

خصوصية الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء

سعاد هوارى

أستاذة محاضرة قسم - ب - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس -

الملخص: عمليات نقل وزراعة الأعضاء من أهم المواضيع التي احتلت الصدارة ولاقى الاهتمام ولا تزال، بسبب الدور الذي تأتية في إنقاذ من تكون حياتهم مهددة بالخطر، وإذا كانت في أصلها لا تخرج عن كونها من التصرفات القانونية باعتبارها تبرعا بدون عوض، إلا أنها تبقى متصفة بالخصوصية لارتباطها الوثيق بالجسم البشري خاصة إذا تمت ما بين أشخاص أحياء، ويشكل عنصر الرضا إحدى مظاهر هذه الخصوصية وأبرزها إذ يتجاوز أحيانا ما هو مكرس في القواعد العامة، خاصة من حيث الشكلية الواجب إفرغه فيها ومن حيث إمكانية العدول عنه بعد تقديمه.

الكلمات المفتاحية: المتبرع الحي - عقد التبرع بدون عوض - شكلية الموافقة - الاسترداد.

Résumé: La transplantation et la greffe des organes humains sont parmi les sujets les plus importantes et encore les plus minutieuses. Ceci et principalement en raison de son rattachement au corps humain.

Afin de contrôler ce type d'opérations et d'interventions chirurgicales, en particulier celles qui s'effectuent entre les vivants, le législateur a imposé un certain nombre de conditions.

Le consentement est l'un de ces condition, et plus que ça il représente l'élément le plus important et le plus spécifique, puisqu' il déroge au règles générales de par sa formalité exigée et de par la possibilité de se dédire même après avoir donné ce consentement.

Mots-clés: donneur vivants - acte à titre gratuit - consentement - formalité - retrait de consentement.

Abstract : Transplantation and plantation of human organs are among the important topics are also accurate because of their close association with the human body and his sanctity. In order to control this type of operations, in particular between the living people, the legislator intervenes and enforces a set of conditions which should be observed.

Consent is one of these conditions, and more than that it represents the most important and the most specific element, since it derogates from the general rules by its required formality and by the possibility to withdraw even after.

Keywords: living donner - contract for free - consent - formality - withdraw of consent.

مقدمة

باستقراء أحكام القانون المتعلق بالصحة¹ ونقصد بذلك خاصة المادة 360، يتضح أنه يشترط لحصول التبرع بالعضو البشري من شخص حي تحقق موافقة ورضا هذا الأخير، غير أنه يبدو عدم اكتفاء المشرع الجزائري وعلى غرار تشريعات عديدة بالرضا العادي الذي سطرته القواعد العامة، بل خص رضا المتبرع بضوابط تميزت بالخصوصية لأبعد الحدود، بالرغم أن التبرع بالأعضاء البشرية لا يخرج عن كونه من التصرفات الإرادية، مما يفيد بنوع من التشدد في ركن الرضا المشروط من جانب المتبرع الحي، ويجد هذا التشدد تبريره في كون أن التصرف الصادر من الشخص الحي لا يقع على ما يمكن تملكه من أشياء أو أموال ذات قيمة مالية، بل هو يرتبط بعضو من أعضاء جسده مما قد يعرض حياته للخطر، وهو على كل حال الجسد الذي انفقت الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية بعدم جواز المساس بحرمة، قال تعالى (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا)² وقال أيضا (لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ)³.

وتبرز أهمية الرضا خصوصا من جانب المتبرع الحي، فهو في كل الأحوال لا يستفيد من العملية بأي شكل من الأشكال ما عدا إذا نظرنا للمسألة من الجانب المعنوي ونقصد بذلك الجانب العاطفي الذي سوف يمس هذا المانح، والمتمثل في تحقق نوع من الارتياح والرضا النفسي لديه من خلال مساعدة شخص على الشفاء من مرضه أو إنقاذ حياته، خاصة إذا كانت تربط المانح والمستفيد علاقة قرابة وهي الصورة الأعم، لذلك سنتطرق من خلال هذا البحث لمظاهر التشدد التي ميزت الرضا (أي الموافقة) في مجال التبرع بين الأحياء والتي شكلت في ذات الوقت مظاهر لخصوصيته، مبرزين مسار المشرع الجزائري في تناوله للمسألة خاصة بعد إصداره للقانون 11/18 المتعلق بالصحة ومُقِيمِينَ لهذا المسار بالموازنة مع توجهات تشريعات وضعية عربية وغربية، وهو ما سنحاول تحليله من خلال ثلاث مطالب أساسية:

المطلب الأول: ضرورة إفراغ الموافقة في شكلية محددة.

المطلب الثاني: تمتع المتبرع الحي بأحقية العدول عن الموافقة.

المطلب الثالث: تقرير المسؤولية الجزائية كجزاء للإخلال بركن الرضا من جانب المتبرع الحي.

¹ القانون رقم 11/18 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46 المؤرخة في 29 يوليو 2018، الذي ألغى القانون رقم

05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، المؤرخ في 16/02/1985، جريدة رسمية عدد 08 المؤرخة في 27 فبراير 1985.

² سورة الإسراء الآية 70.

³ سورة البقرة الآية 30.

المطلب الأول: ضرورة إفراغ الموافقة في شكلية خاصة

بالرجوع إلى القواعد العامة لاسيما المادة 60 من القانون المدني⁴ يتضح أن المشرع تبنى مبدأ الرضائية⁵ في إبرام التصرفات القانونية، إذ لا يشترط لانعقادها إفراغ الرضا في شكلية محددة بل يكفي تطابق الإرادتين أيًا كانت طريقة هذا التبادل⁶، فقد يتحقق الرضا بشكل صريح بأن يعبر عنه كتابة أو شفاهة أو حتى بالإشارة المتداولة كهز الرأس مثلا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة⁷، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف المحيطة بالطرفين⁸.

هذه القاعدة العامة تم نهجها أيضا في المجال الطبي أي بصدد مباشرة التدخلات الطبية على المرضى، إذ لا يشترط كمبدأ عام شكلا معيناً للرضا الصادر من المريض حتى باعتبار العقد الذي يجمع هذا الأخير بالطبيب عقد ذو طبيعة خاصة⁹، إذ يبقى عقدا رضائياً يكفي فيه تطابق إرادة الطبيب ومريضه.

المشرع الجزائري بدوره لم يخرج عن نطاق هذا المبدأ العام عندما استوجب توافر عنصر الرضا لمباشرة العمل الطبي كما يتجلى ذلك من نص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب¹⁰، أو من خلال المادة 343 من القانون 11/18¹¹، بحيث يمنع على الطبيب القيام بالتدخل الطبي أو العلاجي إلا إذا تحصل على رضا المريض شخصياً أو رضا من يقوم مقامه¹² في حالة ما إذا كان هذا الأخير غير

⁴ تنص المادة 60 من القانون المدني (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صحيحاً).

⁵ إذا كان السائد قانوناً خضوع إبرام التصرفات والعقود لمبدأ الرضائية فإن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات، من ذلك ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني كالعقود الناقلة للملكية العقارية والحقوق العينية والمحلات التجارية والصناعية.....

⁶ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة (عقد البيع)، الطبعة الرابعة، دار الهنا للطباعة، القاهرة، سنة 1980، ص 16.

⁷ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مصدران جديان للالتزام (الحكم والقرار الإداري)، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، سنة 2009، ص 33.

⁸ هو تعبير غير متعارف عليه بين الناس، ولكن وفقاً للظروف التي أحاطت بالأطراف المتعاقدة لا يمكن تفسيره إلا باعتباره تعبير عن الإرادة، من ذلك مثلاً بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انقضاء مدة عقد الإيجار فالبقاء هنا يفيد برغبة المستأجر في تجديد العقد.

⁹ بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 181.

¹⁰ تنص المادة 44 (يخضع كل عمل طبي فيه خطورة على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون.....). المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 01 يونيو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب جريدة رسمية عدد 52 الصادرة بتاريخ 08 يوليو 1992.

¹¹ تنص المادة 343 (لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض. ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تتجر عن خياراته....).

¹² تنص الفقرة الأخيرة من المادة 343 على (تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي).

