الحماية الجنائية للأعضاء البشرية
دراسة في الفقه والتشريع المقارن

د.عبد الرحمن خلفي
جامعة بجاية

¥

إنّ التّطور العلمي الحاصل في العقود المتأخرة وفي الميدان الطي بالذات ليشكل بحقّ طفرة لم تسبق لها البشرية من قبل، وتتمّ في شكل متسارع جعل المشرع تغيب عنه الكثير من التقنيات الحديثة الي لم يستطع الحد من تجاوزاتها.

وقد نال مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية رواجا كبيرا شهد على شهرة علماء طب دوليين، لكنه وفي المقابل شجّع على ظهور سماسرة دوليين يقومون بدور الوساطة بين تجار قطع الغيار الآدمية، وللأسف بعض الأطباء هم الذين يقومون بالعملية الجراحية.

ولقد سارع العديد من الباحثين[1] ورجال القانون مؤثرين على التشريعات الوطنية وكذا رجال القضاء، ودفعهم في ذلك حرصهم الشديد على حفظ سلامة وحرمة جسم الإنسان إلى الخوض في المشاكل الي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وقد لا يطرح الإشكال بشأن العضو الميت أو العضو المريض متى وجب استئصاله حفاظا على حياة الإنسان، لأنّ أسباب الإباحة تمنح للجراح رخصة في ذلك طالما كانت واقعة تحت طائلة الأعمال الي يأذن بها القانون، إلاّ أنّه ومتى ثبت أنّ الاستئصال سوف يطال عضوا سليما غير مدفوع بالضرورة العلاجية، بل على العكس من ذلك قد يرتب ضررا على السلامة البشرية فإنّ هناك حاجة ماسة لتدخل المشرع من أجل وضع ضوابط قانونية من شأنها أن تلعب دورا مهما في تضييق عملية النقل وترتيب المسؤوليات حتى نحدد نطاق الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في مواجهة

الطبيب في إطار نقلها وزرعها بين الأحياء في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة.

ونحاول أن نُضيّق من مجال بحثنا ليشمل فقط حماية الأعضاء البشرية في مواجهة العمل الطبي فحسب، وأن يرد هذا العمل على نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، بمعنى آخر يخرج عن نطاق دراستنا نقل الأعضاء من إنسان ميت نحو إنسان، وهو التدخل الذي يمكن إدراجه تحت عنوان الحماية الجنائية للأعضاء البشرية الحية، فإلى أيّ مدى وفّق النّظام العقابي الجزائري في حماية سلامة جسم الإنسان من ممارسة الأعضاء البشرية؟ وللخوض في موضوعنا هذا ارتأينا دراسته في ثلاثة نقاط.

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

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

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

أولا: الأساس القانوني لمشروعية عملية نقل الأعضاء في ظل القواعد العامة للقانون الجنائي:

الحقيقة أنّ الحديث عن الأساس القانوني لا يكون إلاّ إذا تخلّف المشرع عن تنظيم عملية نقل الأعضاء البشرية، أمّا وإن بسط هذا الأخير سياج حمايته يصبح الحديث عن مسألة الإباحة من عدمه من قبيل التزييد[2]، وإن كانت محاولة المساس بجسم الإنسان من دون مقتضى هو من قبيل الاعتداء على سلامته، ويترتب عن ذلك المسؤولية الجزائية للطبيب صاحب العملية، وحتى لا تتمّ مسؤولية هذا الأخير لا بدّ من معرفة السبب الذي يحول دون معاقبته على اعتبار أنّ تدخله يدخل في إطار الإباحة، وإن تنازع حول هذا الأمر نظريتان كل واحدة منهما تحاول أن تعطي التبرير الشرعي لعملية نقل الأعضاء، وترجعه إلى أهم القواعد في القانون الجنائي؛ وهما نظرية الضرورة التي ترى في حالة الضرورة ورضا المانح سببا كافيا يسمح بنزع الأعضاء البشرية، ونظرية المنفعة

الاجتماعية التي ترى في المنفعة التي سوف تعود على المجتمع ككلّ والمضاف إليها رضا المانح مبررا كافيا كذلك لاستئصال الأعضاء البشرية، وسنشرح بإيجاز محتوى النظريتين؛

1/ نظرية الضرورة: تثير حالة الضرورة إشكالا تنازعه الفقه والقانون حول طبيعتها؛ بين من يضعها ضمن أسباب الإباحة أو ضمن موانع المسؤولية، وإنّ هذا الاختلاف له آثاره بالنسبة للعمل الطبي[3]، لأنّه إذا درجنا على تصنيفها من أسباب الإباحة فإنّ حالة الضرورة تعدم الوصف الجزائي عن الفعل وتجعله مباحا، ومنه التأثير على البناء القانوني للركن الشرعي، وهكذا لا تقوم المسؤولية الجزائية ولا المدنية[4]، أمّا وإن تمّ تصنيف حالة الضرورة في إطار موانع المسؤولية، فإنّ القاضي طبقا لسلطته التقديرية قد يحكم ببعض تدابير الأمن الشخصية، هذا ناهيك عن قيام المسؤولية المدنية التبعية.

