الشروط القانونية المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري

أ. حمادي عبد النور

كلية الحقوق والعلوم السياسية-تلمسان

مقدمة :

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية [1] لم تحقق النجاح والشهرة التي وصلت إليها إلا بعد أن استقرت فكرة حُرمة جسد الإنسان في أذهان الناس التي قامت على مبدأ أخلقة الحياة.

وقد كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء من الأعمال الطبية التي أثارت جدلا كبيرا بين رجال القانون والطب وعلماء الاجتماع والأخلاق ورجالات الدين حيث الإنسان ليس شخصا قانونيا له حقوق وعليه التزامات فقط بل هو أولا وأخيرا جسد وروح ، لجسده حرمة ولحياته وصحته قدسية أثناء الحياة وبعد الوفاة .

---

[1] - إن مصطلح زرع Greffe يختلف عن مصطلح نقل العضو Transplantation فمصطلح زرع يعني نقل مادة خلوية أو نسيجية حية سواء من جزء لآخر عند نفس الفرد أو من فرد لآخر، أي أنّ الزرع هو عبارة عن طعم نسيجي أو ترقيع ومثاله الترقيع الجلدي أما مصطلح نقل العضو فهو نقل يعني خاصة زرع الأعضاء الحيوية التي تستلزم إعادة فورية لنشاط أوردتها وشريانها كالكبد ، القلب ، الكلى أنظر أحمد عبد الدائم : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني –رسالة دكتوراه – منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان -1999 –ص 23

فكل هذه الأفكار دفعت بجانب كبير من الفقه المدني في فرنسا إلى استحداث فرع جديد من فروع القانون الخاص هو القانون الطبي الذي يهتم بحماية الإنسان وصحته منذ لحظة الحمل إلى ما بعد الموت، إذ أن حماية جثث الموتى تَحظى هي الأخرى بهذه الحماية أيضا .

هذا ونجد أن أغلب الدول أجازت في تشريعاتها هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة عل غرار المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها 05/85 المعدل والمتمم بالأمر 17/90 ، وكذا القانون المصري رقم 103 لسنة 1972 والتشريع الكويتي رقم 55 لسنة 1987 ، والتشريع الإتحادي الإماراتي رقم 15 الصادر في 1993/09/21 ، والتشريع اللبناني رقم 109 لسنة 1983 وقانون الإنتفاع بالأعضاء البشرية الأردني رقم 23 لسنة 1977 وذلك وفقا لشروط وقيود وضوابط محددة فلا يجوز للشخص مثلا أن يتبرع بما يعود عليه بالضرر كأن يكون عضوا واحدا يقوم على استبقاء أصل الحياة فيه أو تتأثر وظيفته بفقدانه كالقلب والكبد أو اليد أو الرجل أو العين ... .

ولا شك أن وضع مثل هذه القيود والشروط لم يكن جُزافا ، وإنما جاء ليؤكد حرص هذه التشريعات على ميزان المصالح الإنسانية في هكذا عمليات فلا يعقل إباحة إقدام إنسان على إنقاذ آخر بإبادة نفسه حتى ولو تم ذلك برضاه وبعيدا عن أي قيد أو شرط .

وعلى هذا فالطبيب الذي يستأصل عضوا حيويا من جسد المتبرع كالقلب مثلا تمهيدا لزرعه في جسم المريض يكون عرضة للمساءلة المدنية والجزائية ، ولو تم الاستئصال برضاء المتبرع ، لأن حق الإنسان في التصرف بجسمه ليس حقا مطلقا فهو لا يملك التنازل عن حياته ولا حتى تعريضها للخطر أو انتقاص مقدرتها الوظيفية ،

فللمجتمع أيضا حق فيه لذا تتجه أغلب التشريعات الجنائية إلى تجريم الاعتداء عليه .

وبناءا على ما سبق ستدور مداخلتنا حول مرافعتين

المرافعة الأولى: تتعلق بالشروط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء في القانون الجزائري.

المرافعة الثانية: تتعلق بالجزاء القانوني المترتب عن تخلف هذه الشروط القانونية المتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء

المرافعة الأولى: الشروط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء في القانون الجزائري

الشرط الأول أهلية المتنازل

تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري [1]على انه " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها او معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ".

وقد حددت المادة 40 من نفس القانون سن الرشد ب 19 سنة كاملة في حين حددت المادة 42 منه سن التمييز ب 13 سنة طبقا لنص المادة 44 من القانون المدني الجزائري دائما ، نجد أن المشرع الجزائري نص على انه " يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية آو القوامة ضمن الشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون " كما انه وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري [2] لا سيما نص المادة 83 منه التي نصت على انه " من بلغ سن التمييز ولم

2- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم – الديوان الوطني للاشغال التربوية-الطبعة الثالثة-سنة 2002

[2] -قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27

يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني ، تكون تصرفاته نافدة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.

ومن جهة أخرى وبالرجوع إلى نص المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري [1] وكذا المادة 49 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص " لا عقوبة على القاصر الذي لم يكمل سن 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التربية ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ ويخضع القاصر الذي بلغ سن 13-18 إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة "

فمن خلال استقراء هذه النصوص يتضح أن المشرع الجزائري حدد عمر 13 سنة كاملة كحد أدنى لإمكانية متابعة الحدث على إجرامه ، على أن تقتصر العقوبات المقررة في حقه على التدابير الوقائية أو لعقوبات مخففة ، مما يعني أن الحدث البالغ 13 سنة يتمتع في نظر قانون العقوبات الجزائري بالقدر الكافي من الإدراك والتمييز ، الأمر الذي يجعله مسؤولا عن أفعاله في حين لا يُعترف له بهذه القدرات في مجال اتخاذه للقرارات المتعلقة بالأعمال الطبية رغم أن أحكام المسؤولية الجزائية هي الأقرب إلى ميدان الأعمال الطبية لما قد تشكله من مساس لجسم الإنسان .