مؤهل للتعبير عن إرادته،¹³ باستثناء حالات خاصة يعفى منها الطبيب من الحصول على الموافقة كما في حالة الضرورة والاستعجال¹⁴، وما يمكن استجلاؤه من النصين السابقين أن المشرع لم يشترط شكلية معينة للرضا الصادر من المريض، بحيث وكما في القواعد العامة يمكن أن تكون موافقته صريحة محررة كتابيا، وقد تكون لفظية شفاهية بل قد تتحقق حتى بالطريق الضمني، إذ ليس هناك ما يمنع من استخلاص الرضا من فعل أو موقف اتخذه المريض ويفيد في دلالاته على قبول التدخل، من ذلك مثلا حالة تمدد المريض على طاولة العلاج من أجل الخضوع للكشف الطبي.

في إطار هذا المنحى من الضروري التساؤل حول ما إذا كانت الموافقة في مجال نزع الأعضاء من أشخاص أحياء قد خضعت هي الأخرى للقاعدة العامة المتعلقة بالرضائية، أم أنها خرجت عن نطاقها لتشكّل بذلك استثناءا خاصا؟

الفرع الأول: استقراء لموقف المشرع الجزائري وموقف تشريعات مقارنة بخصوص شكلية الموافقة في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء

إذا كنا قد توصلنا إلى القول أن مبدأ الرضائية في القواعد العامة ترد عليه استثناءات تفرض ضرورة صب الرضا في شكل معين، فإنه في المجال الطبي أيضا مبدأ الرضائية ترد عليه استثناءات تجعل الرضائية لوحدها غير كافية على الإطلاق، إذ لا بد من شكلية خاصة تفرغ فيها الموافقة وإلا قامت المسؤولية كما هو الحال في موضوع التبرع بالأعضاء البشرية.

هذه المسألة تستخلص صراحة من الفقرة الخامسة لنص المادة 360 من القانون 11/18 التي اشترطت أن يعبر المتبرع عن رضاه في محرر رسمي¹⁵ (يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد، مسبقا، من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون).

ويبدو أن هذا التوجه الذي تبناه المشرع الجزائري جاء متماشيا في شكله العام مع ما تبنته تشريعات دول مختلفة، من حيث اشتراطها إفراغ الرضا في شكلية محددة وهي الكتابة، وإن كان الاختلاف واضحا بينها من حيث نوع الكتابة المفروضة، إذ منها من اكتفى بالموافقة الخطية للمتبرع (أي تلك الكتابة المحررة بخط يد المتبرع) وهو المنحى الذي سار عليه المشرع اللبناني إذ نصت المادة الأولى فقرة 3 من

¹³ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 257.

¹⁴ تنص الفقرة الثانية من المادة 344 (غير أنه، في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معد، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة).

¹⁵ بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008، ص 64.

المرسوم الإشتراعي رقم 109 المؤرخ في 16/09/1983¹⁶ (... أن يوافق الواهب خطياً وملء حرته على إجراء العملية).

وهو نفس النهج الذي انتهجه المشرع السوري من خلال القانون رقم 31 في مادته الثانية (...). أن لا يتم نقل العضو من المتبرع إلا بعد الحصول منه على موافقة خطية صريحة حرة غير مشوبة، شريطة أن يكون المتبرع متمتعاً بكامل أهليته، ويبدو أن المشرع الإماراتي أيضاً اعتمد نفس المسار وإن اختلف عنهما من حيث صيغة الألفاظ الموظفة في النص، فجاءت المادة 02 من القانون الاتحادي رقم 16 لتقرر (يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانوناً، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه ويشهد عليه شاهدان كاملاً الأهلية)¹⁷.

فالملاحظ أن الكتابة المفروضة من قبل قوانين هذه الدول هي كتابة عرفية، إذ يتولى المتبرع تحريرها بنفسه إما خطياً أو بالاستعانة بأحد أجهزة الكمبيوتر أو قد يقتصر الأمر على ملء استمارة أو مطبوعة معدة خصيصاً لهذا الغرض، مما يفيد بمفهوم المخالفة أن هذه الكتابة ليست رسمية طالما لم تتولاها إحدى الهيئات الرسمية في الدولة، والرسمية التي اشترطها المشرع الجزائري هي نهج اختارت اتباعه العديد من الدول سواء منها العربية أو الغربية، فعلى سبيل المثال نص الفصل الثامن من القانون التونسي رقم 22¹⁸ (على المتبرع أن يدلي برضاه لدى رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه، والتي يوجد مقر إقامة أو مقر المؤسسة الاستشفائية بدائرة مرجع نظرها، والقاضي الذي يتلقى رضا المتبرع يتأكد سلفاً من صحة توفر شروط الرضا المنصوص عليها في الفصل 2 من القانون، ويدون بذلك محضراً يمضيه معه المعني بالأمر وكاتب المحكمة).

ويبدو أن المشرع المغربي هو الآخر حرص كل الحرص بأن تكون الكتابة التي تُحرر بها الموافقة رسمية، بحيث نصت المادة 10 من القانون رقم 16/98¹⁹ على (يجب أن يعبر المتبرع على موافقته على أخذ عضو منه أمام رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر إقامة المتبرع أو أمام قاض من المحكمة المذكورة يعينه الرئيس خصيصاً لذلك الغرض. ويساعد القاضي طبيبان يعينهما وزير الصحة باقتراح من رئيس المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية، يعهد إليهما بأن يشرحا للمتبرع بالعضو أبعاد عملية التبرع وللقاضي الفائدة المرجوة من عملية الأخذ، ثم يتم استطلاع رأي وكيل الملك لدى المحكمة

¹⁶ المرسوم الإشتراعي اللبناني رقم 109 المؤرخ في 16/03/1983 المتعلق بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية.

¹⁷ القانون الإماراتي رقم 16 لسنة 1998 بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

¹⁸ القانون التونسي رقم 22 / 91 المؤرخ في 25/03/1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

¹⁹ الظهير الشريف المغربي رقم 1.99.208 المؤرخ في 25 أوت 1999 بتنفيذ القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها. جريدة رسمية عدد 4726 المؤرخة في 16 سبتمبر 1999.

في الموضوع بطلب من رئيس المحكمة أو من القاضي المنتدب، ويحرر الرئيس أو القاضي المنتدب محضرا بموافقة المتبرع...).

إذن الكتابة الرسمية التي اشترطها المشرع الجزائري وكذا كل من المشرع المغربي والتونسي تبرز في شكل محضر يحرر ليس بخط يد المتبرع وإنما تحت إشراف ورقابة إحدى أهم الهيئات الرسمية في الدولة وهي السلطة القضائية، هذا التوجه أيضا سبق أن جسده المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1-1231L²⁰ من قانون الصحة العمومية (التي حلت محل نص المادة 671-3²¹ الملغاة بمقتضى المادة 15 من الأمر رقم 2000/548²²)، والتي استوجبت أن يعبر المتبرع عن رضاه أمام رئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أو أمام قاضي يعينه هذا الأخير لنفس الغرض، على أن يؤول الاختصاص إلى وكيل الجمهورية في الحالات الاستعجالية.²³

من خلال استقراءنا للنصوص القانونية لدول مختلفة يبدو جليا أنها اتفقت حول مسألة عدم إمكان الأخذ بموافقة المتبرع الحي الشفاهية أو الضمنية، بل لا بد من صياغتها في شكل كتابي، وهو النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري أيضا كما سبق أن استخلصناه من نص المادة 360 من القانون 11/18، واشترط الكتابة في موافقة المتبرع إنما يجد تبريره من ناحية الرغبة الملحة في توفير المزيد من

²⁰ Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé 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, deuxième et, le cas échéant, troisième 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.

²¹ أنشئ نص المادة 671-3 بمقتضى المادة 15 من القانون رقم 654/94 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق باستعمال عناصر ومنوتجات جسم الإنسان، وكانت تنص:

(... Le donneur, préalablement informé 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. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment).

- La 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 n° 175 du 30/07/1994.

²² Ordonnance n° 2000-548 du 15/06/2000, relative à la partie législative du code de la santé publique. JORF n° 143 du 22 juin 2000.