ويعرف الفقه حالة الضرورة بأنّها "حالة الشخص الذي يجد نفسه أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل ـ بحسب الأصل ـ محظور ومعاقب عليه"[5]، وتعني ضرورة العمل الطبي أنّ الجراح الذي يقوم بعملية استئصال العضو من الشخص المانح إنّما يدفع خطرا جسيما يهدد الغير وهو الشخص المتلقي، وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على من ينتزع منه العضو، وببساطة أنّ الفائدة تعلو الضرر في العمل الطبي[6]، ومن ثمّة لا يسأل الطبيب جزائيا ولا مدنيا طالما كان هذا الأخير ضمن حالة الضرورة[7].

ولقد ظهرت نظرية الضرورة كأساس لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء في فرنسا في ظل الفراغ التشريعي حتى صدور قانون 1972 ويشترط على الطبيب حتى يعمل بنظرية الضرورة؛

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

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

ـ أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشخص المتلقي[8].

وتجدر الإشارة إلى أنّ الأخذ بنظرية الضرورة على إطلاقها خاصة وأنّ الموازنة بين النفع والضرر بيد الطبيب وحده تجعل لهذا الأخير اليد الطولى في استئصال أيّ عضو يراه مناسبا من الناحية الطبية ومن دون حاجة إلى موافقة المانح، كلما تراءى له أنّه في حالة ضرورة.

وتداركا لما قد ينجر عن ذلك من تجاوزات، رأى أصحاب هذه النظرية بوجوب أن تقترن حالة الضرورة بموافقة الشخص المانح، ويجب أن يكون هذا الرضا صريحا ومستنيرا ومتبصرا، بمعنى أوضح لإعمال نظرية الضرورة يشترط أصحابها شرطين أساسيين هما حالة الضرورة وموافقة المانح وباكتمالهما يصبح لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية أساس قانوني يبيح هذا العمل من طرف الطبيب الجراح.

ـ تقدير نظرية الضرورة: ما يعاب على نظرية الضرورة أنّ التبريرات التي قدمتها لمشروعية عملية نقل الأعضاء البشرية كانت غير كافية، خاصة ما تعلّق بكون الطبيب الجراح كان في حالة ضرورة عند قيامه بالعملية رغم كونه ليس طرفا فيها بل هو واسطة فحسب، وكان الأجدر أن الذي يكون في حالة ضرورة هو الشخص المتلقي حتى يباح له هذا الفعل.

بمعنى آخر؛ أنّ حالة الضرورة تقوم بين طرفين الأول من يدفع الخطر وقاية لنفسه والثاني من يقع عليه الضرر وهو المجني عليه، فأين حالة الضرورة التي تستدعي تدخل الطبيب[9]؟

بل، وأكثر من ذلك أنّ الكثير من عمليات نقل الأعضاء البشرية لا تتوفر فيها أهم شروط حالة الضرورة، مثلا عدم وجود أيّ وسيلة أخرى لدفع الخطر إلا بإيقاع الضرر على شخص أخر، بالإضافة إلى شرط اللزوم والتناسب، وهو الأمر المفتقد في كثير من عمليات نقل وزراعة الأعضاء خاصة المريض بالفشل الكلوي الذي بإمكانه أن يبقى لفترة طويلة على جهاز الكلى[10].

2/ نظرية المنفعة الاجتماعية: وإن كانت نظرية الضرورة تنطلق من توافر حالة الضرورة ثمّ تنتهي بوجوب حصول موافقة الشخص المانح، فإنّ نظرية المنفعة الاجتماعية تنطلق من وجوب توافر الرضاء الذي يعدّ أساسا يباح بمقتضاه انتزاع عضو من جسمه، على أن يقترن هذا الرضا بالمنفعة التي تعود على المجتمع، وبالتبعية لذلك يكون العنصران الهامان كأساس لمشروعية عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية؛ القبول الصادر من المانح والمنفعة الاجتماعية.

وإن كان عنصر الرضا تمّ شرحه آنفا، تبقى المنفعة الاجتماعية التي تعدّ أساسا لمشروعية العمل الجراحي، ذلك أنّ الحق في سلامة الجسم وإن كان حقا فرديا إلا أنّ له بعدا اجتماعيا، فيجب على أعضاء الجسم أن تؤدي واجبها نحو المجتمع، وحتى يكون لها ذلك وجب على الفرد أن يجتهد لحماية جسمه، وألاّ يتصرف في أي عضو من أعضائه دونما مقتضى، وبعبارة رجال القانون المدني فإنّ للمجتمع حق ارتفاق تقرر له من خلال الحفاظ على سلامة الجسد[11].

وتطبيقا لنظرية المنفعة الاجتماعية على نقل الأعضاء البشرية يقتضي النظر دائما إلى النتيجة النهائية التي سوف يجنيها المجتمع بحيث تكون أكبر من المحصلة التي كانت قبل العملية، أي أن يكون مجموع أداء المانح والمتلقي بعد نقل وزراعة العضو أكبر مما كان عليه من قبل، حتى ولو تسببت العملية في انتقاص في صحة المانح طالما يقابل ذلك زيادة في السلامة الجسدية للمتلقي، وكما يشرح ذلك الدكتور مروك نصر الدين من خلال مثال بسيط؛ عندما يتنازل شخص عن إحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يهدده بموت محقق فإنّ الفائدة الاجتماعية تزيد في جملتها عمّا كان قبل إجراء عملية نقل الكُلية[12].