إذن إن تأرجح تصرفات القاصر بين النفع والضرر ما يجعل من التصرفات النافعة له نافذة والضارة به غير ذلك ، فالسؤال الذي يثور

[1] -تنص المادة 442 من الأمر 155/66 المعدل والمتمم بأنه " يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر"

في هذا الباب هل يمكن تطبيق هاته الأحكام على العقود التي يبرمها القاصر بشأن التدخلات الطبية بصفة عامة وعمليات نقل نقل وزراعة الأعضاء البشرية على وجه التحديد .فقد تضاربت الآراء الفقهية والقانونية حول مدى فاعلية رضا القاصر أو الراشد ناقص الأهلية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية وهذا راجع على الدور الذي تلعبه الأهلية في هذا المجال الطبي لأن هاته الأخيرة شرط عند التبرع وعند البدء بالتنفيذ فأما عند التبرع فلأن التصرفات القولية لناقص الأهلية تعتبر باطلة ، وأما عند إجراء التنفيذ فلان التبرع لا يكون لازما إلا بالتنفيذ وقبل ذلك للمتبرع الحق في العدول والرجوع عن تبرعه .

وعلى ذلك لا يقبل التبرع من الصغير ، والمجنون ، والمعتوه ، وإن صدر ذلك من الوصي أو الولي لأن النيابة الشرعية مقيدة بتحقيق الأصلح للصغير أو المجنون ، وقد اتفق الفقهاء على أن الولي أو الوصي لا يقبل مهما التبرع بمال الصغير ولا المجنون ولا أي حق من حقوقه ، فمن باب أولى لا يجوز لهما الإذن بأخذ أي عضو منه وهو حي[1] .

وهو **الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري** حين نص في المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها 05/85 المعدل والمتمم بالآمر 17/90 والتي تنص على انه " يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز ، كما يمنع انتزاع

[1] -عبد الحميد إسماعيل الأنصاري : ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية –دراسة مقارنة –الطبعة الأولى-دار الفكر العربي-مصر - 2000-ص26

الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل ".

إذن واضح تماما تعويل المشرع الجزائري على شرط كمال الأهلية فيمن يُنتزع عضو أو جزء من جسده ، لكن الإشكال الذي يثور بشأن هذه المسالة يتمثل في ما هي السن القانونية التي حددها المشرع الجزائري لاعتبار المتبرع راشدا بإمكانه التبرع بأعضائه ؟ وهل أن هذا الشرط يُأخذ بالنسبة للقصر على مطلقه خاصة في ظل وجود بعض الممارسات الناجمة عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية والتي لا تتضمن قدرا من الخطورة ؟

حيث عدم تحديد المشرع الجزائري لسن قانونية تسمح للمتبرع القيام بالتنازل عن عضو من أعضائه لفائدة المريض ، يتضمن قدرا من الخطورة بسبب ما قد يترتب عن ذلك من مساس بحق هؤلاء في السلامة البدنية ، إلا أن قاعدة الحظر لا يجب أن تُأخذ على مطلقها لان بعض التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسي للأعضاء البشرية 94/654 وإن كان يمنع نقل الأعضاء من القصر أو من في حكمهم كمبدأ عام ، ومهما كانت صلة القرابة التي تربط القاصر المتبرع بالمستفيد المريض[1] ،إلا أنه أورد استثناء ا على هاته القاعدة في نص المادة 5/671 من قانون الصحة عامة [2]، وهي تلك الحالة التي تتعلق بنقل الأعضاء من القاصر لأحد أشقائه بموافقة احد أوليائه آو ممثله القانوني

(1) Art.L6 tl-4 'aucun prélèvement d'organes, en vu d'un don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineur ou sur personne vivante majeur fait l'objet d'une mesure de protection ' loi nº 94/654

(2) Art. L 67 A 5' si le donneur potentiel est un mineur, le prélèvement ne peut etre effectué que s'il s'agit d'un frère ou d'une sœur du receveur, dans ce cas le prélèvement ne pourra etre pratiqué qu'avec le consentment de son représentant légal et après autorisation donné par un comité…'

، وأن يتم التعبير عن تلك الموافقة أمام القاضي ويعد رفض القاصر في هذه الحالة مانعا يحول دون إجراء هذه العملية.

وهذا ما ما نجده في قرار لمحكمة تكساس العليا الأمريكية حيث أجازت في حكم لها سنة 1979 نقل كلية طفلة عمرها 14 سنة إلى أخيها القاصر الذي يعاني من قصور كلوي ، بالإضافة على إصابته بمرض عقلي .بعد أن ألغت حكم المحكمة الإبتدائية الذي رفض التبرع على أساس أن السوابق القضائية لا تجيز ذلك إلا من قاصر مريض عقليا على قاصر سليم وان الصورة العكسية غير جائزة .

وقد عللت محكمة تكساس العليا حكمها على أساس عمق الصلة الوجدانية والنفسية بين الطفلة المتبرعة وشقيقها المتلقي ، وإصابتها بمرض نفسي خلال تواجد شقيقها بالمستشفى وأن حرمانها من اداء هذه الخدمة الجليلة رغم ما أبدته من تعاطف سيؤدي إلى إصابتها بالإحباط مع شعورها دائما بالذنب[1].

