جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

حماية الكرامة الإنسانية
في ظل الممارسات الطبية الحديثة

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص

إعداد الطالب:

- برني نذير

إشراف الأستاذ الدكتور:

- تشوار جيلالي

أعضاء لجنة المناقشة:

- أد/ بدران مراد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
- أد/ تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
- أد/ بوسندة عباس	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا
- د/ يقاش فيراس	أستاذ محاضر أ	جامعة وهران	مناقشا

السنة الجامعية: 2016 - 2017

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾

[سورة الإسراء، الآية 70]

إهداء:

أهدي هذا البحث إلى والدي ووالدتي حفظهما الله، وإلى زوجتي وابنتي، وإلى جميع أفراد أسرتي وأصدقائي، وإلى كل من كان لي عونا وسندا في إنجازه. سائلا الله عز وجل أن ينفعنا به ويمدنا بتوفيقه.

تشكرات:

أتقدم بجزيل الشكر والامتنان العظيم والتقدير إلى الأستاذ المشرف الدكتور تشوار جيلالي على قبوله الإشراف على هته الدراسة، ولما منحه لي من وقت وجهد وتوجيه وإرشاد. كذلك أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على قراءة هذه الرسالة. ولا يفوتني أيضا الترحم على روح الفقيد الأستاذ الدكتور مامون عبد الكريم الذي شجعني على اختيار هذا الموضوع وإنجازه، سائلا المولى عز وجل أن يجزه عن الإحسان إحسانا، وأن يسكنه فسيح جناته.

قائمة لأهم المختصرات

ج.ر: جريدة رسمية.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

غ.ج: الغرفة الجنائية للمحكمة العليا.

غ.م: الغرفة المدنية للمحكمة العليا.

م.ق: مجلة قضائية.

Principales abréviations

AJ Fam : L'Actualité juridique, Famille.
AJ Pénal : L'actualité juridique, Pénal.
AJDA : Actualité juridique du droit administratif.
al. : alinéa.
art. : article.
Ass.plén. : Cour de cassation, assemblée plénière.
Bull.civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile.
Bull.crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle.
C.A : Cour d'appel.
C.civ. : Code civil.
C.E : Conseil d'Etat.
C.pén. : Code pénal.
CAA : Cour Administrative d'Appel.
Cass. req : Cour de cassation, chambre des requêtes.
Cass.civ. : Cour de cassation, chambre civile.
Cass.crim. : Cour de cassation, chambre criminelle.
CCNE : Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé.
CEDH :Cour européenne des droits de l'homme.
Cf. : confer (confrontez, voir).
Ch.acc. : Chambre d'accusation.
chron. : chronique.
concl. : conclusions.
Cons. const :Conseil constitutionnel.
CSP : Code de la santé publique.
D : Dalloz Sirey (recueil).

éd° : édition.
Gaz.pal. : Gazette du Palais.
in : dans l'ouvrage suivant.
JCP :Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique).
JOCE : Journal Officiel des Communautés Européennes.
JORF : Journal officiel de la République française.
L : Loi.
n° : numéro.
O.M.S : Organisation mondiale de la santé.
obs. : observations.
op. cit. : opus citatum (source citée précédement)
Ord. : ordonnance.
p : page.
pp : pages (de p. à p.).
préc : précité.
Rev. dr. h. : Revue des droits de l'homme.
RSC : Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé.
RTD.civ. : Revue Trimestrielle de Droit civil.
somm. : sommaire.
T.A : Tribunal administratif.
T.G.I : Tribunal de Grande Instance.
V :Voir.
vol : volume.

مـقدمـــة

تعتبر الكرامة الإنسانية من المبادئ الهامة المشتركة بين الناس والسمة الثابتة بين جميع البشر[1]، وقد ازدادت أهميتها في ظل التطور العلمي والطبي الهائل في العصر الحديث، وأصبحت الجوهر الذي ترتكز عليه أخلاقيات البيولوجيا. لكن مفاهيم الكرامة الإنسانية تطورت عبر تاريخ الأفكار وتعددت مدلولاتها. ففي الآثار القديمة هناك فهم مشترك للكرامة مبني على أساس الفضائل الشخصية الموروثة أو المكتسبة، ويتجلى ذلك من خلال فلسفة أرسطو الرواقية التي ترى بأن الكرامة مرتبطة بقدرة الإنسان على التداول والوعي الذاتي وحرية اتخاذ القرارات. ورأى الفلاسفة اليونان أيضا بأنه يوجد التزام ثابت واقتناع راسخ بوجود قيمة خاصة للبشر تستلزم احترامهم وحمايتهم، وأن مصدر ذلك الاحترام يكمن في الخصائص التي يتمتع بها الشخص بحكم إنسانيته[2].

وشكلت فلسفة الأنوار لحظة مفصلية في التطور الفكري الإنساني، وجرى التقدير الكامل للكرامة من قبل الفيلسوف إيمانويل كانط[3]، الذي أسهم كثيرا في صياغة الفلسفة الأخلاقية. فالفيلسوف الألماني ما انفك يتدبر في عظمة الكائن الإنساني، وتجلى ذلك في كتابه "أساسيات الميتافيزيقيا والأخلاق"، حيث يربط مفهوم الكرامة بالأخلاق والعقل[4]. ويرى أنه يجب معاملة أي إنسان كغاية بذاته وليس مجرد وسيلة، ويعد ذلك أمر إلزامي مطلق[5]. وأبرز كانط التمييز بين مفهوم الشخص وبين مفهوم الشيء، ويعرف هذا الفيلسوف الكرامة الإنسانية بأنها: "القيمة التي تورث الشخص الإنساني الحق في التمتع بمعاملة تجعل منه غاية بذاته، لا مجرد وسيلة لغيره". ويترتب على ذلك، أن كرامة الإنسان تتطلب

---

[1] تأتي كلمة الكرامة باللغة الإنكليزية dignity وباللغة الفرنسية dignité من كلمة لاتينية هي dignitas (قيمة) أو dignus (تستحق)، مما يوحي بأن الكرامة تشير إلى المعيار الذي ينبغي أن ينظر من خلاله إلى الناس وأن يعاملوا من خلاله، كما تشير كلمة "الكرامة" باللغة العربية إلى العزة والقيمة، ويقال أكرمه أي أعظمه ونزهه. أنظر، غياث الحسن الأحمد، الكرامة الإنسانية وتطبيقاتها في القضايا الطبية، مركز دراسات التشريع الإسلامي والأخلاق، جامعة حمد بن خليفة، قطر، ص 01، مقال منشور بتاريخ 2016/01/17، بالموقع الالكتروني للمركز، http://www.cilecenter.org/.

Le Dictionnaire de droit de la santé et da la biomédecine, difinit la dignité de la personne comme suit: elle « représenterait le lien d'appartenance de la personne humaine à l'humanité, lien en vertu duquel da personne a une valeur particulière et supérieure par rapport aux autres êtres vivants. La dignité est ainsi perçue comme une qualité inhérente à l'homme », Philippe PEDROT (dir.), *le Dictionnaire de droit de la santé et da la biomédecine*, Ellipse, 2006, p. 148.

[2] وفي هذا المعنى يقول أرسطو: " إن الكرامة ليست في نيل التقدير، ولكن في إدراك أننا نستحق ذلك ". أنظر، اليونسكو، المنهاج العام لتعليم أخلاقيات البيولوجيا، قسم أخلاقيات العلوم والتكنولوجيا، 2008، تحت رقم SHS/EST/EEP/2008/PI/1، ص 20.

[3] حول إسهام فلاسفة الأنوار في بروز المذهب الإنساني وحقوق الطبيعة البشرية وحرية العقل، أنظر، ف. فولغين، فلسفة الأنوار، ترجمة، هنرييت عبودي، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، 2006.

[4] تقوم الأخلاق الكانطية على ثلاثة مبادئ أساسية: الاستقلالية الفردية، كرامة الإنسان والحرية. وتؤسس كرامة الإنسان انطلاقا من طبيعة الإنسان ذاتها التي تعبر عن كائن روحي متجسد، عقلاني وحر كما يراه كانط. غياث حسن الأحمد، المرجع السابق، ص 02.

[5] مختار عريب، الفلسفة السياسية من المنظور الكلاسيكي إلى البيواتيقا، كنوز الحكمة، الجزائر، ص 213.

عدم إضفاء الطابع المادي على الكائن البشري وجعله مجرد أداة يمكن تداولها أو ملكيتها، ومن ثم فإن الشخص يملك وفقا لهذه الرؤية قيمة غير مشروطة وغير قابلة للمقارنة تتحدد على أساس استقلالية الشخص، وليس على أساس أصله أو ثروته أو مركزه الاجتماعي[1]. في حين يرى توماس هوبس الكرامة جانبا من جوانب الحرية الشخصية أو تجسيدا للقيمة العامة للفرد[2].

وفي مقابل النظريات التي كرست المكانة الهامة للكرامة الإنسانية، يوجد نظريات فلسفية أخرى تنظر إليها كمسألة ثانوية في سياق مسائل أخرى. فنظرية المنفعة مثلا تعتبر المنفعة الأساس في تقييمها للأمور وبيان مدى صحتها أو خطئها، ومن هنا فإنها تقبل الكرامة الإنسانية فقط إن كانت مفيدة بالقدر الكافي ومن منظور نفعي، وهكذا فإن أخلاقية أي عمل تقدر بنفعيته[3]. وكذلك يرفض بعض علماء الاجتماع والسلوك وجود تأثير كبير لحرية الاختيار في الكرامة الإنسانية، لأنهم يشككون أصلا بوجود حرية للاختيار. ويشكك آخرون في وجود تأثير كبير للسلامة الجسدية في الكرامة الإنسانية، وخصوصا فريق ما بعد الحداثيين Post-modernisme وما وراء الإنسانيين Post-humanisme، الذين ينظرون إلى الشكل الجسمي على أنه حادث وقع في تاريخ معين، والذي سيتم استبداله في نهاية المطاف من خلال التطورات في علم التحكم الآلي والذكاء الاصطناعي، فالكائن البشري إذن ليس له أية أهمية مستمرة وأن مزاعم الكرامة الإنسانية المرتكزة على هذه الاعتبارات ليست إلا مجرد وهم[4].

أما الديانات السماوية، فإنها تنظر إلى الكرامة الإنسانية على أنها أمر قدري محتوم بخلق الإنسان، وتتساوى في ذلك كرامة الضعفاء جسديا وروحيا وكرامة الأقوياء الأشداء. فالإسلام مثلا يعطي للكرامة الإنسانية معنى شامل ويعلي من شأنها، ويقيمها على مجموعة من الأسس المتينة في الشريعة

---

[1] فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 27، العدد الأول، 2011، ص 251.

[2] لأكثر تفاصيل حول فلسفة توماس هوبز، راجع، نبيل عبد الحميد عبد الجبار، توماس هوبز ومذهبه في الأخلاق والسياسة، دار دجلة، عمان، 2007.

[3] يسيطر التيار النفعي والتجريبي على البلاد الأجلوسكسونية، وينظر التيار النفعي نظرة إيجابية إلى البحث والتطور الطبي وإلى العقلانية التجريبية بصفة عامة. وهكذا فإن أخلاقية أي عمل تقدر بنفعيته كمقدار الشعور بالسعادة أو كمية الألم الذي يزيله، أما عدم أخلاقيته فتتمثل في عدم نفعيته وفي النتائج العكسية التي تؤدي إليها. ويضع هذا التيار قاعدة عمل تتمثل في اختيار الحالة من بين الحالات المتوافرة التي تحقق أكثر نفعا لأكبر عدد ممكن من المرضى. وبطبيعة الحال فإن هذا التيار تعرض لانتقادات عدة خاصة من طرف التيارات التي تركز اهتمامها على الفرد، أو التي تقوم على مفهوم العدالة، وهذا ما يسمح بعدم إقصاء الفئات الاجتماعية الهشة من الاستفادة من تطور البيوتكنولوجيا. مقتبس من، مختار عريب، المرجع السابق، ص 213.

[4] غياث حسن الأحمد، المرجع السابق، ص 02.

الإسلامية. ومن مظاهرها خلق الإنسان بأحسن تقويم[1]، ثم تمتع هذا الإنسان بالحرية الذاتية[2]، وكذلك خلافته في الأرض[3]، وسجود الملائكة له[4]، وحمله الأمانة[5]، وغيرها مما ورد في القرآن الكريم والسنة المطهرة. وقد انعكس هذا الفهم الإسلامي على موقف الفقه من بعض القضايا المعاصرة، وخاصة القضايا الطبية الحيوية التي تمس الإنسان[6].

فالسند الذي يوضح المفهوم الإسلامي لمبدأ الكرامة الإنسانية، يأتي من قوله جل شأنه: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾[7]، فنسب جل وعلا التكريم لذاته، أي أن كرامة الإنسان مصدرها الله سبحانه وتعالى، وجاءت هذه الآية الكريمة بصيغة الشمول والعموم، فالكرامة وفقا للرؤية الإسلامية ليست حصرا على المسلمين ولكنها عامة تكتنف كل بني آدم، وبذلك تتجسد الكرامة في الأصل الإنساني، فالله شرف ذرية آدم على جميع المخلوقات بالعقل والعلم، وتسخير جميع ما في الكون لهم. وتشير الدلالة القرآنية للكرامة على معاني التفضيل والتذكير الأنعم الإلهية، مما يرسخ في الوجدان أن الكرامة أصل أصيل في النوع البشري، وهي عنصر رئيس في تركيب الطبيعة الإنسانية منذ أن خلق الله آدم. وتؤكد الآيات القرآنية بشكل قاطع أن الكرامة الإنسانية هي من الفطرة، وأن لا تبديل لفطرة الله التي فطر الناس عليها[8].

---

[1] ومن أسانيد تكريم الإنسان في الإسلام أن الله تعالى خلقه في أحسن تقويم وصوره فأحسن صوره، يقول الله تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الأَرْضَ قَرَارًا وَالسَّمَاءَ بِنَاءً وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبُّكُمْ فَتَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ﴾، سورة غافر، الآية 64. ويقول تبارك وتعالى في كتابه الكريم: ﴿خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ بِالْحَقِّ وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ﴾، سورة التغابن، الآية 03. ويقول أيضاً: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾، سورة التين، الآية 04.

[2] يقول الله سبحانه: ﴿لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾، سورة البقرة، الآية 256.

[3] يقول الله سبحانه: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لا تَعْلَمُونَ﴾، سورة البقرة، الآية 30.

[4] يقول الله تعالى: ﴿وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّن خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾، سورة الإسراء الآية 70. ويقول أيضا: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الأَسْمَاء كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلآئِكَةِ فَقَالَ أَنبِئُونِي بِأَسْمَاء هَؤُلاء إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ، قَالُواْ سُبْحَانَكَ لاَ عِلْمَ لَنَا إِلاَّ مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ، قَالَ يَا آدَمُ أَنبِئْهُم بِأَسْمَآئِهِمْ فَلَمَّا أَنبَأَهُم بِأَسْمَآئِهِمْ قَالَ أَلَمْ أَقلّ لَّكُمْ إِنِّي أَعْلَمُ غَيْبَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَأَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا كُنتُمْ تَكْتُمُونَ﴾ سورة البقرة، الآيات من 31 إلى 33.

[5] قال الله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولا﴾، سورة الأحزاب، الآية 72.

[6] غياث حسن الأحمد، المرجع السابق، ص 03.

[7] سورة الإسراء، الآية 70.

[8] عبد العزيز بن عثمان التويجري، الكرامة الإنسانية في ضوء المبادئ الإسلامية، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة، الرباط، الطبعة الثانية، 2015، ص 14.

فمبادئ الإسلام وتعاليمه وقيمه تصب كلها في احترام الكرامة الإنسانية وصونها وحفظها، وعلى تعميق الشعور الإنساني بهذه الكرامة. وما دامت الرسالة الإسلامية تسعى في المقام الأول لسعادة الإنسان وصلاحه، وتبتغي جلب المنفعة له ودرء المفسدة عنه، فإن هذه المقاصد الشريفة هي منتهى التكريم للإنسان، بكل الدلالات الأخلاقية والمعاني القانونية للتكريم.

ومن جهته، يخبرنا الكتاب المقدس بأن الإنسان خلق على صورة الله، وبإمكانه معرفة خالقه ومحبته، وقد أقامه الله سيدا على كل المخلوقات الأرضية، لكي يتسلط عليها ويجعلها في خدمته، وهذا ما نجده في المزمور الثامن الذي ورد فيه: "جَعَلْتهُ أَدْنَى قَلِيلاً مِنَ الْمَلاَئِكَةِ إِلَى حِينٍ، ثُمَّ كَلَّلْتَهُ بِالْمَجْدِ وَالْكَرَامَةِ، وَأَعْطَيْتَهُ السُّلْطَةَ عَلَى كُلِّ مَا صَنَعَتْهُ يَداكَ. أَخْضَعْتَ كُلَّ شَيْءٍ تَحْتَ قَدَمَيْهِ. الْغَنَمَ وَالْبَقَرَ وَجَمِيعَ الْمَوَاشِي، وَوُحُوشَ الْبَرِّيَّةِ أَيْضا"[1]. ونجده كذلك في سفر التكوين بأن الله خلق الإنسان رجلا وامرأة على صورته ومثاله[2]. وهذه الصلة بين الإنسان وخالقه هي أساس كرامته وما يتمتع به من حقوق أساسية راسخة، هذه الحقوق الشخصية يوازيها بلا شك واجبات تجاه الآخرين، ولا يجوز للفرد ولا للمجتمع الهبوط بالإنسان أو بمجموعة من البشر إلى مستوى الأشياء، وإن ما يقصده الكتاب المقدس هو أن لكل إنسان الحق بأن تحترم كرامته. فالإنسان صورة الله التي اكتسبها منذ الخلق والتي لا يمكن أن تمحى[3]. وقد ورد في التعاليم المسيحية أيضا بأن لكل فرد الحق في أن ينال كرامة الشخص البشري، منذ اللحظة الأولى للحبل به وحتى موته الطبيعي. ويجب أن يكون هذا المبدأ الأساسي الذي يعبر عن فائق القبول للحياة البشرية، في صلب التفكير حول أبحاث الطب الحيوي[4].

لكن الكرامة الإنسانية ظلت لفترة طويلة من الزمن حبيسة النظريات الفلسفية والمفاهيم الدينية والأنطولوجية، ولم نجد لها أثر في النصوص القانونية القديمة، حيث لم يتم إدراجها في النظام القانوني سوى بعد الحرب العالمية الثانية، عندما اقتنعت البشرية بضرورة وقف الانتهاكات التي يتعرض لها الإنسان والقضاء على نظام الرق واستغلال البشر في التجارب الطبية، وارتبطت الكرامة هذه المرة بمرجعية حقوق الإنسان، وتجسد ذلك أولا في الصكوك الدولية وغيرها من الوثائق المعيارية المعاصرة التي ترتبط الكرامة الإنسانية ربطا قويا بحقوق الإنسان[5]، ويعتبر قانون حقوق الإنسان الكرامة جانبا متأصلا

---

[1] مزمور 8: 5 – 7.

[2] تكوين 1: 26 – 27.

[3] سامر نمرود عزيز، كرامة الإنسان في المفهوم المسيحي، مجلة مدارك، http://www.madarik.net/.

[4] الكنيسة الكاثوليكية، مجمع عقيدة الإيمان، كرامة الشخص البشري، تعليم حول بعض المسائل المتعلقة بأخلاقيات علم الحياة، روما، 2008. فقرة 01.

[5] CALLU Marie-France, *La dignité de la personne humaine*, in « Les grandes décisions du droit médical », sous la direction de François VIALLA, 2e édition, LGDJ, Paris, 2014, p. 47.

في كل كائن بشري. ويربطها بصورة مباشرة بمفهوم المساواة وبحق الإنسان في الاحترام. وهي في الحقيقة امتداد للبادئ التي نادت بها فلسفة الأنوار والتي تؤيد الحقوق العامة للفرد التي لا يمكن التنازل عليها[1].

وتبعا لذلك، جاء في ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1948 بأن" جميع البشر يولدون أحرارا ومتساوون في الكرامة والحقوق"[2]، ووردت تلك المعاني في الصكوك اللاحقة، بما فيها الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري[3]، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[4]، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[5]، واتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة[6]، واتفاقية حقوق الطفل[7]. وعلى سبيل المثال، تنص ديباجتا العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أن "هذه الحقوق تنبثق عن كرامة الإنسان الأصيلة فيه"، وتشكل فكرة كرامة الإنسان التي يملكها الجميع بالتساوي مصدر جميع الحقوق الأساسية، وفي نفس الوقت جانب من محتوى بعض الحقوق.

ويرد مفهوم الكرامة كذلك في كثير من الصكوك الإقليمية المرتبطة بحقوق الإنسان. وهو ما نجده في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي يربط احترام الكرامة بحظر الاسترقاق والتعذيب

---

[1] مختار عريب، المرجع السابق، ص 214.

[2] ونقرأ أيضا في ديباجة الإعلان الدولي لحقوق الإنسان ما يلي: "لما كان الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وغير قابلة للتصرف، يشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم ". وجاء فيه أيضا بأن: " نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آلينا على أنفسنا أن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق". الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، الجلسة العامة الثالثة والثمانين بعد المائة، باريس، بتاريخ 1948/12/10، تحت رقم 217 أ (III)، صادقة الجزائر على الميثاق بموجب المادة 11 من الدستور 1963، (ج.ر 64).

[3] الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2106 ألف (د-20)، بتاريخ 1965/12/21، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 1969/01/04، صادقت عليها الجزائر بتاريخ 1966/12/15 (ج.ر 110).

[4] العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، تحت رقم 2200 ألف (د-21)، المؤرخ في 1966/12/16، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 1976/03/23، صادقت عليه الجزائر بتاريخ 1989/05/16، (ج.ر 20).

[5] العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، تحت رقم 2200 ألف (د-21)، المؤرخ في 1966/12/16، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 1976/03/03، صادقت عليه الجزائر بتاريخ 1989/05/16، (ج.ر 20).

[6] اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 1979/12/18، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1981/09/03، صادقت عليها الجزائر بتحفظ بتاريخ 1996/01/22، (ج.ر 06).

[7] اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 1989/11/20 تحت رقم 44 – 25، دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1990/09/02، صادقت عليها الجزائر بتاريخ 1992/12/23، (ج.ر 91).

والعقوبات والمعاملة الوحشية أو اللاإنسانية أو المذلة[1]. كما يحظر الميثاق العربي لحقوق الإنسان جميع الأعمال الحاطة بالكرامة الإنسانية[2]، وتشير المادة الأولى من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام بأن: " جميع الناس متساوون في أصل الكرامة الإنسانية"[3]، ومن جانب آخر، يعطي ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوربي أهمية بارزة لمبدأ احترام الكرامة الإنسانية، حيث جاء في المادة الأولى من هذا الميثاق بأن: "الكرامة الإنسانية مصونة ويتعين احترامها وحمايتها"[4].

ولقد أصبحت الكرامة مبدأ أساسي في الدساتير الوطنية[5]، من بينها الدستور الجزائري لسنة 1996 الذي أدرج مبدأ احترام الكرامة الإنسانية[6]، ونصت المادة 40 المعدلة بموجب القانون 16 – 01 المؤرخ في 2016/03/06 بأن: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة "[7]. ويوجد العديد من الدساتير تضمنت هذا المبدأ من بينها الدستور الألماني لسنة 1949 الذي نص في مادته الأولى الفقرة 1 منه بأن " تكون كرامة الإنسان مصونة. وتضطلع جميع السلطات في الدولة بواجبات احترامها وصونها". وعليه فإنها وضعت كأعلى مبدأ دستوري يعلو على كل القوانين، وفيه دلالة لا تخفي على مكانة الكرامة الإنسانية كقيمة مجردة. غير أنه يوجد دساتير أخرى لا تشير صراحة للمبدأ من بينها الدستور الفرنسي، الذي لم يتضمن نصوص صريحة تشير إلى الكرامة الإنسانية[8]. غير أن المجلس الدستوري الفرنسي في قراره المؤرخ في 1994/07/27 صرح

---

[1] أنظر، المادة 05 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، اعتمد في مؤتمر رؤساء ودول وحكومات لمنظمة الوحدة الإفريقية، الدورة 18 بنايروبي (كينيا)، بتاريخ 1981/06/27، دخل حيز التنفيذ في 1986/10/21، صادقت عليه الجزائر بتاريخ 1987/02/04، (ج.ر 06).

[2] وساوت المادة 03 بين الرجل والمرأة في الكرامة الإنسانية، وتمنع المادة 08 الأعمال الحاطة الكرامة الإنسانية، وتؤكد المادة 20 كذلك على ضرورة معاملة جميع الأشخاص المحرومين من الحرية معاملة إنسانية تحترم الكرامة المتأصلة في الإنسان. الميثاق العربي لحقوق الإنسان، اعتمد في قمة الجامعة العربية، الدورة العادية 102، تحت رقم 5437، بتاريخ 1994/09/15، وتم تحديثه في 2004/05/23، دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2008/03/15، صادقت عليه الجزائر بتاريخ 2006/02/11، (ج.ر 08).

[3] إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، تم اعتماده من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي بالقاهرة، بتاريخ 1990/08/05.

[4] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 entrée en vigueur : le 1er décembre 2009 (JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000 ; C 303, 14 décembre 2007).

[5] حول إدراج الكرامة الإنسانية في الدساتير المعاصرة، أنظر، شريف يوسف حلمي خاطر، الحماية الدستورية لمبدأ الكرامة الإنسانية، دار النهضة العربية، بيروت، 2006.

[6] إعلان مؤرخ في 1996/12/01 يتعلق بنتائج استفتاء تعديل الدستور الذي تم إجرائه بتاريخ 1996/11/28، (ج.ر 76).

[7] قانون رقم 16 – 01 مؤرخ في 2016/03/06 يتضمن التعديل الدستوري، (ج.ر 14).

[8] البوندستاغ الألماني، دستور ألمانيا الصادر عام 1949 مع التعديلات إلى غاية عام 2012، مترجم إلى اللغة العربية، منشور بالموقع https://www.constituteproject.org

بأنه: " يستخلص من مقدمة الدستور، أن حماية كرامة الكائن البشري ضد أي شكل من أشكال الرق والعبودية والمذلة، هو مبدأ ذو قيمة دستورية"[1].

ويلاحظ بأن مصطلح الكرامة أصبح تدريجيا يحتل مكانته ضمن القوانين الداخلية الحديثة التي تعنى بمختلف الميادين الاقتصادية والاجتماعية والسياسية[2]، لكن مفهوم الكرامة الإنسانية ارتبط بشكل أساسي فيما بعد بأخلاقيات البيولوجيا[3]، التي ظهرت في مستهل سنوات السبعينات من القرن

---

[1] La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle. Cons. Const. 27 juill. 1994, D. 1995, 237, note Mathieu ; D. 1995, Somm. 299, obs. Favoreu. – V. aussi, Cons. Const. 16 juill. 1996, D. 1997, 69, note Mercuzot ; D. 1998, Somm. 147, obs. Renoux ; JCP 1996, II, 22709, note Nguyen Van Tuong ; LPA 29 nov. 1996, note Mathieu.

[2] وعلى سبيل المثال، نصت المادة 11 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: "يجب أن تكون الهياكل الصحية في متناول جميع السكان، مع توفير أكبر درجة من الفاعلية والسهولة واحترام كرامة الإنسان". القانون 85 – 05 المؤرخ في 1985/02/16، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ج.ر 08). المعدل والمتمم بالقانون 90 – 17 المؤرخ في 1990/07/31 (ج.ر 35)، والقانون 98 – 09 المؤرخ في 1998/08/19 (ج.ر 61)، والأمر 06 – 07 المؤرخ في 2006/07/15 (ج.ر 47)، والقانون 08 – 13 المؤرخ في 2008/07/20 (ج.ر 44). وجاء في المادة 07 من المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات الطب بأنه: "تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية" المرسوم التنفيذي 92 – 276 المؤرخ في 1992/07/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب (ج.ر 52). وأكدت المادة 02 من قانون الإعلام بأنه يجب أن يمارس نشاط الإعلام بحرية في إطار احترام كرامة الإنسان والحريات الفردية والجماعية. القانون العضوي رقم 12 – 05 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالإعلام (ج.ر 02). ونصت المادة 02 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمساجين، بأنه يتعين أن يعامل المحبوسين معاملة تصون كرامتهم الإنسانية، القانون رقم 05 – 04 المؤرخ في 2005/02/06 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين (ج.ر 12). وأكدت المادة 01 من القانون 10 – 12 المتعلق بحماية الأشخاص المسنين بأنه: "القانون يهدف إلى تحديد القواعد والمبادئ الرامية إلى دعم حماية الأشخاص المسنين وصون كرامتهم في إطار التضامن الوطني والعائلي والتضامن بين الأجيال" (ج.ر 62). وتعاقب المادة 266 مكرر 1 من قانون العقوبات كل من ارتكب ضد زوجته أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر، الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها، استحدثت هذه المادة بموجب القانون 15 – 19 المؤرخ في 2015/12/30 (ج.ر 71). وحثت المادة 06 من القانون 90 – 11 المتعلق بعلاقات العمل على ضرورة احترام السلامة البدنية والمعنوية للعمال وكرامتهم، القانون 90 – 11 المؤرخ في 1990/04/21، (ج.ر 17). ومن جانبه، أضاف المشرع الفرنسي المادة 16 للقانون المدني التي أكدت بأن القانون يضمن سمو الشخص، ويمنع كل اعتداء على كرامته، ويضمن احترام الكائن البشري مند بداية الحياة. أما في المجال الجزائي، استحدث تعديل قانون العقوبات الجديد الصادر بموجب القانون 92 – 684 قسم يتعلق بالجرائم الماسة بالكرامة الإنسانية، يدخل ضمن الجنايات والجنح ضد الأفراد.

V. Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*, JORF n°169 du 23 juillet 1992, p. 9875. PREMIÈRE PARTIE : *Législative*, LIVRE DEUXIÈME: *Des crimes et délits contre les personne,* TITRE DEUXIÈME: *Des atteintes à la personne humaine*, CHAPITRE V: *Des atteintes à la dignité de la personne.*

[3] الملاحظ بأن المشرع استعمل في قانون حماية الصحة وترقيتها مصطلح "أخلاقيات علوم الصحة"، في حين أن المشروع التمهيدي المتعلق بقانون الصحة الجديد استعمل مصطلح "البيوأخلاقيات"، وعرفت المادة 372 البيوأخلاقيات بأنها: "كافة التدابير المرتبطة

الماضي كتخصص جديد يهتم بالمشاكل الأخلاقية التي تطرحها الممارسة العلمية والتكنولوجية والصحة[1]. فقد عرفت هذه الميادين ثورة علمية وتكنولوجية منذ أواسط القرن الماضي، وخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية التي امتازت بالسبق العلمي والتكنولوجي منذ نهاية الحرب العالمية الثانية. ونتجت عن تلك الثورة العلمية والتكنولوجية مشاكل أخلاقية غير مسبوقة اتضح أن الفكر الأخلاقي الكلاسيكي عاجز عن استيعابها وتقديم الحلول المناسبة لها[2].

وفي هذا السياق، برز على مستوى التيارات الفكرية مذهبين، الأول التيار المبدئي Principisme الذي يهيمن على الفكر الأمريكي، ويؤسس الممارسة الطبية والبيولوجية على أربعة مبادئ أصبحت تعتبر كلاسيكية، وهي مبدأ الاستقلال الذاتي ومبدأ الإحسان ومبدأ عدم الإساءة ومبدأ العدالة. لكن السياق الأمريكي عرف انتقادات وتعديلات موجهة لهذا النموذج الكلاسيكي، وعرفت

بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالهما والمساعدة الطبية على الإنجاب والبحث البيوطبي"، والواضح بأن النص اعتمد في صياغة التعريف على معيار عضوي الذي عددت أهم الممارسات الطبية والبيولوجية التي تثير المشاكل الأخلاقية، لكن هذا المنهاج منتقد لكونه لا يضع في الحسبان التطورات الطبية والبيولوجية المستقبلية، فكان من الممكن وضع تعريف عام ومجرد. والملفت أيضا أن المشرع يفرق في مشروع هذا القانون بين الأخلاقيات الطبية L'éthique، والأدبيات الطبية La déontologie médicale، والبيوأخلاقيات La bioéthique. ورغم أن بعض الفقه يفضل الاحتفاظ بالمصطلح الأصلي اللاتيني للدلالة عليه إلى العربية بيوتيقا أو بيواتيقا، لكننا نفضل في هذه الدارسة استعمال المصطلح التي اعتمدته منظمة اليونسكو في وثائقها الرسمية أي أخلاقيات البيولوجيا. حول الآراء التي تفضل الاحتفاظ بالمصطلح، أنظر، مختار عريب، المرجع السابق، ص 193. عمر بوفتاس، الأخلاقيات التطبيقية ومسألة القيم، سلسلة الندوات العلمية الدولية للرابطة المحمدية للعلماء، دار أبي رقراق، الرباط، الطبعة الأولى، 2012، مقال منشور بموقع مجلة الإحياء، http://www.alihyaa.ma/

[1] أخلاقيات البيولوجيا هي كلمة جديدة نسبيا، صاغها عالم الكيمياء الحيوية الأمريكي Van Rensselaer Poter في عام 1970 في محاولة لتوجيه الانتباه إلى أن أوجه التقدم السريع في العلم قد تقدمت، دون إيلاء الاعتبار الواجب للقيم. وفي وقت سابق كان تعبير أخلاقيات البيولوجيا يشير إلى محاولة الربط بين الوقائع العلمية والقيم في مجال الاهتمامات البيئية، أما اليوم فقد أخذ هذا التعبير أكثر اتساعا يشمل أخلاقيات الطب وأخلاقيات الرعاية الصحية بصورة عامة. ورغم وجود أمثلة في التفكير في الأخلاقيات في مجال الطب عبر العصور فإن موضوع أخلاقيات البيولوجيا لم يتوسع بدرجة كبيرة في مجال الأخلاقيات إلا خلال العقد الماضي. وقد حفز هذا التوسع كل من سوء استخدام البشر في مجال البحوث الطبية، وخاصة خلال الحرب العالمية الثانية، وظهور تكنولوجيا طبية شكلت تحديا لمختلف القيم الشائعة بين عامة الناس. ويتشكل مصطلح bioethics بالانجليزية أو bioéthique بالفرنسية من كلمتين يونانيتين، bios، التي تعني الحياة وتمثل حقائق الحياة وعموم الحياة، وéthos، التي تعني الأخلاق، وتشير إلى القيم والواجبات. ويحدد الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان الصادر عن منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة خمسة عشر مبدءا من مبادئ أخلاقيات البيولوجية وهي: 1- الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان 2- المنفعة والضرر، 3- الاستقلالية والمسؤولية الفردية، 4- القبول، 5- الأشخاص العاجزون عن إبداء القبول، 6- احترام الضعف البشري والسلامة الشخصية، 7- حرمة الحياة الخاصة والسرية، 8- المساواة والعدالة والإنصاف، 9- عدم التمييز وعدم الوصم، 10- احترام التنوع الثقافي والتعددية، 11- التضامن والتعاون، 12 – المسؤولية الاجتماعية والصحة، 13 – تشاطر المنافع، 14- حماية الأجيال المقبلة، 15- حماية البيئة والمحيط الحيوي والتنوع البيولوجي. اليونسكو، تعليم أخلاقيات البيولوجيا، المرجع السابق، ص 15.

[2] عمر بوترفاس، المرجع السابق.

المراجعة الأساسية في دول أوروبا اللاتينية وخاصة في فرنسا، حيث لم تكتف هذه الدول بانتقاد التيار المبدئي والمطالبة بإدخال تعديلات جوهرية عليه، بل قدمت نموذجا بديلا أصبح يعرف بالنموذج البيواتيقي الأوروبي اللاتيني. ويتجلى الجديد الذي قدمه هذا النموذج الأوروبي في التأكيد على مبادئ حقوق الإنسان وإعطاء الأولوية للنزعة الأخلاقية الكانطية التي تقوم على مبدأ الكرامة الإنسانية عوض النزعة النفعية وخاصة في وجهها البراغماتي[1]. وبصفة عامة، تتمحور أخلاقيات البيولوجيا حول الحرية والعدالة والمساواة وكرامة الإنسان، وتسعى إلى إعادة تنظيم العلاقة بين الطبيب والمريض، وتجاوز السلطة الأبوية ومنح المرضى حق تقرير المصير، واشتراط مبدأ الموافقة الواعية لعلاج المرضى، في إطار تكافؤ الفرص فيما يتعلق بولوج العلاج الطبي وتخصيص الموارد الصحية.

وضمن هذا المنظور أيضا، انتبه المجتمع الدولي للأخطار التي يمكن أن تنجم عن الاكتشافات والمنجزات العلمية الناجمة عن الثورة البيولوجية، وذلك للحد منها قدر الإمكان وتشجيع استخدام التقدم العلمي فيما يحقق مصالح البشرية. لهذا أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1975/11/10 إعلانا خاصا باستخدام التقدم العلمي والتكنولوجي لمصلحة السلم وخير البشرية، ويعبر الإعلان عن القلق الذي انتاب المجتمع الدولي بسبب التقدم العلمي الناجم عن الثورة البيولوجية الذي من شأنه المساس بكرامة البشر[2].

والشعور بالقلق من منجزات التقدم العلمي، دفع أيضا بمنظمة اليونسكو إلى إصدار الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان بتاريخ 2005/10/19، وجاء في مقدمة هذا الإعلان أنه: "من الضروري أن يقوم المجتمع الدولي بتحديد المبادئ العالمية التي من شأنها أن توفر قاعدة تستند إليها البشرية في تعاملها مع المشكلات الناجمة عن التقدم العلمي والتكنولوجي، بالنسبة إلى الجنس البشري والمحيط الحيوي على السواء. وينبغي أن تهدف التطورات العلمية والتكنولوجية دائما إلى تعزيز رفاهية الأفراد والأسر والجماعات والمجتمعات المحلية، وكذلك تعزيز رفاهية الإنسان من خلال الاعتراف بكرامة الإنسان المتأصلة فيه والاحترام الشامل والفعلي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية"[3].

---

[1] عمر بوترفاس، المرجع نفسه.

[2] وهذا ما تؤكده مقدمة هذا الإعلان التي جاء فيها بأن: " القلق أن المنجزات العلمية والتكنولوجية يمكن أن تعرض للأخطار الحقوق المدنية والسياسية للفرد أو للجماعة، والكرامة البشرية، وإذ تلحظ الحاجة الملحة إلى الاستفادة كليا من التطورات العلمية والتكنولوجية من أجل رفاهية الإنسان ولإبطال مفعول الآثار الضارة المترتبة حاليا أو التي يمكن أن تترتب في المستقبل على بعض المنجزات العلمية والتكنولوجية..."، الإعلان الخاص باستخدام التقدم العلمي والتكنولوجي لصالح السلم وخير البشرية، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 3304 (د-30) المؤرخ في 1975/11/10.

[3] لقد ورد في الإعلان أيضا، بأن التطورات العليمة والتقنية كان بمقدورها أن تكون عظمية النفع للإنسان وذلك بفضل حرية العلم والبحث. وينبغي أن تسعى هذه التطورات بشكل دائم إلى تحسين أحوال الأفراد والأسر والجماعات والمجتمعات المحلية، وبشرية

وقبل ذلك كان المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو قد اعتمد بتاريخ 1997/11/11 الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، الذي يجسد بدوره مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في الأبحاث الوراثية، وتؤكد ديباجته ما جاء في الميثاق التأسيسي لمنظمة اليونسكو بأن البحوث في مجال المجين البشري والتطبيقات الناجمة عنه يجب أن تحترم بشكل كامل كرامة الإنسان وحريته وحقوقه، وتنص المادة الأولى من الإعلان بأن: "المجين البشري هو قوام الاعتراف بكرامة جميع أعضاء الأسرة البشرية الكاملة وتنوعهم. وتقتضي هذه الكرامة عدم اختزال الأفراد في صفاتهم الوراثية"[1]. ثم أصدرت منظمة اليونسكو بتاريخ 2003/10/16 الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية، حيث يضمن الإعلان احترام الكرامة الإنسانية فيما يتعلق بجمع البيانات الوراثية ومعالجتها واستخدامها وحفظها[2].

وعلى مستوى الإقليمي، حث قرار منظمة الوحدة الإفريقية الصادر بتاريخ 1996/07/10 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا، على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار التطورات المتسارعة في مجال علوم الحياة والمخاطر المتمخضة عنها، التي يمكن أن تمس حرمة وكرامة الفرد[3]. وتعلن اتفاقية Oviedo الأوربية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان والكرامة البشرية تجاه تطبيقات الطب وعلم الأحياء، غرضها الرئيسي في المادة 01 متمثلا في حماية كرامة وهوية جميع البشر، وتضمن لجميع الأفراد دون أي تمييز، احترام كرامتهم وحقوقهم الأخرى وحرياتهم الأساسية فيما يتعلق بالتطبيقات البيولوجية والطبية[4]. كما ركز

جمعاء، وذلك في ظل الاعتراف بالكرامة الإنسانية والاحترام الكامل لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية. الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، اعتمد من طرف المؤتمر العام لليونسكو، بناء على تقرير اللجنة الثالثة، في الجلسة العامة الثامنة عشرة بتاريخ 2005/10/19.

[1] الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، اعتمد من طرف المؤتمر العام لليونسكو، بناء على تقرير اللجنة الثالثة في الجلسة العامة السادسة بتاريخ 1997/11/11، وأقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1998/12/09، وبالتوجيهات الخاصة بتطبيق الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، التي أقرتها بموجب القرار الصادر في 1999/11/12 تحت رقم 30م/23.

[2] ويؤكد في هذا الإطار على مبادئ المساواة والعدالة والتضامن والمسؤولية، واحترام الكرامة الإنسانية وحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في مجال عمليات جمع البيانات الوراثية البشرية ومعالجتها واستخدامها، وكذلك البيانات المتعلقة بالبروتينات البشرية والعينات البيولوجية المستخدمة في سبيل الحصول على هذه المعلومات. ويؤكد الإعلان على ضرورة ضمان عدم استخدام هذه البيانات في أغراض من شأنها أن تؤدي إلى انتهاك لحقوق الإنسان وللحريات الأساسية وللكرامة الإنسانية للفرد. الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، اعتمد من طرف المؤتمر العام لليونسكو، بناء على تقرير اللجنة الثالثة، في الجلسة العامة العشرين بتاريخ 2003/10/16.

[3] Résolution sur la *bioétique*, Adoption par la conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine, réunie en sa 32e session ordinaire du 8 au 10 juillet 1996 à Yaoundé (Cameroun). V. DELFOSSE M-L, BERT C, *Bioéthique, droit de l'homme et biodroit*, Recueil de textes annotés internationaux - régionaux - belge et français, éd. LACIER, Bruxelles, 2005, p. 97.

[4] La Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (STE n° 164) a été ouverte à la signature le 4 avril 1997 à Oviedo (Espagne). Cette

الدستور الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية لسنة 2005، على قيم تكريم الإنسان واحترام شخصيته والحق في الحياة والعدل والإحسان[1].

أما بالنسبة إلى التشريعات الوطنية، فقد كان المشرع الفرنسي السباق في وضع القوانين البيوتيقية، حيث أصدر المشرع الفرنسي ثلاثة قوانين أساسية صوت عليها البرلمان سنة 1994 تضع إطارا تشريعيا يضمن احترام كرامة الإنسان[2]. وتعد هذه القوانين حقيقتا جسر للمرور بشكل فعلي من ميدان الأخلاق إلى الميدان القانوني، مما يصب في اتجاه تأكيد المشرع الفرنسي تشبثه العملي بحقوق الإنسان. وتركز تلك القوانين على حقوق الإنسان البيولوجية وضرورة احترام الكائن البشري منذ بدأ الحياة، والسلامة الجسدية بشكل خاص، وحظر التصرف في عناصر الجسم ومشتقاته، وأصبحت تلك القوانين منطلقا حقيقيا لعمليات تقنين متزايدة عبر العالم للمجال الطبي والبيولوجي[3].