ـ تقدير النظرية: ما يعاب على هذه النظرية أنّها تعتمد على أساس غير واضح، يجعل الأعضاء البشرية أشياء مشاعة بين أفراد المجتمع، يتمّ نقلها فيما بينهم للمنفعة التي سوف تعود على المجتمع، أي أنّ هذه النظرية تهمل الجانب الشخصي، ترى بالفائدة الاجتماعية للشخص الذي تمّ نزع

عضوه، رغم أنّ هذا الأخير لم يجن شيئا، بل خسر أحد أعضائه، وقد تسبب ذلك في قصور أبدي وتأثير على باقي الأعضاء السليمة[13].

ورغم أنّنا لا ننكر أهمية نظرية المنفعة الاجتماعية، فإنّه ـ ومن دون شك ـ تبقى نظرية الضرورة وما تطرحه من أساس قانوني الأقرب إلى الموضوعية، وتتناسب بشكل واسع مع عملية نقل الأعضاء البشرية، ولكن ليس في جميع الحالات، لأنّ العمليات الشائعة ـ مثل نقل الكلى ـ تتمّ عادة بين طرفين لا يكون فيها الوقت عامل مهم، طالما أنّ المريض يمكنه العيش مدة أطول تحت جهاز الكلى.

بالإضافة وأنّ حالة الضرورة ـ من وجهة نظر قانونية ـ قد تسمح بالتدخل لإنقاذ الشخص المتلقي وهو من الغير، ولا نجد مانعا في ذلك، باعتبار أنّ الضرورة هي حالة الشخص الذي يمكنه أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شرا محدقا به أو بغيره إلاّ ارتكاب جريمة بحق أشخاص آخرين[14].

ثانيا: الضوابط القانونية التي تسمح بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.

يجب أن لا ننكر أنّ عملية نقل عضو من الشخص المانح وزرعه في الشخص المتلقي هو من قبيل المساهمة في حماية الحق وفي الحياة وفي سلامة الجسم، إلاّ أنّه وبالموازاة يجب أن تتقيد هذه العملية بضوابط وقيود هي في النهاية تعنى بحماية الشخص المانح والمتلقي على السواء، مع الإشارة وأنّ عملية نقل الأعضاء البشرية ـ وطبقا للقواعد العامة المعمول بها ـ يجب ألاّ تتعارض مع النظام العام والآداب العامة لأنّها سوف تنسف الاتفاق الواقع بين الشخص المانح والشخص المتلقي، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون المدني الجزائري[15] بالإضافة إلى ما تمّ تداوله عبر قانون الصحة من ضرورة مجانية عملية النقل عبر نص المادة 2/196 حتى لا يفتح المجال للتجارة بالأعضاء الآدمية، والنصوص العقابية المشار إليها في قانون العقوبات.

1/ الضوابط المرتبطة بالشخص المانح: ونعني بذلك اشتراط الرضا الصريح والمتبصر للشخص المانح، وهو أحد أهمّ الضمانات الممنوحة له حتى لا يكره على نقل عضو من أعضائه أو أن يكون في موضوع تهديد، بل

أكثر من ذلك يجب أن يكون هذا الرضا ممن يملك حقّ التصرف، بمعنى أن يكون بالغا وعاقلا، لأنّه لا يجوز للولي على القاصر أو القيم على الشخص المحجور عليه أو الوصي على من في وصايته أن ينوب الشخص المانح ويتصرف في أعضائه كما يتصرف في أمواله[16]، ولا مجال للمحكمة في الترخيص بذلك.

نحاول أن نعالج في هذه الجزئية الكيفية التي يتم بها التعبير عن الموافقة من قبل المانح[17] ثمّ الخصائص التي يتميز بها هذا الأخير؛

أ/ يجب أن يكون الرضا مكتوبا: بمعنى أنّ الموافقة الصادرة عن المانح يجب أن تكون في شكل مكتوب، إلاّ أنّ هذه الكتابة هي طريقة تعبير فحسب؛ أي لا يشترط أن تكون في شكل نموذج محدد سلفا من طرف المستشفى، فيمكن أن يكون في ورقة عرفية بشرط التحقق من صاحبها[18]، وهو التوجه الذي سارت عليه تقريبا جلّ التشريعات المنظمة لعملية نقل الأعضاء البشرية، من بينها قانون الصحة الجزائري في نص المادة 162 منه[19]، التي تشترط أن تكون موافقة المانح كتابية، وتحرر بحضور شاهدين، وتودع لدى مدير المستشفى والطبيب رئيس المصلحة، رغم أنّ مسألة الإثبات تبقى فيها بعض المسائل الخلافية لعلّ أهمها تحديد الملكف بإحضار الشهود، نظرا لما لذلك من تأثير على نقل عبء الإثبات في حال وجود خطأ طبي[20].

ب/ يجب أن يكون الرضا صريحا و متبصرا: نقصد بذلك أن يكون الرضا صريحا أي نافيا لأيّ شك رافعا لأيّ لبس، واضحا في معناه دالا على ذلك بعبارات جازمة عن نيّة المتبرع في منح أحد أعضائه قيد حياته، وحتى يعتد بالرضا المكتوب والصريح من قبل المانح، يجب أن يكون عن بصيرة، ويتمّ ذلك بعد أن يتم فحصه من قبيل طبيب مختص غير الطبيب الذي يجري عليه عملية الاستئصال، ثمّ القول ما إن كانت حالته الصحية والنفسية تسمح بعملية نقل أحد أعضائه أم لا، ثمّ يجب على الطبيب الجراح أن يلّم المانح بكافة جوانب العملية وآثارها السلبية والإيجابية

بالنسبة لجسمه ولجسم المتلقي، ثمّ فترة علاجه ومدة نقاهته، وهل أنّ هذه العملية قد تؤثر على علاقته مع عائلته أم لا، أي يجب أن يدرك المانح كل الأمور المحيطة بالعملية سواء طرح بشأنها سؤالا للطبيب أم لم يطرح طالما كانت معرفتها لازمة قبل أن يتم التعبير عن الإرادة بالقبول.