²³ وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الفرنسي في السابق وذلك استنادا إلى أحكام المرسوم رقم 501/78 المؤرخ في 1978/03/31 الصادر في شأن تطبيق أحكام القانون رقم 1181/76 المؤرخ في 1976/12/22 المتعلق بنزع الأعضاء، كان يميز من حيث الشكلية المستوجبة بين حالتين: الأولى وتتعلق بالأعضاء الغير متجددة: هنا كان يشترط أن يتم الإدلاء بالموافقة أمام رئيس المحكمة الابتدائية الكبرى التي يتواجد بدائرة اختصاصها موطن المتبرع أو أمام قاض يعينه الرئيس، على أن يوقع محضر الموافقة من قبل كل من القاضي والمتبرع وتحول نسخة منه إلى المؤسسة الاستشفائية أين سيتم نزع العضو، ويحفظ أصل المحضر لدى كتابة ضبط المحكمة. الحالة الثانية وتخص باقي حالات نزع الأعضاء من بينها نزع الأعضاء المتجددة: هنا تفرغ الموافقة في شكل كتابي موقع من قبل شاهد يعينه المتبرع ذاته.

الحماية للمتبرع الحي²⁴ من خلال تنبيهه لأهمية وخطورة ما سيقدم عليه²⁵، إذ أن كتابة الموافقة وتحريرها خاصة بخط اليد ليس كالإدلاء بها شفاهة في لحظة زمنية قد لا تتعدى الثانية، مما يمكن ومن دون شك المتبرع في التفكير الجدي وبكل رويّة لما سيقوم به بعيدا عن أي تسرع في اتخاذ قرار قد يكون الدافع إليه تأثير عاطفي عابر بعيدا عن أية موضوعية، إذ تلعب العوامل النفسية والعاطفية كصلة القرابة والحب الجامح للمتلقّي دورا كبيرا ومؤثرا في اتخاذ القرار²⁶.

وإذا كان هذا التبرير يجد أساسه من ناحية الحماية اللازمة للمتبرع، فإن هناك تبرير لا يقل أهمية وإن كان لا يصب في مصلحة المتبرع ذاته، بل يصب في مصلحة الهيئة الطبية في حالة المنازعة بخصوص مدى تحقق الرضا من عدمه، إذ يُمسي المحرر الكتابي دليلا قاطعا على توافره من جانب المتنازل طالما أن المحرر الكتابي هذا تم توثيقه بتوقيع من المتبرع وتوقيع من الشهود أو بوضع بصمته²⁷ أيضا أو بتوقيع من الهيئة القضائية.

الفرع الثاني: تقييم الشكلية المفروضة بموجب الفقرة 05 من المادة 360 من القانون المتعلق بالصحة.

حتى نقف على تقييم حقيقي وموضوعي للشكلية المقررة بموجب القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة كان لا بد من الرجوع إلى الشكلية التي كانت مطبقة قبل صدور هذا القانون، أي تلك السائدة في ظل القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها واستقراء الأحكام الخاصة بها وتحليلها، مع الأخذ بعين الاعتبار ما هو مكرس في التشريعات المقارنة.

لم يكن المشرع الجزائري في ظل سريان القانون رقم 05/85 يشترط الشكلية الرسمية، ونقصد بذلك الكتابة الرسمية التي تتم أمام جهات مؤهلة قانونا، بالرغم من أن لفظ الكتابة الوارد في النص جاء عاما، إذ قد ينصرف معناه إلى الكتابة الرسمية والعرفية على حد سواء إذ كانت المادة 02/162 تنص (...). وتشترط الموافقة الكتابية من المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة)، ويجد قولنا السابق (بأن المشرع لم يشترط الكتابة الرسمية

²⁴ إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2009، ص 125.

²⁵ مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003، ص 193 و194.

²⁶ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2002، ص 134.

²⁷ إلى جانب التوقيع اعترف المشرع الجزائري ببصمة اليد لتوثيق العقود وهذا ما يتضح من نص المادة 327 من القانون المدني على إثر التعديل الذي جاء به القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

في موافقة المتبرع الحي) تبريره من سياق النص القانوني ذاته، إذ لو كان المشرع قد أراد الكتابة الرسمية إلى جانب العرفية، لكان قد حدد وأشار على الأقل إلى الجهة الرسمية التي يجب أن يُدلى بالموافقة أمامها، وهي على كل حال الجهة التي لن تخرج عن نطاق التعيين الوارد في نص المادة 324 من القانون المدني الذي عرف العقد الرسمي بأنه (عقد يثبت فيه موظف²⁸ أو ضابط عمومي²⁹ أو شخص مكلف بخدمة عامة³⁰ ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه).

فيكون بذلك المشرع قد اكتفى بالشكلية العرفية التي من دون شك ستكون تلك الكتابة التي تتم خارج نطاق اختصاص الجهات المحددة في النص السابق، فقد عرف البعض العقد العرفي (المحرر العرفي) بأنه كل سند معد للإثبات، يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف العام³¹ كما عرّف بأنه محرر غير رسمي سواء كان عقداً، أو خلافه لم يتدخل في تحريره موظف عام بحكم وظيفته، ولا يشترط لصحة تحرير المحرر العرفي إلا شرط التوقيع³²، من هنا نستخلص أن المشرع الجزائري كان في السابق يترك المجال واسعاً في اختيار وتقرير نوع الكتابة التي تحرر بها الموافقة فقد تكون بخط اليد وقد يتم تحريرها باستعمال جهاز كمبيوتر أو آلة راقنة، وقد يقتصر الأمر على نموذج مهياً سلفاً يأتي في شكل استمارة أو مطبوعة تسلم للمتبرع من أجل ملئ بياناتها والتوقيع عليها. هذه الحرية التي أبرزها المشرع سابقاً في المادة 162 تؤدي كنتيجة إلى اختلاف في المعاملة، فالبعض من المستشفيات قد يعمد إلى التعامل بمطبوعة معينة وهو الأمر الغالب، والبعض الآخر يفرض على المتبرع تحرير إقرار خطي³³، وهو أمر غير محمود إذ المستحب توحيد الصيغة حتى يتحقق توحيد في المعاملة، خاصة عندما يتعلق الأمر بمجال حساس كنقل وزراعة الأعضاء، ولعل هذا ما انتهجته التشريعات المقارنة

²⁸ عرفت المادة 04 من القانون الأساسي للوظيفة العامة الموظف بأنه " كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في السلم الإداري. الأمر رقم 03/06 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، المؤرخ في 15 يوليو 2006، جريدة رسمية عدد 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006.

²⁹ الضابط العمومي هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة التصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق على أن تكون له مؤهلات قانونية تسمح له بذلك، فتسند إليه مهمة تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته متقاضياً أجره من ذوي الشأن كالموثق والمحضر القضائي. انظر يحيوي يوسف، الشكلية الغير مباشرة وأثرها على فعالية العقود، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر I السنة الجامعية 2013/2014، ص 17.

³⁰ المكلف بالخدمة العامة هو شخص يؤدي خدمة عمومية سواء خضع لقانون الوظيف العمومي أم لا وسواء كان مأجوراً أم غير مأجور كرؤساء المجالس الشعبية البلدية. انظر يحيوي يوسف، نفس المرجع، ص 18. وفي أمثلة للمكلف بأداء الخدمة العمومية أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 131.

³¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 27.

³² ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني الطبعة الأولى، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2009، ص 112.

³³ يقصد بالإقرار هنا ليس الإقرار القضائي الذي يتم أمام الهيئة القضائية أثناء سير الدعوى القضائية، وإنما المقصود الإقرار الغير قضائي الذي يتم بأي شكل آخر عدا أن يتم أمام القاضي، سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، نفس المرجع، ص 123.

السابقة التي قررت صيغة محدد لكتابة الموافقة، فهي استوجبت أن تكون إما خطية (كالمشرع السوري واللبناني وحتى الإماراتي) وإما أن تكون رسمية أمام هيئة قضائية (المشرع التونسي، المغربي والفرنسي).