الشرط الثاني ازدواجية العضو

أن يكون العضو المتبرع به من الأعضاء المزدوجة في الجسم ، وأن يُثبت أن العضو المتبقي قادر على القيام بالوظيفة التي يقوم بها العضو المُستأصل وهذا ما يفهم من نص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها ، عندما يشترط عدم انتزاع الأعضاء ومنع تلك العمليات إذا كانت تُسبب للشخص أمراضا تضر بصحة المتبرع وتعرض حياته للخطر .

(1) - رايس محمد: المسؤولية المدنية للاطباء في ضوء القانون الجزائري –دار هومه-الجزائر -2007 ص 224

فغنـــي عـــن البيـــان أن انتـــزاع الأعضـــاء غيـــر المزدوجـــة مـــن هـــذا الأخيـــر تضـــر بصـــحته وتُعرضـــها للخطـــر أو الهـــلاك ممـــا يجعـــل مـــن التصـــرف فـــي هـــذا العضـــو تصـــرفا غيـــر مقبـــول لا مـــن الناحيـــة القانونيـــة ولا من الناحية الشرعية

الشرط الثالث المتعلق بالمصلحة

فيجـــب ان تكـــون المصـــلحة المترتبـــة علـــى زرع العضـــو لـــدى المـــريض جديـــة وراجحـــة فحســـب المـــادة 166 مـــن قـــانون حمايـــة الصـــحة وترقيتهـــا لا تكـــون كـــذلك إلا إذا كـــان زرع العضـــو يُمثـــل الوســـيلة الوحيـــدة للمحافظـــة علـــى حيـــاة المـــريض المُســـتقبل لهـــذا العضـــو أو علـــى ســـلامته البدنية ولا تجدي في علاجه الأساليب الطبية الأخرى التقليدية [1]

الشرط الرابع أن يكون التنازل بدون مقابل

إن تنـــازل الشـــخص عـــن عضـــو لنقلـــه إلـــى جســـم شـــخص آخـــر يجـــب ان يأخـــذ صـــورة التبـــرع وبـــدون مقابـــل ، وذلـــك حتـــى تبقـــى هـــذه العمليـــة فـــي إطارهـــا القـــانوني والأخلاقـــي الـــذي وجـــدت لأجلـــه بغـــرض تحقيـــق الغايـــات الإنســـانية النبيلـــة فالأصـــل أن أعضـــاء جســـم الإنســـان لا يجـــب أن تكـــون بـــأي حال من الأحوال محلا للمعاملات المالية أو بغرض تحقيق الربح

وهـــذا مـــا أكدتـــه المـــادة 161 مـــن قـــانون حمايـــة الصـــحة وترقيتهـــا فـــي الجزائـــر أيـــن نصـــت علـــى أنـــه " لا يجـــوز انتـــزاع الأعضـــاء أو الأنســـجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية "

كمـــا نجـــد المشـــرع الجزائـــري تصـــدى لهـــذه المســـالة فـــي مرســـوم 09/01 المتعلـــق بتجـــريم المتـــاجرة فـــي الأعضـــاء البشـــرية وقـــرر عقوبـــات

(1) -شريف احمد الطباخ : جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء –دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع –المنصورة -2009-ص 188

تصل حد الإعدام مع حرمان الجاني من الاستفادة من ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة53 من قانون العقوبات الجزائري [1].

لكن الإشكال القانوني يبرز في حالة لو مثلا شخص ما قام ببيع كليته لآخر فهل يلتزم الطبيب الجراح بإجراء عملية الزرع لإنقاذ المريض الذي يحدق به الموت أم يمتنع عن ذلك؟ فماذا لو أدى عدم التزام الطبيب الجراح بإجراء هذه العملية إلى وفاة المريض .فهل يعتبر ذلك من قبيل جرائم الامتناع وبالتالي يسأل الطبيب عن جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر.

ثم الإشكال الآخر الذي يثور أيضا يتعلق بمدى التزام الطبيب بإعلام البائع بمخاطر الجراحة ما دام أن المتبرع قبل بالتبرع مع علمه المسبق بخطورة العملية ؟ وماذا لو لم يحصل هذا الأخير على المبلغ المتفق عليه كاملا فهل يجوز له المطالبة بإبطال العقد؟ مع العلم أن الدفع بالبطلان من قبل البائع في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ما دام العقد باطلا لمخالفته النظام العام والآداب العامة ، كما أن إبطال العقد يقتضي إرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، وهو أمر لا يمكن التسليم به ، بل حتى ولو حكم القاضي بضرورة إرجاع العضو من قِبل المريض المستفيد إلى البائع فإنه يستحيل إعادة زرعه له لسبب بسيط وهو عدم قابلية العضو للإرجاع من الناحية العلمية والفنية .

إذن وبناءا على ما سبق نطالب المشرع الجزائري بالتدخل من جديد لتنظيم هذه المسائل بالقدر الذي تكون فيه حماية للأطراف

---

(1) -المادة 303 مكرر 21 من القانون 09/01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري والتي تنص على " لا يستفيد الشخص المدان لإرتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا القسم من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من هذا القانون "

المُمارسة من جهة وتحقيقا للصالح العام من جهة أخرى ، بل أبعد من ذلك نرى مع البعض بأنه لا مانع من امكانية منح المشرع المُتبرع مزايا اجتماعية كشهادة شرفية تقديرية أو معونة مالية لتحسين نمطه العلاجي بعد العملية على أن لا يكون ذلك بطلب منه وهذا هو الإتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي حينما نص على امكانية تعويض المتبرع عن نفقات العملية وفقا لنص المادة 665-13 من قانون رقم 654/94 الصادر في 1994/07/29

الشرط الخامس المتعلق بمكان إجراء عملية النقل أو الزرع

حيث وجوب أن تُجرى عملية الاستئصال وكذلك عملية الزرع في مستشفيات مرخص لها بذلك من طرف وزير الصحة والسكان وهي مستشفيات بها موارد بشرية عالية التأهيل وبها إمكانيات مادية كفيلة بإجراء هكذا عمليات ذات أهمية بالغة .حيث تنص المادة 1/167 من قانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها " لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يُرخِص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة " .

الشرط السادس المتعلق برأي اللجنة الطبية

وهي التي تنشأ خصيصا في الهياكل الإستشفائية المرخص لها بإجراء هذه العمليات والتي يكون لها سلطة التقرير والبث في ضرورة انتزاع عضو أو نسيج أو زرعه ويكون لها وحدها الحق في الإذن والموافقة على اجراء هذه العمليات وهذه اللجنة مشكلة تشكيلا جماعيا ، غير انه لا يجوز للطبيب الذي عاين وفاة المتبرع أن يكون ضمن مجموعة الاطباء التي تقوم بعملية الزرع ، كما أن هذه اللجنة التي تقرر نزع العضو لا يجوز أن يكون من بينهم طبيب اشترك في علاج

المريض وقرر اجراء عملية زرع عضو له ، وهذا ما تنص عليه المادة 165 من قانون 17/90 المتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها " ... لا يجوز للطبيب الذي عاين أو أثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع..."

الشرط السابع المتعلق برضاء المتنازل

فقبل الحديث عن الإشكاليات التي يثيرها رضاء المتنازل لا بد من الإشارة إلى انه لا يمكن مبدئيا اقتطاع أعضاء الشخص الحي إلا ضمن هدف علاجي يُرجى من ورائه تحقيق فائدة ومنفعة خالصة للمستقبل وهو ما يُعبر عنه بتحقيق امل الشفاء ذلك ما تؤكده المادة 1/161 من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر حيث تنص " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية ..." .

هذا ولما كانت عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية تمثل أحد أخطر النماذج الطبية المستحدثة التي تنطوي على مخاطر جسيمة اتجهت أغلب التشريعات إلى اشتراط وجوب صدور موافقة المريض كتابيا [1]وهو نفس الإتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها 05/85 المعدل والمتمم بالأمر 17/90 أين نصت المادة 2/162 منه على "... وتُشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة".

[1] -عب الكريم مأمون: حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال بها –راسة مقارنة-ار النهضة العربية –القاهرة 2006-ص 190

إذن ما يمكن استقراؤه من نص هذه المادة هو أن المشرع الجزائري اشترط موافقة المتبرع كتابيا وبمفهوم المخالفة فإن القانون الجزائري لا يُقر بالموافقة الشفهية في هذا النوع من الأعمال الطبية الجراحية ، ولعل الحكمة من ذلك هي رغبة المشرع في تنبيه المُتبرع لأهمية وخطورة ما سيقدم عليه ، زد على ذلك حماية للطبيب الجراح الممارس لهاته العملية في حالة النزاع ، كالحالة التي يدعي فيها المتبرع بأن الاستئصال قد تم بدون رضاه وهو ما سيضع الطبيب حتما أمام وضع يفرض عليه إثبات عكس ما يدعيه المتبرع في ظل قانون يسمح بالتعبير شفاهة وهو ما لا يمكن تصور حدوثه في ظل قانون يشترط الكتابة كطريقة للتعبير عن إرادة المتبرع.

زد وما يمكن أن نستشفه من نص المادة 2/162 دائما هو أن المشرع الجزائري أضاف شرطا آخر إلى جانب قيد الشكلية وهو ضرورة تحرير هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وأن تودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، وهو أمر قد تنجم عنه جملة من الإشكالات تتمثل بداية في كون المشرع الجزائري وهو بصدد و ضعه لهذا النص لم يحدد الطرف ا لذي أوكلت له مهمة إحضار الشهود هل هو المُتبرع ؟ أو المريض أو الطبيب رئيس المصلحة أو مدير المستشفى أو أهل المريض ؟ أم من ؟

والإشكال الآخر كذلك يتمثل في أن المشرع ولدى اشتراطه إيداع الموافقة المكتوبة لدى مدير المؤسسة الإستشفائية والطبيب رئيس المصلحة، فإنه سيجعل منهما خصما وحكما في حالة النزاع مع المتبرع

(هذا الإشكال حله القانون الفرنسي الصادر في 31 مارس 1978 في حالتين:

الحالة الأولى تولى تنظيم مسألة التبرع بالأعضاء المتجددة والتي اشترط فيها إلى جانب صدور موافقة المُتبرع في شكل مكتوب ضرورة الحصول على توقيع شاهد يقوم المتبرع بإحضاره.

الحالة الثانية تولى تنظيم مسالة التبرع بالأعضاء الغير المتجددة فجعل هذه الأخيرة من اختصاص القضاء وهو الإتجاه الذي سلكه في قانون194 الصادر في 29 جويلية 1994 المتعلق بنقل الأعضاء لا سيما في مادته 3/671 التي تنص على ضرورة التعبير عن الموافقة من قبل المتبرع أمام رئيس المحكمة الإبتدائية المدنية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المُتبرع ، أو أمام أي قاض يعينه رئيس المحكمة الإبتدائية الكبرى ويُثبت هذا الرضا في شكل كتابي موقع عليه من طرف القاضي والمتبرع وتُمنح صورة منه للمستشفى المُشرف على العملية وفي حالة الإستعجال يتم الحصول على رضاء المتنازل بكافة الوسائل من طرف وكيل الجمهورية لنفس المحكمة[1]

إذن ومن خلال الطريقة التي عالج بها المشرع الفرنسي هاته المسألة نجد موقف المشرع الجزائري بأن سايره في مسألة اشتراط صدور موافقة المتبرع كتابيا وبحضور شاهين ،.