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

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

د/ يجب أن تكون الإرادة غير مكرهة عند التعبير بالموافقة: تحرص التشريعات المنظمة لمسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى اشتراط أن يكون التعبير بالموافقة خاليا من أي ضغط أو إكراه سواء كان ماديا أو معنويا من شأنه أن يعدم الرضا الصادر من المانح، كما يشترط أن يكون معينا أي متزامنا مع وقت إجراء العملية، ويجب أن تستمر هذه الموافقة وبنفس الكيفية وقت العملية في غير إكراه، بل يشترط المشرع ذلك صراحة بالنص 162 "ويستطيع المتبرع في أيّ وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة" وهو بذلك يدعوا إلى ضرورة الحصول على استمرار الموافقة.

بل، وأكثر من ذلك توجد بعض التشريعات من لا تقبل حتى مجرد حمل المانح على التبرع أو حثّه على ذلك من خلال التأثير عليه من جانب أخلاقي، بل يرى ذلك من قبيل الإكراه المؤثر على الإرادة[21].

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

هـ/ يجب أن يكون للمانح أهلية التصرف: هناك من التشريعات من فصلت في هذه النقطة أي وجوب أهلية المانح بأن وضحت أن يكون هذا الأخير بالغا من العمر 19 سنة كاملة يوم التعبير عن القبول وليس يوم إجراء العملية، ولا يعتد بالأهلية الناقصة أو أهلية الشخص المميز لأنّ هذه الأفعال ليست نافعة نفعا محضا وليست حتى دائرة بين النفع والضرر بل يقع باطلا كل تصرف في أعضاء الجسم البشري كان قبل سن الثامنة عشر ولا تلحقه إجازة الولي، ماعدا التصرف بين الإخوة الأشقاء وهذا في التشريع السوري الذي كان واضحا في نص المادة الثانية من القانون رقم: 31 لسنة 1972 "يمكن للقاصر أن يتبرع شريطة أن يكون المتبرع له شقيقه التوأم وبموافقة الوالدين في حالة وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي" ونلحظ أنّ نصّ المادة السالف الذكر يشترط أن يكون الإخوة الأشقاء توأم.

على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يشترط أن يكون الإخوة الأشقاء توأم، بل اكتفى بإثبات علاقة الأخوة فحسب بشرط موافقة المانح القاصر ثمّ رضا الممثل القانوني، أو موافقة لجنة مؤلفة من اثنين أو ثلاثة على الأقل من الأطباء مدّة خدمة أحدهم لا تقل عن عشرين عاما، وتعتبر هذه اللجنة بمثابة جهة قضائية تصدر قرارها بعد فحص ودراسة جميع النتائج المحتملة لعملية الاستئصال، وهذا في القانون رقم: 94/654 الصادر سنة 1994[22] رغم أنّنا لا نرى بالطابع القضائي لهذه الهيئة طالما أنّه لا يوجد في تشكيلها قضاة.

أمّا المشرع الجزائري فنص في المادة 163 من قانون الصحة بعدم جواز نزع أعضاء القاصر أو الراشد المحروم من التمييز، بمفهوم المخالفة يجب أن يكون الشخص المانح بالغاً سنّ الرشد ومتمتعاً بكامل قواه العقلية، ويا حبذا لو كان المشرع الجزائري أكثر وضوحا مثل باقي التشريعات في

تحديد السنّ لأنّه قد يختلط عند الدارس ما هو سن الرشد الذي يقصده المشرع هل هو سنّ الرشد الجزائي أم المدني وبخاصة وأنّ المشرع يعتمد سياسة عدم توحيد سنّ الرشد في جميع القوانين[23].

2/ قبول المتلقي: إنّ ما قيل في الشكل الذي يتطلبه القانون في التعبير عن الرضا عند المانح، هو تقريبا نفسه في الشخص المتلقي، بمعنى أنّ شرط الكتابة واجب في عملية العلاج، ويكفي في هذه الحالة مجرد التوقيع على نموذج معدّ من طرف المستشفى، على أن يكون الرضا صادرا عن المتلقي نفسه مادام في وضع يسمح له بالتعبير عن إرادته، وفي الحالة العكسية يكفي القبول الصادر عن أهله طالما أنّ الضرورة تسمح له بذلك، وسنحاول أن نتطرق إلى جملة النقاط المثارة على النحو المبين أدناه؛

أ/ يجب أن يتحصل الطبيب على رضا المتلقي البالغ: السؤال المطروح في هذا العنصر بالذات هل يعتدّ برضاء الأهل والأقارب عندما يتعذر الحصول على رضاء المتلقي لكونه في حالة صحية لا تسمح له بذلك؟ وقد يعجز الطبيب حتى في الحصول على رضا الأهل، فهل يجوز في هذه الحالة المساس بجسم المتلقي طالما حالة الاستعجال متوفرة؟ وهل تكفي حالة الضرورة لإعطاء التبرير لعمل الطبيب أم أنّ هذا الأخير سيجد نفسه مسؤولا جزائيا إذا أقدم على هذا الفعل؟

في الحقيقة إنّ المشرع الجزائري اشترط في المادة 166 قانون الصحة العمومية موافقة الشخص المتلقي وهذا بحضور الطبيب رئيس المصلحة، وبحضور شاهدين، إلاّ أنّ الغريب في الأمر أنّه لم يشترط أن تكون الموافقة كتابية ولا ندري هل سقطت سهوا أم تعمدها طالما كان الشخص المتلقي مستفيد في جميع الحالات.