وبالرغم أن المشرع الجزائري في ظل القانون 05/85 حاول إثراء الكتابة العرفية للموافقة بتوقيع شاهدين، إلا أن الأمر لم يكن كافياً لأن مسألة إحضار الشهود فيها من العناية ما فيها، خاصة وأنه لم يكن يحدد الجهة التي تتولى إحضار الشاهدين هل المتبرع أم المستفيد...، الأكثر من هذا أن اختلاف نمط الشكلية بين ما كان مفروضاً في ظل سريان القانون 05/85 وبين الذي تكرر حالياً بالقانون 11/18 يطرح مسألة أخرى في غاية الأهمية، وهي على كل حال مسألة أمست واقعا معاشا برز نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي، وما أفرزه من وسائل اتصال كان لها الأثر الواضح على بروز أنماط جديدة من التعاملات والتعاقدات الذي يعرفها العصر الحالي، ونقصد بذلك التعاقد الإلكتروني، فما مدى إمكانية الاعتماد بالموافقة الصادرة في الشكل الإلكتروني في ظل الفترة السابقة على صدور القانون رقم 11/18 وبعد سريانه؟

عرف المشرع المصري المحرر الإلكتروني من خلال المادة الأولى من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 بقوله (يقصد بالكتابة الإلكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك)³⁴، بالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر³⁵ من القانون المدني الجزائري نلاحظ أن الصيغة التي اعتمدها المشرع في تحرير النص بمناسبة تعريفه للكتابة كوسيلة للإثبات جاءت واسعة، بحيث لا تقتصر على الكتابة بالمفهوم التقليدي الذي طالما ربطها بالدعامة المادية أي الورقة، بل تجاوز ذلك إلى المفهوم الجديد الذي أصبح يعرف بالدعامة الإلكترونية كالقرص المضغوط أو القرص المرن... ومن تم فإن الكتابة الإلكترونية أصبحت مثلها مثل الكتابة التقليدية من حيث ترتيب آثارها القانونية بل فاقتها في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية القائمة على حرية الإثبات، فأصبحت للمحرر والتوقيع الإلكتروني نفس الحجية التي يتمتع بها المحرر والتوقيع التقليدي³⁶.

يترتب على هذا كله وتماشيا مع الصياغة الفضفاضة لعبارة " الموافقة الكتابية " التي كانت معتمدة في تحرير نص المادة 02 /162 من القانون 05/85، أنه لم يكن هناك ما يمنع من أن تأتي الموافقة من المتبرع الحي وفق الشكلية الإلكترونية (أي الكتابة الإلكترونية) خاصة في ظل التوجه الجديد الذي

³⁴ ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 104.

³⁵ تنص المادة 323 مكرر من القانون المدني (ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم. مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها).

³⁶ ماجد محمد سليمان أبا الخيل، نفس المرجع، ص 93 و 114.

اعتمده المشرع مسaire للنسق العام الذي تشهده التعاملات بين الأفراد والتي تجاوزت المفهوم التقليدي للكتابة الورقية، بإصداره للقانون رقم 04/15³⁷ المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين وكذا المراسيم التنفيذية المتعلقة به³⁸، خاصة وأنه قد سبق له بمناسبة تعديله للقانون المدني سنة 2005 أن تطرق إلى حجية الإثبات بالكتابة الإلكترونية ومماثلتها بحجية الكتابة على الورق من خلال نص المادة 323 مكرر 1، وأيضاً عندما نص في المادة 327 فقرة 02 من نفس القانون على ضرورة الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني في مجال الإثبات، المهم أن تتوافر في الكتابة الإلكترونية الصادرة عن المتبرع شروط نجملها في ما يلي³⁹:

- أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة بحيث يسهل قراءتها واستيعاب مفهومها وهو ما أشارت إليه المادة 323 مكرر من القانون المدني بتوظيفها لعبارة " ذات معنى مفهوم".

- أن تتسم الكتابة بالاستمرارية والدوام ويتحقق ذلك بالتدوين على دعامة تمكن من حفظها لفترة زمنية طويلة كذاكرة الحاسوب أو الشرائح الممغنطة.

- أن تكون الكتابة غير قابلة للتعديل.

- تحقق التوقيع الإلكتروني فقد عرفت المادة 02 من القانون رقم 04/15 التوقيع الإلكتروني بأنه (بيانات في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات الكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق)، كما حددت المادة 06 من نفس القانون الغاية من التوقيع (يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني)⁴⁰.

أما وفي إطار التوجه الجديد الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 360 والذي اشترط بموجبه الشكلية الرسمية، ونقصد بذلك الكتابة في محرر رسمي تتولاه جهة قضائية مختصة وهي رئاسة المحكمة، فإن إمكانية إدلاء المتبرع الحي برضاه وموافقته بالطريقة الإلكترونية هو أمر مستبعد تماماً.

³⁷ لأكثر تفصيل بشأن تنظيم المشرع الجزائري للتوقيع الإلكتروني أنظر القانون رقم 04/15 المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جريدة رسمية عدد 06 المؤرخة في 10 فبراير 2015.

³⁸ المرسوم التنفيذي رقم 134/16 المؤرخ في 2016/04/25 المحدد لتنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها. أيضاً المرسوم التنفيذي رقم 135/16 المؤرخ في 2016/04/25 المحدد لطبيعة السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها. جريدة رسمية عدد 26 المؤرخة في 2016/04/28.

³⁹ البعض من هذه الشروط يمكن استجلاؤها من نص المادة 323 مكرر 1 (يعتبر الإثبات بالكتابة بالشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها).

⁴⁰ لأكثر تفصيل للشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية أنظر يحيوي يوسف، المرجع السابق، 36 إلى 38.

ونحن نرى من جهتنا أن ما اعتمده المشرع من تكريس لمبدأ الكتابة الرسمية⁴¹ للتعبير عن الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء، هو توجه نثمناه ونشجعه خاصة عند إسناد هذه المهمة لجهة رسمية كالسلطة القضائية، إذ أن تَوَلَّى هيئة قضائية تحرير الموافقة فيه ما يوحي بأهمية وخطورة عملية نزع الأعضاء من جهة، وفيه ما يحقق المصادقية للعملية ذاتها باعتبار ما تتمتع به الهيئة القضائية من هيبة ووقار طالما أن اختصاصها الأصيل هو إصدار الأحكام القضائية الواجبة التنفيذ حتى أن فرض تولي القضاء هذه المهمة سيسهم ومما لا شك فيه في التخفيف بل في القضاء نهائيا على المنازعات التي قد تتور بشأن تحقق الرضا من عدم تحققه، فالمحضر الذي يُحرَّرُ بمعية القاضي ويوقع عليه هو ذاته والمتبرع، ويُحفظُ أصله لدى كتابة ضبط المحكمة إنما يصير متمتعا بالحجية في مواجهة الكافة.

الفرع الثالث: التكييف القانوني لشكلية الكتابة في مجال تبرع الأحياء بأعضائهم وآثارها القانونية

الشيء المؤكد أن الشكلية القانونية⁴² في التصرفات نوعان: نوع يخص انعقاد التصرف في حد ذاته بحيث تكون الشكلية ركنا فيه، فالى جانب كل من التراضي المحل السبب هناك ركن رابع هو الشكلية المتمثلة في مجال دراستنا في الكتابة، ويطلق عليها الفقه الشكلية المباشرة لاتصالها المباشر بتكوين التصرف، إذ يترتب على تخلفها بطلان التصرف واعتباره من العدم⁴³، أما النوع الثاني فمتعلق بإثبات التصرف أو نفاذه لا بإنشائه ويطلق عليها بالشكلية الغير مباشرة⁴⁴، على أنه كثيرا ما تختلط شكلية الوجود بشكلية الإثبات⁴⁵ بحيث يصير من الصعوبة معرفة ما إذا كان الشكل الذي فرضه القانون للانعقاد

⁴¹ إفراغ الموافقة في شكل رسمي دعت إليه أيضا جامعة الدول العربية وفق ما يظهر من نص المادة السادسة من القانون الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيه المعتمد من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين بالقرار رقم 791-د 25- المؤرخ في 2009/11/19 (لا يجوز استئصال عضو بشري أو نسيج إلا بعد موافقة المتبرع مسبقا ويجب أن تكون الموافقة ثابتة بشكل رسمي).