ولضمان فعالية أكثر في مراقبة الانحرافات الأخلاقية الناجمة عن سوء استخدامات التكنولوجيا الطبية والحيوية، تم وضع آليات تكفل احترام القيم في ميدان الرعاية الصحية، أهمها إنشاء لجان أخلاقيات البيولوجيا، وهي منابر للمداولات ترمي إلى اتخاذ قرارات رشيدة وتقديم توصيات بشأن السياسات. ويوجد أنواع مختلفة من لجان أخلاقيات البيولوجيا، تتمثل في لجان صنع السياسيات، ولجان الاستشارية، ولجان أخلاقيات البيولوجيا التابعة لرابطة المهنيين الصحيين، ثم لجان أخلاقيات الرعاية الصحية، وأخيرا لجان أخلاقيات البحوث[4]. وكان لهذه اللجان دور بارز في معالجة المعضلات الأخلاقية

Convention est le seul instrument juridique contraignant international pour la protection des droits de l'Homme dans le domaine biomédical.

[1] منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، الدستور الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية، الدورة الثانية والخمسون، البند 08، تحت رقم ش م/ل إ52/7، سبتمبر 2005.

[2] Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 *relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé* et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier *1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, JORF, 2 juillet 1994, p. 9559. Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*, JORF, 30 juillet 1994, p. 11056. 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, 30 juillet 1994, p. 11060.

[3] عمر بوفتاس، موقع البيوتيقا في إطار المعرفة المعاصرة، القسم الثاني، مقال منشور بالموقع، http://www.aljabriabed.net/، فهرس 31-41، ص 01.

[4] اليونسكو، المنهاج العام لتعليم أخلاقيات البيولوجيا، المرجع السابق، ص 17.

في مجال علوم الصحة والحياة[1]. وتماشيا مع تلك التطورات أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي 96 -122 المؤرخ في 1996/04/06 الذي ينشأ المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة[2].

لكن إدراج الكرامة الإنسانية في الأنظمة القانونية أثار الكثير من الجدل، ويرجع السبب إلى أن أصل هذه الكلمة ديني وأخلاقي وفلسفي بالدرجة الأولى، بالإضافة إلى أن مصطلح الكرامة فضفاض وغامض ولا يمكن تحديده بدقة، لأنه يمس الطبيعة العميقة للذات البشرية، لهذا فقد تنوعت الرؤى حول هذا المبدأ وحول مصدره وأبعاده ونطاقه وطبيعته[3]. خاصة وأن القوانين لم تحدد المقصود بالكرامة الإنسانية ولم تعطي لها تعريفا، كما أن القضاء اكتفى بالإشارة إلى بعض الحالات التي تشكل انتهاكا لمبدأ الكرامة الإنسانية وتجنب الخوض في تفاصيلها النظرية[4].

والواقع أن الكرامة شيء متأصل في الكائن البشري، ويشكل أهم خاصية من خصائص الشخصية الإنسانية. وتعبر الكرامة البشرية على القيمة الأصلية للفرد، وهو مبدأ يشعر به كل شخص بصورة غريزية، حتى لو اختلف في تحديد مضمونه. وكذلك، فإن مبدأ احترام الكرامة الإنسانية يعني منع

---

[1] لمزيد من التفاصيل حول دور لجان أخلاقيات البيولوجيا، أنظر، اليونسكو، قسم أخلاقيات العلم والتكنولوجيا، دليل يتعلق بإنشاء لجان أخلاقيات البيولوجيا، فرنسا، 2005، تحت رقم SHS/B10-2005/01.

[2] أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 96 – 122 مؤرخ في 1996/04/06، يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه وعمله، (ج.ر 22). وكذا المرسوم التنفيذي رقم 11 – 425 المؤرخ في 2011/12/08، المتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه وعمله، (ج.ر 68). وحول دور هذا المجلس وتشكيله، أنظر،

ELKBIR Fatima Zouhra, *L'état de la bioéthique en Algérie*, in « Bioéthique, bioéthiques », sous la direction de Laurence AZOUX-BACRIE, édi. Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 155.

[3] MATHIEU Bertrand, *La dignité, principe fondateur du droit*, Journal International de Bioéthique, 2010, vol. 21, n° 3, p.78.

[4] لقد تمت الإشارة ضمنيا لمبدأ احترام الكرامة الإنسانية من طرف محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 1942/01/28، عندما أكدت بأن الطبيب الذي قرر إجراء العملية الجراحية على مريضه دون تنبيهه بطبيعة التدخل الطبي الذي سوف يخضع له وتداعياته المحتملة، وكذا الخيارات العلاجية المتاحة، يكون قد أخل بالتزاماته تجاه المريض، الشيء الذي يرتب المسؤولية، وأن ذلك الالتزام نابع من احترام الشخص البشري ويشكل تعديا جسيما على حقوق المريض. والملاحظ بأن محكمة النقض في هذا القرار لم تستعمل مصطلح الشخص وإنما الشخص البشري.

« …qu'en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droit du malade… ». Cass. req., 28 janvier 1942, *Teyssier*, Gaz. Pal., 62, 1942, 1, p. 177 ; D. 1942, p. 63.

وأوضحت نفس الهيئة القضائية في قرار آخر صادر بتاريخ 2001/10/09، بأن التزام الطبيب بإعلام المريض بمخاطر العملية، يجد سنده في احترام المبدأ الدستوري المتعلق بصون كرامة الشخص البشري.

«… attendu, cependant, qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la personne humaine… ». Cass. 1er civ., 9 octobre 2001, n° 00-14564, Bull. civ. 1, n° 249 ; D. 2001, juris., p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; JCP G 2002, 2, 10045, note O. Cachard ; LPA, n° 52, 13 mars 2002, p. 17, note F. Marmoz ; Resp. civ. et assur. 2001, comm, n° 374.

كل عمل غير إنساني من شأنه أن ينفي على الفرد أو الكائن البشري صفاته الطبيعية[1]. والكرامة مفهوم أساسي ومن غير المناسب نظريا ولا معياريا اختزاله في الخصائص الوظيفية لنشاط الشخص، أو قدرته على اتخاذ القرارات، أو مراعاة استقلاليته. وأن احترام الكرامة يعني كذلك الاعتراف بالقيم الأصلية للآخر من حيث هو إنسان[2].

ومن حيث النطاق، أدى اعتماد مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في النظام القانوني إلى خلق أصحاب حق آخرين، حيث امتد نطاقه إلى الكائن البشري والجنس البشري وأن تلك المصطلحات أصبحت تستعمل باستمرار في قوانين أخلاقيات البيولوجيا[3]، ما جعل بعض الفقه يفرق بين الشخص الإنساني كجوهر والإنسان بمفهومه الواسع الذي يكون بدوره جديرا بالحماية القانونية بحكم الصفة أو بحكم التأهيل، ويشمل ذلك الجنين البشري في مرحلة ما قبل التعشيش حتى لو تم إخصابه بالأنبوب، والأشياء ذات الطبيعة البشرية كالجثة والأعضاء المنفصلة على الجسد و كذا مشتقات الجسم التي يتعين التعامل معها بكرامة وآداب. وبمعنى آخر، فإن هذه القيمة تحمي الكائن الإنساني في فردانيته، وفي نفس الوقت تحميه بحكم انتمائه إلى الوحدة أو النوع البشري[4].

ويعد مبدأ الكرامة الإنسانية كذلك أصل وقاعدة ومصدر ومنطق حقوق الإنسان[5]، وهو مبدأ أساسي وجوهري Principe cardinal وهو مكرس في معظم القوانين الوضعية، وهذا ما يضفي عليه طابعا عالميا. ومن هنا يرى بعضهم أن مبدأ احترام الكرامة الإنسانية كقيمة عليا في المجتمع يضمنه أيضا القانون الطبيعي. كما أن مبدأ الكرامة الإنسانية سجلي Principe matriciel يتفرع منه مبادئ أخرى، كمبدأ سمو الكائن البشري، ومبدأ احترام الإنسان منذ بداية الحياة، ومبدأ معصومية الجسد

---

[1] فواز صالح، المرجع السابق، ص 252.

[2] اليونسكو، المنهاج العام لتعليم أخلاقيات البيولوجيا، المرجع السابق، ص 21.

[3] MATHIEU Bertrand, *La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire*, Recueil Dalloz, 1996, p. 282.

للإشارة فإن المشروع التمهيدي لقانون الصحة استعمل مصطلح "الكائن البشري"، ويظهر ذلك من خلال المادة 394 التي ورد فيها الأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري، ونصت المادة 398 بأنه: "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية على الكائن البشري ...". وورد في المادة 06 من مدونة أخلاقيات الطب على يمارس الطبيب مهامه ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري.

[4] VIRIOT-BARRIAL Dominique, *Dignité de la personne humaine*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2014, p. 04 ; Jean François SEUVIC, *Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées*, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian BOLZE » sous la direction de Phillipe PEDROT, Economica, Paris, 1999, p. 339.

[5] حول دور قانون حقوق الإنسان في ضبط الممارسات الطبية وتكريس حقوق المرضى، راجع، محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 10.

وسلامته، ومبدأ عدم التصرف بالجسم وعناصره، وغياب الطابع المادي له، وكذلك مبدأ سلامة الجنس البشري[1].

ويمكن للكرامة أن تتخذ أشكالا مختلفة بحسب اختلاف التقاليد الثقافية والأخلاقية، وتحترم بطرائق مختلفة في المجتمعات. وبغض النظر عن التنوع الثقافي والعقائدي والسياسي، تستند الكرامة الإنسانية عموما إلى الوعي الذاتي للشخص والمعاملة الكريمة المناسبة نحوه. كما أن احترام التنوع الثقافي لا يمكن أن يستخدم للتعدي على الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان والحريات الأساسية[2]. ويستخلص من هذا بأن البشر جميعا متساوون في الكرامة بغض النظر عن الجنس أو العمر أو المركز الاجتماعي أو الانتماء العرقي، وأن والاعتراف بكرامة أي شخص يقوم على الاعتراف المسبق بالاحترام الفعلي لحقوق الإنسان، واحترام النفس وتقرير المصير لهذا الشخص، فضلا عن مراعاة حرمة خصوصيته وحمايته من التدخلات الطبية غير المشروطة، والحفاظ على الخير العام الذي يشغله بصورة سليمة.

والحق في احترام الكرامة الإنسانية هو أيضا مبدأ مطلق وغير قابل التنازل عليه، وهو حق مقدس وغير مقيد Principe indérogeable. وبالمقابل فإن بعض الحقوق المتفرعة عن الحق في احترام الكرامة الإنسانية، لا تتمتع من حيث المبدأ بطابع مطلق، وهذا الحال بالنسبة إلى الحق في السلامة البدنية أو الخصوصية. ويستخلص من ذلك أن القيمة المطلقة لمبدأ احترام الكرامة الإنسانية تتقيد جزئيا عندما يتعلق الأمر بتطبيقه[3]، إذ من الممكن في ظروف استثنائية ترجيح مصلحة الآخرين أو المجتمع ككل. ومن أمثلة ذلك التهديد الذي يسببه أي وباء مهلك[4]. كما يمكن أن يدخل مبدأ احترام الكرامة الإنسانية بشكل فعلي في تنازع مع حقوق أساسية أخرى أو مبادئ أخرى، وخاصة مبدأ حرية

---

[1] فواز صالح، المرجع السابق، ص 152.

[2] اليونسكو، المنهاج العام لتعليم أخلاقيات البيولوجيا، المرجع السابق، ص 21.

[3] لا يمكن تقييد مبدأ احترام الكرامة الإنسانية ذاته، لأن من شأن التقييد هذا المبدأ أن يضعف بشكل كبير مداه، وأن يبرر الانتقادات الموجهة ضد تطبيقه القانوني. وبالمقابل، يمكن أن يكون هناك تنافس بين المبادئ المتفرعة عن مبدأ احترام الكرامة الإنسانية، ومن شأن ذلك أن يحقق نوعا من التوازن المناسب لضمان احترام مبدأ الكرامة الإنسانية بشكل لين. ويظهر هنا دور القضاء الذي يجب أن يراقب التناسب بين المبادئ المتنازعة. فواز صالح، المرجع السابق، ص 253.

[4] تجيز القوانين المتعلقة بالصحة إخضاع الشخص للتطعيم الإجباري الذي يتنافى مع استقلالية الفرد، وعلى سبيل المثال، تنص المادة 37 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: " يخضع الأشخاص المصابون بأمراض متنقلة والأشخاص الذين يكونون على اتصال بهم والذين قد يشكلون مصدرا للعدوى لتدابير الوقاية والمكافحة المناسبة"، وتضيف المادة 40 بأنه: " في حالة وجود خطر انتشار وباء أو في حالة حماية بعض الأشخاص المعرضين لخطر، تنظم السلطات الصحية حملات تلقيح وتتخذ كل تدبير ملائم لفائدة المواطنين أو الأشخاص المعنيين".

البحث العلمي أو الحريات الشخصية، التي تتمتع في الكثير من الدول بقيمة دستورية[1]. ويستخدم مبدأ احترام كرامة الإنسان كذلك كمبرر أخلاقي للكثير من الأحكام، قد يؤدي إلى نتائج متناقضة أثناء تطبيقاته وفقا للتصورات المختلفة.

وخلافا للقيم المادية أو الأشياء ذات الطبيعة المالية، ليس للكرامة الإنسانية مكافئ خارجي، فهي غاية في حد ذاتها، وهو ما لا نجده مثلا في الجدارة باعتبارها تجسيدا للانجازات الشخصية المعترف بها عامة. ويقتضي التسليم بأن الأشخاص لهم كرامة الاعتراف بأن كل شخص هو فريد ولا يقيم بثمن. في حين أن الأشياء تقيم بثمن، وذلك لأنه يمكن استبدالها بشيء آخر مساو لها في القيمة[2]. ويترتب على ذلك أن مفهوم الكرامة الإنسانية يتطلب عدم إضفاء الطابع المادي على الكائن البشري أو أعضائه أو مشتقات جسمه أو جعله أداة يمكن تداولها.

ولمفهوم الكرامة الإنسانية بعدان اثنان، أولهما موقع الإنسان المتميز كفرد في المجتمع، يستحق التكريم والتشريف، ويتوجب عليه الواجبات واحترام الآخرين. وثانيهما قيمته الداخلية كإنسان

---

[1] ومن الأمثلة القضائية التي يظهر دور مبدأ الكرامة الإنسانية في ضبط الحريات، قضية كان قد فصل فيها مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1995/10/27، وتتخلص وقائعها في إقدام إحدى الملاهي على تنظيم لعبة للجمهور، يقوم من خلالها المتنافسين بتقاذف أشخاص قصيري القامة (أقزام) لأطول مسافة ممكنة، فقرر رئيس البلدية منع العرض وفقا لسلطة الضبط الإداري، ليتم الطعن في مشروعية القرار، لكن مجلس الدولة اعتبر بأن القرار مشروع، وأنه يمكن للسلطات الإدارية المحلية أن تمنع العرض حتى لو كان الأشخاص الذين يتم استعمالهم في التسلية موافقين على ذلك، وذكر مجلس الدولة بأن الكرامة الإنسانية غير قابلة للتنازل عليها أو التصرف فيها، وصرح بأن الكرامة الإنسانية هي جزء لا يتجزأ من النظام العام، وأن استعمال شخص مصاب بإعاقة جسمانية كقذيفة يعد انتهاك لكرامة الشخص، حتى ولو تم اتخاذ التدابير الوقاية التي تضمن سلامة الأفراد.

« Considérant que l'attraction de "lancer de nain" consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération ; (…)

CE 27 oct. 1995, req. n° 143578, D. 1996, 177, note Lebreton ; JCP, 1996, II, 22630, note Hamon ; RTDH, 1996. 657 ; RFDA, 1995, 1204, concl. Frydman.

وفي قضية أخرى، أكد القضاء الفرنسي بأن الحملة الإعلامية التي تم من خلالها استعمال أشخاص مصابين بعوز المناعة المكتسب، ووشمت على أجسادهم عبارة HIV-positive، يعد عمل حاط بالكرامة الإنسانية، ولا يمكن بالتالي التذرع بالحرية الإعلامية أو الحق في الحياة الخاصة.

La cour d'appel de Paris juge qu'une publicité Benetton évoquant le virus HIV utilise « une stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être » en quoi il y aurait abus de la liberté d'expression. C.A Paris 28 mai 1996, D. 1996. 617, note Edelman.

Sur cette question, V. LE COZ Pierre, *Dignité et liberté : vers une contradiction insoluble ?*, Journal International de Bioéthique, 2010, vol. 21, n° 3, p. 15.

[2] اليونسكو، المنهاج العام لتعليم أخلاقيات البيولوجيا، المرجع السابق، ص 20.

مستقل بذاته عن المجتمع. ومن وجهة النظر الأخلاقية، فإن كرامة الشخص وحقوقه يثبتها التزام الآخرين بمعاملة أي شخص باحترام، أي بعدم التسبب في أي ضرر له، وعدم الإساءة له، والتزام العدل معه، وعدم فرض نماذج غير مرغوبة للخير والسعادة الشخصيين. فالإنسان يحمل قيمة أساسية بذاته، لمجرد كونه إنسان، وأي تصرف أو سلوك نحوه ينبغي أن ينطلق من هذه القيمة الذاتية. والإنسان بذاته كحامل لقيمة الكرامة هذه، يجب أن يحترم كرامة الآخرين، منطلقا بتصرفاته منها، ومحترما لها في كل معاملاته[1].

وبخصوص الطبيعة القانونية المثيرة للجدل، فقد اختلفت الآراء بشأنها، فجانب من الفقه يشكك في مدى استيعاب فكرة الحق أو الحقوق اللصيقة بالشخصية في حماية الكرامة، الذي قد يصلح بالنسبة للأشخاص الأحياء ولا يصلح بالنسبة إلى الجثث أو الأجنة الأشخاص الذين ليست لهم الأهلية والإرادة في حالة انتهاك كرامتهم[2]، وأدرجه جانب آخر ضمن الحقوق العينية[3]. في حين رفض رأي من الفقه ربط الكرامة الإنسانية بالقاعدة القانونية الموضوعية التي يمكن للمجتمع أن ينظمها أو يتحكم فيها[4]. والبعض الأخر حاول الخروج عن التقسيم التقليدي وأدرج الكرامة ضمن الحقوق الإنسانية[5]، والآخر اقترح بأن هذا المبدأ له طابع خاص sui generis أو مختلط[6]. ومن الناحية الجزائية، اعتبر البعض أن المبدأ يسمو على القيم المحمية جزائيا[7].

---

[1] غياث الحسن الأحمد، المرجع السابق، ص 01.

[2] MOLFESSIS Nicolas, *La dignité de la personne humaine en droit civil*, in « La dignité de la personne humaine », sous la direction de Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET, ECONOMICA, Paris, 1999, p. 107.

[3] PAVIA Marie-Luce, op. cit., p. 19.

[4] Selon la définition du doyen Cornu, « se caractérise par le vague, le flou, qui lui est inhérent ou si l'on préfère par un certain tour générique d'où la notion tire sa virtualité d'application à une série indéfinie de cas. On peut en donner une idée générale et des exemples particuliers mais on ne peut, sans la dénaturer, faire rentrer les exemples dans une définition bloquée ». CORNU Gérard, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 11e éd., 2003, p. 189.

[5] JORION Benoît, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, Revue du droit public, 1999, p. 197.

[6] GRIDEL Jean-Pierre*, L'individu juridiquement mort,* D. 2000, p. 266.

[7] DEBIEN Valérie, *La catégorie pénale des infractions d'atteinte à la dignité de la personne : analyse critique*, thèse, Université de Cergy-Pontoise, sept. 2002, pp. 437s.

لكن إدراج مصطلح "الكرامة" ضمن القواعد الجزائية قد يصطدم بمبدأ وضوح القاعدة الجزائية، ويمكن هنا الإشارة مثلا، إلى المادة 266 مكرر 1 من قانون العقوبات، التي ذكرت العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يقوم به الزوج، ويجعل الضحية في حالة تمس "بكرامتها". لأكثر تفاصيل حول إشكالية وضوح القاعدة القانونية في المجال الجزائي، وعدم ثبات الدعامة الأخلاقية والاجتماعية لفكرة الإثم الجنائي، أنظر، أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي، دراسة مقارنة، دار هومة، الطبعة الثانية، 2004، الجزء الأول، ص 114.

وبالعودة إلى موضوع البحث، فإنه يتمحور أساسا حول حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة الذي يندرج ضمن الأبحاث القانونية التي تهتم بالقضايا المستجدة في ميدان الطب وعلوم الصحة. وتظهر أهمية هذه الدراسة في كونها من المواضيع المتجددة، حيث تحاول توضيح أثر الأساليب المستحدثة التي أفرزتها الثروة العلمية على كرامة الكائن البشري. فالجزائر وعلى غرار العديد من البلدان العالمية، خطت خطوات كبيرة في مجال الرعاية الصحية وتوفير الهياكل الصحية للسكان، وتسعى ضمن هذا المنظور إلى تشجيع البحث العلمي في مجال علوم الصحة والحياة من أجل تطوير المنظومة الصحية الوطنية، وبالتالي فتحت المجال أمام العيادات والمخابر البيولوجية المخصصة لإجراء الدراسات العيادية وعمليات نقل الدم والتلقيح الصناعي وغيرها.

ويحاول البحث تسليط الضوء على التدابير التشريعية التي تعنى بالمعضلات الأخلاقية في مجال الرعاية الصحية. وتتزامن هذه الدراسة مع نية المشرع في إصدار قانون جديد للصحة الذي هو حاليا معروض على البرلمان لمناقشته وإثرائه، حيث يأتي هذا النص في إطار الإصلاحات التي تشهدها المنظومة الصحية الوطنية وتطويرها، ولمواكبة ما توصلت إليه التشريعات الحديثة والصكوك الدولية وتوصيات المنظمات الدولية ذات الصلة. ولقد جاء هذا المشروع بهدف تحديد الأحكام والمبادئ الأساسية، وتجسيد حقوق المواطنين في مجال الصحة. ويرمي أيضا إلى ضمان الوقاية وحماية الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة. وهو يعبر عن مرحلة متميزة لمنظومتنا الصحية ضمن المسعى الشامل الذي اعتمدته البلاد نحو تنمية والتطور ودعم حقوق الإنسان ووضع المنظومة الصحية على طريق التنمية والحداثة[1].

ولقد أدرك المشرع ضرورة التكيف مع التطورات الطبية الراهنة، وأن يأخذ في الحسبان متطلبات التقدم التكنولوجي والعلمي في مجال الصحة، وهو الشيء الذي تقتضيه ضرورات العولمة التي تفرض علينا أن ننخرط في الاهتمام بالفكر الأخلاقي العالمي وبمشاكل التطور العلمي. لهذا كان لا بد من الاستئناس من خلال هذا البحث أيضا إلى بعض القوانين المقارنة، وإلى ما توصل إليه القضاء في تلك البلدان المتطورة، وكذا إلى اجتهاد لجان أخلاقيات البيولوجيا وملاحظة كيفية معالجتها للمعضلات

[1] وفي هذا السياق تندرج الإصلاحات المنظومة الصحية حول مبادئ المساواة والتضامن والعدل وتطوير التنظيم الصحي وعصرنتها، عبر إدراج أدوات تسيير عصرية وتكنولوجيات جديدة، وإجراء ترتيب يتعلق بأخلاقيات طب الأحياء، يضبط القواعد المرتبطة بزرع الأعضاء والأنسجة الخلايا البشرية والمساعدة الطبية على الإنجاب والتبرع بالدم والدراسات العيادية. ويجسد هذا المشروع مبدأ الكرامة الإنسانية، حيث ورد في المادة 01 فقرة 2 بأن هذا القانون: " يرمي إلى ضمان الوقاية وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة"، ونصت المادة 354 بأنه: "يجب أن يلتزم مهنيو الصحة، في ممارسة نشاطاتهم، بقيم الأخلاقيات، لاسيما مبادئ احترام كرمة الشخص والشرف والعدل والاستقلالية المهنية وقواعد أدبيات المهنة وكذا لاتفاقات الفعلية".

الأخلاقية، لاسيما اللجنة الوطنية الاستشارية الفرنسية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة بصفتها الرائدة عالميا في هذا المجال، دون إغفال آراء الهيئات الفقهية الشرعية. وهنا يتعين التنويه بأنه سوف يتم التركيز على فتاوى الهيئات العلمية الفقهية، وتفادي الآراء الفردية، بسبب طبيعة تلك المشاكل التي تقتضي في دراستها ومعالجتها إشراك فاعلين آخرين من مختلف التخصصات الطبية وغيرها لإيجاد حل لها، وعدم الاكتفاء بالمختصين بالفقه الإسلامي.

وتظهر أهمية البحث أيضا، من خلال ازداد الاهتمام والوعي لدى المواطنين والعاملين في مجال الرعاية الصحية ووسائل الإعلام بالأخلاق الطبية، وما أفرزته التكنولوجيا الحيوية من قضايا متعددة ومعقدة، بدأ بأطفال الأنابيب ووصولا لاستخدامات الجينات البشرية واستئجار الأرحام وبنوك النطف والموت الرحيم وزرع الأعضاء والتحكم في الدماغ البشري والاستنساخ والحياة والموت ومستقبل الكائن البشري، التي أثارت نقاشا واسعا حولها، وكلها إشكاليات في حقيقة الأمر مرتبطة بالمجتمع والصحة العمومية وحقوق الإنسان. فالأخلاق لم تبق اليوم مجرد قضايا معيارية مرتبطة بالضمير أو الدين فحسب، بل أصبحت ضوابط اجتماعية ذات طابع إلزامي، وترتب قيام المسؤولية القانونية.

هذا ويتعين التنويه أخيرا إلى الأبحاث الأكاديمية التي عرفت اهتماما بالقضايا الأخلاقية الطبية سواء فيما يتم نشره في بعض المجالات أو الندوات التي تقام أو البحوث الجامعية التي أنجزت، قد ساهمت بلا شك في توضيح الكثير من الرؤى، ولو أن بعضها انحصر على بعض الجوانب الجزئية.

وأن هذه الدراسة تركز بدورها على إبراز أوجه الحماية القانونية للكرامة الإنسانية في بعدها المتعلق بالممارسات الطبية، دون الغوص كثيرا في العلاقات الطبية وحقوق المرضى في مجال الخدمات الصحية عموما والحالات الاستشفائية على وجه الخصوص، محاولين الميل إلى الجانب العملي التطبيقي والتطرق لأهم القضايا التي طرحت في هذا المجال وشدت انتباه الرأي العام العالمي. ومن هنا تبرز الإشكالية التي يطرحها البحث التي تتمحور حول مدى تأثير الممارسات الطبية والبيولوجية الحديثة على حرمة الإنسان وكرامته؟ وهل القواعد القانونية الحالية كفيلة لإضفاء حماية فعالة لكرامة الإنسان في ظل الممارسات الطبية الحديثة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم البحث إلى بابين:

الباب الأول: حماية كرامة الإنسان من الممارسات الطبية المرتبطة بمنتجاته البيولوجية.

الباب الثاني: حماية كرامة الإنسان من الممارسات الطبية المرتبطة بكيانه الجسدي.

الباب الأول

حماية كرامة الإنسان من الممارسات الطبية المرتبطة بمنتجاته البيولوجية

لقد تطورت في العقود الأخيرة معارف العلوم البيولوجية، ونجحت الأبحاث في مجال علم الوراثة والطب الحيوي، في الإجابة على الكثير من التساؤلات المتعلقة بأصل الإنسان وتطور الحياة البشرية. ومن جهة أخرى، فتحت الاكتشافات العلمية الجزيئية آفاق واسعة لتحسين صحة الأفراد والتخفيف من آلامهم، وعلاج بعض الأمراض المستعصية مثل العقم والتشوهات الخلقية الجنينية والإعاقات والأورام الخبيثة. وعلى صعيد آخر، تمكن العلماء من الكشف عن الخريطة الجينية للإنسان والتنبؤ عن الاستعدادات الوراثية للأفراد التي امتدت للجماعات السكانية بأسرها، ومكنت أبحاث البصمة الوراثية من تحديد هوية الشخص البيولوجية.

من جهتها، سمحت تقنيات المساعدة الإخصاب، بنقل الأمشاج وتلقيحها داخل الرحم أو خارجه بغرض التغلب على مشكلات العقم، وفتحت المعارف الجديدة المتوصل إليها في مجال الفحص الطبي قبل الولادة، الباب واسعا لاستخدام الخلايا الجذعية الجنينية لأهداف علاجية. وازدادت بذلك أهمية استعمال مشتقات الجسم كالأنسجة والخلايا والجينات والمواد التناسلية في الأبحاث العلمية والإكلينيكية. غير أن استعمال المكونات البيولوجية للإنسان في الأبحاث الطبية، لا يخلوا من مخاطر إذا ما خرجت تلك الأعمال على أخلاقيات مهنة الطب والاحترام الواجب لكرامة الإنسان، نظرا لما ما تحتويه تلك المواد من خصوصيات تتمثل في مقدرتها في التكاثر وكشفها للصفات الوراثية للإنسان[1].

فالمفاهيم المتصلة بإنشاء الحياة لدى الإنسان وخصائص الجنس البشري، تعد متجذرة عميقا في ثقافة الشعوب والمجتمعات، وفي تقاليدهم وتعاليمهم الدينية. وتعتبر الأكثر جدلا واصطداما بالمستقر عليه من المبادئ الأخلاقية والقانونية. فتطورات العلوم البيولوجية أصبحت تقفز اليوم بسهولة عبر الحدود الوطنية، كما أن تأثيرها لا يقتصر على الإنسان بصفته كائنا بيولوجيا، بل يمتد إلى الجنس البشري بأكمله. ولما كان القانون دائما متطور ومواكب لما يدور من حوله من تقدم علمي، فقد كان لزاما عليه أن يحمي هذه المرة الإنسان من نفسه من تلك التطورات، التي أصبحت تمثل تهديدا حقيقيا له[2].

---

[1] وليد حميد البطاينة يوسف، علم بيولوجيا الإنسان (التناسل، الوراثة، الشيخوخة، السرطان)، الأهلية للنشر والتوزيع والطباعة، لبنان، 2002، ص 124.

[2] BAERTSCHI Bernard, *L'homme et son espèce: l'espèce humain est-elle menacé par les progrès des biotechnologies ?,* in « La bioéthique au pluriel : l'homme et le risque biomédical », sous la direction de Gérard HUBER et Christian BYK, édi.John Libbey Eurotext, Paris, 1996, p. 18.

حول مخاطر التقدم العلمي في مجال البيولوجيا والتقنيات الحيوية على الإنسان، أنظر أيضا، سعيد محمد الحفار، البيولوجيا ومصير الإنسان، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1984، ص 87.

ومما لا شك فيه، أن المشرع بدأ يتفهم خصوصية مشتقات الجسم ومنتجاته، ويستنتج ذلك من خلال إبرازه للفارق الجوهري بينها وسائر أعضاءه الأخرى، ثم ضبطه لبعض الممارسات الطبية الحديثة المنصبة على المكونات البيولوجية، مثل اقتطاع الأنسجة والخلايا بغرض التبرع[1]، واستعمال الخلايا التناسلية في تقنيات التلقيح الصناعي[2]. كما استحدث من جهة أخرى أحكاما تتعلق بالمسؤولية الجزائية، ترمي إلى معاقبة مرتكبي الجرائم المرتبطة بالممارسات الطبية ذات الصلة[3]. فالمشرع أدرك من خلال تلك المبادرات، أن القواعد القانونية التقليدية التي تحمي الحق في السلامة البدنية، أصبحت عاجزة عن توفير القدر اللازم من الحماية للإنسان، في ضوء ما أفرزته التجارب والأبحاث العلمية من طرق ووسائل مستحدثة، من شأنها استغلال المكونات البيولوجية للجسم على نحو غير أخلاقي، يمكن أن يلحق الأذى دون أن يستلزم الأمر انتهاكا حقيقيا بتكامل الجسم أو تعطيل أداءه وظيفته الحيوية[4].

من جهة أخرى، ازدادت المخاوف على الصعيد الدولي من المعضلات الأخلاقية التي تطرحها التطورات العلمية السريعة لعلم الحياة، وهكذا ظهرت العديد من الصكوك والإعلانات الدولية التي حاولت إيجاد قيم عالمية ومعايير أخلاقية مشتركة، يمكن الارتكاز عليها في البحوث الطبية والعلمية، تهدف بالأساس إلى حماية الكرامة والذات الإنسانية، وتوفير قاعدة تستند إليها البشرية في تعاملها مع المعضلات والإشكالات التي تطرحها العلوم الطبية والبيولوجية[5].

وبناء عليه، سوف يتم التطرق من خلال هذا الباب إلى أهم المعضلات الأخلاقية التي أفرزتها التطورات الطبية في هذا المجال، من خلال تقسيم الباب إلى فصلين. يخصص الفصل الأول منه إلى الأعمال الطبية المرتبطة بالجينات البشرية، في حين يخصص الفصل الثاني إلى الأعمال الطبية المرتبطة بالمواد التناسلية البشرية.

---

[1] أنظر، على سبيل المثال، المواد 166 وما يليها من قانون حماية الصحة وترقيتها، والمادة 373 ومايليها من المشروع التمهيدي لقانون الصحة.

[2] أنظر، على سبيل المثال، المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، مضافة بالأمر 05 – 02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم لقانون الأسرة. (ج.ر 15).

[3] أنظر، على سبيل المثال، المادة 263 من قانون حماية الصحة وترقيتها المتعلقة بالاتجار في الدم البشري ومصله ومشتقاته، والمادة 450 وما يليها من المشروع التمهيدي لقانون الصحة، وكذا المادتين 303 مكرر 17 و303 مكرر 18 من قانون العقوبات.

[4] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 178.

[5] أنظر، على سبيل المثال، الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان المؤرخ في 2005/10/19. وكذا الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان المؤرخ في 1997/11/11، واتفاقية Oviedo المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري في مواجهة تطبيقات علم الأحياء والطب، المؤرخة في 1997/04/04.

الفصل الأول

الأعمال الطبية المرتبطة بالجينات البشرية

من المعروف أن جسم الإنسان يتكون من عدد هائل من الخلايا، وتتمركز في منتصف كل خلية النواة، التي تعتبر أهم وأكبر مكونات الخلية. ومما يعطي النواة أهمية بالغة احتواؤها على المادة الوراثية أو المجين Le génome الذي يتشكل من الصبغيات Les chromosomes، التي تحمل الحامض النووي الريبي منزوع الأكسيجين ADN، الذي يكون الجينات التي تحمل بدورها شفرات خاصة من المعلومات اللازمة لبناء البروتينات الهيكلية والإنزيمات. وتطلق كلمة المجين، على مجمل المادة الوراثية في الخلية التي تعطي التوجيهات والأوامر اللازمة لنمو وبقاء وانقسام الخلية، واللازمة لتمرير الصفات الوراثية من جيل إلى آخر[1].

ورغم أن مبادئ علم الوراثة ترجع إلى العصور القديمة، حيث عرف الناس أن الأبناء يشبهون أبائهم، سواء من حيث الشكل الجسدي الظاهري، أو من حيث السمات الشخصية الأخرى. إلا أن مفهوم الجين بصورته الحالية لم يعرف إلا في أواخر القرن التاسع عشر، على يد العالم النمساوي Gregor MENDEL، الذي أجرى عددا من التجارب الشهيرة للمزاوجة والتهجين بين النباتات ذات الصفات الوراثية المختلفة وخلص Mendel من هذه التجارب إلى أن الصفات الوراثية تورث بشكل منفصل، وأن المعلومات الوراثية تورث من جيل إلى جيل بواسطة نواقل أسماها في ذلك الحين بالعناصر، وهي ما تعرف بالجينات في عصرنا الحاضر. واعتقد العلماء في الماضي أيضا أن البروتينات مؤهلة أكثر من الـ ADN لحمل المعلومات الوراثية، إلا أن جميع محاولاتهم لتطبيق صفات المادة الوراثية على البروتينات قد فشلت. وخلال منتصف القرن الماضي بدأ عصر جديد في علم الوراثة، على يد العالمين Francis CRICK وJames WATSON، حين اتجهت الأنظار إلى الحامض النووي، بعد أن دلت التجارب العلمية على أنه قد يكون بالفعل هو المادة الوراثية، و استمرت الأبحاث في علم الوراثة إلى غاية الانتهاء من إعداد مشروع المجين البشري خلال سنة 2003، ولا تزال تحقق نتائجها المبهرة إلى غاية يومنا هذا[2].

إن الاكتشافات في مجال الطب البيولوجي، فتحت بما لا يدع مجالا للشك آفاق علاجية جديدة ونتائج علمية هائلة. إلا أنه بالمقابل أدت إلى وقوع أخطار، تنشأ عن التلاعب الوراثي وتغيير

---

[1] محمد بروجي الفقيه، تعريف الجينات ودورها، مداخلة تم إلقائها في الحلقة العلمية المنظمة من طرف اللجنة الوطنية السعودية للأخلاقيات الحيوية والطبية حول موضوع الجينات البشرية، بتاريخ 2003/10/01، منشورة في الموقع الالكتروني الخاص باللجنة، /http://bioethics.kacst.edu.sa

[2] عبد الباسط محمد الجمل، مروان عادل عبده، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، الجزء الأول، بصمة الحامض النووي المفهوم والتطبيق، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص 27.

خصوصيات السلاسة البشرية، لا يمكن السيطرة عليها أو التحكم فيها. والواقع أن البشرية جمعاء بحاجة اليوم إلى التأكيد على سلامة الجنس البشري من تلك الممارسات، عن طريق وضع إطار قانوني للأبحاث العلمية يقوم على مبدأ احترام كرامة الإنسان في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان.

من جانب آخر، تطرح الممارسات المنصبة على الجينات البشرية مسألة ذات أهمية جوهرية، تتعلق بجمع البيانات الوراثية ومعالجتها واستخدامها وحفظها، التي لم تعد تقتصر على البحوث التطبيقية في مجال الطب البيولوجي أو البحوث الوبائية، بل أصبحت لها عدة استخدامات في ميادين شتى، فتستخدم مثلا في الدراسات التاريخية والأثرية أو الدراسات الخاصة بالأنساب، التي تشهد رواجا في الوقت الراهن، ويستخدمها الطب الشرعي من أجل تحديد هوية الجثث مثلا، وتستخدمها المحاكم أيضا في القضايا الإدارية والمدنية والجنائية؛ مما يطرح إشكاليات تتعلق بالخصوصية والسرية الطبية وبراءات الاختراع والتمييز العنصري والهوية. وفي جميع الأحوال، ينبغي التمييز بين الغرض التشخيص الطبي والرعاية الصحية من جهة، وبين غرض البحث من جهة أخرى، نظرا لاختلاف الأحكام القانونية المطبقة عليهما، التي ينبغي أن تتفق في جميع الأحوال مع مبادئ أخلاقيات مهنة الطب وحقوق الإنسان والكرامة الإنسانية[1].

وعليه، يتعين تقسيم الفصل إلى مبحثين. يتم في المبحث الأول منه دراسة موضوع الأبحاث الطبية الماسة بالجنس البشري، أما المبحث الثاني يتم تخصيصه إلى الأبحاث الطبية الماسة بالبيانات الوراثية البشرية.

المبحث الأول
الأبحاث الطبية الماسة بالجنس البشري

إن الجوانب السلبية لتطبيقات لهندسة الوراثية على الكائن البشري كانت دائما مطروحة، أهمها مسألة تحسين الصفات الوراثية وتقويتها، التي تغذيها معتقدات انتقاء الجنس، والتمييز القائم على السمات الوراثية. كما طرحت الأبحاث الطبية الجينية، مسألة تغيير طريقة التكاثر لدى الإنسان عن طريق الاستنساخ، ما من شأنه المساس بطبيعة الجنس البشري.

[1] أنظر، اليونسكو، المذكرة التفسيرية للمشروع الأولي للإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، قسم أخلاقيات العلوم والتكنولوجيا، دار اليونسكو، باريس، بتاريخ 2003/06/06، رقم SHS/EST/03/CONF.203/4، ص 01.

لهذا السبب فرض مصطلح "الجنس البشري" نفسه في النظام القانوني بقوة، بحيث أصبح هذا الأخير من القيم المحمية قانونا، بالموازاة مع حماية الأشخاص أو الأفراد من أعمال العنف الجسدية أو المعنوية، وحماية المجموعات العرقية والإثنية من الإبادة المنظمة[1]. فقد أشارة المواثيق الدولية في ديباجتها على ضرورة حماية الجنس البشري، كإعلان اليونسكو بشأن العنصر والتحيز العنصري[2]، والإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان[3]. وكان التشريع الفرنسي الرائد في إدخال هذا المصطلح إلى النظام القانوني الداخلي، من خلال القانون المدني وكذا قانون العقوبات، الذي أضاف فصلا يتضمن الجرائم المرتكبة ضد الجنس البشري[4].

بيد أن مصطلح "الجنس البشري" الذي أدرج في النظام القانوني لا يزال غامضا، وأن القضاء لم يعرفه بعد، على خلاف الجرائم ضد الإنسانية، التي تم تعريفها في نصوص القانون الدولي[5]. لذا التجئ رجال القانون هذه المرة إلى ما توصل إليه علم الانثروبولوجيا والأحياء بخصوص السمات المشتركة للكائن البشري، التي خلصت أن جميع الناس الموجودين حاليا ينتمون إلى النوع الإنساني الحديث Homo sapiens، أي أنهم ينحدرون من أصل مشترك، وأن الاختلافات البيولوجية في الأعراق والمجموعات السكانية، ترجع إلى عوامل مختلفة منها الوراثة أو وتأثير البيئة. وتبعا لذلك، فإن جميع البشر يشتركون فيما بينهم بالمحتوى الوراثي والتركيبة العضوية والسمات الجسدية

---

[1] SEUVIC Jean-François، *Crimes contre l'espèce humaine, eugénisme, clonage reproductif, infractions complémentaires article 214-1 à 215-4 du Code pénal,* RSC, n° 4, 2004. p. 912.

[2] ورد في ديباجة الإعلان بأنه: "... واقتناعا منه بأن وحدة الجنس البشري في جوهره، وبالتالي المساواة الأصيلة بين جميع الناس وجميع الشعوب، اللتين يعترف بهما في أنبل صيغ الفلسفة والأخلاق والدين، تعكسان مثلا أعلى يتجه إلى الالتقاء عنده اليوم العلم والأخلاق..."، إعلان اليونسكو بشأن العنصر والتحيز العنصري بتاريخ 1978/11/27. حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع1 A.94.XIV-Vol.1, Part، ص 183.

[3] ورد في ديباجة الإعلان بأن: "المنظمة تسعى لتحقيق الصالح المشترك للجنس البشري".

[4] في الوقت الذي لا يزال الجدل قائما بخصوص إعطاء تكييف قانوني لبعض المفاهيم، كالمضغ البشرية المستكنة خارج الرحم، قام المشرع الفرنسي بإدخال بعض المصطلحات الجديدة ضمن المنظومة القانونية، كالجنس البشري والكائن البشري، التي فرضتها التطورات الطبية والبيولوجية الحديثة. وقد حاول الفقه إعطاء تكييف قانوني لها، فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الجنس البشري يدخل ضمن طائفة الأشياء المشتركة للبشرية، في حين ذهب رأي آخر يمثله الأستاذ Xavier LABBEE إلى اعتباره من الأشخاص المعنوية الجدير بالحماية القانونية. وقد حاول الفريقين التقيد التقسيم التقليدي الذي لا يزال يخيم على القانون المدني بين الأشياء والأشخاص (*summa divisio*). إلا أن تلك المحاولات تعرضت للنقد. لمزيد من التفاصيل حول تلك النظريات، أنظر،

PEIS-HITIER Marie-Pierre، *Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine*, Recueil Dalloz, 2005, p. 865 ; LABBEE Xavier، *Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine*, Recueil Dalloz, 1999, p. 437.

[5] عبد القادر البقيرات، مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 27.

والذهنية المعروفة، التي تكفي لفرز النوع البشري وتمييزه عن غيره من الكائنات الحية الأخرى كالحيوانات[1].

