع السابق ، ص 243.

[2]- سميرة عايد ديات ، المرجع السابق ، ص 246.

وينبغي أن تعاد جميع هذه الفحوصات بعد 24 ساعة، دون أن يظهر فيها أي تغيير كما أصرّ العلماء على أن تكون جميع خلايا الدماغ ميتة عند إعلان الوفاة، ولهذا فإن رسم المخ ينبغي ألا يشير لأي نشاط كهربائي آت من خلايا الدماغ، وإن تكون الأفعال المنعكسة جميعها مفقودة بما في ذلك الأفعال المنعكسة من النخاع الشوكي[1].

غير أنه يوجد رأي ثاني يساوي بين موت الدماغ وموت جذع المخ في إعلان حالة الوفاة، حتى ولو كانت بعض أجزاء الدماغ حية لأن موت جذع المخ يؤدي إلى نفس النتيجة التي يؤدي إليها موت الدماغ، وهو إستحالة العودة إلى الحياة مجددا بشرط أن يقوم الطبيب أولا بتشخيص سبب فقدان الوعي والإغماء وأنه ليس ناتجا عن مجموعة عن العقاقير، كما يتعين على الطبيب أن يتأكد عدم وجود حياة في جذع المخ وذلك.

- إستبعاد شرط إجراء رسم المخ بحيث يمكن تشخيص حالة موت جذع المخ حتى مع إستمرار النشاط الكهربائي في القشرة المخية، أي إستمرار وظائف الجزء الأكبر من المخ والتي تتضمن الإحساس والتفكير.

- إستبعاد شرط توقف الأفعال الإنعكاسية من الحبل العصبي وبذلك فإنه يمكن تشخيص حالة موت جذع المخ رغم ما يبديه المريض من تحريك أطرافه وإستجابة للأفعال الإنعكاسية.

- تخفيض مدّة إعادة الكشف والفحوص من 24 ساعة إلى 12 ساعة[2].

وبصفة عامة يمكن القول بأن المعايير المعتمد عليها في كشف موت جذع المخ، هي أكثر تساهلا بالمقارنة مع المعايير المعتمد عليها في كشف الموت الدماغي.

و بالرغم من دقة المعيار الحديث في تحديد لحظة الوفاة، فإنه تعرض هو الأخر لإنتقادات من قبل الأطباء وتشمل هذه الإنتقادات أهمها:

- أنه يتبيّن من خلال التجارب الطبية أن تناول الشخص لبعض الأدوية المهدئة أو المخدرة أو مرخيات العضلات، يمكن أن تعطي نفس أعراض موت المخ بكل المعايير السابق الإشارة إليها، وكذلك بعض حالات الغيبوبة الأيضية.

- عند إجراء بعض التجارب العلمية للمحافظة على الحمل لدى بعض الحوامل، التي تم تشخيصهن تشخيصا نهائيا على أنهن أموات مخيا طبقا للمعايير العليمة الحديثة، ثم قام الأطباء بالعناية الكاملة

---

[1]- علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 69.

[2]- سميرة عايد ديات ، المرجع السابق ، ص 247 و ما بعدها.

بهن تبيّن أن المرأة الميتة مخيا تستمر في الحمل كما يستمر الجنين في النمو الطبيعي لمدّة تزيد عن الشهرين حتى يتم وضع الجنين طبيعيا.

- تبيّن من خلال عدّة حالات أن الوسائل المستعملة في تشخيص موت المخ غير دقيقة، لأنها تعتمد على إختبارات النشاط الكهربائي لخلايا جذع المخ السمعية والبصرية وهذه لا يمكن إعتبارها قاطعة، حيث يمكن أن تعطي نتائج سلبية كاذبة، إما بسبب عدم التزامن في النشاط الكهربائي مما يؤدي إلى عدم تزامن إستجابة خلايا المخ للمنبهات في وقت واحد، وإما بسبب إضطراب في وظيفة المستقبلات الحسية فلا تحدث الإستجابة الطبيعية للنشاط الكهربائي، رغم إستمرار حيوية المخ بدليل رجوع بعض الحالات إلى حالاتها الطبيعية بعد إعلان حالة الوفاة ونزع الأجهزة الصناعية.

- كما أنتقد أيضا جهاز رسم المخ الكهربائي للتحقق من حدوث الموت، فهو لا يعكس من المخ إلا النشاط القريب للمراكز العصبية ولكن لا يعطي معلومات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة، كما يحتمل ألا يعطي أي إشارات لمدّة محدودة

- و واجه معيار موت جذع المخ معارضة شديدة من قبل الأطباء في ألمانيا وأمريكا وفرنسا، لأنه يجيز إستمرار النشاط الكهربائي في المخ لدى الموتى مخيا، ويرى هؤلاء الأطباء أن هذا النشاط هو دليل قاطع على إستمرار وظائف القشرة المخية التي تمثل الجزء الأكبر من حجم المخ، وأن المريض في هذه الحالة يكون لا يزال يتمتع بالقدرة على التفكير والإحساس[1].

2- موقف المشرع الجزائري:

تعرض المشرع إلى مسألة تحديد لحظة الوفاة من خلال الفقرة الأولى من المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي جاء فيها أنه:" لا يجوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية". و يتبين من خلال هذه المادة، أن المشرع كغيره من التشريعات المقارنة لم يعرف الوفاة و لم يحدد لحظة وقوعها، وإنما أحال هذه المسألة على الوزير المكلف بالصحة لتحديد المعايير التي يمكن إعتمادها في إثبات الوفاة. وتبعا لذلك يتعين لتطبيق النص المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، الرجوع إلى قرار وزير الصحة الذي يحدد المعايير العليمة للوفاة من أجل

[1]- علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 75 ومايليها.

القول ما إذا كان السلوك الذي قام به الطبيب مجرما قانونا أم لا، مما يعني إسهام السلطة التنفيذية في تحديد عنصر من عناصر الركن المادي للجريمة.

وأن هذه الطريقة في صياغة النصوص العقابية منتقدة لمخالفتها مبدأ الشرعية المنصوص عليه في الدستور و كذا المادة الأولى من قانون العقوبات التي تنص على أنه:" لا جريمة و لا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون"[1]. وأن مبدأ الشرعية يقتضي أن تضطلع الهيئة التشريعية دون سواها في مجال الجنح والجنايات بتعيين السلوك المجرم الذي يستوجب الجزاء، وإستنادا على ذلك يتولى المشرع تحديد العمل المادي الذي يقع تحت طائلة القانون[2].

و من جهة أخرى، تبين من خلال المادة المذكورة أعلاه أن المشرع أوكل مهمة التكفل بمعاينة الوفاة والإثبات الطبي والشرعي لها إلى اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون حماية الصحة وترقيتها، لذا يتعين التطرق أولا إلى المعيار العلمي الذي تبناه التشريع الجزائري في إثبات الوفاة، ثم الإجراءات الإدارية التي يتعين مراعاتها في إثبات الوفاة.

أ- المعايير العلمية للوفاة:

بالرجوع إلى القرارات التي أصدرها وزير الصحة في هذا الشأن، يتبين أنه يوجد قرارين وزاريين يحددان المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بنزع الأعضاء، الأول صادر بتاريخ 26 مارس 1989، أما القرار الثاني صادر بتاريخ 19 نوفمبر 2002. وأبدأ أولا بالمعايير التي تبناه القرار الأول ثم إلى المعايير العليمة المعتمدة بموجب القرار الثاني.

---

[1]- وتطبيقا لمبدأ الشرعية قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 1989/12/31 أنه:" يجب أن تتضمن الأحكام والقرارات عند الإدانة النصوص القانونية المطبقة، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان"؛ قرار الغرفة الجزائية، تحت رقم 36367، م.ق 1989، عدد 4، ص303.

[2]- ننوه إلى أن هذه الطريقة في سن النصوص العقابية ليست جديدة عند المشرع الجزائري، بحيث سبق لهذا الأخير وأن أحال على النصوص التنظيمية في بعض الجرائم المنصوص عليها في القوانين الخاصة، وعلى سبيل المثال نصت المادة 324 من قانون الجمارك على عدة صور من أعمال التهريب، أهمها خرق أحكام المواد 25، 221، 222، 223، 225، 225 مكرر، 226 من قانون الجمارك التي تتحدث عن حيازة ونقل البضائع الخاضعة لرخصة التنقل في النطاق الجمركي، والبضاعة الحساسة القابلة للتهريب والبضاعة المحظورة، وأن قائمة تلك الأنواع من البضائع تحدد عادة من طرف الوزير المكلف بالمالية، وهكذا خول المشرع الوزير المكلف بالمالية سلطة تحديد معالم الجريمة فأنيط به تحديد محل الجريمة من خلال وضع قائمة للبضائع الخاضعة لرخصة التنقل ورسم النطاق الجمركي وتحديد قائمة البضائع الحساسة القابلة للتهريب وتلك الخاضعة لرسم مرتفع، علاوة على دوره في تحديد أصناف البضائع المحظورة عند الإستيراد والتصدير وتلك الخاضعة لقيود عند الجمركة؛ أحسن بوسقيعة ، خصوصيات المنازعات الجمركية، مقال منشور في المجلة القضائية، سنة 2000، عدد 2، ص15.

– المعايير العلمية للوفاة بحسب القرار المؤرخ في 1989/03/26.

من خلال الإطلاع على أحكام القرار الوزاري المؤرخ في 26 مارس 1989 الذي يحدد المعايير الطبية التي يتعين مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بترع الأعضاء، يتبين أنه أخذ بالمعيار الحديث كمعيار أساسي للتأكد من الوفاة أي معيار الموت الدماغي، وبحسب المادة الأولى من القرار فإن الوفاة تثبت بما يلي:

- المعايير الإكلينيكية،
- المعايير المتعلقة بإنعدام الوعي،
- المعايير الكهربائية (التأكد من موت خلايا المخ بإستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي)،
- إجراء فحوصات أخرى خاصة.

غير أن هذا القرار تعرض للنقد من قبل الأطباء على أساس، أن واضعي هذا القرار إعتمدوا على مقاييس علمية دولية متطورة لا يمكن تطبيقها في الجزائر نظرا لقلة الأجهزة الطبية في جميع المستشفيات، لذلك صدر القرار الثاني الذي ألغى العمل بالقرار الأول ووضع ضوابط جديدة لمعاينة الوفاة لغرض إنتزاع الأعضاء من جثث الموتى[1].

– المعايير العلمية للوفاة بحسب القرار المؤرخ في 2002/11/19.

تجدر الإشارة إلى أن هذا القرار أخذ أيضا بالموت الدماغي في إثبات الوفاة، غير أن المعايير المعتمد عليها تختلف عن المعايير المعتمدة في القرار الأول، وبحسب المادة الثانية من القرار المؤرخ في 19 نوفمبر 2002 تثبت الوفاة بـــ:

- الإنعدام التام للوعي،
- غياب النشاط العفوي الدماغي،
- التأكد من الإنعدام التام للتهوية العفوية عن طريق إختبار **Hypercapnie**،
- التأكد من موت خلايا المخ بإستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين و من إنجاز طبيبين مختلفين[2].

وبصفة عامّة يمكن القول أنه بمجرد ثبوت الوفاة بحسب المعايير العلمية، يستطيع الطبيب إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي وإعلان وفاة ذلك الشخص، وذلك لتريب الآثار القانونية الناجمة

---

[1]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 535.
[2]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق ، ص 533 وما يليها.

عن الوفاة ومنها إمكانية إقتطاع الأعضاء من جثة ذلك الشخص الذي أصبح ميتا سواء من وجهة النظر القانونية أو الطبية. كما يمكن بعد إعلان حالة الوفاة الإبقاء على أجهزة الإنعاش مرتبطة بالشخص الميت لغرض المحافظة على الخصائص البيولوجية لأعضائه، بما يساعد نقلها إلى مريض آخر ولا يطرح ذلك أية إشكالية من الناحية الجزائية[1].

ب- الشروط الإدارية لإعلان الوفاة:

بالإضافة إلى ضرورة إتباع المعايير العليمة التي نص عليها القرار الوزاري المؤرخ في 19 نوفمبر 2002 في الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، إشترطت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها أن يتم إعلان الوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من نفس القانون، كما نصت المادة 165 في فقرتها الأخيرة: "أنه لا يمكن للطبيب الذي عاين و أثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع".

- إعلان الوفاة من قبل اللجنة الطبية:

وهو الشرط المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 167 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص على أنه:" تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الإنتزاع أو الزرع وتؤذن بإجراء العملية". كما تنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه:" يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصاتهم الإثباتية في سجل خاص في حالة الإقدام على إنتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين". وبحسب هذه المادة، لا يجوز أن يتم إعلان الوفاة إلا من قبل طبيبين مختلفين عضوين في اللجنة الطبية ويشاكهما في ذلك طبيب شرعي ،كما تشترط المادة ضرورة تحرير محضر يثبت حالة الوفاة ويتم تدوين خلاصاتهم في سجل مخصص لذلك على مستوى إدارة المستشفى. ومن جهة ثانية، إشترط المشرع ألا تتم أي عملية نقل أعضاء من جثث الموتى إلا إذا بإذن من اللجنة المختصة.

---

[1]- نشير إلى أن المادة 168 مكرر 1 نصت على إنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية الهدف، والذي تم تجسيده بموجب المرسوم التنفيذي رقم 122/96 المؤرخ في 1996/04/06 (ج.ر 22) هدفه السهر على حماية الإنسان وحماية سلامته البدنية، من خلال تكليف المجلس الوطني بتوجيه ومراقبة الأعمال الطبية الحديثة على إختلاف أنواعها، بما فيها عمليات نزع و نقل الأعضاء البشرية والتي يدخل ضمنها مسألة تحديد لحظة الوفاة بإعتبارها من المسائل الطبية، وكذا من الشروط القانونية الأساسية لمباشرة عملية إقتطاع الأعضاء من جثث الموتى.و قد إنتقدت الأستاذة الكبير فاطمة التركيبة البشرية للمجلس و إعتبرتها غير متوازنة،
F.Z Elkbir, *L'état de la bioéthique en Algérie,* in « Bioéthique, bioéthiques », sous la direction de Laurence Azoux-Bacrie, édition Bruylant, 2003.p.255 et 256.

– مبدأ إستقلال الفريقين الطبيين المكلفين بالتحقق من الوفاة و الزرع:

نصت على هذا المبدأ المادة 165 فقرة 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها ومفاده أن الأطباء الذين يقومون بالمعاينة الوفاة لا يجب أن يشكلون جزءا من الفريق الطبي الذي سيقوم بإقتطاع الأعضاء، ولا من الفريق الطبي الذي سيقوم بزرع الأعضاء. وأن الهدف الذي يسعى من خلاله المشرع تحقيقه من خلال تبني هذا المبدأ، هو حماية الأطباء من أي شبهة قد تحوم حول إعلانهم وفاة شخص بشكل مبكر من أجل زرع أحد أعضاءه، كما يهدف أيضا إلى قطع أي شك حول المتاجرة بأعضاء جثث الموتى، كما أوجبت المادة المكورة أعلاه على منع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية المستفيد لعائلة المتبرع[1].

و تبعا لكل ذلك يمكن القول أن الركن المادي لجريمة نزع عضو من شخص ميت المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، تتحقق إذا قام الفريق الطبي بنزع عضو من شخص دون مراعاة المعايير العليمة الذي حددها القرار الوزاري المؤرخ في 19 نوفمبر 2002، وكذا نزع العضو من شخص دون إعلان الوفاة من قبل طبيبين عضوين في اللجنة الطبية، وطبيب شرعي مع تحرير محضر يثبت ذلك. كما تقوم الجريمة أيضا في حق الفريق الطبي الذي يخرق الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 165 من قانون حماية الصحة وترقيتها المتعلق بإستقلال الفريقين الطبيين اللذين قاما بمعاينة الوفاة، والذين قاموا بنقل العضو وزرعه. وهذا إستنادا كما قلنا إلى الصياغة العامة التي جاءت بها الفقرة الثانية من المادة، التي لم تحصر قيام الجريمة في حق الطبيب الذي يخرق شرط الموافقة المسبقة للمتبرع أو ذويه، وإنما تتحقق الجريمة إذا خرق الطبيب الشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول لا سيما المتعلقة بالشروط القانونية لإعلان الوفاة.

ثانيا– عدم الحصول على موافقة المجني عليه أو ذويه:

وهو الشرط الثاني تضمنته المواد 164 وما يليها قانون حماية الصحة وترقيتها، ومفاده عدم جواز نقل عضو من جسم الميت إذا لم يوصي الميت قبل وفاته بذلك، فإذا لم يعبر المتوفى في أثناء حياته عن إرادته لا يجوز نقل أعضاءه إلا بعد موافقة أسرته، وهذا رعاية لحرمة الميت وكرامته بشرط أن لا يتعارض هذا التصرف في الجثة مع إرادة المتوفى في أثناء حياته.

[1] - C. Giovannageli *art. préc.* p.143.

و نشير هنا إلى أن حق التصرف في الجثة لا يكون بالضرورة للورثة، وإنما يكون أيضا للأقارب الذين تربطهم صلة الدم والقرابة بالمتوفى، ذلك لأن الجثة وإن كانت تدخل ضمن نطاق الأشياء، غير أنها ليست من الأشياء التي تدخل في دائرة التعامل القانوني[1]، فهي ليست عنصرا للذمة المالية، وليست عنصرا في التركة، وليست ملكا مشاعا للعائلة، ولا للدولة كما ذهب إليه البعض، فحق الأسرة بحسب الدكتور العربي بلحاج إنما هو **حق معنوي** يجد أساسه في صلة الدم التي تربط جميع أفراد الأسرة[2]. و أن إحترام الجثة بإعتبارها قيمة معنوية تمثل ذاكرة الميت يقتضي عدم المساس بحرمتها والتمثيل بها. لذلك فإن قانون العقوبات جرم الإعتداء على الجثة في عدّة نصوص عقابية[3] مراعاة لمشاعر الأحياء من أفراد العائلة[4]، وكذا مراعاة للعقائد الدينية التي تحرم هذا المساس[5]. غير أن قانون حماية الصحة وترقيتها سمح في حالات إستثنائية الإقتطاع من جثث الموتى دون الحصول على موافقة الأسرة مراعاة لمصالح أسمى تتمثل في إنقاذ حياة الأشخاص الذين يعانون من حالات صحية حرجة، لأن تلك المصلحة تكون قيمتها أعلى من مبدأ حرمة المساس بالجثة و علق إجراء مثل هذه العمليات على ضرورة إحترام الضوابط القانونية.

و سوف نتطرق إلى الشروط القانونية للإقتطاع في الحالتين، وتأثيره على قيام الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات.

1- شروط الموافقة عن الإقطاع من جثث الموتى:

لقد إشترط قانون حماية الصحة وترقيتها -كأصل عام- الموافقة المسبقة قبل إجراء أي عملية إقتطاع من جثث الموتى مثلها مثل عمليات الإنتزاع من الأشخاص الأحياء، و لم يأخذ **بمبدأ**

---

[1] - A.Ossoukine, *L'Ethique biomédicale*, Op.cit, p.162 et 162.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 151.

[3]- و قد خصص المشرع قسم خاص ضمن قانون العقوبات تحت عنوان: **"الجرائم المتعلقة بالمدافن و بحرمة الموتى"**، تضمن 06 مواد من المادة 150 إلى 154 جرم من خلالها الأعمال التي من شأنها المساس بحرمة الموتى و المدافن.

[4]- و قد عرض على القضاء الفرنسي قضية تتلخص وقائعها في: أن شخصا كان قد خضع إلى عملية تشريح لجثته بإحدى المستشفيات العمومية، غير أن الأطباء الذين أشرفوا على العملية لم يراعوا المعايير الفنية في التشريح لنقص الكفاءات، مما أدى إلى تشويه الجثة كليتا و لم يتم ترميمها بشكل جيد و لما شاهدة زوجة المتوفى الرفات أصيبت بالدهشة نظرا للصورة البشعة التي كانت تظهر عليها. و بناءا عليه قامت تلك السيدة برفع دعوى قضائية أمام القضاء الإداري ضد المستشفى تطالب فيها بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بها، مستندتا أولا على عدم أخذ موافقتها المسبقة من قبل إجراء عملية التشريح أو على الأقل إعلامها بالموضوع. و من جانب آخر إستندت المدعية إلى الضرر المعنوي التي لحق بها نتيجة اللآلام النفسية التي أصابتها جراء الصدمة. غير أن المحكمة رفضت طلبات المدعية المؤسسة على الوجه الأول و إعتبرت الوجه الثاني مؤسس إذ ذهبت إلى القول أن إدارة المستشفى أخطأت عندما سمحت لزوجة المتوفى الدخول إلى الغرفة التي كانت تتواجد فيها الرفاة التي تمثل ذكرى بالنسبة لها بالرغم أن الجثة كانت عارية و مشوهة بشكل كبير مما أدى إلى إصابة المدعية بصدمة نفسية. قضية أشار إليها عبد الحفيظ أوسوكين في كتابه L'Ethique biomédicale ، دون تحديد الجهة القضائية التي فصلت في الدعوى أو التاريخ.

A.Ossoukine, *L'Ethique biomédicale*, Op.cit, p.193.

[5]- مروك نصر الدين ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 47.

قرينة الموافقة التي أخذ بها قانون الصحة العامة الفرنسي[1]، وفي حالة سكوت هذا الأخير وعدم التعبير عن موقفه من المسألة، خول المشرع الأسرة الحق في الموافقة أثناء حياته، كما أن المشرع منع المساس بالجثة إذا أعرب المتوفى عن رفضه ذلك أثناء حياته.

وسوف نتعرض إلى هذه الحالات و الشروط القانونية المتعلقة بها في ما يلي:

أ- الوصية بالعضو من قبل المتبرع:

وهي الحالة التي عالجتها الفقرة الثانية من المادة 164 ومفادها أنه:" يجوز إنتزاع الأعضاء إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك"[2]. والشيء الذي يمكن إستنتاجه من خلال هذه المادة، أن المشرع لم يشترط أية شكلية للتعبير عن إرادة المتبرع بالأعضاء بعد الوفاة، و لم يقيد المشرع هذا النوع من العمليات بإجراءات خاصة للموافقة، وهذا عكس عمليات الإنتزاع من الأحياء التي قيدها المشرع بشروط شكلية وموضوعية صارمة، والغرض من ذلك هو المساهمة في تشجيع المواطنين على التبرع بأعضائهم بعد الوفاة، كون هذا النوع من العلميات حقق نجاحات باهرة على الصعيد الطبي .كما أن هذا النوع من العمليات لا يخلف أضرار جسمانية، وإستنادا على ذلك يمكن للشخص أن يعبر على قبوله بالتبرع بعضو من أعضاء جسمه كتابيا أو شفهيا[3]. غير أنه يتضح من صياغة المادة، أن المشرع إشترط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا ولا يعتد في هذا

---

[1]- *Art L1232-1.CSP « Le* prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.
Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment.
Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés.
Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués.
L'Agence de la biomédecine est avisée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement à fins thérapeutiques ou à fins scientifiques ».

[2]- إن الصياغة التي إستعملها المشرع في المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، تختلف عن الصياغة التي جاءت بها المادة 1-1232 L من قانون الصحة العامة الفرنسي، والتي جاء فيها أنه:" يجوز مباشرة الإقتطاع من جثة الشخص طالما لم يعترض هذا الأخير أثناء حياته على ذلك ". وواضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي أخذ **بقرينة الموافقة** بالنسبة إلى الشخص الذي لم يعبر عن موقفه تجاه عمليات نقل وزرع الأعضاء أثناء حياته، ومفاده أنه يجوز للطبيب مباشرة الإقتطاع من جثة المتوفى طالما لم يرفض أثناء حياته أي مساس بجثته والذي يجب أن يتم صراحة بالطرق التي حددها القانون، وأن الهدف الأساسي الذي يهدف من خلاله المشرع الفرنسي من خلال تبنيه لقرينة الموفقة في عمليات الإقتطاع من جثث الموتى، هو توفير الأعضاء البشرية اللازمة من أجل تغطية الأعداد المتزايدة من طلبات الزرع خلافا لمبدأ الموافقة الصريحة.

[3]- بالنسبة إلى المعاملات المالية تضمن القانون المدني عدة طرق للتعبير عن الإرادة و في هذا الصدد نصت المادة 60 منه على أن:" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع مجال الشك في دلالته عن مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

المجال بالتعبير الضمني عن الإرادة، وكذا السكوت الملابس الذي لا يعرف من خلاله إتجاه إرادة الشخص.

وفي إعتقادنا فإن التعبير الضمني والسكوت يأخذ حكم حالة عدم التعبير عن القبول التي عالجتها الفقرة الثالثة من نفس المادة والتي سوف يتم دراستها. وكما هو الشأن بالنسبة إلى التبرع بالأعضاء من الأحياء، يتعين ألا تكون الوصية بالأعضاء تحت أي ضغط إكراه أو تهديد سواء كان ماديا أو معنويا، فإذا أوصى الشخص بالتبرع بعضو من أعضاءه تحت الإكراه أو التهديد فلا يعد بتلك الإرادة لأنها معيبة. وتجدر الإشارة أيضا، إلى أنه يجوز للمتبرع أن يعرب عن رغبته عن الوصية لأهله، وتوصيتهم بعدم الإعتراض على هذا الإقتطاع بعد وفاته، كما يمكن لهذا الأخير أيضا تحديد الأعضاء التي يريد التبرع بها، وبناءا على ذلك لا يجوز لأفراد الأسرة الإعتراض عن إرادته وهو الشيء الذي يقودنا للحديث عن موافقة أهل المتبرع.

ب- حق الأسرة في التصرف في الجثة:

وهي الحالة التي عالجتها الفقرة الثالثة من المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي نصت على أنه:" إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الإنتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة".