⁴² مقابل الشكلية القانونية المقررة بحكم القانون توجد الشكلية الاتفاقية التي تنقرر باتفاق الأطراف المتعاقدة، كأن يتفقا الطرفان في العقد الابتدائي على وجوب إبرام التصرف النهائي في شكل رسمي ومتى تم الاتفاق تعين الالتزام به وإلا تعرض التصرف للبطلان. أنظر في هذا المعنى: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة 1952 ص 151. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1983، ص 16. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار نارس للطباعة والنشر، أربيل العراق ص 50 و 53.

⁴³ لأكثر تفصيل بخصوص البطلان كأثر لتخلف الشكلية أنظر، منذر الفضل، نفس المرجع، ص 175 وما يليها، أيضا سمير عبد السيد تناغو مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 90، محمد حسنين، نفس المرجع، ص 75 وما يليها.

⁴⁴ يقصد بالشكلية الغير مباشرة مجموع الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام التصرف، وسميت كذلك لعدم اتصالها المباشر بتكوين التصرف حيث لا تؤثر في صحته. أنظر يحيوي يوسف، المرجع السابق، ص 10.

⁴⁵ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، نفس المرجع، ص 34.

أم للإثبات، خاصة إذا لم يكن المشرع قد بين عندما فرض هذه الشكلية الأثر المترتب عن الإخلال بها⁴⁶ أو لم يشر صراحة أنها للانعقاد⁴⁷ أو للإثبات⁴⁸.

لا يوجد في نص المادة 360 من القانون 11/18 ما يفيد هل الكتابة المفروضة للتعبير عن الإرادة من جانب المتبرع الحي هي ركن لانعقاد التبرع ومن ثم شرط لصحته، أم هي فقط وسيلة لإثبات تحقق الموافقة في حالة المنازعة، ومع عدم تطرق المشرع للجزاء المترتب عن عدم مراعاة شكلية الكتابة وهو نفس الوضع الذي كان قائما في ظل سريان القانون 05/85 فمن الضروري التساؤل بخصوص ما إذا كانت الشكلية المفروضة مستوجبة للانعقاد أم فقط للإثبات.

البعض يرى أن الكتابة المفروضة بموجب المادة 162 من القانون 05/85 إنما قد تقررت لإثبات تحقق الموافقة من جانب المتبرع الحي فهي تعد أداة إثبات للرضا ووسيلة قانونية للكشف عنه⁴⁹، غير أننا لا نوافق هذا الاتجاه على إطلاقه، بحيث وإن كنا فعلا لا ننكر أهمية الكتابة ودورها في إثبات الحصول على الرضا في حالة المنازعة كأن ينكر المتبرع واقعة صدور الموافقة عنه، إذ في الحالة هذه يكون من السهولة بما كان دحض هذا الزعم بتقديم الدليل الكتابي، لاسيما إذا كان هذا الدليل الكتابي قد تم أمام هيئة رسمية⁵⁰، إلا أننا لا نرى أن الكتابة التي كانت مفروضة بموجب المادة 162 قد تقررت فقط للإثبات بل نراها قد تقررت قبل هذا لنشوئها التصرف.

وهو الأمر ذاته الذي ينطبق على نص المادة 360 من القانون 11/18، بحيث تشكل ركنا أساسياً في تكوين التبرع فإذا تخلفت صار من المستحيل التسليم بصحة التبرع، ونستدل على هذا الرأي بما يلي:

- إن الصياغة التي اعتمدها المشرع في تحرير الفقرة 05 من المادة 360 وتوظيفه لعبارة دقيقة وهي " **يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع...**" إنما تفيد في دلالتها أن الشكلية للانعقاد، لاسيما إذا قارنا هذه العبارة بتلك التي كانت موظفة في نص المادة 162 من القانون 05/85 **"...وتشترط الموافقة**

⁴⁶ نجد المشرع في المادة 418 من القانون المدني قد نص صراحة على الجزاء المترتب على عدم مراعاة شكلية الكتابة (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا...).

⁴⁷ نجد المشرع في المادة 383 من القانون المدني نص صراحة على ضرورة الرسمية للانعقاد (لا ينعقد الرهن الرسمي إلا **بعقد رسمي** أو حكم أو بمقتضى القانون).

⁴⁸ المشرع في نص المادة 645 من القانون المدني كان صريحا في اشتراط الكتابة للإثبات (لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينية)، ويتعلق الأمر هنا بما يسمى بالإثبات المقيد، إذ لا يجوز للخصوم استخدام طريقة، أخرى من غير الطريقة المحددة قانونا.

⁴⁹ مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2006، ص 596 وما يليها.

⁵⁰ لأن ما ورد في الوثيقة الرسمية لا يجوز إنكاره إلا عن طريق الطعن بالتزوير، لأكثر تفصيل، أنظر سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ص 129.

الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه..." وهي عبارة سادها الغموض إذ الكتابة قد تأتي شرطا للانعقاد أو شرطا للإثبات، فالمسألة وفق نص المادة 360 مرتبطة بكيفية التعبير عن الإرادة والتي يكون المشرع قد اشترط صراحة إفراغها في شكل رسمي " أي الكتابة أمام الجهة القضائية " ومن دون شك أن الحديث عن الإرادة وكيفية التعبير عنها إنما هو حديث عن أحد الأركان الأساسية لانعقاد التصرف وهو الرضا.

- أن عدم ذكر المشرع في المادة 360 للجزاء المترتب عن تخلف الكتابة لا يفي أنها قد تقرررت للانعقاد، لأن هناك العديد من التصرفات التي اعتبر فيها المشرع الشكلية ركنا للانعقاد ورغم ذلك لم ينص على جزاء تخلفها من ذلك مثلا المادة 383 من القانون المدني الخاصة بالرهن الرسمي، فليس بشرط أن ينص القانون على البطلان كجزاء كلما تعلق الأمر باختلال ركن من الأركان اللازمة لانعقاد⁵¹. ويرى الأستاذ السنهوري في هذا الشأن أنه في الحالة التي يسود فيها الغموض، ويصعب على القاضي بعد استفاده لوسائل التفسير، أن يتبين ما إذا كان القانون قد أراد الشكل لانعقاد أم للإثبات، فيتعين اللجوء إلى القواعد العامة في التفسير، واعتبار بالأولية أن الشكلية لانعقاد لا للإثبات، ذلك أن المشرع يتمتع بسلطة واسعة في فرض الشكل الذي يريد، ومتى حصل ذلك ولم يقيم الدليل على أنه للإثبات فالمفروض أنه تقرر لانعقاد⁵².

- أيضا عندما يشترط المشرع الشكلية كركن لانعقاد، إنما يكون قد هدف إلى غاية حماية متمثلة في حماية مصالح فردية أي مصلحة الأطراف المتعاقدة على الخصوص، إذ كثيرا ما يقع أن تشكل الرضائية خطورة على المتصرف نظرا لبساطة إجراءاتها وانعدام تعقيداتها، فتكون الشكلية بمثابة المنبه لهذه الخطورة إذ تؤدي دورا تبصيريا بعواقب التصرف القانوني⁵³، وهو ما يمكن تلمسه في مجال التبرع بالأعضاء إذ الكتابة تعمل على تنبيه المتبرع بخطورة التبرع خاصة وأن الأخير لا يجني أية منفعة بل على العكس من ذلك قد يتضرر من العملية فيصبح مريضا بعدما كان سليما معافى، هذا دون إنكار دورها الحمائي للمصلحة الاجتماعية على اعتبار أن المساس بأحد أعضاء الجسم سيؤدي حتما للانقراض من قدرته الوظيفية، وهذا بدوره سيؤدي إلى حصول الخلل في الوظيفة الاجتماعية المكلف بأدائها المتبرع.

- أيضا يمكن الاستدلال على الرأي السابق بكون أن التبرع بالأعضاء البشرية يندرج في نطاق التبرعات، ويُعرَّفُ التبرع بأنه عمل قانوني مضمونه تقديم التزام معين بدون انتظار مقابل له، ولم يورد

⁵¹ سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 208.

⁵² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 153.

⁵³ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 51.