أما في منظور الدين الإسلامي، فإن مصطلح الجنس البشري يشير أيضا إلى السلالة البشرية، بحيث ورد في النص القرآني أن الله تعالى خلق الإنسان في أحسن تقويم وأفضل هيئة، وميزه عن غيره من المخلوقات في الصفات، ثم نفخ فيه من روحه. وجاء في القرآن الكريم أيضا أن الله خلق آدم عليه السلام من طين، ثم خلق زوجه وأهبطهما إلى الأرض ومنهما تناسل البشر وتعددت أجناسهم. بحيث قال – تعالى– : ﴿الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الإنسان مِنْ طِينٍ ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ ثُمَّ -سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَا تَشْكُرُونَ﴾[2]، وقال أيضا:﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾[3] ، وقال رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم في الحديث الشريف: "كلكم بنو آدم، وآدم خلق من تراب"[4].

ولما كانت الأبحاث الجينية المتعلقة بالاستنساخ التكاثري والتعديل الوراثي للنسل، من أهم الممارسات الطبية الحديثة التي تمس الجنس البشري، فإنه يتعين التطرق إليها من خلال مطلبين، يخصص المطلب الأول لدراسة موضوع الاستنساخ البشري التكاثري. على أن يتم في المبحث الثاني دراسة الأبحاث الطبية الوراثية المتعلقة بتحسين النسل البشري.

المطلب الأول
الاستنساخ البشري التكاثري

يعد موضوع الاستنساخ ومن المواضيع الجديدة التي أفرزتها الثورة البيولوجية الجزيئية، وتهدف تلك التقنيات إلى توليد كائن مماثل قابل للحياة دون الحاجة للاتصال جنسي، وقد صاحب تلك الاكتشافات تخوف وقلق شديدين من جانب العلماء ورجال الدين والفلاسفة حول امتداده للكائن البشري.

---

[1] PUTALLAZ François-Xavier, SALAMOLARD Michel, *Le sens de l'homme : au coeur de la bioéthique*, éd. Saint-Augustin, Saint-Maurice, 2006, p. 104.

[2] سورة السجدة، الآية 07.

[3] سورة الحجرات، الآية 13.

[4] رواه الترمذي، وصححه الألباني بسند صحيح عن جابر بن عبد الله- رضي الله عنه، أنظر، محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف، الرياض، 1995، حديث رقم 3700.

وازداد هذا الذعر إثر إعلان فريق من العلماء باسكتلندا عن استنساخ النعجة دولي، ومرده أن الإنسان ينتمي إلى نفس مجموعة الثديات والفقريات تماما كالنعجة المستنسخة، فطريقة التناسل شبيهة بفصيلة هذا الحيوان، ما يفتح المجال إلى إمكانية استنساخ الإنسان بنفس الوسائل التقنية التي استعملت للحصول على النعجة دولي. ومن أجل مناقشة موضوع الاستنساخ البشري، يستلزم أولا تحديد مفهوم الاستنساخ البشري، ثم التطرق لأهم القضايا الأخلاقية التي يثيرها الاستنساخ، وأخيرا إلى موقف القوانين من عملية الاستنساخ التكاثري.

الفرع الأول
مفهوم الاستنساخ البشري

الاستنساخ في الأصل ظاهرة بيولوجية، أصبحت محل اهتمام من طرف القانون، لكل هل يوجد فرق بين المعنى البيولوجي للاستنساخ والمعنى القانوني؟ وكيف تحدث تلك الظاهرة في الطبيعة والمختبر، وما هي أنواعها؟ وكيف تطورت حتى أصبحت محل جدل؟ وللإجابة عن تلك التساؤلات. يتعين أولا تعريف الاستنساخ، ثم التطرق إلى تطوره التاريخي، ثم تحديد أنواعه.

أولا: تعريف الاستنساخ.

استخدم مصطلح "الاستنساخ" أو "الاستنسال" في الأصل أوائل القرن العشرين من طرف علماء البيولوجية. غير أنه يدخل قاموس المصطلحات القانونية سوى مؤخرا، وأن المصطلح الفرنسي Clonage أو الإنجليزية Cloning الذي اختير للتعبير عنه، هو مصطلح مشتق من اللغة الإغريقية كلون Klon، بمعنى "غصين" أو البرعم الوليد[1]، لذا فإن البعض يستخدم لفظ التناسل للدلالة على منعاه[2]. ولتحديد مدلول الاستنساخ، يتعين التطرق أولا إلى تحديد المعنى البيولوجي، ثم المعنى القانوني للمصطلح.

---

[1] سيزاوري علي الموسوي، الاستنساخ بين التقنية والتشريع، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 1998، ص 08.

[2] يوجد في القران الكريم إشارات إلى معنى الاستنساخ و التنسيل، خاصة في الآيات التي تتحدث عن خلق الإنسان وتطوره وإحيائه بعد موته، من بينها قوله–تعالى–: ﴿فَإِذَا هُم مِّنَ الْأَجْدَاثِ إِلَى رَبِّهِمْ يَنسِلُونَ﴾ سورة يس، الآية 51. وقوله أيضا: ﴿إِنَّا كُنَّا نَسْتَنسِخُ ما كنتم تَعْمَلُونَ﴾ سورة الجاثية، الآية 29.

1- المعنى البيولوجي للاستنساخ.

تعني كلمة استنساخ عند علماء الأحياء، "تخليق نسخه جينية لخلايا أو أنسجة أو لكائنات نباتية أو حيوانية أو بشرية، مطابقة للنسخة الجينية الأصلية. ويتم ذلك بالاستعمال الصناعي أو بفعل الطبيعة". ويستنتج من ذلك أولا، أن الاستنساخ يعد طريقة من طرق التكاثر البدائية، وهو موجود في الحياة الطبيعية، ومثال على ذلك تكاثر النباتات لا جنسيا، بحيث يمكنها أن تنتج نسخا من أصولها. وتتكاثر بهذه الطريقة أيضا الكائنات الأولية وحيدة الخلية، مثل البكتيريا التي ظهر إلى الوجود عن طريق عملية الانشطار[1]، وكذلك الحال بالنسبة لبعض الحشرات كاليرقات التي تتكاثر بطريقة عذرية أي دون تلقيح جنسي، وتنتج كائنات مستنسخة تتطابق في الشكل والصفات[2]. ويمكن للبويضات غير المخصبة لهذه الحيوانات تحت ظروف معينه في الطبيعة أن تنمو لتكون الحيوان الكامل وبذلك تعتبر نسخة "Clone" من الأنثى التي وضعت البويضات[3]. وعندما ظهرت الكائنات الأكثر رقيا، بدأت الحاجة إلى طريقة أخرى للتكاثر أكثر تطورا، وهذه الطريقة هي طريقة التزاوج بين الذكر والأنثى، والتي تعد الطريقة الكلاسيكية للتكاثر[4].

---

[1] منظمة الصحة العالمية، استنساخ البشر لأغراض الإنجاب: حالة النقاش الدائر في الجمعية العامة للأمم المتحدة، وثيقة معلومات، بتاريخ 2004/12/16، تحت رقم EB115/INF/. DOC. /2.

[2] Reproduction asexuée : « Création d'organismes à partir d'un organisme parental unique, par scissiparité, bourgeonnement, etc... sans apport de matériel génétique nouveau. Tous les organismes obtenus par reproduction asexuée d'un organisme particulier ont un ensemble de gènes identiques dans le noyau de leurs cellules : ils forment un clone. Ils peuvent néanmoins présenter des variations de forme et de propriété du fait de phénomènes encore souvent mal connus, telles les variations soma clonales dans le monde végétal. », Avis du comité consultatif national d'éthique n° 54 du 22 avril 1997, réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif.

[3] Clone : « A l'origine, terme employé en microbiologie et en biologie cellulaire désignant l'ensemble des cellules dérivées d'une cellule mère unique, et de ce fait génétiquement identiques à elle.
Un gène intégré par génie génétique dans une cellule mère se retrouve dans toutes les cellules filles et est donc lui-même cloné (clonage d'un gène). En étendant encore plus le sens du terme, on parle de clonage pour désigner la production à l'état pur de macromolécules identiques (par exemple anticorps monoclonaux) codées par le même gène. Enfin, on parle de clone pour l'ensemble des organismes dérivés d'un organisme unique et possédant tous un ensemble identique de gènes dans le noyau de leurs cellules. Selon les cas, les déterminants de l'hérédité cytoplasmique (c'est-à-dire le génome mitochondrial chez les animaux) des différents individus formant un clone peuvent être identiques ou différents. ».
Clonage : « Appliqué à un organisme, le clonage consiste à produire un ou une population d'individus possédant dans le noyau de leurs cellules un ensemble de gènes identiques à celui de l'organisme à partir duquel le clonage a été réalisé. », Avis du (CCNE) n° 54 du 22 avril 1997, précité.

[4] Reproduction sexuée : « Formation d'organismes à partir de deux parents, l'un mâle et l'autre femelle, dont les matériels génétiques se trouvent mélangés au hasard, de sorte quelles descendants sont génétiquement tous différents, à l'exception des jumeaux vrais (monozygotes). », Avis du (CCNE) n° 54 du 22 avril 1997, précité.

ومن ناحية أخرى، يعتبر الاستنساخ عملية مختبرية جديدة، فقد استعملت تلك التقنيات من طرف علماء البيولوجية الخلوية أوائل القرن العشرين في مجال تطعيم النباتات، ثم انتقلت للعضويات الدقيقة، وفي السبعينات أصبحت تستعمل كلمة الاستنساخ تعني كل نسخة وراثية لأي خلية أو نسيج أو كائن حي يتم الحصول عليه اصطناعيا[1].

2- المعنى القانوني للاستنساخ.

لا يوجد في التشريع الجزائري تعريف للاستنساخ البشري، حيث يلاحظ مثلا بأن التعليمة الصادرة عن وزارة الصحة والسكان بتاريخ 2001/05/12 تحت رقم 300 المتعلقة بالممارسات السريرية والبيولوجية الحسنة للمساعدة الطبية على الإنجاب جاءت خالية من أي تعريف للاستنساخ البشري[2]، وحتى المشروع التمهيدي للقانون المتعلق بالصحة عندما نظم طرق المساعدة الطبية على الإنجاب والأبحاث البيوطبية لم يعطي تعريفا للاستنساخ[3]. ولعل من التعريفات القانونية الدقيقة للاستنساخ، التي جاء بها قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المؤرخ في 1997/07/03 المتعلق بالاستنساخ البشري الذي عرفه بأنه: "توليد كائن حي أو أكثر، إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بييضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء"[4]. وقد عرفه قرار البرلمان الأوربي المؤرخ في 2001/05/07 المتعلق باستنساخ الكائنات البشرية بأنه: "تخليق مضغة بشرية تحتوي على نفس التركيبة الوراثية لكائن بشري أخر سواء كان هذا الأخير حيا أو ميتا، وفي أية مرحلة من مراحل التطور، دون التمييز في الطرق العلمية المستعملة"[5]، ويستنتج من خلال التعرف بأن القرار أراد وضع حد للتفرقة بين استنساخ المضغ البشرية لأغراض علاجية أو لغرض التوالد البشري التي كانت تدعمه بعض

---

[1] لأكثر تفاصيل حول تطبيقات علم الجينومات المختبرية في النباتات والحيوانات وعند الإنسان، أنظر، بيتر هـ. ريفن، جورج ب. جونسون، جوناثان ب. لوسوس، كينيث أ. ماسون، سوزان ر. سنجر، علم الأحياء، سلسلة الكتب الجامعية المترجمة – العلوم الأساسية، العبيكان، المملكة العربية السعودية، 2014، ص 366.

[2] Ministère de la santé et de la population, Instruction n° 300 du 12/05/2001, *fixant les bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation*.

[3] أنظر، الأحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، المنوه عليها في المادة 387 وما يليها من المشروع التمهيدي المتعلق بقانون الصحة.

[4] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المتعلق بالاستنساخ البشري، المؤتمر العاشر، مدينة جدة بين 1997/06/28 و1997/07/03، تحت رقم: 94 (10/2).

[5] « Considérant qu'il définit le clonage humain comme la création d'embryons humains dotés de la même constitution génétique qu'un autre être humain, vivant ou décédé, à un stade quelconque de leur développement sans distinction possible concernant la méthode utilisée. » Résolution du Parlement européen n° B5-0710, n° 0751, n° 0753 et n° 0764/2000 du 7 mai 2001, *sur le clonage des êtres humains*, (JOCE n° C 135, 7 mai 2001).

الدول مثل بريطانيا[1]. وعرفته اللجنة الوطنية التونسية للأخلاقيات الطبية بأنه: "إنجاب لا جنسي لمضغات بشرية"[2].

أما الفقه فقد عرفه بأنه: "أخذ نواة خلية جسدية من مخلوق حي تحتوي على جميع المورثات وزرعها في بويضة مفرغة من مورثاتها ليتولد الجنين مطابق لما في صفاته مع صاحب الخلية"[3]، وبالتالي فإن العلماء يطلعون من خلال هذه التجارب في المستقبل إلى نقل الخلية الناضجة إلى بويضة تم تفريغها من نواتها ويكون اندماجها بشحنة كهربائية أو أي مؤثر آخر حتى نتحصل على البويضة المخصبة التي من المنتظر أن تنقسم وتنقل إلى الرحم المرأة لتواصل الحمل ثم ولادة الإنسان الذي يحمل نفس مواصفات النواة الخلية الناضجة المطابقة للأصل، فالمرأة بهذه التكنولوجيا تلد دون أي تدخل جنسي من الرجل بانتفاء مادته من المني، والجنين قد يأتي من مادتها هي فحسب من نواة خليتها الجسدية، حيث يتجمع الحامض النووي والجينات والكروموزوم أي الصبغيات التي تمثل إرثها البيولوجي[4]. لكن قبل أن يتمكن العلماء من استنساخ الثديات فإن عملية الاستنساخ مرت بعدة مراحل بالمختبرات.

ثانيا: التطور التاريخي للاستنساخ.

يمكن التفرقة بين مرحلتين هامتين التي مرت بها التجارب العلمية للاستنساخ على الكائنات الحية في المختبر. الأولى، تتمثل في استنساخ بعض أنواع اللافقريات. أما المرحلة الثانية، بدأت بالقفزة العلمية المتمثلة في نجاح العلماء من استنساخ الثدييات.

1- المرحلة الأولى.

بدأ أول عهد الاستنساخ في عام 1956 على يد البيولوجيين Francis CRICK و James WATSON من جامعة فيلادلفيا بالولايات المتحدة الأمريكية. وكان الاستنساخ الطبيعي معروفا لدى العلميين في بعض أنواع اللافقاريات. فعندما تنقطع دودة الأرض مثلا إلى قسمين فإن كل قسم يمكن أن يتحول إلى دودة كاملة. ولكن استنساخ الفقاريات عن طريق التدخل البشري كان يبدو بالغ التعقيد. وقرر

[1] CAYLA Jean-Simon, *Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe*, RDSS, 1998, p.283.

[2] اللجنة الوطنية التونسية للأخلاقيات الطبية، رأي حول الاستنساخ العلاجي، بتاريخ 2002/07/05، تحت رقم 05.

[3] محمد صادق محمد، شريعة الاستنساخ، بيت العلم للنابهين، بيروت، 2012، ص 25.

[4] سمية بيدوح، فلسفة الجسد، دار التنوير للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 2009، ص 68.

العالمين المذكورين اختبار ذلك على أنواع الضفدع، فبدأ باستخدام أسلوب "نقل نواة الخلية الجسدية". وأول من نظر لهذا الأسلوب عالم الأجنة الألماني Hans SPEMANN في الثلاثينات وكان يقوم باختبارات على السمندل من صنف الضفدعيات. وقوام هذه العملية استئصال نواة خلية جسدية وإقحام هذه النواة في خلية بيضية غير مخصبة مستأصلة النواة[1].

فتبدأ النواة المزدرعة على هذا النحو بالانقسام والتكاثر كما في أي خلية عادية، مع الاحتفاظ بهويتها الوراثية الفريدة. وعندما نجح العالمان Riggs وKing لأول مرة في استنساخ الشراغيف يرقات الضفادع، نقلا نويات خلايا جنينية و غرسها في بويضات منزوعة النواة. ولكنهما عندما استخدما نويات آتية من خلايا أكثر تطورا، انخفض معدل الأجنة المزدرعة النويات التي بقية حية. وهذا يعني أن الأجنة عندما تنتقل في نموها إلى مرحلة التمايز الخلوي، يطرأ على جيناتها تعديل لا رجعة فيه بحيث يتعذر تنشيطها من جديد. وإذا صدق هذا الأمر فإنه يستحيل التوصل إلى خلق نسيلة تكون نسخة وراثية طبق الأصل من حيوان مكتمل على طريق استخدام إحدى الخلايا الجسدية للحيوان المعني. ولم تنقض هذه النظرية إلا في السبعينات عندما نجح البيولوجي البريطاني John GURDON في استنسال شرغوف انطلاقا من خلية جسدية، مبرهنا بذلك أن بالإمكان بعث النشاط من جديد في جنين في مرحلة متقدمة من نموه، أو في الخلايا المتمايزة، والتوصل من ثم إلى إنتاج حياة جديدة[2].

2- المرحلة الثانية.

واصل العلماء البيولوجية الجزيئية اختباراتهم العلمية إلى أن تغير فجأة في أوائل عام 1997 عندما أعلن فريق أسكتلندي ولادة النعجة Dolly، وهي حمل مستنسخ من نعجة بالغة، وبدأ فاتحة عهد جديد في عالم الطب الإحيائي لا تحصى نتائجه. وكانت ولادة Dolly نتيجة بحوث في الهندسة البيطرية قام بها الدكتور Ian WILMUT وزملائه في معهد روسلين، ناسفين نهائيا الاعتقاد بأن خلايا الحيوانات

[1] اليونيسكو، الاستنسال قضايا أخلاقية، شعبة أخلاقيات البيولوجيا، وثيقة تحت رقم SHS-2006/WS/19، 2004، ص 08.

[2] غير أن تحقيق الإنجاز ذاته على الثدييات كان يبدو إذاك بعيد المنال نظرا لأن استنساخ حيوان ثديي يحتاج إلى عمليات تقنية معقدة بكثير مما تستلزمه البرمائيات. فجمع بيوضات الحيوانات الثديية أشق من جمع بيوضات الضفدع لأنها أقل عددا بكثير ويحتاج استئصالها إلى عملية باضعة. ثم يتعين غرس الأجنة المستنسخة في الرحم وأن يسفر ذلك على حمل يفضي في النهاية إلى ولادة نسيلة حيوان ثدي. لذلك ظلت مسألة استنسال أنواع حيوانية أكثر تركيبا، مثل الثدييات، تبدو لسنوات عديدة من الاحتمالات البعيدة وبقي الاهتمام بها منحصرا في حدود المجتمع العلمي وحد، الاستنسال البشري. مقتبس من، اليونيسكو، الاستنسال قضايا أخلاقية، المرجع السابق، ص 09.

الثديية المكتملة لا يمكن استخدامها في استنسال نسخة وراثية. وقد استخدم فريق ويلموت في ادنبرغ صيغة من تقنية Riggs وKing التي حسنها فيما بعد البيولوجي البريطاني John GURDON[1].

ومنذ ولادة دوللي أسفرت عمليات استنسال عدة أنواع من الحيوانات الثديية عن ولادات عدة من خنازير وغنم وبقر وهرر وقوارض. كما ولدت نسيلة بغل الذي يكون في الأحوال العادية عقيما ولكن الباحثين لا يزالون بعيدين عن ضبط نتائج هذه العمليات، فمعدل النجاح في إنتاج أجنة مستنسخة ترتهن بنوع الجنين وصنف الخلايا المستخدمة، ولكنها تظل إجمالا منخفضة جدا. وحتى عندما تنجح التجارب في إنتاج نسيلة حية، فإن الحيوان المستنسخ كثيرا ما يكون مصابا بعاهات وعيوب مختلفة منها مثلا ما يعرف بمتلازمة تضخم النسل التي تتمثل في ضخامة حجم الحيوان المستنسخ، إلى حد تتعذر معه الولادة بشكل طبيعي، وفي نمو غير طبيعي للمشيمة[2]. وبذلك قد يختلط مفهوم الاستنساخ ببعض المفاهيم المشابهة.

ثالثا: بعض المفاهيم المشابهة للاستنساخ.

قد يختلط مدلول الاستنساخ ببعض المفاهيم المشابهة، أهمها مفهوم الخلق والتلقيح الصناعي، لذا يتعين تفريق مفهوم الاستنساخ عن تلك المفاهيم فيما يلي:

1- الاستنساخ والخلق.

الاستنساخ ليس بخلق كما يضن البعض، فما هو سوى عملية هندسية تتم على أشياء موجودة وحية، فالاستنساخ يعتمد في الأساس على خلية حية وبويضة ورحم، وكل ذلك من خلق الله

---

[1] استخدم فريق ويلموت لاستنساخ دوللي نواة خلية ثديية ساكنة أخذت من نعجة بيضاء من نوع فن دورست، والخلية الساكنة هي خلية توقفت عن الانقسام بعد حرمانها من المغذيات ثم زرعت هذه النواة عبر المنطقة الشفافة الواقية في خلية بيضية غير مخصبة مستأصلة النواة مأخوذة من نعجة إسكتلندية سوداء الوجه، وتم إدماجها في هيولى تلك البيوضة بمساعدة شحنة كهربائية لمدة دقيقة. وبعد محاولات كثيرة فاشلة، حصل الباحثون على خلية بيضية أخذت تنقسم بصورة عادية، فزرعوها في النعجة الإسكتلندية سوداء الوجه التي أخذت منها البيوضة أصلا. وبعد فترة حمل استمرت خمسة أشهر تقريبا، ولدت دوللي التي أثبتت الاختبارات الوراثية أنها نسخة بيولوجية. لأكثر تفاصيل حول الأساليب التقنية لاستنساخ الحيوان الثدي، أنظر، بيتر هـ. ريفن، جورج ب. جونسون، جوناثان ب. لوسوس، كينيث أ. ماسون، سوزان ر. سنجر، علم الأحياء، المرجع السابق، ص 376.

V. aussi, TOBELEM Gérard, BRIAND Pascale, *Biotechnologies : le droit de savoir*, éd. Eurotext, Paris, 1998, p.119.

[2] لأكثر تفاصيل، أنظر، عدنان عباس موسى، المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الاستنساخ، مجلة العلوم والسياسة، جامعة بغداد، كلية الحقوق، عدد 43، ص 80.

سبحانه وتعالى، ومن ثم فلا يستخدم الاستنساخ لخلق كائنات من عدم، فالاستنساخ عملية طباعة حيوية لجزء من الكائن الحي، ومن ثم فلا بد أن يحدث على المادة الوراثية الموجودة داخل نواة الخلية الكائن الحي وحدة، وبالتالي فإن عدم وجود المادة الوراثية يلغي علمية الاستنساخ من الأصل، فالعلماء لم ينجحوا في تخليق خلية حية، لذلك فإن، الفرق بعيد بين الخلق و التخليق[1].

وجاء في مجمع الفقه الإسلامي المشار إليه أعلاه، " ولا يخفى أن هذه العمليات وأمثالها لا تمثل خلقاً أو بعض خلق ، قال عز وجل: ﴿أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَابَهَ الخَلْقُ عَلَيْهِمْ قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الوَاحِدُ القَهَّار ُ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿أَفَرَأَيْتُم مَّا تُمْنُونَ أَأَنتُمْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ نَحْنُ قَدَّرْنَا بَيْنَكُمُ الْمَوْتَ وَمَا نَحْنُ بِمَسْبُوقِينَ عَلَى أَن نُّبَدِّلَ أَمْثَالَكُمْ وَنُنشِئَكُمْ فِي مَا لا تَعْلَمُونَ وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ النَّشْأَةَ الأُولَى فَلَوْلا تَذَكَّرُونَ﴾[3]، وقال سبحانه: ﴿أَوَلَمْ يَرَ الإنسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ وَضَرَبَ لَنَا مَثَلاً وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ مِنَ الشَّجَرِ الأَخْضَرِ نَارًا فَإِذَا أَنْتُمْ مِنْهُ تُوقِدُونَ أَوَلَيْسَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ بِقَادِرٍ عَلَى أَنْ يَخْلُقَ مِثْلَهُمْ بَلَى وَهُوَ الْخَلاقُ الْعَلِيمُ إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾"[4].

2- الاستنساخ والتلقيح الصناعي.

يعد أسلوب الاستنساخ تقنية علمية حديثة العهد بالمقارنة مع التلقيح الصناعي، غير أن كلاهما إخصاب بغير الطريق الطبيعي أي استبعاد الاتصال الجنسي ويحققان هدفا واحدا هو الإنجاب. ويختلف الاستنساخ عن التلقيح الصناعي في كون هذا الأخير يتم بين خليتين جنسيتين، أما الاستنساخ فيجرى بين خلية جسمية وأخرى جنسية أو بين خليتين جنسيتين. وبالتالي فإن الجنين الناتج عن تلقيح الخلايا الجنسية يكون حاملا لطاقم وراثي مجمله 46 صبغا، ناتج عن التحام 23 صبغا من الأب، و23 صبغا من الأم[5].

---

[1] أميرة عدلى أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 204.

[2] سورة الرعد، الآية 16.

[3] سورة الواقعة، الآية 58.

[4] سورة يس، الآية 77.

[5] زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، 2010، ص 30.

وتبعا لذلك، فإن جنس المولود وصفاته الخلقية كاملة تحدد بالتكاثر الاستنساخي مسبقا، من خلال معرفة أصل الخلية الجسدية، فإذا كانت من الرجل فالمولود بلا شك ذكر مطابق له، وإن كانت من أنثى فالمولود بلا شك أنثى مطابقة لها. أما التلقيح الصناعي، فلا يمكن التنبؤ بالصفات الوراثية ولا يتحدد الجنس إلا بتدخل الطبيب لانتقاء الحيامن التي تجمع صبغيات الذكورة أو الأنوثة، أو انتقاء صفات مرغوبة بالتدخل الوراثي. فضلا عن ذلك، فإن الإنجاب عن طريق التلقيح الصناعي يتم بين طرفين فأكثر، أما الاستنساخ فيمكن أن يجرى على طرف واحد وهي المرأة، حيث تؤخذ منها الخلية المميزة وتدمج مع البويضة ثم تزرع في رحمها، إلا أن كليهما يتفقان في إمكانية مشاركة طرفين أو أكثر في العملية[1].

وللتفرقة بين الاستنساخ الحيوي والتلقيح الصناعي أهمية بالنسبة إلى مناقشة تلك المواضيع من الناحية الدينية والأخلاقية، حيث يميل رجال الدين المسيحيون ومعظم المفكرين اللاهوتيين، وحتى المفكرين الأخلاقيين، إلى الجمع بين الاستنساخ الحيوي وتكنولوجيا الإخصاب حين يقومون بدراسة وتحليل هذا الموضوع ويبرر هؤلاء هذا الجمع، على أساس أن الاستنساخ الحيوي ما هو إلا صورة متطورة من تكنولوجيا الإخصاب. رغم أن الفرق بين أطفال الأنابيب والاستنساخ الحيوي فرق شاسع، إذ أن أطفال الأنابيب ما هو إلا نوع من التغلب على العقبات التي تقف في طريق المسار الطبيعي للحمل. في حين يذهب فريق آخر إلى الدمج بين الاستنساخ الحيوي وبين الهندسة الوراثية على أساس أن كليهما يتعلق بتغيير الرموز الوراثية وهذا أمر يثير قضايا أكثر عمقا من الناحية الفكرية والفلسفية والأخلاقية والاجتماعية والعقائدية[2].

رابعا: أنواع الاستنساخ البشري.

تصنف أنواع الاستنساخ، إما على أساس معيار الطريقة البيولوجية المستعملة من طرف العلماء، أو على أساس الهدف البيولوجي من الاستنساخ. ويتم فيما يأتي تناول التصنيفين، بدأ بالطريقة المستعملة ثم الهدف من عملية الاستنساخ.

---

[1] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 31.

[2] ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، المجلس الوطني الكويتي للثقافة والآداب، عالم المعرفة، الكويت، 1993، ص 184.

1- الطريقة العلمية المستعملة: (الاستنساخ بالتشطير، الاستنساخ بالنقل النووي).

يتم الاستنساخ بطريقتين: الأولى هي الاستنساخ بالتشطير أو الانقسام الجنيني، أما الثانية فتسمى طريقة النقل النووي. والطريقة الأولى تعد الأكثر فعالية والأسهل تطبيقا، وهي تقوم على إثارة ما يتم بصورة طبيعية عند الثدييات في حالة التوائم الحقيقية عندما ينقسم الجنين – الذي ما يزال في مرحلة البلاستوسيست – إلى جزأين في اللحظة التي ينفصل فيها عن قشرة البيضة التي تحيط به منذ لحظة التلقيح، بشكل اصطناعي في أنبوب الاختبار[1].

وبمعنى آخر، تقوم هذه الطريقة على الفصل الاصطناعي لخلايا البيوضة الملقحة في مرحلة ما قبل التمايز، ومن ثم تولد منها توائم متماثلة، بحيث يكون الجنين حاملا لصفات كل من الأب والأم، ويكون الهدف في هذه الحالة إنتاج عدة أجنة من جنين واحد. وقد تمكن العلماء في الحيوان إجراء فصل اصطناعي لأمثال هذه اللقائح، فتولدت منها توائم متماثلة، ولم يبلغ بعد عن حدوث مثل ذلك في الإنسان، وقد عد ذلك نوعا من الاستنساخ أو التنسيل، لأنه يولد نسخا أو نسائل متماثلة[2].

أما فيما يخص الاستنساخ عن طريق النقل النووي، فإنه يقوم على اقتطاع خلية من الكائن الذي يراد استنساخه ومن ثم نزع نواتها، وبعد ذلك زرع هذه النواة في بويضة غير ملقحة منزوعة النواة مقتطعة من كائن آخر. وفي حال ما إذا تم الاندماج بين النواة والبويضة بنجاح سيؤدي ذلك إلى تكوين جنين بعد ذلك يتم زرع هذا الجنين، لفترة زمنية معينة في المخبر، ثم يبدأ هذا الجنين بالنمو، وعندما يصل إلى طور البلاستوسيت يزرع في رحم أم حاضنة[3].

---

[1] فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، 2004، العدد الأول، ص 78.

[2] أظهرت التجارب التي أجريت في خمسينيات القرن العشرين، أن الخلية المفردة من نسيج متمايز كليا لنبات بالغ يمكن أن تنمو نباتا ناضج، والخلايا التي تتكون في المراحل المبكرة من التفلج في جنين الثدييات هي أيضا شاملة القدرة، وعندما تنقسم أجنة الثدييات بشكل طبيعي إلى اثنين، ينتج التوءم المتطابق، فإذا فصلت قطع البلاستيولا عن بعضها، فبإمكان أي من قطع البلاستيولا أن تكون فردا كاملا طبيعيا. وفي الواقع، استخدمت هذه الطريقة لإنتاج أطقم من 4 أو 8 أفراد متطابقين في التهجين التجاري لنوع معين من المواشي المهمة تجاريا. بيتر هـ. ريفن، جورج ب. جونسون، جوناثان ب. لوسوس، كينيث أ. ماسون، سوزان ر. سنجر، علم الأحياء، المرجع السابق، ص 376.

[3] فواز صالح، المرجع السابق، ص 79.

2- الهدف البيولوجي: (الاستنساخ التكاثري، الاستنساخ العلاجي).

يميز الباحثون أيضا من حيث الهدف البيولوجي، بين الاستنساخ العلاجي والاستنساخ التكاثري. ويهدف الاستنساخ التناسلي إلى تخليق كائنات بأكملها متطابقة جينيا مع الأصل، فهو طريقة للتكاثر الاصطناعي غير الجنسي، يتم دون الحاجة إلى أمشاج، بحيث يحل الاندماج في الاستنساخ محل التلقيح في التكاثر الجنسي، الغاية منه الحصول على بويضة مخصبة، بحيث يكون الكائن المستنسخ نسخة وراثية طبق الأصل تقريبا عن والد فرد، حيث أن 0،05 إلى 0،1 في المائة من الجينات تحملها بنا موجودة في هيولى الخلية مثل المتقدرات، وليس تركيبة وراثية عشوائية من الوالدين. وتجدر الإشارة إلى أن البويضة تؤدي دورا أساسيا في هذه الطريقة، وذلك أنها الخلية الوحيدة التي يحتوي فيها السيتوبلاسما على العناصر القادرة على إعادة تأسيس النواة، أي إعطائها القدرة على استخدام كامل مخزونها الوراثي كي تشكل خلية قادرة على التمايز وتعد أصلا لكائن جديد[1].

ويهدف هذا الاستنساخ العلاجي إلى تخليق المضغ عن طريق نقل نوى الخلايا الجسمية لتحقيق أغراض علمية أو طبية بحتة، ويستخدم كوسيلة لتخليق خلايا جذعية من الأجنة البشرية، من أجل الدراسات العلمية وربما لأغراض العلاج فيما بعد[2]. فما أن تصل المضغ البشرية المستنسخة مرحلة الكيسة الأريمية أي قرابة خمسة أيام بعد الإخصاب، تتم إزالة كتلة الخلية الداخلية التي تستخلص منها سلالات الخلايا الجذعية مما يتلف المضغ أو الأجنة[3]. وتتصف خلايا المنشأ بأنها تتمتع بالقدرة على التمايز والتحول، حيث تستطيع أن تتمايز إلى خلايا أنسجة متنوعة. والغاية من ذلك هو معالجة بعض الأمراض الخطيرة التي يمكن أن يعاني منها معطي الخلية الجسدية[4].

---

[1] اليونسكو، الاستنسال البشري، المرجع السابق، ص 07.

[2] عرفت اللجنة الوطنية التونسية للأخلاقيات الطبية في رأيها المؤرخ في 2002/07/05 تحت رقم 05 المتعلق بالاستنساخ العلاجي هذا الأخير بأنه: "نقل خلية جسدية إلى بيضة خلوية استؤصلت نواتها". ويتعلق الأمر بمضغات ناتجة عن نقل خلية جسدية إلى بيضة خلوية استؤصلت نواتها. فالهدف من هذا النقل هو إذن إحداث مضغة وانتزاع بلاستولاتها الخلوية منها لأغراض علاجية، ولا يمكن بالتالي أن يؤدي إلى ولادة.

[3] بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2012، ص 91.

[4] ففي الاستنساخ العلاجي، يتم تفكيك الجنين في مرحلة مبكرة، وذلك لتصنيع خلايا جذعية جنينية، لهذا أثارت أبحاث الخلايا الجذعية موضوعات أخلاقية كبيرة. حيث يتم التطرق للقضايا التي يطرحها إجراء البحوث في مجال الخلايا الجذعية الجنينية، والجدل الحاصل بين من يعارضون الإجهاض وإتلاف الأجنة البشرية، وبين المؤيدين لإجراء الأبحاث الطبية على الخلايا الجذعية، في الفصل الثاني المخصص للأعمال الطبية المرتبطة بالمواد التناسلية البشرية.

ويفهم مما سبق بأن الاستنساخ يعد ظاهرة بيولوجية طبيعية في الأصل، لكن العلماء طوروا في المخابر تقنيات النقل النووي من الخلايا من أجل الحصول على كائنات حية متماثلة جينيا، وأرادوا تطبيقها على الإنسان، ما أثار عدة قضايا أخلاقية كبيرة تمس الكرامة الإنسانية.

الفرع الثاني
القضايا الأخلاقية التي يثيرها الاستنساخ التكاثري

إن الاستنساخ الذي يهدف إلى توليد نسخة وراثية لطفل بشري، يطرح معضلات أخلاقية لا حصر لها، تضاربت وجهات النظر بشأنها. أهمها مسألة الهوية البشرية والتنوع البيولوجي، ومسألة تواصل الأجيال، ومسألة الأسرة والتناسل والأمن التقني الطبي، وفي عمق النقاش الدائر حول الاستنساخ التناسلي، نشأ التفكير في الكرامة الإنسانية وفي الجوهر المشكل لماهية الإنسان.

أولا: مسألة الهوية والتنوع البيولوجي للجنس البشري.

تعتبر مسألة الهوية البشرية والتنوع البيولوجي للكائن البشري، من بين أهم المعضلات الأخلاقية التي يطرحها الاستنساخ التكاثري، وبحسب الرأي المؤيد للاستنساخ، فإن هذا الأخير يساعد على تطوير بنية الإنسان وتحسين السلالات، مما ينعكس بالإيجاب على البشرية. وعلى العكس من ذلك تماما يرى الفريق المعارض بأن الاستنساخ يؤدي إلى تغيير طبيعة الجنس البشري ويؤثر على مقومات التوازن الطبيعي للحياة.

1- المحافظة على وجود السلالات البشرية وتحسينها.

يرى أنصار هذا الرأي أن تجارب الاستنساخ لا تستدعي القلق، لأنها ببساطة لم تأتي بجديد بل هي استكشاف لأسرار الإنسان. ويؤكد المؤيدون لتكنولوجيا الاستنساخ، بأن هذا الأخير لا يؤدي إلى اختلال النظام الإنساني القائم والتنوع والاختلاف، ولا يعد من قبيل تشويه الخلق، بل بالعكس فبفضل الاستنساخ يمكن الحصول على أشخاص يحملون صفات وراثية تجعلهم مؤهلين لتأدية أعمال بعينها. كما يساعد على إنقاذ الأعراق المهددة بالانقراض، ويتيح الفرصة أيضا لتحسين السلالات البشرية وذلك عن

طريق التعديل في المكونات الوراثية وتحسينها وتدعيمها بالصورة المثلى التي يطمح الوالدين إلى رؤيتها في أولادهم، وبصفة عامة إحكام السيطرة على الإنسان[1].

بالإضافة إلى ذلك، يمكن لهذه العملية أن تجنبنا انتظار طويلا من أجل الحصول على شخص يحمل أحد صفات العباقرة، بمعنى إننا لو حاولنا عن طريق الإخصاب الصناعي أو أطفال الأنابيب الحصول على نسخة طبق الأصل من أحد العباقرة، فإننا سوف ننتظر طويلا للتأكد من النتائج، كما أننا معرضون لتدخل مورثات الأم الحامل للجنين، مما قد يضيع المزايا الموجودة في هذه الصفة من الأشخاص الذي أردنا الحصول على نسخة منهم، أما الاستنساخ الحيوي فهو دون شك سيعطيننا النتيجة المطلوبة بسرعة أكبر[2].

2- تغيير طبيعة الجنس البشري والإخلال بمقومات التوازن الطبيعي للحياة.

يرى المعارضون لتكنولوجيا الاستنساخ البشري أن هذا الأخير سوف يخل لا محالة بالتوازن الحيوي للبشرية، ويفسد قانون الكائنات الحية المطرد منذ ملايين السنين على التوازن بين الموت والحياة، بما يمكن الأرض من أن تستمر مهادا صالحا لعيش الإنسان، فيأتي الاستنساخ ليخل بهذا التوازن فتكون المفسدة المحققة. وأضافوا بأن الاستنساخ يلغي واحدة من أهم خصائص المادة الوراثية للإنسان، وهي القدرة على إحداث التباين بين الأفراد ليصبح كل منهم فريدا ومتميزا بشخصيته بين كافة البشر، لكي يظل احتياج البشر لبعضهم قائما، إن هذا الاختلاف من مقومات عمارة الكون وتوازنه واستمراره. كما ذهبوا إلى أن الاستنساخ سوف يلغي دور الأب في عملية التناسل البشري، ويغير الفطرة الإنسانية، لأن الخلية هي التي تتحكم في جنس المولود ذكرا كان أم أنثى. وخلصوا بأن الاستنساخ بقضي كذلك على التفرد الوراثي للكائن البشري، فالشخص المستنسخ سوف يكون فاقد بالضرورة لأحاسيس التفرد، ولمعاني التميز الوراثي مقارنة بالآخرين[3].

ويؤكدون أيضا بأن الضوابط الأخلاقية والاجتماعية تفرض وجودها لاحترام الذات البشرية، إذ لا يمكن أن تسمح لنا القيم الأخلاقية الإنسانية المتأصلة في هويتنا وكياننا بإجراء مثل هذه التجارب

---

[1] عادل عوض، الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 131.

[2] وهو ما ذهب إليه عالم البيولوجيا الجزيئية والذكاء الاصطناعي الأمريكي Joshua LEDERBERG، أشارت إليه، ناهدة البقصمي، المرجع السابق، ص 193.

[3] DE MONTERA Béatrice, *la génétique et l'illusion d'immortalité*, in « Vers la fin de l'homme ? », sous la direction de Christian HERVE et Jacques J-ROZENBERG, éd. De Boeck Université, Bruxelles, 2006, p. 114.

على الإنسان، وحتى لو تحققت فكرة استنساخ البشري فإنها تؤدي إلى النهاية إلى تخليق كائنات ممسوخة مشوهة في وقت يطالب البعض بدعم طرق تحسين النسل الذي لا مكان له للمشوهين والممسوخين[1].

والحقيقة أن الاستنساخ يلغي فعلا واحدة من أهم الخصائص التي خص بها الخالق سبحانه وتعالى المادة الوراثية، وهي القدرة على إحداث التباين بين الأفراد ليصبح كل منهم فريدا ومتميزا بين كافة البشر، وبالتالي فإنه يحدث اضطراب كبير في الهوية البشرية.

ثانيا: المسائل المتصلة بالأسرة والتناسل.

هناك من يرى أن الاستنساخ يحقق الحق في الإنجاب الذي يعتبر من الحقوق الطبيعية للإنسان، في حين يرى المعارضون لفكرة الاستنساخ، بأنه يقوض فكرة التناسل البشري والزواج ويخل بدور مؤسسة الأسرة في المجتمع.

1- حق الإنسان في الإنجاب.

هناك من يرى أن الإنجاب حق من حقوق الإنسان الطبيعية، فالإنسان خلق ليعمر الأرض، فلا مانع أن يحاول الحصول على هذا الحق بشتى السبل، وأن يستعين بكل الوسائل الممكنة التي تيسر له ذلك، والاستنساخ قد يكون هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب بالنسبة لعديد من الأفراد المحرومين من الإنجاب بالطريق الطبيعي. كالزوجين المصابين بالعقم ولا يصلحان لأطفال الأنابيب، أو سنهما لا يسمح بالإنجاب أو الزوجين المصابين بمرض وراثي يحتمل انتقاله للأبناء[2].

---

[1] سمية بيدوح، المرجع السابق، ص 64.

[2] وفي هذا الإطار، يؤكد العالم البريطاني John GURDON الحاصل على جائزة نوبل للطب، بأن العالم سوف يتقبل استنساخ البشر خلال نصف قرن. ورغم أن عالم البيولوجيا لم يبدي مخاوف حول الجدل المتصاعد بشأن القيم الأخلاقية عند قبول فكرة استنساخ البشر، لكنه دعم أعماله الريادية على الخلايا الجذعية، وقال: "إن الناس سيتغلبون على مخاوفهم في النهاية، ويقرون بالفائدة الطبية ويتخلون عن المحاذير الأخلاقية"، وشبه غوردون في تصريحات استنساخ البشر بأطفال الأنابيب، مؤكدا أنها لم تكن مقبولة كتقنية أخلاقية قبل ولادة أول طفل عن طريق الإخصاب في المختبر عام 1978. وأفاد بأن استنساخ إنسان يعني عمليا تكوين توأم، أي أن الطفل الأول خلق أما الثاني فهو نتيجة استنساخ لطبيعة موجودة أصلا، وذلك باستخدام بويضات الأم وخلايا الجلد من الطفل الأول، وبذلك قد يستفيد الآباء الذين فقدوا أطفالهم من استنساخهم. جريدة البيان الالكترونية، الاستنساخ البشري ممكن بعد 50 عام، بتاريخ 2012/12/19، نقلا عن صحفية التلغراف البريطانية، http://www.albayan.ae/

ويكرس الاستنساخ أيضا الحق في إنجاب طفل ينتسب بيولوجيا لأحد أبويه. حيث يمكن الاستنساخ الأزواج الذين يعانون من مشكلات لعملية التخصيب طبيعيا من أن ينجبوا أبناء بيولوجيين من نسلهم، فإن لم يتمكن الإنسان – لسبب ما – من إفراز حيوانات منوية سليمة، فإن الاستنساخ في هذه الحالة يسمح له بأن ينجب طفلا بيولوجيا من نسله. بالإضافة إلى أنه يسمح للأزواج المتزوجين حديثا ممن يعانون من مشكلات الإخصاب من تجنب الحيوانات المنوية للواهب، من ثم تجنب أن يكون الأطفال الناتجين عن الوراثة الجينية منتسبين لغير علاقة الزواج الشرعية المسموح بها دينيا وأخلاقيا. وفي حالات خاصة حينما يفقد الأبوان طفلا بسبب مرض وراثي أو حادث عارض ولا يستطيعان الإنجاب فتقنية الاستنساخ توفر لهما الابن عوضا عمن فقداه، عن طريق الاحتفاظ بالخلايا لإعادة نسخها وكأنهم أحيوه وأحيوها من جديد[1].