لكن أمام الإشكال الثاني الناجم عن اشتراط إيداع الموافقة من قبل المتبرع وبحضور الشاهدين لدى الطبيب رئيس المصلحة وكذا مدير المؤسسة فإن الأخذ بنص المادة 2/162 على هذا النحو يجعل النص مشوبا بالتناقض فهو من جهة يشترط الكتابة حماية للمتبرع ، وفي جهة

(1) -Art 671/34 ‘ le donneur préalablement informé des risques qu’il encourt et des conséquences éventuelles des prélèvements , doit exprimer son cosentment devant le président du tribunal de grand instance , ou le magistrat désigné par lui , en cas d’urgence le consentement est recueilli par tout moyen , par le procureue de la répuplique. Ce consentement est révocable sans form est a tout moment.’

أخرى يشترط إيداع الموافقة المكتوبة أمام مدير أو رئيس المصلحة و هو ما قد يجعل المتبرع أمام وضع خطر لأنه في حالة النزاع ألا يمكن أن يجعل ذلك من الطبيب والمدير خصما وحكما في الوقت نفسه؟

وأمام هذا الإشكال نناشد المشرع بتعديل هذه المادة بالقدر الذي يوفر الحماية القانونية لجميع الأطراف الممارسة مثل ما فعل المشرع الفرنسي وذلك بإخضاع شرط التعبير عن موافقة المتبرع أمام القضاء درءا لكل الشبهات .

هذا وللمتبرع حق العدول عن قراره بالتنازل عن أحد أعضائه لمصلحة المريض في أي لحظة يشاء وبدون قيد أو شرط وهو مانجده في المادة 3/162 من قانون 05/85 " ... ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة "

لكن الإشكال في هذه المادة في التناقض الصارخ بين الفقرة الثانية والثالثة من نص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم ، فإذا كان المشرع قد اشترط في نص هذه المادة في فقرتها الثانية ضرورة صدور موافقة المتبرع في شكل كتابي وبحضور شاهدين حماية لأطراف الممارسة ، فلماذا عاد في نفس المادة في فقرتها الثالثة ليجعل من عدول المتبرع عن موافقته خالي من أي شكلية ، رغم ما قد يتضمنه ذلك من خطورة بالنسبة للمتبرع والطبيب ،كالحالة التي يدعي فيها المتبرع بأن الاستئصال قد تم بعد اتخاذه قرار العدول وهو ما يجعل من الطبيب مسؤولا مسؤولية جزائية ومدنية موجبة للتعويض إذا ثبت صحة ما يدعيه المتبرع.

وبناء على هذا التضارب عل المشرع إعادة صياغة نص هذه المادة مشترطا في ذلك الشكلية عند عدول المتبرع عن رضاه كذلك

مسألة الإلتزام بالإعلام ودورها في تحقيق الرضا

نص المشرع الجزائري في المادة 3/162 على انه " ... ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالمخاطر المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتزاع "

وهذا النص نجده في المادة 3/673 من قانون 94/654 والتي تؤكد على ضرورة إعلام الطبيب للمتبرع بالأخطار التي يمكن أن تلحقه قبل موافقته على العملية[1]

أي على الطبيب إعلام المريض بجميع المخاطر الجسيمة ولو كانت استثنائية وهذا الأمر يؤكده لنا قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 05يناير 2000 " إن تحقق المخاطر بصفة استثنائية لا يعفي الأطباء من التزامهم ، وعلى ذلك تكون محكمة استئناف باريس الإدارية لم ترتكب خطأ بقضائها بأن خطر الإصابة بالشلل الذي تتضمنه العملية الجراحية المقترحة للمريضة ، ولو كان استثنائي الحدوث، إلا أنه بالنظر لجسامته كان من المتعين على أطباء المساعدة العمومية الإستشفائية لباريس إعلام المريض به[2]

لكن نجد أن المشرع الجزائري لم يبين الكيفية التي يجب أن يكون عليها الإلتزام بالإعلام خاصة في عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، خاصة وأن عبء إثبات تنفيذ الإلتزام الطبي بالإعلام على عاتق

(1) -Art 673/3 ‘ Le donneur préalablement informé des risques qu’il encourt et des conséconces éventuelles du prélèvements ‘

(2) -C,E Le 05/01/2000’ la seule circonstance que les risques ne se réalsent qu’exceptionnellement ne dispense pas les particiens de leur obligation ; qu’ainsi, et alors meme que l’absence d’intervantion aurait présenté des risques , la cour administrative d’appel de paris n’a pas commis d’erreure de droit en jugeant que le risque de paraplégie que comportait l’intervention proposée à M.G., quoiqu’exceptionnel,était connu, et qu’eu égard à sa gravité , les praticiens de l’assistance publique-hopitaux de paris étaient tenus d’informer l’intéressé ‘