المشرع الجزائري تعريفا له واكتفى بإيراد أحكام مختلفة لأنواع من التبرع كالهبة، الوقف، الوصية...⁵⁴ وكيف التبرع بالأعضاء البشرية على أنه من عقود الهبات لا من عقود التفضل⁵⁵، فالتبرع بالعضو البشري من قبل شخص حي هو هبة⁵⁶، وإن كانت هبة من نوع خاص⁵⁷ إذ من غير الممكن إخضاعها وعلى وجه الإطلاق لكافة الأحكام التي يخضع لها عقد الهبة⁵⁸.

وعلى كل حال فطالما اعتبرنا التبرع بالأعضاء ما بين الأحياء هبة، وأن الهبة وفق القانون الجزائري سيما ما يستخلص من نص المادة 206 قانون الأسرة، تخضع لشكلية قانونية تختلف بحسب ما إذا كان الشيء الموهوب عقارا أو منقولا، فبالنسبة للأول تتمثل الشكلية في الحيابة إلى جانب الإجراءات التوثيقية التي تحكم التعامل في العقار، أما بالنسبة للمنقول فإن الشكلية تتمثل دائما في الحيابة إلى جانب الإجراءات الخاصة المفروضة في مجال التعامل بمنقولات معينة، ومعنى هذا إذا كان القانون قد استلزم بالنسبة لهبة المنقول استيفاء شكلية معينة، فلا بد من احترام ذلك تحت طائلة بطلان التصرف وهو ما ينطبق في مجال التبرع بالأعضاء البشرية، إذ أن الكتابة المفروضة بنص المادة 360 الصحة تمثل الشكلية الواجبة لانعقاد التبرع.

المطلب الثاني: تمتع المتبرع الحي بأحقية العدول عن الموافقة.

بالرجوع إلى المادة 360 فقرة 06⁵⁹ الملاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى للمتبرع الذي سبق أن أبدى رضاه وموافقته من أجل نزع أحد أعضائه والتبرع بها حق التراجع عن هذه الموافقة وهو ما عبر عنه ب (سحب الموافقة)، هذا التوجه في الحقيقة يختلف عما هو مستقر عليه في القواعد العامة إذ متى صدر الرضا من المتعاقد وتوافرت فيه شروط صحته رتب آثاره القانونية دون أن يكون للمتعاقد الحق في

⁵⁴ خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2012-2013 ص16 و17، ويعرف الأستاذ السنهوري عقد التبرع بأنه عقد لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطى ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 162.

⁵⁵ عقد التفضل هو عقد يتبرع فيه المتبرع بفائدة معينة دون أن يخرج المال عن ملكيته.

⁵⁶ أما إذا كان التبرع من متوفي فإنه سوف لا يخضع لأحكام الهبة وإنما لأحكام الوصية لان هذه الأخيرة تعد بحسب المادة 184 من قانون الأسرة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

⁵⁷ فخصوصيتها يمكن استجلاؤها على الأقل من ثلاث نواحي: الأولى كونها تبرع يغلب عليه طابع الإيثار لأنها إنما أجزيت للضرورة وعلى سبيل الاستثناء فقط، والثانية كون محلها ذو طابع خاص إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال إدراجه ضمن نطاق الأشياء والأموال بالمفهوم الوارد في التقنين المدني، أما الثالثة فتبرز من حيث أن الهبة تتضمن معنى التمليك وهذا يعني أن الواهب يعد مالك لأعضائه وهو ما يتعارض مع توجه الفقه الإسلامي الذي يرى أن الإنسان لا يتمتع بحق الملكية على جسده وإنما يتقرر له ما يصطاح عليه باختصاص المنافع، لأكثر تفصيل أنظر عارف علي عارف القره داغي، قضايا فقهية، في نقل الأعضاء البشرية، (سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة)، الطبعة الأولى، منشورات الجامعة الإسلامية الدولية الماليزية، ماليزيا، 2011، ص 16.

⁵⁸ عارف علي عارف القره داغي، نفس المرجع، ص 28 و29.

⁵⁹ تنص المادة 360 فقرة 06 " يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاه في أي وقت وبدون أي إجراء ".

التراجع عن رضاه وإلا ترتب عن ذلك المسؤولية المدنية، موقف المشرع الجزائري بخصوص إمكانية العدول عن الموافقة جاء مسائرا لموقف الشرع بخصوص الهبة التي لا تلزم إلا بالقبض عند جمهور الفقهاء⁶⁰، فهي قبل القبض تعتبر عقدا جائزا أي غير لازم ما يُمكنُ الواهب في الرجوع في هبته، خاصة وقد كنا قد توصلنا للقول أن التبرع بالأعضاء بين الأحياء من عقود التبرع سيما الهبة.

أيضاً توجهه جاء متفقاً مع توجهات العديد من التشريعات العربية والغربية وإن اختلفت فيما بينها في صياغة هذه المسألة، من ذلك المشرع الإماراتي الذي نص في المادة الرابعة فقرة 02 من القانون رقم 16 لسنة 1998 على (ويجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه دون قيد أو شرط، ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد تبرعه به وفقاً للقانون)، وأيضاً المادة الرابعة من القانون المغربي رقم 16/98 نصت على (... ويمكن للمتبرع إلغاء هذه الموافقة في جميع الحالات)، المشرع الفرنسي أيضاً نص على إمكانية تراجع المتبرع عن الرضا في أي وقت⁶¹.

إن الصياغة التي اعتمدها المشرع الجزائري اتسمت بالعمومية القصوى مقارنة بالصياغة المعتمدة من قبل تشريعات مقارنة أخرى، ما يدفعنا إلى التساؤل بشأن نقطتين أساسيتين:

الأولى هل للمتبرع مطلق الحرية في التراجع عن رضاه دون أن يُقَيَّدَ بقيد زمني محدد ودقيق، بحيث يكون بإمكانه ممارسة هذا الحق حتى بعد استئصال العضو منه وقبل زرعه لدى المستقبل، خاصة في تلك الحالات التي يتعذر فيها إجراء عملية الزرع بالتزامن مع عملية الاستئصال بحيث يستوجب الأمر الاحتفاظ بالعضو لفترة زمنية، بل هل بإمكانه العدول حتى بعد عملية الزرع وبالتالي المطالبة بالاسترداد؟

إن الصياغة العامة التي أُعْتُمِدَتْ في نص المادة 6/360 سيما تلك المستخلصة من العبارة المتمثلة في (... في أي وقت كان...) تدفعنا إلى الإجابة عن الأسئلة المطروحة قبل حين بنعم، أي يمكنه التراجع بعد الاستئصال وقبل الزرع، وأيضاً بعد الاستئصال وتام الزرع لدى المستقبل، وهو ما لا يقبله منطق ولا عقل، الأمر الذي تقطنت له الكثير من التشريعات وأخذته بعين الاعتبار، بحيث عملت على ضبط المسألة مُحَدِّدَةً الوقت اللازم لإعمال حق العدول عن الرضا والتراجع عنه، من ذلك ما تم تكريسه في المادة السابعة من القانون العربي الاسترشادي، التي سمحت بممارسة حق العدول في أي

⁶⁰ ذهب المالكية والظاهرية وبعض الحنابلة ممن لا يشترطون القبض لانتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الواهب ويكتفون بتطابق كل من الإيجاب والقبول، إلى القول أن رجوع الواهب في هبته قبل القبض غير جائز ويستتلون على ذلك بقوله تعالى: (ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود). لأكثر تفصيل بخصوص هذه المسألة أنظر ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، شهادة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 28 وما يليها.

⁶¹ Article L1231-1 du code de la santé publique (Le consentement est révoquant sans forme et à tout moment).

وقت قبل القيام بعملية الاستئصال⁶²، وهي الصياغة الحرفية التي تبناها المشرع العراقي في القانون رقم 11 لسنة 2016⁶³.