2- تقويض فكرة التناسل البشري والأسرة.

يرى المعارضون لتقنيات الاستنساخ التكاثري أن تلك الممارسة تثير الكثير من الشواغل المتصلة بالأسرة كالمساس بسنة الزوجية والتباس العلاقة بين الطفل المستنسخ وسلفه، بحيث يمكن أن تمتد إلى اختلال نظام الأسرة في المجتمع. ويؤكد أصحاب هذا التوجه أن الحياة البشرية تستمد جذورها الأصيلة من الزواج والمحيط العائلي الذي فيه يولد الإنسان، بفضل فعل يعبر عن العواطف المتبادلة بين الرجل والمرأة. والإنجاب عمل يحمل في ذاته مسؤولية تجاه الطفل وهو لذلك يجب أن يكون ثمرة للزواج[2].

فالزواج متواجد في جميع الأزمنة والثقافات يهدف إلى تناقل الحياة وفقا لقوانين الطبيعة وبفعل العلاقة الزوجية يأتي بالإنسان إلى الوجود، وأن القيمة الأخلاقية لعلم الطب الحيوي تقاس بمعيار الاحترام اللامشروط الواجب تجاه كل إنسان، وحماية خصوصية الفعل الزوجي ذو الطابع الشخصي، الذي يمنح النابعة من مبادئ النظم الأخلاقية والطبيعة البشرية، ففقدان هذه العواطف وضياع الانتماء الطبيعي داخل الأسرة، هذا الانتماء الذي له دوره الكبير في تأمين النمو السوي لشخصية الطفل[3]. وفضلا على ذلك فإن لاستنساخ يؤدي إلى اختلاط الأنساب كما هو الشأن بالنسبة إلى الأم البديلة ما ينتج مشاكل خطيرة، وتخلق هذه التقنية خلط في العلاقة بين النسخ الجديدة التي نتجت عن طريق التكاثر الجسدي وأبناء النسخة الأصلية الذي جاءوا بطريقة التكاثر الجنسي، وبالتالي فإن فالاستنساخ سوف

---

[1] ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 397.

[2] عادل عوض، المرجع السابق، ص 151.

[3] الكنيسة الكاثوليكية، كرامة الشخص البشري، تعليم حول بعض المسائل المتعلقة بأخلاقيات علم الحياة، المرجع السابق، فقرة 28.

يقضي بالتأكيد على العلاقات الإنسانية وعلى تكوين الأسرة بل الاستغناء عن الرجال في عملية الإخصاب[1].

ثالثا: المسائل المتصلة بالأمن التقني الطبي.

يرى المدافعون عن الاستنساخ البشري بأن تقنية الاستنساخ بإمكانها أن تلعب دورا مهما في تحسين الصحة العمومية، وهو حل للكثير من المشاكل الصحية المتعلقة بالعقم والأمراض الوراثية. في حين يرى الفريق المعارض بان تلك الممارسات تنطوي على مخاطر جسيمة تهدد السلامة الجسدية والنفسية للأم والطفل على حد سواء، أثبتتها تجارب الاستنساخ على الثدييات.

1- حق الإنسان في الصحة.

يمثل الاهتمام بحق الإنسان في الصحة أهم سبل تحقيق الأمن الإنساني في مفهومه الواسع، إذ تجاوز مدلول الصحة ذلك المفهوم الضيق المتمركز حول مجرد الخلو من الأمراض وضروب العجز المختلفة، والذي تقتصر مضمون الحق في الصحة في ظله على مجرد حق الشخص في تلقي العلاج والرعاية الصحية، إلى مفهوم إيجابي أكثر عمقا وشمولا، بحيث يشمل إلى جانب البعد الطبي أبعادا أخرى متعددة ومتنوعة اجتماعية وثقافية وبيئية. فالصحة والمرض مفهومان اجتماعيان ثقافيان طبيان يسهم في تفسير حدوثهما، العديد من العوامل والمنطلقات الطبية والاجتماعية والثقافية، بل وكذلك العوامل البيئية المختلفة التي تحيط بالإنسان وتشكل المجال الحيوي لحياته التي تختلف بدورها[2].

ويعد الاستنساخ البشري وسيلة فعالة لتحسين الصحة العمومية، بحيث تضمن هذه الطريقة علاج الكثير من الأمراض. وفقا للرأي المؤيد لتقنيات الاستنساخ البشري، فإن كثيرا من يضمن تفادي انتقال الأمراض الوراثية من الآباء إلى الأبناء، فبفضل تقنية الاستنساخ يمكن تفادي إنجاب طفل معاق ذهنيا أو بدنيا. فإذا كان ثمة زوجان يحملان نسخة واحدة فقط من جينات متنحية لنوعية الخلل أو الاضطراب الوراثي بالكروموسومات نفسها، فإن تكنولوجيا الاستنساخ تمكننا جذريا من إزالة هذا الخلل أو الاضطراب الوراثي لدى الطفل منذ مراحل نشأته الأولى. ويوضحون أن عمليات الاستنساخ الجارية حاليا لأجنة الحيوانات ساعدت في إجراء تحسينات كبيرة على معالجة التشوهات الخلقية، وأنها في تطور مستمر.

---

[1] أحمد شرف الدين، مدي شرعية التحكم في معطيات الوراثة، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، الكويت، 1983.

[2] عادل يحي، الحماية الجنائية للحق في الصحة، بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2010، ص 30.

وفي هذا السياق، يرى المفكر البريطاني المختص في أخلاقيات البيولوجيا John HARRIS بأن الاستنساخ الحيوي يساعد العلماء على دراسة الأمراض الوراثية وطرق علاجها، وذلك عن طريق استنساخ أشخاص يحملون أمراضا وراثية، ومن ثم إجراء بحوث ودراسات على النسخ الجديدة. ويمكن للإنسان العادي أن يؤمن نفسه صحيا عن طريق الاستنساخ نفسه وإبقاء الجنين حيا إلى أن يصل إلى سن معين، ثم يستفيد من أنسجته وأعضائه. ذلك لأن المستنسخ المطابق من جميع النواحي للنسخة الأصلية، وهو ما يمكن أن يحقق الخلود الذي كان يحلم منذ زمن طويل[1].

2-المخاطر الطبية والسيكولوجية للاستنساخ.

ومن أُولى التهم الملقاة ضد هذه الممارسة أنّ خطر التشوّهات فيها والموت قبل الأوان كما أنّها ممارسة معارضة للقواعد الأساسيّة للآداب الطبيّة. الاستنساخ من الناحية العملية تقنية غير مأمونة المخاطر، فهي تقنية خطيرة ذات عواقب سلبية بالغة الأثر قد تصل إلى حد التدمير، إن الاستنساخ من أجل إنتاج أطفال لا يعد الآن عملية آمنة تماما كما يضن البعض، فهناك عديد من المخاطر التي قد تشوب إجراءات ممارسة عملية الاستنساخ على الصعيد الحيوي للإنسان سواء على الشخص المستنسخ أو على المرأة[2].

فضلا على ذلك، فإن عملية الاستنساخ التناسلي تهدد الجنين البشري بأكمله، وأنها السبب الأساسي في إصابته بالمرض والضعف مما يؤدي إلى تحطيم المادة الوراثية. لهذا فإن المخاطر التي ترتبط بالطفل المستنسخ يجب أن تؤخذ على محمل كبير من الجد، وذلك لأنها غالبا ما تكون شنيعة وآثارها عديدة وأكيدة، ومن هذه المخاطر تلك التي تنجم عن عمليات التبرع بالبويضات واضطرابات الحمل. لذلك فنسبة نجاح عمليات الاستنساخ حتى الآن ضئيلة جدا، وذلك لأن النسيخة قد تتعرض لمخاطر، منها الفشل في غرسها وتنميتها وإنمائها بنجاح، وهذا يتضمن موت المضغة أو تلفها، وينطوي استنساخ كائن بشري كذلك على مخاطر طبية وأخلاقية جمة، من التشوهات والشيخوخة والموت المبكرين. من جانب آخر، يعرض الاستنساخ المرأة للعديد من المخاطر التي قد تؤثر على صحتها، إذ

---

[1] أشارت إلى هذا الرأي، ناهدة البقصمي، المرجع السابق، ص 193.

[2] هناك كثير من المخاوف لأن يتعرض الوليد المستنسخ للأخطار التي تلحق البويضات والخلايا والأجنة من جراء التعرض لبيئة صناعية، فأية خلية من الخلايا التي سيتم استنساخها قد يحدث لها تشوه نتيجة تعرضها لتيار كهربائي متصل خلال عملية الدمج الخلوي، وبالتالي يخرج الطفل الناتج عن الاستنساخ مصابا بعيوب جسمية خطيرة. كذلك بينت الدراسات العلمية التي تمت على الثدييات المستنسخة والتي ماتت بعد ساعات من ولادتها، وأنها جميعا مصابة بتشوهات خطيرة واختلالات ظاهرة في نمو الأعضاء واضطرابات في تركيبة الجهاز المناعي، ويعاني الكائن المستنسخ من الشيخوخة المبكرة، وارتفاع معدل كهولة أنسجته، كذلك زيادة احتمال حدوث سرطان له في مراحل تالية من حياته. عادل عوض، المرجع السابق، ص 165.

يحتاج العلماء لإتمام عمليات الاستنساخ لعدد وفير من البويضات، وتعرضها للإجهاض التلقائي المستمر[1].

رابعا: المسائل المتصلة بالكرامة الإنسانية.

يرى جانب من المفكرين بأن استنساخ الكائنات البشرية لأغراض التكاثر يكرس حرية الإنسان واستقلاليته في اتخاذ القرار، في حين يرى جانب آخر أنه هذا النوع من الممارسات ليس مقبولا، وأنه يتناقض مع سلامة الإنسان البدنية والروحية، ومع المبادئ الأخلاقية يتنافى والكرامة البشرية.

1- حق الإنسان في الحرية والاستقلالية.

يعتبر مبدأ الذاتية وتقرير المصير من المبادئ الحديثة، ويقصد بها حق الفرد في الحرية الذاتية وفي تحديد مسار حياته من منظوره الخاص، أي شكل من أشكال حرية التصرف الفردية التي تخول الفرد إمكانية تحديد مسار حياته واتخاذ القرارات الخاصة به من دون تدخل أشخاص آخرين، وتظهر الأهمية الأخلاقية لهذه القدرة على الاعتبار والاحترام التي يوليه المجمع للشخص الذي يعتمد على نفسه في حياته على أساس اختياراته الشخصية وسعيه لتحقيق أهدافه بنفسه.

وتندرج تحت الحرية الإنسانية ما يسمى بحرية التناسل – الحرية الإنجابية – أو الذي يعد أساس نوع من تقرير المرء لحياته الخاصة، وهذا الاختيار يتضمن اختيار الفرد للوسيلة المثلى للإنجاب والتكاثر، ومن ثم كان لزاما على المجتمعات أن تعمل على حماية حقوق الأشخاص في اختيار الوسيلة المثلى للتكاثر، ويتحدث عالم الأخلاقيات John ROBERTSON عن ذلك بقوله:" إن للأفراد حقا أساسيا فيما أسماه حرية التناسل، والتي تضمن للفرد الحق في الإنجاب بجانب الحق في عدم الإنجاب أو الإجهاض، لكن الحق في الإنجاب لا ينبغي قصره في حريتنا على التكاثر في طريق الاتصال الجنسي فحسب، ولكنه ينطبق عمليا أيضا على التكاثر بغير طريق الجماع، كالإخصاب عن طريق الأنبوب والاستنساخ، فهذا الحق لا يحمي حق الفرد في اختيار طريقة إنجابه فقط، وإنما يحمي حقه في اختيار الجودة كذلك، ومن كان علينا حمايته بوصفه جزءا لا يتجزأ من حرية حماية التناسل ذاته"[2].

---

[1] عادل عوض، المرجع السابق، ص 166.

[2] Cf. BAERTSHI Bernard, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, éd. Labor et Fides, Genève, 2005, p. 210.

2- الاستنساخ إهدار للكرامة الإنسانية.

يركز المعارضون لتكنولوجيا الاستنساخ على عيوبه لمناهضة وتقويض الاستمرار في هذه التكنولوجيا، ويركزوا على مجموعة من هذه العيوب لتكون سندا لموقفهم. فالاستنساخ حسبهم ينطوي على انتهاك للكرامة الإنسانية عن طريق التخليق المتعمد لبشر متطابق وراثيا، وبالتالي فهو يمثل استخداما خاطئا للطب وعلوم الحياة التجريبية، لأنه يفقد الإنسان لأهم ما يميزه وهو التفرد والخصوصية، ويصبح مجرد صورة باهتة للأصل.

يرى بعض المهتمين أن الاستنساخ نوع من الإبادة المتعمد للإنسان، لأن الإنسان الذي يكون نسخة من إنسان آخر لا يصبح إنسانا، فالاستنساخ يخلق طبقات من أفراد هم بمثابة أدوات أو وسائل لغايات أبعد. وينال الاستنساخ أيضا بصورة من الهوية الشخصية ويحط منها إلى أدنى المراتب، إذ يتعامل مع الإنسان بوصفه مجموعة من النطف أو الخلايا أو البويضات التي يمكن قصها وتركيبها واستنساخها وزراعتها في أي وقت من الأوقات، كما يتعامل مع الإنسان بوصفه شيء ليس له خصوصية تميزه أو كرامة[1].

ويتعارض الاستنساخ كذلك مع الاحترام اللائق للذات البشرية وتمييزه البيولوجي، فلا يحق التدخل في تغير الشكل أو الخصائص لأي كان، ويفتح الاستنساخ إمكانية اختيار بعض الخصائص البيولوجية حسب اقتراح الأولياء ما يفتح المجال واسعا أمام تحسين النسل، فالاستنساخ الإنجابي لن يكتفي بتحوير خاصية واحدة في البشر بل يمكن من تحوير كل الخصائص والمميزات الجينية لشخص، والذي يصبح تبعا لذلك عبارة عن شيء من صنع غيره حسب رغبته ونزواته الظرفية واختياره الذاتي مهدرا المنزلة والكرامة للجسد البشري، وسوف يصبح الشخص المستنسخ بلا شك متخبطا في علاقات اجتماعية مضطربة، أو يصبح غاية لتحقيق أغراض معينة كالانتفاع بالأعضاء لزرعها في أجساد أخرى، وهو ما يتنافى أخلاقيا مع مقومات الكرامة الإنسانية[2]. ويعتبر حظر إجراء الاستنساخ البشري في هذه الأحوال نتيجة منطقية للمحافظة على الكائن البشري، فهذه المحافظة تعد الحجر الأساس التي في الأبحاث الطبية والبيولوجية[3]، وفي هذا المسعى جاءت التشريعات والصكوك الدولية لتضبط الممارسات المرتبطة بالاستنساخ البشري، وتتخذ موقفا صريحا بشأنه.

---

[1] PULMAN Bertrand, *Les enjeux du clonage*, Revue française de sociologie, 2005, n° 3, Vol. 46, p. 485.

[2] سمية بيدوح، المرجع السابق، ص 66.

[3] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص 126.

الفرع الثالث

موقف التشريعات من الاستنساخ البشري التكاثري

إن الإعلان المثير عن ولادة أول حيوان ثدي يتم استنساخه من خلية نسيج جداري من قبل معهد روزلين في اسكتلندا، اعتبر فتحا علميا كبيرا من طرف الباحثين. إلا أنه أثار من جانب آخر أحد أكبر معضلات القرن. وازدادت المخاوف من الأخطار الطبية والبدنية والنفسية والاجتماعية التي يطرحها الاستنساخ، والشواغل الأخرى المتعلقة بالهوية البشرية والتنوع والتوازن البشري.

فوجد العالم نفسه أمام تحديات لمجابهة تلك المعضلات، وكان أمامه خيارين، إما مجابهة الأبحاث المرتبطة باستنساخ البشري وحظرها حظرا مطلقا، أو العمل على وضع آليات للدفاع عن حقوق الإنسان للأفراد المستنسخين وحمايتهم من الانتهاك المحتملة والتمييز. وقد قررت الدول والمنظمات التحرك بسرعة من أجل وضع قوانين ملزمة تحظر الاستنساخ البشر التكاثري، الذي يعد الخيار الأكثر قابلية للتطبيق، وقد تجسد فعلا من خلال إصدار العديد من الصكوك الدولية والنصوص القانونية الداخلية، ومن الناحية الدينية ندد رجال الدين بالاستخدامات المحتملة لتقنيات الاستنساخ على البشر، لما اعتبروه إهدارا للكرامة الإنسانية.

أولا: الصكوك والمواثيق الدولية.

لقد بدأ المجتمع الدولي يلتفت إلى موضوع الاستنساخ البشري، ودعا هذا الأخير الأطراف الفاعلة للتعاون من أجل اتخاذ التدابير اللازمة لمنع استنساخ كائنات بشرية لأغراض التناسل، وتكثير الجهود الدولية لمنع الاستنساخ. وتمخضت عن تلك الجهود صدور العديد من المواثيق الدولية ذات الصلة، تتضح خاصة من خلال موقف المنظمات الدولية كالأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة ثم المنظمات الإقليمية.

1- موقف المنظمات الدولية.

بدأ النقاش حول الموضوع الاستنساخ البشري بالجمعية العامة للأمم في عام 2001، إثر مبادرة فرنسية ألمانية لإعداد مشروع اتفاقية ضد الاستنساخ الإنجابي البشري، باعتباره الطريقة الأرشد لتنظيم هذه الظاهرة. وكانت مواقف الدول الأعضاء في الأمم المتحدة منقسمة إلى اتجاهين مختلفين، حيث ذهب الطرح الأول إلى حظر واسع النطاق يشمل الاستنساخ الإنجابي والاستنساخ العلاجي. في

حين ذهب الطرح الثاني إلى حظر محدود النطاق يقتصر على الاستنساخ الإنجابي مع معاملة مستقلة للاستنساخ العلاجي. ولم يتمكن فريق العمل الذي عقد أثناء دورة الجمعية لعام 2003 من إيجاد حل لهذا الخلاف، وتقرر إرجاء مناقشة الموضوع إلى دورة الجمعية العامة للعام المقبل[1].

وخلال سنة 2004 تقدم ممثل إيطاليا بمشروع إعلان يدعو الدول الأعضاء إلى اعتماد وتنفيذ قوانين تحرم أية محاولة لتخليق حياة بشرية من خلال علميات الاستنساخ، وأية بحوث ترمي إلى بلوغ هذه الغاية، وإلى ضمان احترام كرامة الإنسان في شتى الظروف والأحوال، لدى تطبيق العلوم البيولوجية، وخصوصا عدم استغلال المرأة في هذا المضمار. ويكن أن يناشد الإعلان أيضا الدول الأعضاء اعتماد التدابير الضرورية لحظر تطبيق طرائق الهندسة الجينية التي قد تهدر كرامة الإنسان. وتشير ديباجة الإعلان إلى الصفة الملحة من الأخطار المحتملة التي ينطوي عليها استنساخ بني البشر بالنسبة لكرامة الإنسان مع إعادة التأكيد على وجوب أن تسعى تطبيقات العلوم البيولوجية إلى تخفيف المعاناة وتحسين صحة الأفراد والجنس البشري ككل، شرط أن يتم تحقيق التقدم بطريقة تضمن احترام حقوق الإنسان وتعود بالنفع على الجميع[2].

بناء عليه أعادة الجمعية العامة للأمم المتحدة في أكتوبر 2004 فتح النقاش بشأن صياغة اتفاقية تتعلق بالاستنساخ البشري. وبعد مناقشات مكثفة حول نص مشروع الاتفاقية، تم اقتراح صياغة إعلان غير ملزم للأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر بدلا من اتفاقية. وفي مارس 2005 تم اعتماد إعلان للأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر، الذي اقترحته اللجنة السادسة بالتصويت في الجمعية العامة للأمم المتحدة، وهو يدعو الدول الأعضاء إلى حظر كافة أشكال استنساخ البشر بقدر ما تتنافى مع الكرامة البشرية وحماية الحياة الإنسانية[3].

من جانبها، عقدت منظمة الصحة العالمية في دورتها الحادية والخمسين في سبتمبر 2004، ودرست من خلاله إمكانية اتخاذ موقف إقليمي من الاستنساخ البشري، وأصدرت توصيات تتعلق بإعادة تأكيد الإجماع العالمي على حظر الاستنساخ البشري، وردع ومراقبة أي استخدام لهذه التكنولوجيا لا يراعى فيه أو أية إساءة لاستخدمها. وأكدت المنظمة بموجب قرارات أخرى على أن الاستنسال لأغراض

---

[1] منظمة الصحة العالمية، استنساخ البشر لأغراض الإنجاب، حالة النقاش الدائر في الجمعية العامة للأمم المتحدة، المرجع السابق، ص 05.

[2] عدنان عباس موسى، المرجع السابق، ص 85.

[3] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، بتاريخ 2005/03/07، تحت رقم 59 – 280، يتضمن إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر، الأمم المتحدة، وثيقة تحت رقم A/RES/59/280.

إنتاج نسخة ثانية غير مقبول أخلاقيا ويتنافى مع كرامة الإنسان وسلامته[1]. أما منظمة اليونسكو فقد أعدت الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، وهي وثيقة أساسية احتلت مكانها في الجدل المتصاعد بشأن الاستنساخ، وجاء في الوثيقة بأن: "الاستنساخ البشري يتنافى مع كرامة الإنسان"[2].

2- موقف المنظمات الإقليمية.

على الصعيد الإقليمي، اعتمد مجلس الإتحاد الأوربي في فبراير 1998 الاتفاقية الخاصة بحماية حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية في مجال التطبيقات البيولوجية والطبية. وتحظر هذه الوثيقة استيلاد أجنة بشرية لأغراض البحث، كما تطلب ضمان حماية مناسبة للجنين، في الأحوال التي يسمح فيها التشريع الوطني بإجراء البحوث المختبرية على الجنين[3]. لذا رأى بعض الفقه أن الاتفاقية الأوربية لا تحظر الاستنساخ في حد ذاته بل تطبيقات تكنولوجيا الاستنساخ المخالفة لكرامة الإنسان، وتبقى العديد من الأعمال الطبية مباحة كاستنساخ الخلايا والأنسجة البشرية لأغراض علاجية[4].

وبتاريخ 1998/01/12 فتح المجلس باب التصديق على البروتوكول الإضافي لاتفاقية حقوق الإنسان والبيولوجية الطبية الخاص بمنع استنسال الكائنات البشرية، واعترف البروتوكول الإضافي بأن الاستنساخ تقنية قيمة وأخلاقية في مجال البيولوجية الطبية، ويسلم بوجود اختلافات في الرأي حول استنسال الخلايا غير المتمايزة الجنينية المصدر، مشيرا إلى أن كل استنسال مقصود لكائنات بشرية يعد خطرا يهدد الهوية البشرية[5]. ثم تأكد هذا المسعى بموجب قرار البرلمان الأوروبي المؤرخ في

---

[1] L'Organisation mondiale de la santé (OMS), dans sa résolution WHA 51.10 du 16 mai 1998, déclare que « le clonage pour la reproduction d'êtres humains est inacceptable sur le plan éthique et contraire à la dignité et à l'intégrité de la personne humaine ». Elle «demande instamment aux États membres d'encourager un débat continu et informé de ces questions et de prendre des mesures appropriées, y compris légales et juridiques, pour interdire le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains ». Cette résolution confirme une résolution antérieure adoptée par l'Assemblée mondiale de la santé à sa 50e session en 1997 (WHA 50.37) ; Dixième séance plénière, 16 mai 1998 A51/VR/10.

[2] حيث ورد فيه بأنه: "لا يجوز السماح بممارسات تتنافى مع كرامة الإنسان، مثل الاستنسال لأغراض إنتاج نسخ بشرية"، وأشار الإعلان الدولي إلى أن المجين البشري "قوام الوحدة الأساسية لجميع أعضاء الأسرة البشرية، وقوام الاعتراف بكرامتهم الكاملة".

[3] Art. 18 « 1- Lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon. 2- La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite ».

[4] BYK Christian, *Le protocole portant interdiction du clonage d'êtres humains*, Journal International de Bioéthique, 2001, n ° 3, Vol. 12, p. 97.

[5] L'article premier de ce Protocole dispose ce qui suit :
« 1. Est interdite toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort.
2. Au sens du présent article, l'expression être humain génétiquement identique à un autre être humain signifie un être humain ayant en commun avec un autre l'ensemble des gènes nucléaires. ».

2001/05/07 المتعلق باستنساخ الكائنات البشرية[1]، بعدها جاء ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوربي المؤرخ في 2000/12/07 ليؤكد حظر الاستنساخ التكاثري، حيث نصت المادة 03 فقرة 2 منه صراحة على منع الاستنساخ التناسلي البشري[2].

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية.

لقد أصدرت عدة بلدان نصوص قانونية بشأن الاستنساخ الإنجابي البشري، وسوف يتم عرض بعض النصوص في القوانين المقارنة، ثم إلى موقف المشرع الجزائري، وأخيرا إلى موقف بعض الديانات.

1- موقف بعض القوانين المقارنة.

تعتبر فرنسا من بين أكثر الدول معارضة لتجريب تجارب الاستنساخ التكاثري، لكن أثناء صدور قوانين أخلاقيات البيولوجية في 1994/07/29 لم يكن موضوع الاستنساخ مطروحا بشكل بارز، لذا لم يتطرق القانون 94 – 654 المتعلق بالتبرع واستعمال عناصر ومنتجات الجسم والمساعدة الطبية على الإنجاب والتشخيص قبل الولادة لهذا الموضوع. لكن التطورات السريعة الحاصلة في مجال البيولوجية الخلوية دفعت باللجنة الوطنية الاستشارية للأخلاق في مجال علوم الصحة والحياة لإبراز وجهة نظرها تجاه بعض القضايا المحورية، عندما أعلنت عام 1997 رفضها للاستنسال الإنجابي البشري. فقد صرحت اللجنة أن: "الفكرة القائلة بأن التماثل الوراثي التام يمكن أن يؤدي في حد ذاته إلى تماثل سيكولوجي تام لا تقوم على أي أساس علمي. وأضافت أن الاستنساخ الإنجابي البشري يمكن أن يسبب اضطرابا عميقا في العلاقة بين الهوية الوراثية والهوية الشخصية في أبعادها البيولوجية والثقافية"، مشيرتا إلى المخاطر الكبرى التي تنطوي عليها مشروعات الاستنسال، وخاصة بالنسبة للأمهات والأطفال[3].

---

[1] Résolution du Parlement européen n° B5-0710, n° 0751, n° 0753 et n° 0764/2000 du 7 mai 2001, préc.

[2] Art. 3 - Droit à l'intégrité de la personne :

1. « Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale.

2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respecté :

- le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi,
- l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes,
- l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit,
- l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains ».

[3] A la demande du Président de la République, Jacques Chirac, le Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE), a rendu un avis (N° 54 du 22 avril 1997) qui concluait qu' « une tentative de reproduction à l'identique d'êtres humains dont le génome dépendrait non plus de la loterie de l'hérédité, mais d'une volonté extérieure، porterait ainsi gravement

وانتظر المشرع الفرنسي إلى غاية صدور القانون 2004 – 800 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا، لإصدار أحكام تشريعية تحظر صراحة الاستنساخ البشري تماشيا مع التوجيهات الأوروبية والرأي المعلن عنه من طرف اللجنة الاستشارية الوطنية للأخلاقيات في مجال علوم الحياة والصحة. بحيث تمنع المادة 16 فقرة 4 من القانون المدني إنجاب طفل مماثل جينيا لشخص آخر سواء كان هذا الأخير حيا أو ميتا[1]، وتعاقب المادة 214 فقرة 2 من قانون العقوبات بالسجن لمدة 30 سنة وغرامة مالية قدرها 75.000 أورو كل شخص يقوم بتخليق طفل متماثل جينيا مع شخص آخر حي أو ميت[2]. وتعاقب المادة 511 – 1 من نفس القانون بالحبس لمدة 10 سنوات وغرامة تصل إلى 150.000 أورو كل من يقدم على اقتطاع خلايا أو أمشاج بهدف استنساخ طفل متماثل جينيا مع شخص حي أو ميت[3]. والملاحظ أن تلك الأحكام تهدف بالدرجة الأولى لحماية الهوية البشرية ليس فقط المرتبطة بالشخص صاحب الحق، وإنما تحميه أيضا ككائن بيولوجي بمعنى إنسان حقيقي أو محتمل الوجود.

أما في ألمانيا لم يتبنى المشرع قانونا يمنع الاستنساخ بشكل صريح، حيث أن القانون الاتحادي الألماني الصادر بتاريخ 1990/12/13 المتعلق بحماية الجنين البشري، يمنع أجراء البحوث على الجنين البشري، لكن المشرع الألماني قام بإجراء تعديل على ذلك النص بموجب القانون المؤرخ في 2001/10/23، حيث يعاقب هذا الأخير كل من يقوم بإحداث مضغة تتماثل جينيا مع شخص ميت أو حي بعقوبة قد تصل إلى السجن لمدة 05 سنوات.[4]

---

atteinte à l'indispensable indétermination originaire ainsi qu'à d'autres traits fondamentaux de la personne » et appelait à une collaboration mondiale contre le clonage reproductif.

[1] Art. 16-4 C. civ., « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.
Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.
Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée ».

[2] Art. 214-2 C. pén., « Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 € d'amende ».

[3] Art. 511-1 C. pén., *(L. n° 2004-800 du 6 août 2004, art. 28-II)* « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée ».

[4] La loi relative à la Protection des embryons (Embryonenschutzgesetz), du 13/12/1990 interdit explicitement les tentatives de clonage humain à n'importe quelle fin.
Section 6 : (1) « Est passible d'une peine d'emprisonnement maximum de cinq ans ou d'une amende quiconque provoque artificiellement la création d'un embryon humain possédant le même génotype qu'un autre embryon, un fœtus, ou une personne vivante ou décédée.
(2) Est passible des mêmes peines quiconque transfère chez une femme un embryon tel que visé au paragraphe 1.
(3) Toute tentative est répréhensible ». Jo (BGBI) n° 1 1990, p 2746. Modifier par la loi du 23/10/2001 JO n° 1 2002, p 2702.

وفي تونس فقد درست اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية موضوع الاستنساخ الإنجابي بناء على طلب وزير الصحة عام 1997، وخلصت إلى وجوب تحريم كل تقنيات الاستنساخ البشري. فرأت في ممارسة تقويضا لمفهوم التناسل البشري ولكرامة الإنسان، وبابا مفتوحا أمام كل أشكال الاستغلال[1]. وبتاريخ 2001/08/07 صدر القانون المتعلق بالطب الإنجابي، الذي يمنع منعا باتا اللجوء إلى تقنيات الاستنساخ للتكاثر. لكن يلاحظ أن القانون يعاقب فقط بالغرامة على الشخص الذي يقوم بإجراء هذه العملية، وهي عقوبة مخففة نوعا ما بالمقارنة مع التشريعات المقارنة[2].

وبخصوص الدول الأنجلوسكسونية نجد أن القانون البريطاني لعام 1990 قد سمح بإنتاج أجنة لأغراض البحث العلمي[3]، وفي عام 2001 عدل هذا القانون بشكل يسمح أيضا بإنتاج أجنة عن طريق الاستنساخ لأغراض علاجية[4]، ما يمكنه فتح المجال أمام الاستنساخ البشري التكاثري لأن التقنية المستخدمة في الحالتين واحدة. وقد كشف التطبيق العملي للقانون البريطاني المعدل سنة 2001 عن هشاشة الحدود الفاصلة بين الاستنساخ بقصد العلاج والاستنساخ التكاثري، لهذا ذهبت المحكمة العليا البريطانية، في قرارها الصادر بتاريخ 2001/11/15، إلى أنه لا يمكن إدانة استنساخ الكائن البشري أو منعه في ظل القواعد القانونية التي تضفي الحماية على الجنين، لأنه لا يمكن اعتبار العضو المنتج جنينا. وقد أربك هذا القرار الحكومة البريطانية التي صرحت في اليوم التالي لصدوره بأنها سوف تتخذ جميع الإجراءات اللازمة لمنع مثل هذه الممارسات على الأراضي البريطانية والتي تهدف إلى استنساخ كائن بشري لأغراض الإنجاب. ونتيجة لذلك تدخل البرلمان البريطاني وتبنى قانونا يعاقب على الاستنساخ البشري التكاثري وذلك في 2001/11/26[5].

وعلى الرغم من أن الولايات المتحدة الأمريكية، من الدول العظمى التي تجرى فيها تطبيقات الهندسة الوراثية على نطاق واسع، إلا أنها حتى الآن لا يوجد بها على المستوى الفيدرالي قانون يمنع الاستنساخ، على الرغم من أن بعض الولايات اعتمدت قوانين محلية تحظر الاستنساخ البشري مثل ولاية كاليفورنيا وولاية ميشيغان ولويزيانا. ولكن مجلس النواب الأمريكي تبنى بالإجماع بتاريخ 2001/07/31 مشروع قانون يمنع الاستنساخ البشري بنوعيه التكاثري والعلاجي. ونص مشروع القانون على حظر إنتاج أجنة بشرية لأغراض التكاثر أو من أجل البحث العلمي تحت طائلة العقوبات الجزائية، وكان من المفروض أن ينظر مجلس الشيوخ في مشروع القانون للمصادقة عليه إلا أنه تأجل، ويبدو أن القانون

---

[1] اللجنة الوطنية التونسية للأخلاقيات الطبية، رأي حول الاستنساخ، بتاريخ 1997/05/22 تحت رقم 03.

[2] القانون المتعلق بالطب الإنجابي، مؤرخ في 2001/08/07، تحت رقم 93. (ج ر 63).

[3] Human Fertilisation and Embryology Act 1990 c. 37.

[4] The Human Fertilisation and Embryology (Research Purposes) Regulations 2001 n°. 188.

[5] فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، المرجع السابق، ص 91.

مشروع القانون المتعلق بالاستنساخ البشري أحدث انشقاقا في مجلس الشيوخ، حيث يذهب بعض أعضائه إلى أنه يجب وضع حدود معقولة يمكن من خلالها متابعة البحث الطبي والاستفادة من منجزات التقدم العلمي[1].

2- موقف التشريع الجزائري.

لم يتضمن التشريع الجزائري أحكاما قانونية صريحة بخصوص تقنيات الاستنساخ، كما لم يتم العثور على فتاوى فقهية أو قرارات صادرة عن الهيئات المختصة كالمجلس الإسلامي الأعلى أو المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة، لكن سكوت المشرع على تنظيم المسالة ليس معناه فتح الباب واسعا أمام الممارسات الطبية المستحدثة التي تنطوي مخاطر على الشخص والمجتمع، بحيث يجب أن ينظر للمسألة على ضوء الأحكام المتعلقة بالاحترام الواجب لكرامة الإنسان[2]. فالدستور يضمن حماية حياة الأشخاص وسلامتهم البدنية والروحية، بحيث جاء في المادة 40 منه بأنه: تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة" كما تنص المادة 41 بأنه: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"، كما يجب أن ينظر للمسألة في كنف القواعد المنظمة لحقوق الإنسان في مجال العلوم الطبية والبيولوجية. وبالنظر إلى الجوانب القواعد القانونية المتعلقة بحماية الصحة وترقيتها وأخلاقيات مهنة الطب.

فصحيح أن التشريع الجزائري يميل إلى الإقرار بمشروعية التجارب والأبحاث الطبية، بما فيها التجارب غير العلاجية التي تهدف إلى تحقيق المزيد من التقدم الإنساني، لكن ذلك لا يتم إلا تحت شروط صارمة تتعلق بالأمان الطبي والسلامة البدنية والعقلية والنفسية للأشخاص وتحت إشراف المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة الذي يسعى إلى ضمان الاحترام الكامل للكائن البشري وكرامته، فالعمل الطبي بصفة عامة إنما يهدف إلى شفاء المريض وفقا للأصول المتبعة، فلا يجوز للطبيب تجاوز هذه الغاية أو استعمال بروتوكولات غير مصرح بها من طرف وزارة الصحة أو المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة[3]. وهذا ما أشارت إليه التعليمة الصادرة عن وزارة الصحة والسكان بتاريخ 2001/05/12 تحت رقم 300 المتعلقة بالممارسات السريرية والبيولوجية الحسنة للمساعدة الطبية على الإنجاب أنه

[1] فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، المرجع السابق، ص 96.

[2] تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 125.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 133.

يحظر اللجوء إلى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب لتوليد أجنة تستعمل للدراسات أو الأبحاث أو التجارب العلمية.

ويتعين أيضا الأخذ بعين الاعتبار المثل والقيم التي تحكم المجتمع الجزائري خاصة الأحكام الشرعية المتعلقة بالتناسل والأسرة المنصوص عليها في قانون الأسرة، فالأسرة تعتبر الخلية الأساسية للمجتمع وأن الزواج يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ويهدف إلى المحافظة على الأنساب. كما أن القواعد المتعلقة بالتناسل والزواج تعتبر من النظام العام، فإذا أراد المشرع اعتماد تطبيقات بيولوجية أو طبية حديثة في مجال الزواج أو التناسل يضع لها ضوابطها القانونية والتنظيمية، كي لا تنحرف عن المغزى التي اعتمدت من أجل[1].

وبالنظر إلى أحكام مشروع القانون التمهيدي المتعلق بالصحة تبين أن هذا الأخير اقترح أحكام صريحة تعالج موضوع الاستنساخ من أجل سد الفراغ القانوني، حيث منعت المادة 394 صراحة كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس[2]. ومن أجل إضفاء حماية جزائية فعالة لكرامة الإنسان في مواجهة التطبيقات الحيوية الجديدة المرتبطة بالاستنساخ التناسلي، اقترح مشروع القانون عقوبات صارمة ضد كل شخص يقوم باستنساخ الكائن البشري، حيث جاء في المادة 457 أنه يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في المادة 394 المتعلقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس بالحبس من (10) إلى (20) سنة، وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج[3]. وأراد المشرع من خلال تلك الأحكام ردع الممارسات الطبية غير الأخلاقية التي تمس كرامة الكائن البشري وتحمي الجنس البشري، تماشيا مع ما تضمنته المواثيق الدولية والقوانين المقارنة الحديثة في مجال الصحة من إدانة لمثل هذه الممارسات الطبية والبيولوجية[4].

---

[1] وعلى سبيل المثال، عندما أراد المشرع اعتماد تقنيات التلقيح الصناعي للمساعدة على الإنجاب، نص عليها صراحة في أحكام قانون الأسرة. ولا يمكن القياس في هذه الحال على نظرا لاختلاف الطريقتين، ويستخلص من ذلك بأن اللجوء إلى استنساخ الأفراد من البشر ليس مقبولا وفقا للقواعد العامة للقانون الجزائري وأنه يتناقض مع سلامة الإنسان البدنية والروحية ومع القيم الأخلاقية المجتمع الجزائري، أنظر في هذا الصدد على سبيل المثال، المادتين، 02 و04 من قانون الأسرة.

[2] جاء في المادة 394 من المشروع التمهيدي المتعلق بقانون الصحة بأنه: " يمنع كل استنساخ للأجسام المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس".

[3] ونصت المادة 456 من المشروع التمهيدي المتعلق بقانون الصحة بأنه: " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 394 من هذا القانون المتعلقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس بالحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج".

[4] لكن الملاحظ أن مشروع القانون اقترح إدراج المادة 392 المتعلقة بمنع الاستنساخ ضمن الأحكام المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، وقد يفهم ذلك أن المشروع اعتبر بأن الاستنساخ الحيوي صورة متطورة من تكنولوجيا التلقيح الصناعي، لكن من خلال قراءة النص يتبين أنه يركز على حماية الكائن البشري من خلال التلاعب بالمادة الوراثية، وأن ذلك الفعل لا يمكن أن يمس الكائن

ثالثا: موقف بعض الشرائع الدينية.

أبدى رجل الدين وعلماءه بدورهم موقفهم في مسألة الاستنساخ البشري التكاثري، وعليه يتم التطرق على موقف الشريعة الإسلامية من المسألة ثم إلى موقف الكنيسة الكاثوليكية.

1- موقف الفقه الإسلامي.

انعقد مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة بالمملكة العربية السعودية خلال الفترة بين 1997/06/28 و 1997/07/03، للنظر في المسألة المتعلقة بالاستنساخ البشري، وأصدر قرار يقضي بتحريم الاستنساخ البشري، سواء بطريقة نقل النواة من خلية جسدية إلى بيضة منزوعة النواة أو بتشطير بيضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء، وحرم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء أكان رحما أم بويضة أم حيوانا منويا أم خلية جسدية للاستنساخ، بحيث أكد القرار بجواز الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية – كأصل عام – في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنباتات والحيوانات، في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد، وناشد المجمع في الأخير الدول الإسلامية إلى إصدار القوانين والأنظمة اللازمة لغلق الأبواب المباشرة وغير المباشرة أمام الجهات المحلية أو الأجنبية والمؤسسات البحثية والخبراء الأجانب، للحيلولة دون اتخاذ البلاد الإسلامية ميدانا لتجارب الاستنساخ البشري والترويج لها، مع تشكيل لجان متخصصة تضم الخبراء وعلماء الشريعة لوضع الضوابط الخلقية في مجال بحوث علوم الأحياء لاعتمادها في الدول الإسلامية[1].

2- موقف الكنيسة الكاثوليكية.

عبرت الكنيسة الكاثوليكية عن موقفها من مسألة الاستنساخ البشري من خلال وثيقة صدرت عن مجمع عقيدة الإيمان بروما بتاريخ 2008/09/08، تحت عنوان: "كرامة الشخص البشري، تعليم حول بعض المسائل المتعلقة بأخلاقيات علم الحياة"، وقد ورد في التعليم بأن الاستنساخ أمر غير جائز في جوهره، من حيث أنه لا يتوانى عن الوصول بتقنيات الإخصاب الاصطناعي إلى أقصى درجاتِه

المستنسخ في حد ذاته وإنما ذلك يشكل تهديدا حقيقيا وخطيرا للجنس البشري بأسره رغم ارتباط العملية بتكنولوجيا الإخصاب. وهذا عكس المنهجية التي اتبعها المشرع الفرنسي في تناوله للموضوع، حيث نلحظ بأن المادة 16 – 4 من القانون المدني، جاءت لإعطاء ضمانة للكائن البشري، وكذلك الحال بالنسبة للمادتين 214 – 1 و511 – 1 من قانون العقوبات اللتين جاءتا تحت عنوان "الجرائم ضد الجنس البشري".

[1] قرار تحت رقم 94 (2/10)، سابق الإشارة إليه.

اللاأخلاقية، وذلك لأنه يهدف إلى إنتاج إنسان دون أي ارتباط بفعل العطاء المتبادل بين الزوجين، وأكثر من ذلك فهو يجرده من أي علاقة بالبعد الجنسي، مما يسبب فرصة لتعديات وتلاعبات تؤذي بشدة الكرامة الإنسانية. هذا واعتبر المجمع أن فرادة كل شخص تتأتى عن علاقته الخاصة مع الله منذ اللحظة الأولى لوجوده، وهذا يجبرنا على احترام خصوصيته وسلامته، بما فيها تلك البيولوجية والصبغية.