الطبيب، فمن هنا على المشرع الجزائري التدخل والنص بأن يكون إعلام المريض من قبل الطبيب كتابة فهذا يحقق من جهة حماية للطبيب والاستعانة بها كدليل أمام القضاء على قيامه بتنفيذ إلتزامه المتمثل في الإعلام، وكذا الكتابة تحقق حماية للمريض بحيث الكتابة تساعده في إثبات الخطأ الطبي الذي يقع أصلا على المريض [1]

وكل هذا في سبيل أن يكون رضاء المتنازل حرا صادر عن إرادة صحيحة لا يشوبها عيب من عيوبها كالغلط –الإكراه- التدليس...الخ[2]

هذا ونفس الأحكام السابقة تنطبق على رضاء المتوفى [3] قبل وفاته بأن يكون صحيحا وحرا ، هذا والمشرع الجزائري كان يشترط الشكلية الكتابية للحصول على الإذن بالاستئصال من جثة المتوفى وذلك في المادة 164 من قانون 85/05[4] ، إلا أنه تدارك الأمر في قانون 90/17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 المعدل لقانون 85/05 ونص في المادة 164فقرتها الثانية "وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذ عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله بذلك" وهذه خطوة رائعة من المشرع من اجل تبسيط الإجراءات التي تستوجبها عملية نقل الأعضاء لجلب أكبر قدر من

---

[1] - مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن –الجزء الأول –الكتاب الأول –دار هومه -2003 –ص 329

[2] -عبد الحميد إسماعيل الأنصاري : المرجع السابق ص 27

[3] - وهنا نذكر ونؤكد على أن استئصال الأعضاء من جثة الميت ، لا تجوز كمبدأ عام لأن الأصل أن تلحق الحماية القانونية جسم الإنسان حتى بعد وفاته وإلا كان ذلك بالإضافة إلى انه عمل مجرم فهو كذلك خطأ يوجب مسؤولية الطبيب المدنية والجزائية- أنظر المواد من 150إلى 154 من قانون العقوبات الجزائري التي نظمت حرمة الموتى

[4] -تنص المادة 164 " ... وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناءا على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة.."

المتبـرعين. ليعـود مـرة أخـرى ويشـترط الكتابـة فـي عـدم الموافقـة علـى التبـرع كمـا جـاء فـي المـادة 165 مـن قـانون حمايـة الصـحة وترقيتهـا " يمنـع القيـام بـانتزاع الأنسـجة أو الأعضـاء بهـدف الـزرع إذا عبـر الشـخص قبـل وفاته كتابيا على عدم موافقته على ذلك...".

ونلحـظ هنـا مـن خـلال عـدم اشـتراط الكتابـة فـي المـادة 164 مـن قـانون 17/90 ثـم اشـتراطها فـي عـدم الموافقـة علـى المتبـرع ،أن هـذا مـن قبيـل المزايـدة التـي لا طائـل منهـا ، وزد علـى هـذا إغفـال المـادة 164 مـن قـانون 17/90 لعـدة أمـور مهمـة كشـرط الأهليـة الكاملـة بـان يكـون الشـخص الموصـي راشـدا متمتـع بكامـل أهليتـه وهـو علـى قيـد الحيـاة ، ومسـالة الشـهادة علـى هـذه الموافقـة وكيفيـة العـدول عنهـا وغيرهـا مـن الأمـور ، رغـم التعـديل الحاصـل بمقتضـى القـانون 17/90 المـؤرخ فـي 31 جويليـة 1990 ، مـع أنهـا أمـور نجـد القـانون الفرنسـي تـداركها خاصـة بالنسـبة للعـدول عـن الـرفض والـذي عالجـه فـي المـادة 3/671 مـن قـانون 654/94 الصـادر فـي 29 جويليـة 1994 المتعلـق بنقـل الأعضـاء البشـرية حيـث أشـار إلـى إمكانيـة عـدول الأشـخاص التـي تتجـه إرادتهـم إلـى رفـض الإستئصـال فـي أي وقـت قبـل الوفـاة ، ويُـدون هـذا الـرفض فـي السـجل الـوطني الإلكتروني المعد لذلك [1]

أمـا بخصـوص الرضـا الضـمني والقـائم علـى استئصـال الأعضـاء مـن جثـث الأمـوات التـي لـم يبـدي أصـحابها أي اعتـراض علـى الإقتطـاع منهـا حـال حيـاتهم فالمشـرع الجزائـري يأخـذ بـه لكـن مـع الموافقـة الصـريحة

[1] -Art 671/3' ce refus peut etre exprime par l'indication de sa volonté (la volonté du défunt) sur un registre national autorisé prévu a cet effet ; il est révocable a tout moment'

لأسـرة المتـوفى [1] حيـث تـنص المـادة 164 /2 مـن قـانون حمايـة الصـحة وترقيتهـا رقـم 05/85 " وفـي هـذه الحالـة ، يجـوز الانتـزاع إذا عبـر المتـوفى أثنـاء حياتـه علـى قبولـه لـذلك ، إذا لـم يعبـر المتـوفى أثنـاء حياتـه لا يجـوز الانتـزاع إلا بعـد موافقـة أحـد أعضـاء الأسـرة حسـب الترتيـب الأولـي التـالي : الأب أو الأم ، الـزوج أو الزوجـة ، الابـن أو البنـت ، الأخ أو الأخـت أو الـولي الشـرعي إذا لـم تكـن للمتـوفى أسـرة " . لكـن عمليـا هـذا أمـر صـعب التطبيـق فالأسـرة عنـد وفـاة أحـد أقربائهـا تكـون فـي أمـس الحاجـة لمـن يشـد أزرهـا ويمسـح أحزانهـا ، لا لإثـارة عواطـف أفرادهـا عـن طريـق اخـتلافهم في أخذ موافقتهم بشأن المساس بالجثة .