يستنتج من خلال هذا النص، أن حق التصرف في الجثة ينتقل إلى الورثة بعد وفاة الشخص وأن أفراد الأسرة المذكورين أعلاه هم الذين خولهم القانون حق الموافقة على إقتطاع العضو من الجثة، شرط أن يكون الشخص قد سكت أثناء حياته و لم يبدي موقفه تجاه نقل عضو من أعضاء جسمه لفائدة مريض، أما إذا عبر المتبرع عن موقفه بشأن الإقتطاع من جثته يجب إحترام إرادته، سواء أجاز الإقتطاع من جثته أو رفض ذلك. ولا يجوز في هذه الحالة لأعضاء الأسرة التصرف في جثته بما يخالف تلك الإرادة، وأن موافقة الأسرة في هذه الحالة تعتبر شرطا لمباشرة هذه العلمية على الجثة، ولا يجوز للطبيب الإحتجاج بالحالة النفسية لأسرة المتوفى لمباشرة الإقتطاع بدون موافقتهم، و يشترط أيضا أن تكون موافقة أسرة المتوفى صريحة[1]، غير أن المشرع لم يحدد الشكل الذي يجب

[1]- و قد عرض على القضاء الفرنسي قضية تتلخص وقائعها في أن فتاة أدخلت إلى المستشفى بسبب إصابتها بمرض خطير فتوفيت بالمستشفى، إثر ذلك قاما والديها الذين يعتنقان الدين الإسلامي بتكليف إمام للقيام بإجراءات الدفن، ليكتشف هذا الأخير أن الفتاة أقتطع منها القلب و الرئتين بعد عملية تشريح طبي لجئ إليها الطبيب لتحديد أسباب الوفاة دون أن يعرب والديها عن موافقتهما، وبناءا عليه قاما والدي الفتاة برفع دعوى تعويض ضد المستشفى إنتهت بصدور قرار مجلس الدولة بتاريخ 1988/07/17 يقضي برفض الدعوى، مستندا إلى عدم وجود أي خطأ من جانب الطبيب لأن الإقتطاع من جثة قاصر لا يخضع للموافقة الصريحة من ممثله الشرعي، إلا إذا

أن تفرغ فيه الإرادة، ومن ثم يجوز لعضو الأسرة الذي تكون له الأولوية في تقديم هذه الموافقة أن يعبر عنها كتابيا أو شفهيا أو التوقيع على الوثيقة المعدّة مسبقا من المؤسسة الصحية لهذا الغرض[1].

ج- رفض المجني عليه التصرف في جثته.

وهي الحالة التي عالجتها المادة 165 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص على أنه:" يمنع القيام بإنتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك، أو إذا كان هذا الإنتزاع يعيق عميلة التشريح الطبي الشرعي". الشيء الذي يفهم من خلال هذه المادة، أن المشرع أراد تجسيد إحترام إرادة المتوفى الذي يرفض صراحة المساس بجثته، وفي هذه الحالة لا يجوز لأي أحد الحلول محله للموافقة على الإقتطاع من جثته، وذلك خلافا للحالات التي لا يعرف فيها الطبيب موقف المتوفى من المسألة فيلجأ إلى إستشارة أهله والحصول على موافقتهم. لذا فإن الإقتطاع من الجثة مشروط بعدم رفض المتوفى كتابيا لمثل هذا العمل الطبي، والكتابة بحسب النص يمكن أن تكون في قالب رسمي، أي أن تكون الوثيقة محررة من قبل ضابط عمومي كالموثق. كما يمكن أن تكون في وثيقة عرفية موقع عليها من قبل الشخص. غير أن الشيء الملاحظ من خلال قراءة النص، أن هذا الأخير حصر الرفض الصريح للمتبرع في عمليات الإقتطاع التي يكون الهدف من وراءها الزرع، وهو ما يعني إجازة الإقتطاع إذا كان الإقتطاع لغرض آخر غير الزرع مثل تشريح الجثة التي نصت عليه المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها، التي أجازت أعمال التشريح في الهياكل الإستشفائية إذا طلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي، أو بطلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 من المادة 164 من نفس القانون. وتبعا لذلك لا فائدة من إعتراض الشخص على علمية التشريح إذا كانت تتعلق بالكشف عن أسباب الوفاة، أو عن حقيقة أخرى لأنها تتم بقوة القانون وبطلب من السلطات القضائية حتى ولو إعترض عليها الشخص أو أسرته[2].

=كان ذلك من أجل زرعه عند مريض آخر. و بالمقابل، عندما يتم الإقتطاع لأهداف أخرى فيمكن إجراء ذلك بدون الحصول على موافقة صريحة من ممثله الشرعي إلا إذا عبر عن رفضه لهذا الإقتطاع، و قد إنتقد الفقه هذا القرار بشدة على أساس أن قانون Caillavet المتعلق بزرع الأعضاء لا يهدف إلى حماية الأشخاص من الإقتطاع الذي يتم من أجل الزرع فقط ، معتبرين أيضا أن القرار وسع من مجال الموافقة الضمنية و جعلها هي الأصل بينما هي إستثناء على القاعدة العامة. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 261، 262.

[1]- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 642 وما يليها.

[2]- A.Ossoukine, *L'Ethique biomédicale*, Op.cit, p182.

وبالرجوع للجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 17، فإنها تكون قائمة في حق الطبيب الجراح الذي يجري عملية إقتطاع عضو جثة المجني عليه دون مراعاة الأحكام المتعلقة بالموافقة المسبقة المنصوص عليها في المادتين 164 فقرة 2 3 و165 فقرة أولى المذكورة أعلاه، والمقصود بذلك عدم مراعاة حالات التعبير الصريح عن موافقة وحالة السكوت وحالة الرفض الكتابي.

وبذلك يكون مقترفا للجريمة الطبيب الجراح الذي يقوم بترع عضو من جثة دون أن يكون المجني عليه قد عبر عن قبوله بالتبرع بالعضو أثناء حياته، ودون الحصول على موافقة أسرته وفقا للأشكال المنصوص عليها في المادة 164 فقرة 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، أو الطبيب الذي يقوم بإقتطاع العضو من جثة شخص مع علمه المسبق أن الوصية الذي تركها المتوفى كانت تحت إكراه أو تهديد مادي أو معنوي أو كانت الوصية المكتوبة مزورة، أو كان المجني عليه قد تراجع عليها قبل وفاته. و تقوم الجريمة أيضا في حق الطبيب الذي يقوم بإقتطاع عضو غير العضو الذي أوصى به الشخص المتوفى، مثل الجراح الذي يقوم بترع الكبد أو الكلية من أجل زرعها لشخص آخر، بالرغم من أن المجني عليه كان أثناء حياته قد أوصى بالقرنية وحدها، أو الطبيب الذي يقوم بترع عضوين بالرغم من أن المجني عليه تبرع أثناء حياته بعضو واحد فقط. كما تقوم الجريمة أيضا في حق الطبيب الذي يقوم ببتر العضو من الجثة بالرغم من أن المجني عليه سبق وأن أعرب عن عدم قبوله المساس بجثته بعد الوفاة كتابة.

2- الحالات التي لا يشترط فيها الحصول على الموافقة:

وهي الحالة التي نصت عليها المادة 164 الفقرتين 3 و4 من قانون حماية الصحة وترقيتها، التي تجيز للطبيب استثناءا أن يقوم بإنتزاع العضو من أجل زرعه في جسم المريض، دون الحصول على الموافقة المسبقة للمتبرع أو ذويه، وذلك عندما يتعلق الأمر بحالة الإستعجال التي لا تقبل التأخير[1]. غير أن المشرع علّق إجراء هذا النوع من العمليات على شروط: أولها يتعلق بحالة الإستعجال، أما الثانية متعلقة بمعاينة اللجنة الطبية للحالة المرضية للمستفيد،كما حصر المشرع إجراء مثل هذه العمليات على أعضاء معينة دون الأخرى.

[1]- إن تلك الحالة لم تكن منصوص عليها في قانون حماية الصحة ترقيتها، المؤرخ في 26 فبراير 1985 و أنه تم إستحداثها بموجب التعديل الذي شهده القانون سالف الذكر بموجب القانون 17/90 المؤرخ في 31 يوليو 1990.

أ- الأعضاء التي يجوز نقلها:

تنص الفقرة الثالثة من المادة 164 المذكورة أعلاه أنه:" ... أنه **يجوز إنتزاع القرنية والكلية** بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، أو كان تأخير في أجل الإنتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع". وإستنادا على ذلك فإن المشرع أجاز الإقتطاع بدون إنتظار موافقة الأسرة عندما يتعلق الأمر بإقتطاع القرنية أو الكلية، وأن هذا الحكم فرضته الضرورة العملية نظرا لخصوصية هذا النوع من الإقتطاع، فمن ناحية يتطلب نقل القرنية والكلى السرعة في التنفيذ وعلى سبيل المثال يجب أن يتم نزع الكلى في غضون ستة (06) ساعات الأولى من الوفاة وإلا تعرض العضو إلى التلف، ومن ناحية أخرى يعد هذا النوع من الإقتطاع الأكثر إنتشارا ونجاحا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وبناءا على ذلك لا يجوز إقتطاع أعضاء أخرى غير القرنية والكلى بدون موافقة المتوفى أو موافقة أقاربه، وأن الطبيب الذي يقوم بنقل عضو أخرى دون الحصول على تلك الموافقة يعتبر عمله مجرما بنص المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، مثل الطبيب الذي يقوم بترع الرئة أو القلب أو الكبد من الجثة دون الحصول على موافقة أسرة المتوفى، ولا يمكنه التذرع في هذه الحالة بالصحية الحرجة أو الخطيرة للمستفيد.

ب- حالة الإستعجال:

وفقا لنص المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، فإنه لا يجوز للطبيب أن يقوم بنقل القرنية أو الكلية من الجثة إلا بتوافر حالة الإستعجال وتتطلب حالة الإستعجال أولا عدم إمكانية الإتصال بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين في الوقت المناسب، أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمستقبل التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته أو عندما يخشى فساد العضو المراد نقله، فإذا أمكن الإتصال بأسرة المتوفى في الوقت المناسب،كأن يكون أحد أفراد أسرته بالمستشفى قبل عملية النقل فيتعين على الطبيب أخذ إستشارته قبل إجراء العلمية، وإلا وقع تحت طائلة النص العقابي[1].

[1]- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، ص 660 و ما يليها.

ج- معاينة الحالة الصحية من قبل اللجنة الطبية:

لا يكفي لإجراء عملية نقل الكلى أو القرنية من الجثة توافر حالة الإستعجال وتعذر الإتصال بأسرة المتوفى، بل إشترطت المادة 164 فقرة 5 من قانون حماية الصحة وترقيتها كذلك أن تتم معاينة الحالة الصحية للمستفيد من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من نفس القانون، وهي ضمانة إضافية وضعها المشرع من أجل تجنب أي تجاوزات بإمكانها فتح المجال أمام المتاجرة في أعضاء الموتى تذرعا بالحالة الإستثنائية أو التسرع في إجراء العملية دون توافر حالة الإستعجال. وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 167 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، يتبين أن اللجنة المكلفة بمعاينة الحالة الصحية للمستفيد هي اللجنة الطبية التي يتم إنشاءها خصيصا في الهياكل الإستشفائية التي توكل لها مهمة إجراء عمليات نقل زرع الأعضاء و هي المخولة قانونا في إعطاء الإذن بإجراء العملية. و بناءا عليه تقوم الجريمة في حق الطبيب الذي يقوم بترع عضو من جثة، دون أن تعاين اللجنة الطبية الحالة الصحية للمستفيد وتسمح بإجراء العملية له حتى لو توافرت حالة الإستعجال طبقا للمادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

من خلال قراءة المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، يتبين أن جريمة نزع عضو دون موافقة صاحبه من الجرائم العمدية التي تشترط لقيامها توافر القصد الجنائي لدى الفاعل، المتمثلة في إتجاه إرادته في إرتكاب الفعل مع علمه المسبق أنه غير مشروع من الناحية القانونية[1]. وإستنادا على ذلك يكون مرتكبا للجريمة، الجاني الذي يقوم بإستئصال العضو من جسم المجني عليه وهو يعلم مسبقا أن هذا الأخير لم يبدي موافقته المسبقة على إجراء تلك العملية مطلقا، أو أن موافقته لم تتم بحسب الشروط التي نص عليها قانون حماية الصحة وترقيتها. ولا يمكن للطبيب في الحالة الأخيرة، أن يتذرع بجهله للشروط التي حددها القانون للموافقة المسبقة وفقا لقاعدة عدم جواز التذرع بجهل القانون، ولا يختلف الأمر إذا كان المجني عليه على قيد الحياة أو متوفى.كما تقوم الجريمة أيضا في حق الطبيب الذي يقوم بإقتطاع العضو مع علمه المسبق أن المجني عليه لم يوافق على إقتطاع ذلك العضو، وإنما تبرع بعضو آخر ومثال ذلك الطبيب الذي يقوم بترع كلية من جثة شخص بالرغم من أن المجني عليه قد أوصى بالتبرع بالقرنية.

[1]- أحمد حسام طه تمام، المرجع السابق، ص 94.

أما في ما يخص الباعث لإرتكاب الجريمة، فإن هذا الأخير لا يؤثر على قيام الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17[1]، وتبعا لذلك يتوافر القصد الجنائي في حق الجاني الذي يقوم بترع العضو من أجل إعادة زرعه في جسم شخص آخر لإنقاذ حياته، أو كان الغرض من البتر تحقيق أغراض غير مشروعة أخرى مثل تسليم العضو للغير ، فمهما كان الدافع نبيلا في إرتكاب الجريمة فإن هذا لا يؤثر في قيام الركن المعنوي للجريمة.

و يكون سوء النية يكون واضحا إذا إستعمل الجاني الطرق التدليسية لإيهام المجني عليه بضرورة إجراء العملية وإيقاعه في الغلط. أما في ما يخص إثبات قيام الركن المعنوي في هذه الجريمة، فإنه لا يطرح صعوبة كبيرة نظرا للشروط الصارمة التي وضعها المشرع للحصول على الموافقة، فلا يكفي أن تكون الإرادة موجودة وإنما يجب أن يتم التعبير عليها من جانب الشخص على قيد الحياة كتابيا طبقا للمادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها. كما تشترط هذه المادة أيضا، أن تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة خاصة، لذا قد يصعب على الطبيب إثبات حسن نيته إذا قام بإجراء العملية دون وجود تلك الشكليات، إلا أذا كانت الوثائق التي إستند عليها في إجراء العملية محل شك. كما نشير هنا إلى أن عمليات نقل الأعضاء بدون رضا صاحبها عادة ما يتم إجراءها في مؤسسات إستشفائية غير مرخص لها، مثل المؤسسات الإستشفائية الخاصة ويتذرع فيها الطبيب بحالة الضرورة العلاجية.

أما إذا كانت عملية البتر تهدف إلى تحقيق أغراض علاجية، كأن يكون العضو مريضا ويشكل بقائه خطرا على صحة المريض أو حياته، فإن القصد الجنائي لا يتحقق في حق الطبيب إذا توافرت الشروط المتعلقة بحالة الضرورة التي تستدعي بتر العضو كي لا يؤدي إلى تدهور الحالة الصحية للمريض أو حياته. فإثبات سوء نية الطبيب في هذه الحالة يتم عن طريق إطلاع القاضي على الملف الطبي الخاص بالمجني عليه، وكذا الخبرة الطبية التي عادة ما يلجئ إليها التي تؤكد أو تنفي وجود حالة الضرورة.

أما فيما يخص الإقتطاع من الجثث، فإنها تثير بعض الصعوبة من حيث إثبات الركن المعنوي للجريمة، خاصة في حالة عدم تعبير الشخص المتوفى عن إرادته أثناء حياته بحيث يصعب على

[1]- أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1988/10/04، تحت رقم 34903 الذي جاء في حيثياته أنه:" لما كان الدافع هو العامل النفسي الذي يدعو إلى التفكير في الجريمة والقوة المحركة لإرتكابها، فإن قضاة الموضوع غالبا ما يقيمون له وزنا ويخففون العقوبة في الحدود المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات، لاسيما إذا كانت الجريمة المرتكبة غير شائنة وكان مقترفها غير عائد وذا سيرة حسنة"، أشار إليه جيلالي بغدادي، المرجع السابق ، ص 15.

الطبيب معرفة موقفه بخصوص هذه المسألة. خاصة إذا أخذنا بعين الإعتبار عدم إشتراط المشرع شكليات معينة لموافقة الأسرة أو عدم تحصله على الوثيقة التي تثبت معارضته على المساس بجثته في الوقت المناسب.

المطلب الثاني: قمع الجريمة.

لقد تضمن القسم الخامس مكرر 1 المستحدث بالقانون 09-01 تحت عنوان: " **الإتجار بالأعضاء**" عدّة مواد تتعلق بالمتابعة والجزاء الخاصين بجريمة نزع عضو دون الحصول على موافقة صاحبه، و تطرق المشرع أيضا من خلال هذا القسم إلى حالات تشدد فيها العقوبة أو يعفى فيها الجاني من العقاب، آخذا بعين الإعتبار السياسة العقابية الحديثة المنتهجة والتي تم تجسيدها التعديلات التي طرأت على قانون العقوبات في السنوات الأخيرة[1].

وسوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى العقوبة المقرر للجريمة في الفرع الأول، ثم إلى تدابير الأمن في الفرع الثاني، ثم الشروع في الجريمة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: العقوبة.

يفرق المشرع في العقوبة بين الجريمة في صورتها البسيطة وبين الجريمة التي تكون مقترنة ببعض الظروف المشددة التي يتحول فيها وصف الجريمة من جنحة إلى جناية، وسوف ندرس أولا إلى العقوبة في الجريمة البسيطة ثم إلى العقوبة في بالنسبة إلى الظروف المشددة.

أولا- عقوبة الجريمة في صورتها البسيطة.

الأصل أن جريمة نزع عضو أو دون موافقة صاحبه جنحة، إلا أن المشرع فرق في العقوبة بين نزع الأعضاء و نزع الأنسجة آخذا بعين الإعتبار الضرر الذي يمكن أن يلحق بالسلامة البدنية للمجني عليه.

1- نزع الأعضاء دون موافقة صاحبه:

[1]- لا سيما التعديلات التي جاء بها القانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006. لمزيد من التفاصيل، أنظر ، بريك الطاهر، فلسفة النظام العقابي في الجزائر و حقوق السجين، دار الهدى، طبعة 2009، ص 19.

تعاقب المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، بالحبس من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج. و الملاحظ أن المشرع ساوى فيما يخص العقوبة بين الصورتين أي صورة الجريمة التي يكون ضحيتها شخص على قيد الحياة وصورة الجريمة التي يكون ضحيتها شخص متوفى، بالرغم من أن الجريمة في صورتها الأولى تخلف أضرار جسيمة بالنسبة إلى السلامة الجسدية للمجني عليه، بحيث ينتج عنها عادة عاهة مستديمة، وحرمان هذا الأخير بالإنتفاع من عضوه الشيء الذي يؤثر بشكل كبير على مستقبله الصحي، وهذا عكس الحالة الثانية الذي يكون فيها المجني عليه ميتا.

2- نزع الأنسجة والخلايا و تجميع مواد الجسم:

يعاقب المشرع بعقوبة أخف عندما يتعلق الأمر بجريمة نزع أنسجة أو خلايا أو تجميع مواد من جسم المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات، التي تتراوح مدة الحبس فيها من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات والغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج. وقد ساوى المشرع في العقوبة بين الصورتين أي صورة الجريمة التي يكون ضحيتها شخص على قيد الحياة وصورة الجريمة التي يكون ضحيتها شخص متوفى.

ثانيا- عقوبة الجريمة في الظروف المشددة:

تكون الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات مشددة، إذا توافر ظرف من ظروف التشديد الخمسة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 فقرة أولى من نفس القانون، وبالتالي **يتغير الوصف القانوني للجريمة من جنحة إلى جناية**. غير أن التكيف لا يتغير بالنسبة إلى جريمة نزع الأنسجة و الخلايا و تبقى جنحة، بحيث تعاقب المادة 303 مكرر 20 فقرة أولى عن تلك الجريمة بالحبس من خمسة (05) إلى خمس عشرة (15) سنة، و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الظروف لا تقتصر فقط على جريمة إنتزاع عضو وإنما تتعلق أيضا بجريمة المتاجرة بالأعضاء و الأنسجة. وبحسب الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 20 المذكورة أعلاه يعاقب مرتكب الجريمة **بالسجن** من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، و تعاقب الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات على إرتكاب جريمة المتاجرة بمشتقات الجسم، إذا إقترنت بإحدى

ظروف التشديد **بالحبس** من خمسة (05) سنوات إلى خمسة عشرة (15) سنة و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، وبالتالي **لا يتغير الوصف القانوني** للوقائع من جنحة إلى جناية كما هو الحال بالنسبة إلى جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية[1]. إذا توافرت أحد الظروف التالية:

1- إذا كانت الضحية قاصر أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية:

يهدف تشديد العقوبة في مثل هذه الحالات، إلى إضفاء حماية أكبر للأشخاص القصر والمصابين بإعاقات ذهنية وهم الفئة المستهدفة عادة من تلك الجرائم. ويقصد بالضحية القاصر هو:" الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني و هو 19 عشرة سنة كاملة"[2]. أما فيما يخص الأشخاص ناقصي الأهلية، فقد قصر المشرع ظروف التشديد في الأشخاص المصابين بإعاقة ذهنية دون باقي الحالات المتعلقة بنقص الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني أو قانون الأسرة، بالرغم من أن المادة 163 فقرة أولى من قانون حماية الصحية وترقيتها منعت القيام بإنتزاع الأعضاء من القصر، وكذا الراشدين المحرومين من قدرة التمييز دون التمييز بين حالة الأشخاص المصابين بإعاقة ذهنية وغيرهم من الأشخاص المحرومين من قدرة التمييز. أما في ما يخص المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب فإنه إستعمل مصطلح آخر في المادة 52 فقرة ثانية منه و يتمثل في الشخص البالغ العاجز[3].

---

[1]- تعاقب المادة 511-3 من قانون العقوبات الفرنسي على جريمة نزع عضو دون رضا صاحبه بالحبس مدة سبعة (07) سنوات وبغرامة قدرها 100.000أورو، و تعاقب المادة 511-5 من نفس القانون عن جريمة نزع أنسجة أو خلايا أو تجميع مواد من جسم الإنسان دون رضا صاحبها بالحبس مدة خمسة (05) و غرامة قدرها 75.000 أورو، و الشيء الملاحظ أن المشرع الفرنسي جعل عقوبة إقتطاع الأعضاء ضعف عقوبة إقتطاع الأنسجة سواء بالنسبة إلى عقوبة الحبس أو الغرامة.

Art. 511-3. CP, stipule que : « Le fait de prélever un organe sur **une personne vivante majeure**, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et cinquième alinéas du même article ait été délivrée est puni de **sept ans d'emprisonnement et de 100. 000 Euros d'amende.**

Est puni des **mêmes peines** le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur **une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale**, hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 et L. 1241-4 du code de la santé publique ».

Art 511-5. CP : « Le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une **personne vivante majeure** sans qu'elle ait exprimé son consentement dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 1241-1 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende…».

[2]- المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

[3]- بينما إستعمل المشرع الفرنسي في المادة 511-3 فقرة ثانية من قانون العقوبات مصطلح الأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية، إذ نصت تلك الفقرة على أنه:" تطبق نفس العقوبة على كل من قام بنزع عضو أو خلايا أو أنسجة أو تجميع مواد من جسم الإنسان من شخص بالغ أو قاصر على قيد الحياة خاضعا لتدابير الحماية القانونية، مخالفة للشروط المنصوص عليها في المادتين 1241-4 و 1241-3 من قانون الصحة العامة".و الشيء الملاحظ أن المشرع الفرنسي في هذه الحالة سوى في العقوبة بين جريمة

2- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته إرتكاب الجريمة:

على عكس جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية يصعب تصور قيام جريمة نزع عضو من دون الحصول على موافقة صاحبه، أن يكون مرتكب الجريمة من غير الأطباء أو العاملين في مجال الصحة كون هذه العملية تقنية. ليس هذا فحسب بل إن مثل هذه العمليات تحتاج إلى أطباء مختصين في مجالات معينة، فإستئصال الكلى مثلا تحتاج إلى إجراء العملية إلى طبيب مختص في جراحة الكلى والأمراض البولية .كما أن نزع القرنية تحتاج إلى طبيب مختص في أمراض العيون. هذا وإن مثل هذه العمليات تحتاج إلى إمكانيات طبية وهياكل صحية متخصصة، لذا عادة ما يتم إجراءها داخل المستشفيات أو المؤسسات الإستشفائية الخاصة. وبالتالي فإن أغلب الجرائم من هذا النوع يكون من وراءها أطباء أو جراحين كفاعلين أصليين للجريمة، وبالتالي يمكن القول، أن هذا الظرف يكون الأصل في الجريمة وليس الإستثناء على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات[1].

3- إذا إرتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص:

يتحقق التعدد عندما ترتكب الجريمة بواسطة شخصين فأكثر، وكما هو الشأن بالظرف المشدد الثاني فإنه يصعب تصور وقوع الجريمة من طرف شخص واحد، فالطبيب الذي يقوم بنزع العضو من جسم المجني عليه يحتاج إلى مساعدين طبيين، خاصة إذا كانت الجريمة تهدف إلى تحقيق غايات غير مشروعة.

4- إذا إرتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد بإستعماله.

تشدد العقوبة أيضا إذا كانت الجريمة مرتكبة مع حمل السلاح أو التهديد بإستعماله، وتطبق هذه الحالة خاصة إذا كانت الجريمة مرتكبة من قبل جماعة إجرامية في إطار المتاجرة في الأعضاء البشرية. أما في ما يخص تعريف السلاح فإنه يوجد نوعين من الأسلحة:

- **أسلحة بطبيعتها** لأنها معدة أصلا للفتك بالأنفس وهي الأسلحة الحربية التي يعاقب القانون على حيازتها وحملها بدون رخصة، كما هي معرفة في الأمر 97-06 المؤرخ في 21 يناير 1997

إقتطاع الأعضاء من الأشخاص البالغين دون الحصول على الموافقة و إقتطاع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا أو تجميع مواد من جسم الإنسان من القصر أو الأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية دون الحصول على الرضا و تكون العقوبة في الحالتين الحبس مدة سبعة (07) سنوات وبغرامة قدرها 100.000أورو.

[1]- لذا كان من المستحسن على المشرع أن يفرق بين الظروف المشددة الخاصة بجريمة نزع عضو دون رضا صاحبه، والظروف المشددة الخاصة بجريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية، ويضع أحكاما خاصة لكل جريمة على حدا وليس الجمع بينهم في فقرة واحدة، وهي الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات و هذا مراعاة لخصوصية كل جريمة.