وفي حال كان الاستنساخ يهدف إلى التكاثر، ستكون النتيجة أن يفرض على الفرد المَنسوخ إرث صبغي سابق التحديد، ووضعه في حالة عبودية بيولوجية، مِن الصعب له التحرر منها. فأن ينسب شخص لنفسه الحق الاعتباطي في تحديد الصفات الصبغية لشخص آخر، لأمر يهين بشدة كرامة هذا الأخير ويخالف المساواة الأساسية بين البشر[1]. وبالتالي فإن رجال الدين المسيحيين يخشون أن تلغي عملية الاستنساخ الحاجة إلى الزواج، طالما أن الإنسان يستطيع أن يحصل على نسخة من نفسه بدون المرور بأي شكل من أشكال الإنجاب. وهذا يخالف الغايات الإلهية من الزواج، حيث أن الاستنساخ يفرق بين ما جمع الله في الزواج وهو الإتحاد والإنجاب. ولكن الخوف الحقيقي يكمن أيضا في أن علمية كهذه ستلغي أحد الطرفين في الزواج، مما يعني أن قيما كثيرة ستتغير، منها مفهوم الأمومة والأبوة والأسرة، وهي قيم أساسية في تركيب المجتمع[2].

فالموقف القانوني والأخلاقي تجاه عملية استنساخ البشر لا يمكن أن يكون إلا بالإدانة والرفض حفاظا على الكرامة البشرية، لأنه حتى لو افترضنا إمكانية حدون الاستنساخ فإن ذلك سوف يؤدي للحصول على نماذج بشري ممسوخة نتيجة الاختلالات الوراثية، وهو نفسه المشكل الذي تطرحه الأبحاث الطبية المرتبطة بالتحسين الوراثي للجنس البشري.

المطلب الثاني
التحسين الوراثي للنسل البشري

إلى جانب الاستنساخ البشري، يعتبر تحسين النسل البشري من بين أهم التطبيقات الطبية التي تمس الجنس البشري، لكن تحسين النسل كفكرة تعد قديمة بالمقارنة مع الاستنساخ، وكان أول من أشار إلى انتقاء النسل Eugénisme عالم الأحياء الإنجليزي Francis GALTON في الثمانينيات من القرن التاسع عشر في كتابه "تحقيق حول الملكة الإنسانية وتطورها" الصادر عام 1883، متأثرا بشكل

[1] الكنيسة الكاثوليكية، مجمع عقيدة الإيمان، كرامة الشخص البشري، المرجع السابق، فقرة 28.

[2] ناهدة البقصمي، المرجع السابق، ص 196.

واضح بنظرية Charles DARWIN الاجتماعية، وأفكار هذا الأخير حول التطور الطبيعي للكائنات، التي مفادها أن الطبيعة تضحي بكثير من الأحياء في سبيل إحياء الأصلح[1].

وقد حظيت فكرة تحسين النسل باهتمام واسعة في العقود الأولى من القرن العشرين ضمن حركة كان يقودها مجموعة من المثقفين والأطباء في أوربا وأمريكا، الذين نجحوا في إدراج بعض الممارسات الهادفة إلى اصطفاء السلالات البشرية في السياسات العامة، كتنظيم التناسل البشري وانتقاء المهاجرين، وتعقيم المجرمين والمعوقين، ومن ثمة تجسيدها ضمن المنظومات التشريعية. بيد أن تحسين النسل ارتبط فيما بعد بالأفكار الإيديولوجية للنازية التي تمخض عنها جرائم التصفية العنصرية التي ارتكبت إبان الحرب العالمية الثانية، مما أدى إلى تدهور فكرة تحسين النسل وتطبيقاتها الطبية على الإنسان.

لكن في نهاية القرن العشرين عاد موضوع تحسين النسل ليطرح نفسه بقوة وارتبط هذه المرة بشكل أساسي بتطور تطبيقات الهندسة الوراثية والعلاج الجيني والطب التنبؤي والوقائي وكذا تقنيات التلقيح الصناعي. بحيث أصبح العلماء يأملون اليوم في تعديل الصفات الوراثية للإنسان واختيار جنس المولود، بعدما حققوا نجاحات باهرة في مجال التحوير الوراثي للنباتات والحيوانات، تحت ذريعة تحسين نوعية الحياة والحفاظ على الإرث الجيني للبشرية. وقد أعادت تلك الممارسات للأذهان الأفكار العنصرية المنافية لمبادئ العدالة والمساواة بين البشر، خاصة عندما تهدف إلى توريث صفات معينة لإحدى السلالات التي يسود الاعتقاد بأنها نقية، أو تمنع تكاثر أفراد لا تتوفر فيهم زيجات وراثية معينة، فضلا عن مخاطرها الطبية على طبيعة الجنس البشري. وفي خضم ذلك، عاد النقاش مرة أخرى على الصعيد القانوني والديني والفلسفي والعلمي حول المخاوف الأخلاقية لتحسين النسل، لكن بطابع متجدد فرضته التطورات العلمية المستحدثة[2]. ولدراسة موضوع تحسين النسل، لابد أولا من تحديد مفهومه، ثم التطرق إلى القضايا الأخلاقية التي يطرحها، وأخيرا إلى موقف القانون من التحسين الوراثي للجنس البشري.

[1] FOURNIER Gérald, *Évolution et civilisation : de l'anthropologie de Charles Darwin à l'économie étendue*, éd. The Book Edition, 2011, p. 372.

[2] MISSA Jean-Noël, SUSANNE Charles, *De l'eugénisme d'État à l'eugénisme privé*, éd. De Boeck Université, Paris, 1999, p. 13.

الفرع الأول
مفهوم تحسين النسل البشري

ارتبط مفهوم تحسين النسل في البداية بالحقل العلمي، ثم انتقل بعدها إلى المجال الاجتماعي والسياسي، وأخيرا إلى الحقل القانوني، وقد تنوعت صور تحسين النسل والطرق العلمية المستعملة لتحقيق أهدافه المشروعة وغير المشروعة، لهذا فمن الضروري تعريف تحسين النسل، ثم تبيان أنواعه، ثم الطرق العلمية المستخدمة في تحسين النسل.

أولا: تعريف تحسين النسل.

يشمل تعريف النسل الناحية العلمية، ثم تعريفه من الناحية القانونية.

1- التعريف العلمي.

حاول العالم الانجليزي Francis GALTON مؤسس هذا العلم تعريفه بأنه: "العلم الذي يهتم بدراسة العوامل التي يمكنها أن ترفع الصفات العرقية للأجيال المقبلة، أو تخفضها من الناحيتين الجسمية والعقلية". وأضاف هذا الأخير في كتابه " تحقيق حول الملكة الإنسانية وتطورها" إن "علم تحسين السلالة لا يتقيد أبدا بمسائل التزاوج التكاثر البشري الحسن، إنما يهتم خاصة بحالة الإنسان، وبكل المؤثرات التي يمكن لها أن تقدم للأعراق أفضل موهبة وفرصا أكثر في التفوق على الأعراق الأدنى". كما تم تعريف علم تحسين النسل بأنه: "العلم الذي يدرس العوامل والمتغيرات التي تستطيع تحسين الصفات العنصرية للأجيال القادمة أو تخلفها مهما كانت هذه الصفات جسمانية أو العقلية بكل الوسائل التي تستطيع أن تقي أو تحسن العوامل الأقوى والأفضل للعروق البشرية"، أو بقول آخر، "حماية الصفات الوراثية الحسنة في الأجيال المقبلة"[1].

وكان العلماء يريدون بذلك بناء نظريات جديدة تأسس على استخدام البحوث العلمية التجريبية في الممارسات الاجتماعية. فمن زاوية معينة، يرى البعض أن تحسين النسل يمتلك شيئا من العلم لأنه يلتجئ في الواقع إلى عدد من النظريات والنتائج الحاصلة في مختلف العلوم مثل البيولوجيا

[1] THUILLIER Pierre, *La tentation de l'eugénisme*, La Recherche, vol. 15, n° 155, 1984, pp. 734-748.
ترجمة، إلياس حسن، إغراءات تحسين النسل: سلسلة داروين والثروة الداروينية، الحلقة 13، مجلة الألوان الثقافية، بتاريخ 2009/03/26. http:// alawan.org

والأنتربولوجيا والديموغرافيا والسيكولوجيا والطب. غير أن المشروع الرئيسي اجتماعي وسياسي، لأن أنصاره كانوا يرغبون بتأكيد آرائهم وتصوراتهم المسبقة بشكل علمي. ويلعب العامل الوراثي والأنماط البيولوجية للجماعات دورا رئيسا في نمو الأفراد وتطور الأعراق البشرية.

2- التعريف القانوني.

لم تتضمن التشريعات التي تناولت موضوع تحسين النسل البشري أو المواثيق الدولية تعريفا قانونيا لهذا المصطلح، لكن مجلس الدولة الفرنسي اغتنم فرصة إبداءه للرأي حول مشروع تعديل قانون أخلاقيات البيولوجيا وحاول تعريف تحسين النسل البشري، بحيث ورد في الوثيقة الصادرة بتاريخ 2009/04/09 بأنه: " يمكن أن يقصد بتحسين النسل، مجموع الأساليب والتطبيقات التي تهدف في مجملها إلى تحسين الرصيد الوراثي للجنس البشري، حيث يمكن أن تكون ثمرة لسياسة تنتهجها الدولة تتعارض مع كرامة الإنسان، أو نتيجة لقرارات فردية يتم اتخاذها من قبل الآباء المحتملين، من أجل إنجاب طفل مثالي أو على الأقل خال من العيوب و الأمراض الخطيرة"[1]. وقد عرفه المجلس الدستوري الفرنسي بأنه: "تلك الممارسات التي تهدف إلى تنظيم وانتقاء الأشخاص"[2].

ويستفاد من كل ما سبق أن تحسين النسل من الناحية القانونية، يتمثل في " مجموع الأعمال الفردية أو الأعمال المنظمة النابعة من قناعات فكرية أو إيديولوجية، تهدف في النهاية إلى انتقاء أو تطوير صفات معينة في الكائن البشري، سواء كانت فيزيولوجية أو عقلية، بإمكانها أن تنتقل وراثيا إلى الذرية، أو تهدف إلى الحد من انتشار صفات غير مرغوب في الكائن البشري، تجنبا لانتقالها إلى الأجيال اللاحقة ".

[1] « L'eugénisme peut être désigné comme l'ensemble des méthodes et pratiques visant à améliorer le patrimoine génétique de l'espèce humaine. Il peut être le fruit d'une politique délibérément menée par un État et contraire à la dignité humaine. Il peut aussi être le résultat collectif d'une somme de décisions individuelles convergentes prises par les futurs parents, dans une société où primerait la recherche de l'« enfant parfait », ou du moins indemne de nombreuses affections graves », Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique,* Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009, La Documentation Française, Paris, 2009, p. 40.

[2] Saisi de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) et à la contraception, le Conseil Constitutionnel a rendu une décision en date du 27 Juin 2001. Sur le grief des risques eugéniques, le conseil constitutionnel répond par la définition légale de l'eugénisme disposée par l'article 16-4 du Code civil, comme étant « une pratique tendant à l'organisation de la sélection des personnes », Décision n° 2001 – 446 DC du 27 juin 2001.

ثانيا: أنواع تحسين النسل البشري

يفرق الفقهاء بين عدة أنواع من تحسين النسل البشري، وبصفة عامة يمكن الاعتماد في التصنيف على معيار الهدف المبتغى أو النطاق الذي تشمله علمية تحسين النسل.

1- معيار الهدف من تحسين النسل: (السلبي، الإيجابي).

وفقا لهدا المعيار، ينظر إلى تحسين النسل البشري على أساس الصفات البشرية أو الزيجات الوراثية التي يسعى تحسين النسل إلى الوصول إليها، وبالتالي يقسم هذا الأخير إلى تحسين نسل سلبي وتحسين نسل إيجابي. ويرمي تحسين النسل السلبي إلى منع تناسل الأفراد الذين لا يحملون صفات وراثية معينة أو المشتبه في كونهم متخلفين أو معاقين بيولوجيا أو نفسيا أو مجرمين، لتجنب انتشار تلك الزيجات وسط الأعراق أو توريثها للأجيال، انطلاقا من مسلمة أساسية تفترض أن جميع أشكال هذا النقص هو بالضرورة وراثي، لذلك كان من المنطقي إزالتها. أما الوسائل المقترحة لمكافحة فساد النسل تتدرج في إطار الإرشاد الوراثي، كمنع الزواج من حاملي بعض الزيجات الوراثية أو المنتمين إلى مجموعات اثتنية مختلفة أو الحاملين للأمراض الوراثية وصولا إلى التعقيم، ويمكن أن تصل تلك الممارسات إلى الإبادة الجماعية المحضة للأفراد كما حصل في ألمانيا النازية[1].

وفي مقابل تحسين النسل السلبي يرمي تحسين النسل الإيجابي إلى تحسين الرصيد الوراثي للجنس البشري، وبالتالي الإنقاص من انتشار الأمراض والعاهات في الأجيال المستقبلية، كما يشجع هذا النوع من التحسين الإنجاب التفاضلي أو الاصطفائي للأطفال الأصحاء، ويكون ذلك عن طريق معالجة العيوب الوراثية، ومساعدة الأفراد المعافين على التكاثر ولو بالطرق الحديثة أو الصناعية، كما تستعمل الممارسات الهادفة إلى تحسين النسل الإيجابي تقنيات الهندسة الوراثية لتحوير الحامض النووي في المضغ البشرية والتلاعب بمورثات الجنين، من أجل إضفاء صفات فيزيولويجة أو ذهنية مرغوبة مثل لون العينين أو الشعر أو القامة أو الذكاء أو الجنس وانتقاء الخلايا التناسلية في تقنية الإخصاب الصناعي خارج الرحم[2].

---

[1] PICHOT André, La *société pure : de Darwin à Hitler*, éd. Flammarion, Paris, 2000, p. 158.

[2] قد يتم الالتجاء إلى طريقة التحوير الوراثي، وهذا بالتدخل بالجينات الوراثية لإحداث تغيرات في بنيتها الأصلية وصفاتها، بما ينعكس ذلك على الجنين بولادته حاملا للصفات الجديدة، التي تم التدخل لأجل إحداثها باستعمال الطرق العلمية المشار إليها أعلاه. وقد تمكن في البداية من تحوير المنتجات الزراعية والحيوانات ثم نجاحهم في تحوير الكائنات الدقيقة ذات الأهمية الصيدلانية والصناعية وقد بدأ

2- معيار نطاق الممارسة: (الفردي، الجماعي).

حسب هذا المعيار، ينظر إلى تحسين النسل البشري على أساس نطاق أو المجال الذي تمارس فيه عمليات تحسين النسل، وبالتالي يقسم إلى تحسين نسل فردي (خاص)، وتحسين نسل جماعي (عام). أما تحسين النسل الفردي أو الخاص، فإنه عمل يسعى من خلاله الزوجين لتفادي إنجاب طفل مصاب بمرض خطير أو عاهات مستديمة. ويعرف العلماء الأمراض الوراثية بأنها: "مجموعة غير متجانسة من الأمراض المزمنة ذات الأعراض الصحية المستعصية على العلاج الناجع، يتم توارثها من الوالدين إلى الأبناء عن طريق تناسل المادة الوراثية"، وتمثل طيفا عريضا من الأمراض يكون في إحدى طرفيها اعتلال المادة الوراثية بنسبة ضئيلة، وفيها تكون العوامل المعدية النسبة الغالبة، وتنشأ الأمراض الوراثية نتيجة طفرات في الحمض النووي، تختلف أنواعها وتأثيراتها، وتنعكس هذه الطفرات على بناء منتجاتها البروتينية مما يؤدي إلى ظهور الأعراض[1].

البعض يفكر في تمديد استخدام تقنيات الهندسة الوراثية على الإنسان بحجة تحسين النسل وسط المخاوف المتصاعدة حول تخليق كائنات بشرية هجينة تخرج عن الصفات البشرية المعهودة.

Pour plus de détails, cons. SUSANNE Charles, *Les manipulations génétiques : Jusqu'où aller ?*, De Boeck université, 2e éd., 1997, p. 192.

[1] تمثل الاعتلالات الوراثية الغالبية العظمى للأسباب المرضية الجينية. تنشأ هذه الاعتلالات نتيجة اختلال في تركيب الحامض النووي وما يترتب عليه من خلل في المورثات والصبغيات، كما تساهم الطفرات التي تحدث في المورثات وكذلك المؤثرات البيئية في حدوث هذه الاعتلالات، يمكن تصنيفها إلى ما يلي:

أ. اعتلالات تركيبية: تحدث نتيجة لحيود الصبغيات عن عددها المعروف بست وأربعين صبغية في الخلية البشرية.

ب. اعتلالات المورثة المفردة: منها النوع الذي يحمل طفرات اعتلالية وحيدة القاعدة، أو تلك التي فقدت بعض تركيبات المورثات . كليا أو جزئيا.

ج. طفرة الخلية الجسدية: تنشأ عن طفرة تحدث للخلايا الجسدية والمسئولة عن تكوين جميع الأنسجة غير الجنينية بالجسم وتتميز بعدم انتقالها إلى الأجيال القادمة بواسطة طرق جنسية، ومن أمثلتها الأورام الخبيثة والتي تحدث نتيجة لطفرة في أحد المورثات المسئولة عن انقسام الخلايا وينتج عنه انقسام مستمر لا يمكن التحكم فيه وبالتالي تكوين الأورام السرطانية.

د. الاعتلالات عديدة المسببات: تنشأ عن تفاعلات بيئية مع مكونات وراثية معتلة، وعادة ما تحدث في مرحلة متأخرة من العمر.

هـ. اعتلالات المتقدرات (الميتوكوندريا): تدخل المتقدرات ضمن التركيب الأساسي للخلايا وتحتوي على 37 مورثة تختص بإنتاج بروتينات تتعلق بعملية التنفس الخلوي لإنتاج الطاقة اللازمة لإتمام العمليات الحيوية بالخلية، ويتم توارث اعتلالات هذه المورثات عن طريق الأم للأبناء والبنات وذلك كونها تتواجد في سائل البويضة من الأم. لمزيد من التفاصيل، أنظر، محسن بن علي الحازمي، تعريف الفحص الوراثي، مداخلة ألقيت في حلقة نقاش حول موضوع الفحص الوراثي ودلالاته، نواحي أخلاقية، من تنظيم اللجنة الوطنية السعودية للأخلاقيات الحيوية والطبية، بتاريخ 15 شعبان 1425، ص 10. منشورة في الموقع الالكتروني الخاص باللجنة http://www.Kacst.edu.sa/.

ويكون تحسين النسل الجماعي أو العام نابع عن معتقدات إيديولوجية وسياسية تقوم بموجبها الدولة أو إحدى المؤسسات التابعة لها، بوضع قواعد وشروط تفضيلية للتناسل، تهدف من وراءها إلى تحسين الجنس البشر. ويعمل تحسين النسل الجماعي على مستويين، الأول إيجابي موجه لتحسين الأعراق ويشجع على ميلاد الأطفال الموهوبين، والأخر سلبي يحول دون تكاثر الأطفال غير المؤهلين اجتماعيا[1].

وغالبا ما تأتي برامج الفحص الوراثي المبكر والاستشارة الوراثية الوقائية في إطار إستراتيجية وطنية للرعاية الصحية والسكان، بهدف الحد من الأمراض الوراثية والإعاقات البدنية أو العقلية، ما يكون له انعكاسات على الجوانب الاجتماعية والصحية والاقتصادية، وقد يكون في إطار أعمال غير مشروعة تهدف إلى تحسين النسل بمفهومه الإيجابي[2].

ثالثا: التطور التاريخي لتحسين النسل.

يمكن تلخيص التطور التاريخي لفكرة تحسين النسل البشري إلى مرحلين، تمثل المرحلة الأولى التنظير، تلتها فيما بعد المرحلة الثانية المتمثلة في مرحلة التطبيق الفعلي أو العملي لتلك الأفكار، وتجسيدها في نصوص قانونية لا تزال بعضها سارية المفعول. لكن بقوالب جديدة فرضتها علوم الهندسة الوراثية.

1- المرحلة الأولى: (مرحلة التنظير).

لم تكن فكرة تحسين النسل فكرة جديدة، فقد أشاد الفلاسفة الإغريق بقيمة القوانين التي لا تسمح للأطفال المشوهين خلقيا بأن يبقوا على قيد الحياة. ويذكر أفلاطون الأسس التي يجب على الحكومة أخذها بعين الاعتبار عند تزويج الرجال بالنساء في محاولة لتحسين نسل السلالة البشرية قائلا: "ينبغي توليد الطفل توليدا حسنا من أبوين قويين صحيحين، فلا يتناسل رجل وامرأة ما لم يكونا في صحة جيدة، ويضيف: "والنسل المصاب بعاهة، أو مشوه الخلقة، يجب أن يترك ليموت"[3].

---

[1] HOTTOIS Gilbert, MISSA Jean-Noël, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique : médecine, environnement, biotechnologie privé*, De Boeck université, Paris, 1er édit., 2001, p. 424.

[2] محسن بن علي الحازمي، المرجع السابق، ص 14.

[3] عبيدي حسن مجيد، تلخيص السياسة لأفلاطون، المحاور الكبرى للجمهورية، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، 1998، ص 41.

وقد اقتنع بعض فلاسفة التنوير الأوروبي، بحتمية التخلف البنيوي، واختزلوا الإنسان في بعده المادي أي البيولوجي، وعلى سبيل المثال اعتقد المفكر الفرنسيJoseph Arthur DE GOBINEAU أن اختلاط الأعراق وتزاوجها هو السبب في انحطاط الحضارات[1]. كما تجسدت تلك الأفكار بشكل واضح عند الفيلسوف الألماني Friedrich NIETZSCHE وفلسفة أخلاق القوة التي دعا من خلالها إلى إقصاء الضعفاء والمرضى. وركز NIETZSCH في فلسفته على فكرة الوصول إلى الإنسان الأعلى[2]، إذ يرى أن أوهام الإنسان المستمدة من الدين والأخلاق والقيم أوقفت ارتقاه، وعليه أن يبدأ المسيرة من جديد والمنهج اللازم إنما يتم عن طريق تحسين النسل، والتعليم، وتحسين النسل يتطلب حسبه رفض الزواج العشوائي واختيار الأرقى من الرجال لأمثالهم من النساء[3].

وبظهور الأبحاث العلمية لـ Charles DARWIN اتخذ الفكر الغربي مسارا جديدا بتوظيف البيولوجيا في الرؤى المتعلقة بتحسين النسل، واستنادا على ذلك سعى Francis GALTON مؤسس علم تحسين النسل إلى رصد التفاوت العرقي للحد من تناسل الفئات غير المرغوب فيها، وكشف عالم البيولوجيا البريطاني عن نزعة عنصرية واضحة بدعوته للتفرقة بين الأجناس البشرية. إلا أن آراءه لم تستند إلى المعارف البيولوجية الدقيقة، كون أبحاث Mandel حول الوراثة لم تكن بارزة آنذاك وقد التجئ GALTON إلى الإحصاء واقترح أن تقاس عبقرية الأشخاص بالطريقة النسبية[4].

وتأثر بتلك الأفكار أيضا Martin HEIDEGGER الذي كان يعتبره النازيون فيلسوفهم، وانضم إليه عالم الأنثروبولوجيا Eugen FISSCHER المدافع بقوة عن فكرة تعقيم البشر والقتل الرحيم للمعوقين[5]. ومن بين دعاة التطوير الوراثي الاجتماعي Hermann Joseph MULLER الذي يعد من العلماء المتحمسين للهندسة الوراثية البشرية في العصر الحديث، بحيث دعا إلى تأسيس بنوك للنطاف المنوية لجمع مقدار منها من الواهبين، وتخزين ذات الصفات الوراثية المرغوبة. ثم يلجأ الباحثون إثر ذلك إلى تلقيح عدد كبير من النساء الراغبات من تلك النطاف المنوية لتحملن بشرا متفوقين وراثيا، والوصول

---

[1] CAROL Anne*, Histoire de l'eugénisme en France : Les médecins et la procréation, XIXe-XXe siècle*, éd. du Seuil, 1995, p. 140.

[2] كامل محمد محمد عويضة، فريديريك نيشه، نبي فلسفة القوة، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1993، ص 91.

[3] STIEGLER Barbara, *Nietzsche et la biologie*, PUF, 2001, p.10.

[4] ورغم أن Darwin كان رافضا بشدة مبدأ التمييز وتقسيم البشر إلى فئات عليا ودنيا بحسب أجناسهم، بحيث اعتقد أن فكرة التكافل الاجتماعي تعلو عن القوانين العلمية، ولا يجب بالتالي أن تتبع مفاهيم الصراع والانتقاء الطبيعي. إلا أن بعض المفكرين نجحوا في استخدام فكرة الانتخاب الطبيعي التي طرحها في كتابه الشهير "أصل الأنواع"، كحجة لتبرير أطروحاتهم العنصرية، وتحولت الداروينية الاجتماعية إلى سلاح تنظيري لمحاربة كل من يرفض العواقب الأخلاقية لنظريات الانتخاب الطبيعي على الصعيد السياسي والاقتصادي والاجتماعي، التي تستهدف بطبيعة الحال الفئات الضعيفة.

[5] PICHOT André, op. cit., p. 189.

إلى عالم أفضل. ويؤكد أصحاب هذا الخط العناية بخصائص الواهب من حيث الكفاءة العقلية الرفيعة والشخصية المفضلة اجتماعيا والخلو من العيوب الجسدية ذات العلاقة بالوراثة[1].

2- المرحلة الثانية: (مرحلة التطبيق).

لم تبق الأفكار المتعلقة بتحسين النسل التي صاغها المفكرين مجرد نظريات، بل انتقلت في القرن التاسع عشر إلى التجسيد الميداني عن طريق حركات وتيارات تتبنى هذا المسعى، وكانت الحركة العالمية لترقية تحسين النسل قد عقدت أول مؤتمر لها في لندن سنة 1912 بهدف وضع برامج تفضيلية للصفات المرغوبة، وقد شارك أعضاء من الهيئة الاستشارية الفرنسية في فعاليات المؤتمر، ليتم بتاريخ 1913/01/29 إنشاء الجمعية الفرنسية لتحسين النسل في أعقاب النقاش العام حول النمو الديمغرافي والسكان، وقد ترأسها في البداية الطبيب Charles RICHET الحائز على جائزة نوبل في الطب، وقد كانت الجمعية تسعى إلى تطهير المجتمع من الأوبئة المتفشية والأمراض الوراثية وحماية الأمومة والطفولة[2]. أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد تأسست الجمعية الأمريكية لتحسين النسل عام 1921 وتشكلت من مجموعة من النخبة من أطباء ومحامين وعلماء في مختلف الميادين، وقد مولت هذه الجمعية مسابقات العائلات الأنسب في معارض الولايات المتحدة[3]. كما قام Charles DAVENPORT بتأسيس سجلات تحسين النسل البشري، ودعا لتطوير الجنس بتوظيف نظريات الوراثة حيث جمع هذا المكتب معلومات عن آلاف العائلات الأمريكية من أجل البحث الوراثي. وبعد البرهان على وراثة لون العين والجلد والشعر، لإثبات صفات والإجرام والبلاهة[4].

وقد لاقت التوجهات الرامية إلى تحسين النسل بوجهيه السبي والإيجابي رواجا، بحيث تحولت إلى برامج اجتماعية وسياسية عنصرية، تمت ترجمتها في نصوص قانونية يمكن حصرها في ثلاثة ميادين أساسية: الأول يتعلق ببرنامج التعقيم المنظم أو القصري، والثاني يتعلق بوضع إطار قانوني صارم لتنظيم الزواج، أما الميدان الأخير فيتعلق بتضييق شروط الهجرة لتجنب اختلاط الدم.

وكان أولى الدول التي تبنت قوانين تحسين النسل الولاية المتحدة الأمريكية، ففي سنة 1907 سمحت الدولة بتعقيم بعض فئات المجرمين المعتادين أو مرتكبي الجرائم الجنسية، امتدت فيما بعد لفئات المرضى والمعتوهين ثم إلى فئة مدمني الكحول والمخدرات. وقد دعمت المحكمة العليا هذا التوجه في

[1] MISSA Jean-Noël, SUSANNE Charles, op. cit., p. 24.
[2] FOURNIE Gérald, op. cit., p.459.
[3] PERBAL Laurence, *Gènes et comportements à l'ère post-génomique*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 2011, p. 32.
[4] MISSA Jean-Noël, SUSANNE Charles, op. cit., p. 11.

قرارها الشهير الصادر بتاريخ 1927/05/02 عندما صرحت بدستورية قانون ولاية فرجينيا المتعلق بإجبارية التعقيم[1]. وتبعا لذلك بوشرت حملات تعقيم واسعة بالمصحات العقلية والسجون، ثم حذت العديد من الدول الأوروبية، في الفترة بين الحربين العالمتين حذو الولايات المتحدة الأمريكية، مثل بريطانيا والدانمرك وألمانيا والسويد وغيرهم رغم معارضة الكنيسة الكاثوليكية. أما في فرنسا فلم يتم إصدار قانون يتعلق بمنع التكاثر البشري لفئات اجتماعية معينة، إلا ما تعلق بالقانون الذي صدر في ظل حكومة Vichy بتاريخ 1942/12/16 القاضي بإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج[2].

ولعل أهم مظاهر تحسين النسل ما اتخذته ألمانيا النازية من أعمال نابعة من قناعات إيديولوجية، فقد اعتقد Adolf HITLER بنظرية السمو الحيوي وسيادة الجنس الآري، وحاول جعل المجتمع الألماني مجتمع قومي متماسك يستبعد أي شخص يعتبر بشكل موروث ذو قيمة أقل أو أجنبي من الناحية العرقية، واتخذ من تلك الأفكار منهج لسياسة الدولة . وكانت مقاييس الصحة العامة للسيطرة على التناسل والزواج تهدف إلى تقوية "الكتلة الوطنية، من خلال التخلص من الجينات ذات التهديد البيولوجي، وصيانة أجيال المستقبل من العيوب الوراثية. وقد ساند العديد من الأطباء والعلماء الألمان أفكار علم الصحة العنصري. كما حذر خبراء السكان من الموت القومي. تمخض عنها فيما بعد جرائم مروعة وبعد نهاية الحرب وجهت أصابع الاتهام لحركات تحسين النسل على أنها قد ساهمت بشكل أو بآخر في تغذية الأفكار العنصرية التي أدت إلى ارتكاب الجرائم ضد الإنسانية. وقد بدأت تلك الحركات في الانحسار بعد محاكمة نورمبارغ الشهيرة، لكنها رجعت في الآونة الأخيرة لكن بأساليب جديدة كشفت عنها التطورات الطبية الحديثة، مما طرق عدة قضايا أخلاقية اختلفت فيها وجهات النظر بين مؤيد ومعارض[3].

---

[1] *Carrie Buck v. John Hendren Bell,* 274 U.S. 200, 47 S.Ct. 584.

[2] CAROL Anne, op. cit., p. 331.

[3] وهكذا صدرت سلسلة من القوانين أهمها، "قانون حماية الدم والشرف" الصادر بتاريخ 1935/09/15 الذي نظم العلاقات الأسرية والزوجية، وحظر الزواج بين الأشخاص المتمتعين بالصحة والأشخاص الذين يعتبرون غير لائقين من الناحية الوراثية. وأصبح الزواج وإنجاب الأطفال واجبا قوميا للائقين عنصريا، وبتاريخ 1934 صدر مرسوم يمنع إجهاض النساء الحاملين للصفات البيولوجية السامية. وفي عام 1936 تم إنشاء المكتب المركزي الألماني لمكافحة اللواط والإجهاض، لزيادة الجهود لمنع الأفعال التي تعوق التكاثر. وبتاريخ 1940/11/19 صدر أيضا مرسوما سريا يسمح بإجهاض النساء الحاملين للمواصفات البيولوجية الأدنى بهدف التخلص من عيوب الولادة والأضرار الجينية للأجيال التالية. وبتاريخ 1933/07/14، صدر قانون التعقيم الذي يمنع تناسل المرضى وراثيا، وكان الأفراد الذين خضعوا لهذا القانون من الرجال والنساء الذين "يعانون" من الأمراض التسعة المصنفة في قائمة الأمراض الوراثية وكانت قرارات التعقيم آنذاك تتخذ بشكل روتيني توسع برنامج "القتل لصالح الوطن للمرضى الذين "يتعذر شفاؤهم"، والفئات التي تشكل عبئا على الموارد البشرية. لمزيد من التفاصيل، أنظر،

PICHOT André, op. cit., p. 242.

الفرع الثاني

القضايا الأخلاقية التي يطرحها التحسين الوراثي للنسل البشري

تطرح فكرة تحسين النسل البشري العديد من المسائل الأخلاقية، أهمها تتعلق بحقوق المرضى والمعوقين وإجهاض الأجنة المشوهة خلقيا، ثم مسألة المساس بطبيعة الجنس البشري وهويته، إلا أن السؤال المطروح الآن يتمحور حول التقدم الذي حدث في مسار العلوم الجينية والتقنية الحيوية، هل سيؤدي إلى تحسين قدرات الكائن البشري؟ وهل سوف تنتج لنا هذه التقنيات إنسانا أكثر إنسانية من الإنسان الحالي أم أقل إنسانية؟

أولا: حتمية التطور البيولوجي للإنسان.

لم يعد الطب في عصرنا الحالي يساهم فقط في علاج الأمراض والوقاية منها، بل انتقل إلى مرحلة أخرى ألا وهي تطوير الكائن البشري والقضاء على مواطن الضعف فيه، فالعلماء يحاولون اليوم تعديل الخصائص الوراثية وتطوير القدرات الذهنية والجسدية للإنسان، لكن تلك تطبيقات الهندسة الوراثية بهذا الشكل على الإنسان قد ينجم عنها تهديدا خطيرا على الرصيد الوراثي للجنس البشري.

1- إسهام التكنولوجيا الطبية والوراثية في تطوير الكائن البشري.

هناك من يرى بأن التكنولوجيا الطبية والأبحاث الوراثية يجب أن تساهم في تطوير الكائن البشري والقضاء على الضعف البيولوجي، ويرون بأن المقاربة البيولوجية التي يعتمد عليها دعاة المذهب الإنساني من المحافظين الذين يدافعون بشدة على الهوية الكلاسيكية للإنسان ويعارضون بشكل مطلق تطوير الكائن البشري، هي مقاربات في حقيقة الأمر عاجزة عن توفير معايير موضوعية. ويضرب هذا الفقه مثلا بتشوهات الجنين الخطيرة التي يمكن أن تكون مبرر في إجراء عملية الإجهاض الطبي، فإن محاولة لجان الأخلاقيات الطبية في المستشفيات البحث عن معايير بيولوجية لاتخاذ قرار إسقاط الحمل في هذه الحالة سوف يكون بدون شك صعبا ومحرجا، وقد يختلف الأطباء بلا شك في تحديد ما يحتمل وما لا يحتمل من العيوب الخلقية للجنين، أي حول المواصفات التي يجب أن تكون في هذا الكائن البشري القادم للحياة متوائمة مع الطبيعة البشرية، حتى يتمكن الطفل من العيش بصفة طبيعية بين أفراد النوع البشري، فالمخرج لا يكمن في النهاية من خلال المقاربة البيولوجية وحده[1].

[1] HALPERN Catherine, *Rencontre avec François Dagogn,* Sciences Humaines, Mensuel, Octobre 2003, n° 142.

وتدعيما لذلك، ينطلق الفيلسوف الألماني Peter SLOTERDIJK من معاينة مفادها بأن الإنسان ولد غير مكتمل، وقد عملت منذ الأزل تقنيات على تشكيله سواء عن طريق تقنيات التربية أو قواعد الزواج أو مؤسسات رمزية، فهناك إذن إنتاج ذاتي بل هناك تدجين ذاتي للإنسان. وتمثل التكنولوجيا البيولوجية الحديثة بتدخلها في الرصيد الوراثي تقنية جديدة، ولكنها تنتسب إلى تلك التي سبقتها. فلا وجود لجوهر للإنسان باعتباره معطى نهائيا[1].

فالإنسانية تملك اليوم من خلال تقنيات الهندسة الوراثية إمكانيات هائلة لتعديل الإنسان وتطويره، الشيء الذي يعتبر قفزة نوعية في تاريخ البشرية يتعدى تصور داروين حول التطور الطبيعي. فإن كانت للإنسان سمات وخصوصيات تميزه عن باقي الكائنات الأخرى كالحيوان والجماد، فلكون الإنسان متفتحا أيضا على كل الإمكانيات بما فيها إمكانية التطور البيولوجي، فبتعديل الهوية الحالية للكائن البشري بإمكان الإنسانية أن تصل إلى مرحلة تستطيع فيها الهروب والتخلص من قانون التطور، وتنتقل إلى مرحلة التحكم في المصير بعد أن عاشت طويلا تحت رحمة الطبيعة والزمن والدين[2].

واستنادا على ذلك، يتحتم على الإنسان أن يخرج من المعطى الجوهري الثابت والحدود التي رسمها لنفسه بنفسه، وأن التطورات في مجال الطب والبيولوجيا سوف تعطينا القدرة على تحقيق ذلك المبتغى، وتهيئ الفرصة لاستقبال الكائن البشري الجديد المحسن وراثيا أو آليا الذي يكون بديلا عن الإنسان الحالي، ما عدا احتفاظه بالعقل أساس الاختيار والإبداع والحرية. فعلينا أن نحضر أنفسنا إذن لتقبل فكرة الإنسان ما بعد الإنسان، فالإنسان الحالي هو في النهاية جسر للعبور إلى مرحلة أخرى مقبلة يجب تجاوزه وليس في حد ذاته نهاية[3].

2- ضرورة الحفاظ على الرصيد الوراثي للكائن البشري.

يعارض جانب آخر من الفقه استعمال الهندسة الوراثية في تحسين النسل على أساس فكرة الحفاظ على الرصيد الوراثي للكائن البشري المرتبطة أساسا بهوية الإنسان وكرامته، حيث يعتبرون

---

[1] Pour plus de détails, V. PARIZEAU Marie-Hélène, *Catégorisation éthno-raciale et recherches génétiques: analyse éthique. L'exemple paradigmatique du projet HapMap*, in « Néoracisme et dérives génétiques », Presses Université, Laval, 2006, p. 266.

[2] عادل حدجامي، مسألة التحسين الجيني في الفلسفة الألمانية المعاصرة: سلوتردايك ضد هابرماس، مقال منشور في مجلة الأوان الالكترونية، ملف البيوطيقا سلطة التقنية وتنافر القيم، بتاريخ 2009/12/22. http:// alawan.org

[3] حميد زناز، الطبيعة البشرية، تلك الفرية الكبرى، ضمن ملف البيوطيقا، سلطة التقنية وتنافر القيم، مقال منشور في مجلة الأوان الالكترونية. بتاريخ 2010/01/30. http:// alawan.org

التلاعب بالجينات مغامرة نحو المجهول، فلا بد إذن من توقيف رغبة العلماء في القيام مقام الطبيعة في مجال التوالد البشري وانتقاء الجنس، ومنعهم من تحوير أو تهجين المورثات قبل فوات الأوان، خوفا من أن تؤدي تلك التجارب إلى تشويه خلق الإنسان أو تخليق كائنات ممسوخة كليا، فإجازة القانون لتلك التجارب لا بد أن تنحرف في نهاية المطاف عن المسار الأخلاقي رغم فرض القيود. فالتطور في الهندسة الوراثية سوف يفتح إذن الآفاق أمام التحكم في تركيبة الجنس البشري الوراثية ويسيطر بالتالي على الطبيعة البيولوجية للبشر[1]. فمن المناسب استباق التطورات المستقبلية في مجال البحث الوراثي لكيلا نجد أنفسنا أمام الأمر الواقع دون أمل في العودة إلى الوراء[2].

ويعيب هذا الرأي على تقنيات التحسين الجيني أيضا تجريدها للجنين الذي يعتبر شخص محتمل الوجود بالمعنى الأخلاقي من طابعه الإنساني، وتجعله كالأشياء المادية بما يمس إنسانية الإنسان. فمحاولة تحسين الكائن البشري باستخدام التقنية الحيوية ستؤدي إلى نهاية محزنة للإنسان قد تنتهي بانتحاره الإرادي. ويخشى البعض من أن يقود التقدم في مجال هندسة الجينات إلى برنامج مدعوم من قبل الدولة لإنتاج جنس متفوق وراثيا على غيره من الأجناس، مما يعيد للأذهان الأفكار القديمة للتفوق العرقي.

ثانيا: حرية الاختيار والاستقلالية.

يطرح التحسين الوراثي للجنس البشري إشكالية حق الأبوين وحريتهما في اختيار صفات الجنين القادم للحياة، ويستند مؤيدو هذه الفكرة إلى ذلك يدخل ضمن حرية الإرادة. وعلى العكس، فإن معارضي فكرة تحسين النسل يرون بأن في ذلك تقييدا لحرية الطفل وإهدارا لكرامته.

1- حق الأسرة وحريتها في اختيار صفات المولود.

يرجح هذا الرأي إرادة الفرد على البعد الطبيعي للكائن البشري، فبالإمكان حسبهم أن يستفيد الإنسان من التكنولوجيا الجديدة ليعزز قدراته العقلية والفسيولوجية، وفي المقابل إلغاء كل ما هو غير مرغوب فيه، عقليا وجسديا، كالمرض والغباء والشيخوخة، وحتى الموت الطبيعي. ويرون بأنه يجب أن يكون تحسين النسل مسألة اختيار شخصي من قبل الأبوين لجنس المولود وصفاته، وليست أمر قصري،

[1] POTHIER François, *Ya – t – il une limite a la modification biotechnologique de l'être humain ?*, in « L'homme biotech : humain ou post humain », sous la direction de Jean-Pierre Béland, Presses Université, Laval, 2006, p. 35.
[2] FRYDMAN René, *Dieu, la médecine et l'embryon*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999, p. 171.

وهي الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها الهندسة الوراثية المستقبلية. وعلى سبيل المثال، تستند المفكرة الفرنسية Anne FAGOT-LARGEAULT لقداسة مبدأ الحرية التي كرستها القوانين، وحقوق الفرد في اختيار صورته وفي تقويم عيوب رصيده الجيني وتحسين ذاته والترقي بها. وتبعا لذلك، ليس لنا أن نفرض على الناس قدرا فوقيا إن كانت العلوم اليوم تحررنا من هته الحتمية. وفضلا على ذلك، فإن الطفل المعدل وراثيا سوف لن يكون أقل حرية مثل غيره من الأطفال الذين يرثون جيناتهم من والديهما بطريقة طبيعية، وعليه أن يتعايش مع هذا الواقع مثلما عليه أن يتعايش مع محيطه الاجتماعي والتربوي والثقافي، وكل ما هو موجود وعلى أساسه تتأسس الحرية[1].

فإذا كانت طرق تحسين النسل القديمة تستلزم تشجيع ولادة الأكفاء واستبعاد غير الصالحين، فتحسين النسل الجديد أو الألطف سوف يسمح بتحويل غير الصالحين إلى أعلى المستويات الوراثية. ويقوم الوالدان بالفعل باتخاذ مثل هذه الخيارات عندما يكتشفان كذلك بأن هناك احتمال كبير أن يصاب طفلهم بالإعاقة، فيقرران عمل إجهاض. ومع ذلك، فهذه التقنيات لن تنطوي على إكراه البالغين أو تقييد لحقوقهم الإنجابية، بل على العكس من ذلك، فسيتوسع المدى المتاح من الخيارات الإنجابية بشكل كبير، وسوف ينحصر معها القلق بشأن العقم والعيوب الولادية ومجموعة كبيرة من المشاكل الأخرى ولا يقتصر على الخيارات الإنجابية وحدها[2].

2- الاستقلالية الفردية وانتقاء الجنس.