أيضا العديد من التشريعات الغربية ضبطت هذه المسألة، من ذلك القانون الإسباني حينما نص في مادته الرابعة على وجوب أن تمضي فترة زمنية لا تقل عن أربعة وعشرين ساعة بين توقيع وثيقة التبرع ومباشرة عملية الاستئصال ويكون للمتنازل حرية العدول في أية لحظة قبل إجراء العملية ولا يعتبر مثل هذا العدول سببا للمطالبة بالتعويض أيّا كانت طبيعته⁶⁴.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتفطن لهذه النقطة عند وضعه لقانون الصحة الجديد 11/18 واحتفظ بنفس التعبير الذي كانت قد صيغت به المادة 02/162 من القانون 05/85⁶⁵ بالرغم ما للمسألة من أهمية، إذ أن تحديد وقت ممارسة حق العدول عن الموافقة، من شأنه درء أية منازعة مستقبلية خاصة تلك المتعلقة باسترداد العضو، فإن كان تقرير العدول يخدم المتبرع على اعتبار أن كرامة الإنسان تقتضي عدم جواز إرغام الشخص على الموافقة لاستقطاع جزء من جسمه وبالتالي ممارسة حقه في الرجوع⁶⁶، فإنه لا يمكن أن يُتخذ كذريعة للإضرار بالمريض المستقبل الذي صار العضو المزروع جزءا لا يتجزأ من جسمه، فالموافقة الإرادية تقتضي بالمقابل وجود أحكام ملائمة تتيح العدول عن الموافقة قبل أن تبلغ التدخلات الطبية المُنْفَذَةُ النقطة التي قد يتعرض فيها المستقبل للخطر، من هنا يمكن التساؤل أيضا بشأن إمكانية تمسك المتبرع باسترداد عضوه، خاصة وأن معظم التشريعات التي اطلعنا عليها بما في ذلك التشريع الجزائري لم تتناول هذا الإشكال، باستثناء المشرع الإماراتي الذي نص صراحة في المادة الرابعة فقرة 02 المشار إليها سابقا (... ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد تبرعه به وفقاً للقانون)، في هذا الإطار نورد وقائع إحدى القضايا، وتتخلص في أن إحدى الزوجات تبرعت بكليتها لزوجها الذي كان يعاني من قصور كلوي لاحقا وبعد حصول الطلاق بينهما وإعادة الزواج بأخرى بادرت المطلقة المتبرعة برفع دعوى قضائية تطالب من خلالها إلزام الزوج بإعادة الكلية محل التبرع إليها، إلا أن المحكمة رفضت طلبها.⁶⁷

⁶² تنص المادة السابعة من القانون الاسترشادي العربي (المتبرع العدول عن تبرعه في أي وقت قبل القيام بعملية الاستئصال دون قيد أو شرط).
⁶³ تنص المادة السابعة من القانون العراقي رقم 11 المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها على (للمتبرع العدول عن تبرعه في أي وقت قبل القيام بعملية الاستئصال دون قيد أو شرط).

⁶⁴ أيضا القانون الأرجنتيني في مادته 13 نص على (كل قرار بشأن هذه العملية يمكن إلغاؤه حتى لحظة إجراء العملية الجراحية متى كان لدى المتنازل القدرة على التعبير عن إرادته. والرجوع في هذه الحالة لا يمكن أن يكون محلا لأية مطالبة مالية في هذا الخصوص). أنظر مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 210.

⁶⁵ تنص المادة 02/162 من القانون 05/85 على (... ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة.)

⁶⁶ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 594.

⁶⁷ عارف علي عارف القره داغي، المرجع السابق، ص 30.

فكان على المشرع الجزائري تجاوز عمومية الصياغة والنص صراحة وبشكل دقيق على وقت ممارسة حق العدول، والذي يتضح أنه الفترة الواقعة ما بين تاريخ صدور الموافقة ولحظة تنفيذ العملية الجراحية بغرض الاستئصال والتي تبدأ منذ لحظة التخدير، وكان عليه أيضا النص صراحة على مسألة عدم إمكان ممارسة حق استرداد العضو بعد تمام عملية الزرع.

- **النقطة الثانية** وتتمحور حول ما إذا كان العدول عن الموافقة يستوجب الإفراغ في نفس الشكلية التي استوجبه القانون للتعبير عن الموافقة بشأن المتبرع بالعضو، أي وفق الشكلية التي تناولناها سابقا، أم أن الأمر متروك لحرية المتبرع بحيث يكفي أن يعبر عن ذلك شفاهة دون اللجوء إلى الجهة القضائية؟

هذا التساؤل فُرض في إطار الموازنة بين مختلف الصياغات التي برزت في التشريعات المقارنة للعديد من البلدان، فالمشرع الفرنسي في المادة 1231-1 نص صراحة على عدم لزوم إتباع أي شكلية معينة للعدول عن الموافقة (Le consentement est révoquant sans forme et à tout moment)، في الوقت الذي اختارت فيه تشريعات أخرى صياغة مخالفة، فنجد مثلا المشرع الإماراتي اعتمد تعبير (دون قيد أو شرط) وهو تعبير أوسع بحيث ينصرف معناه ليشمل الشكلية أيضا وهو نفس التعبير الذي تم اعتماده في القانون العربي الاسترشادي والقانون العراقي⁶⁸.

إن فرض شكلية خاصة للتعبير عن رضا المتبرع الحي، وعدم اشتراط ذلك في حالة عدوله عنه، إنما يجد تفسيره في عدم إرهاب المتبرع بإجراءات شكلية ليس لها ما يبررها، ذلك أنه إذا كانت الشكلية الخاصة والمفروضة للتعبير عن الموافقة تجد تبريرها في حماية المتبرع، باعتبار أنها تنبئه بخطورة ما سيقدم عليه وتجعله غير متعجل في اتخاذ قرار الاستئصال، فإن فرض هذه الشكلية أثناء العدول ليس فيه ما يفيد حماية المتبرع، بل على العكس من ذلك قد يعرقل تحقق هذا العدول وإن رغب فيه هذا الأخير وبشدة، خاصة في تلك الحالات التي يُظهِرُ فيها المتبرع رغبته في التراجع في آخر لحظة أي في تلك اللحظة التي تسبق خضوعه للعملية بقليل، فكيف سيأخذُ بعدوله لو كان قانون بلده يفرض الإفراغ في شكلية معينة سيما إن كانت تلك الشكلية تتم أمام جهة قضائية، لذلك الملاحظ أن المشرع الجزائري تقطن لهذه المسألة وتدارك الإغفال الذي كان يشوب نص المادة 162 من القانون 05/85 فعمد عند صياغته لنص المادة 360 من القانون 11/18 إلى إيراد عبارة " وبدون أي إجراء " مما يفيد بعدم لزوم أي شكلية للعدول عن الموافقة.

⁶⁸ أنظر للهامشين رقم 62 و63 .

المطلب الثالث : تقرير المسؤولية الجزائرية كجزاء للإخلال بركن الرضا من جانب المتبرع الحي

نظرا لأهمية الرضا في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سيما تلك الواقعة بين الأحياء الملاحظ أن جل التشريعات الدولية التي تطرقت إلى تنظيم عمليات زراعة الأعضاء خرجت عما هو مسطر في القواعد العامة، التي اكتفت بالنص على البطلان كجزاء قانوني على تخلف ركن الرضا في إبرام العقود وهو على كل حال لا يخرج عن كونه جزءا مدنيا.

المبدأ نفسه ساد مجال العمل الطبي، إذ أن مباشرة هذا الأخير دون موافقة المريض، لن يمكن المريض سوى من إقامة المسؤولية المدنية سواء العقدية أو التقصيرية بحسب ما إذا وجد العقد الطبي أم لا، اللهم إلا في حالة ما إذا اقترن غياب الرضا بفعل يجرمه القانون، من ذلك مثلا قيام الجراح بالعملية الجراحية للمريض دون تبصيره ودون الحصول على رضاه، وإصابة هذا المريض بعاهة مستديمة جراء التدخل الطبي نتيجة التقصير والإهمال، فالإخلال بالرضا لا يؤدي دائما إلى المتابعة الجنائية وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي الذي اعتبر أن عيب الرضا لا يشكل خطأ جزائيا متمثلا في جريمة القتل أو الضرب والجرح، وحده التدخل الطبي الغير مطابق لأصول المهنة هو الذي من شأنه فقط أن يؤدي إلى المتابعات الجزائية⁶⁹.