المتعلق بالعتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة[1]، والمرسوم التنفيذي المطبق له رقم 98-96 المؤرخ في 18 مارس 1998 [2]، وتشمل هذه الفئة كل سلاح يمكن قذف ذخيرة منه مثل أسلحة الصيد وأسلحة الرماية، فضلا عن الأسلحة الحربية مثل المسدسات والرشاشات.

– **أسلحة بالإستعمال** وهي الآلات والوسائل المعدة لأغراض بريئة كالسكاكين والفؤوس والعصي. وأن ظرف حمل السلاح لا يتحقق فقط بإستعماله من طرف الجناة، وإنما يتحقق أيضا بواسطة التهديد به من أجل إجبار الضحية أو إقتياده إلى مكان إجراء العملية.

5 – إذا إرتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود:

تشدد العقوبة فيه إذا تم إرتكاب الفعل من قبل جماعة إجرامية أو كانت الجريمة عابرة للحدود الوطنية، وسوف يتم شرح هذه الجريمة في المبحث الثاني المخصص لجريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية.

ثالثا– الفترة الأمنية.

يقصد بالفترة الأمنية بحسب المادة 60 مكرر من قانون العقوبات، حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة والوضع في الورشات الخارجية أو البيئية المفتوحة، وإجازات الخروج والحرية النصفية والإفراج المشروط[3]. وقد نصت المادة 303 مكرر 29 من نفس القانون، على تطبيق الفترة الأمنية على جريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 كباقي الجرائم المتعلقة بالمتاجرة بالأعضاء، بحيث لا يستفيد الجاني من الإمتيازات المذكورة أعلاه.

الفرع الثاني: الأعذار القانونية وظروف التخفيف:

تطرق المشرع إلى الأعذار القانونية وظروف التخفيف ضمن الأحكام العامة لقانون العقوبات، في المادتين 52 و53 منه. كما نص على بعض الحالات الخاصة بجريمة إنتزاع عضو دون موافقة صاحبه.

ونتطرق إلى الأعذار القانونية أولا في هذه الجريمة ثم إلى ظروف التخفيف.

---

[1]- أمر رقم 06/97 مؤرخ في 1997/01/21، يتعلق بالعتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة، (ج.ر 06) بتاريخ 1997/01/22.
[2]- مرسوم تنفيذي 96/98 المؤرخ في 1998/03/18، المحدد لكيفية تطبيق الأمر 06/97 المتعلق بالعتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة،(ج.ر 17) بتاريخ 1998/03/15.
[3]- بريك الطاهر، فلسفة النظام العقابي في الجزائر و حقوق السجين، دار الهدى، طبعة 2009، ص 51 و ما يليها.

أولا- الأعذار القانونية.

أجازت المادة 52 من قانون العقوبات في حالات محددة على سبيل الحصر، إعفاء المتهم من العقوبة رغم قيام الجريمة، وهو ما يسمى بنظام الإعفاء من العقوبة وهو نظام يمحو المسؤولية القانونية عن الجاني رغم ثبوت إذنابه سوءا بإعفاءه من كامل العقوبة أو التخفيف منها، لإعتبارات وثيقة الصلة بالسياسة الجنائية و كذا بالمنفعة الإجتماعية[1]. و تطبيقا لذلك نصت المادة 303 مكرر 24 من قانون العقوبات على حالتين، الأولى تعفي الجاني الذي إرتكب الجريمة من العقاب، أما الثانية تخفف من العقوبة.

1- الأعذار المعفية من العقاب:

وهي الحالة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر24 من قانون العقوبات التي تنص على:" أنه يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الإتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها". وهو ما يسمى بعذر المبلغ عن الجريمة، ويطبق هذا الحكم عن جميع جرائم المنصوص عليها في القسم الخامس مكرر1، ومنها نزع العضو دون موافقة صاحبته والمتاجرة في مشتقات الجسم كون أن المشرع إستعمل مصطلح الإتجار بالأعضاء للتعبير عن جميع الجرائم المنصوص عليها في ذلك القسم، شرط أن يتم الإبلاغ قبل البدء في تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها.

2- الأعذار المخففة من العقاب:

وهي الأعذار التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 24 من قانون العقوبات التي تنص على أنه:" تخفض العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد إنتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية أو إذا مكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة". وبصفة عامة لا يستفيد المبلغ بالأعذار المخففة إلا أذا تم الإبلاغ عن الجريمة قبل تحريك الدعوى العمومية، أما إذا تم تحريكها فيشترط أن يمكن الإبلاغ من التعرف عن الفاعل أو شركاءه و إيقافهم.

ثانيا- ظروف التخفيف:

[1]- علي محمد جعفر، فلسفة العقاب و التصدي للجريمة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، الطبعة الأولى 2006، ص 117.

على عكس الأعذار القانونية المنصوص عليها في المادة 52 من قانون العقوبات، تعتبر الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من نفس القانون من الأسباب القضائية التي تركها المشرع لتقدير القاضي في إفادة المحكوم عليه بها فيقوم بخفض العقوبة المقررة قانونا. وعادة ما يستنبطها القاضي من ظروف الجريمة أو من شخصية الجاني[1]. غير أن المادة 303 مكرر 21 إستبعدت تطبيق الظروف المخففة بالنسبة إلى الجاني الذي ثبت تورطه في قضية إرتكاب جريمة من جرائم المتاجرة في الأعضاء البشرية منها جريمة نزع عضو دون موافقة صاحبه، فقد نصت المادة المذكورة على أنه:" لا يستفيد الشخص المدان لإرتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا القسم من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من هذا القانون".

الفرع الثالث: العقوبات التكميلية.

طبقا للمادة 303 مكرر 22 من قانون العقوبات، تطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لإرتكابه الجريمة عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون[2]، كما فرضت المادة 303 مكرر 23 من نفس القانون على الجهة القضائية المختصة بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القسم الخامس مكرر1 من الإقامة في التراب الوطني، إما نهائيا أو لمدة عشرة سنوات على الأكثر، كما تنص المادة 303 مكرر 28 على أنه:" يتعين على الجهة القضائية في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القسم بمصادرة الوسائل المستعلمة في إرتكابها، والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

---

[1]- و قد قضت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 1968/03/26 بأن: " تطبيق الظروف المخففة أمر جوازي متروك لتقدير القاضي و ليس أمر مفروض عليه" . و قضت في قرار آخر مؤرخ في 1968/12/17 أن "تطبيق الظروف المخففة ليس حقا للمتهم "، و قد أكدت على هذا المبدأ أيضا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/07/24 الذي جاء في حيثياته أن: " القضاة الذين لم يسعفوا المتهم من هذا التدبير لم يخطئوا في تطبيق القانون"، قرارات وردت في مؤلف، أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 27.

[2]- تنص المادة 9 من قانون العقوبات على أن العقوبات التكميلية هي : الحجز القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، تحديد الإقامة، المنع من الإقامة، المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط ، إغلاق المؤسسة، الإقصاء من الصفقات، الحظر من إصدار الشيكات أو إستعمال بطاقات الدفع، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من إستصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر.

الفرع الرابع: الشروع.

تنص المادة 30 من قانون العقوبات الشروع بنصها على أن:" كل محاولة لإرتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى إرتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم توقف أو يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى و لو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها"[1]، و يعاقب على الشروع في جريمة إنتزاع الأعضاء و الأنسجة طبقا للماد 303 مكرر 27 التي تنص على أنه:" يعاقب على الشروع في إرتكاب الجنح المنصوص عليها في هذا القسم بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة".

[1]- و قد قضت المحكمة العليا أنه:" من المقرر قانونا لثبوت الشروع في الجريمة يجب توافر الشروط التالية:
- البدء في الفعل،
- أو يوقف التنفيذ أو يخيب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها،
- أن يقصد به إرتكاب جناية أو جنحة."، قرار مؤرخ في 1991/02/05، تحت رقم 82315، م.ق 1993، عدد 2، ص 164.

المبحث الثاني: جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية.

وهي الجريمة المنصوص عليها بالمادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، التي تعاقب كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، كما تعاقب أيضا كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص[1]. وكما سبقت الإشارة إليه، فإن الهدف الذي يصبو إلى تحقيقه المشرع من خلال هذا النص هو إضفاء حماية جنائية لمبدأ المجانية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الذي تم تجسيده في قانون حماية الصحة و ترقيتها منذ صدوره سنة 1985، بحيث نصت المادة 161 في فقرتها الثانية منه على أنه:" لا يجوز أن يكون إنتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية".

كما يهدف النص الجزائي أيضا، إلى محاربة كل أشكال المتاجرة بالأعضاء البشرية التي صنفتها الأمم المتحدة ضمن الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، والتي تشكل أيضا إنتهاكا خطيرا لحقوق الإنسان وكيان المجتمع، لأنها تجعل جسم الإنسان سلعة تباع و تشترى[2].

و الملاحظ أن المشرع جرم نفس الفعل بموجب نصين في قانون العقوبات، وهما المادة 303 مكرر 16 بالإضافة إلى المادة 303 مكرر 4 المستحدثة أيضا بالقانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، والتي وردت ضمن القسم الخامس مكرر تحت عنوان "**الإتجار بالأشخاص**"،

---

[1]- وقد جرم المشرع الفرنسي جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية من خلال المادة 511-2 من قانون العقوبات التي تنص،
Art. 511-2.CP : « Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.
Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.
Les mêmes peines sont applicables dans le cas où 1' organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger ».

[2]- تنتشر هذه الظاهرة بشكل أساسي في الصين والهند وروسيا وبعد دول أمريكا اللاتينية، ففي الصين مثلا يتم بيع أعضاء المسجونين المحكوم عليهم بالإعدام لمن يحتاج إليها مقابل 10.000 دولار للكيلة الواحدة. وكذلك الحال بالنسبة إلى الهند حيث ساعد إنتشار الفقر وإنخفاض مستويات المعيشة على بيع الأفراد لأعضائهم ليتمكنوا من العيش، وعادة ما تتم عملية البيع بواسطة سماسرة الذين يقومون بيعها للمريض مقابل 25000 دولار للكلية. وقد يصل الأمر إلى قيام عصابات الجريمة المنظمة بقتل الضحايا من أجل بيع أعضاءهم؛ سوزي عدلي ناشد، الإتجار في البشر بين الإقتصاد الخفي والإقتصاد الرسمي، مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد الأول، طبعة 2004، ص 188.
أما في الجزائر فقد تم الترويج لشائعات عبر وسائل الإعلام المكتوبة في الفترة الأخيرة مفادها وجود عصابات متخصصة تقوم بخطف الأطفال من أجل نزع أعضاءهم وبيعها، وقد نفى وزير الداخلية والجماعات المحلية تسجيل حالات متاجرة بأعضاء البشر في الجزائر، وقال في رده على أسئلة أعضاء مجلس الأمة حول ظاهرة اختطاف الأطفال وربطها بعمليات محتملة لتجارة الأعضاء، "إنني أنفي نفيا قاطعا الإدعاءات التي مفادها أن السبب من وراء اختطاف الأطفال هو المتاجرة بالأعضاء"، وأكد أن مصالح الأمن "لم تسجل ولو حالة واحدة من المتاجرة بالأعضاء سواء تعلق الأمر بالكبار أو الصغار"، وانتقد ما وصفه بتضخيم بعض وسائل الإعلام لعمليات الاختطاف "التي يتم تداولها بشيء من التهويل"، مؤكدا عدم تسجيل ارتفاع في نسبة عمليات الاختطاف، وأشار الوزير إلى أن مصالح الأمن سجلت وقوع 157 قضية اختطاف في الشهور العشرة الأولى من عام 2010 "عرفت جميعها نهاية سعيدة بفضل التدخل السريع لمصالح الأمن الذين وجدوا جميع الضحايا من دون أن يصيبهم مكروه".جريدة الأيام الجزائرية، بتاريخ 2011/04/23.

بحيث عددت تلك المادة الأفعال المشكلة لجريمة المتاجرة بالأشخاص وهي تجنيد ونقل والإختطاف الأشخاص وإستغلالهم في الدعارة والإستغلال الجنسي والتسول والرق. و أضافت نزع الأعضاء البشرية ضمن أوجه المتاجرة بالبشر[1]، وفي اعتقادنا فإن السبب يرجع إلى إستنباط المشرع التعريف الخاص بالإتجار بالبشر حرفيا من التعريف التي وضعته المادة 03 من البروتوكول الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المؤرخ في 15 نوفمبر 2000[2].كما تجدر الإشارة أيضا إلى المشرع جرم أيضا أعمال المتاجرة بمشتقات الجسم من خلال المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات، وهذا لإضفاء حماية جزائية كاملة لعناصر الجسم البشري وتكريس مبدأ خروج هذه العناصر عن التعاملات المالية.

وسوف نقوم بدراسة جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية من خلال أركانها من خلال المطلب الأول، ثم بعد ذلك إلى الجزاء المقرر لها وآليات مكافحتها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أركان الجريمة:

تشترط جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية لقيامها توافر الركن المادي الذي نتطرق إليه في الفرع الأول بالإضافة إلى الركن المعنوي الذي نتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الركن المادي

بقراءة المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، يتبين أن المشرع قسم السلوك المجرم إلى صورتين، أما الصورة الأولى جاءت بها الفقرة الأولى من المادة المتمثلة في الحصول من شخص على

---

[1]- تنص المادة 303 مكرر 4 من قانون العقوبات أنه:" يعد إتجارا بالأشخاص تجنيد أو نقل أو تنقيل أو إيواء أو إستقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو بإستعمال، أو غير ذلك من أشكال الإكراه أو الإختطاف أو الإحتيال أو الخداع أو إساءة إستعمال السلطة أو إستغلال حالة إستضافة أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الإستغلال، و يشمل الإستغلال إستغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الإستغلال الجنسي أو إستغلال الغير في التسول أو السخرة أو الخدمة كرها أو الإسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الإستعباد **أو نزع الأعضاء**.
يعاقب على الإتجار بالأشخاص بالحبس من ثلاثة سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1000.000 دج...".

[2]- و هو نفسه التعريف الذي جاء به القانون العربي الإسترشادي لمواجهة جرائم الإتجار بالأشخاص، المعتمد بمجلس وزراء العدل العرب في دورته 21 بالقرار رقم 601/د بتاريخ 2005/11/29.

عضو من أعضاءه مقابل منفعة مالية. أما الصورة الثانية هي الصورة جاءت بها الفقرة الثانية، والمتمثلة في التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص[1].

وسوف أتطرق إلى الصورتين التي جاءت بهما المادة، وأبدأ أولا بالصورة الأولى ثم ننتقل إلى الصورة الثانية.

الصورة الأولى: الحصول على عضو مقابل منفعة.

يتمثل السلوك الإجرامي بحسب الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 16 في الحصول من شخص على عضو من أعضاءه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، لذا فإن هذا الفعل ينقسم بدوره إلى قسمين، الأول يتمثل في الحصول على عضو من شخص، والثاني يتعلق بالمنعة التي يقدمها الجاني نظير حصوله على ذلك العضو.

أولا- الحصول على العضو.

تجدر الإشارة في البداية إلى أن المشرع إستعمل في الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، مصطلح **الحصول على عضو من الأعضاء** وليس **نزع عضو** مثلما فعل في المادة 303 مكرر 17 من نفس القانون التي جرم من خلالها نزع الأعضاء دون الحصول على الموافقة المسبقة[2]. فمصطلح نزع أو بتر العضو يقتضي بالضرورة إجراء تدخل طبي جراحي على جسم المجني عليه، يتم من خلاله نزع العضو وفصله عن الجسم. أما في ما يخص المصطلح الثاني و هو الحصول على العضو فإنه أكثر إتساعا إذ يقتضي عادة وجود إتفاق بين الجاني والمجني عليه بموجبه يلتزم هذا الأخير ببيع عضو من أعضاء جسه إلى هذا الأخير نظير منفعة يقدمها له، ولا يختلف الأمر إن كان العضو مستأصلا بالفعل أو سيتم إستئصاله مستقبلا ثم تأتي مرحلة نزع العضو لتنفيذ ذلك الإتفاق، ويكون ذلك عن طريق العمل الجراحي الذي يقوم به الطبيب.

---

[1]- كما أضاف المشرع الفرنسي للصورتين صورة ثالثة، وهي الصورة التي يحصل فيها الجاني على العضو بالطريقتين المذكورتين في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 511-2، حتى ولو كان العضو محل الجريمة مستورد من دولة أجنبية وهذا من أجل قطع الطريق أمام سماسرة تجارة الأعضاء العابرة للحدود الوطنية وتماشيا أيضا مع النصوص الواردة في قانون الصحة العمومية التي تنظم كيفية نقل الأعضاء و مشتقات الجسم من و إلى خارج التراب الفرنسي.

[2]- و هما نفس المصطلحين الذين جاء بهما النص الفرنسي للمادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 17 من قانون العقوبات:

Art. 303 bis 16 : « Quiconque, en contrepartie d'un avantage financier ou de tout autre avantage de quelque nature qu'il soit, **obtient d'une personne l'un de ses organes**, est puni d'un emprisonnement de trois (3) ans à dix (10) ans et d'une amende de 300.000 DA à 1.000.000 DA… »

Art. 303 bis 17 : « Est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans et d'une amende de 500.000 DA à 1.000.000 DA, quiconque **prélève un organe** sur une personne vivante sans obtenir le consentement conformément aux conditions prévues par la législation en vigueur… »

و من ناحية أخرى، يتبين أن المشرع عندما جرم فعل المتاجرة في مشتقات الجسم بموجب المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات، عاد وإستعمل مصطلح نزع الخلايا أو الأنسجة و لم يستعمل مصطلح الحصول على الخلايا أو الأنسجة كما فعل في جريمة المتاجرة بالأعضاء، إذ نصت المادة على أنه:" يعاقب كل من قام **بإنتزاع أنسجة** أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها"[1]. وعلى العموم فإن الحصول على عضو من أعضاء الجسم، يكون إما عن طريق الإتفاق المباشر بين الطبيب الجراح والضحية، وإما عن طريق الإتفاق بين المستفيد والضحية.

1- الحصول على العضو من قبل الطبيب:

في هذه الحالة يحصل الطبيب على العضو من المجني عليه مباشرة من أجل إعادة زرعه في جسم المستفيد فيتم الإتفاق عادة بين الطبيب والضحية، بحيث يسمح هذا الأخير للطبيب بأن يحصل على عضو من أعضاءه نظير منفعة يقدمها له فيقوم الطبيب بإجراء عملية الإستئصال، ثم يتم إعادة زرع العضو في جسم شخص ثاني وسواء تحصل الطبيب على منعة من المستفيد أم لا فإن الجريمة تقوم في حقه ولا يقتضي بالضرورة أن تكون هناك علاقة بين المجني عليه والمستفيد من العضو.

وإستنادا على ذلك يمكن متابعة الطبيب الجراح، على أساس جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية فضلا على جريمة نزع عضو من دون الحصول على الموافقة التي يشترطها القانون. لأن الموافقة في هذه الحالة تكون معيبة، وأن المجني عليه قبل بإجراء العلمية تحت ضغط وإكراه مادي وأن الطبيب إستغل تلك الحاجة المادية من أجل الحصول على العضو ، و يمكن أيضا متابعة المستفيد عن جريمة المتاجرة في الأعضاء إذا قدم منفعة للطبيب من جراء إستفادته من العضو طبقا للمادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات.

---

[1]- إستعمل المشرع مصطلح إنتزاع نسيج أوخلايا عندما جرم فعل نزع الأنسجة أو الخلايا أو تجميع مواد من الجسم دون الحصول على الموافقة المسبقة و كذا المتاجرة بالأنسجة البشرية من خلال المادتين 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 من قانون العقوبات، هو نفسه المصطلح المستعمل في النص الفرنسي:

Art. 303 bis 18 : « Quiconque, **procède à des prélèvements de tissus**, de cellules ou à la collecte de produits du corps humain, contre le paiement d'une somme d'argent ou l'offre de tout autre avantage de quelque nature qu.il soit, est puni d'une peine d'emprisonnement d.un (1) an à cinq (5) ans et d'une amende de 100.000 DA à 500.000 DA... »

Art. 303 bis 19 : « Quiconque **prélève un tissu** ou des cellules ou collecte un produit sur une personne vivante sans qu.elle ait exprimé son consentement prévu par la législation en vigueur, est puni d'un (1) an à cinq (5) ans d'emprisonnement et d'une amende de 100.000 DA à 500.000 DA… »

2- الحصول على العضو من المستفيد:

في هذه الحالة يحصل المستفيد على العضو مباشرة من المجني عليه، بحيث يتم الإتفاق بين الجاني والضحية وبموجبه يتمكن الجاني من الحصول على العضو في حين يحصل الضحية على المكافئة أو المنفعة المالية أو أية منعة أخرى يقدمها له الجاني نظير حصوله على العضو، كما يقوم الطبيب الجراح بإجراء علمية إقتطاع العضو وإعادة زرعه. وإستنادا على ذلك يمكن متابعة المستفيد على أساس جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية، طبقا للمادة 303 مكرر 16 فقرة أولى، في حين يتابع الطبيب الجراح على أساس جريمة نزع عضو من دون رضا صاحبه كون الرضا في هذه الحالة كان معيبا أيضا و مخالفا للشكليات المنصوص عليها قانونا[1].

3- الحصول على العضو من قبل الغير:

في هذه الحالة يتم الحصول على عضو من أعضاء المجني عليه من قبل شخص آخر غير المستفيد أو المريض، هذا الأخير الذي يقوم بإعادة بيعه إلى المستفيد من العضو، فيمكن في هذه الحالة متابعة الشخص الذي إتفق مباشرة مع الضحية على بيع العضو لصالحه على أساس جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية، كما يمكن متابعة المستفيد من العضو على أساس نفس التهمة.

غير أن التساؤل الذي يمكن طرحه من خلال قراءة المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، أن المشرع لم يوضح ما إذا كانت تطبيق المادة يقتصر على الحصول على الأعضاء أو الأنسجة من الضحايا الذين يكونون على قيد الحياة، أم تطبق أيضا على الجاني الذي يحصل على الأعضاء أو الأنسجة من جثث الموتى، كما هو الشأن بالنسبة إلى جريمة نزع عضو دون رضا صاحبه المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات؟

وفي اعتقادنا يمكن تطبيق أحكام تلك المادة بالنسبة إلى الأفعال التي تهدف إلى المتاجرة في جثث الموتى، و تبعا لذلك تقوم الجريمة في حق الشخص الذي يسمح بإنتزاع عضو أو خلايا من جثة أحد أقاربه بعد وفاته و يقبض مقابل ذلك مكافئة حتى و لم تم إتباع الشكليات التي نص عليها قانون حماية الصحة و ترقيتها، أو الشخص الذي يتفق مع المجني عليه على أن يسمح هذا الأخير بأخذ عضو من أعضاءه بعد الوفاة نظير حصوله على مكافئة أو مزية أو منفعة،لأن الهدف

[1]- المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات.

الذي إبتغاه المشرع من خلال تجريم الفعل هو إضفاء حماية الجزائية لبدأ المجانية أي خروج أعضاء الجسم على التعاملات المالية و حصانة الجسم سواء كان صاحبه ميتا أو على قيد الحياة.

ثانيا– المنفعة المتحصل عليها.

نشير في هذه المسألة إلى تحديد المقصود بالمنفعة بحسب ما جاء في النص الجزائي أولا، ثم نتطرق بعدها إلى مسألة التعويضات التي يمكن أن يتلقاها المتبرع بالعضو وتأثيرها في قيام الجريمة.

1– المقصود بالمنفعة:

بالرجوع إلى نص المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، يتبين أن المشرع قد إستعمل عبارة واسعة عندما تطرق إلى المنفعة التي يمكن أن يمنحها المتهم للضحية لقاء حصوله على عضو من أعضائه، بحيث جاء في المادة أنه:" كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه **مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها**".

وتطبيقا لذلك يمكن أن تكون المنفعة التي يتحصل عليها الضحية منفعة مالية، و تشمل بذلك كل الأشياء المادية التي يمكن تقويمها بمال مثل النقود و المجوهرات و المعادن الثمينة و العقارات والمنقولات ذات القيمة المالية، و يمكن أن تكون المنافع أشياء أخرى كالمخدرات بحيث يستغل الجاني مثلا إدمان المجني عليه على تناول المخدرات فيتعهد بأن يضمن له سد حاجياته من هذه المادة وتزويده بها نظير حصوله على عضو من أعضاءه. كما تشمل المنافع المكافئات والخدمات مثل التسهيل للضحية الحصول على وظيفة أو عمل أو أية فائدة أو مزية أخرى سواء كانت مادية أو معنوية.

و لا تكاد تخلو تشريعات نقل وزراعة الأعضاء في مختلف دول العالم، وكذا التوصيات والقرارات الصادرة عن المنظمات والهيئات الدولية ذات الصلة، التأكيد على ضرورة أن تكون عمليات نقل الأعضاء مرتبطة بالعمل الخيري النبيل، مما يستتبع مجانية هذه العملية وعدم مشروعية وجود أي مقابل مادي لقاء العضو المتبرع به مما يحقق ضمانة وحماية لجسم المانح[1].

[1] -Voir par exemple, La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la biomédecine, Conseil de l'Europe, Oviedo, 4 Avril1997.Et le protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, Conseil de l'Europe, 24 janvier 2002.

وعلى العكس من ذلك فإن وجود المقابل المادي لقاء التنازل عن أحد الأعضاء يعد أمرا منافيا للمبادئ الأخلاقية. فمن ناحية يقتضي الحفاظ على كرمة الإنسان وحرمة كيانه الجسدي، أن يظل ذلك الكيان محتفظا بكافة أجزاءه ومكوناته بمنأى عن أي تعامل مالي، بحيث يجب إحاطته دائما بقدسية تجعله غير قابل لأن يكون محلا للحقوق والتصرفات المالية، وإلا عد جسم الإنسان سلعة مقومة بمال يمكن تداولها لمن يدفع أكثر، الأمر الذي يضيق من نطاق الحماية الواجبة توافرها لضمان سلامة وتكامل الجسم. وكذلك فإن وجود المقابل المادي يخرج عمليات نقل وزرع الأعضاء عن دائرة التضامن، التي تتسم بها فيصبح هدفها تحقيق الربح المادي. كما تصبح الصفقات التجارية هي الفيصل في قبول الحصول على عضو من الجسد ولا سلطان على الشخص بعد ذلك في إتخاذ قراره بالتنازل عن أحد أعضاءه، سوى مدى احتياجه المادي والذي سوف يشكل دائما الباعث لقبول بيع جزء من جسده لسد إحتياجاته، الأمر الذي سوف يقضي حتما إلى انحسار نطاق الحماية الجزائية عن طائفة الفقراء من الناس التي تصبح أجسادهم محلا لإستثمار سماسرة تجار الأعضاء، والأثرياء من المرضى الذين يحتاجون إلى إجراء عمليات زراعة أعضاء، بحيث يصبح هذا العضو بالنسبة للمشتري والبائع هو الفرصة الأخيرة أو السلعة التي تحقق هدفه الأساسي[1].