يدحض الفيلسوف الألماني Jürgen HABERMAS فكرة تحسين النسل وتبرير انتقاء الجنس على أساس حق الوالدين في الاختيار، وينطلق من إشكالية مفادها أنه لو كان اختيار الآباء خصائص وراثية معينة لأطفالهم أمرا مشروعا، فهل سيكون بإمكان هذا الطفل أن يعتبر نفسه حقا صانعا لحياته الخاصة حينما سيدرك أنه كان موضوع برمجة جينية؟ حيث يعتقد أن التحوير الجيني لكائن بشري لم يولد بعد هو بمثابة التأثير في مسار حياة بأكمله، بما لا يترك لهذا الكائن البشري أي مجال للاختيار، وسوف يصبح الطفل دمية تحركها أيادي من صنعوه، ويضيف قائلا بأن المعالجات الوراثية تخاطر فعليا

---

[1] Pour plus de détail, cons. POULANTZAS Ariane, *La question du statut de l'embryon est devenue centrale*, Rencontre avec Anne Fagot-Largeault, Sciences Humaines, Grand Dossier, La moralisation du monde, Mars - Avril - Mai 2006, n° 2.

ترجمة، منتصر الحملي، حوار مع الفيلسوفة آن فاقو – لارقو، مجلة الأوان، بتاريخ 2009/12/27. http:// alawan.org

[2] إيهاب عبد الرحيم محمد، الإطار الأخلاقي لأبحاث الجينوم والهندسة الوراثية البشرية، مجلة عالم الفكر، الكويت، 2006، عدد 2، ص 280.

بتحوير بذات الإنسان باعتباره عضو في النوع البشري. ويأمل في وضع مخطط إجمالي لحماية النوع البشري تجاه تكنولوجيات البرمجة الوراثية.

فصحيح أن العلوم المعاصرة تظهر إمكانية تحقيق الاختيار على المستوى العملي، لكن هذا الأمر لا يعني أن الفرد يختار، فالشيء الذي لم ينتبه إليه دعاة الليبرالية التحسينية هو أن الذات التي يتم تحسينها ليست هي من يختار عمليا، بل هما الوالدان، فأول شروط الاختيار الذي هو الوعي والإرادة، غير متحقق لحظة حصول الفعل عليه، ولهذا فالتحسين هو على الحقيقة النقيض التام للحرية، لأنه يحرم الطفل من إمكانية الحرية المستقبلية، فاختيارات الآباء لتعديلات على أبنائهم لن تكون حينها إلا قدرا جديدا يفرض ذاته على الأجيال القادمة، لهذا ينبغي مناهضة حرية التحسين الجيني باسم الحرية[1].

ثالثا: إسهام تحسين النسل في حماية الصحة العمومية وترقيتها.

تتجه الأفكار المعاصرة إلى ضرورة حسن استغلال تقنيات الهندسة الوراثية والموازنة بين المنفعة والضرر بما يعود بالمنفعة للإنسان، فليست جميع صور تحسين النسل منبوذة، بل يمكن الاستعانة ببعض تطبيقات تحسين النسل في ترقية الصحة العمومية، مع استبعاد التلاعب بالرصيد الوراثي للكائن البشري.

1- العبرة بحسن استخدام تقنيات الهندسة الوراثية.

يرى أصحاب هذا الرأي، أنه يجب أن ينظر لموضوع تحسين النسل بأكثر عقلانية والتحقق عن المخاطر الأخلاقية التي قد تنجم عن تطبيقات الهندسة الوراثية واستغلالها في خدمة الإنسان المستقبلي، وبالتالي يتعين قبل كل شيء تثمين الحرية ومبدأ الموافقة على التدخلات الطبية واحترام أخلاقيات مهنة الطب، فالتحسين الوراثي للنسل يتعين أن توجهه قرارات الوالدين الشخصية. ويمكن الالتجاء إلى التدخلات الجينية المقبولة أخلاقيا على أنها علاجية، أي تلك التي تهدف لتجنب العيوب التي لا توجد في البشر الأسوياء، ويرون بأنه قد توجد بعض التدخلات التي يمكن إدراجها تحت مسمى تحسين النسل، كتحسين الذكاء والقوة البدنية. ويشيرون أن الهندسة الوراثية لا يمكن أن تسعى مثلا إلى تخليق أفراد تتخطى قدراتهم حدود المستوى الطبيعي[2].

[1] عادل حدجامي، المرجع السابق، ص 03.

[2] محمود سعيد الحفار، المرجع السابق، ص 272.

2- الوقاية من الأمراض الوراثية والقضاء عليها.

يشير التوجه المعتدل أيضا إلى أن المضي قدما في استعمال التكنولوجيا الطبية كالتشخيص قبل الزرع أو التشخيص قبل الولادة، سيمكننا من القضاء على كثير من الأمراض الوراثية وإصلاح التشوهات الخلقية للجنين، ولا حرج أن يصبح التحري الوراثي وإصلاح الأجنة المعيبة جزءا من الرعاية الصحية، ما يسهم في حماية الصحة العمومية ترقيتها، فهناك الكثير من الأطفال يولدون بتخلف عقلي أو عيوب خلقية، وكلها أمراض تنشأ نتيجة خلل في التركيب الوراثي أثناء تشكل الجنين في طور الخلية الجنينية. فالهدف من الأبحاث العلمية الوراثية يجب أن يكون توفير الرعاية الصحية، وبذلك تأتي أجيال المستقبل دون تلك العاهات الخلقية والوراثية. وفي هذا الإطار، يرى المفكر الفرنسي Dominique LECOURT أنه يوجد معتقد خاطئ متصل بعدم فهم طبيعة التقنية ذاتها على الكائن الحي، بأنها دخيلة على الإنسان، والحال أن لها أصلا حيويا، وهي تهدف إلى تحسين تعاطينا مع المحيط. وبالجهة المقابلة، يشير أن المتمسكين بفكرة الطبيعة البشرية المقدسة يتخوفون من فناء للنوع البشري، فالتدخلات التقنية ليست بطبيعتها جيدة أو سيئة، وإنما الأمر يرتبط بالاستخدامات التي سيوظف فيها[1]. وتبعا ذلك، وقد حاولت القوانين الحديثة ضبط استعمال تقنيات الهندسة الوراثية الحديثة في مجال الطب والبيولوجيا، آخذتا ببعض صور تحسين النسل، بما يكفل حماية صحة البشر في إطار احترام كرامة الإنسان وحرياته الأساسية.

الفرع الثالث

مشروعية التحسين الوراثي للنسل البشري

تطرقت التشريعات الحديثة إلى المسائل المتعلقة بتحسين النسل، بما يتماشى مع التطورات البيولوجية والطبية المعاصرة، والشيء الملاحظ من خلال تصفح تلك النصوص أنها أخذت ببعض تقنيات التحسين السلبي للنسل للوقاية من انتشار الأمراض الوراثية، وجعلت القوانين تلك التدابير اختيارية، متخلية على الوسائل القصرية القديمة[2]. كما حاولت من جهة ثانية حماية الرصيد الوراثي للإنسان من التلاعبات التي تغير من طبيعته.

---

[1] LECOURT Dominique, *la technique la vie et la nature humaine*, in « L'être humain, l'animal et la technique », sous la direction de Georges CHAPOUTHIER, Presses Université, Laval, 2007, p. 221.

[2] استخدمت الطرق الحديثة في تحسين السلالات عند الثديات من قبل البياطرة في الطب الحيواني لتحسين نوعيتها يستند تحسين النسل البشري اليوم إلى مجموعة من الأساليب العلمية، التي تهدف إلى التحكم في السلالة البشرية، منها ما يدخل ضمن العلوم الطبية والبيولوجية كعلم الوراثة الجزيئي والبيولوجية الخلوية وطب أمراض النساء وطب ما قبل الولادة، ومنها

أولا: التشخيص الوراثي قبل الزواج.

ترجع المطالبة بفرض التشخيص الطبي قبل الزواج إلى النظرية التي تقوم على أساسا تحسين النسل، وهدفه الرئيسي المحافظة على صفات النوع البشري عن طريق منع الزواج بين الأفراد المصابين بأمراض خطيرة أو معدية، لأن هذا النوع من الزواج يؤدي حسب هذه النظرية إلى خلق نسل معيب أو مشوه، وكان المشرع الفرنسي قد تطرق إلى عملية التشخيص الوراثي قبل الزواج، وأدرجها فيما بعد المشرع الجزائري ضمن قوانين الصحة والأسرة.

1- التشخيص الوراثي قبل الزواج في القانون الفرنسي.

لم يكن القانون المدني الفرنسي يتضمن نصوص خاصة بالحالة الصحية كشرط لانعقاد الزواج، لأنه عادة لا تأثير لجسم الإنسان في الزواج على تكوين العقد، بحيث لا يؤخذ بعين الاعتبار عند الزواج إلا بإرادة الأطراف، فعدم توفر الراغبين في الزواج على صحة جيدة لا تعتبر شرطا من شروط صحة الزواج. غير أنه يمكن أن يشكك في هذا الشرط عندما تكون الحالة الصحية لأحد الأطراف قد أثرت بشكل مباشر على رضا الطرف الآخر وأثناء طرح مشروع القانون الخاص بإحداث شرط تقديم الراغبين في الزواج لشهادة طبية، ثارت مناقشات حادة واختلافات الرأي بين معارضي وأنصار سياسة تحسين النسل وتعرضت هذه المشاريع لانتقادات، على أساس أن هذا الإجراء يمس الكرامة الإنسانية[1].

إلا أن المشرع الفرنسي تدخل لحسم الموقف بموجب القانون الصادر في 1942/12/16 المتعلق بحماية الأمومة والطفولة، واشترط تقديم الشهادة الطبية أمام ضابط الحالة المدنية قبل إبرام عقد الزواج، ورغم أن القانون صدر في ظل حكومة Vichy الموالية للنازية، لكن تم تأكيد الإجراء بموجب القانون الصادر في 1945/11/02. وقد نظمت المادتان 2121 – 1 و2121 – 2 من قانون الصحة العمومية فيما بعد شروطها والفحوصات الطبية الواجبة مثل تحاليل الدم، لكن بصدور القانون 1787 – 2007 المؤرخ في 2007/12/20 تخلى القانون الفرنسي على شرط تقديم الشهادة الطبية نهائيا وأصبحت هذه الأخيرة اختيارية[2].

ما يدخل ضمن إطار العلوم الأخرى مثل العلوم البيئية والتعليم وعلم الاجتماع، وتستعمل تلك الوسائل في الغالب لبناء السياسات التشريعية في مجال تسحين النسل.

[1] LAMARCHE Marie, Jean-Jacques LEMOULAND, *État de santé des futurs époux*, Répertoire de droit civil, Dalloz**,** janvier 2014, p. 42.

[2] Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 *relative à la simplification du droit*, JORF, n°0296 du 21 décembre 2007, p. 20639.

2- التشخيص الوراثي قبل الزواج في القانون الجزائري.

اعتمد المشرع نظام الفحص الطبي السابق للزواج بموجب المادة 115 من قانون الصحة العمومية الصادر بتاريخ 1976/10/23، ووفقا لما جاء في النص القانوني، فإن الغرض من الفحص السابق للزواج حماية صحة العائلة[1]. لكن تلك المادة بقيت دون تطبيق فعلي إلى غاية صدور القانون 05 – 02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، بحيث نصت المادة 07 مكرر بأنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج. يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية". ثم صدر المرسوم التنفيذي 06 – 154 المؤرخ في 2006/05/11 المحدد لكيفية تطبيق المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، الذي اشترط على الطبيب قبل منح الشهادة إلا بناءا على فحص عيادي كامل وتحليل فصيلة الدم. كما أشارت المادة 04 أن الفحص يمكن أن ينصب على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب القابلة للإصابة ببعض الأمراض، ليقوم ضابط الحالة المدنية أو الموثق المكلف بإبرام العقد بإخطار الطرفين. لكن المشرع لم يجعل السوابق المرضية أو العيوب الجسدية عائقا في إبرام العقد[2].

وجسد المشروع التمهيدي لقانون الصحة شرط الفحص الطبي قبل الزواج حماية لصحة الجنين وسلامته، حيث نصت المادة 76 من الوثيقة بأنه: "قصد الكشف ولتفادي الأمراض الوراثية و/أو المتنقلة وكذا الأمراض المزمنة والإعاقات، يلزم المقبلون على الزواج بإجراء فحص طبي سابق للزواج. تسلم نتائج الفحوصات والتحاليل للمعنيين، بصفة فردية وسرية. تحدد قائمة الفحوص والتحاليل للمذكورة في الفقرة السابقة عن طريق التنظيم".

وتكمن الفوائد من إجراء الفحص الجيني قبل الزواج في الوقاية من الأمراض الوراثية التي تصيب الجنين، وذلك بمعرفة حاملين الجينات المعتلة. فإذا كان الرجل المقدم على الزواج حاملا لجين معتل، وكذلك المرأة حاملة للجين المعتل نفسه، فإن هذا يؤدي إلى احتمال إصابة بعض ذريتهما بمرض وراثي، مع كونهما سليمين من هذا المرض، ولا يشتكون من أي أعراض له. وحينئذ ينصح الراغبان في الزواج بالعدول عنه، تجنبا لإصابة الذرية بالأمراض الوراثية، فإن أصرا نصحا بأهمية فحص الخلايا الجنسية قبل الحمل، أصبحت عدة دول تراقب بشدة الحالة الصحية للأفراد قبل الزواج لمعرفة الأهلية البدنية للرجل والمرأة. والملاحظ أن التدابير الطبية التي اعتمدها المشرع إلزامية للمقبلين على الزواج، وأن

[1] الأمر 76- 79 المؤرخ في 1976/10/23، المتضمن قانون الصحة العمومية، (ج.ر 101).

[2] المرسوم التنفيذي 06 – 154 المؤرخ في 2006/05/11، المحدد لكيفية تطبيق المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، (ج. ر 31).

الهدف منها دعم البرامج الصحية النوعية وتنجب التشوهات الخلقية والوراثية التي تصيب الجنين، ما يدخل حتما ضمن مفهوم تحسين النسل السلبي.

ثانيا: التشخيص الوراثي قبل الزرع وانتقاء الجنس.

التشخيص قبل الزرع Diagnostic préimplantatoire هو شكل من أشكال التشخيص البيولوجي المرتبط بتقنيات الإخصاب الاصطناعي، والذي يقوم على تشخيص مورثات خلايا يتم انتزاعها من المضغ المستكنة في الأنبوب[1]. ويعمل الأطباء على فحص الخلايا التناسلية إلى تحقيق هدفين، الأول يتمثل في انتقاء أفضل اللقاحات التي تكون خالية من العيوب الوراثية قبل إجراء عملية التخصيب لإعطاء أكبر فرص ممكنة لنجاح الحمل، وعدم إصابة الجنين بأمراض أو تشوهات تؤدي إلى الإجهاض أو ازدياده مصابا بأمراض أو إعاقات يصعب شفاءها. ويمكن أن يهدف التشخيص قبل الزرع إلى تعديل مورثات اللقاحات البشرية لاختيار جنس الطفل أو الانتقاء النوعي لبعض صفاته أو ميزاته الوراثية. لهذا السبب أثارت هذه التقنيات الطبية الجديدة العديد من المخاوف من انحرافها عن الأغراض العلاجية للمضغة، وتحولها إلى تقنيات تستعمل في انتقاء الجنس بامتياز. لهذا نالت عمليات التشخيص قبل الزرع الاهتمام الكبير من طرف التشريعات الداخلية والمواثيق الدولية ذات الصلة.

1- التشخيص الوراثي قبل الزرع في الصكوك الدولية.

تناولت المواثيق الدولية موضوع البحوث الطبية في مجال المجين البشري وحقوق الإنسان بشيء من الحذر، وعلى سبيل المثال، أشارت المادة 5 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، أنه لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأي معالجة أو تشخيص يتعلق بمجين شخص ما إلا بعد إجراء تقييم صارم ومسبق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة، مع الحرص على المصلحة العليا للشخص المعني. وأكدت المادة 12 من نفس الوثيقة، بأن للجميع الحق في الانتفاع بمنجزات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب فيما يخص المجين البشري، وذلك في إطار احترام كرامة وحقوق كل فرد،

---

[1] Art. L. 2131-4 du Code de la santé publique *(L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011, art. 21-I-1°)* « On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro ».

« Le diagnostic biologique réalisé sur les cellules d'un embryon conçu après une fécondation in vitro (FIV), technique appelée couramment diagnostic préimplantatoire (DPI) consiste à identifier les embryons qui pourraient faire l'objet d'une implantation utérine lorsqu'on observe qu'ils sont dépourvus de la maladie héréditaire d'ordre génique ou chromosomique préalablement recherchée », Avis du comité consultatif national d'éthique n° 107 du 15 octobre 2009, sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI).

وأضافت بأنه وينبغي أن تتوخى تطبيقات البحوث الخاصة بالمجين البشري، تخفيف الآلام وتحسين صحة الفرد والبشرية جمعاء.

وكانت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرار مؤرخ في 2012/08/28 قد أكدت على أحقية الأشخاص بالوصول إلى تقنيات التشخيص قبل الزرع بما يعود بالفائدة الصحية للجنين، وأضافت بأنه لا يمكن حرمان الزوجين الذين يعانيان من مرض وراثي خطير من إجراء عملية التشخيص قبل الزرع، وأن منعهما من إجراء الفحص يعد مخالف لمبدأ احترام الحياة الخاصة والعائلية[1]. ومن جهة أخرى نصت المادة الثالثة من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي بأنه: "لكل شخص الحق في احترام سلامته البدنية والعقلية في مجال الطب وعلم الأحياء"، وتحظر نفس المادة صراحة الممارسات التي تهدف إلى تحسن النسل وانتقاء الأشخاص[2]. ثم جاءت اتفاقية Oviedo المتعلقة بحماية حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية في مجال التطبيقات الطبية والبيولوجية لتأكد هذا التوجه، بحيث نصت المادة 13 من الوثيقة أنه لا يمكن إجراء تغيير على المجين البشري باستثناء الأعمال التي يكون الغرض منها الوقاية أو التشخيص أو العلاج، شرط ألا تكون لها تأثيرات على الذرية[3].

ويشير البيان التفسيري لاتفاقية Oviedo بأن التغيير الجيني للخلايا البشرية يتعين أن يكون بغرض الوقاية أو التشخيص أو العلاج، لكن الأعمال التي تهدف إلى تغيير الخصوصية الوراثية للخلايا غير المصابة بالطفرات الوراثية أو الأمراض، فإنها تعد محظورة كأصل عام[4]. ويستنتج من الوثيقة أيضا،

---

[1] CEDH 28 août 2012, *Costa et Pavan c/ Italie*, req. n° 54270/10, AJ fam. 2012. 552, comm. Dionisi-Peyrusse ; Dict. perm. Bioéthique et biotechnologies, sept. 2012, bull. no 229, p. 4, note Vigneau ; Dr. fam. nov. 2012. Comm. 170, obs. Puppink ; JCP 2012, no 43, p. 1148, note Picheral ; Méd. et droit 2014, no 125, p. 34, note Bévière-Boyer et Bouffard ; RTD civ. 2012. 697, note Marguénaud ; RDSS 2013. 67, note Bénos.

[2] Art. 3. al 1 « Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale.

2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respecté :

b) l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes » ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010/C 83/02) Journal officiel de l'Union européenne C 83/389

[2] Art. 13 « Interventions sur le génome humain Une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance.

[3] Art. 13 « Interventions sur le génome humain Une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance.

[4] وبحسب البيان التفسيري لاتفاقية Oviedo، فإن الوثيقة تعترف بأهمية التطور الطبي والمعارف العلمية في مجال المجين البشري وتطبيقاتها المختلفة، التي من شأنها إحداث التقدم للبشرية جمعاء. لكن سوء استعمال تلك الوسائل يؤدي في بعض الأحيان إلى تعريض الفرد إلى مخاطر تكون لها انعكاسات على الجنس البشري قاطبة، لاسيما عندما تسعى عن قصد إلى إحداث تغييرات في

بأن التشخيص الوراثي للخلايا الجسدية تحكمه الضوابط والشروط الخاصة بالتجارب العلمية على الجسم البشري المنصوص عليها في ذات الاتفاقية، أما فيما يتعلق بالتشخيص الجيني الذي يستهدف الخلايا الجنسية، فإنه يتعين التفرقة فيه بين حالتين:

الحالة الأولى، تتمثل في تعديل الخصائص الوراثية للخلايا الموجهة للإخصاب ما قد تؤدي إلى انتقال تلك الصفات للذرية، فإنها تعتبر عملا طبيا غير مشروع. أما الحالة الثانية، تتمثل في الأعمال البيولوجية المنصبة على البيوضات أو الحيوانات المنوية غير الموجهة للإخصاب، فإن الاتفاقية تمنع إجراء التعديلات الوراثية عليها، عندما تكون تلك العناصر داخل الجسم *in vitro*. أما إذا كانت متواجدة خارج الكائن الحي، كالمواد التناسلية التي تستعمل في التجارب العلمية بالمخبر، فيجب أن تكون تلك الأبحاث تحت إشراف لجنة مراقبة أخلاقية مع احترام الإجراءات والبروتوكولات المنظمة بموجب القوانين الداخلية[1].

ولا تستبعد الاتفاقية من تطبيقاتها العلاج الجيني على مستوى الخلايا الجسدية التي قد تكون لها آثار جانبية غير مرغوب فيها، بشكل تؤثر على خط السلاسة البشرية مثل بعض حالات العلاج الكيميائي أو الإشعاعي لمرضى السرطان. وانتهت الاتفاقية في المادة 14 بحظر استخدام تقنيات المساعدة الطبية على الإخصاب التي تهدف إلى اختيار جنس المولود، إلا في حالة ما إذا كانت هذا الاختيار ضروريا لوجود خطر جسيم يتمثل في إصابة الجنين بمرض وراثي مرتبط بجنس المولود في حد ذاته، على أن تدرس تلك التطبيقات حالة بحالة، مع الأخذ بعين الاعتبار رأي اللجنة الطبية المختصة في هذا الشأن[2].

وعلى الصعيد الإفريقي، حث إعلان منظمة الوحدة الإفريقية المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا المؤرخ في 1996/07/10، على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار تسارع التطورات الحاصلة في مجال علوم

طبيعة المجين البشري، الشيء الذي يثير المخاوف من تخليق أفراد أو جماعات بمواصفات محددة أو مرغوب فيها، مما جعل الاتفاقية تتدخل لتنظيم المسألة على عدة محاور.

Rapport explicatif à la Convention Pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (STCE n° 164) Conseil de l'Europe Biomédecine et droits de l'homme - La Convention d'Oviedo et ses protocoles additionnels, édition du conseil de l'Europe, Strasbourg, 2010, p. 19.

[1] Rapport explicatif à la Convention d'Oviedo.

[2] Art. 14 - Non-sélection du sexe : « L'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe ».

الحياة وبعض المخاطر المتمخضة عنها، التي يمكن أن تمس حرمة وكرامة الفرد التي ينبغي أن تتم في كنف احترام الحقوق الأساسية للإنسان. وقد جاء في المادة 3 فقرة 2 من الوثيقة التأكيد على حرمة الجسم البشري والتراث الجيني للكائن البشري، بحيث لا يمكن أن يكون المجين البشري محلا للمعاملات التجارية أو التملك، وحث القرار على ضرورة تأطير الأبحاث الطبية المنصبة على الأمشاج البشرية لتجنب تحسين النسل وانتقاء الجنس[1].

2- التشخيص الوراثي قبل الزرع في القانون الفرنسي.

وضع المشرع الفرنسي ضوابط استخدام التشخيص قبل الزرع لسد المنافذ المؤدية إلى تحسين النسل، بحيث جاءت المادة 16 – 4 من القانون المدني بالقاعدة العامة التي مفادها أنه لا يمكن لأحد أن يعتدي على حرمة الجنس البشري، كما يحظر كل عمل من شأنه تحسين النسل، وتمنع تلك المادة أيضا تنظيم انتقاء الأشخاص. ويعتقد البعض أن المنع المنصوص بالمادة 16 – 4 المشار إليها أعلاه، لا يشمل استنادا إلى مفهوم المخالفة التدخلات الطبية التي تؤدي إلى تغيير مورثات شخص دون أن يكون لها أي تأثير على الخصائص الوراثية للذريته، ولا يشمل المنع المنصوص عليه في الفقرة الثانية من نفس المادة انتقاء المضغ الموجهة للزرع في الرحم، حيث يمكن انتقاء المضغ التي تتمتع بحالة صحية جيدة بناءا على معايير وراثية، وبالتالي تفضيلها على الأجنة التي تبدوا عليها الطفرات الوراثية المرضية[2]. وقد ساند المجلس الدستوري إضفاء طابع الشرعية على عمليات انتقاء الأجنة، في قراره الصادر بتاريخ 1997/07/27 الذي جاء فيه أنه: "لا يوجد أي مبدأ ذو قيمة دستورية يحمي الثروة الوراثية البشرية"[3] .

بعدها جاء قانون الصحة العمومية ليفصل في الشروط القانونية لعمليات التشخيص قبل الزرع، بحيث جاء في المادة 2131 – 4 التشخيص قبل الزرع هو التشخيص البيولوجي الذي يتم إجراءه على الخلايا المقتطعة من اللقاحات المستكنة خارج الرحم *in utero*، أي في إطار عمليات التلقيح الصناعي. ولا يسمح بإجراء التشخيص قبل الزرع بصفة عامة إلا في حالات استثنائية حددها القانون على سبيل الحصر، وأن يتم إجراءه بشروط تتعلق بالطبيب الذي يمارس نشاطه في المراكز الصحية المتعددة التخصصات المعتمدة قانونا لإجراء الفحص الطبي قبل الولادة، وأن يتم أيضا بالموافقة الكتابية

[1] DELFOSSE M-L, BERT C, *Bioéthique, droit de l'homme et biodroit*, op. cit., p. 97.
[2] PENNEAU Jean*, Corps humain – Bioéthique***,** Répertoire de droit civil, Dalloz**,** septembre 2012, p. 294.
[3] « Il n'existe aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité ». Cons. const. 27 juill. 1994 : D. 1995, 237, note Mathieu.

للزوجين، وفي بعض الحالات بعد الحصول على ترخيص المسبق من الوكالة الوطنية للطب الحيوي. ويفرق المشرع بين حالتين:

الحالة الأولى، التي يسمح فيها بالتشخيص البيولوجي للخلايا الجنسية التي نصت عليها المادة 2131 – 4 من قانون الصحة العمومية، تتمثل في وجود احتمالات قوية بأن الزوجين سوف ينجبان طفلا مصابا بأمراض وراثية معترف بأنها غير قابلة للشفاء في الوقت الذي يتم فيه التشخيص[1]، ولا يمكن وفقا لأحكام تلك المادة إجراء التحاليل البيولوجية إلا لأغراض الكشف عن الإعتلالات أو لمعرفة سبل الوقاية منها أو علاجها فقط. أما فيما يخص الحالة الثانية، التي نصت عليها المادة 2131 – 4 – 1 من نفس القانون، المتمثلة في إنجاب الزوجين لطفل مصاب بمرض وراثي معترف أنه غير قابل للشفاء أثناء التشخيص، بحيث يؤدي إلى موت الرضيع في السنة الأولى من ازدياده، ويمكن في هذه الحالة تحسين فرص حياته عن طريق زرع الخلايا الجينينة دون المساس بسلامة الطفل الجسدية[2].

لم يكتف المشرع الفرنسي بوضع الضوابط القانونية للأعمال الطبية الحديثة، بل أضفى عليها الطابع الجزائي، وتعاقب المادة 214 – 1 من قانون العقوبات بالسجن لمدة تصل إلى (30) سنة وغرامة قدرها 7.500.000 أورو، على كل شخص يقوم بأعمال ترمي إلى تحسين النسل لانتقاء الأشخاص[3]. ويستنتج من ذلك أن الركن المادي لجريمة الإضرار بالجنس البشري يقوم على مجموعة غير محددة من الأفعال، بينها الأعمال التي تدخل ضمن إطار الهندسة الطبية البيولوجية التي تستهدف التأثير على الجينات البشرية، وهذا بتعديل في الخصائص الوراثية للشخص التي من شأنها أن تنتقل إلى الأجيال اللاحقة أو انتقاء الأشخاص. ويرى بعض الفقه أن الحدود الفاصلة بين الممارسات الخاصة بتحسين النسل الشرعي، والممارسات غير الشرعية ليست واضحة. فبعض الممارسات مسموح بها باسم احترام

---

[1] ويتم ذلك على ضوء الوضعية العائلية للزوجين، والتأكد بصفة مدققة من إصابة أحد الوالدين أو أصولهما المباشرين بالإعتلالات الوراثية.

[2] بشرط ألا يكون لهذا التشخيص هدف آخر غير البحث عن المرض أو كوسيلة لوقايته ومعالجته، مع مراعاة أحكام المادة 16 فقرة 3 من القانون المدني. تسمى هذه الطريقة بالطفل الأمل أو الطفل المنقذ bébé-médicament التي يقوم من خلالها الأطباء بعملية تشخيص مزدوجة كي يتم الحصول على مضغة خالية من العيوب الوراثية ومطابقة وراثيا ومناعيا مع الطفل المصاب بالمرض.
V. DE BEAUPRE Aline Cheynet, *Le bébé du double espoir*, D. 2011, p. 603.

[3] وتغلظ العقوبة لتصبح السجن المؤبد، إذا ارتكبت الأفعال من قبل مجموعة إجرامية منظمة. كما يعاقب القانون بنفس العقوبات على الشريك ويتحمل الشخص المعنوي أيضا المسؤولية الجزائية، والملاحظ أن تلك الجزاءات تعد من أشد العقوبات في قانون العقوبات، ما يفسر التخوف الكبير للمشرع الفرنسي من الجرائم الضارة بالجنس البشري والانحراف الذي يمكن أن يقع خلال التطبيقات الطبية الحديثة. كما تعاقب المادة 511 – 1 – 2 فقرة 2 من بنفس القانون بالحبس لمدة تصل إلى (03) سنوات وبغرامة قدرها 45.000 أورو على أعمال الدعاية والإشهار لتحسين النسل مهما كانت الوسيلة المستعملة في الترويج لتلك الأفكار.

الحقوق الشخصية، وبالمقابل هناك بعض الممارسات تعتبر ممنوعة باسم الإدانة الموجهة إلى تحسين النسل، في حين أنها لا تخضع إلى تسجيل ضمن برنامج جماعي[1].

3- التشخيص الوراثي قبل الزرع في بعض الشرائع الدينية.

يتجه أغلب الفقه الإسلامي نحو الإقرار باستعمال الهندسة الوراثية في المجالات النافعة، لما تحققه من مصالح جاءت الشريعة للبحث عن تحصيلها كالوقاية أو التداوي من الأمراض، وخلافا لذلك لا يجوز استخدام الجينوم استخداما ضارا وبأي شكل يخالف الشريعة الإسلامية، وقد أكد ذلك مجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية والعشرين بمدينة الرياض بين 18 و2013/11/22 بشأن الهندسة الوراثية والجينوم البشري، بأنه بالنسبة للعلاجي الجيني للخلايا الجنسية فإنه جائز إجراء الفحص الجيني للخلايا الجنسية لمعرفة ما إذا كان بها مرض جيني أو لا. أما العلاج الجيني للخلايا الجنسية في صورته الراهنة التي لا تراعى الأحكام الشرعية وبخاصة عدم اختلاط الأنساب فحكمه المنع، لما لهذا النوع من الخطورة والضرر. وأوضح بأنه لا يجوز استخدام الهندسة الوراثية بقصد تبديل البنية الجينية فيما يسمى بتحسين السلالة البشرية، وإن أي محاولة للعبث الجيني بشخصية الإنسان أو التدخل في أهليته للمسؤولية الفردية أمر محظور شرعا. أما حكم التشخيص قبل زرع النطفة فإنه يجوز إجراءه بعد الإخصاب خارج الرحم شريطة اتخاذ الإجراءات اللازمة التي تضمن عدم خلط العينات وصيانتها[2].

ومن جهتها، تسعى الكنيسة الكاثوليكية للمحافظة على كرامة الإنسان البشرية تجاه التطبيقات الطبية البيولوجية الحديثة وفقا للمبادئ الإيمانية المسيحية، وسعت إلى وضع مقاييس أخلاقية تكون أساسا لكل نظام قانوني، بما يحافظ على خصوصية الإنسان ويؤكد على قدسية الحياة. وتتجه الكنيسة إلى معارضة التشخيص قبل الزرع، لأنه بهدف إلى زرع الأجنة الخالية من العيوب أو اختيار جنس الطفل أو بعض ميزاته الخاصة المرغوب فيها. وعلى خلاف ما يجري في أشكال أخرى من التشخيص الجنيني، حيث تكون مرحلة التشخيص منفصلة عن إمكانية طرح الجنين، والتي يتمتع فيها الزوجان بالحرية التامة لقبول الطفل المريض، وغالب ما يتبع عملية التشخيص قبل الزرع طرح الجنين المشكوك بحمله لعيوب مورثية أو صبغية، أو في حال كان جنسه أو إحدى ميزاته غير مرغوب فيها. وذهبت إلى أن التشخيص قبل الزرع المرتبط بالإخصاب الإصطناعي الذي هو بحد ذاته غير جائز في جوهره، يهدف إلى انتقاء نوعي وبالتالي قتل الأجنة، وهي بالنتيجة عملية إجهاض مبكر. فالتشخيص قبل

---

[1] أحمد حسام طه تمام، الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية في الجنس البشري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 323.

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، تحت رقم 203 (9/21).

الزرع تعبير عن عقلية ترغب في تحسين النسل، وهي تقبل بالإجهاض الانتقائي لتمنع ولادة أطفال مصابين بمختلف أنواع الاضطرابات، هذه العقلية تسيء إلى الكرامة الإنسانية وهي ذميمة إلى أقصى الحدود، تدعي قيام قيمة الحياة البشرية من خلال مقاييس السلامة والصحة الجسدية، وتفتح بذلك بابا لقتل الأطفال والموت الرحيم[1].

4- التشخيص الوراثي قبل الزرع في القانون الجزائري.

لم يتطرق المشرع إلى المسائل الحديثة المتعلقة بالعلاج الجيني للخلايا التناسلية أو بالجينات الوراثية للمولود المحتمل، ولم يضع عقوبات جزائية خاصة لمعاقبة مرتكبي جرائم انتقاء الجنس، سواء في قانون حماية الصحة وترقيتها أو بموجب المرسوم التنفيذي 05 – 438 المؤرخ في 2005/11/10 المتعلق بتنظيم طب فترة ما قبل الولادة وما بعدها وطب المواليد حديثي الولادة وممارسة ذلك[2]، والملفت أيضا أن المشروع التمهيدي لقانون الصحة عندما وضع الضوابط الخاصة بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، أغفل وضع مواد تتعلق بكيفية إجراء الفحوصات الجينية على الخلايا التناسلية الموجهة للإخصاب، وبالتالي فإن المشرع من خلال هذا المشروع أبقى على الضبابية التي كانت تكتنف عمليات التشخيص الوراثي قبل الزرع، ولم يوضح موقفه حيال الموضوع رغم حساسيته ومخاطر الانزلاق الأخلاقي.

وبالرجوع إلى المشروع التمهيدي لقانون الصحة يتضح بأنه منع صراحة بموجب المادة 394 استعمال تقنيات التلقيح الصناعي لانتقاء للجنس[3]. وأضفى العقوبات الجزائية لكل شخص يستغل التقنيات البيولوجية والوراثية من أجل انتقاء الجنس، وهو ما نصت عليه المادة 459 من الوثيقة، التي تعاقب بالحبس من (10) إلى (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل من يخالف

---

[1] كما تعارض الكنيسة الكاثوليكية بشدة النظرية التي تطمح لتطبيقات للهندسة الوراثية في تحسين الصفات الوراثية وتقويتها، بحيث ترى الكنيسة أن هذه العقلية تعارض الحقيقة الأساسية القائلة بالمساواة بين جميع البشر، والتي تترجم في مبدأ العدل، وتطرح الكنيسة تساؤل عن من هو المؤهل لتحديد التغييرات التي يجب اعتبارها إيجابية أم لا، أو ما هي حدود الطلبات الشخصية لهذا التحسين المفترض، ولا تأتي تلك الأجوبة إلا من معايير اعتباطية وظنية. وتشير بأن آفاق هذه العملية ستجلب عاجلا أم آجلا الضرر، وستدعم تفوق إرادة البعض على حرية الآخرين. وتجسد سيطرة ظالمة للإنسان على أخيه الإنسان. مقتبس من، مجمع عقيدة الإيمان، كرامة الشخص البشري، المرجع السابق، فقرة 22.

[2] مرسوم تنفيذي 05 – 438 مؤرخ في 2005/11/10، يتعلق بتنظيم طب فترة ما قبل الولادة وما بعدها وطب المواليد حديثي الولادة وممارسة ذلك، (ج. ر 75).

[3] جاء في المادة 394 من المشروع التمهيدي المتعلق بقانون الصحة بأنه: " يمنع كل استنساخ للأجسام المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس".

أحكام المادة 394 المتعلقة انتقاء الجنس البشري[1]. ويمكن الاستنتاج من خلال قراءة المواد المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب بأن المشرع أراد من خلال المشروع إعطاء دفع لاستعمال التقنيات الحديثة في الجزائر، وبالتالي لا يوجد ما يمنع الطبيب من إجراء فحوصات وراثية على الأمشاج الموجهة للزرع، لتحقيق أهداف علاجية أو وقائية أو لاختيار النطف أو البويضات السليمة، بشرط ألا تستعمل تلك الطريقة لانتقاء جنس المولود أو تغيير صفاته الوراثية أو تحسين النسل، مع مراعاة الضوابط الشرعية وأخلاقيات الطب.

ثالثا: التشخيص الوراثي قبل الولادة.

تهدف الفحوصات الوراثية التي تجرى أثناء فترة الحمل إلى التشخيص المبكر للاعتلالات الوراثية المسببة للإعاقات والتشوهات الجنينية. ويعد كوسيلة من وسائل الطب التنبؤي بهدف وضع الاستراتيجيات الملائمة للتدخل المبكر، سواء جراحيا أو باستخدام العلاج بالمورثات. ويعتبر الفحص الوراثي للجنين وسيلة فعالة للحد من ولادة أطفال يعانون من الأمراض الوراثية أو المقعدة أو التخفيف من حدتها ومضاعفاتها، وإذا استلزم الأمر إسقاط الحمل في مراحل تكوينه الأولى، وتشمل هذه الفحوصات بعض التحاليل الكيميائية وتحليل الحمض النووي للجنين المأخوذ من السائل الأمنيوسى والزغبات المشيمية، وكذا الفحص بالموجات فوق الصوتية للمرأة الحامل[2].

1- التنظيم القانوني للتشخيص الوراثي قبل الولادة.

يدخل التشخيص قبل الولادة ضمن تدابير حماية الأمومة والطفولة التي اعتمدها المشرع من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها، وطبقا للمادة 69 من ذات القانون، فإنه يجب أن تعمل المساعدة الطبية المقدمة للمحافظة على الحمل واكتشاف الأمراض التي يصاب بها في الرحم، وضمان صحة الجنين ونموه حتى الولادة. ثم جاء المرسوم التنفيذي 05 – 438 المؤرخ في 2005/11/10 المتعلق بتنظيم طب فترة ما قبل الولادة وما بعدها وطب المواليد حديثي الولادة ليضع أحكاما تتعلق بالفحص الطبي قبل الولادة، وضمان متابعة تطور الجنين والكشف عن الاختلالات والمراقبة الجنينية ومراقبة

[1] نصت المادة 456 من المشروع التمهيدي المتعلق بقانون الصحة بأنه: " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 394 من هذا القانون المتعلقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثيا وانتقاء الجنس بالحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج".

[2] Art. L. 2131-1 *(L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011, art. 20-II) I.* — Le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité.

المبيض ومراقبة وضع الوسائل الطبية داخل الرحم[1]. وأخذ المشروع التمهيدي لقانون الصحة بهذا الإجراء أيضا، حيث نصت المادة 79 فقرة 1 بأنه: "يمكن إجراء التشخيص ما قبل الولادة من أجل اكتشاف، داخل الرحم، مرض بالغ الخطورة للمضغة أو الجنين". وتتضمن الفحوص الطبية بالطبع التشخيص الوراثي.

أما المشرع الفرنسي فقد اعتمد إجراء التشخيص الطبي قبل الولادة من خلال المادة 2131 – 1 من قانون الصحة العمومية، ضمن منظور شامل مرتبط بحماية الأمومة والطفولة، وقد أدرجها قانون الصحة في الأنشطة الوقائية الخاصة بالأطفال، واشترط المشرع في مجموعة من الشروط القانونية والإدارية لإجراء الفحص الطبي قبل الولادة تحت طائلة العقوبات الجزائية والإدارية. وقد رأى الفقه بأن تعميم الكشف المبكر يندرج ضمن سياسة تحسين النسل، أي الرغبة في ألا يكون الطفل القادم للحياة ليس حاملا لعيب وراثي أو تشوهات خلقية، بدليل أن المشرع استكمل هذا النهج وسمح بالقتل الرحيم للأجنة البشرية، في حال تبين أثناء مراقبة تطور الجنين وجود اختلالات وراثية خطيرة[2].

2- التعامل مع الأجنة المصابة بعيوب وراثية.

يرتبط التشخيص الوراثي قبل الولادة بموضوع إجهاض الأجنة المشوهة خلقيا، ويندرج وقف الحمل في هذه الحالة ضمن سياسة تحسين النسل، فالسؤال الذي يتبادر للأذهان هل من الكرامة الإنسانية قتل الجنين لتجنب معاناته، أم من الواجب أخلاقيا تركه يعيش ولو بتشوهات خلقية خطيرة، وما يترتب عن ذلك معانات نفسية واجتماعية؟

فمن الناحية القانونية لم يفصل قانون حماية الصحة وترقيتها في الموضوع، واقتصرت المادة 72 على الإجهاض في حالة الضرورة العلاجية، أي عندما تكون حياة الأم في الخطر أو للحفاظ على توازنها الفسيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ، رغم أن تلك الحالات مطروحة في المجتمع بكثرة. ومن المزمع أن يتدخل المشرع بموجب قانون الصحة الجديد لوضع إطار تشريعي لهذه العملية، بحيث نصت المادة 80 فقرة 2 من المشروع التمهيدي بأنه "عند وجود احتمال قوي لإصابة المولود الجديد بإعاقة خطيرة، يجب على الطبيب المعالج، بالاتفاق مع الطبيب أو الأطباء المتخصصين المعنيين، إعلام

[1] أنظر كذلك، المرسوم التنفيذي 11 – 122 المؤرخ في 2011/03/20، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية، (ج.ر 17).

[2] MILLIEZ Jacques, *L'euthanasie du foetus : médecine ou eugénisme ?,* éd. Odile Jacob, Paris, 1999, p. 147.

الزوجين واتخاذ، بموافقتهما، التدابير التي يراها ضرورية"، وأضافت المادة 81 فقرة 1 بأنه "عندما يثبت بصفة أكيدة، عن طريق التشخيص ما قبل الولادة أن المضغة أو الجنين مصابين بمرض أو تشوه خطير لا يسمح لهما بالنمو العادي، يجب على الطبيب المتخصص أو الأطباء المتخصصين المعنيين، وباتفاق مع الطبيب المعالج، إعلام الزوجين بذلك واتخاذ، بموافقتهما، كل التدابير العلاجية اللازمة التي تفرضها الظروف". لكن من خلال الصياغة المستعملة في تحرير تلك المواد يتبين بأن المشرع لا يزال متخوف من الخوض في المسائل الطبية المتعلقة بالإجهاض والفصل فيها بشكل صريح رغم أن إجهاض الأجنة المشوهة أو المصابة بمرض خطير أصبح أمرا تقره الشريعة الإسلامية والعديد من القوانين المقارنة خارج عمليات قطع الحمل لأسباب تتعلق بصحة الأم[1].

فالشريعة الإسلامية لا تجيز إسقاط الجنين بدون عذر مقبول، إلا أن الفقهاء يفرقون في مسألة الإجهاض الطبي بين مرحتين من مراحل تطور الجنين. أما المرحلة الأولى تتمثل في مرحلة ما بعد نفخ الروح أي بعد أربعة أشهر من الحمل أو أربعين يوما، وبحسب الفقهاء المعاصرين فلا يجوز في هذه المرحلة إجهاض الجنين، إلا إذا شكل الحمل خطورة محققة على حياة الأم أو صحتها. أما المرحلة الثانية فهي المرحلة ما قبل نفخ الروح، وفيها اختلف الفقهاء على أقوال عدة، والمرجح من أقوالهم حرمة إسقاط الجنين من غير حاجة أو ضرورة، واستثناءا جواز قطع الحمل عبر الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على ذلك. ويرى جانب من الفقه أن إسقاط الجنين المشوه في مرحلة بعد نفخ الروح جائز شرط أن يكون الجنين مصاب بتشوه خطير أو قاتل، بحيث لا ترجى حياته قبل استكمال الدورة الرحمية أو بعد الولادة، أما ما عدى ذلك فلا يجوز إجهاضه[2].