خروج التشريعات المقارنة عن هذا المسار يستشف من خلال تكريسها لأحكام المسؤولية الجزائرية في مواجهة الطبيب الذي يُقدّم على القيام بعملية نقل العضو البشري دون الحصول على الرضا فهناك شبه إجماع على تجريم أفعال استئصال الأعضاء البشرية دون تحصيل الموافقة، أو تحصيل هذه الموافقة بطرق احتيالية أو تدليسية⁷⁰، وإن اختلفت طريقة تناول هذه المسألة الجزائية، إذ من التشريعات من اكتفت بالقواعد العامة كالمشرع الليبي الذي يستند في تجريمه لفعل استئصال عضو من متبرع حي دون موافقته إلى أحكام المادة 35 من قانون المسؤولية الطبية التي تعاقب الطبيب عن قيامه بممارسة مهام عمله الطبي العادي أو قيامه بإجراء عمليات جراحية عادية أو تجارب على جسم الإنسان الحي دون موافقته⁷¹. المشرع الكويتي لم يضع عقوبة خاصة في حالة الإخلال بالرضا بل جاء التجريم بصيغة العمومية، وذلك متى مس الإخلال بشروط مشروعية نقل الأعضاء⁷² وهو نفس المسار الذي كان يتبعه المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون العقوبات سنة 2009، إذ كان يكتفي بالنصوص الواردة في هذا

⁶⁹ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 318.

⁷⁰ أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، 2010 ص 246 في نفس المعنى أيضا مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر ص 242.

⁷¹ إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص 177 و178.

⁷² مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 667.

القانون بالرغم من حرصه الشديد على ضرورة تحصيل الموافقة من جانب المتبرع في القانون 05/85 المتعلق بالصحة معتمدا في ذلك على الإحالة التي تنص عليها المادة 239 من القانون 05/85 إلى كل من المادتين 288 و289 من قانون العقوبات، واللذان تخصان على التوالي جريمة القتل الخطأ وجريمة الضرب والجرح الخطأ وذلك كلما تعلق الأمر بالأخطاء المهنية التي يرتكبها مهنيو الصحة أثناء تأدية مهامهم أو بمناسبةها وأدت إلى الإضرار بالسلامة الجسدية بأن سببت له الوفاة أو ألحقت به العجز.

غير أن التعديل الذي جاء به القانون رقم 01/09⁷³ المؤرخ في 25 / 02 / 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات حمل تغييرا واضحا ومهماً، وذلك بأن نص صراحة وبنصوص خاصة على تجريم فعل نزع الأعضاء من شخص حي دون الحصول على موافقته، وهذا إن دل فإنما يدل على أهمية الرضا في مجال عمليات زرع الأعضاء وحرص المشرع على عدم المساس به، خاصة إذا علمنا أن العقوبات التي جاء بها هذا القانون تتجاوز بكثير العقوبات التي كانت تطبق في ظل الإحالة على نصي المادتين 288 و289 من قانون العقوبات.

وتماشيا مع هذا الوضع عمد المشرع إلى أخذ المسألة بعين الاعتبار عند سنه للقانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة فنصت المادة 430 " يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات ".

تبعاً لهذا نجد المادة 303 مكرر 17 من ق. ع تعاقب بالحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج كل من ينتزع عضواً من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقاً للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، وتطبق العقوبة نفسها إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول، على أن العقوبة المقررة في حالة مخالفة الالتزام بتحصيل موافقة المتبرع الحي تتضاعف في حالة اقتران الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 بأحد الظروف المشددة، كأن يكون المتبرع الضحية قاصراً أو كان شخصاً معاقاً ذهنياً أو إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الفعل المجرم أو ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعمالها وارتكبت من طرف جماعة إجرامية منظمة ...

هذا التوجه الجديد للمشرع الجزائري جاء تبعاً لمسار المشرع الفرنسي الذي لم يورد المسألة الجزائية بخصوص تخلف رضا المتبرع في قانون الصحة أو في قانون خاص ينظم زراعة الأعضاء

⁷³ القانون رقم 01 / 09 / 09 المؤرخ في 25/02/2009 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 15 المؤرخة في 08/03/2009.

البشرية، إنما ضمنها في قانون العقوبات من خلال المادة 511 - 3، بحيث عاقب على فعل نقل أحد الأعضاء من جسم شخص حي دون رضاه بعقوبة الحبس لمدة 7 سنوات وغرامة بحسب مبلغ 100.000 أورو، كما عاقب على الشروع في هذه الجريمة بنص المادة 511-26.

المشرع المغربي أولى هو الآخر اهتماما واضحا بتجريم واقعة تخلف رضا المتبرع الحي، فعاقبت المادة 34 من القانون 16/98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة كل من قام بأخذ عضو من شخص حي دون تحصيل رضاه أو بعد تراجع عن موافقته بالسجن من 5 سنوات إلى 10 سنوات على أن تضاعف العقوبة في حالة إذا كان الضحية قاصرا أو كان خاضعا لإجراءات الحماية القانونية.

يلاحظ إذن أن المشرع الجزائري في تقريره للعقوبة المقررة لهذه الجريمة كان متشددا جدا، إذ أن العقوبة السالبة للحرية فاقت ما حدده المشرع الفرنسي، وجاءت من جهة أخرى مطابقة لما حدده المشرع المغربي مع اختلاف قائم في إضافته للعقوبة المالية المتمثلة في الغرامة إلى جانب إعطائه وصف الجنحة للفعل المجرم وليس جنائية وهو ما يستشف من لفظ " الحبس ".

النص على عقوبة خاصة للإخلال برضا المتبرع الحي في مجال زرع الأعضاء، إنما يوحي باهتمام المشرع بهذا الموضوع خاصة في ظل ما يعرفه موضوع الاتجار بالأعضاء البشرية من تزايد ورواج، إذ أسمى يُرتكب في إطار مجموعات دولية منظمة فصارت بذلك جريمة الاتجار عابرة للحدود والقارات، فكان لا بد من عقوبة زجرية تكون بمثابة الردع لكل من تسول له نفسه التلاعب بالأعضاء البشرية وتعريض حياة أصحابها للخطر الجسيم، على هذا الأساس تبقى الخصوصية ميزة أساسية تطبع الرضا في مجال التبرع بين الأحياء.

الخاتمة:

بالرغم مما أثير وما زال يثار من جدل وتداعيات بشأن مشروعية التعامل بالأعضاء البشرية سواء من الناحية الشرعية، الفقهية أو القانونية، بل حتى من الناحية الاجتماعية والأخلاقية، فإنه لا يمكن تجاهل حقيقة أن عمليات استئصال الأعضاء وزرعها أصبح واقعا ملموسا لا يمكن تجاهله بأي حال من الأحوال، لما قدمته هذه العمليات من مساهمات إنسانية تجسدت في حماية العديد من الأرواح البشرية خاصة مع النجاح المستمر والمبهر التي صارت تحققه.

وبالرغم أن المشرع الجزائري عند وضعه للقانون 11/18 المتعلق بالصحة قد أعاد النظر في الأحكام القانونية التي تنظم عمليات نزع وزرع الأعضاء، سيما منها تلك المتعلقة بالموافقة الصادرة عن المتبرع الحي، إذ نص وبشكل صريح على ضرورة إفراغها في شكلية رسمية أمام جهة قضائية، لمساهمة

ذلك في إثراء مستوى الحماية للمتبرع الحي، طالما أن الجهة القضائية تتمتع بمكانة خاصة وذات هيبة في الدولة، فيكفي القول أن ما تصدره من أحكام يتمتع بالحجية والقوة التنفيذية، أيضا نصه وبشكل صريح على عدم لزوم إتباع أي إجراء شكلي من قبل المتبرع الحي لممارسة حق العدول عن الموافقة، إلا أنه وفي مقابل هذا أغفل بعض الجوانب التي كان يتوجب عليه إعادة النظر في تأطيرها ونقصد بذلك:

- ضرورة تحديده تحديدا دقيقا للوقت الذي يتعين فيه إعمال حق العدول عن الموافقة أو كما أسماه بسحب الموافقة، وهو على كل حال في أية لحظة قبل المباشرة في إجراء عملية الاستئصال وبالتالي تجاوز الصياغة العامة والفضفاضة التي كرسها من خلال استعماله لعبارة " قي أي وقت " وهذا تقاديا لأي جدل أو تأويل قد تسمح به هذه العبارة.

- ضرورة النص صراحة على عدم إمكان استرداد العضو المتبرع به من جانب المتبرع الحي متى تمت عملية الزرع كما فعل صراحة المشرع الإماراتي.