2- تعويض المتبرع و تأثيره على قيام الجريمة:

لقد جاءت المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات بمفهوم واسع للمنفعة التي يمكن أن يتحصل عليها الضحية جراء تنازله عن عضو من أعضاء جسمه، مما يطرح التساؤل حول إمكانية إعطاء المتبرع تعويضات جراء العملية؟

لقد إنقسم الفقه حول هذه المسألة إلى رأيين:

يرى البعض أن تحقق المجانية لا يتأتي إلا بإنعدام المقابل المادي تماما أيا كانت صورته، وبالتالي فإن النص الجزائي ينطبق على الشخص الذي يقوم بدفع مبلغ من المال أو يمنح مكافئة، أو مزية للمتبرع مهما كانت طبيعتها حتى لو كانت في شكل تعويضات للمجني عليه[2].

في حين يرى جانب آخر أن هناك حد أدنى من التعويض المادي أو النفسي لا بد من توافره، وأن هذا التعويض تقتضيه مبادئ العدالة. وتبعا لذلك لا يجب إعتبار مثل هذا التعويض بمثابة الثمن المدفوع مقابل العضو المتروع، ولا يمكن تطبيق النص الجزائي على المستفيد الذي يقوم

---

[1]- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 154.
[2]- إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 151.

بتعويض المتبرع على هذا النحو، لأن الغرض الأساسي من وجود النص هو محاربة التاجرة في الأعضاء البشرية، وأن تلك التعويضات ليست بمثابة متاجرة في الأعضاء وإنما لها جانب إنساني[1].

غير أنه بالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها، يتبين أن المشرع لم يتطرق إلى هذه المسألة ما عدى المادة 161 التي منعت أن تكون عمليات نقل وزرع الأعضاء أو الأنسجة البشرية موضوع معاملة مالية، وهذا عكس قانون الصحة العامة الفرنسي، نص صراحة في المادة L. 1211-4 على أن مصاريف إنتزاع العضو من المتبرع تكون فقط على عاتق المؤسسة الإستشفائية التي تم إجراء العملية الجراحية فيها[2]. كما نصت المادة L. 1231-1 B من نفس القانون على ضرورة مراعاة مبادئ العدالة في تعويض المتبرع، ومن جهة أخرى حظر المشرع الفرنسي على الأطباء والممارسين لهذه العمليات تقاضي أجر مهما كان نوعه، مقابل قيامهم بعمليتي النقل أو الزرع، وذلك لقطع أي شبهة تحوم حول الإتجار بالأعضاء داخل المستشفيات[3]. أما في ما يخص التشريع الجزائري، فإنه يتعين الفصل في تلك المسألة لا سيما بعد صدور النصوص الجزائية التي تجرم المتاجرة بالأعضاء البشرية، وذلك بوضع القواعد القانونية التي تضبط تلك المسألة بتحديد ما إذا كان هذا العمل مباحا من الناحية القانونية و تحديد الشروط القانونية الواجب إتباعها.

الصورة الثانية: التوسط في المتاجرة بالأعضاء:

لم يكتف المشرع بتجريم فعل الحصول من شخص على عضو من أعضاء نظير مكافئة أو منفعة، وإنما وسع من مجال التجريم حتى يشمل جميع الأعمال التي تدخل في نطاق المتاجرة بالأعضاء البشرية، ومن بينها أعمال الوساطة قصد الحصول على عضو، والهدف الذي يصبوا المشرع إلى تحقيقه هو سد جميع الثغرات أمام سماسرة متاجرة الأعضاء الذين يتوسطون في عمليات البيع والشراء، سواء كانوا أفرادا أو جماعات إجرامية منظمة أو مؤسسات.

وقد وردت هذه الصورة بالفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات التي تنص على أنه:" تطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على

---

[1]- منهد صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 150.

[2] - *Art L. 1211-4, CSP* : « …Les frais afférents au prélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte... »

[3] - *Art. L. 1231-1 B, CSP :* «Les règles de répartition et d'attribution des greffons doivent respecter le principe d'équité. »

عضو من جسم شخص". غير أن مفهوم الوساطة في المتاجرة بالأعضاء البشرية التي جاءت به المادة قد يختلط بمفهوم آخر نص عليه المشرع في القواعد العامة لقانون العقوبة، ألا وهو مفهوم الشريك في الجريمة.

لذا سوف نتعرض أولا إلى أعمال الوساطة في المتاجرة بالأعضاء، ثم إلى التفرقة بين الوسيط والشريك على النحو التالي:

أولا- أعمال الوساطة.

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، يتبين أن المشرع إشترط أن يكون الهدف من عملية التوسط في المتاجرة بالأعضاء هو التشجيع أو التسهيل من أجل الحصول على عضو من جسم شخص، ويتطلب ذلك أن يقوم الجاني بعمل إيجابي. و من جانب آخر حصر المشرع هذا العمل في صورتين و هما التشجيع أو التسهيل قصد الحصول على العضو.

أما فيما يخص أعمال التشجيع فقد تكون مادية وقد تكون معنوية، ومثال ذلك تحريض المجني عليه أو إقناعه على القيام بعملية نقل العضو لصالح المستفيد وإفادته بالمعومات اللازمة عن المزايا التي يمكن أن يستفيد منها جراء التنازل عن العضو، والتوسط بين المستفيد والضحية من أجل تمكين هذا الأخير من شراء العضو، وقد تكون من أعمال الدعاية في وسائل الإعلام المختلفة مثل الجرائد والمواقع الإلكترونية والمجلات.

و فيما يخص الأعمال المسهلة في الحصول على العضو، فغالبا ما تكون هذه الأخيرة من الأعمال المادية تتمثل في توفير الوسائل أو الهياكل الصحية التي يتم بها العملية الجراحية[1]، كما تشمل أيضا نقل الأشخاص من بلدانهم الأصلية إلى بلدان أخرى، تتم فيها عمليات النقل بصورة غير مشروعة وأعمال البحث عن الأشخاص المتسولين أو الأطفال أو المجانين أو العاجزين وإختطافهم من أجل نزع أعضاءهم وبيعها بطريقة غير مشروعة. كما تشمل أيضا العديد من الأفعال التي لا يمكن حصرها، وفي جميع الأحوال لا يهم إن كان الضحية الذي تم نزع العضو منه شخصا على قيد الحياة أو جثة، و لا يشترط أيضا وجود علاقة مباشرة بين المجني عليه أو أسرته والمستفيد.

[1]- سوزي عدلي ناشد، المرجع السابق، ص 187.

ونشير أيضا أعمال الوساطة لا تقتضي تقديم المنفعة بصفة مباشرة من المستفيد إلى الضحية، و لا يعتد لقيام الجريمة بموافقة المجني عليه عن إجراء العملية سواء قبل هذا الأخير بالعملية أن لم يقبل، و من أهم صور الوساطة في مجال المتاجرة في الأعضاء، الأعمال تتم عن طريق الجماعات الإجرامية المنظمة وكذا الأعمال المرتكبة من قبل المؤسسات الصحية، إضافة إلى أعمال الوساطة التي تتم عن طريق وسائل الإعلام.

1- الأعمال المرتكبة عن طريق الجماعات الإجرامية المنظمة:

تدخل جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية عادة ضمن مفهوم الجرائم المنظمة العابرة للحدود الوطنية، بحيث تقوم العصابات التي تحترف الإجرام في هذا المجال بأعمال الوساطة بين المرضى الأثرياء الذين هم بحاجة إلى عملية زرع الأعضاء، وبين الضحايا الذين يعانون من المشاكل الإقتصادية والإجتماعية في بلدانهم الفقيرة[1]. و ذلك بالنظر إلى صعوبة الحصول على الأعضاء البشرية بطريق التبرع، فقد ذهبت العصابات المنظمة إلى خطف الأشخاص وقتلهم ومن ثم بيع أعضاء أجسامهم.

و بالرجوع إلى من إتفاقية باليرمو لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية يتبين أن هذه الأخيرة عرفت الجماعة المنظمة من خلال المادة الثانية "أ" بأنها:" جماعة محددة البنية مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر موجودة لفترة من الزمن، وتقوم معا بفعل مدبر بهدف إرتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة المقررة وفقا لهذه الإتفاقية، من أجل الحصول بشكل مباشر أو بغير مباشر من منفعة مالية أو مادية أخرى". كما حددت الفقرة "ب" من المادة المقصود بالجريمة الخطيرة على أنها:" سلوك يمثل جرما يعاقب عليه بالحرمان من الحرية لمدة قصوى لا تقل عن أربعة سنوات أو عقوبة أشد"[2]، وتستغل الجماعات التي تحترف الإجرام المنظم، الظروف التي يعيشها الضحايا من أجل إجبارهم على بيع أعضائهم للأغنياء مقابل حصولها على عمولات. وتعتبر أعمال الوساطة المحور الأساسي لنشاطها ومصدر دخلها الذي يدر عليها أموالا طائلة. ولعل أكثر الطرق شيوعا في الوساطة التي تستعملها الجماعة الإجرامية المنظمة هي الوعود الكاذبة، والخداع وإيهام الضحايا في الحصول على مكافئات وفرص التعليم وإستغلال حاجة الناس إلى المال، كما تلجئ أيضا إلى إستغلال المهاجرين بشكل سري لإستخدامهم كقطع غيار بشرية. كما تقوم أيضا بشراء الأطفال

---

[1]- عبد القادر الشيخلي، المرجع السابق، ص 109 وما يليها.

[2]- جهاد محمد البرايزات ، الجريمة المنظمة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الطبعة الثانية 2010، ص 36.

من أسرهم الفقيرة والإختطاف إلى غير ذلك من الأعمال. وأن جميعها يعد تهديدا كبيرا على كيان المجتمع وإستقراره لأنها تستهدف الفئات المستضعفة مثل الأطفال والمتشردين والمرضى المصابين بإعاقات ذهنية والمهاجرين السريين إلى غير ذلك من الفئات الأخرى، لذا فإن المشرع شدد من وصف الجريمة إذا ارتكبت هذه الأخير من طرف أكثر من شخص أو إرتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية من جنحة إلى جنائية[1].

و نشير أيضا إلى أن المشرع، يعاقب العصابة التي تحترف هذا النوع من الإجرام بجريمة تكوين جمعية أشرار، وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 176 من قانون العقوبات، و التي عرفت جمعية الأشرار على أنها:" كل جمعية أو إتفاق مهما كانت مدته وعدد أعضاءه تشكل أو تؤلف بغرض الإعداد لجناية أو أكثر أو لجنحة أو أكثر معاقب عليها بخمس سنوات حبس على الأقل، ضد الأشخاص أو الأملاك تكون جمعية أشرار وتقوم هذه الجريمة بمجرد التصميم المشترك على القيام بالفعل هذا". وقد جرم القانون الإشتراك في الجمعية من خلال المادة 177 مكرر التي تنص على أنه:" دون الإخلال بأحكام المادة 42 من هذا القانون، يعد إشتراكا في جمعية الأشرار المنصوص عليها في هذا القسم كل إتفاق بين شخصين أو أكثر لإرتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 176 من هذا القانون بغرض الحصول على منفعة مالية أو مادية أخرى، قيام الشخص عن علم بهدف جمعية الأشرار أو بعزمها على إرتكاب جرائم معينة بدور فاعل في نشاط جمعية الأشرار، وفي أنشطة أخرى تضطلع بها هذه الجماعة مع علمه أن مشاركته ستساهم في تحقيق الهدف الإجرامي للجماعة تنظيم إرتكاب جريمة من قبل جمعية الأشرار أو الإيعاز بارتكاب تلك الجريمة أو المساعدة أو التحريض عليه أو تيسيره أو إبداء المشورة بشأنه"[2].

2- الأعمال المرتكبة من قبل المؤسسات الإستشفائية الخاصة:

ترتبط جرائم المتاجرة بالأعضاء البشرية بشكل مباشر بالعمل الطبي والجراحي، فالهدف الذي يصبوا إليه الشخص الذي يقوم بشراء العضو أو نزعه من الضحية قصرا هو زرع ذلك

---

[1]- المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات.

[2]- قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 2008/03/19 أنه:" تقتضي جريمة تكوين جمعية أشرار توفر ركنين أساسيين يتعين إبرازهما في السؤال المتعلق بهذه الجريمة وهما: الإتفاق المشترك بين شخصين أو أكثر، والغرض من هذا الإتفاق وهو إرتكاب الجنايات ضد الأشخاص والممتلكات"؛ قرار الغرفة الجنائية تحت رقم 5006456، م ق 2008، عدد 2، ص 353.
و تعاقب المادة 177 من قانون العقوبات، على الإشتراك في جمعية أشرار بالسجن المؤقت من خمسة إلى عشرة سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا تم الإعداد لارتكاب جنايات، وتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمسة سنوات و الغرامة من 100.000 دج إلى 1.000.000 دج إذا تم الإعداد لإرتكاب جنح. ويعاقب المنظم إلى جمعية الأشرار أو من يباشر فيها أية قيادة كانت بالسجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

العضو في جسم إنسان آخر بحاجة إليه، و تحتاج عمليات نقل و زرع الأعضاء إلى وسائل طبية متطورة وهياكل صحية تجرى فيها العملية. وبالتالي يستحيل على الأشخاص الذي يتاجرون في الأعضاء البشرية أن يباشروا نشاطهم الإجرامي دون الإستعانة بأطباء مختصين وكذا هياكل صحية متطورة، وعادة ما يستعين مرتكبوا الجرائم بعيادات خاصة لتسهيل المهمة هذه الأخير التي تمارس نشاطها في الخفاء بعيدا عن أعين رقابة مصالح الأمن بالتواطؤ مع العصابات الإجرامية، ويتمثل النشاط الرئيس لها في تنفيذ الأعمال الطبية لا سيما نقل الأعضاء من الضحايا وكذا زرعها لصالح المستفيدين منها.

وهذا ما يفسر إشتراط التشريعات التي وضعت نظاما قانونيا لعمليات نقل وزرع الأعضاء، أن تجرى العملية داخل مؤسسات إستشفائية تابعة للقطاع العمومي أو مرخص لها فقط .كما وضعت من جانب آخر، لجان تقنية وإدارية على مستوى المستشفيات مكلفة بمهمة الرقابة وذلك لتجنب أي انحراف من شأنه أن يؤدي إلى المتاجرة بالأعضاء. وتطبيقا لذلك، نصت المادة 167 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة". إلا أن المشرع لم يغتنم فرصة إستحداثه للجرائم المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء، بموجب التعديلات الأخيرة لوضع نص خاص يعاقب على مخالفة ذلك الشرط بعقوبات جزائية[1]. وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي وضع أحكام خاصة بهذا المجال، إذ نصت المادة 511-7 من قانون العقوبات الفرنسي على معاقبة كل من قام بعملية نقل أو زرع أعضاء أو خلايا أو أنسجة بشرية أو الإحتفاظ بها في مؤسسات إستشفائية غير مرخص لها، و بذلك يعد مرتكبا للجريمة الطبيب الذي يقوم بإجراء عملية نقل أو زرع عضو أو الإحتفاظ به بمؤسسة إستشفائية غير مرخصة، حتى ولو لم يكن الغرض من ذلك المتاجرة بالأعضاء و برضا المتبرع[2].

---

[1]- بالرغم من ذلك فمن الصعب حسب التشريع الجزائري، أن نتصور حصول الطبيب على موافقة المتبرع وفقا للشروط القانونية إذا تم إجراء العلمية في مؤسسات إستشفائية خاصة، سواء كان المتبرع على قيد الحياة أو متوفى، لأن المشرع لم يمنح الترخيص لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء إلا لمؤسسات إستشفائية عمومية . فبالنسبة إلى الأشخاص الأحياء مثلا فإن الموافقة تتطلب في كل الأحوال شكليات معينة مثل الكتابة وإيداع الوثيقة عند مدير المؤسسة المرخص لها والطبيب رئيس المصلحة، أما الإنتزاع من الجثث فإنها تتطلب كذلك إثبات حالة الوفاة من قبل طبيبين عضوين في اللجنة التي تشكل على مستوى تلك الهيئات والتي تقرر أيضا ضرورة إجراء العملية، لذا فإن جريمة نزع عضو دون موافقة صاحبه تكون قائمة في كل الأحوال في حق الطبيب الذي يقوم بإجراء العملية في مؤسسة إستشفائية غير مرخص لها حتى و لو توافرت الشروط الموضوعية لرضا المتبرع أو أسرته طبقا للمادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات.

[2]- *Art 511-7 CP* : « Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des greffes d'organes, à des prélèvements de tissus ou de cellules, à des greffes de tissus ou à des administrations de préparations de thérapie cellulaire, à la conservation ou à la transformation de tissus ou de préparations de thérapie

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري يتبين أن المادة 303 مكرر 26 من قانون العقوبات، أقرت بمسؤولية الشخص المعنوي عن جرائم المتاجرة في الأعضاء ومن بينها أعمال الوساطة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 16 فقرة ثانية من نفس القانون.

ومن أجل معرفة إمكانية تطبيق ذلك النص على المؤسسات الإستشفائية الخاصة يتعين الإشارة أولا إلى التنظيم القانوني لها، ثم إلى المسؤولية الجزائية.

أ- الإطار القانوني للمؤسسات الإستشفائية الخاصة:

لقد نظم قانون حماية الصحة وترقيتها، النشاط الصحي الممارس من قبل المؤسسات الإستشفائية والعيادات الطبية التابعة للقطاع الخاص من خلال المواد 208 وما يليها[1]. وقد نصت المادة 208 المذكورة على أنه:"يتكفل بالأنشطة الصحية الممارسة للحساب الخاص في مؤسسات إستشفائية وعيادات الفحص والعلاج و عيادات طب الأسنان والصيدليات ومخابر التحاليل الطبية والبصريات الطبية والنظرات والضمادات الطبية". كما تطرقت المادة 208 مكرر من قانون حماية الصحة وترقيتها، إلى ممارسة الأنشطة الطبية والجراحية من قبل المؤسسات الإستشفائية الخاصة بنصها على أن:" المؤسسات الإستشفائية الخاصة هي مؤسسات علاج وإستشفاء تمارس فيها أنشطة الطب والجراحة بما فيها طب الأسنان والتوليد وأنشطة الإستكشاف". و أضافت الفقرة الثانية من المادة على أنه:" يمكن إستغلال المؤسسات الإستشفائية الخاصة من قبل المؤسسات ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة أو من قبل الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة والتعاضديات والجمعيات"[2]. وإشترطت الفقرة الثالثة من المادة أنه:" في كل الحالات يجب أن تتوافر المؤسسات الإستشفائية الخاصة على مدير تقني طبيب" ،كما أحالت الفقرة الأخيرة كيفيات تطبيق المادة عن طريق التنظيم.

=cellulaire dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 1233-1, L. 1234-2, L. 1242-1, L. 1243-2 ou L. 1243-6 du code de la santé publique, ou après le retrait ou la suspension de cette autorisation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende ».

[1]- معدلة بالأمر 07/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006.

[2]- يتبين من خلال المادة 208 مكرر من قانون حماية الصحة وترقيتها، أنه وقع تكرار فيما ما يخص تعداد الشركات التي بإمكانها إستغلال المؤسسات الإستشفائية الخاصة بحيث ذكر المشرع الشركة ذات المسؤولية المحدودة مرتين، كما سمى هذه الأخيرة **مؤسسة** في المرة الأولى ثم سماها في المرة الثانية **شركة**، إذ جاء في النص على أنه:" يمكن إستغلال المؤسسات الإستشفائية الخاصة من قبل المؤسسات ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة...". ثم ذكر بعدها مباشرة الشركات ذات المسؤولية المحدودة، فكان من الممكن ذكر المؤسسات ذات الشخص الوحيد لوحدها في النص بحكم أن هذه الأخير لا تحتوي على شركاء متعددين ثم يذكر الشركات ذات المسؤولية المحدودة.

و تبعا لذلك يمكن الإستنتاج أن المشرع أجاز إستغلال المؤسسات الإستشفائية الخاصة من طرف **شركات** أو جمعيات أوتعاضديات، و بالرجوع إلى أحكام القانون التجاري فإن الشركات التي أوعز لها المشرع إستغلال المؤسسات الإستشفائية الخاصة هي شركات تجارية. وقد نظم القانون التجاري تلك الشركات ضمن كتابه الخامس تحت عنوان **"الشركات التجارية"**، و نصت المادة 03 منه أن: "الشركات التجارية هي من بين الأعمال التجارية بحسب الشكل"، و أضافت المادة 544 من نفس القانون أنه:" يحدد الطابع التجاري للشركة إما بشكلها أو موضوعها...". وبصفة عامة فإن الغرض الرئيسي للنشاط الذي تقوم به الشركات التي ذكرتها المادة 208 مكرر المذكورة أعلاه، هو تحقيق الربح وهو ما يتعارض حسب إعتقادنا مع القواعد العامة للممارسات الطبية التي لا يجب أن يكون الغرض منها تجاري، لأن محل تلك الممارسات جسم الإنسان الذي يتمتع بحصانة خاصة. وهو ما أكدت عليه المادة 20 من مدونة أخلاقيات الطب التي متعنت أن تمارس مهنة الطب ممارسة تجارية[1]. لذا كان من الأفضل على المشرع، أن يخول إستغلال تلك المؤسسات إلى شركات مدنية أو جمعيات لا تهدف إلى تحقيق الربح لإبعاد أية شبهة حول نشاطها، خاصة في ظل إنتشار الأعمال الطبية غير المشروعة.

ب- المسؤولية الجزائية للمؤسسات الإستشفائية الخاصة:

لقد أخذ المشرع بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، بموجب القانون 04-15 المؤرخ في 10 أكتوبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات[2]، تماشيا مع الإتجاهات الحديثة للمسؤولية الجزائية. و قد نصت المادة 51 مكرر على أنه:"يكون الشخص المعنوي مسؤولا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك". إلا أن المادة حصرت مجال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على الأشخاص المعنوية التي يحكمها القانون الخاص مستثنيتا منها الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام[3].

---

[1]- ومن جانبها نصت المادة 27 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب أنه:" يمنع على الطبيب أو جراح الأسنان إجراء فحوص طبية في المحلات التجارية وفي أي محل تباع فيه مواد وأجهزة أو أدوية" ، كما نصت المادة 29 من نفس المرسوم على أنه:" يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من ممارسة مهنة أخرى تمكنه من جني أرباح عن وصفاته أو نصائحه الطبية".

[2]- القانون 04-15 المؤرخ في 2004/10/10 المعدل و المتمم لقانون العقوبات، (ج.ر 71) بتاريخ 2004/11/10.
وأقر قانون حماية الصحة وترقيتها بمسؤولية الشخص المعنوي في التعديل الذي طرأ عليه بموجب القانون 13/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 ،فقد نصت المادة 265 مكرر 6 على أنه:" يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى المخالفات المذكورة أعلاه بغرامة تساوي خمس مرات الحد الأقصى المنصوص عليه بالنسبة للشخص الطبيعي.

[3]- أحسن بوسعقية، الوجيزفي القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص208 وما يليها.

وتبعا لذلك لا يمكن متابعة المؤسسات الإستشفائية العمومية التي تجرى فيها عمليات نقل وزرع الأعضاء جزائيا، لأنها مؤسسات عمومية ذات طابع إداري. وخلافا لذلك بالإمكان مسائلة المؤسسات الإستشفائية الخاصة التي تمارس أعمال الوساطة والمتاجرة في الأعضاء البشرية جزائيا، على جرائم المتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية سواء كانت منظمة في شكل شركات تجارية أو شركات مدنية أو جمعيات أيا كان هدفها، لأن المادة 303 مكرر 26 من قانون العقوبات نصت صراحة على إمكانية مسائلة الشخص الذي يرتكب جرائم المتاجرة بالأعضاء بشرط أن تكون العائدات الإجرامية لحساب الشخص المعنوي، وأن ترتكب الأفعال من طرف أجهزته أو ممثليه. ويقصد بهيئات الشخص المعنوي الرئيس أو المدير العام أو المسير أو مجلس الإدارة أو الجمعية العامة أو الأعضاء. أما في ما يخص الممثلين القانونين الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بسلطة التصرف بإسم الشخص المعنوي، سواء كانت هذه السلطة قانونية أو بحكم قانون المؤسسة. كما أن قيام مسؤولية الشخص المعنوي لا تحول دون قيام مسؤولية الشخص الطبيعي، وإن كان العمل الإجرامي الذي قام به هذا الأخير لصالح الشخص المعنوي. وإستنادا على ذلك يمكن متابعة مسيري المؤسسات الإستشفائية الخاصة التي تقوم بأعمال نقل وزرع الأعضاء لأغرض تجارية، على أساس جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية طبقا للمادة 303 مكرر 16 فقرة أولى من قانون العقوبات، إن كانت المؤسسة نفسها من حصلت على العضو ودفعت المقابل للضحية أو على أساس الفقرة الثانية إذا قامت تلك المؤسسة بالتوسط من أجل تسهيل إرتكاب الجريمة فقط، وذلك بتوفير الهياكل الصحية والأدوات الجراحية والعنصر البشري لصالح أشخاص آخرين مقابل إقتسام الأرباح، و يمكن أيضا متابعة الطاقم الطبي الذي أشرف على العملية من أطباء جراحين وأطباء التخدير وممرضين ومساعدين أيضا، على أساس جريمة نزع عضو دون الحصول على موافقة صاحبه طبقا للمادة 303 مكرر 17 من نفس القانون.