وفي حالة تعذر الحصول على موافقة المريض بسبب الإغماء أو الضعف الجسدي الذي لا يسمح له بذلك[24] أمكن الحصول على الرضا من أعضاء أسرته حسب الترتيب الذي أعدته المادة 2/164؛ الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا

يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.

ب/ يجب أن يكون رضا المتلقي عن بصيرة: يقع على الطبيب الجراح تبصير المتلقي بكل الجوانب المتعلقة بالعملية، ويترتب على مخالفته المسؤولية الجزائية في التشريعات المقارنة، ونعني بالتبصير لفت انتباه المريض المتلقي إلى الآثار الصحية السلبية المحتملة، ومدى قبول جسمه للعضو المزروع، بالإضافة إلى نسبة النجاح المتوقعة، كما أنّ الطبيب في ذلك غير مطالب بكتمان بعض الأمور عن المريض احترازا لحالته النفسية والمرضية أو تحججا بأنّ هذا الأخير لا يفقه الأمور الطبية والأساليب العلمية[25].

وهناك من الفقه من يكتفي بضرورة علم المتلقي بالأمور المهمة فقط التي لها علاقة بالعملية دون الحاجة إلى الخوض في المسائل الفرعية، بل إنّه يوجد في الفقه من يتنازل أكثر من ذلك ويكتفي فقط بالإعلام السطحي لأنّ من شأن كثرة التوضيحات أن ترهب المريض وتزيد من تعقيد العملية[26].

وكان القضاء الفرنسي حاسما في ذلك[27]، فهو يشترط الرضاء الصريح من المتلقي، أو ممن هو في ولايته، وأن يخطر بالنتائج الخطيرة للعملية الجراحية، وإذا حدث وأن وقع أثناء إجراء العملية بعض التعقيدات، فإن أمكن تأجيل العملية لشرح ما هو جديد للمريض المتلقي فوجب ذلك وإن تعسر الرجوع إلى نقطة البداية فلا بأس على الطبيب من أن يتم عمله، كما اشترط القضاء ضرورة علم المريض عن كل ما يمكن أن يحدث عند استعمال الوسيلة المخدرة[28].

أمّا المشرع الجزائري فقد اشترط في نص المادة 5/166 أن يكون الرضا لاحقا لعلم المتلقي وموضحا لجميع الأخطار الطبية المتوقعة.

3/ عدم تعارض عملية الزرع مع النظام العام والآداب: إنّ الاعتداء على سلامة جسم الإنسان كأصل عام هو عمل غير جائز إتيانه، وهو ما يقتضيه الصالح العام، إلاّ أنّ هذه القاعدة لا تخلو من استثناء، بحيث يمكن المساس بجسم الإنسان طالما كان هذا المساس متوافقا مع مصلحة المجتمع،

ولا يكون الحال كذلك إلاّ إذا تماشى والشروط التي تحددها أخلاقيات الطب وكذا التشريعات المتعلقة بقوانين الصحة.

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

4/ مجانية نقل الأعضاء البشرية: لقد امتد حظر المشرع حتى وصل إلى عدم جواز بيع الأعضاء البشرية أو ما يعرف بتجريم الاتجار بالأعضاء، ويمنع على الطبيب الذي يعلم بوقوع التنازل بمقابل مادي أن يجري عملية الاستئصال، رغم مناداة جانب من الفقه بجواز بيع الأعضاء بشرط أن يتمّ في شكل منظم، وألاّ يترتب على استئصال العضو المبيع أية عاهة بدنية دائمة[29].

وهذا ما أدى إلى انتشار ظاهرة تجارة الأعضاء بشكل كبير بعد ظهور بنوك الأعضاء؛ أين يجتهد السماسرة مع بعض الأطباء في القيام بهذا العمل، وهذا ما شجع على استفحال ظاهرة خطف الأطفال والمشردين وأصحاب العاهات العقلية، والذين أصبحنا نرى جثثهم مرمية أو مدفونة بطريقة جماعية بعد اجتثاث ما بها من أعضاء، الظاهرة التي تخطت دول أمريكا اللاتينية إلى بلادنا، وقد أجمع الفقهاء المعاصرين في فتواهم بعدم جواز بيع الأعضاء البشرية[30].

ولم يكتف المشرع الفرنسي بتقرير مبدأ مجانية التنازل عن الأعضاء البشرية، بل فرض عقوبات جزائية لاحترام هذا المبدأ تصل إلى الحبس لمدة 07 سنوات، وتمتد العقوبة حتى بالنسبة لأعمال الوساطة، إلاّ أنّ

المشرع الجزائري في قانون الصحة، وفي المادة 161 الفقرة الثانية اكتفى بعدم جواز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها بمقابل مالي دون أن يترتب على مخالفة هذا الأمر مسؤولية جزائية.