هـذا وإذا كـان غيـر ممكـن الحصـول علـى الموافقـة مـن أفـراد أسـرة المتـوفى ، فحسـب المـادة 164 يجـوز للطبيـب اقتطـاع قرنيـة أو كلـى أو كلاهمـا دون أن يشـمل الاقتطـاع أعضـاء أخـرى ويكـون هـذا بوجـود حالـة اسـتعجال يـؤول تقـديرها إلـى اللجنـة الطبيـة المنصـوص عليهـا فـي قـرار وزيـر الصـحة 2002/10/02 .لكـن هـذه المـادة تثيـر إشـكالا مـن الناحيـة العلميـة خاصـة وأنـه ثبـت عـدم إمكانيـة التحقـق مـن وجـود فيـروس فـي دم المتوفين إلا بعد إخضاع دم المتوفى إلى العديد من التجارب [2]

المرافعـة الثانيـة جـزاء تخلـف الضـوابط والشـروط القانونيـة المتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء :

---

[1] - حسن ما فعل المشرع بذكر لفظ أسرة المتوفى عوضا من لفظ ورثة المتوفى ، لأن لفظ الورثة دليل على أن الجثة جزء من الإرث والجثة أصلا ليست جزء من الأشياء المادية التي تدخل في التعامل- أنظر أحمد محمود سعد : زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة –دار النهضة العربية-القاهرة –مصر-1976-ص83

[2] - مروك نصر الدين: نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية –دراسة مقارنة-الجزء الأول-الكتاب الثالث- دار هومه -2003 –ص 404

لقد رأينا أن المشرع الجزائري وضع شروطا معينة يتقيد بها الأطباء عند مباشرتهم لعمليات نقل الأعضاء ، وكل مخالفة لهذه الشروط إلا ويعتبر خطأ يثير مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء ، ويمكن عرض هذه الأخطاء كما يلي:

حالة تخلف رضا المتبرع

وهي الحالة التي يستأصل فيها الطبيب العضو من جسم المتبرع دون أن يبدي هذا الأخير موافقته الصريحة على ذلك، أو عند الشروع في عملية الزرع بجسم المستقبل دون الأخذ برضاه، ففي كلتا الحالتين تقوم مسؤولية الطبيب المدنية على أساس خطئه المتمثل في إخلاله برضا أطراف العملية [1]، ولدرء هذه المسؤولية يكون على الطبيب أن يثبت حصوله على موافقة المدعي بإحضار وثيقة الرضا التي اشترطها المشرع الجزائري في المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا المادة 166 فقرة أولى من ذات القانون مصحوبة بالشاهدين .

وكذلك تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في حالة ما إذا استؤصل العضو من جسم المتبرع الذي عدل عن موافقته بعد إبدائها ، لأنّ العدول يزيل الأثر القانوني للرضا الصادر من المتبرع، فلا يجوز للطبيب الاحتجاج بالموافقة السابقة لدرء المسؤولية عنه، كما تقوم مسؤوليته المدنية سواء اتجاه المستقبل أو المتبرع عند مباشرته للعملية استنادا إلى رضا مشوب بعيب من العيوب كالإكراه، لأنّ الأصل هو تأكد الطبيب من أنّ رضا أطراف العملية حر وسليم ، وكل خروج عن

(1) - احمد حسن عباس الحياري: المسؤولية المدنية للطبيب-دار الثقافة للنشر والتوزيع-طبعة 2005-عمان –الأردن-ص 41

ذاك يكون من شأنه إلحاق ضرر معنوي للمدعي يلتزم الطبيب بتعويضه.

أما في النيابة المتعلقة بالتعبير عن الرضا ، فخطأ الطبيب يكون في حالة ما إذا قام بالعمل الجراحي دون الأخذ بموافقة الممثل القانوني للمستقبل القاصر أو عديم الأهلية وبالتالي يكون ملزما بالتعويض وفقا لمسؤوليته المدنية القائمة على أساس هذا الخطأ ، ويدرأ عنه هذه المسؤولية إذا اثبت حالة الاستعجال.

حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام

يلتزم الطبيب في مجال زراعة الأعضاء بإعلام كل من المتبرع والمستقبل بمخاطر العملية وطبيعتها حتى يكون رضاهم متبصرا بقدر كاف، وهو التزام بتحقيق نتيجة يتمثل في إحاطة الطبيب لأطراف العملية علما بما سيقدمون عليه ، وبالتالي يعتبر الطبيب مخطئا إذا باشر عمله الجراحي دون إعلام المتبرع أو المستقبل بمخاطر العملية ، أو كان إعلامه ناقصا إلى حد عدم تلقي أطراف العملية لمعلومات كافية تمكنهم من التعبير عن موافقة حرة ومستنيرة[1]

حالة إجراء نقل وزرع الأعضاء بمقابل مالي

إن الطبيب الذي يجري عملية نقل وزراعة الأعضاء بهدف الحصوص على مقابل مالي يكون معرض المساءلة المدنية والجزائية وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادة 161 من قانون 05/85 " ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا

[1] - أنظر الصفحة 10

زرعها موضوع معاملة مالية " كما أكد على مبدأ المجانية بحيث نجده يستعمل في المادة 162 مصطلح المتبرع .

زد على هذا نجد المادة 303 مكرر16 من قانون العقوبات [1]تنص " يعاقب بالحبس من 3 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 300.000 ج إلى 1.000.000 دج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم الإنسان " .