وفي التشريع المقارن تطرق المادة 2213 – 1 من قانون الصحة العمومية الفرنسي إلى شروط القطع الإرادي للحمل لدوافع طبية، ومفاده أن يتم إجهاض الجنين بطلب من المرأة الحامل في أية مرحلة من تطور الحمل، إذا كان هناك احتمال قوي بأن الطفل المنتظر ولادته مصابا بأمراض خطيرة جدا معترف بأنها ميئوس من شفائها أثناء التشخيص[3].

---

[1] لا تزال الكنيسة الكاثوليكية تعارض الإجهاض بسبب الحالة الصحية للجنين، وتعتبره تمييزا ويؤدي لعدم الاعتراف بالقانون الأخلاقي وبحقوق كائنات بشرية مصابة بأمراض خطيرة وبإعاقات، فالمرض والإعاقة أمور مرتبطة بالوضع البشري، وهذا التمييز العنصري مخالف للأخلاق لذا يجب رفضه، كما يجب هدم الحواجز الثقافية والاقتصادية والاجتماعية التي تهدد الاعتراف الكامل بالأشخاص المعاقين والمريضين وحمايتهم، مجمع عقيدة الإيمان المرجع السابق، فقرة 22.

[2] لمزيد من التفاصيل حول المسألة، أنظر، علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 196.

[3] عكس القطع الإرادي للحمل دون سبب طبي الذي نصت عليه المادة 2212 – 1، الذي يتعين أن يتم قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل، وأن تمارس بمعرفة طبيب وفي الهياكل الصحية المعتمدة قانونا.

وقد رأى الفقه بأن تعميم الكشف المبكر يندرج ضمن سياسة تحسين النسل، أي الرغبة في ألا يكون الطفل القادم للحياة ليس حاملا لعيب وراثي أو تشوهات خلقية، بدليل أن المشرع استكمل هذا النهج وسمح بالقتل الرحيم للأجنة البشرية في حال تبين أثناء مراقبة تطور الجنين وجود علل وراثية خطيرة، حيث منح للمرأة التي لا ترغب في الاحتفاظ بالجنين الحق في الإجهاض. في حين يرى البعض، أن قطع الحمل في هذه الأحوال يرتكز على قيم معنوية أخرى مثل الشفقة والرحمة. ويرى آخرون بأن إجراء عليمة الإجهاض في تلك الأحوال يمس فعلا بحق الجنين في الحياة الذي وصل إلى مرحلة هامة من النمو. فهذا التوجه حسبهم سوف يضحي بقدسية الحياة في سبيل الحصول على نوعية أفضل للحياة. لاسيما إذا أخذنا بعين الاعتبار نسبة الأخطاء الطبية التي يكمن أن ترتكب أثناء التشخيص الوراثي المبكر[1]. إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي قرر عكس ذلك عندما نظر في تمديد العمل بالقانون المتعلق بالقطع الإرادي للحمل سنة 2011، بحيث اعتبر أن القطع الإرادي للحمل في هذه الحالة لا يعد من قبيل تحسين النسل بمفهوم المادة 16 – 4 من القانون المدني[2].

وكان القضاء الفرنسي قد أبدى موقفه من هذه المسألة الحساسة، في قضية كانت قد فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2000/11/17، التي تتلخص وقائعها أنه خلال سنة 1982 أصيبت طفلة تبلغ من العمر 04 سنوات بمرض الحصبة الألمانية، وبعد شهر ظهرت الأعراض المرضية على والدتها الحامل، فقامت هذه الأخيرة باستشارة الطبيب من أجل اتخاذ قرار إسقاط الحمل، بحكم أن المرض يمكن أن يشكل خطرا جسيما على جنينها إذا أصابه قبل 18 أسبوع من انقطاع الطمث، فقرر الطبيب إجراء تحاليل بيولوجية على عينة من الدم للكشف عن انتقال المرض إلى الجنين، وقد ظهرت نتائج مخبر التحاليل الأولى سلبية، إلا أن النتيجة الثانية كانت إيجابية، فاعتبر الطبيب أن المرض لا يشكل خطورة على الجنين، ولا داعي في هذه الأحوال لقطع الحمل. وبتاريخ 1983/01/14 ولد الطفل Nicolas PERRUCHE مصاب بعاهة مستديمة، تتمثل في إعاقة عقلية وتشوهات خلقية بسبب العدوى عكس

[1] MILLIEZ Jacques, op. cit., p. 148.

[2] « Considérant qu'en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'il ressort du deuxième alinéa de l'article 16-4 du Code civil que seule peut être qualifiée de pratique eugénique « toute pratique... tendant à l'organisation de la sélection des personnes » ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ; qu'en réservant la faculté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse à « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse », le législateur a entendu exclure toute fraude à la loi et, plus généralement, toute dénaturation des principes qu'il a posés, principes au nombre desquels figure, à l'article L. 2211-1 du Code de la santé publique, « le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », Cons. const. 27 juin 2001: *D. 2001. 2533, note Mathieu; JCP 2001. II. 10635, note Franck.*

توقعات الطبيب، ليقوم والديه برفع دعوى قضائية ضد هذا الأخير ومخبر التحاليل الطبية وشركة التأمين للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهما شخصيا والذي أصاب الطفل Nicolas.

وقد حكمت محاكم الموضوع بالتعويض عن ضرر الوالدين فقط، ورفضت من جهة أخرى طلب التعويض الخاص بالابن، تأسيسا على أنه لا توجد علاقة سببية بين عاهة الابن والخطأ الطبي، وإنما نشأت العاهة عن المرض ذاته، وليس للابن أن يستند إلى قرار والديه حول توفيت فرصة قطع الحمل، ونقضت محكمة النقض هذا الحكم، مبدية أن من قواعد المسؤولية تقتضي أن من ارتكب خطأ يكون مسئولا عن التعويض، ليس فقط بسبب ما ألحقه من ضرر، وإنما أيضا بسبب عدم منعه وقوع الضرر، طالما أنه كان بوسعه أن يحول دون وقوعه. ولما كانت العلاقة التعاقدية بين الأم الحامل من جهة والطبيب والمخبر من جهة ثانية، تضع على عاتقهما إسداء المشورة الطبية الصحيحة التي تتيح للأم ممارسة حقها بالإجهاض عند وجود خطر على سلامة حملها، فإن المشورة الخاطئة الصادرة عنهما حالت دون الإجهاض الذي يجيزه القانون، وأدت بالتالي إلى ولادة الابن المعوق. ومن المقرر بقواعد المسؤولية أنه يحق لمن كان من أشخاص الغير بالنسبة لعقد معين ولحقه ضرر من جراء تنفيذ ذلك العقد، أن يطالب بالتعويض الطرف المتعاقد المسئول، بقطع النظر عن موقف الطرف المتعاقد الآخر[1].

والملاحظ أن هذا الاجتهاد القضائي القيم والمفاهيم الأخلاقية الطبية، بحيث أخذت قرار محكمة النقض بعين الاعتبار فكرة الكرامة الإنسانية التي يتساوى فيها من كان معوقا مع من كان سليما من البشر، تستدعي إقرار أحقية الولد المعوق بالتعويض لكي يتحقق فعلا مبدأ احترام حقوق الإنسان ولا يظل نظريا. وشرحت محكمة النقض في تقريرها السنوي أن الولد لا يحصل في هذه الحالة على التعويض لأنه ولد، فالتعويض ليس عن الولادة، وإنما عن الضرر الناشئ عن العاهة أي كامتداد لآثار العقد على الغير عكس تعليق الفقه. وللولد حق خاص بتعويض يتيح له أن يعيش بشروط تتوافق مع الكرامة الإنسانية بالرغم مما هو عليه من عاهة. وإذا اكتفى القضاء بالحكم للوالدين فقط بالتعويض عما أصابهما من ضرر، فإنه يخشى أن يهدر مستقبل الولد في حالة وفاة الوالدين أو أحدهما أو وقوع الطلاق بينهما[2].

[1] Arrêt Perruche, Cass., ass. plén., 17 nov. 2000, D. 2001, Jur. 316, concl. J. Sainte-Rose, Jur. 332, note D. Mazeaud et P. Jourdain, Somm. 2796, obs. F. Vasseur-Lambry ; RDSS, 2001, 1, obs. A. Terrasson de Fougères ; RTD civ., 2001, 77, obs. B. Markesinis , 103, obs. J. Hauser, 149, obs. P. Jourdain , 226, obs. R. Libchaber , et 547, obs. P. Jestaz ; JCP, 2000, II, 10438, concl. J. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos, note F. Chabas.

[2] « En l'espèce, le contrat formé entre, d'une part, la mère, d'autre part, le médecin et le laboratoire, mettait à la charge de ces derniers l'obligation de procéder à un sérodiagnostic de la rubéole et d'en communiquer le résultat à la femme afin de lui permettre, conformément à la liberté qui lui est ouverte par la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975, de mettre en oeuvre la décision qu'elle avait prise de recourir à une interruption volontaire de grossesse pour empêcher la naissance d'une enfant atteint d'un handicap d'une particulière gravité et incurable. Les fautes commises à l'occasion de cet examen ont fait obstacle à ce choix de la mère et sont donc directement la cause de la naissance d'un enfant atteint

وأثار هذا الاجتهاد ضجة في الأوساط الطبية التي خشيت أن يفتح باب الملاحقة القضائية على مصراعيه ضد أطباء أمراض التوليد والمختصين في الأشعة الصوتية عن أية شائبة في جسم المولود، مما يؤثر سلبا على مجال التأمينات الصحية. ليتدخل المشرع بعدها مباشرة ويقر القانون المتعلق بحقوق المرضى الذي يمنع الاستفادة التعويضات على مجرد ميلاد الطفل[1].

رابعا: العلاج الجيني وتجارب التهجين.

من الطرق العلمية الحديثة المستعملة في تحسين النسل العلاج الجيني الذي يستعمل لعلاج أمراض سببها وراثي[2]، مع أنه هناك تجارب حديثة تود تطبيق العلاجِ المورثي على الأمراض غير الوراثية، وخصوصا في علاج مرض السرطان[3]. ويتم ذلك عن طريق إصلاح الخلل في الجينات التي لا تؤدي وظيفتها، أو تطويرها، أو استبدالها. ويتوقع المختصون أن تحسين النسل عن طريق التعديل الوراثي يبدأ كمرحلة أولى في علاج الجينات لتجنب الأمراض والتشوهات، ثم ينتقل إلى تحسين بعض الخصائص

---

d'un handicap, étant observé qu'une autre norme constante du droit de la responsabilité est que le tiers à un contrat qui subit un préjudice du fait de son exécution défectueuse peut en demander la réparation (cf. supra le même arrêt du 18 juillet 2000) et que le droit à réparation du dommage résultant d'une faute procède d'une "*exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789"*comme l'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 (J.O. du 16 novembre 1999, p. 16967).
Toutefois, sur le terrain primordial du principe du respect de la personne humaine, on pouvait se demander s'il était légitime qu'un enfant puisse invoquer une telle faute, sans laquelle il ne serait pas venu au monde, pour demander la réparation du préjudice lié à son handicap. L'hésitation était d'autant plus pertinente que sont en jeu des valeurs fondamentales de notre civilisation quant au respect de la vie et de l'égale dignité de tous les êtres humains, quels que puissent être leurs handicaps ». Cour de cassation, Rapport annuel, 2000, Le rapport publié sur le site de la Cour de cassation, https://www.courdecassation.fr/.

[1] GUIOMARD Pascal, *Hiérarchie des normes, jurisprudence Perruche et assurance des obstétriciens*, Dalloz actualité, 05 novembre 2006; CHOUX Alain, *La loi anti-Perruche*, Recueil Dalloz, 2002, p. 1212.

[2] ينقسم العلاج الجيني إلى نوعين: العلاج الجيني للخلايا الجسدية Thérapie génique somatique، والعلاج الجيني للخلايا الجنسية Thérapie génique germinale أي التي يتم أخذها من الحيوان المنوي أو البويضة أو البويضة الملقحة. وبصفة عامة لا تختلف طريقة العلاج الوراثي للخلايا الجنسية عن طريقة العلاج الوراثي للخلايا الجسدية، إلا أن النتيجة المترتبة عليها تختلف من حيث إن الخلايا الجنسية يمكن أن تنقل الصفات الوراثية للأجيال المتعاقبة، بل على المخزون الوراثي للخلف أيضا. فالمورث الذي يتم نقله إلى الخلية الجنسية سيصبح ثابتا في التركيب الوراثي للإنسان تتوارثه الأجيال اللاحقة.
Thérapie génique somatique (soma): « modification du capital génétique concernant seulement des cellules non reproductrices de l'organisme, qui n'atteindrait qu'un organe ou qu'un système cellulaire ».
Thérapie génique germinale (germen): « modification du capital génétique des cellules reproductives (ovocytes et spermatozoïdes et leurs précurseurs), qui aurait pour conséquences une modification du génome de tout l'individu ». Avis du (CCNE) sur la thérapie génique, n°22 - 13 décembre 1990.

[3] مجمع عقيدة الإيمان، تعليم حول بعض المسائل المتعلقة بأخلاقيات علم الحياة، المرجع السابق، فقرة 25.

الجسمانية أو الذهنية كالذكاء أو القوة أو الجمال عن طريق تعديل الجينات المسئولة ثم ينتهي إلى تهجين الكائن البشري.

1- مشروعية العلاج الجيني.

يطبق على العلاج الوراثي الحكم الشرعي للتداوي، وفي هذا الإطار خلصت توصيات المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته المنعقدة بتاريخ 1998/10/31، إلى ضرورة الاستفادة من علم الهندسة الوراثية في الوقاية من المرض أو علاجه، أو تخفيف ضرره بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر للإنسان. وجاء في القرار أيضا: "أن الشريعة تحضر العبث بشخصية الإنسان أو للتدخل في بنية المورثات بدعوى تحسين السلالة البشرية ولا يجوز إجراء أي بحث، أو القيام بأية معالجة، أو تشخيص يتعلق بمورثات إنسان ما إلا بعد إجراء تقويم دقيق وسابق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة، وبعد الحصول على الموافقة المقبولة شرعا مع الحفاظ على السرية الكاملة للنتائج، ورعاية أحكام الشريعة الإسلامية الغراء القاضية باحترام حقوق الإنسان وكرامته"[1].

ويرى جانب من الفقه الإسلامي، بأن العلاج الجيني الذي يستهدف علاج الجينات المريضة والمشوهة لإعادتها إلى شكلها الطبيعي أو وظيفة العضو السوية المعهودة له جائز شرعا، وكذلك العلاج الجيني الذي يستهدف إصلاح عيب أو دمامة تسبب للشخص أذى عضويا أو نفسيا. وعكس ذلك لا يجوز العلاج الجيني الذي يهدف إلى تغيير الجنس، أو اللون، أو الشكل، أو تشويه الخلق، لأنها من آيات الله تعالى التي تقوم على الحكم والتوازن والموازنات والسنن الربانية. بحيث يقول تعالى: ﴿وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لا يَعْلَمُونَ﴾[3]. فالعلاج الذي يتم على الخلايا الجنسية يمكن أن تنتقل آثاره إلى الأبناء، فهذا العلاج غير جائز شرعا لما فيه من غموض وعدم معرفة بالنتائج التي تترتب عليه، ولكن إذا توصل العلم مستقبلا إلى منع الأضرار والآثار السلبية على الإنسان والأجيال اللاحقة فإنه لا يمنع منه شرعا[4].

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي، بشأن استفادة المسلمين من علم الهندسة الوراثية، بتاريخ 1998/10/31، تحت رقم 83 (1/15).

[2] سورة النساء، الآية 117 . 119.

[3] سورة الروم، الآية 30.

[4] محسن حسن أبو يحي، حكم التحكم في صفات الجنين في الإسلام، سلسلة دراسات إسلامية، دار يافا العلمية، عمان، 2011، ص 25.

2- التهجين الوراثي للكائن البشري.

يقصد بالتهجين الوراثي أو الاستنساخ المهجن الجمع بين الجينات الإنسانية والحيوانية، وكانت الحكومة البريطانية في العام 2008 قد سمحت بإجراء التجارب في المختبرات وتخليق الأجنة البشرية الهجينة باستخدام بويضات حيوانات بهدف استخراج خلايا جذعية جنينية من الأجنة الناتجة، دونَ الحاجة لاستخدام بويضات بشرية[1]. لكن العلماء لم يلتزموا بذلك القانون وحاولوا تخليق كائنات هجينة ومشوهة تجمع بين صفات الحيوان والبشر. وقد نجحوا فعلا في تخليق مضغة مهجنة وراثيا خارج الجسم في الولايات المتحدة الأمريكية، لكنها لم يتم زرعها في الرحم وتم إتلافها قبل خمسة أيام من التطور[2]، ونجح العلماء في الصين أيضا في تعديل الخصائص الوراثية للقاح[3].

ومن وجهة النظر الأخلاقية، تعد هذه التجارب إهانة لكرامة الإنسان، وأشد خطورة من الاستنساخ التكاثري، بسبب اختلاط عناصر صبغية بشرية وحيوانية قادرة على تشويش هوية الإنسان الخاصة. كما أن الاستخدام المحتمل للخلايا الجذعية المستخرجة من هذه الأجنة يحوي مخاطر صحية إضافية، مازلنا نجهلها تماما، بسبب وجود عناصر صبغية حيوانية في السيتوبلاسما[4]. وقد انتبه المشرع الفرنسي لخطورة تلك التجارب، ومنع بموجب المادة L. 2151-2 فقرة 2 من قانون الصحة العمومية المستحدثة سنة 2011 تخليق مضغ بشرية باستعمال تقنيات التهجين الوراثية سواء بالتلاعب بالمورثات أو دمج مورثات بشرية بمورثات حيوانية[5].

ويستنتج مما سبق أن الأنظمة القانونية بما فيها التشريع الجزائري حاولت ضبط الممارسات الطبية الحديثة المنصبة على الجينات البشرية بما يخدم صحة الإنسان، حيث أخذت القوانين ببعض أساليب تحسين النسل، وقطعت الطريق أمام أي تلاعب بالرصيد الوراثي للإنسان الذي قد يهدد مستقبل الجنس البشري. وهذه المسائل لا تقل أهمية بموضوع آخر، ويتعلق الأمر بالأبحاث الطبية الماسة

---

[1] Human Fertilisation and Eembrologie, act 2008 (c .22).

[2] Le Monde, *Le premier embryon humain transgénique a vu le jour aux Etats-Unis*, 13/05/2008.

[3] Le Figaro, *Des scientifiques chinois modifient génétiquement des embryons humains*, 24/04/2015.

[4] إن فكرة التهجين الوراثي للكائن البشري ليست فكرة جديدة، بحيث تبين من خلال تاريخ الحضارات القديمة كالحضارة اليونانية أو الرومانية وقد وجدت عديد من النقوش والمنحوتات والتماثيل التي تشير إلى الإنسان بالحيوانات التي ترمز للقوة والشجاعة، ويرجع سبب ذلك إلى اشتغال مخيلة الإنسان آنذاك بالأساطير القديمة، لكن تطور الهندسة الوراثية، قد يحقق تلك الخيالات ويجعلها حقيقة على أرض الواقع وذلك عن طريق التلاعب بالجينات الموجودة على الأشرطة الوراثية في خلية الكائن الحي.

[5] Art. L. 2151-2 du Code de la santé publique (*L. n° 2004-800 du 6 août 2004, art. 25*) La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite. (*L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011, art. 40*) «La création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite ».

بالبيانات الوراثية البشرية، التي نالت حيزا من واسعا من الاهتمام من طرف المختصين نظرا لارتباطها بكرامة الشخص.

المبحث الثاني
الأبحاث الطبية الماسة بالبيانات الوراثية

تطرح الأبحاث الطبية المرتبطة بالجينات البشرية مسألة ذات أهمية بالغة، ويتعلق الأمر بجمع البيانات الوراثية ومعالجتها واستخدامها وحفظها، ويقصد بالبيانات الوراثية: "المعلومات المرتبطة بالخصائص الشخصية القابلة للتوريث والتي يتم الحصول عليها من خلال تحليل الأحماض النووية، أو غير ذلك من التحاليل العلمية"[1]. وتشمل هذه الأخيرة المعلومات عن الخصائص الفيزيائية وعن التكوين الجيني المستقاة من النمط الكروموزومي ومن متواليات الحمض النووي بأشكاله المتعددة[2].

وقد أصبحت البيانات الوراثية والبيانات المستمدة منها، مثل البيانات المتعلقة بدراسة البروتينات، وكذا العينات البيولوجية تكتسي أهمية فائقة لتقدم علوم الحياة والطب وتطبيقاتها. كما أن أهميتها تتزايد يوما بعد يوم في مجالات أخرى لاسيما الاقتصادية والتجارية[3]. وفي هذا الصدد، يتعين الإشارة إلى الوضع الخاص للبيانات الوراثية وطابعها المزدوج، وذلك لأنها توفر في آن واحد معلومات

---

[1] تعريف ورد في المادة 02 من الإعلان الدولي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[2] من الصعب وضع تعريف محدد للبيانات الوراثية لأن الحدود القائمة بين المعلومات والبيانات والعينات عالية الدقة والتنوع، فالبيانات الوراثية تشكل بمعناها الأولي معلومات تتعلق بالرمز الوراثي (الحمض النووي وتسلسل البروتينات) للصبغيات البشرية المتواجدة في النواة وفي الهنيات الخيطية لخلايا الإنسان. لكن تشير بمعناها الشامل إلى معلومات أكثر بساطة بكثير فيمكن أن تكون محفوظات أرشيف طبيب في قرية تغطي أجيالا عدة لعائلات معينة وتشمل معلومات حول أعمار أفرادها وأسباب الوفاة.

[3] وعلى سبيل المثال، تعد البيانات الوراثية ذات أهمية جوهرية فيما يتعلق بتشخيص الأمراض، الوقاية منها، وفي البحوث المتعلقة بالوبائيات. كما تتيح للبحوث التطبيقية في مجال الطب البيولوجي أن تكشف عن الاستعداد الوراثي المحتمل والتأثر ببعض أنواع العلاج. وكما تستعمل في الصناعات الدوائية والكيميائية وتساهم البيانات الوراثية أيضا في معرفة المزيد عن تطور المجين البشري، والتفاعل بينه وبين البيئة. ويمكنها أن تستعمل في البحوث الأنثروبولوجية والدراسات العلمية حول أصل الإنسان، وتعد أيضا مصدر معلومات مفيدا لمرافق الخدمة الاجتماعية ولصياغة السياسات في مجال الصحة. وأخير، أضحت البيانات الوراثية بمثابة أدوات ثمينة يستخدمها الطب الشرعي، من أجل تحديد هوية الجثث في الكوارث الطبيعية والحوادث المطموسة المعالم، وتستخدمها الجهات القضائية المدنية لتحديد صلة النسب والأبوة، وفي القضايا الجنائية لتحديد هوية الجناة خاصة في الجرائم الجنسية والسرقات وجرائم القتل. ومهما كان الغرض طبيا أو علاجيا أو علميا، فإنه سوف تؤدي في النهاية إلى تكوين كميات ضخمة من عينات الحامض الصبغي النووي بالمخابر وقواعد المعطيات يتعين حمايته. أنظر، مذكرة تفسيرية عن المشروع الأولي للإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، المرجع السابق ص 01؛ عبد الباسط محمد الجمل، مروان عادل عبده، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، المرجع السابق، ص 27.

طبية ومعلومات شخصية. كما تظل هذه البيانات في الحالتين محتفظة بدلالتها طيلة الحياة، وخاصة في المجال الطبي، لأن هذه البيانات لا تفيد فقط في الدلالة على الحالة الصحية للشخص المعني، بل يمكن أن تكون أيضا ذات طابع تنبئي. ويمكن أيضا أن توفر معلومات عن أخوة الشخص المعني وأخواته وعن ذريته، وحتى عن المجموعة السكانية التي ينتمي إليها الشخص وقد تحتوي أيضا على معلومات قد لا تكون أهميتها معروفة حتما وقت جمع العينات[1].

فاستخلاص تلك البيانات يمكن أن تنطوي على مخاطر فيما يخص احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والكرامة الإنسانية لاحتمال حدوث تجاوزات في هذا الصدد. لهذا بادرت العديد من البلدان بسن تشريعات تعتمد على معايير أخلاقية لإقرار مستوى ملائم من الحماية، وضبط الحالات التي يتم من خلالها جمع البيانات الوراثية ومعالجتها واستخدامها وحفظها. وقد انتبه المشرع لخطورة الأمر وأصدر القانون 16 – 03 المؤرخ في 2016/06/19 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص[2]، شدد فيه على ضرورة احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة وحماية معطياتهم الشخصية أثناء مختلف أخذ العينات البيولوجية واستعمال البصمة الوراثية[3]. كما أصدرت منظمة اليونسكو بتاريخ 2003/10/16 الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية. وسوف يتم من خلال هذا المبحث طرح أهم المعضلات الأخلاقية التي تثيرها الأبحاث المنصبة على البيانات الوراثية البشرية، وهذا بتقسيمه إلى مطلبين يخصص المطلب الأول لدراسة الضوابط الأخلاقية لجمع البيانات الوراثية ومعالجتها. أما المطلب الثاني فيتناول أحكام استخدام البيانات الوراثية.

---

[1] فضلا على ذلك تحمل البيانات الوراثية مضمونا ثقافيا ورمزيا بالنسبة لكثير من الناس. فسواء تعلق الأمر بالدم أو بغيره من عناصر الجسم البشري المستخدمة كعينات للحصول على بيانات وراثية، فهي محملة بقيم ثقافية أو روحية غالبا ما تكون مرتبطة بالتصورات الثقافية للأشخاص وبمعتقداتهم الدينية والفلسفية. لذا فإن من الضروري أن تكون الأوساط المهنية والجهات المكلفة بإدارة البيانات الوراثية البشرية واعية بذلك وأن تتعامل مع هذه البيانات وهي مدركة لما تمثله بالنسبة للآخرين.اليونسكو، المذكرة التفسيرية للإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية، المرجع السابق، ص 05.

[2] القانون 16 – 03 المؤرخ في 2016/06/19 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، (ج.ر 5).

[3] أنظر، المادة 03 من القانون 16 – 03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

المطلب الأول
الضوابط الأخلاقية لجمع البيانات الوراثية ومعالجتها

إن جمع البيانات الوراثية البشرية واستخدامها وحفظها يطرح أسئلة متميزة ومشاكل أخلاقية مختلفة، ففي مرحلة الجمع نجد مشكلة منح الموافقة وسحبها، وفي مرحلة المعالجة تبقى المشكلة الكبرى تتعلق بالسرية الطبية والخصوصية وبنظام إدارة البيانات. وبصفة عامة تكمن أهم الضوابط الأخلاقية والقانونية التي يتعين مراعاتها في هذا الحقل، في مبدأ حق الشخص في اتخاذ قراراته ومبدأ حرمة الحياة الشخصية. وعليه يتعين التطرق إلى تلك المسائل في فرعين يخصص الفرع الأول إلى مبدأ الموافقة على انتزاع العينات البيولوجية واستخدامها، في حين يخصص الفرع الثاني إلى حرمة الحياة الشخصية وسرية البيانات الوراثية.

الفرع الأول
الموافقة على انتزاع العينات البيولوجية ذات الأصل البشري

يقصد بالعينات البيولوجية: "أي عينة من مادة بيولوجية (مثل خلايا الدم والجلد أو العظام أو بلازما الدم)، توجد فيها أحماض نووية وتحتوي على التركيب الوراثي المميز للشخص المعني"[1]، وعرفها المشرع في المادة 02 من القانون 16 – 03 المتعلق باستخدام البصمة الوراثية بأنها: "عينة أو سوائل بيولوجية تسمح بالحصول على بصمة وراثية". ويرتبط مبدأ الموافقة المسبقة على انتزاع العينات البيولوجية من الجسم البشري بحق الإنسان في سلامته البدنية، ومفاده أنه يتعين أن يتخذ الشخص المعني قرارا مقبولا بشأن انتزاع العينات البيولوجية من جسده أو استخدامها، ويتعين أن يتسم قراره ببعض الخصائص القانونية والأخلاقية.

ويجب التفرقة هنا أيضا بين الأغراض المختلفة من اقتطاع العينات البيولوجية واستخدامها، التي لا يجب أن تتم إلا في الحالات يجيز فيها القانون ذلك. فمن جهة، هناك الفحص الوراثي الذي ينصب على الخصائص الجينية للشخص، أي دراسة طبيعة التركيب الوراثي المميز له والتغييرات الموجودة على الجينات والكروموزومات والبروتينات، وعادة ما يلتجئ إلى تلك الطريقة لتحقيق غايات طبية أو علمية، مثل اكتشاف خلل جيني بدني مكتسب أو تشخيص مرض أو انتقاء طرق علاجية. ومن

[1] المادة 02 فقرة 4 من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية.

جهة ثانية، هناك التحليل الوراثي الذي يهدف إلى الحصول على بصمة وراثية[1]، التي يكتفي فيها الخبراء بمقاربة مقاطع الحامض النووي الريبي الموجود في الخلايا، لتحديد هوية الشخص البيولوجية أو نسبة العينة إليه[2]. وبناءا عليه، يتعين أولا التطرق لمسألة الموافقة على فحص الخصائص الوراثية لأغراض طبية أو علمية. ثم إلى التعرف على هوية الأشخاص عن طريق بصمته الوراثية.

أولا: إجراء الاختبارات الوراثية لأغراض طبية أو علمية.

يقصد بالاختبار الوراثي، "إجراء يرمي إلى الكشف عن وجود أو عدم وجود جينة محددة أو كروموزوم محدد، أو عن أي تغيير فيهما، بما في ذلك الاختبار غير المباشر عن منتج جيني معين، أو عن أيضات معينة تدل من حيث المبدأ على تغير وراثي محدد"[3]. وعادة ما ننصب تلك التحاليل على المناطق المشفرة من الحمض النووي[4]. وتطرح الاختبارات الوراثية في المجال الطبي والعلمي العديد من المسائل المتعلقة بشروط انتزاع العينات البيولوجية واستخدامها، وكذا المسائل المرتبطة بالمشورة الوراثية وتغيير الغرض من الأبحاث وسحب القبول.

1- الشروط العامة للموافقة على الاختبار الجيني.

إن مشكلة منح الموافقة التي ليست بالجديدة في المجل الطبي، ذلك أن الطابع الحر والواعي والمستنير للموافقة أصبح مطروحا في جمع العينات البيولوجية واستخدامها. لذا فإن الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية ثم البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المؤرخ في 2008/11/27 والمتعلق بالاختبارات الوراثية التي تجرى لأغراض طبية أعطيا عناية مميزة لمسألة الموافقة بشأن اقتطاع العينات البيولوجية[5]، فتوضح المادة 08 من الإعلان أن هذا القبول يجب أن يكون مسبقا وحرا وواعيا وصريحا،

---

[1] عرفت المادة 02 – 1 من القانون رقم 16 – 03 المؤرخ في 2016/06/19 البصمة الوراثية بأنها: "التسلسل في المناطق غير المشفرة من الحمض النووي"، وعرفت المادة 02 – 2 الحمض النووي (الريبي منقوص الأكسجين) بأنه: "تسلسل مجموعة من النكليوتيدات تتكون كل واحدة منها من قاعدة أزوتية الأدنين (A) الغوانين (G) السيتوزين (T) ومن السكر (ريبوز منقوص الأكسجين) ومجموعة فوسفات".

[2] PENNEAU Jean, op. cit., p. 291.

[3] تعريف ورد في المادة 02 من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية.

[4] عرفت المادة 02 – 3 من القانون رقم 16 – 03 المناطق المشفرة من الحمض النووي بأنها: "مناطق من الحمض النووي، تشفر لبروتين معين".

[5] Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales. Conseil de l'Europe, Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 203.

ويحق للمعني أن يسحب قبوله في أية مرحلة[1]. في حين اشترطت المادة 09 من البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo أن يكون الرضا حرا ومستنيرا، كما أفردت الوثيقتين حماية خاصة للقصر والخاضعين لتدابير الحماية القانونية[2].

أما بالنسبة إلى القوانين الداخلية، فقد وضع المشرع الفرنسي الإطار القانوني العام لإجراء الاختبارات الوراثية لأغراض طبية أو علمية، وهذا ما نلحظه من خلال المادة 16 – 10 من القانون المدني التي نصت على أنه: "لا يتم إجراء فحص الخصائص الوراثية إلا بعد الحصول على الموافقة المسبقة الكتابية للشخص، بعدما يتم إعلامه بطبيعة الاختبار والغرض إجراءه"، وأعطت نفس المادة الحق للشخص الخاضع للاختبار أن يتراجع على موقفه في أية مرحلة[3]. ثم جاءت المادة 1131 – 1 من قانون الصحة العمومية لتأكد على مبدأ الموافقة المسبقة في إجراء الفحوصات الجينية وتضع القيود الواردة على ذلك، حيث أفادت بأنه إذا تعذر الحصول على رضا المعني أو الشخص الأمين الذي كلفه للقيام مقامه في إبداء الرأي حول التدخلات الطبية أو تعذر استشارة أحد أفراد العائلة أو الأقارب، يمكن إجراء الاختبار شرط أن يكون الغرض منه طبيا وأن يكون لمصلحة الشخص المعني فقط. وأخيرا تعاقب المادة 226 – 25 من قانون العقوبات بالحبس لمدة سنة (01) وبغرامة تصل إلى 15.000 أورو، كل شخص يجري فحص للخصائص الوراثية، بدون الحصول على الموافقة المسبقة المنصوص عليها في المادة 16 – 10 من القانون المدني[4]. وبطبيعة الحال تهدف تلك النصوص إلى تعزيز المحافظة على الحقوق الأساسية للأفراد وحرياتهم وكرامتهم في مجال تطبيقات البحوث الوراثية.

---

[1] لا يمكن سحب القبول إلا عندما تكون البيانات الوراثية منسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته. وبالفعل فإنه في حالة البيانات البيولوجية غير المنسوبة لشخص يمكن تحديد هويته فمن المستحيل تحديد البيانات التي يرغب الشخص المعني ممارسة حق سحب قبوله عليها. وفي جميع الأحوال ينبغي ألا يترتب على سحب القبول بأي حال إلحاق ضرر أو إنزال عقوبة بالشخص المعني. وتوضح المادة أنه في حال سحب القبول تعاد البيانات الوراثية وكذلك العينات البيولوجية التي استخدمت للحصول عليها إلى الشخص المعني أو يجرى إتلافها.

[2] Art. 9 – Consentement : « 1- Un test génétique ne peut être effectué qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé.
Le consentement aux tests visés à l'article 8, paragraphe 2, doit être consigné par écrit.
2- La personne concernée peut, à tout moment, retirer librement son consentement ».

[3] Art. 16-10 (*L. n° 2004-800 du 6 août 2004, art. 4)* « L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.
Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment ».

[4] MAZIAU Nicolas, *Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française*, RDSS, 1999, p. 469.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، يتبين أنه لا توجد نصوص قانونية خاصة بإجراء الاختبارات الوراثية لأغراض طبية أو الدراسات الإكلينيكية، حتى مشروع القانون التمهيدي المتعلق بالصحة جاء خاليا من أية مواد توضح شروط إجراء التحاليل الوراثية في المجال الصحي، أما القانون 16 – 03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية فإنه يهدف إلى تحديد قواعد استعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية وإجراءات التعرف على الأشخاص المفقودين أو مجهولي الهوية ولا ينظم إجراء الاختبارات المنصبة على المناطق المشفرة للحامض النووي[1]. ما يحتم الرجوع إلى الشروط المتعلقة باقتطاع الأنسجة والخلايا وإجراء التجارب الطبية، التي تشترط الحصول على الموافقة الكتابية المسبقة، وبذلك ربط المشرع شروط اقتطاع الأنسجة بالشروط القانونية التي تخضع لها عمليات اقتطاع الأعضاء البشرية، بحيث تطبق هذه الأخيرة على عمليات التقاط الأنسجة كذلك[2]. ومن جانب آخر، جرم قانون العقوبات بموجب المادة 303 مكرر 19 التقاط الأنسجة والخلايا وتجميع مواد الجسم دون الحصول على موافقة صاحبها، وأحالت تلك المادة ضمنيا إلى قانون حماية الصحة وترقيتها بخصوص شروط الموافقة[3].

ويفهم من مجمل النصوص المشار إليها أعلاه، أنه يجب أن يكون الشخص المعني على علم وفهم مسبق بأن العينة أخذت لغرض إنتاج بيانات وراثية بشرية. ويكون القبول حرا عندما لا يخضع الشخص المعني لأي ضغط بدني أو نفسي، كما لا يتلقى بالمقابل أية مكافأة مالية لا مبرر لها. ويكون القبول واعيا عندما يفهم الشخص المعني بالأسباب التي تستدعي جمع البيانات الوراثية البشرية، ومزايا ذلك ومساوئه المحتملة، ويفهم ضمانات الحماية التي تحاط بها البيانات المعنية، لاسيما فيما يخص سريتها تجاه الغير. وأن يبدي الشخص الذي أخذت منه العينة موافقته على الغاية التي تجمع من أجلها البيانات. وفي الحالات التي يكون فيها الشخص المعني غير قادر على إبداء قبوله يتعين مراعاة الشروط الخاصة بالموافقة الخاصة بالقصر والأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية الخاصة[4].

2- طبيعة المعلومات التي ينبغي توفيرها للشخص.

حدد الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية طبيعة المعلومات التي ينبغي توفيرها للشخص الذي يلتمس قبوله. فتخضع هذه المعلومات لثلاثة معايير. أولها أنها ينبغي أن تكون واضحة.

---

[1] المادة 01 من القانون 16 – 03 المؤرخ في 2016/06/19 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

[2] المواد 161 وما يليها من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3] وهي الأحكام والشروط التي سوف يتم التطرق إليها بالتفصيل في الباب الثاني.

[4] أنظر، المذكرة التفسيرية للمشروع الأولي للإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، المرجع السابق، ص 10.

ولهذا الغرض ينبغي أن تكون المعلومات في متناول إدراك الشخص المعني فيجتنب استخدام صياغات كتابية أو شروح يستعصي عليه فهمها. ثانيا، ينبغي أن تكون هذه المعلومات متوازنة، أي نبغي أن تعرض، عند الاقتضاء، المساوئ أو الأخطار المحتمل المرتبطة بأي مرحلة من مراحل جمع أو معالجة البيانات الوراثية. وثالثا، يجب أن تكون تفضيلية، أي أن تقدم أكمل قدر ممكن من الإيضاحات عن المراحل المختلفة، ولاسيما عن الأغراض التي تستخدم فيها البيانات الوراثية. ويجب منذ البداية أن تبين هذه المعلومات الغرض من جمع البيانات الوراثية البشرية والسبب الداعي إلى معالجتها واحتمال حفظها. ويجب أيضا أن يوضح في هذه المعلومات للشخص المعني أن يجوز له أن يسحب قبوله. وأخير يجب أن يبين للشخص المعني، عند الاقتضاء، أن بياناته الوراثية جمعت منه بوصفه عضوا في مجموعة أو في مجتمع محلي أو في جماعة سكانية معينة. وهذا هو الحال مثلا عندما تجمع عينات بيولوجية من أجل إجراء دراسات وراثية للسكان[1].

ولكن ينبغي التمييز بين مختلف هذه الأغراض، مثلا بين أغراض التشخيص الطبي والرعاية الصحية وبين غرض البحث. ففي الممارسة العملية، يمكن لشخص ما أن يطلب الخضوع لاختبار وراثي ويرغب بطبيعة الحال معرفة نتائجه، دون أن يكون راغبا في المشاركة في بحث طبي أو علمي. كما يمكن بالمقابل أن يرفض الخضوع لاختبار وراثي وصف له، لاسيما إذا كان اختبارا تنبؤيا، وأن يوفق في نفس الوقت على المشاركة في بحث طبي أو علمي، وخاصة إذا كان بإمكانه عدم الاطلاع على نتائجه.

3- تغيير الغرض أو الهدف من البحوث الطبية والعلمية.

لا يجوز كأصل عام استخدام البيانات الوراثية البشرية والعينات التي تجمع لغرض البحوث الطبية والعلمية لغرض آخر، إلا بعد الحصول على القبول المسبق والحر والواعي والصريح للشخص المعني، فيمكن لشخص ما أن يوافق على المشاركة في بحث معين دون أن يكون راغبا في أن تستخدم بياناته الوراثية في إطار أي بحث آخر. وفي مجال البحث العلمي دائما، يتسم اختيار الأشخاص بأهمية جوهرية وإلا فإن الذين يبدون استعدادهم استعداد للمشاركة يمكن وأن يتراجعوا عن ذلك إذا ما شعروا أن قبولهم سيستخدم بشكل عام في أي بحوث أخرى، وهو ما أكدت عليه المادة 08 فقرة ب من الإعلان العالمي بشأن البيانات الوراثية، وفي حال تعذر الحصول على القبول المسبق والحر والواعي والصريح، أو إذا كانت البيانات غير منسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته، وجبت استشارة لجنة معينة بالأخلاقيات على المستوى الوطني.

[1] المادة 08 من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية.

وتعاقب المادة 226 – 26 من قانون العقوبات الفرنسي بالحبس لمدة سنة وبغرامة تصل إلى 15.000 أورو، كل الشخص يقوم بتحويل الغرض الطبي أو العلمي من فحص الخصائص الوراثية للبيانات المتحصل عليها[1]. في حين تمنع المادة 08 من القانون 16 – 03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية، استعمال العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية المتحصل عليها لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكام القانون، وتعاقب المادة 17 كل من يستعمل العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية المتحصل عليها لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكام القانون، بالحبس من سنة إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج. ويفهم من ذلك أن المشرع شدد على ضرورة احترام الغرض المخصص من جمع البيانات الوراثية، وألا يتم تحويل الفحص لأغراض أخرى لاسيما إجراء التحاليل الوراثية على المناطق المشفرة من الحمض النووي والمناطق المسؤولة عن تحديد الجنس[2].

ثانيا: تحديد هوية الشخص عن طريق البصمة الوراثية.

تسمح تقنيات البصمة الوراثية بالتعرف على هوية الشخص البيولوجية بواسطة تحليل الحامض النووي، وتستند تلك التكنولوجيا الحيوية إلى حقيقة علمية مفادها أن جميع البشر لا يشتركون في الشفرة الوراثية، إلا في حالات استثنائية جدا تتعلق بالتوائم المطابقة، وتشبه تلك الطريقة إلى حد ما طريقة مقارنة أصابع اليد التي تم اكتشافها في بداية القرن العشرين. وقد تم اكتشاف البصمة الوراثية سنة 1984 على يد العالم البريطاني Alec JEFFREYS، ومنذ ذلك الحين أصبحت تحاليل البصمة الوراثية تستعمل في المجالات العلمية والقضائية المختلفة[3].

وقد اعتمدت العديد من التشريعات الحديثة على الخبرة المتعلقة بالبصمة الوراثية في مجال الإثبات وكذا التعرف على الأشخاص عن طريق التحليل الوراثي، من بينها التشريع الجزائري الذي اعتمد عليها في قانون الأسرة[4]، ثم نظمها بموجب القانون 16 – 03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية[5]. ومن

---

[1] Art. 226-26 *(L. n° 2004-800 du 6 août 2004, art. 4-III)* « Le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'examen de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

[2] أنظر، المادة 07 فقرة 2 من القانون 16 – 03.

[3] DESFORGES Yves, *L'évolution de l'administration de la preuve pénale face aux défis scientifiques*, AJ pénal, 2014, p. 56.