ثالثا: المسؤولية الجنائية للطبيب المترتبة عن مخالفته للضوابط القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء.

إنّ عملية نقل الأعضاء البشرية من أعقد العمليات التي يقوم بها الأطباء لما فيها من أخطار كثيرة تحدق بالشخص المانح والمتلقي، لهذا قيدها المشرع بجملة القيود السالفة الذكر، وغرضه في ذلك الحدّ من المتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية، فقد لا يستوفي الطبيب الجراح هذه الشروط؛ بمعنى آخر قد يخالف أحكام قانون الصحة، كأن يجري الطبيب العملية دون أن يستحضر رضا المانح، وقد يتعلل بكون حضور المانح بنفسه إلى المستشفى دليل على الموافقة رغم أنّ المشرع يشترط الكتابة بحضور شاهدين، كما قد لا يقوم الطبيب بواجب تبصير المانح بمخاطر العملية وانعكاساتها السلبية الآنية والمستقبلية، ونفس الأمر بالنسبة للشخص المتلقي فقد لا يستحضر كذلك رضاه، أو قد يجري له العملية رغم كونه قاصرا، كما قد يعلم الطبيب بوجود صفقة مالية بين المانح والمتلقي ورغم ذلك يعمد إلى مواصلة العملية الجراحية بحجة أنّ الشخص المتلقي في حالة خطيرة تستدعي عدم التأخير هذا ناهيك إن كان طرفا في الصفقة.

إذن كثيرة هي المخالفات التي يمكن أن تسجل في حقّ الطبيب، وسنقوم بإبراز النصوص الجزائية التي يمكن أن تتطابق بشكل مباشر وغير مباشر مع جملة الاعتداءات على الأعضاء البشرية، وسيتم تقسيمه إلى جنح وجنايات وإردة طبقا للقواعد العامة قبل تعديل سنة 2009، ثمّ الحديث باختصار عن جملة الجرائم التي أدرجها المشرع الجزائري عن المتاجرة بالأعضاء البشرية.

1/الأفعال التي تحمل وصفا جنحيا: توجد صور عديدة في قانون العقوبات تحمل وصفا جنحيا ومنها؛ الضرب والجرح، إعطاء مواد ضارة، القتل الخطأ نوردها تباعا على النحو المبين أدناه؛

أ/جنحة الضرب أو الجرح: نص المشرع الجزائري على الضرب والجرح بموجب المادة 264 من قانون العقوبات، ويمكن تعريف الضرب الواقع على جسم المريض سواء كان على الشخص المتلقي أو المانح بأنّه "كل ضغط ينال أنسجة الجسم أو يقع عليها بفعل خارجي دون أن يحدث قطعا أو تمزيقا في هذه الأنسجة، كالصفع أو الرض أو الدفع أو أيّ احتكاك بجسم المجني عليه، سواء ترك أثرا بالجسم المجني عليه أو لم يترك"[31].

أمّا الجرح" فهو الفعل الذي يأتيه الطبيب ومن شأنه إحداث قطع أو تمزيق في الجسم أو في أنسجته سواء كان التمزيق كبيرا أو صغيرا"[32].

كمّا أنّ جريمة الضرب تتحقق بمجرد التأثير على أنسجة الجسم دون مبرر قانوني وقد يتحقق الضرب باليد كما قد يتحقق باستعمال العصا أو أية وسيلة أخرى، أمّا الجرح فلا يلزم أن ينتج عنه نزيف دموي داخلي، وهو الآخر لا يشترط وسيلة محددة، فمثلما يكون باليد قد يكون بشيء آخر[33].

وإذا كان الضرب أو الجرح واقعا على قاصر لا يتجاوز 16 سنة فإنّ العقوبة تكون مشددة تصل إلى 05 سنوات نظرا للحرص الذي يوليه المشرع للقاصر.

ويكون الطبيب الجراح مقترفا لجريمة الضرب إذا ما استعمل أي وسيلة من الوسائل الطبية بغرض القيام بالعملية الجراحية، ولكن دون أن يمتد ذلك إلى إحداث جروح، أمّا إذا أحدث تمزيقا للجلد دون احترام الضوابط المحددة للعملية فبلا شك يشكل هذا الفعل جروحا يعاقب عليها قانون العقوبات.

ب/ جنحة إعطاء مواد ضارة: إذا قام الجاني بإعطاء مواد ضارة في شكل أقراص أو سائل، سواء تمّ ذلك عن طريق الحقن أو الفم أو وسيلة أخرى، وترتب عليه خلل في السير الطبيعي للأعضاء البشرية، يكون مرتكبا لجنحة إعطاء مواد ضارة طبقا لنص المادة 275 قانون العقوبات، مع اشتراط المشرع ألاّ يكون قصد الجاني اتجه إلى إحداث الوفاة، لأنّها قد تشكل شروعا في القتل.