3- الأعمال المرتكبة من قبل وسائل الإعلام:

من بين أعمال الوساطة في المتاجرة بالأعضاء البشرية المنتشرة بكثرة تلك التي تتم عن طريق وسائل الإعلام بمختلف أشكالها، فقد يحدث مثلا أن تقوم جريدة يومية بنشر إعلان مفاده أن أحد الأشخاص يود بيع كليته أو قرينته، وتعرض من جهة أخرى وساطتها للشخص الذي يريد أن يحصل على ذلك العضو نظير منفعة، و قد يكون الإعلان لفائدة المريض أو المستفيد نفسه، فتقوم الجريدة بنشر إعلان رغبته في الحصول على عضو معين في حاجة إليه، ويتعهد من خلال المقال أن

يدفع مكافأة مالية مجزية لمن يتقدم بالتبرع له بالعضو المطلوب، فتكون تلك الأفعال جميعها معاقب عليها بنص المادة 303 مكرر 16 فقرة ثانية من قانون العقوبات، لأنها تعد من الأعمال المسهلة أو المشجعة على المتاجرة بالأعضاء البشرية.

وبصفة عامة تدخل ضمن أعمال الوساطة المعاقب عليها قانونا جميع الإعلانات التجارية والإشهار، المتضمنة دعوى أو عرض لبيع الأعضاء البشرية وكذا نشر وتوزيع مثل هذه الإعلانات ولا يشترط لتحقيق الجريمة توافر شكل معين في الإعلان، فقد ينشر عن طريق وسائل الإعلام المرئية أو المسموعة أو المكتوبة أو عن طريق وسيلة إلكترونية أو معلوماتية، وقد ينشر الإعلان في الصحف والمجلات أو في ملصقات توضع على الجدران أو في العيادات الخاصة[1]، أو في محطات وسائل النقل العام أو حتى بتوزيع منشورات مطبوعة في الطريق.

ولا يشترط فيمن يوجه إليهم الإعلان صفة معينة، فقد يوجه للعامة أو طائفة معينة من الأفراد أو فرد واحد معين. وبحسب المواد 41 و42 و43 من القانون 90-07 المؤرخ في 03 أبريل 1990 المتعلق بالإعلام[2]، يمكن مسائلة كل من المدير وكاتب المقال أو الخبر جزائيا عن المقال الذي ينشر في نشرية أو دورية أو أي خبر يبث بواسطة الوسائل السمعية البصرية .كما يمكن مسائلة مؤسسة الطباعة والنشر التي تصدر عنها المجلة أو الدورية عن تلك الجريمة بصفتها شخصا معنويا، طبقا للمادة 303 مكرر 26 من قانون العقوبات إذا توافرت الشروط الأخرى للمتابعة الجزائية التي سبق الطرق إليها أعلاه.

غير أن أعمال الوساطة في المتاجرة بالأعضاء البشرية، التي ترتكب على هذا النحو عادة ما تتم عن طريق وسائل الإتصال الحديثة مثل الإنترنيت، بحيث تعرض الشبكات الإجرامية وساطتها عن طريق الشبكة المعلوماتية[3]، ويتم اللجوء إلى هذه الوسائل لعدّة إعتبارات أهمها، أن المواقع التي يتم فيها نشر تلك الإعلانات لا تكون خاضعة لرقابة الأجهزة الأمنية للدولة لأنها تبث بطريقة غير

---

[1]- تنص المادة 20 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه:" يجب أن لا تمارس مهنة الطب وجراحة الأسنان ممارسة تجارية، وعليه يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بتجميع أساليب الإشهار المباشرة وغير المباشرة". ومن جانبه نظم قانون حماية الصحة وترقيتها، الإعلام الطبي والعلمي والإشهار في المواد 194 وما يليها، كما وضع أحكاما جزائية تعاقب على خرق تلك الأحكام. وهكذا نصت المادة 264 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يخالف الأحكام المتعلقة بالإعلام الخاص بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعلمة في الطب البشري". كما نصت المادة 265 من نفس القانون على أنه :"يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يخالف الأحكام المتعلقة بالإشهار الخاص بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري".

[2]- قانون 90-07 مؤرخ في 1990/04/03 يتعلق بالإعلام، (ج.ر 14) بتاريخ 1990/04/04.

[3]- أنظر، القانون 04/09 المؤرخ في 2009/08/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال و مكافحتها، (ج.ر 47) بتاريخ 2009/08/16.

شرعية من دول أخرى، ومن جانب آخر تطرح الجرائم الإلكترونية مشاكل من الناحية القانونية فيما يخص القانون الواجب التطبيق والإختصاص القضائي وكذا مسؤولية مقدمي الخدمات على الإنترنيت[1].

ثانيا- الفرق بين الوسيط و الشريك في جريمة المتاجرة بالأعضاء.

سبقت الإشارة إلى أن المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، جرمت فعل الحصول على عضو من شخص مقابل منفعة مالية، كما جرمت من جانب آخر أعمال التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم الإنسان. غير أن أعمال الوساطة التي تحدثت عنها المادة 303 مكرر 16 قد تختلط بمفهوم آخر وهو مفهوم الشريك في الجريمة المنصوص عليها في 42 من قانون العقوبات، وأن التفرقة بين المفهومين له أهمية قانونية من حيث كيفية توزيع المسؤولية الجزائية والعقوبة على المساهمين في الجريمة.

ومن أجل تبيان تلك التفرقة، لا بد أن نشير أولا إلى مفهوم الشريك في الجريمة، ثم أتطرق ثانيا إلى أوجه التفرقة بين الشريك الوسيط في وأهمية تلك التفرقة.

1- الشريك في الجريمة:

الإشتراك في الجريمة هو شكل من أشكال المساهمة الجزائية[2]، وبحسب المادة 42 من قانون العقوبات فإن الشريك في الجريمة هو:" الشخص الذي لم يساهم مساهمة مباشرة ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على إرتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع عمله بذلك"، وتبعا لذلك لا يساهم الشريك مساهمة مباشرة في إرتكاب الجريمة وإنما يساهم فيها بصفة عرضية أو ثانوية.

---

[1]- E. De Marco, *Le Droit Pénal Applicable sur Internet*, Mémoire de D.E.A, Montpellier 1998.p 32.

[2]- فرق قانون العقوبات بين الفاعل الأصلي للجريمة وبين الشريك، ويشمل مفهوم الفاعل الأصلي للجريمة الفاعل المادي و هو الشخص الذي يساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة كما يشمل أيضا الفاعل المعنوي وهو المحرض و كذا الشخص الذي يحمل غيره على إرتكاب الجريمة أو الشخص الذي يحمل شخص آخر غير معاقب على إرتكاب الجريمة. المواد 41، 42، 43، 44، 45، 46 من قانون العقوبات. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 1990/05/22 أنه:" قد تقع الجريمة من شخص واحد فيسمى فاعلا أصليا لها وقد تقع من عدّة أشخاص يساهمون جميعا وبصفة مباشرة في إقترافها، فيعتبر كل واحد منهم فاعلا لها مع غيره وقد يساهم الجناة في تحقيق الجريمة فيقوم بعضهم بدور أساسي في إنجازها وذلك بإرتكاب الفعل المادي لها بينما يقوم الآخرون بأعمال ثانوية فحسب، ويساهمون بصفة غير مباشرة في تحقيقها فيعتبر الأولون فاعلين مع غيرهم والآخرون شركاء"؛ قرار الغرفة الجنائية الأولى بتاريخ 1990/05/22 تحت رقم 80535، أشار إليه، جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 219.

أ- صور الإشتراك:

لقد حددت المادة 42 من قانون العقوبات صور الإشتراك في الجريمة، والمتمثلة في المساعدة أو المعاونة من خلال إرتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة للجريمة وأن تلك الصور وردت على سبيل الحصر، و أضافت المادة 43 من نفس القانون صورة أخرى للاشتراك وهي الاعتياد على تقديم مسك أو ملجئ للجناة[1]، وبصفة عامة يتطلب الإشتراك سلوكا إيجابيا يقوم به الجاني كما يتطلب أيضا قيام الجاني بنشاط مادي يشجع على إرتكاب الجريمة و سوف نتطرق إلى هذه الصور في مايلي:

- المساعدة أو المعاونة:

يقصد بالمساعدة توفير الوسائل للجاني من أجل قيامه بالفعل، وعادة ما تكون المساعدة من الأعمال المادية مثل إعطاء السلاح أو الوسائل للفاعل الأصلي لإرتكاب الجريمة أو قيام الفاعل بنقل الجاني إلى مكان إرتكاب الجريمة. غير أنه قد تكون المساعدة معنوية كما في حالة إفادة الفاعل بالمعلومات التي تساعده على إرتكابه الجريمة.

أما المعاونة فيقصد بها، الوجود على مسرح الجريمة مثل الشخص الذي يراقب الطريق ومسك المجني عليه من أجل تمكين الجاني لإرتكاب الفعل[2].

- الإعتياد على تقديم مسكن أو ملجأ:

وهي الصورة التي جاءت بها المادة 43 من قانون العقوبات، وبحسب هذه المادة يأخذ حكم الشريك كل:" من إعتاد أن يقدم مسكنا أو ملجأ أو مكانا للإجتماع لواحد من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي".

---

[1]- قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/05/02 أنه:" لا يمكن إعتبار شخص ما شريكا في جناية أو جنحة معينة، إلا إذا وقعت مساهمته فيها بفعل من الأفعال الثلاثة المنصوص عليها في المادتين 42 و43 من قانون العقوبات فالفقرة الثانية من المادة 42 كانت تنص على فعلين هما التحريض والمساعدة أو المعاونة على إرتكاب الجريمة. وتشير المادة 43 إلى الفعل الثالث وهو إيواء الأشرار لذلك يتعين على قضاة الموضوع أن يحددوا في أحكامهم و قراراتهم الفعل المكون للركن المادي للإشتراك أو الطريقة التي تمت بها المساهمة، وإلا كانت باطلة وترتب على ذلك النقض"؛ قرار الغرفة الجنائية الأولى بتاريخ 1985/05/02 تحت رقم 36659؛ جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 220.
للإشارة كانت المادة 42 الأصلية تعتبر المحرض شريكا في الجريمة ثم وقع تعديل المادتين 41 و 42 من قانون العقوبات بموجب القانون المؤرخ في 13 فبراير 1982 فأصبح المحرض فاعلا معنويا للجريمة.

[2]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 166، 167.

ب- أركان الإشتراك:

تتطلب متابعة وعقاب الشريك في الجريمة توافر أركان الإشتراك المتمثلة في وقوع فعل رئيسي يعاقب عليه القانون، كما يتطلب أيضا صدور عمل مادي من قبل الفاعل يتمثل في القيام بسلوك بإحدى الوسيلتين المبينتين في المادة 42 من قانون العقوبات وهما المساعدة أو المعاونة، كما يتطلب في الأخير توافر الركن المعنوي المتمثل في العلم.

- الركن الأول: فعل رئيسي معاقب عليه.

يتوقف تجريم عمل الشريك على إرتكاب فعل معاقب عليه قانونا من قبل الفاعل الأصلي، لأن الشريك يستمد إجرامه من تجريم الفعل الأصلي، وتبعا لذلك لا يسأل على الإشتراك إذا كان الفعل الأصلي غير مجرم قانونا أو كان الفعل مبررا أو من الأفعال التي أمر أو أذن بها القانون. كما لا يسأل على الإشتراك إلا إذا نفذت الجريمة أو تم الشروع فيها، أما إذا توقف عمل الفاعل عند الأعمال التحضيرية فلا يسأل الشريك، كما لا يسأل على الإشتراك إذا شرع الفاعل في إرتكاب الجريمة ثم عدل عن تنفيذها بمحض إرادته، كما لا يسأل عن الإشتراك أيضا إذا كان الشروع غير معاقب عليه، كما لا يسأل عن الإشتراك إذا سقطت الدعوى العمومية بالتقادم.

ولا يتوقف تجريم عمل الشريك على تسليط العقوبة فعلا على الفاعل الأصلي، بحيث يجوز متابعة ومعاقبة الشريك حتى وإن لم يكن الفاعل الأصلي محل متابعة جزائية أو إستحال تسليط العقوبة على الفاعل الأصلي، سواء بسبب الوفاة أو ظل الفاعل الأصلي مجهولا أو كان صغير السن أو إستفاد من العفو[1].

- الركن الثاني: العمل المادي للشريك.

يتمثل هذا الركن في إتيان الشريك لعمل مادي المتمثل أساسا في المساعدة أو المعاونة، وهما الصورتين اللتين سبق بيانها أعلاه والتي تقتضيان قيام الفاعل بعمل إيجابي يكون سابقا على إرتكاب الجريمة أو معاصرا لها. لذا قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 07 يناير 1969 على أن:" فعل المساعدة أو المعاونة يجب أن يحصل قبل شروع الفاعل الأصلي في إرتكاب الجريمة أو أثناء تحقيقها، أما المساعدة اللاحقة التي تأتي بعد إتمام الجريمة فلا تعد عنصرا للإشتراك، وإنما يمكن أن تشكل جريمة قائمة بذاتها"[2]، و قضت في قرار آخر مؤرخ في 22 مايو 1990 أن:" المساعدة

---

[1]- أحسن بوسقيعة، الوجيزفي القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 166.

[2]- قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1969/01/07؛ جيلالي بغدادي، المرجع السابق ، ص 221.

تقتضي قيام الشريك بفعل إيجابي يعاون الفاعل الأصلي على إرتكاب الأفعال التحضيرية للجريمة أو المسهلة أو المنفذة لها. أما من يقف موقفا سلبيا أثناء إرتكاب الجناية أو بعدها و لم يبلغ السلطات المختصة، فلا يعتبر شريكا فيها وإنما يمكن إتهامه بالجنحة المنصوص عليها بالمادة 181 من قانون العقوبات"[1].

– الركن الثالث:القصد الجنائي.

يقتضي الإشتراك أن يكون من ساعد الفاعل الأصلي قد ساهم وهو على دراية في إرتكاب الجريمة الرئيسية، وأن يكون عالما أنه يشترك في جناية أو جنحة معينة، أي أن تكون لديه النية في الإسهام في عمل إجرامي نفذه أو حاول تنفيذه الغير، وهذا ما يقتضي في أغلب الأحيان وجود إتفاق مسبق بين الفاعل الرئيسي والشريك أو في الوقت نفسه الذي إرتكبت فيه الجريمة، كما يتعين أن يكون الشريك واعيا بالمساهمة في جريمة معاصرا لتقديم المساعدة أو العون.

وبالمقابل لا يشكل عملا من أعمال الإشتراك لإنعدام النية من قدم العون أو المساعدة لاحقا أي بعد إرتكاب الجريمة، بأن ما قدمه من عون أو مساعدة قد سمح بإرتكاب الجريمة أو سهل إرتكابها[2]. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 06 ديسمبر 1977 أنه:" لا يكفي لمعاقبة الشريك أن يساهم بصفة غير مباشرة في جناية أو جنحة بقيامه قبل الشروع في الجريمة أو أثناء تحقيقها بفعل إيجابي فحسب، بل لا بد من أن يتوافر لديه القصد الإجرامي المتمثل في علم المتهم بالجريمة التي يشترك فيها عمدا أو بمحض إرادته"، كما تنص على ذلك صراحة المادة 42 من قانون العقوبات المعدلة بقانون 13 فبراير 1982[3].

ثالثا– أوجه التشابه و الإختلاف بين الوسيط و الشريك:

بالنظر إلى المصطلحات التي إستعملها المشرع في المادة 42 من قانون العقوبات الخاصة بالإشتراك في الجريمة، ومقارنتها بالمصطلحات التي إستعملها في الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 من نفس القانون الخاصة بجريمة المتاجرة في الأعضاء، يتبين أنها يتشابهان غير أنه توجد فوارق جوهرية بينهما.

---

[1]- قرار الغرفة الجنائية الأولى بتاريخ 1990/05/22 تحت رقم 80535؛ المرجع نفسه، ص 221.
[2]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 170 و171.
[3]- قرار الغرفة الجنائية الأولى بتاريخ 1977/12/06 تحت رقم 14045؛ جيلالي بغدادي، المرجع السابقة، ص 221.

1- أوجه التشابه:

تقوم جريمة التوسط في المتاجرة بالأعضاء البشرية حسب الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، بمباشرة الفاعل فعل إيجابي يتمثل في التوسط من أجل تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص، وقد وردت هذه الصور على حسب إعتقادنا في المادة على سبيل الحصر، مثلها مثل صور الإشتراك في الجريمة التي جاءت بها المادة 42 من قانون العقوبات، والمتمثلة في المساعدة بكل الطرق أو معاونة الفاعل على إرتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة للجريمة، وأن المفهومين الذين وردا في المادتين 303 مكرر 16 فقرة ثانية و42 من قانون العقوبات، قد يؤديان إلى نفس المعنى مع الإختلاف في درجة المساهمة، فكلاهما يتطلب سلوك إيجابي من الفاعل الغرض منه تسهيل إرتكاب جريمة أخرى المتمثلة في بيع عضو من أعضاء الجسم من الضحية إلى المستفيد،كما أن الأعمال المشجعة على بيع العضو يمكن أن تكون من أعمال التحريض على إرتكاب الجريمة الذي جاءت به المادة 41 من قانون العقوبات، كما قد يستغرق إحدى المصطلحين الآخر.

لذا إعتبرت المحكمة العليا في قرار قديم لها صادر بتاريخ 07 يناير 1969، أن أعمال الوساطة هي من قبيل أعمال الإشتراك في الجريمة، وقد جاء في حيثيات القرار:" أن الإشتراك أو المساهمة غير المباشرة لا يستلزم من الجاني إرتكاب الفعل المادي المكون لها كليا أو جزئيا، وإنما تتطلب منه القيام بتحريض الفاعل على تنفيذ الجريمة أو مساعدته على إقتراف الأعمال التحضيرية أو المسهلة أو المتممة لها. لذلك **يعتبر شريكا** في جنحة النصب، **الوسيط بين الضحية والفاعل الأصلي الذي يساعد هذا الأخير على إرتكاب الأفعال المسهلة للجريمة بحضوره المساومة بين الطرفين**"[1].

غير أن السؤال الذي يطرح حول مركز الوسيط في جريمة المتاجرة في الأعضاء، هل يعتبر شريكا في الجريمة وفقا للقواعد العامة للإشتراك المنصوص عليها في المادة 42 من قانون العقوبات؟ أو يعد فاعلا أصليا في إرتكاب الجريمة؟

وهذا التساؤل يقودها إلى تبيان أوجه التفرقة بين الصورتين.

[1]- قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1969/01/07؛ جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 220.

2- أوجه التفرقة:

بالرغم من التشابه في المصطلحات وفي المعنى التي جاءت بها المادتين 42 و 303 مكرر 16 فقرة ثانية من قانون العقوبات، غير أن هناك فارقا جوهريا بينهما يتحدد من حيث المركز القانوني لكل منهما، بحيث يعتبر الوسيط في المتاجرة بالأعضاء فاعلا أصليا للجريمة بحسب المفهوم الذي جاءت به المادة 41 من قانون العقوبات، ولا يعد بالتالي شريكا في الجريمة بحسب المادتين 42 و 43 من نفس القانون، إذا ما تم إرتكاب الفعل بإحدى الصور المحددة على سبيل الحصر في المادة 303 مكرر 16 المذكورة أعلاه. أي إذا كان الفعل يهدف إلى تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص. وبذلك يكون المشرع قد وسع من نطاق الفاعل الأصلي للجريمة، وجعله يشمل أغلب الأعمال التي تدخل ضمن نطاق المشاركة في جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية. ومن جهة ثانية ضيق المشرع من مجال الإشتراك بالنسبة إلى هذه الجريمة، وهذا راجع حسب اعتقادنا إلى خصوصية هذه الجريمة ،كون هذه الأخيرة تقوم على أساس الوساطة التي تحترفها عادة العصابات الإجرامية المنظمة، ورغبة من المشرع في قطع جميع السبل التي تؤدي إلى المتاجرة بالأعضاء البشرية.

ومن جانبه سلك المشرع الفرنسي نفس النهج الذي سلكه المشرع الجزائري، بحيث إعتبرت المادة 511 – 2 فقرة ثانية من قانون العقوبات، الوسيط في جريمة المتاجرة بالأعضاء فاعلا أصليا وليس شريكا في الجريمة. وبالرغم من ذلك، فإن نظرية الإشتراك لا يزال لها مجال للتطبيق في جريمة المتاجرة بالأعضاء في غير الصور التي حددها المشرع على سبيل الحصر في الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 المذكورة أعلاه[1].

رابعا- أهمية التفرقة بين الوسيط و الشريك:

يترتب على التفرقة بين الوسيط بصفته فاعلا أصلا والشريك في جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية عدّة نتائج. و يمكن تلخيص الفائدة من التمييز بين الفاعل والشريك على النحو التالي:

[1]- ويبقى تقرير ذلك من صلاحيات القاضي حسب ملابسات كل قضية، وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 1981/10/27 أنه:" لما كانت العقوبة المقررة قانونا للجريمة المجردة واحدة بالنسبة لجميع المساهمين فيها، فإنه يجوز لرئيس محكمة الجنايات وفقا لأحكام المادة 306 فقرة ثانية من قانون الإجراءات الجزائية أن يطرح سؤالا إحتياطيا حول ما إذا كان المتهم **قد ساهم في الجريمة بصفته شريكا لا فاعلا أصليا** أو العكس، إذا ما ظهر ذلك من المرافعات"؛ قرار الغرفة الجنائية الأولى بتاريخ 1981/10/27 تحت رقم 25111؛ جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 223.

1- يتوقف وصف الجريمة على الصفة الشخصية للفاعل وليس على صفة الشريك، ومن ثم فإن تقدير الأركان المكونة للجريمة والظروف المشددة لها يتم إعتبارا للفاعل الأصلي، وليس الشريك طبقا للمادة 44 من قانون العقوبات[1]. ومثال ذلك إذا قام طبيب بالتوسط في علمية المتاجرة في الأعضاء البشرية لصالح الغير، فإن هذا الظرف يعد مشددا بالنسبة إليه، وتتم المتابعة في هذه الحالة وفقا للمادة 303 مكرر 20 فقرة ثانية من قانون العقوبات. وكذلك الحال إذا إرتكب الفعل الأصلي من قبل شخص يحمل سلاح وإذا كان الضحية قاصرا أو مصابا بإعاقة ذهنية، فإن المتابعة تتم بالنسبة إلى الشريك والفاعل الأصلي على أساس هذا الظرف، إذا كان يعلم به هذا الأخير وإذا إرتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص لا يعتد بالشريك في تحديد ظرف التعدد.

وتطبيقا لهذا قضت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 08 ديسمبر 1981 بأن "الظروف العينية أو الموضوعية اللصيقة بالجريمة و التي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف العقوبة، لا تسري طبقا لأحكام المادة 44 فقرة 3 من قانون العقوبات إلا على المساهم الذي يعلم بها، لذا كان من اللازم أن يتضمن السؤال المتعلق بالإدانة عنصر العلم"[2].

2- إذا كان الحكم على الفاعل يتطلب إثبات الأركان المشكلة للجريمة فحسب، فإن الحكم على الشريك يقتضي علاوة على ذلك إثبات توافر الأركان المكونة للإشتراك التي سبق التطرق إليها أعلاه.

الفرع الثاني: الركن المعنوي.

جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات هي جريمة عمدية، ويبدو هذا من طبيعة الجريمة نفسها التي تتمثل في إتجاه إرادة الجاني إلى الحصول أو التوسط من أجل الحصول على عضو من أعضاء جسم الإنسان مقابل منفعة، ويتطلب الركن المعنوي في هذه الجريمة القصد الجنائي العام وكذا القصد الجنائي الخاص.

---

[1]- تنص المادة 44 من قانون العقوبات على أنه:" يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة، ولا يؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو للشريك الذي تتصل به هذه الظروف، والظروف الموضوعية اللصيقة بالجريمة التي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف العقوبة التي توقع على من ساهم فيها يترتب عليها تشديدها أو تخفيفها بحسب ما إذا كان يعلم بهذه الظروف، ولا يعاقب على الإشتراك في المخالفة على الإطلاق".

[2]- قرار الغرفة الجنائية الأولى بتاريخ 1981/12/08 تحت رقم 27789؛ جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 225.

أولا- القصد الجنائي العام.

يرى الفقه الجنائي والقضاء أن الجرائم الماسة بسلامة الجسد من قبيل طائفة الجرائم العمدية، بحيث يتوافر الركن المعنوي لدى مرتكب الجريمة بتوافر عنصر العلم والإرادة، وأن هذان العنصران يتوافران متى ثبت أن الجاني أراد الإتيان بالسلوك المجرم وإحداث النتيجة المترتبة عليه. ويتحقق القصد الجنائي العام في جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية، بإنصراف إرادة الفاعل إلى إرتكاب فعل من الأفعال التي حددتها المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، المتمثلة في الحصول على عضو من أعضاء جسم إنسان أو التوسط من أجل تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم إنسان. ولا يختلف الأمر إن كان المجني عليه على قيد الحياة أو متوفى، كما لا يختلف الأمر كذلك إذا كان العضو محل الجريمة مستأصلا فعلا أو سيتم إستئصاله مستقبلا.

ومن جهة أخرى ينتفي القصد الجنائي العام لدى الفاعل بإنتفاء العلم بأحد العناصر المكونة للركن المادي للجريمة، وتبعا لذلك لا تقوم جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية في حق المستفيد من العضو الذي لم يكن يعلم أن العضو الذي تم زرعه في جسمه تم الحصول عليه بطريقة غير شرعية من جسم إنسان آخر عن طريق الشراء، كما لو أجريت له عملية الزرع وهو في حالة غيبوبة نتيجة إصابته بحادث أو مرض دون علمه، وتوسط في عملية الشراء أحد أقاربه الذي قام بشراء العضو من شخص أخر. كما لا تقوم الجريمة أيضا في حق الشخص الذي يرتكب الجريمة، وهو تحت تأثير إكراه أو تهديد من قبل جماعة إجرامية منظمة[1].

ثانيا- القصد الجنائي الخاص.

يتمثل القصد الجنائي الخاص في الغاية التي يقصدها الجاني من خلال إرتكابه الجريمة، فضلا عن إرادته الواعية لمخالفة القانون الجزائي[2]، و تشترط المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات لقيام الركن المعنوي للجريمة بالإضافة إلى القصد العام، نية الجاني في المتاجرة بالأعضاء من خلال قيامه بعمل من الأعمال المادية التي حددها المادة المشار إليها أعلاه.