كما عاقب جميع الأشخاص القائمين بانتزاع أنسجة أو خلايا أو مواد من جسم الإنسان مهما كان نوعها، قابلة للتجديد، مقابل دفع منفعة مهما كانت طبيعتها مالية أو غير ذلك، أو من يتوسط قصد تسهيل الحصول عليها حيث تقدر عقوبتها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج /المادة 303 مكرر 18 بفقرتيها الأولى والثانية.

وهنا نجد المشرع الجزائري يفرق بين جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وجريمة بيع وشراء الأنسجة وغيرها من خلايا ومواد جسم الإنسان ، فنجده يشدد العقوبة في الجريمة الأولى مقارنة مع الجريمة الثانية وذلك نظرا لجسامة الضرر اللاحق بالضحية .

هذا ولا يخفاكم أن المسؤولية الجنائية الثابتة في حق الشخص المعنوي لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك

(1) -قانون رقم 09-01 المؤرخ في 08 مارس 2009 يعدل ويتمم الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات –الجريدة الرسمية –عدد 15 سنة 2009

في نفس الأفعال ، حيث لم تفرق المادة 303 مكرر 26 من قانون العقوبات في تقرير العقوبة بين الشخص الطبيعي والمعنوي إذا ثبتت مسؤوليته جنائيا عن الجرائم المنصوص عليها وذلك حسب الشروط التي حددتها المادة 51 مكرر من قانون العقوبات.

حالات متعلقة بالعمل الجراحي

-استعمال أجهزة وأدوات جراحية غير معقمة

يقع على الطبيب في مجال زراعة الأعضاء التزام بتحقيق نتيجة مفاده عدم الإضرار بالمريض المستقبل أو المتبرع عند استعمال أدوات الجراحة ، وعليه لو استعمل الطبيب مقصّا مثلا أو غير ذلك من الأدوات غير المعقمة ، وأدى ذلك إلى الإضرار بالمريض ، فإنّ هذا يعتبر خطأ مفترضا من جانبه تقوم المسؤولية فيه على أساس الضرر ، فعلى المريض المدعي (المتبرع أو المستقبل) إثبات الضرر ليفترض خطأ الطبيب ولا سبيل له لدرء هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك لأنّ مسؤوليته المدنية في الالتزام بتحقيق نتيجة تقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة، وهي في هذا المجال سلامة المريض محل الاستئصال أو الزرع من الإضرار التي قد تحدثها أدوات ووسائل الجراحة .

-الغلط في العضو محل الإستئصال

يلتزم الجرّاح في مجال زراعة الأعضاء بتحقيق نتيجة فيما يخص العضو محل الاستئصال ، فيلتزم باستئصال عضو سليم من جسم المتبرع ، كما يلتزم باستئصال العضو المريض من جسم المستقبل فإذا لم يكن الحال كذلك ، أي إذا ارتكب خطأ مهنيا جراحيا عند استئصاله للعضو من جسم المتبرع وأدى ذلك لإتلافه، فانه يكون

مسؤولا مدنيا تجاه المتبرع وبالتالي يلزم بتعويضه عن الضرر الذي لحق به والمتمثل في فقد عضوه ، كما يجوز للمستقبل مطالبة الجرّاح بالتعويض في هذه الحالة على أساس انه تضرر هو الآخر معنويا حيث انه فوّت له فرصة الشفاء[1] .

كذلك تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في حالة ما إذا وقع في غلط عند استئصاله للعضو المريض من جسم المستقبل ، فعوض أن يستأصل هذا العضو قام باستئصال السليم، فهنا النتيجة لم تتحقق وبالتالي يعتبر خطأ من جانبه يلزمه التعويض مع العلم أنّ هذه الحالة غالبا ما تثير مسؤولية جنائية لأنه خطأ خطير قد يؤدي إلى هلاك المستقبل (الموت أو العاهة) .

-عدم متابعة المريض بعد العملية.

حيث إن الطبيب لا تنتهي مهمته بإجراء عمليات الاستئصال أو الزرع ن بل تمتد إلى ما بعد ذلك إذ يقع المتبرع أو المتلقي تحت مسؤوليته أثناء فترة النقاهة ، ومن واجبه اتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة حدوث مضاعفات وإلا كان مقصرا ومخطئا .فتقوم مسؤوليته الطبية إما على أساس عقدي في حالة الإخلال بالتزام عقدي بتقديم العناية الواعية اليقظة ، المستمرة والمتفقة مع الأصول الطبية ، ولو أن العقد الطبي لا يُلزم الطبيب بشفاء المريض ، بل يضع على عاتقه التزام ببذل عناية تتبُعِ المريض والحرص على وضع كل الإمكانيات والوسائل المتاحة الكفيلة طبيا وعلميا للوصول إلى الشفاء ، أو على

[1] -رايس محمد –المرجع السابق ص 229

أساس تقصيري في حالة عم الامتثال لواجب أو لالتزام قانوني لم تتدخل لا إرادة الطبيب ولا إرادة المريض في إنشائه .

خاتمة

فلابد من الإسراع في وضع تشريع مستقل عن قانون حماية الصحة وترقيتها يتضمن معالجة كافة الجوانب الأخلاقية والقانونية وحتى الفنية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، وكذا كافة الممارسات الطبية المستحدثة الأخرى مع تدعيم هاته النصوص القانونية بمجموعة من العقوبات الجزائية حتى تضمن السهولة في تكييف المسؤولية الجزائية من جهة وضمان عدم حياد هذه الممارسات عن أطرها المشروعة، وذلك كله وفقا للخصوصية الاجتماعية والثقافية للمجتمع الجزائري.