ج/ **القتل الخطأ**: قد يصل الفعل الذي يأتيه الطبيب الجراح إلى إزهاق روح الشخص المانح أو المتلقي أثناء العملية الجراحية، فأمّا وإن تمّ ذلك بعد استيفاء جميع الشروط القانونية فإنّ هذا العمل يدخل ضمن ما يأذن به القانون طبقا لنص المادة 39 من ق ع، أمّا وإن حصل بعيدا عن القيود القانونية المشترطة في قانون الصحة فإنّ الطبيب يكون بذلك مرتكبا لخطأ يرتب المسؤولية الجزائية، ويكون وصف هذه المسؤولية تبعا لنيّة الطبيب وكذا ظروف ووقائع القضية، فإن قام بعملية الاستئصال واضعا نصب عينيه إمكانية النجاح فحسب، يكون بذلك قد ارتكب قتل خطأ طبقا لمادة 288 قانون العقوبات، أمّا غير ذلك فالوصف أقرب للعمد من الخطأ.

2/ الأفعال التي تحمل وصفا جنائيا: توجد صور عديدة في قانون العقوبات تحمل وصفا جنائا ومنها؛ الضرب والجرح المؤدي إلى إحداث عاهة مستديمة، جناية القتل العمد، جناية القتل دون قصد إحداثها، نوردها تباعا على النحو المبين أدناه؛

أ/ **الضرب والجرح المؤدي إلى إحداث عاهة مستديمة**: بالرجوع إلى نصّ المادة 264 الفقرة الثانية التي تشدد العقوبة كلّما تنتج عن الضرب أو الجرح فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو أية عاهة مستديمة أخرى.

إذن فكلّما قام الطبيب الجراح بإجراء عملية جراحية مخالفة لما تقرر سابقا ونتج عنها إحداث عاهة مستديمة بالشخص المانح يعد مرتكبا لجناية إحداث عاهة مستديمة، والتي يعدّ من قبيلها فقد أحد العينين للبصر، أو فقد اليد أو إحدى الكُليتين أو غيرها، فقد يحاول الطبيب الجراح نقل إحدى القرينتين من الشخص المانح فيفقد هذا الأخير عينه الأخرى، فيكون بذلك قد تسبب في فقد العينين معا؛ الأولى كانت برضا المانح، ورغم ذلك تقوم المسؤولية الجزائية؛ لكون رضا المجني عليه ليس سببا من أسباب الإباحة ولا مانعا من موانع المسؤولية في القانون العقابي الجزائري، أمّا العين الثانية فينتج عنها جناية إحداث عاهة مستديمة.

ب/ جناية القتل العمد: وإذا كان الطبيب يعلم أنّ العملية الجراحية سوف تؤدي إلى الوفاة حتما، فإنّ الطبيب الجراح يكون مسؤولا عن جريمة عمدية، ويكون الفعل مشكلا وصف جناية القتل العمدي طبقا لنص المادة 254 قانون العقوبات، والتي تنص على أنّ القتل العمد هو إزهاق روح إنسان عمدا، وهي الجريمة المتوافرة بجميع أركانها.

ج/ جناية القتل دون قصد إحداثها: أمّا إذا كان عمل الطبيب الغرض منه فقط إحداث جروح بشخص المجي عليه، أي شقّ جسمه، ودون احترام الشروط القانونية لعملية الانتزاع، وكانت النتيجة التي وقعت تعدت قصد الطبيب وأدت إلى الوفاة، كان الفعل يشكل جناية القتل دون قصد إحداثه المادة 264/40 قانون العقوبات.

3/ جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية: لكن خلال التعديل الذي وقع في قانون العقوبات لسنة 2009[34]، أدرج المشرع بعض صور جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، وقد عددها على الوصف التالي؛

"كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أيّ منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها" وتكون العقوبة في ذلك طبقا لأحكام المادة 303 مكرر 16 "من 03 إلى 10 سنوات والغرامة من 300.000.00 دج إلى 1.000.000.00 دج، ويتم تشديد العقوبة لتشكل جناية عقوبتها من 10 إلى 20 سنة إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص، أو إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية وإذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهمته ارتكاب الجريمة، وإذا ارتكبت مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله المادة 303 مكرر 20 عن قانون العقوبات.

ويعفى من العقوبة الشخص الذي بلغ السلطات المختصة قبل تنفيذ الجريمة والشروع فيها إذا كان لهذا الأخير ضلع فيها، ويمكن أن تخفض العقوبة إلى النصف بعد تنفيذ الجريمة وقبل تحريك الدعوى العمومية المادة 303 مكرر 24 من قانون العقوبات.

كما أضاف قانون العقوبات جرائم أخرى مثل استقطاع عضو من المريض دون موافقته أو الحصول عليها على نحو مخالف لما يتطلبه المشرع، وتكون العقوبة طبقا لنص المادة 303 مكرر 17 من 05 إلى 10 سنوات مع الغرامة وتشدد العقوبة إلى جناية من 10 إلى 20 سنة إذا توافرت إحدى الظروف على الأقل الواردة في نص المادة 303 مكرر 20 التي سبق الإشارة إليها.

ويعاقب كذلك المشرع جريمة الاتجار بالأشخاص إذا كان الغرض من ذلك استغلال أعضائهم، وطبقا لنص المادة 303 مكرر 05 من قانون العقوبات تكون العقوبة من 10 إلى 20 سنة بالإضافة إلى غرامة مالية.

خَاتِمَة

يستحق الإعجاب والتعظيم بحقّ الانجاز العلمي الهائل الذي توصل إليه في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، بحيث ما ترك عضو إلا وتوصل العلم إلى إمكانية زرعه بفارق بسيط بين الدول.