أما إذا كان العمل الذي قام به الجاني لا يتوافر على هذه النية، فإن الجريمة لا تقوم في حقه حتى ولو أتى بالفعل المادي للجريمة وأراد تحقيقه، وبالتالي إذا كان الهدف من أعمال الوساطة أو

---

[1]- أحمد حسام طه تمام، المرجع السابق، ص 96.

[2]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 110.

التشجيع أو التسهيل من أجل الحصول على عضو من أعضاء جسم إنسان هو التبرع أو الوصية بالعضو دون مقابل، لا تعد من قبيل المتاجرة في الأعضاء البشرية. ومثال ذلك الحملات التحسيسية عبر وسائل الإعلام التي يتم من خلالها إبراز أهمية التبرع، والوصية بالأعضاء البشرية لصالح المرضى، وكذا توعية أفراد المجتمع بنتائجها الإيجابية من الناحية الإجتماعية والأخلاقية والدينية[1]. فكل هذه الأعمال لا تعتبر من قبيل أعمال المتاجرة في الأعضاء البشرية، ولو أن الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 لم تذكر صراحة الهدف من أعمال الوساطة المتمثلة في المتاجرة بالأعضاء، وإكتفت بالقول أنه:" تطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص". غير أنه يفهم من خلال قراءة الفقرة الأولى من المادة وكذا موقعها ضمن قانون العقوبات، والأهداف التي شرعت من أجلها أنها تتعلق بالوساطة في أعمال المتاجرة وليس أعمال التبرع أو الوصية بالأعضاء.

وتطبيقا لذلك لا يعد مرتكبا للجريمة الشخص الذي يقوم بتشجيع صديقه على التبرع بعضو من أعضاءه لصالح زوجته أو أحد أبناء الذي يكون في حاجة ماسة إليه من أجل إنقاذ حياته، أو الشخص الذي يقوم بحث شخص آخر على الوصية بعضو من أعضاءه بعد الوفاة من أجل الإستفادة منها من طرف المرضى، و ينتفي القصد الجنائي كذلك في حق الشخص الذي لم يكن يعلم أن الفعل الذي يقوم به يدخل ضمن أعمال الوساطة في المتاجرة بالأعضاء البشرية، مثل الشخص الذي تم تكليفه بدفع أو تحويل ثمن بيع العضو إلى المستفيد، و لم يكن يعلم أن ذلك المبلغ هو مقابل حصول الجاني على العضو من المجني عليه. كما لا تقوم الجريمة في حق الطبيب الجراح الذي قام بعملية زرع العضو في جسم المستفيد دون علمه أن العضو محل الزرع تم الحصول عليه مقابل منفعة مادية أو أية منفعة أخرى، و كذا مسير أو مدير الشركة المكلفة بإستغلال المؤسسة الإستشفائية الخاصة، التي قامت بعملية الترع والزرع أو الإيواء أو تقديم الخدمات الصحية للضحية أو المستفيد بطريقة غير شرعية، إذا ثبت أن هذا الأخير لم يكن يعلم بإجراء تلك العملية بالمؤسسة الإستشفائية التي يسيرها.

وبصفة عامة فإنه يشترط لقيام جريمة المتاجرة في الأعضاء القصد الخاص لدى الجاني، وهو تحقيق الربح لصالحه شخصيا أو لصالح شخص أو هيئة أخرى أو الإستفادة من العضو نظير تقديم منفعة لصالح الضحية. ويكون مرتكبا لجريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية، الشخص الذي يعلم أن

[1]- مهند صلاح أحمد العزة، المرجع السابق، ص 160.

العضو الذي تحصل عليه كان مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى، وكذا الشخص الذي تتجه إرادته إلى تشجيع الضحية على التنازل على عضو من أعضاءه لشخص ثاني نظير منفعة. كما يعد مرتكبا لجريمة الإتجار بالأعضاء كل من يعلم أنه يتلقى أو يدفع مبلغ معين نظير العثور على مانح يرتضى إستقطاع عضو من جسمه.

المطلب الثاني: قمع الجريمة.

جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية من الجرائم الخطيرة، وقد قرر لها المشرع عقوبات جزائية صارمة ضد الأشخاص الذين يقترفونها، كما أن جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية تدخل عادة ضمن الجريمة المنظمة و جرائم المتاجرة بالبشر، لذا وضع المشرع بالإضافة إلى ذلك أحكاما خاصة بسبل مكافحة هذا النوع من الجرائم و سوف يتم التطرق أولا إلى الجزاء المقرر للجريمة في الفرع الأول ثم سبل مكافحتها على المستوى الداخلي و الدولي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الجزاء.

لقد وضع المشرع عدّة أحكام ردعية خاصة بجريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية[1]، كما تطرق أيضا إلى عدّة مواضيع تعلق بالفترة الأمنية والأعذار القانونية المخففة والمعفية من العقاب وظروف التخفيف، وكذا العقوبات التكميلية ومسؤولية الشخص المعنوي والشروع، وهي نفسها الأحكام التي سبق شرحها عند دراسة جريمة نزع عضو دون الحصول على موافقة صاحبه، لأن المشرع

[1]- كما نص المشرع عدة أحكام جزائية تتعلق بجريمة الإتجار بالأشخاص الذي أدرج ضمنها نزع الأعضاء، بحيث تعاقب المادة 303 مكرر 4 من قانون العقوبات مرتكب جريمة المتاجرة في الأشخاص، بالحبس من ثلاثة سنوات إلى عشرة سنوات و بغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، و تعاقب الفقرة الثالثة من نفس المادة على الإتجار بالأشخاص بالحبس من خمسة إلى خمسة عشرة سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، إذا سهل إرتكابها حالة إستضعاف الضحية الناتجة عن سنها أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني متى كانت هذه الظروف ظاهرة أو معلومة لدى الفاعل، ومن جهتها تعاقب المادة 303 مكرر 5 على جريمة الإتجار بالأشخاص بالسجن من عشرة إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا إرتكبت الجريمة مع توافر ظرف على الأقل من الظروف المشددة المتمثلة إرتكابها من قبل زوج الضحية أو أحد أصولها أو فروعها أو وليها، أو كان للجاني سلطة عليها أو كان هذا الأخير موظفا ممن سهلت له وظيفته إرتكاب الجريمة، أو إذا إرتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص أو إذا إرتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد بإستعماله أو إذا إرتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

هذا وقد وضع المشرع عدة أحكام أخرى تتعلق بالأعذار القانونية المعفية والمخففة للعقوبة وكذا ظروف التخفيف ومسؤولية الشخص المعنوي و عدم التبليغ عن الجريمة والشروع والعقوبات التكميلية وتدابير الأمن والفترة الأمنية. كما نصت المادة 303 مكرر 12 صراحة على عدم الإعتداد برضا الضحية متى إستخدم الفاعل أيا من الوسائل المبينة في المادة 303 مكرر 4 الفقرة الأولى من قانون العقوبات؛ أنظر المواد الواردة ضمن القسم الخامس مكرر تحت عنوان **"الإتجار بالأشخاص"** من المواد 303 مكرر 4 إلى 303 مكرر 15 من قانون العقوبات.

جمع تلك الأحكام في مواد مشتركة بين الجريمتين وحتى بين جرائم المتاجرة في مشتقات الجسم الأخرى.

لذا فلا داعي إلى إعادة تكرارها ونقتصر بدراسة عقوبة الجريمة في صورتها البسيطة ثم عقوبتها في صورتها المشدّدة ،كما نتطرق أيضا إلى الجزاء المقرر عن عدم التبليغ عن الجريمة.

أولا– عقوبة الجريمة في صورتها البسيطة.

يفرق القانون في العقوبة بين جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية من جهة و جريمة المتاجة في مشتقات الجسم من جهة ثانية:

1– المتاجرة في الأعضاء:

الأصل أن جريمة المتاجرة بالأعضاء جنحة، وتعاقب المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات مرتكبها بالحبس من خمس (03) سنوات إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، وهي عقوبة مخففة بالمقارنة مع جريمة نزع عضو دون رضا صاحبه من حيث الحد الأدنى لعقوبة الحبس والغرامة، بحيث يعاقب القانون على الجريمة الأخيرة من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج. غير أن الشيء الملاحظ أن المشرع، سوّى فيما يخص العقوبة بين الصورتين أي الصورة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة، والمتمثلة في الحصول من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة، والصورة المنصوص عليها في الفقرة الثانية وهي التوسط في المتاجرة بالأعضاء.

2– المتاجرة في مشتقات الجسم:

يعاقب المشرع بعقوبة أخف عندما يتعلق الأمر بجريمة المتاجرة بالأنسجة أو خلايا أو تجميع مواد من جسم، المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات، التي تتراوح مدة الحبس فيها من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات و الغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج. للإشارة فإن نفس العقوبة قررها المشرع بالنسبة إلى جريمة نزع أنسجة أو خلايا أو تجميع مواد من جسم إنسان دون الحصول على الموافقة المسبقة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات، وهذا عكس جريمتي نزع الأعضاء والمتاجرة فيها المشار إليهما أعلاه، بحيث جاءت العقوبتين مختلفتين من حيث الحد الأدنى للحبس والغرامة.

ثانيا- عقوبة الجريمة في الظروف المشددة:

تكون الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات مشددة، إذا توافر ظرف من ظروف التشديد الخمسة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 فقرة أولى من نفس القانون، ويتعلق الأمر بحالة الضحية القاصر أو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، أو إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته إرتكاب الجريمة أو إذا إرتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص، أو إذا إرتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد بإستعماله أو إذا إرتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة، أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية. وبالتالي يتغير الوصف القانوني للجريمة من جنحة إلى جناية. وبحسب الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات، يعاقب مرتكب الجريمة بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج[1] إذا توافرت أحدى الظروف المشار إليها أعلاه. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع سوّى في العقوبة بين جريمة نزع عضو دون رضا صاحبه والمتاجرة في الأعضاء إذا توافر ظرف من الظروف المشددة.

ثالثا- عدم الإبلاغ عن جريمة المتاجرة بالأعضاء:

تطرقت إلى هذه الحالة المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات التي ورد فيها:" كل من علم بإرتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء ولو كان ملزما بالسر المهني و لم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمسة (05) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج"، و نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه:" فيما عدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة".

وفي الحقيقة يعتبر هذا الفعل جريمة مستقلة بحد ذاتها، غير أنها مرتبطة بجرائم المتاجرة بالأعضاء البشرية دون سواها من الجرائم الأخرى، و نعتقد أن مصطلح جريمة **الإتجار بالأعضاء** الذي إستعمله المشرع في المادة، يقصد به جميع الجرائم المنصوص عليها في القسم الخامس مكرر 1

[1]- تعاقب الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر20 من قانون العقوبات على إرتكاب جريمة المتاجرة بمشتقات الجسم إذا إقترنت بإحدى ظروف التشديد المذكورة أعلاه، وذلك بالحبس من خمسة (05) سنوات إلى خمسة عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، وبالتالي لا يتغير الوصف القانوني للوقائع من جنحة إلى جناية كما هو الحال بالنسبة إلى جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية.

تحت عنوان "**الإتجار بالأعضاء**"، الذي يشمل جريمة نزع عضو دون الحصول على الموافقة والمتاجرة بالأعضاء بمفهومها الضيق، كما يشمل بالإضافة إلى ذلك نزع الأنسجة والخلايا وتجميع مواد من جسم دون الحصول على الموافقة وجريمة المتاجرة في الأنسجة البشرية، وبالتالي لا يقتصر تطبيق النص على الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات فحسب بل يطبق على جميع الجرائم المذكورة أعلاه.

هذا وبالرجوع إلى القواعد العامة لقانون العقوبات، يتبين أن المادة 181 منه نصت على حكم مشابه إذا جاء فيها أنه:" فيما عدى الحالة المنصوص عليها في المادة 91 من قانون العقوبات يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات، وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هذين العقوبتين، كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلا و لم يخبر السلطات فورا"[1]، و الملاحظ من صياغة النص أن هذا الأخير يطبق فقط على الجنايات دون الجنح، في حين أن نص المادة 303 مكرر 25 يمكن تطبيقه على جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية سواء كانت تحمل وصف الجنحة أو الجناية.

و يلاحظ من خلال قراءة نص المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات أنه لم يعفي الأشخاص الملزمين بالسر المهني من العقاب إذا علموا بإرتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء، و لم يبلغوا فورا السلطات المختصة بذلك مثل الأطباء والممرضين والمساعدين الطبيين[2] و لا يعفى أيضا من المتابعة أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة إذا كان الضحية قاصر لا يتجاوز سنه 13 سنة، وفي ما عدى هذه الحالة فإن الأشخاص المذكورين لا تطبق عليهم أحكام الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات[3].

---

[1]- بالرجوع إلى نص المادة 91 من قانون العقوبات يتبين أن الحالة الأولى التي تحدثت عنها المادة 181 من نفس القانون هي الواجبات التي يفرضها سر المهنة ، هذا وقد قضت المحكمة العليا أن علم الجاني هو الركن الأساسي في تكوين جريمة عدم الإبلاغ عن جناية؛ قرار غرفة الجنح والمخالفات ، بتاريخ 1999/07/27 تحت رقم 225909، المجلة القضائي، 1999 عدد 1، ص 187.

[2]- تطرقت مدونة أخلاقيات مهنة الطب إلى الأحكام المتعلقة بالسر الطبي من خلال المواد 36 إلى 41.

[3]- تنص المادة 53 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه:" يجب أوجراح الأسنان المدعو للإعتناء بقاصر أو بشخص معوق إذا لا حظ أنهما ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان أن يبلغ بذلك السلطات المختصة".

الفرع الثاني: آليات مكافحة جريمة المتاجرة بالأعضاء:

تعتبر جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية مظهرا حديثا من مظاهر الجريمة الماسة بسلامة الجسم، إذ لم تكن هذه الجريمة معروفة في السابقة وأنها ظهرت مؤخرا نتيجة التطور الطبي في مجال الجراحة، و بظهور عمليات نقل وزرع الأعضاء سرعان ما بدأ هذا النوع من الجرائم في الإنتشار عبر ربوع العالم[1].

ويأتي تجريمها في الجزائر بموجب القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 ليس فقط بهدف قمع هذه الظاهرة الإجرامية، بل من أجل تكييف المنظومة القانونية الوطنية مع الإلتزامات المترتبة الدولية الناتجة عن التصديق على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وبالأخص البروتوكول المكمل لها المتعلق بمنع وقمع الإتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، الذي صادقت عليه الجزائر بتحفظ بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، وقد سبق للمشرع وأن وضع آليات جديدة خاصة بمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية التي يمكن أن تطبق على جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية إذا أخذت ذلك الوصف، كما توجد آليات على المستوى الدولي تهدف إلى محاربة هذه الجريمة.

أولا- آليات مكافحة الجريمة على المستوى الداخلي.

بالإضافة إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، أدخل المشرع عدّة تعديلات على هذا القانون بهدف ضمان نجاعته وفعالية المنظومة الجزائية وجعلها أكثر ملاءمة وإستجابة لخصوصيات الظاهرة الإجرامية الجديدة في مكافحتها والوقاية منها، ويدخل ضمن هذا الإطار مكافحة الجريمة المنظمة المتعلقة بالمتاجرة بالأعضاء البشرية[2] وأن معظم هذه الإجراءات الجديدة تم إستنباطها من الإتفاقيات الدولية ذات الصلة، وكذلك من تشريعات عدّة دول رائدة في مجال إحترام حقوق الإنسان[3].

---

[1]- إذا لم ترتكب الجريمة من قبل جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية بحسب ما هو منصوص عليه في المادة 303 مكرر 19 فقرة ثانية من قانون العقوبات، فإنه لا يمكن إعطاء وصف الجريمة المنظمة على جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية، كما لو إرتكبت عن طريق عمل منعزل من قبل أحد الأشخاص الذي تحصل على عضو من أعضاء شخص آخر مقابل منفعة أو توسط في ذلك.

[2]- القانون 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية (ج،ر 84) بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

[3]- أنظر على سبيل المثال، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 1948/12/10، صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، (ج.ر 64) بتاريخ 10 سبتمبر 1963، و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، الوثيقتين منشورتين في مؤلف وزارة العدل، المرجع السابق، ص 7 و 29.

ونشير في الأخير إلى أن هذه القواعد الإجرائية تحتل مكانة هامة لا تقل أهمية عن القواعد الموضوعية، وتساهم بشكل فعال في محاربة هذا النوع من الجرائم، و تشمل الآليات المستحدثة في مرحلتي التحقيق الابتدائي والقضائي.

1- الآليات المتعلقة بالتحقيق الإبتدائي:

وهي إجراءات إستثنائية عن القواعد العامة تخول ضباط الشرطة القضائية تحت رقابة القضاء إستعمال تقنيات وأساليب فعالة وسريعة، من أجل معالجة القضايا المتعلقة بالإجرام الخطير ومنها جرائم المتاجرة بالأعضاء البشرية، وتتمثل تلك الإجراءات خاصة في إعتراض المراسلات وتسجيل الكلام وإلتقاط الصور وتوسيع صلاحيات الضبطية القضائية في مجال التفتيش، وهي جميعها إجراءات تخرج عن القيود التي وضعها قانون الإجراءات الجزائية في هذا المجال.

أ- توسيع دائرة الإختصاص:

الأصل أن ضباط الشرطة القضائية يمارسون إختصاصهم المحلي في الحدود التي يباشرون ضمنها وظائفهم المعتادة، غير أن الفقرة السابعة من المادة 16 من قانون الإجراءات الجزائية نصت على أنه:" فيما يتعلق بالبحث ومعاينة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية[1]، يمتد إختصاص ضباط الشرطة القضائية إلى كامل الإقليم الوطني يعمل هؤلاء تحت إشراف النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليميا، ويعلم وكيل الجمهورية المختص إقليميا بذلك في جميع الحالات". كما أضافت المادة 16 مكرر أنه:" يمكن لضباط الشرطة القضائية وتحت سلطتهم أعوان الشرطة القضائية ما لم يعترض على ذلك وكيل الجمهورية المختص بعد إخباره ،أن يمددوا عبر كامل الإقليم الوطني عمليات مراقبة الأشخاص الذين يوجد ضدهم مبرر مقبول أو أكثر، يحمل على الإشتباه فيهم بإرتكاب الجريمة المنظمة أو مراقبة أو نقل أشياء أو أموال أو متحصلات من إرتكب هذه الجرائم أو قد تستعمل في إرتكابها.

ب-التوسع من مجال تفتيش المساكن و معاينتها:

الأصل أنه لا يجوز البدء في تفتيش المساكن قبل الساعة الخامسة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساءا، إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل مع إحترام الإجراءات القانونية المقررة، غير أن المشرع أجاز من خلال الفقرة الثانية من المادة 47 من قانون

[1]- هذا بالإضافة إلى جرائم المخدرات والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

الإجراءات الجزائية، إجراء التفتيش والمعاينة والحجز في كل محل سكني أو غير سكني في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل، عندما يتعلق الأمر بالجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، وذلك بناءا على إذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص. كما أجازت الفقرة الرابعة من نفس المادة لقاضي التحقيق أن يقوم بأية عملية تفتيش أو حجز ليلا أو نهارا، وفي أي مكان على إمتداد التراب الوطني أو يأمر ضباط الشرطة القضائية المختصين للقيام بذلك. كما يمكنه أيضا إتخاذ التدابير الأخرى المنصوص عليها في التشريع المعمول به، وأن يأمر بأية تدابير تحفظية إما تلقائيا أو بناءا على تسخير من النيابة، أو بناءا على طلب من ضابط الشرطة القضائية.

ج- تمديد التوقيف تحت النظر:

إذا رأى ضابط شرطة قضائية أن مقتضيات التحقيق تستدعي توقيف شخص تحت النظر أو أكثر فعليه أن يطلع فورا وكيل الجمهورية بذلك، ويقدم له تقريرا عن دواعي التوقيف للنظر على ألا تتجاوز مدة التوقيف للنظر 48 ساعة، غير أنه إذا كان الأمر يتعلق بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، فإنه يجوز لضابط الشرطة القضائية بحسب المادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية أن يطلب من وكيل الجمهورية تمديد التوقيف للنظر ثلاثة مرات.

هـ – التخفيف من شروط مراقبة الخصوصية:

إذا إقتضت ضرورات البحث والتحري في الجريمة المنظمة المتعلقة بالمتاجرة بالأعضاء البشرية، يجوز لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق المختص بحسب المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية، أن يأذن بإعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الإتصال. ووضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين من أجل إلتقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة وسرية من طرف شخص أو عدة أشخاص، في أماكن خاصة أو عمومية، أو إلتقاط صور لشخص أو عدّة أشخاص يتواجدون في مكان خاص .كما يسمح الإذن المسلم بغرض وضع الترتيبات التقنية بالدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها، ولو خارج المواعيد المحددة في المادة 47 من قانون الإجراءات الجزئية وبغير علم أو رضا الأشخاص الذين لهم الحق على تلك الأماكن[1].

[1]- لمزيد من التفاصيل حول الشروط القانونية الأخرى لهذا الإجراء؛ أنظر المواد 65 مكرر 6 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية.

د- التسرب و إختراق الجماعات الإجرامية:

وهو الإجراء الذي نصت عليه المادة 65 مكرر 11 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية، ومفاده أنه عندما تقتضي ضرورة التحري أو التحقيق في الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية ومنها الجرائم المتعلقة بالمتاجرة بالأعضاء البشرية[1]، يجوز لوكيل الجمهورية أو لقاضي التحقيق أن يأذن تحت رقابته حسب الحالة بقيام ضابط الشرطة القضائية أو عون الشرطة تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في إرتكابهم جناية أو جنحة، بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم، بحيث يسمح لهذا الأخير أن يستعمل لهذا الغرض هوية مستعارة و أن يرتكب عند الضرورة أفعال إقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتوجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من إرتكاب الجرائم أو مستعملة في إرتكابها. كما يمكنه أيضا إستعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي وكذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الإتصال.

2- الآليات المتعلقة بمرحلة التحقيق القضائي و المحاكمة.

بالإضافة إلى الإجراءات الخاصة بالتفتيش والتصنت وإلتقاط الصور والمكالمات، وضع المشرع على إجراءات إستثنائية من أجل محاربة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، وأذكر منها الإجراءات المتعلقة بالحبس المؤقت و المحاكم ذات الإختصاص الموسع.

أ- تمديد مدة الحبس المؤقت.

الأصل أن مدّة الحبس المؤقت في مواد الجنح أربعة أشهر عندما يكون الحد الأقصى للعقوبة المنصوص عليها في القانون يزيد عن ثلاثة سنوات حبس قابلة للتجديد مرة واحدة فقط، لمدة أربعة أشهر أخرى بموجب أمر مسبب من قاضي التحقيق وفقا للمادة 125 من قانون الإجراءات الجزائية. أما في مواد الجنايات، فإن مدّة الحبس المؤقت حسب المادة 125 – 1 من نفس القانون هي أربعة أشهر قابلة للتجديد مرتين لمدة أربعة أشهر في كل مرة، وإذا تعلق الأمر بجناية معاقب عليها بالسجن المؤقت أو المؤبد أو الإعدام يجوز لقاضي التحقيق أن يمدد الحبس المؤقت لمدة ثلاثة مرات، غير أنه إذا تعلق الأمر بجناية عابرة للحدود الوطنية يجوز لقاضي التحقيق وفق للأشكال

[1]- وهي جرائم المخدرات والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال و الإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

المبينة أعلاه أن يمدد الحبس المؤقت بإحدى عشر مرة، وفقا للمادة 125 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية لا يمكن أن تتجاوز أربعة أشهر في كل مرة.

ب- الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسع.

لقد تم توسيع من دائرة إختصاص بعد الجهات القضائية بموجب القانون 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 37 على أنه:" يجوز تمديد الإختصاص المحلي لوكيل الجمهورية إلى دائرة إختصاص محاكم أخرى عن طريق التنظيم في جرائم المخدرات، والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بالمعالجة الآلية للمعطيات، وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف". كما نصت الفقرة الثانية من المادة 40 المحددة للإختصاص الإقليمي لقاضي التحقيق على نفس الحكم. أما بالنسبة إلى جهات الحكم، فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية على جواز تمديد الاختصاص المحلي للمحكمة إلى دائرة إختصاص محاكم أخرى فيما يخص الجرائم المذكورة أعلاه. وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في 05 أكتوبر 2006 المتضمن تمديد الإختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق، وقد تم إنشاء أربعة أقطاب جزائية متخصصة على مستوى محكمة سيدي امحمد ومحكمة قسنطينة ومحكمة ورقلة و محكمة وهران[1].

ج- عدم تقادم الدعوى العمومية:

وفقا للمادة 07 من قانون الإجراءات الجزائية، فإن تقادم الدعوى العمومية في مواد الجنايات يكون بإنقضاء عشرة سنوات كاملة تسري من يوم إقتراف الجريمة، إذا لم يتخذ في تلك الفترة أي إجراء من إجراءات التحقيق أو المتابعة. أما في مواد الجنح، فإن الدعوى العمومية تتقادم بمرور ثلاثة سنوات كاملة وفقا للمادة 08 من نفس القانون. غير أنه يوجد إستثناء على هذه

[1]- وبحسب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 348/03:" يمتد الإختصاص المحلي لمحكمة سيدي امحمد ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها، إلى محاكم المجالس القضائية للجزائر والشلف والأغواط والبليدة والبويرة وتيزي وزو والجلفة والمسيلة وبومرداس وتيبازة وعين الدفلى". ونصت المادة الثالثة من المرسوم على:" تمديد إختصاص محكمة قسنطينة ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق، إلى محاكم مجالس قسنطينة وأم البواقي وباتنة وبجاية وتبسة وجيجل وسطيف وسكيكدة وعنابة وقالمة وبرج بوعريريج والطارف والوادي وخنشلة وسوق أهراس وميلة". وبحسب المادة الرابعة من المرسوم:" تم تمديد دائرة إختصاص محكمة ورقلة ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها إلى محاكم مجالس ورقلة وأدرار وتامنغست وإيليزي وتندوف وغرداية". وبحسب المادة الخامسة من المرسوم:" تم تمديد دائرة إختصاص محكمة وهران ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها إلى محاكم مجالس وهران وبشار وتلمسان وتيارت وسعيدة وسيدي بلعباس ومستغانم ومعسكر والبيض وتيسميسلت والنعامة وعين تيموشنت وغليزان".

القاعدة بالنسبة إلى الجريمة المنظمة العابرة للحدود، بحيث لا تتقادم هذه الأخيرة مهما مر الزمن على إقترافها طبقا للمادة 08 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

ثانيا– الآليات الدولية لمكافحة الجريمة.

أصبح التعاون الدولي في مواجهة جريمة المتاجرة بالبشر وبالأعضاء البشرية ضرورة حتمية نظرا لخطورة هذه الظاهرة الإجرامية على المجتمع الدولي، إذ يصعب مكافحة هذه الجريمة بغير تعاون دولي فعال سواء على الصعيد القانوني وتطوير آليات المتابعة القضائية، لذا إعتبر مجلس الإتحاد الأوربي لسنة 2003 أن الإتجار في الأعضاء البشرية والأنسجة يعد من قبيل الإتجار في البشر لأنه يمثل إنتهاكا أساسيا لحقوق الإنسان[1]. وقد تجسد التعاون الدولي في مواجهة الظاهرة من خلال الإتفاقيات الدولية لدرء الخطر المتزايد لهذه الجريمة على الصعيد الدولي، هذا ويتخذ التعاون الدولي في مجال مكافحة هذه الجريمة صورا عدّة، أهمها وضع الآليات القانونية وكذا التعاون الأمني و القضائي.

1– الإتفاقيات الدولية:

ويتعلق الأمر بإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، والبروتوكول المكمل لها الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، وقد بادرت الجزائر في إطار مسعى الإصلاحات الراهنة بالتصديق على الاتفاقيتين.

أ– إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

اعتمدت هذه الإتفاقية من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 15 نوفمبر سنة 2000، وتم التصديق عليها بتحفظ من قبل الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-25 المؤرخ في 15 فبراير 2002، وقد تضمنت الإتفاقية عدة أحكام ترمي إلى تعزيز التعاون الدولي من أجل منع الجريمة المنظمة عبر الوطنية ومكافحتها بمزيد من الفاعلية، وفي هذا الإطار حثت الإتفاقية الدول الأطراف على أن إتخاذ ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم تلك الأفعال[2]. كما تناولت الإتفاقية عدة مواضيع ذات الصلة بالجريمة المنظمة سواء في جانبها الموضوعي و الإجرائي، وعلى سبيل المثال عرفت الإتفاقية الجماعة الإجرامية المنظمة والجرائم الخطيرة، ودعت الدول أن تعتمد ما قد يلزم من تدابير تشريعية لتجريم تلك الأفعال جنائيا. وحثت

---

[1]- سوزي عدلي ناشد، المرجع السابق، ص 188.

[2]- جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة، دراسة تحليلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة ثانية 2010، ص 155.

الدول الأطراف إتخاذ التدابير التي من شأنها إرساء المسؤولية الجزائية الهيئات الإعتبارية على أن تكون العقوبات المقررة فعالة ومتناسبة ورادعة. و تناولت الإتفاقية موضوع المتابعة والمقاضاة وطبيعة الجزاءات المقررة، وكذا مصادرة العائدات الإجرامية وضبط الوسائل المستعملة في إرتكاب الجريمة والتعاون الدولي لأغراض المصادرة، والتصرف في العائدات الإجرامية والممتلكات المصادرة، والولاية القضائية، وتسليم المجرمين، ونقل الأشخاص المحكوم عليهم، و المساعدة القانونية المتبادلة، والتحقيقات المشتركة، وأساليب التحري الخاصة، ونقل الإجراءات الجنائية، وحماية الشهود والضحايا، وجمع وتبادل وتحليل المعلومات، عن طبيعة الجريمة المنظمة و التدريب والمساعدة الفنية إلى غير ذلك من المواضيع[1].

ب- بروتوكول منع و قمع و معاقبة الإتجار بالأشخاص:

وهو البروتوكول المكمل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المتعلق بمنع و قمع و معاقبة الإتجار بالأشخاص بخاصة النساء و الأطفال، المعتمد من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 15 نوفمبر 2000، و التي صادقت عليه الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 03-417 المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، ويهدف هذا البروتوكول منع و مكافحة الإتجار بالأشخاص وحماية ضحايا ذلك الإتجار ومساعدتهم مع إحترام كامل حقوقهم الإنسانية، وكذا تعزيز التعاون بين الدول الأطراف على بلوغ تلك الأهداف.

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من البروتوكول أن الجرائم المقرر بموجبه تدخل ضمن نطاق الجرائم المنصوص عليها في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، وقد عرفت المادة الثالثة من البروتوكول المقصود بتعبير الإتجار بالأشخاص، وأدخلت ضمنه عمليات نزع الأعضاء البشرية[2]. كما نصت الإتفاقية صراحة على عدم الإعتداد بموافقة ضحية الإتجار بالأشخاص في قيام الجريمة، وحددت المادة الرابعة من البروتوكول نطاق تطبيقه في الجرائم ذات الطابع العابر للحدود الوطنية، والتي تضلع فيها جماعات إجرامية منظمة. و قد حثت المادة الخامسة الدول الأطراف أن تعتمد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الإتجار بالبشر

---

[1]- المادة 02إلى 25 من الإتفاقية.

[2]- تنص المادة 3 فقرة أ من البروتوكول أنه يقصد بتعبير الإتجار بالأشخاص تجنيد أو نقل أو تنقيل أو إيواء أو إستقبال شخص أو أكثر، بواسطة التهديد بالقوة أو بإستعمال أو غير ذلك من أشكال الإكراه أو الإختطاف أو الإحتيال أو الخداع أو إساءة إستعمال السلطة أو إستغلال حالة إستضافة أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الإستغلال، ويشمل الإستغلال إستغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الإستغلال الجنسي أو إستغلال الغير في التسول أو السخرة أو الخدمة كرها أو الإسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الإستعباد أو **نزع الأعضاء**.

والشروع في ذلك والمشاركة في إرتكاب تلك الجرائم. كما وضعت الإتفاقية عدة أحكام تتعلق بمساعدة ضحايا الإتجار بالأشخاص وحمايتهم، ومن جانب آخر حث البروتوكول الدول الأطراف على وضع سياسات و برامج و تدابير شاملة من أجل حماية ضحايا الإتجار بالأشخاص، ويتعين على الدول أن تسعى إلى الإضطلاع بتدابير كالبحوث والمعلومات والحملات الإعلامية والمبادرة الاجتماعية والاقتصادية لمنع ومكافحة الإتجار بالأشخاص، كما تناول البروتوكول عدة مواضيع أخرى ذات الصلة[1].

2- التعاون القضائي و الأمني في مجال محاربة المتاجرة بالأعضاء.

رأينا في ما سبق أن الوسائل التقليدية لا تكفي لمواجهة ظاهرة المتاجرة بالأعضاء البشرية ذات الطابع الدولي، ولهذا كان لزاما وضع آليات عملية وقانونية للتعاون الدولي من أجل الحد من الظاهرة ويتجسد التعاون العملي خاصة في المجالين القضائي والأمني، لذا فقد أبرمت الجزائر عدة إتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف تخص التعاون القضائي في المجال الجزائي، يهدف إلى العمل من أجل التنسيق بين السلطات القضائية الأمنية لضمان عدم إفلات المجرمين من العقاب.

أ- التعاون القضائي:

يهدف التعاون القضائي بين الدول إلى التنسيق بين السلطات القضائية فيما يتعلق بالإجراءات الجزائية من حيث إجراءات التحقيق والمحاكمة إلى غاية صدور الحكم، وكذا تبادل أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية في التحقيقات و المتابعات فيما يتصل بجرائم المتاجرة بالأعضاء البشرية، بما في ذلك حماية ضحايا تلك الجرائم أو الشهود، كما يهدف التعاون القضائي إلى ضبط عائدات الجريمة أو حجز الأدوات المستعلمة في إرتكاب الجريمة أو ضبط أدلة الإقناع التي توجد فيها الدولة، وتبليغ المستندات القضائية وتنفيذ عمليات التفتيش والضبط والتجميد وفحص الأشياء والمواقع وتقديم المعلومات والأدلة والتقييمات التي يقوم بها الخبراء، والتعرف على عائدات الجرائم والممتلكات أو الأدوات أو الأشياء الأخرى وإقتفاء أثرها. ومن بين أهم مظاهر التعاون الدولي في مجال جرائم المتاجرة في الأعضاء البشرية، تنفيذ الأوامر القضائية وتسليم المجرمين والإنابات القضائية الدولية و الأحكام الأجنبية[2].

---

[1]- المواد 06 و 07 و 08 من البروتوكول.

[2]- محمد علي سويلم ، الأحكام الموضوعية و الإجرائية للجريمة المنظمة في ضوء السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2009، ص 900 و مايليها ص 900 و مايليها.

ب– التعاون الأمني:

تعد الأجهزة الأمنية من بين أهم أجهزة العدالة الجنائية في مجال مكافحة الجريمة، وذلك من خلال دورها في إستقصاء الجرائم وجمع الإستدلالات، والأصل أن أجهزت الشرطة تمارس أعمالها داخل حدود الدولة التي تنتمي إليها ولا يمتلك أعضاءها صلاحية التحري على الجرائم وجمع الأدلة وضبط المجرمين خارج حدود الدولة، لأن ذلك يتناقض مع السيادة الإقليمية للدول. ومن هنا حرصت الدول على التعاون فيما بينها في من تذليل الصعاب ووضع آليات تسمح بالبحث والتحري عن الجرائم الخطيرة وتبادل المعلومات حولها. وتعد جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية من الجرائم التي بدأ الاهتمام بها بشكل جدي مؤخرا على الصعيد الدولي و الإقليمي، وفي هذا الإطار خصص إجتماع مجلس وزراء الداخلية العرب في دورته الثامنة و العشرين المنعقد بالعاصمة الأردنية عمان بتاريخ 27 و 28 أبريل 2011 في جدول أعماله، موضوع التنسيق الأمني في مجال محاربة ظاهرة المتاجرة في البشر و الأعضاء البشرية، وتدعيم سياسة مكافحة الجريمة هذا بالإضافة إلى الأجهزة الأمنية الدولية المتخصصة سواء و مثالها جهاز الشرطة الدولية الأنتربول الذي يوجد مقره الرئيسي بمدينة ليون الفرنسية وله مكاتب وطنية في الدول الأعضاء، ويمكن لهذا الجهاز القيام بعدة أعمال في إطار محاربة ظاهرة المتاجرة في الأعضاء البشرية، خاصة في مجال تبادل المعلومات و تطوير المساعدة المتبادلة بين الأجهزة الأمنية، في إطار القوانين المعمول بها في مختلف الدول وإنشاء وتطوير كافة النظم الفعالة للوقاية من الجرائم، ورفع مستوى التعاون والتحريات وتوحيد السياسة للدول بشأن التصدي لهذه الجريمة[1].

[1]- جهاد محمد البريزات، المرجع السابق، ص 160.

خاتمة :

من خلال هذه الدراسة، حاولنا التطرق إلى المسؤولية الجزائية الناشئة عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، من خلال إبراز أهم الجرائم التي تضمنها القواعد العامة في قانون العقوبات، ثم الأحكام الجديدة المستحدثة بموجب القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 ، كما حاولنا أيضا تبيان أركان تلك الجرائم و الجزاءات المترتبة عنها ، و كذا العلاقة التي تجمع القواعد التقليدية و القواعد الجديدة من حيث أوجه التداخل و التكامل و التعارض بينها وحاولنا إبراز الأهداف التي يصبوا إليها المشرع من خلال إستحداثه للجرائم الجديدة، و مدى كفايتها و فعاليتها في حماية أعضاء جسم الإنسان و مكوناته من الأنواع الجديدة من الإجرام.

و قد توصلنا إلى أن الجرائم المرتطبة بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، برزت نتيجة الأبحاث الطبية و تطور التكنولوجيا الطبية و الجراحية. فقد أدى هذا التطور في الطب البيولوجي إلى ظهور أفعال لم تكن معروفة سابقا بإمكانها أن تشكل خطورة كبيرة على السلامة البدنية للإنسان وكرامته، لذا كان لزاما على المشرع مجابهتها بوضع قواعد جزائية تردع تلك الممارسات غير الأخلاقية.

و أنه منذ ظهور عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و إكتشاف وسائل الحفظ، طرح النقاش حول الطبيعة القانونية للأعضاء البشرية لا سيما الأعضاء المنفصلة عن الجسم، و كذا حدود سلطة الشخص في التصرف في أعضاء جسمه، إذ أصبح بالإمكان اليوم الفصل بين الجسم و أعضاءه، وقد تجاوزت هذه المسألة حدود التصرفات البسيطة التي كانت معروفة في السابق، مثل التبرع بالدم وحليب المرأة أو الشعر، التي لا تأثر بشكل كبير على السلامة البدينة للشخص في حالة إنتزاعها أو التبرع بها، على عكس نقل الأعضاء الحيوية التي تؤثر بشكل جسيم على السلامة الجسدية للإنسان.

و تعد هذه المسألة هامة في فهم الفلسفة التي المعتمد عليها في تجريم المتاجرة بالأعضاء البشرية و منتجات الجسم، و قد توصلنا إلى أن الرأي الراجح في الفقه ذهب إلى أن جسم الإنسان في حد ذاته يرتبط بالشخص بشكل لا يمكن فصله عنه، و لذلك فهو غلاف الشخصية و عنصر من عناصرها، و لا يمكن بالتالي إدراجه ضمن نطاق الأشياء، و على عكس من هذا فإن الأجزاء المنفصلة عن الجسم أو الجثة، فإنها تدخل ضمن طائفة الأشياء بمجرد إنفصالها عن الشخص أو الوفاة، غير أن تبقى خارجة عن المعاملات المالية و تتمتع بالحماية القانونية وفقا لمبدأ إحترام الجسم البشري.

أما بالنسبة للعلاقة التي تجمع بين الشخص و جسمه، فقد تم التوصل أيضا إلى أنه لا يجب أن ينظر إليه من جانب الحقوق العينية و إنما من جانب الحقوق اللصيقة بالشخصية. و بالتالي لا يستطيع الشخص التصرف في جسمه كما يشاء كما لا يستطيع تغيير أعضاءه التناسلية و جنسه، و تبعا لذلك

فإن الرضاء على إنتزاع الأعضاء لا يكفي وحده لإباحة العمل الطبي أو الجراحي من الناحية الجزائية، وقد أكد المشرع على هذا المبدأ من خلال قانون حماية الصحة و ترقيتها، الذي نص على أن الأعضاء الآدمية تخرج عن التعامل المالي، و حضر في نفس الوقت التصرف فيها مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى. و من جانبه إعتبر القضاء أن أي عمل من شأنه أن يجعل الأعضاء البشرية حتى و لو كانت لأشخاص موتى محل معاملة تجارية غير مشروع و يمس بالنظام العام.

كما تم التوصل أيضا إلى أن مبدأ خروج أعضاء الجسم و بقاياه عن التعامل المالي و كذا عدم قابلية أعضاء الجسم للتصرف فيها ، ليس مبدءا مطلقا بل ترد عليه عدة إستثناءات. فقد أباح المشرع عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية شرط أن يكون الهدف من الإقتطاع التبرع و هو ما يسمى بمبدأ التصرف المحدود. و من جانب آخر وضع المشرع عدة ضوابط يتعين مراعاتها قبل إجراء أي عملية إقتطاع، منها الشروط العامة لمشروعية العمل الطبي، المتمثلة في الترخيص بمزاولة الطب، و قصد العلاج الرضاء على التدخل الطبي، و مراعاة الأصول العلمية. كما وضع شروطا خاصة بعمليات نقل و زرع الأعضاء، و هي حالة الضرورة العلاجية، و أن يكون التبرع بدون مقابل، و توافر الضمانات الفنية، وكذا الشروط الإدارية، و التحقق من الوفاة قبل الإقتطاع من الجثة.

من جانب آخر، فإن المشرع لم يحدد الجزاءات عن مخالفة تلك الشروط و لا المسؤولية الجنائية إلا في ما يتعلق ببيع الدم البشري، الذي ورد فيه نص جزائي خاص. و يفهم من خلال موقف المشرع أن هذا الأخير ترك أمر المسائلة الجزائية عن مخالفة الشروط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء إلى للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات، سواء بالنسبة إلى الجرائم العمدية أو الجرائم غير العمدية.

و تطبيقا لذلك فإن الطبيب الذي يرتكب خطأ طبيا أثناء أو بمناسبة العملية الجراحية فيؤدي إلى إصابت المجني عليه بمرض أو عجز أو يؤدي وفاته، يتابع على أساس المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي تحيل بدورها إلى المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، المتعلقة بالقتل الخطأ و الجروح الخطأ، و أن نظرية الخطأ لا تزال لها مجالا للتطبيق في هذا المجال حتى الآن، إذا ثبت إرتكاب الطبيب إحدى صور الخطأ الجزائي المحددة في المواد المذكورة أعلاه. كما يتعين أيضا إثبات الإصابة الجني عليه بعاهة أو المرض، و أخيرا يتعين إثبات العلاقة السببية.

و توصلنا في هذا الإطار إلى أن إثبات الخطأ الطبي في عمليات نقل و زرع الأعضاء ليس بالأمر الهين، نظرا لصعوبة هذه العمليات و تعقيدها و كذا المخاطر الناتجة عنها. كما أن إحتمال الفشل الطبي فيها وارد بشكل كبير. أما في ما يخص تحديد المسؤولية الجزائية لمرتكب الخطأ فإنها صعبة أيضا،

نظرا لإشتراك عدد كبير من الأطباء المختصين و الجراحين و المساعدين الطبيين والممرضين في العملية، بحيث تتداخل عادة مهامهم مما يصعب على القاضي تحديد مرتكب الخطأ في ظل مبدأ الشخصية الذي لا يزال أحد الركائز الأساسية لقانون العقوبات.

أما بالنسبة إلى الإعتداءات العمدية على أعضاء الجسم، كانت جميعها خاضعة إلى القواعد العامة التي تحمي الحق في الحياة و سلامة الجسم، بالنظر لجسامة النتيجة الإجرامية الذي أدى إليها الفعل الإجرامي. و تبعا لذلك فإن الطبيب الذي يقوم بترع عضو دون الحصول على موافقة صاحبه، يتابع بجريمة الجروح العمدية المفضية إلى بتر عضو أو إلى عاهة مستديمة أو الجروح الفضية إلى الوفاة دون قصد إحداثها. كما تطبق المادة 254 من قانون العقوبات المتعلقة بالقتل العمد على الطبيب الذي يقوم بترع عضو ضروري للحياة، أو إذا قام الطبيب بتوقيف أجهزة الإنعاش الصناعي للمريض المحتضر بغية الإستفادة من أعضاءه شرط توافر نية إزهاق الروح لدى الجاني. كما تطبق جريمة الخصاء على الطبيب الذي يقوم بترع عضو من الأعضاء التناسلية للشخص دون غرض علاجي، سواء بداعي تغيير الجنس أو بداعي التبرع. أما إذا وقع الإعتداء على الجثة كما لو تم سرقة العضو من شخص متوفى فيمكن متابعة الفاعل على أساس إحدى الجرائم التي تمس جثة الشخص و رفاته.

و قد لجئ القضاء دوما إلى تلك الأحكام في ترتيب المسؤولية الجزائية على الطبيب، الذي يقوم بإقتطاع عضو مخالفة للشروط القانونية المذكورة أعلاه.

كما تم التوصل من خلال البحث إلى أن القواعد التقليدية التي تحمي الحق في سلامة الجسم. لم تعد تساير في مجملها النماذج الإجرامية الجديدة الذي كشف عنها الطب الحديث في مجال نقل وزرع الأعضاء، سواء من حيث الأركان أو من حيث طبيعة الجزاءات أو الخطورة الإجرامية.

فبالرغم من أن المشرع كان متخوفا منذ البداية من مسألة الإتجار بالأعضاء بدليل وضعه للشروط الصارمة لإقتطاع الأعضاء و الأنسجة، إلا أن تفعيل تلك الضوابط كان في إطار مبادئ أكثر مرونة، و هذا كمحاولة من المشرع لإيجاد نوع من التوازن بين الممارسات الطبية المستحدثة ومبدأ حصانة الجسم، من بينها مبدأ الإستقلالية، و حق الشخص في تقرير مصيره جسده، وتفعيل عنصر الرضاء كأحد الركائز التي تبيح تلك الممارسات، إلا أن سكوته المشرع عن وضع أحكام جزائية تردع الأشخاص الذين يخالفون تلك الضوابط قد ساهم في إتساع الهوة التي تفصل بين جوهر تلك المبادئ ومضمون الممارسات، و كذا مقتضيات الحماية الواقعية التي يجب توفيرها للجسم البشري بكافة مشتملاته و عناصره.

لذا كان من غير الملائم ترك مسألة تنظيم و ضبط الممارسات الطبية و العلمية الحديثة الماسة بمادة الجسم البشري و رسم حدود نطاق الحماية القانونية لذلك الجسم رهنا بما تتضمنه القواعد والمبادئ العامة التقليدية المستقر عليها في القانون الجنائي. ذلك أن من شأن هذا النهج أن يزيد المسألة تعقيدا و يؤدي إلى نتائج عكسية، تتمثل في إنحسار نطاق الحماية الجنائية للجسم البشري، نظرا لقصور تلك المبادئ و القواعد و عجزها عن إستيعاب العديد من أنماط السلوك الإجرامي الجديد في المجال الطبي و العلمي الذي يمس بمكونات الجسم.

و بناءا على ذلك جاء التدخل التشريعي بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، الذي وضع لأول مرة قواعد جزائية تحمي مكونات الجسم، من الأعمال الطبية والجراحية الحديثة المرتبطة بنقل و زرع الأعضاء البشرية، و أن هذا القانون فرق لأول مرة بين الأعضاء البشرية ومشتقات الجسم الأخرى، و أعطى لكل منهما أحكام و عقوبات خاصة بها، مسايرا بذلك النهج الذي سلكه قانون حماية الصحة و ترقيتها و كذا المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب، و هو شيء منطقي بالنظر إلى خصوصية كل منهما و درجة تأثيره على الكيان الجسدي للإنسان، الأمر الذي لم يكن موجودا في الأحكام التقليدية التي تحمي الحق في سلامة الجسم. و قد إستحدث هذا القانون قسما خاص تحت عنوان المتاجرة بالأعضاء أدرج فيه جملة من الجرائم الجديدة، تتعلق بنزع الأعضاء والأنسجة دون موافقة صاحبها، و الإتجار في الأعضاء البشرية و مشتقات الجسم الأخرى.

أما بالنسبة للجريمة الأولى فإنها جاءت لتحمي شرط الموافقة المسبقة للمنقول منه العضو، الذي تم تكريسه في قانون حماية الصحة و ترقيتها، فالإضافة إلى إعتباره شرطا أساسيا تتوقف عليه شرعية عمليات نقل و زرع الأعضاء، يعد مبدأ الموافقة الحرة و المستنيرة أيضا مظهرا من مظاهر الحصانة المقررة للجسم الإنساني، حيث يمنع القانون كل مساس بالسلامة البدنية للفرد سواء لمصلحته أو لمصلحة الغير إلا بالموفقة الصريحة للمعني في حدود ما يتفق مع النظام العام و الآداب العامة في المجتمع. وقد حرص المشرع على وجوب إحترام الأحكام المتعلقة بالحصول على موافقة المتبرع سواء كان شخصا على قيد الحياة أو شخصا ميتا. و من ثم إذا باشر الطبيب عملية الإقتطاع بدون إحترام الضوابط القانونية المقررة في هذا الشأن، يعتبر مرتكبا لجريمة إقتطاع عضو بدون موافقة صاحبه، و على هذا الأساس يمكن متابعة الطبيب جنائيا على الإقتطاع الذي يباشره بدون إحترام الإجراءات القانونية، مهما كان الغرض من عملية الإقتطاع سواء تمت بهدف الزرع بجسم مريض آخر أو بغرض المتاجرة أو إجراء التجارب العلمية. و ينتفي رضاء الشخص إذا لجأ الطبيب إلى الغش أو التحايل للحصول على موافقة المتبرع، كما تنتفي

الموافقة إذا رجع المتبرع عنها فإذا باشر الطبيب عملية الإقتطاع بعد إعراب المتبرع عن تراجعه يعتبر مرتكبا لجريمة إقتطاع عضو بدون رضاء صاحبه.

كما تم التطرق أيضا إلى الصعوبات التي تثيرها تطبيق المادة في حالة الرضاء الناقص للمتبرع عن هذا النوع من العمليات أي عدم تبصيره بكل المخاطر، و توصلنا إلى أنه لا يمكن تطبيق المادة على جميع حالات الرضا الناقص. و في هذا الصدد تم التطرق إلى إشكاليات تطبيق المادة على الجنين، الذي لا شخصا على قيد الحياة من حيث الطبيعة، و لا يعد من الأعضاء البشرية الخاصة بالمرأة الحامل، و لا من مشتقات الجسم الأخرى و إنما ذو طبيعة خاصة. و إستنادا على ذلك فإن عمليات إستئصال الأعضاء أو إنتزاع خلايا حية من المخ أو الجهاز العصبي للجنين دون الحصول على موافقة والديه، لا تزال خاضعة إلى القواعد العامة للمسؤولية الجزائية لا سيما جريمة الإجهاض، لذا يتعين إستكمال هذا الجانب بوضع قواعد جزائية تحمي الجنين، ليس فقط من عمليات الإقتطاع غير المشروعة للخلايا و الأنسجة، بل أيضا من جملة الممارسات الطبية المستحدثة غير الأخلاقية.

أما الجريمة الثانية التي تم إستحداثها بموجب القانون 09-01 فهي جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية، و تم التوصل إلى أن النص على هذه الأخيرة، جاء ليحمي مبدأ المجانية في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية الذي تم تكريسه هو الآخر بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها، و تم التوصل إلى أن الغرض من إدراج هذه المادة هو محاربة كل أشكال المتاجرة بالأعضاء البشرية الذي لا يوجد نموذج يجرمها ضمن القواعد التقليدية في قانون العقوبات نظرا لحداثتها.