إلاّ أنّه ما يجب ملاحظته أنّه كلّما زاد تطور الطب في هذا المجال إلا وزادت الإشكاليات التي يطرحها في ساحة القانون الذي عليه أن يواكب ما يحصل من انجازات حتى لا تفلت من زمامه أمور حماية حرمة الجسم البشري، ولعل قانون الصحة هو أول القوانين المعنية بالتعديل نظرا لقدمه، لأجل ذلك نوصي بما يلي؛

- بعدما لوحظ وأنّ النصوص التي تطرقت إلى أحكام عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية متناثرة بين قانون الصحة وقانون العقوبات، مما يشتت فكر الباحث والطبيب والقاضي، من الأحسن إصدار قانون مستقل بنقل وزرع الأعضاء البشرية، تدرج فيه كل الضوابط المتعلقة بذلك، مع تحديد قائمة بالأعضاء البشرية التي لا تقبل التنازل، وتحديد سنّ رشد الشخص المانح، ووضع النصوص الجزائية كاملة بداخله.
- كذلك من الضروري تنظيم ملتقيات وطنية ودولية، شرعية وتشريعية، تضمّ كافة الأطياف الفكرية، بغرض بحث كافة الإشكاليات

التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، طرحا للبس، وحلا للخلافات المتصلة بها.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

(1) عطوف كبه سلام إبراهيم، الهندسة الوراثية وجهابذة الأدلجة الأكاديمية العنصرية العراقية، مقال الكتروني على موقع: www.rezgar.com

(2) الدايات سميرة عايد، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دون طبعة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص70.

(3) عمارة مصطفى اختلاط الأنساب وضياع الإرث في مقدمة مخاوف رافضي نقل الأعضاء البشرية، مقال إلكتروني على الموقع www.irth.net.

(4) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 63.

(5) القاسم يوسف نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص75، الدايات، سميرة عايد، مرجع سابق، ص 72.

(6) نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة للنشر، الجزائر، 2003، ص83.

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

(8) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، مرجع سابق، ص64.

(9) نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص82.

(10) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، مرجع سابق، ص72.

(11) حسني محمود نجيب، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له أمين العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، 29، 1959، ص345 وما بعدها، الدايات سميرة عايد، مرجع سابق، ص 70.

(12) نصر الدين مروك، مرجع سابق ، ص 82.

(13) العزة مهند صلاح أحمد فتحي، مرجع سابق، ص 79.

(14) عبد الله سليمان، قانون العقوبات، قسم عام، الجزائر، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، دون سنة نشر، ص 297.

(15) عفانة حسام الدين، الضوابط التي وضعها القائلون بجواز نقل الأعضاء البشرية من إنسان إلى آخر، مقال إلكتروني على الموقع www.yasaloonak.net، الزقرد، أحمد سعيد، تعويض ضحايا مرض الايدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملوث، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص59.

(16) ذلك أن جسم الإنسان من أكثر عناصر الحياة الإنسانية تقديسا ولا يجوز أن يكون محلا لأي اتفاق إلا من أجل صيانته أو حفضه، شرف الدين أحمد، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية،

الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 1983، ص27، الدايات، سميرة عايد، مرجع سابق، ص 6، هامش 1.

(17) لقمان وحي فاروق، مدى مسؤولية الطبيب عند نقل أو زرع أعضاء، مقال الكتروني على الموقع www.alwatan.com .

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

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

(20) الدايات سميرة عايد، مرجع سابق، ص 142.

(21) الدايات سميرة عايد، مرجع سابق، ص 146.

(22) ينتقد الدكتور مروك نصر الدين غياب سن الرشد بشدة في نص المادة 163 ويعتبر أن هذا الأمر يختلط خاصة في ظل عدم اعتماد المشرع الجزائري توحيدا لسن الرشد في جميع القوانين، ويخطئ من يظن أنه بالإمكان إلى القواعد العامة لتحديد السنّ لأنّ فقهاء القانون أجمعوا على إخراج جسم الإنسان من دائرة التعاملات، المجلة القضائية العدد 2، 2000، ص 44.

(23) يطرح هذا السؤال، صويلح بوجمعة في مقال له بعنوان المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، ص62، رغم أن المادة 2/166 من قانون الصحة أعطت له جوابا واضحا.

(24) منصور محمد حسنين، المسؤولية الطبية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 30.

(25) الصياد إبراهيم، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق، العدد2، 1981، ص29، الدايات سميرة عايد، مرجع سابق، ص 161.

(26) نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج01، الكتاب الأول، دون طبعة، دار هومة للنشر الجزائر، 2003، ص 250.

(27) المرجع نفسه، ص 253.

(28) ياسين محمد نعيم، بيع الأعضاء الآدمية، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 1، 1987، ص 263.

(29) واصل نصر فريد، هل يجوز التبرع ببعض الأعضاء البشرية، مقال إلكتروني على الموقع www.alwaei.com

(30) سليمان عبد الله، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزائر، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر، ص 182، العزة مهند صلاح أحمد فتحي، مرجع سابق، ص 191.

(31) محمد أمين مصطفي، الحماية الجنائية للدم، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999، ص 56.

(32) صالح جميل، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، مجلة موسوعة الفكر القانوني، مجلة شهرية غير محكمة، العدد 6، 2002، ص 76.

(33) نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 58.

(34) قانون رقم 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج ر 15.