كما تم التوصل أيضا إلى أن أعمال المتاجرة بالأعضاء، تشكل إنتهاكا خطيرا لحقوق الإنسان و كيان المجتمع، و أن الهدف الأساسي لمرتكبي تلك الجرائم هو تحقيق الربح و تحويل الأعضاء الآدمية مجرد سلعة تباع و تشترى، و تستغل تلك العصابات الإجرامية الظروف الإقتصادية و الإجتماعية لإجبار الأشخاص على التنازل على أعضاءهم لصالح الغير مقابل ثمن، وفي هذا الصدد تمت الإشارة إلى أن المشرع جرم نفس الفعل مرتين بموجب نصين في قانون العقوبات، و هما المادة 303 مكرر 16، بالإضافة إلى المادة 303 مكرر 4 المستحدثة أيضا بالقانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، التي وردت هي الأخرى ضمن القسم الخامس مكرر تحت عنوان الإتجار بالأشخاص. و توصلت أيضا إلى أن المشرع إعتبر الوسيط في المتاجرة بالأعضاء كفاعل أصلي في الجريمة ، و ليس شريكا فيها و هذا من أجل توسيع دائرة التجريم و العقاب، ليشمل جميع المتدخلين في أعمال الوساطة و السمسرة.

أما في ما يخص الجزاء، فقد تم التوصل إلى أن المشرع وضع عقوبات صارمة ضد مرتكبي الجرائم المستحدثة بموجب التعديل الأخير، لبناء سد منيع يقف أمام التجاوزات و الإنحرافات الأخلاقية

الطبية، كما شدد المشرع العقوبة في بعض الحالات المتمثلة في إرتكاب الجريمة ضد الضحية قاصر، أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، أو إذا سهلة وظيفة الفاعل أو مهنته إرتكاب الجريمة، أو إذا إرتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص، أو إذا إرتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد بإستعماله، أو إذا إرتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة ، أو كانت ذات طابع عابر للحدود.

كما أن المشرع تطرق أيضا في القانون الجديد إلى مسائل جزائية مختلفة، تتعلق بالأعذار القانونية، و ظروف التخفيف، و العقوبات التكميلية، و مسؤولية الشخص المعنوي، و الشروع في الجريمة، و عدم الإبلاغ عنها، و أن جميع تلك الأحكام تتماشى و السياسة العقابية الجديدة الذي إنتهجها المشرع منذ بدأ الإصلاحات التي شهدها قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية في الفترة الأخيرة، و تماشيا أيضا النظريات الحديثة في علم الإجرام و العقاب، و الإلتزامات الدولية في هذا المجال.

أما في ما يخص الطريقة التي تم صياغة النصوص الجديدة بها، فقد تم التوصل إلى أن المشرع إستعمل منهج التجريم عن طريق الإحالة، غير أن المشرع لم يحدد المواد المحال إليها و لا حتى القوانين المحال إليها بالرغم من الإشارة إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها ضمن القوانين التي تم الإستناد إليها في إعداد النصوص الجديدة، و إكتفى المشرع بإستعمال عبارات عامة، مما يفتح الباب أمام التوسع في تفسير النص الجزائي. و بالرغم من أنه يفهم من مضمون النص أنه يحيل ضمنيا إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها الذي يحيل بدوره إلى نصوص تنظيمية أو قرارات إدارية أخرى،كما هو الشأن بالنسبة إلى المعايير المحددة للوفاة التي تم تحديدها عن طريق قرار إداري من قبل وزير الصحة. و قد تم التوصل إلى أن ذلك النهج من شأنه أن يتعارض مع مبدأ مشروعية الجرائم و العقوبات، المنصوص عليه في الدستور والذي يقتضي أن يكون التجريم بموجب قوانين واضحة.

كما خلصت الدراسة إلى أن المشرع لم يتطرق في الأحكام الجديدة، إلى كافة الممارسات التي تشكل مخالفة للشروط القانونية المتعلقة بعمليات نقل و زرع الأعضاء، و إكتفى بتجريم الأعمال التي تشكل مخالفة لمبدأ المجانية و كذا مبدأ الموافقة المسبقة، بالرغم من وجود عدة شروط لا تقل أهمية عن الشرطين السابقين، مثل ضرورة إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء بالمؤسسات الإستشفائية المرخص لها ، بحيث لم يجرم المشرع إجراء العمليات خارج تلك المؤسسات بموجب نص صريح، و كذا أعمال الإستيراد أو تصدير الأعضاء و مشتقات الجسم دون ترخيص من السلطات، و أقترحنا سد هذا الفراغ بوضع قواعد جزائية خاصة في ظل تعاظم إنتشار المؤسسات الإستشفائية الخاصة، التي أصبحت اليوم تملك من المؤهلات و الوسائل ما يمكنها من إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء.

كما يمكن الإستنتاج أيضا من خلال الدراسة، أنه بالرغم من أن المشرع قد إستحدث جملتا من الجرائم الجديدة بموجب القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، إلا أن المشرع لا يزال يعول على القواعد التقليدية التي تحمي الحق في سلامة الجسم و الحياة، و لم يستغني عنها بشكل نهائي، بحيث أصبحت تلك القواعد إن صح التعبير مكملة للقواعد المستحدثة في حالة غياب النص الخاص، بعدما ما كانت هي الأصل، و على سبيل المثال فإن المشرع عندما إستحدث النصوص الجديدة لم يتطرق إلى حالة حدوث الوفاة للمجني عليه الخاضع للعملية، سواء كظرف من الظروف المشددة للجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 أو كحالة مستقلة بذاتها، و أمام إنعدام النص الخاص تبقى تلك الأفعال خاضعة إلى القواعد العامة و هي جريمة القتل العمد شرط إثبات النية في إزهاق روح المجني عليه، أو جريمة الجروح العمدية المفضية إلى الوفاة دون قصد إحداثها، إذا أدت عملية بتر العضو إلى وفاة المجني عليه دون قصد إزهاق الروح.

كما لا تزال عمليات تغيير الأعضاء التناسلية خاضعة إلى جريمة الخصاء المنصوص عليها 269 من قانون العقوبات، و كذلك الحال بالنسبة إلى الأخطاء الطبية في مجال نقل و زرع الأعضاء التي لا تزال لها مجالا للتطبيق أيضا في جرائم الخطأ سواء أدى ذلك إلى الوفاة أو إحداث عاهة أو تعطيل أحد وظائف الجسم أو مرض.

و من جانب آخر نجد نوع من التداخل بين القواعد الجديدة و القواعد التقليدية من حيث الوصف الجنائي للوقائع، و على سبيل المثال فإن الوقائع المشكلة لجريمة نزع عضو دون موافقة صاحبه قد ينطبق عليها النموذج الإجرامي الخاص بجريمة الجروح العمدية الفضية إلى بتر عضو أو عاهة مستديمة في بعض حالاتها، و أمام وجود النص الخاص يتعين تطبيق هذا الأخير.

و بصفة عامة يمكن القول أن التدخل التشريعي الأخير، يعتبر كخطوة أولى هامة في إطار المسعى الذي يصبو إليه المشرع في تجريم الأشكال الجديدة من الإجرام الذي أسفر عنه التطور في مجال الطب و الجراحة. كما يعتبر تجسيدا للإلتزامات الدولة في مجال محاربة الجريمة المنظمة بكل أشكالها وأنواعها، لا سيما إتفاقية باليرمو المتعلقة بمحاربة الجريمة المنظمة، و كذا البروتوكول المكمل لها المتعلق بمنع و قمع و معاقبة الإتجار بالأشخاص بخاصة النساء و الأطفال، التي صادقت عليهما الجزائر بتحفظ.

و لما كانت الأحكام القانونية التي وضعها المشرع لحماية المجتمع من هذا النوع الجديد من الإجرام غير كافية لوحدها في الحد من الظاهرة، كان لزاما تضافر الجهود الدولية و التنسيق في المجال القضائي و الأمني من أجل القضاء على النوع من الجرائم الذي أصبح يدخل ضمن إطار الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية.

هذا و نشير في الأخير إلى أن جرائم المتاجرة بالأعضاء البشرية و مشتقات الجسم، هي واحدة من الإنتهاكات التي برزت مع تطور الطب و الجراحة، بالإضافة إلى العديد من الممارسات الطبية غير الأخلاقية هذه الأخيرة من شأنها التأثير بشكل خطير على الكيان الجسدي للإنسان والجنس البشري، إلا أنها لا تزال خاضعة إلى اليوم للقواعد التقليدية التي تحمي الحق في حصانة الجسم. لذا يتعين على المشرع إستكمال هذا النهج و يضع إطارا قانونيا واضح بين ما هو مباح وما هو مجرم جزائيا، من أجل قطع الطريق أما جميع أشكال الممارسات غير الأخلاقية، لا سيما إذا أخذنا بعين الإعتبار التقدم الذي تشهده بلادنا في مجال البحث العلمي و كذا إنتشار الوسائل التقنية الحديثة و كذا فتح المجال أمام المخابر والمؤسسات الطبية الخاصة التي تملك من المؤهلات والوسائل ما يكفيها لإجراء مثل تلك الممارسات.

قائمة المراجع:

I. المراجع باللغة العربية.

• المراجع العامّة:

- **أحسن بوسقيعة** ،الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، الجرائم ضد الأشخاص، دار هومة ، طبعة 2006.
- **أحسن بوسقيعة**، الوجيز في القانون الجزائي العام ، دار هومة ، طبعة 2008.
- **أحسن بوسقيعة**، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، طبعة 2010.
- **أحمد محمودة** ، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي، دراسة مقارنة ، دار هومة، الطبعة الثانية 2004، الجزء الثاني.
- **أسعد عبيد الجميلي** ، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، طبعة 2009.
- **بريك الطاهر**، فلسفة النظام العقابي في الجزائر و حقوق السجين، دار الهدى، طبعة 2009
- **جيلالي بغدادي** ، الإجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني،الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، سنة 2002.
- **حسن كيرة** ، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة.
- **رشيد خلوفي** ، قانون المسؤولية الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2001
- **لحسن بن الشيخ أث ملويا**، المنتدى في قضاء مجلس الدولة ، دار هومة ، الجزء الأول ، طبعة 2002.
- **عادل الشهاوي**، القتل العمد فقها و قضاء ، دار النهضة العربية، طبعة أولى ، سنة 2009.

➢ **تشوار جيلالي** ، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2001.
➢ **علي فيلالي**، الإلتزامات (الفعل المستحق للتعويض) ، دار موفم للنشر، طبعة ثانية، سنة 2007.

➢ **علي محمد جعفر**، فلسفة العقاب و التصدي للجريمة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 2006.
➢ **محمدي فريدة**، نظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2002.
➢ **محمد سعيد جعفور** ، فاطمة إسعد ، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري ، دار هومة ، طبعة 2002.
➢ **محمد علي سويلم**، الأحكام الموضوعية و الإجرائية للجريمة المنظمة في ضوء السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2009.
➢ **معز أحمد محمد الحياري**، الركن المادي للجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2010.

• المراجع المتخصصة:

➢ **إدريس عبد الجواد عبد الله**، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009.
➢ **أحمد عبد الدائم**، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 1999.
➢ **أحمد حسام طه تمام**، الحماية الجنائية لإستخدام الجينات الوراثية في الجسم البشري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 2005.
➢ **أيمن مصطفى الجمل**، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2008.
➢ **بلحاج العربي**، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، على ضوء القانون الطبي الجزائري و الفتاوى الطبية المعاصرة، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2007.

- بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار حامد للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2002.
- **جهاد محمد البرايزات** ، الجريمة المنظمة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الطبعة الثانية 2010.
- **حروزي عز الدين** ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن، دار هومة ، طبعة 2008.
- **رائد كمال خير**، شروط قيام المسؤولية الجزائية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، طبعة 2004.
- **رايس محمد**، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، طبعة 2010.
- **رمضان جمال كمال**، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2005.
- **سميرة عايد ديات** ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع ، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى ،2004.
- **صابر محمد سيد**، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، مصر ، طبعة 2008.
- **عبد القادر الشيخي**، جرائم الإتجار بالأشخاص و الأعضاء البشرية و عقوبتها في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
- **علي الشيخ إبراهيم مبارك**، حماية الجنين في الشريعة و القانون، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، طبعة 2009.
- **علي محمد علي أحمد**، معيار تحقق الوفاة و ما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2008.
- **مأمون عبد الكريم**، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء في قانون العقوبات الجزائري.

➢ **مأمون عبد الكريم**، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2006.
➢ **محمد إبراهيم النادي**، موت الدماغ و موقف الفقه الإسلامي منه، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2010.
➢ **محمد القبلاوي**، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2005.

➢ **محمد حماد الهيتي**، الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2005،
➢ **محمد حماد مرهج الهيتي**، التكنولوجيا الحديثة و القانون الجنائي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، طبعة أولى 2004.
➢ **محمد محمود حمزة**، إجارة الأرحام بين الطب و الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 2007.
➢ **مصطفى عبد الحميد عدوى**، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة بين النظامين المصري و الأمريكي، دار النهضة العربية، طبعة 1992.
➢ **مـــروك نصر الديـــن**، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد ، فـــي القانون الجزائري والشريعـــة الإسلامية، دراسة مقارنـــة، الديوان الوطنـــي للأشغـــال التربوية، الطبعة الأولى، 2003.
➢ **مهند صلاح أحمد فتحي العزة**، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

- **المقالات:**

➢ **أحسن بوسقيعة** ، خصوصيات المنازعات الجمركية، مقال منشور في المجلة القضائية، سنة 2000، عدد 2.

- البروفيسور بن منصور مصطفى رئيس مصلحة أمراض الكلى بالمستشفى الجامعي بتلمسان بالمداخلة التي ألقاها بالمتلقى الدولي حول التبرع بالأعضاء التي احتضنته كلية الطب جامعة تلمسان بتاريخ 2011/10/16.
- بودالي محمد ، جرائم تعريض الغير للخطر عن طريق الإمتناع، مقال منشور في المجلة القضائية لسنة 2006، عدد 2، ص 77؛ رايس محمد، مسؤولية الطبيب الممتنع عن تقديم العلاج في القانون الجزائري، مقال منشور في نفس المجلة.
- **تشوار جيلالي**، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري و التغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة تلمسان، عدد خاص بالملتقى الوطني حول حقوق شخصية، طبعة 2008.
- **قاسم العيد عبد الله** ، التلقيح الإصطناعي، تعريفه ، نشأته و موقف التشريع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد 3، طبعة 2007.
- **سوزي عدلي ناشد**، الإتجار في البشر بين الإقتصاد الخفي والإقتصاد الرسمي، مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد الأول، طبعة 2004، ص 188.
- **سيدهم مختار**، بالمداخلة التي ألقاها بالملتقى الدولي حول "المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء و الإجتهاد القضائي"، التي إحتضنته المحكمة العليا بتاريخ 2010/04/12، تحت عنوان "المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل القانون الجزائري"، منشور في المجلة القضائية ،عدد خاص بالملتقى، قسم الوثائق للمحكمة العليا 2011.
- **الدكتور محمد الشريف قاهر** عضو المجلس الإسلامي الأعلى، المداخلة التي ألقاها في الملتقى الدولي حول التبرع بالأعضاء، التي احتضنته كلية الطب جامعة تلمسان بتاريخ 2011/10/29 تحت عنوان: " التبرع بالأعضاء، هبة الحياة"، مداخلة غير منشورة.
- **محمد بودالي**، المسؤولية الجزائية للجراح و طبيب التخدير و الإنعاش، مداخلة ألقيت بالملتقى الدولي حول الأخطاء الطبية المنعقد بالمحكمة العليا بتاريخ 2010/04/12، منشور في، م.ق، عدد خاص بالملتقى.

- **مأمون عبد الكريم**، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة تلمسان، عدد 10/2010.
- **مروك نصر الدين** ، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، مقال منشور في المجلة القضائية ، عدد 2 ، سنة 2000.
- **يحي عبد القادر**، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري و الإجتهاد القضائي، مداخلة ألقيت بالملتقى الدولي حول: "المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء و الإجتهاد القضائي"،م.ق، عدد خاص بالملتقى.

• المراجع النصيّة.

أولا: القوانين.

- دستور 1963، بتاريخ 10 سبتمبر 1963، و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية(ج.ر 64).
- الدستور الجزائري ، إعلان مؤرخ في 01 ديسمبر 1996 ، يتعلق بنتائج الإستفتاء على الدستور، (ج.ر. 76)، بتاريخ 28 نوفمبر 1996.
- القانون 84- 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر15).
- القانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 ، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، (ج، ر.08). المعدل والمتمم
- قانون 90-07 مؤرخ في 1990/04/03 يتعلق بالإعلام، (ج.ر 14) بتاريخ 1990/04/04.
- القانون 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ج.ر.35) المعدل والمتمم.
- القانون 98-09 المؤرخ في 19 غشت 1998 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ج.ر.61). المعدل والمتمم.

- القانون رقم 01-14 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرقات و سلامتها و أمنها (ج.ر.عدد 46) المعدل والمتمم بالأمر 09-13 (ج.ر عدد45).
- القانون 04-15 المؤرخ في 2004/10/10 المعدل و المتمم لقانون العقوبات، (ج.ر 71) بتاريخ 2004/11/10.
- القانون 04/05 مؤرخ في 2005/02/06، المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة إدماج المحبوسين، (ج.ر 12) بتاريخ 2005/02/13.
- القانون 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ج.ر44) المعدل والمتمم.
- القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل و المتتم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، (ج.ر.15) ، بتاريخ 08 مارس 2008.
- القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج.ر15).
- القانون 04/09 المؤرخ في 2009/08/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، (ج.ر 47) بتاريخ 2009/08/16.

ثانيا: الأوامر.

- الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، (ج.ر. 49)، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، (ج.ر. 49)، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 75 – 58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، (ج.ر78)، المعدل والمتمم.

- الأمر رقم 154/66 المؤرّخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدّل والمتمّم، طبعة 2007/2006، منشورات بيرتي.
- الأمر رقم 156/66 المؤرّخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدّل والمتمّم، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991.
- الأمر رقم 58/75 المؤرّخ في 20 رمضان1395الموافق 1975/09/26 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدّل والمتمّم، طبعة 2007/2006، منشورات بيرتي.
- الأمر رقم 06/97 مؤرخ في 1997/01/21، يتعلق بالعتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة، (ج.ر 06) بتاريخ 1997/01/22.
- الأمر 06-07 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ج.ر.47) المعدل والمتمم.

ثالثا: المراسيم.

- المرسوم المؤرخ في 11 سبتمبر 1963 المتضمن المصادقة على إتفاقية جنيف للأمم المتحدة الخاصة بالرق الصادرة بتاريخ 09 مارس 1927، معدلة بالبروتوكول المؤرخ في 07 ديسمبر 1953، (ج.ر 66)، بتاريخ 14 سبتمبر 1963،
- المرسوم التنفيذي 96/98 المؤرخ في 1998/03/18، المحدد لكيفية تطبيق الأمر 06/97 المتعلق بالعتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة،(ج.ر 17) بتاريخ 1998/03/15.
- المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 مايو 1989، (ج.ر. 20)، بتاريخ 17 مايو 1989، المتضمن المصادقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية ، إعتمد و عرض للتوقيع و التصديق و الإنضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ، بتاريخ 16 ديسمبر 1966 ، صادقت عليه الجزائر بموجب ، (ج.ر.20)، بتاريخ 26 فبراير 1997.

- المرسوم التنفيذي 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، (ج.ر. 52).
- المرسوم التنفيذي رقم 11-235، مؤرخ في 2011/07/03، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش في مجال الصحة العمومية، (ج. ر 38) بتاريخ 2011/07/06.

رابعا: متفرقات.

- منتدى جريدة المجاهد حول التبرع بالأعضاء الذي إستضاف البروفيسور الطاهر ريان رئيس مصلحة أمراض الكلى بالمستشفى الجامعي ببني مسوس، بمناسبة اليوم العالمي للتبرع بالأعضاء المصادف 15 أكتوبر، منشور في جريدة المجاهد، بتاريخ 2011/10/17.
- جريدة الأيام الجزائرية، بتاريخ 2011/04/23.

II. المراجع باللغة الفرنسية:

Ouvrages en langue français

- **Ouvrages généraux et spéciaux :**

- ***A. Guillontin*** *, La dignité du mourant , in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze » sous la direction de Ph. Pedrot, Economica, 1999.*
- ***A.Ossoukine****, L'Ethique biomédicale, 2ème édition, OPU 2007.*
- ***C. Giovannageli****, Le droit français actuel des prélèvements d'organes, in «Le droit de la biologie humaine», sous la direction de A. Sériaux, édition Ellises, 2000.*
- ***E. De Marco****, Le Droit Pénal Applicable sur Internet, Mémoire de D.E.A, Montpellier 1998.*

- ***E. Hannosset***, *consentement éclairé : Fondement, méconnaissance, conséquences, in «droit médical» sous la coordination de YH. Leleu, édition LACIER, 2005.*
- ***F.Bellivier et C.Noiville***, *Contrats et vivant, le droit de la circulation des ressources biologique, édition delta, 2006.*
- ***F.Z Elkbir***, *L'état de la bioéthique en Algérie, in « Bioéthique, bioéthiques », sous la direction de Laurence Azoux-Bacrie, édition Bruylant, 2003.*
- ***I.Souplet***, *La perte de chances dans le droit de la responsabilité médicale, Mémoire DEA, Lille 2, 2002.*

- ***J-F. Seuvic***, *Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze » sous la direction de Ph. Pedrot, Economica, 1999.*
- ***J-M. Roux***, *Un sujet en quête de son personnage, l'embryon humaine, in «Le droit de la biologie humaine», sous la direction de Alain Sériaux, édition Ellises, 2000.*
- ***J-P.Baud***, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps, Seuil-Des travaux, 1993.*
- ***J-M. Roux***, *Un sujet en quête de son personnage, l'embryon humaine, in « Le droit de la biologie humaine», sous la direction de Alain Sériaux, Op.cit.*

- ***P. Henry***, *A propos du consentement libre et éclairé du patient, in «droit médical» sous la coordination de YH. Leleu, édition LACIER, 2005.*
- ***P. Bruno***, *recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, Thèse Droit Nancy, 1993.*

- ***P. Pedro***, *La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian Bolze » sous la direction de P. Pedrot, Economica, 1999.*
- ***M-L.DELFOSSE et C.BERT***, *Bioéthique, droit de l'homme et biodroit, Recueil de textes annotés internationaux – régionaux-belge et français , édition LACIER, 2005.*

- ***S.Laporte***, *La Vénalité des éléments du corps humain, Mémoire du master, Lille 2, 2004.*

- **Articles :**

- ***A.ossoukine***, *L'ABCdaire du droit de la déontologie médical, Publications de l'agence nationale pour le développement de la recherche en santé, Oran 2006, p 297.*
- ***C. Kalfat***, *L'atteint à la vie est-elle impérativement protégée par le droit pénal ?, Revue des sciences juridique et administratives, Université Abou - Bekr BELKAID de TLEMCEN, 2008.*
- ***Z.Yacoub***, *le droit à la dignité et la revendication euthanasique, Revue des sciences juridique et administratives, Université Abou - Bekr BELKAID de TLEMCEN, 2008.*

*القانون الفرنسي:

- *Loi n° 94-548 relative aux fiches sanitaire automatisées . loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, JORF du 30 juillet 1994.*
- *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain , modifié par la loi n° 2004-800 du 06 août 2004, relative a la bioéthique.*
- *Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. JORF du 30 juillet 1994).*
- *Ordonnance n°2000-548 du 15 juin 2000, relative à la partie législative du code de la santé publique, JORF du 22 juin 2000, pp. 9340-9342.*
- *Loi n° 2002-303 du 05/03/2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF 05/03/2002, p.4118*
- *Loi n° 2004-800 du 06 août 2004, relative a la bioéthique, JORF 07 août 2004,P.1440.*

ملخص :

لقد ساهمت عمليات التبرع بالأعضاء البشرية في علاج الكثير من الأمراض المستعصية. إلا أنها أفرزت من جهة أخرى ممارسات غير أخلاقية، و رغم وجود الإطار القانوني لتلك الأعمال الطبية ضمن أحكام قانون حماية الصحة و ترقيتها، الذي حاول من خلاله المشرع إيجاد نوع من التوازن بين الطرق العلاجية الحديثة و حق الشخص في سلامة جسمه.

غير أن المشرع لم يضع نصوصا جزائية تردع تلك الممارسات. التي ظلت خاضعة للقواعد التقليدية التي تحمي الحق في سلامة الجسم، إلا بصدور القانون 09-01 الذي إستحدث أحكاما جزائية تتماشى مع الأوجه الجديدة للإجرام، يهدف من وراءها إلى مكافحة جرائم الإتجار بالبشر و بالأعضاء البشرية ضمن إطار الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية.

الكلمات المفتاحية: نقل وزرع الأعضاء، مشتقات الجسم، الجرائم، المسئولية الجزائية.

Résumé :

Le don d'organes humains a contribué dans le traitement de nombreuses maladies incurables, mais a été l'origine de pratiques contraires à l'éthique, en dépit de l'existence du cadre juridique pour ce genre de pratique médicale, a savoir la Loi relative à la protection et à la promotion de la santé, par laquelle le législateur à essayé de trouver une sorte d'équilibre entre le bénéfice des méthodes thérapeutiques modernes et le droit de la personne à l'intégrité physique.

Toutefois, le législateur pénal n'a pas émis de dispositions spéciales pénalisant de telles pratiques qui sont restés soumises aux règles générales jusqu'à l'amendement du code pénal par la loi 09-01, par lequel sont paru des dispositions pénales relatives aux infractions liées au don d'organe. Les nouvelles dispositions ont pour but de lutter contre, entre autre, le trafic d'organes dans le cadre de la lutte contre le crime organisé transnational.

Mots clés : transplantation d'organe, tissus et produits humain, infractions, responsabilité pénale.

Summary :

Organ transplant has helped in the treatment of many incurable diseases, but has been the source of unethical practices, despite the existence of the legal framework for this type of medical practice, namely the Law on health protection and promotion, in which the legislator tried to find some sort of balance between the benefit of modern treatment methods and the person' right to physical integrity.

However, penal legislation has not made special provisions for such practices which remained managed by general rules until the amendment of the Criminal Code by Law 09-01, which came with provisions relating to offenses related to organ transplant. By these new provisions the legislator intend to fight against, among other things, organ trafficking as part of the fight against transnational organized crime.

Keys words : Organ transplant, human tissus, infractions, criminal liability.