[4] تنص المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة بأنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

[5] وحتى قبل صدور هذا القانون، كان القضاء قد اعتمد على مقاربة البصمة الوراثية في مجال التحقيقات الجنائية. أنظر على سبيل المثال، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/03/21 الذي جاء فيه أنه:" بالرغم من البيانات المتناقضة الواردة في القرار المطعون فيه، فإن غرفة الاتهام تبنت موقف قاضي التحقيق الذي رفض طلب الخبرة المتعلق بتحليل الحمض النووي ADN. بالرغم من أن

جهتها أكدت محكمة النقض الفرنسية أن "الالتجاء للدليل العلمي حق للمتقاضي"[1] وحددت المادة 16-11 من القانون المدني الفرنسي مجالات استعمال البصمة الوراثية التي يمكن حصرها في ثلاثة مجالات، ويتعلق الأمر بالتحقيقات القضائية، أو لأغراض طبية أو البحث العلمي، وأخيرا لتحديد هوية الجثث مجهولة الهوية.

1- الموافقة على إجراء تحاليل البصمة الوراثية في القضايا المدنية.

اعتمد المشرع على الطرق العلمية في الإثبات في المواد المدنية في إطار الخبرة القضائية لاسيما فيما يتعلق بالنزاعات الخاصة بالنسب، بحيث تمتاز تلك الوسيلة بالدقة في التحقق من الأبوة أو البنوة البيولوجية، وتخول المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة الحق للقاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وتسمح المادة 04 من القانون 16 – 03 لقضاة الحكم الأمر بأخذ عينات بيولوجية لإجراء تحاليل وراثية عليها. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 2006/03/05 أنه: "بالإطلاع على القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق النسب المولود (م، ص) للمطعون ضده باعتباره أب له، كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة، رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق منها البينة. ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد"[2]. لكن المشرع لما استحدث تلك المادة لم يوضح الشروط الخاصة بالموافقة على إجراء الخبرة البيولوجية، لكن المشرع تدارك الأمر بموجب القانون 03 – 16 وأكد ضمنيا بأن الموافقة شرطا ضروريا لانتزاع العينات البيولوجية من الجسم بعد الحصول على الحكم من القاضي بدليل أنه وضع جزاءات على الشخص الذي يرفض الخضوع للتحاليل[3].

هذه الخبرة ضرورية لتحديد النسب وعند الاقتضاء الهوية الحقيقية لكل من (ق، س) و (س) و(ق، ج) و (ف، ت)". المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، 2007/03/21، تحت رقم 414233، م.ق 2007، عدد01، ص 567.

[1] La Cour de cassation décida que: « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. », Civ. 1re, 28 mars 2000, no 98-12.806, D. 2000, 731, note T. Garé, JCP, 2000, II, 10409, concl. Petit, note Monsallier-Saint-Mieux ; Civ., 1e, 18 mai 2005, n° 02-18.943, D. 2006, panor. 1200, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; Civ. 1e, 14 juin 2005, n° 03-12.641, RTD civ., 2005, 584, obs. Hauser, RJPF, 2005, 11-36, note Garé.

[2] قرار غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 05 /03/ 2006، تحت رقم 355180، م.ق 2006، عدد 01.

[3] أنظر، المادة 03 و04 و05 و16 من القانون 16 – 03.

وكان المشرع الفرنسي قد وضع الإطار القانوني لتحديد هوية الشخص عن طريق البصمة الوراثية من خلال المادة 16 – 11 فقرة 2 من القانون المدني، التي حصرتها في النزاعات المتعلقة بإثبات أو نفي روابط النسب أو المطالبة بالحصول أو بإلغاء الإعانات المالية[1]، وأشارت المادة المذكورة أعلاه، أنه يتعين في كل الأحوال الحصول على الموافقة المسبقة والصريحة للمعني، وأضافت المادة 16 – 12 بأنه لا يمكن إجراء اختبار البصمة الوراثية إلا من طرف المخابر المرخص لها، والمقيدة في قائمة الخبراء القضائيين. مما يفهم ضمنيا عدم جواز الالتجاء للخبرة البيولوجية خارج الأطر القضائية أو بالتراضي بين طرفي النزاع[2].

غير أن القانون 94 – 548 المؤرخ في 1994/07/01 المتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية في مجال الصحة، تجاهل مسألة هامة تتعلق إجراء الفحوصات الجينية على الشخص المتوفى لإثبات علاقة الأبوة، و قد أثيرت هذه المسألة الحساسة أمام القضاء في نزاع كان مطروحا أمام محكمة استئناف باريس من قبل المدعية التي كانت تزعم آنذاك صلتها بأحد الشخصيات الفنية المشهورة ويتعلق الأمر بالمدعو Yves MONTAND عن طريق اختبارات الحمض النووي ADN، وأن محكمة قررت بتاريخ 1997/11/06 الاستجابة لطلبها وأمرت بإخراج رفات الأب المفترض من القبر لانتزاع عينات منها، رغم أن المعني كان قيد حياته رافضا لفكرة إجراء فحوصات البصمة الوراثية لإثبات الأبوة غير أن نتائج التحاليل كانت سلبية[3].

وقد أثار هذه القضية الكثير من الجدل بين رجال القانون والمهتمين بأخلاقيات البيولوجية، لأنها طرحت العديد من المسائل التي تمس المبادئ الأساسية الفلسفية والأخلاقية المبني عليها النظام القانوني. بحيث وجد القضاة أنفسهم في هذه القضية أمام اختيارات صعبة في ترجيح القيمة القانونية الجديرة بالحماية، فمن جهة، فإن للطفل الحق في معرفة أصوله البيولوجية وحقه بالعيش في وسط عائلي طبيعي، ثم معرفة الحقيقة الاجتماعية، وبين المبادئ التي تجسد احترام إرادة الشخص وكرامته، وضمان

[1] Refus d'une mesure d'instruction consistant dans l'identification par empreintes génétiques demandée par un homme, auteur d'une reconnaissance prénatale, agissant en restitution d'enfant placé en vue de son adoption, l'enfant étant né d'un accouchement «sous X», dès lors qu'une telle action ne tend pas à l'établissement d'un lien de filiation. TGI Cusset, 10 avr. 1997 : Dr. fam. 1998, n° 150, note Murat. – V. aussi, dans la même affaire : Riom, 16 déc. 1997.

[2] LABRUSSE-RIOU Catherine, *Filiation,* Répertoire de droit civil, septembre 2009, p. 69.

[3] Paris, 6 nov. 1997, D. 1998, 122, note Ph. Malaurie ; D. 1998, Somm.162, obs. H. Gaumont-Prat ; D. 1998, Somm.296, note N. Nevejans ; RTD civ., 1998.87, obs. J. Hauser ; Droit de la famille, 1997, 10, note P. M. ; JCP, 1998, I, 101, obs. J. Rubellin-Devichi.

سكينة الأموات بمثواهم الأخير، وفكرة الأمن القانوني، وقد تباينت آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض لهذا القرار[1].

وفي دعاوى مماثلة تتعلق بحفظ الدليل، أمر قاضي الاستعجال بمحكمة المرافعة الكبرى بـ Orléans بتاريخ 1999/10/18، بانتزاع عينة من دم جثة الوالد المفترض الموجودة بغرفة الموتى بالمستشفى، تحسبا لدعوى مستقبلية تتعلق بإثبات صلة الأبوة بين هذا الأخير والطفل الذي لم يولد بعد، كون الوالد كان قد أبدى استعداده قيد حياته بالاعتراف بالطفل القادم للحياة، لكن الموت الفجائي لم يعطه الفرصة ليعبر صراحة عن رضاه[2]. ومن جهة أخرى، اعتبر محكمة استئناف Dijon في قرار صادر عنه بتاريخ 1999/09/15، أنه من صلاحيات قاضي الاستعجال أن يأمر بتوقيف إجراءات دفن رفات الوالد المفترض حتى يتم انتزاع عينة من دمه، تمهيدا لإجراء خبرة علمية يمكن أن يلتجئ إليها قاضي الموضوع في النزاع القائم بين الطرفين حول إثبات العلاقة الطبيعية للفتاة القاصر بالشخص المتوفى، لأن هذا الأخير كان قد أبدى موافقته أثناء سير الدعوى على إجراء الخبرة للوصول إلى الحقيقة العلمية[3]. وقد رفضت محكمة النقض بتاريخ 2001/07/03 الطعن الذي تقدم به ذوي حقوق الهالك مؤيدة في ذلك القرار المطعون فيه[4].

لكن المشرع الفرنسي تدخل فيما بعد بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 2004 – 800 المؤرخ في 2004/08/06 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا، وأضاف فقرة خامسة للمادة 16 – 11 منع من خلالها اللجوء إلى تعريف عن طريق البصمة الوراثية بعد الوفاة، إلا إذا عبر هذا الأخير صراحة قيد حياته عن موافقته بإجراء التحاليل الوراثية[5]، وقد حاول المشرع من خلال هذه الفقرة إيجاد نوع من التوازن بين المبادئ القانونية، وأكدت محكمة النقض أن هذه القاعدة واجبة التطبيق فورا[6]. وبعد عرض

---

[1] C. POMART, *Examen des empreintes génétiques sur le cadavre du père supposé*, Recueil Dalloz, 2001, p. 2867.

[2] TGI Orléans, 18 oct. 1999, D. 2000, 620, note Beignier.

[3] Dijon, 15 sept. 1999, D. 2000, 875, note Beignier ; D. 2001, Somm. 2867, obs. Pomart ; RTD civ., 2000, 98, obs. Hause.

[4] « Justifie sa décision de déclaration de paternité naturelle d'une personne décédée, la cour d'appel qui se fonde sur l'analyse génétique des prélèvements effectués sur le cadavre du défunt avec l'accord de ses ayants droit, lesquels ne sont pas recevables à contester la compétence du juge de la mise en état qu'ils avaient eux-mêmes saisi et qui a complété la mission confiée à l'expert pour tenir compte desdits prélèvements ». Civ. 1e, 3 juill. 2001, Bull. civ., I, n° 203; D. 2002, Somm. 2023, obs. Granet; Defrénois 2002. 190, obs. Massip ; RJPF, 2001-12/28, note Bossu ; Dr. et patr., nov. 2001, p. 104, obs. Loiseau; RTD civ., 2001. 863, obs. Hauser, rejetant le pourvoi contre.

[5] «… Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort ».

[6] « L'art. 16-11, dans sa rédaction issue de la L. n° 2004-800 du 6 août 2004, selon lequel sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut

النص على المجلس الدستوري أكد بموجب قراره المؤرخ في 2011/09/30 أن النص مطابق لأحكام الدستور ومبادئه وأنه لا يخالف مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وحماية الحريات[1]. غير أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كان لها رأي آخر مخالف لهذا التوجه، ورجحت في عدة مناسبات حق الشخص في معرفة أصوله البيولوجية الذي يعد من الحقوق الأساسية للإنسان، حتى في حال عدم موافقة الأب المفترض على إجراء اختبارات الحمض النووي، وذهبت إلى أن المعني له مصلحة فعلية محمية بنص الاتفاقية للحصول على جميع المعلومات التي تمكنه معرفة هويته الشخصية[2].

2- الموافقة على إجراء تحاليل البصمة الوراثية في القضايا الجزائية.

من المعروف أن القضاء الجزائي يستند في مجال الإثبات إلى مبدأين، وهما مبدأ حرية الإثبات ومبدأ القناعة الوجدانية للقاضي، الذين كرسهما المشرع من خلال قانون الإجراءات الجزائية[3]. وكانت المحكمة العليا قد اعتدت بالطرق البيولوجية الحديثة في الإثبات في المواد الجنائية منها طريقة التحليل الوراثي للحمض النووي، حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2007/03/21 على أنه:" بالرغم من البيانات المتناقضة الواردة في القرار المطعون فيه، فإن غرفة الاتهام تبنت موقف قاضي التحقيق الذي رفض طلب الخبرة المتعلق بتحليل الحمض النووي ADN. بالرغم من أن هذه الخبرة ضرورية لتحديد النسب وعند الاقتضاء الهوية الحقيقية لكل من (ق، س) و (س) و(ق، ج) و (ف، ت)"[4].

والحقيقة أن استعمال البصمة الوراثية كدليل إقناع في المواد الجزائية يصطدم بقاعدة جوهرية تتمثل في مشروعية الدليل الذي لا يجب أن يتعارض مع كرامة الإنسان، ومفاده عدم إجبار أي شخص الخضوع للفحص والتحاليل الطبية. وفي هذه المسألة ذهبت التشريعات إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية منها من لا يجيز البتة انتزاع عينات بيولوجية من جسم الإنسان كالقانون الإيطالي، ومنها من يجيز انتزاع العينات رغم إرادة المعني شرط عدم إلحاق الأذى بسلامته، كأخذ عينات بيولوجية باستخدام طرائق لا

être réalisée après sa mort, est immédiatement applicable aux situations en cours. » Civ. 1e, 2 avr. 2008, *Bull. civ. I, n° 101 ; D. 2008.*

[1] Cons. const., 30 septembre 2011, n° 2011-173, QPC, D. 2012, 308.

[2] Sur la possibilité de recourir à un prélèvement après exhumation, V. CEDH, 13 juill. 2006, n° 58757/00 *Jäggi c/ Suisse* ; Inversement, refusant d'autoriser l'exhumation d'un grand-père, pour la protection des droits de la famille et de la sécurité juridique : CEDH, 5 mai 2009, n° 21046/07, *Menéndez Garcia c/ Espagne* ; CEDH, 16 juin 2011, n° 19535/08, *Pascaud c/ France*, D. 2011. 1758, note, X. Bioy, *Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation*, Constitutions 2012 p. 138.

[3] أنظر على سبيل المثال المادتين 143 و212 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

[4] المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، 2007/03/21، ملف رقم 414233، م.ق 2007، عدد01، ص 567.

تتضمن النفاذ إلى داخل الجسم مثل التشريع الألماني، أما الاتجاه الثالث يقتصر على تطبيق عقوبات جزائية على رفض انتزاع العينات البيولوجية مثل التشريع الجزائري والفرنسي، حيث تعاقب المادة 16 من القانون 16 – 03 الشخص الذي يرفض الخضوع للتحليلات البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمته الوراثية بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة من 30.000 دج إلى 100.000 دج[1].

وكان القضاء الفرنسي قد جسد مبدأ الموافقة المسبقة، وهكذا أصدرت محكمة استئناف Rennes قرار بتاريخ 1997/08/14 يقضي بأنه: "يصوغ لغرفة الاتهام أن تأمر وفقا للمادة 16 – 11 من القانون المدني بإجراء فحص وراثي استقصائي، على كل شخص من سكان القرية يتراوح عمره بين 15 و35 سنة، بشرط الحصول على الموافقة المسبقة لهؤلاء، وألا تستعمل المعلومات المتحصل عليها إلا لغرض البحث عن المشتبه في ارتكابه جريمة القتل التي راحت ضحيتها المجني عليها."[2]. لكن الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية قضت بتاريخ 1998/04/30 برفض الطعن بالبطلان في الخبرة البيولوجية التي أجرتها الضبطية القضائية، على خلفية حجز أعقاب السجائر التي كانت يدخنها الطاعن أثناء فترة سماعه بصفته شاهد، ثم تركها بعين المكان. وذلك بحجة أن عملية الحجز تمت بموافقة الشخص المعني حتى في حال عدم إعلامه مسبقا بأن تلك العينات سوف تستغل لإجراء اختبار الحامض النووي، وتوصلت الخبرة في النهاية أنها متماثلة مع الآثار المرفوعة بمسرح الجريمة[3]. وقد علق بعض الفقه على القرار أن قضاة محكمة النقض رجحوا مبدأ الوصول إلى الحقيقة لتقرير شرعية إجراء الخبرة على الحق في الخصوصية لاسيما في الجرائم الخطيرة[4].

وقد عالجت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2014/06/25 الشروط القانونية لاختبار البصمة الوراثية في المواد الجنائية، في وقائع كانت تعرضت فيها فتاتين للاغتصاب من طرف شخص مجهول، لكن عناصر الشرطة لم تستطع الاهتداء إلى الفاعل أمام عجز الضحيتين على وصف ملامح وجهه. كما تبين أن الآثار البيولوجية التي تم رفعها من طرف الضبطية القضائية في مسرح الجريمة لم

---

[1] يعاقب كذلك قانون المرور على رفض الخضوع إلى للتحاليل البيولوجية للتأكد من نسبة الكحول في الدم لاثبات جريمة السياقة في حالة سكر أو تحت تأثير المخدرات أو المؤثرات العقلية، وهو ما نصت عليه المادة 706 – 56 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي تعاقب بالحبس لمدة تصل إلى سنة (01) وبغرامة مالية تصل إلى 15.000 أورو كل شخص يرفض انتزاع عينات بيولوجية من أجل حفظ البيانات في السجل الوطني الآلي للبصمات الوراثية المواد 19، 20، 21، 22، 74، 75 من القانون رقم 01-14 المؤرخ في 19 غشت 2001، المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرقات و سلامتها و أمنها (ج.ر 46) المعدل والمتمم بالأمر 09-13 (ج.ر 45).

[2] C.A. Rennes, ch. acc., 14 août 1997, D. 1998, Somm. 160, obs. Gaumont-Prat.

[3] Crim. 30 avr. 1998 : *RSC, 2001. 607, obs. Giudicelli.*

[4] V. en ce sens, PRADEL Jean, *Procédure pénale*, 12e éd., 2004, Cujas, n° 439, p. 382.

تكن متماثلة مع البصمات الوراثية المحفوظة بالسجل الوطني الآلي للبصمات الوراثية، وأمام هذه المعطيات أصدر قاضي التحقيق أمرا يقضي بإجراء خبرة بيولوجية، وكلف المخبر بجمع المعلومات الضرورية التي من شأنها التعرف على الميزات المورفولوجية للمشتبه فيه، مثل البنية البدنية ولون العينية والشعر وغيرها عن طريق تحليل المورثات. ثم عدل عن قراره وتقدم فيما بعد من تلقاء نفسه بعريضة أمام غرفة التحقيق يلتمس من خلالها البطلان، مستندا على المادتين 16 – 10 و16 – 11 من القانون المدني، وكذا المادة 226 – 25 من قانون العقوبات. غير أن غرفة التحقيق بمحكمة استئناف Lyon رفضت الطلب على أساس أن المواد البيولوجية التي أمر قاضي التحقيق إخضاعها للخبرة تعد منفصلة بطبيعتها على جسم الإنسان، وقد تركها الفاعل بمسرح الجريمة من تلقاء نفسه، وبالتالي لا مجال في هذه الأحوال لتطبيق أحكام المادتين 16 – 10 و16 – 11 من القانون المدني، التي تهدف أساسا لضمان احترام وحماية الجسم البشري. وبعد الطعن بالنقض أكدت محكمة النقض أن إجراء الخبرة الرامية إلى التعرف على الخصائص المورفولوجية من خلال الآثار التي تخلى عليها الجاني صحيح من الناحية القانونية، لأن ذلك من شأنه تسهيل التعرف على الفاعل[1].

وطرحت الإشكالية أمام محكمة النقض في هذه القضية حول المسافة الفاصلة بين الطريقتين التي اعتمد عليهما المشرع كمعيار للتفرقة بين الحالتين المشار إليهما آنفا، ويتعلق الأمر بتعريف الشخص عن طريق البصمة الوراثية المنصوص عليها بالمادة 16 – 11 من القانون المدني، وفحص الخصائص الوراثية المنصوص عليه في المادة 16 – 10 من نفس القانون، التي قصر المشرع إجراءها في الأغراض العلمية والطبية فقط، والتي تغاضت عنها محكمة النقض ربما في سبيل الكشف عن الحقيقة. وفي هذا الصدد علق الأستاذ Etienne VERGES على القرار بأن المخبر المعين سوف لن يكتفي في هذه الحالة بإجراء عملية المقاربة بين البصمات الوراثية، بل سوف يقوم دون شك بفحص الخصائص الجينية للشخص للتوصل إلى ميزاته المورفولوجية، ما يدخل حتما في نطاق المادة 16 – 10 المشار إليها أعلاه، التي تضع شروط خاصة للموافقة بالإضافة إلى ضرورة أن يكون الفحص لغرض علمي أو طبي وليس في الكشف عن الحقيقة القضائية، ما يبرر طلب البطلان[2].

---

[1] Cass. crim., 25-06-2014, n° 13-87.493, D. 2014, 1453.note Danet Jean, *Poussée de fièvre scientiste à la chambre criminelle, le recours au « portrait robot génétique » (mais approximatif) est validé*, RSC, 2014, p. 595.

[2] VERGES Etienne, *Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux*, RDLF, 2014, chron. n° 25.

علما أن اللجنة الوطنية الاستشارية الفرنسية لعلوم الصحة والحياة، كانت قد أشارت في رأيها المؤرخ في 1995/10/30 حول الوراثة والطب من التنبؤ إلى الوقاية، بأن لا يمكن تغيير الغرض من استغلال الآثار البيولوجية، وضربت مثال على العينات المستعملة في إجراء اختبار البصمة الوراثية في إطار الإجراءات القضائية التي لا يمكن أن تستغل في دراسة السلوك أو القابلية للإجرام أو الإدمان.

3- استخدام البصمة الوراثية في المجالات غير القضائية.

ويتعلق الأمر هنا بالمجالات غير القضائية التي يلتجئ إليها الطب الشرعي في تحديد هوية الأشخاص عن طريق البصمة الوراثية[1]، وقد حددت المادة 05 من القانون 16 – 03 الأشخاص الذين يمكن أن يتم انتزاع العينات البيولوجية منهم بقصد إجراء التحليل الوراثي، ويتعلق الأمر بالأشخاص الذين لا يمكنهم الإدلاء بمعلومات حول هويتهم بسبب سنهم أو بسبب حادث أو مرض مزمن أو إعاقة أو خلل نفسي أو أي خلل في قواهم العقلية، والمتوفين مجهولي الهوية، والمفقودين من أصولهم وفروعهم، والمتطوعين[2]. كما وضع المشرع الفرنسي من خلال المادة 16 – 11 من القانون المدني الإطار القانوني لاستخدام البصمة الوراثية في غير المجالات القضائية، وعلى سبيل المثال، عندما يتعلق الأمر بعسكري توفي في عملية للقوات المسلحة أو في إطار التكوين أو ضحايا الكوارث الطبيعية الكبرى، يمكن الحصول على الآثار البيولوجية لهذا الشخص، من الأماكن المتعود التردد عليها بشرط الحصول على موافقة الشخص المسئول عن ذلك المكان. وإذا تعذر الحصول على موافقته، فإنه يمكن الحصول على الترخيص لرفع العينات من قبل قاضي الحريات لمحكمة المرافعة الكبرى التي تقع في نطاق اختصاصها المكان المراد جمع تلك الآثار فيه. ومن جانب آخر، فتح المشرع الفرنسي المجال أمام إمكانية اقتطاع عينات جسدية من أصوله أو فروع الشخص بشرط الحصول على الموافقة المسبقة للمعني بالأمر كتابيا[3].

كما نصت المادة 16 – 11 سالفة الذكر كذلك على التعريف عن طريق البصمة الوراثية لأغراض علمية أو طبية شرط الحصول على الرضا المسبق والكتابي للشخص المعني، بعد إعلامه بالغرض وطبيعته والهدف من العملية الذي يكون قابلا للتراجع عنه في أية مرحلة. وتعاقب المادة 226 –

V. Avis et recommandations sur *"Génétique et Médecine : de la prédiction à la prévention"*. Rapport. n°46 – 30, octobre 1995.

وفي هذا الصدد أكد المجلس الدستوري الفرنسي صراحة عندما نظر في مدى دستورية القانونين المتعلقين بالتجمع العائلي والسجل الوطني الآلي للبصمات الوراثية، أنه لا يجب يتم بمناسبة تحديد الهوية عن طريق البصمة الوراثية فحص الخصائص الوراثية للأشخاص. وتسانده في ذلك المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، التي اعتبرت في قرارها المؤرخ في 2008/12/04 بأن الخصائص الوراثية، تدخل ضمن الحق في الحياة الخاصة للأشخاص.

« La conservation d'échantillons cellulaires, comme des profils ADN est une ingérence dans le respect de la vie privée ». CEDH, Gr Ch., 4 déc. 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni* : req. n° 30562/04 et n°30566/04.

[1] حول أهمية الطب الشرعي الوراثي في التعرف على الجثث، أنظر على سبيل المثال، علم الطب الشرعي الوراثي وحقوق الإنسان، وثيقة صادرة عن مجلس حقوق الإنسان، الأمم المتحدة، A/HRC/15/L.29.

[2] واشترط المادة الحصول على أمر أو رخصة من القاضي من أجل الحصول على العينات البيولوجية لإجراء التحاليل الوراثية باستثناء المتطوعين.

[3] V. Décret n° 2012-125 du 30 janvier 2012 *relatif à la procédure extrajudiciaire d'identification des personnes décédées*, JORF, n° 0026, du 31 janvier 2012, p. 1766.

27 من قانون العقوبات الفرنسي بالحبس والغرامة على إجراء اختبارات البصمة الوراثية دون احترام شروط الموافقة المسبقة، وتعاقب المادة 226 – 28 من قانون العقوبات أيضا على إجراء اختبار البصمة الوراثية خارج الحالات المنصوص عليها قانونا[1]. لكن إجراء التحليل الوراثي لا يقتصر في عملية انتزاع العينات البيولوجية وإجراء المقاربة للبصمات الوراثية وإنما يطرح مسألة أخرى في مرحلة البيانات ويتعلق الأمر باحترام الحياة الشخصية وسرية البيانات الوراثية.

الفرع الثاني
حرمة الحياة الشخصية وسرية البيانات الوراثية

يعد الحق في الخصوصية من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، ومرتبط بشرفه وكرامته. وقد كرس الدستور هذا الحق من خلال المادة 46 التي أكدت بأنه لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه، وأضافت الفقرة الأخيرة بأن حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه[2]، ولما كانت البيانات الوراثية تشمل في آن واحد البيانات الطبية، والبيانات الشخصية، فإن هذه الأخيرة تكون دائما معرضة للمخاطر خاصة إذا كانت اسمية، أي مرتبطة بشخص معين الهوية، وتؤدي إلى انتهاك حرمة الحياة الشخصية إذا تسربت لأشخاص آخرين غير مرخص لهم بالاطلاع عليها، لذا فقد عكفت المنظمات الدولية ذات الصلة والعديد من الدول بإصدار وثائق وتوصيات، لكي تتماشى والتطورات الحديثة في علم الوراثة سواء في مرحلة المعالجة أو الحفظ[3].

---

[1] BYK Christian, *Tests génétiques et preuve pénale*, Revue internationale de droit comparé. Vol. 50, n°2, Avril-juin, 1998, pp. 683-709.

[2] أضيفت هذه الفقرة بموجب التعديل الدستوري، قانون 16 – 01 المؤرخ في 2016/03/06.

[3] يقصد بالبيانات المنسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته: البيانات التي تتضمن معلومات، مثل الاسم وتاريخ الولادة والعنوان، يمكن من خلالها تحديد هوية الشخص الذي استمدت منه هذه البيانات. المادة 02 فقرة فرعية 9 من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية. ويقصد بالبيانات غير المنسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته: البيانات التي لا ترتبط بشخص يمكن تحديد هويته، وذلك نتيجة استخدام رمز معين لاستبدال أو عزل جميع المعلومات الخاصة بالشخص المعني. المادة 02 فقرة فرعية 9 من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية.

أولا: حماية الخصوصية أثناء مرحلة معالجة البيانات الوراثية.

تشمل حماية الحياة الشخصية في مرحلة معالجة البيانات الوراثية، مجموعة من الضمانات التي تكفل سرية المعلومات التي تدخل ضمن نطاق السر الطبي، وتجنب إفشائها للغير إلا في حالة الضرورة، وأخيرا الأشخاص المؤهلين لمعالجة البيانات[1].

1- الضمانات العامة المتعلقة بالسر الطبي.

يعتبر السر الطبي حقا للمريض، وبالتالي يقع على المهنيين في مجال الرعاية الصحية التزام احترام اعتبار المريض حتى بعد وفاته، بما في ذلك الخصوصية الجينية. وقد ألزمت المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها الأطباء وجميع المؤتمنين بكتمان السر المهني، وكرست المادة 23 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة حق الشخص في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات المتعلقة به، باستثناء الحالات المنصوص عليها في القانون صراحة، ومعنى ذلك أنه يتعين على المهنيين في مجال الصحة العمومية كتمان الأسرار التي يطلعون عليها وعدم إفشاءها للغير[2].

غير أن المتصفح لمجمل الأحكام القانونية، يتضح له بأن المشرع لم يضع أحكاما خاصة لحماية سرية البيانات الوراثية، التي بقيت خاضعة للقواعد العامة المتعلقة بالسر الطبي، رغم خصوصيتها بالمقارنة مع البيانات الطبية العادية، والاعتماد المستمر والمتزايد على الاختبارات الوراثية في المجالات المختلفة. لكن المشرع تدارك هذا الفراغ بالنسبة لإفشاء أسرار المعطيات المسجلة بالقاعدة الوطنية للبصمات الوراثية ووضع أحكاك جزائية، حيث تعاقب المادة 18 من القانون بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 60.000 دج إلى 300.000 دج، كل من يفشي المعطيات المسجلة في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية.

---

[1] أنظر، على وجه الخصوص، التوجيه الصادر عن البرلمان الأوربي ومجلس الوزراء المؤرخ في 1995/10/24، رقم 95/46/CE، بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتداول الحر لهذه البيانات.

[2] نصت المادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب أنه: "يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لمصلحة المريض والمجموعة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك". ومن جهة أخرى، أحالت المادة 235 من قانون حماية الصحة وترقيتها، المادة 439 من المشروع التمهيدي لقانون إلى المادة 301 من قانون العقوبات، التي تعاقب بالحبس من شهر (01) إلى ستة (06) أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات، وجميع الأشخاص المؤتمنون بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم، وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها.

وبالرجوع إلى الإعلان الدولي للبيانات الوراثية البشرية، يتبين أنه وضع أحكاما خاصة تحمي الحياة الشخصية والسرية، وتفرق المادة 14 من الوثيقة بين البيانات الوراثية المنسوبة لشخص يمكن تحديد هويته، والبيانات التي لا تنسب إلى شخص يمكن تحديد هويته. وفي كل الأحوال ينبغي عدم إفشاء البيانات الوراثية البشرية المتعلقة بالبروتينات والعينات البيولوجية المنسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته إلا لسبب هام يتعلق بالمصلحة العامة. وينبغي أيضا حماية حرمة الحياة الشخصية لأي فرد يشارك في دراسة تستخدم فيها البيانات الوراثية أو البيانات المتعلقة بالبروتينات البشرية، وتؤكد الفقرة د على أنه حتى في حالة البيانات غير المنسوبة إلى أي شخص يمكن تحديد هويته، يجب اتخاذ التدابير اللازمة لضمان أمن مثل هذه البيانات المرتبطة بأشخاص يمكن تحديد هويتهم لضمان احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للأشخاص المعنيين.

ونظر البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المؤرخ في 2008/11/27 المتعلق بالاختبارات الوراثية ذات الطابع الطبي في مسألة حماية الحياة الشخصية والحق في الإعلام، بحيث نصت المادة 16 منه بأنه: "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة، لاسيما حماية البيانات ذات الطبيعة الشخصية، التي يتم الحصول عليها أثناء إجراء الاختبارات الجينية"، وأعطت لكل شخص خضع لاختبار وراثي الحق في معرفة جميع المعلومات المتعلقة بحالته الصحية، وأشارت نفس المادة على ضرورة احترام إرادة الشخص الذي يرفض العلم بتلك النتائج. أما فيما يخص القانون الفرنسي، فقد أضفى حماية خاصة لإفشاء الأسرار الجينية، لاسيما عندما يتعلق الأمر بالمعلومات المتعلقة بتحديد هوية الأشخاص عن طريق البصمة الوراثية، أي البيانات المنسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته، بحيث تعاقب المادة 226 – 4 فقرة 2 من قانون العقوبات بالحبس لمدة سنة وبغرامة تقدر بـ 15.000 أورو، على إفشاء المعلومات المتعلقة بتعريف الشخص عن طريق بصمته الوراثية[1].

2- إمكانية إفشاء المعلومات الوراثية للغير.

أجاز المشرع إفشاء الأسرار الطبية الخاصة بالمريض في حالات استثنائية للمصلحة العامة، مثل الإبلاغ عن الأمراض المعدية، إلا أن القانون لم يشر صراحة إلى الأمراض التي يتم الكشف عنها عن طريق الاختبارات الوراثية[2]. وفي هذا الإطار يمكن القول بأن معالجة البيانات الوراثية الخاصة

[1] HOUSSIN Didier, *Le secret médical dans les nouvelles pratiques et les nouveaux champs de la médecine*, Recueil Dalloz, 2009, p. 2619.

[2] وهذا ما نصت عليه على سبيل المثال المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها. وكذا المادة 24 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة التي جاء فيها بأنه: "في حالة تشخيص مرض أو احتمال مرض خطير، يمكن لأفراد أسرة المريض الحصول على المعلومات الضرورية التي تمكن من مساعدة هذا الأخير ما لم يعترض على ذلك".

بالمريض بإمكانه في بعض الأحيان أن يوفر معلومات هامة حول الاستعدادات الوراثية لشخص ما للإصابة بأمراض معينة، مثل تعرضه المتزايد لخطر الإصابة بالأمراض العضوية أو العقلية. ويمكن أن يكون للبيانات الوراثية البشرية أيضا تأثير هام على الأسرة بأكملها، وفي بعض الحالات على المجموعة العرقية التي ينتمي إليها الشخص المعني، إذ يمكن أن تكشف عن طفرات وراثية منتشرة. فإذا كان الشخص الذي سيخضع لاختبار وراثي يعول على مبدأ سرية البيانات الوراثية، من الوارد أن يلجأ سائر أفراد عائلته بوصفهم من المعنيين كذلك ببعض المعلومات التي يتم جمعها، إلى مبدأ التضامن للحصول على نتائج الاختبار[1].

لهذا حاولت النصوص القانونية الحديثة الموازنة بين مصلحة الشخص في احترام حياته الخاصة وسرية البيانات الوراثية ومصلحة الأسرة والمجتمع، بالسماح بإباحة إفشاء المعلومات الوراثية للأشخاص معينين بالطفرة الوراثية لفائدة الهيئات المتخصصة في الرعاية الصحية ما يساهم في حماية الصحية العمومية، وهو ما ذهب إليه الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، الذي فتح المجال في حدود ضيقة لأطراف ثالثة لتمكينهم من البيانات الوراثية المنسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته، ويكون ذلك في سبيل المصلحة العامة بما يتفق مع القانون الدولي لحقوق الإنسان، أو بناء على موافقة المعني على إجراء الاختبار الوراثي. ومن جهته، حث البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المتعلق بالاختبارات الوراثية ذات الطابع الطبي، على ضرورة إعلام الشخص الخاضع للاختبار الجيني بالمعلومات ذات الصلة بالحالة الصحية لأفراد العائلة[2].

من جانب آخر، نظم قانون الصحة العمومية الفرنسي الموضوع بنوع من الحذر، محاولا إيجاد التوازن بين مصلحة الفرد وحرمة حياته الشخصية ومصلحة باقي أفراد العائلة، وفضل بالتالي المنهج الداعي إلى محاولة إقناع الشخص الخاضع للاختبار بالسعي إلى إخطار أفراد العائلة المعنيين بالنتائج المتوصل إليها، تحت إشراف الطبيب. وهكذا نصت المادة 1131 – 1 من قانون الصحة العمومية، على أنه في حالة تشخيص اعتلال وراثي خطير، يتعين على الطبيب إعلام الشخص الخاضع للاختبار أو ممثله القانوني، بالمخاطر المحتملة الناجمة على كتمانه الحقيقة على أفراد عائلته المحتمل

---

[1] فإذا ما كشفت لدى شخص ما طفرة وراثية دون أن يكون مصابا بمرض، فإن هذه المعلومات يمكن أن تهم أشقائه وشقيقاته أو بناته اللائي تكون احتمالات إنجابهن ذكورا مصابين بهذا المرض عالية جدا. فالواقع أثبت أن بعض البحوث الطبية والعلمية تعتمد كليا على إمكانية نسبة البيانات الوراثية لأشخاص يمكن تحديد هويتهم، خاصة لدراسة تطور طفرة جينية مشاهدة في أسرة واحدة لعدة أجيال، المذكرة تفسيرية عن المشروع الأولي للإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، المرجع السابق، ص 13.

[2] Art. 18 « Lorsque les résultats d'un test génétique réalisé sur une personne peuvent être pertinents pour la santé d'autres membres de sa famille, la personne ayant fait l'objet du test doit en être informée. »

أنهم معنيين بالخلل الوراثي، حتى يتسنى لهم اتخاذ التدابير الوقائية أو العلاجية اللازمة[1]. وقد يختار الشخص المعني طريق تبليغ أفراد العائلة بواسطة إجراءات الإعلام الطبي ذو الطابع العائلي. وعلقت المادة شروط الولوج وإيصال المعلومات وتخزينها على ما ينص عليه مرسوم يصدر عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي اللجنة الوطنية للإعلام والحريات لضمان السرية. كما تطرقت أيضا المادة 1131 – 1 – 2 من قانون الصحة العمومية إلى مسألة إعلام الشخص المقبل على إجراء فحص الخصائص الجينية حول المخاطر المحتملة لكتمان المعلومات التي تخص أفراد العائلة لتمكينهم من اتخاذ التدابير الوقائية أو الاستشارة الوراثية أو التشخيص[2].

3- الأشخاص المؤهلين لمعالجة البيانات الوراثية.

يشترط كآلية لضمان موثوقية البيانات الوراثية، أن يتم جمعها ومعالجتها من طرف أشخاص مؤهلين قانونا، ويجب على الأشخاص العاملين في الأوساط المهنية المعنية والهيئات المكلفة بمعالجة البيانات البشرية الوفاء ببعض الشروط. فعليهم أولا ضمان دقة البيانات الوراثية وهي ضرورة علمية ثم ضمان جودة البيانات، وأخير أمن البيانات، وهو ما أكدت عليه مثلا المادة 06 من القانون 16 – 03 بالنسبة لتحاليل البصمة الوراثية حينما أوضحت أنه تؤخذ العينات البيولوجية وفقا للمقاييس العلمية المتعارف عليها، وأضافت المادة 07 أنه تجرى التحاليل الوراثية على العينات البيولوجية من قبل المخابر والخبراء المعتمدين. وشددت المادة 15 من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لضمان دقة وجودة وأمن عند معالجة البيانات الوراثية والبيانات المتعلقة بالبروتينات البشرية والعينات البيولوجية، نظرا لمقتضياتها الأخلاقية والقانونية والاجتماعية.

وحرص المشرع الفرنسي أيضا على توخي الجودة في معالجة البيانات الوراثية، وهكذا اشترطت المادة 1131 – 2 – 1 من قانون الصحة العمومية بأن يتم إجراء فحص الخصائص الوراثية أو تعريف الأشخاص عن طريق البصمة الوراثية من طرف مخابر الطب البيولوجي الحاصلة على الاعتماد

---

[1] ويتم ذلك عن طريق وثيقة يتم تحريرها من طرف الطبيب الذي شخص الطفرة الوراثية تحتوي على ملخص للمعلومات ثم تسلم للشخص المعني غير أن الإعلام يقع على عاتق الطبيب الذي يعمل في نطاق الاختصاص الذي وزعت فيه الوثيقة.

[2] DECAMPS-MINI Dominique , *La question de la transmission d'une information génétique à caractère familial*, in « Questions éthiques en médecine prédictive », Coordonné par Armelle DE BOUVET, Pierre BOITTE et Grégory AIGUIIER, éd. John Libbey Eurotext, Paris, 2006, p. 111. V. aussi, Avis du comité consultatif national d'éthique : n° 25 du 24 juin 1991 sur *l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population.* Avis n° 97 du 11 janvier 2007 *Questions éthiques posées par la délivrance de l'information génétique néonatale à l'occasion du dépistage de maladies génétiques.* Avis n° 76 du 24 avril 2003 *à propos de l'obligation d'information génétique familiale en cas de nécessité médicale.*

القانوني. وقد اشترطت المادة 1131 – 3 من نفس القانون في الأشخاص القائمين على إجراء الاختبارات الوراثية لأغراض علمية أو طبية أو لتحديد هوية الأشخاص، بأن يحصلوا على ترخيص من الوكالة الوطنية للطب البيولوجي. وأضافت المادة 1131 – 5 من قانون الصحة العمومية شرط آخر وهو أن تخضع اختبارات البصمة الوراثية لرقابة النوعية التي يتم إجراءها من طرف الوكالة الوطنية لأمن الأدوية والمنتجات الصحية. وأخيرا وضع المشرع الفرنسي أحكاما جزائية على مخالفة تلك الشروط، بحيث تعاقب المادة 226 – 28 من قانون العقوبات جزائيا كل شخص يقوم بإجراء اختبارات البصمة الوراثية أو فحص الخصائص الوراثية، دون الحصول على الاعتماد أو الرخصة المشار إليهما أعلاه[1].

ثانيا: حماية الخصوصية أثناء مرحلة حفظ البيانات الوراثية.

مع ازدياد استخدامات البيانات الوراثية البشرية، ظهرت عدة مشكلات حقيقية تتعلق بحفظ العينات البيولوجية ذات الأصل البشري، خاصة مع استخدام التكنولوجيا الرقمية، ما جعل مسألة حفظ البيانات أهم القضايا المطروحة في هذا المجال، لهذا أصبح من الضروري إيلاء العناية اللازمة للبيانات الوراثية المخزنة والعينات البيولوجية، عن طريق إقرار مستوى ملائم من الحماية بما يضمن حماية فعالة لخصوصية الأفراد وكرامتهم.

1- نظام إدارة البيانات الوراثية وأمنها.

وضع المشرع الجزائري الإطار القانون الخاص بإدارة ومتابعة البيانات الوراثية بالنسبة لاستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، عندما أنشأ بموجب القانون 16 – 03 المصلحة المركزية للبصمات الوراثية وكذا القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية، والغرض من وراء ذلك يكمن في ضمان أمن وسلامة المعطيات وحماية الخصوصية، ولتعزيز تلك الضمانات أوكل إدارة المصلحة لقاضي تساعده خلية تقنية، ويسهر هذا الأخير على التأشير على المعطيات الوراثية قبل

[1] Art. 226-28 C. pén., *(L. n° 2005-270 du 24 mars 2005, art. 93-II)* « Le fait de rechercher l'identification par ses empreintes génétiques d'une personne en dehors des cas prévus à l'article 16-11 du Code civil ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure de vérification d'un acte de l'état civil entreprise par les autorités diplomatiques ou consulaires dans le cadre des dispositions de l'article L. 111-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile» est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 1131-3 du Code de la santé publique et de l'autorisation prévue à l'article L. 1131-2-1 du même Code ».

تسجيلها في القاعدة الوطنية للبصمة الوراثية والإشراف على عملية المقاربة، وحدد القانون على سبيل الحصر فئات الأشخاص الذين يمكن إجراء اختبار البصمة الوراثية لهم، ويتعلق الأمر ببعض مرتكبي الجرائم الخطيرة والضحايا والأشخاص المتواجدين بمسرح الجريمة والمفقودين وغيرهم[1]، لكن تبقى التحاليل الوراثية التي تجرى لأغراض طبية أو لأغراض البحث العلمي فإنها لا خاضعة للقواعد العامة المتعلقة بالملف الطبي الخاص بالمريض[2]، والأحكام الجزائية المتعلقة بقمع الجرائم المتصلة بالمعالجة الآلية للمعطيات[3]، فكلما زادت سهولة الوصول إلى تلك المعلومات، زادت أهمية وضع قواعد الأمن وحماية الخصوصية من القرصنة، وكذا التحكم في عملية استخدام المعلومات وحق الإطلاع عليها بما يضمن حقوق الإنسان والحريات الأساسية[4].

وعلى الصعيد الأوروبي، نصت المادة 17 من البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المتعلق بالاختبارات الوراثية التي تجرى لأغراض طبية، صراحة على ضرورة حفظ العينات البيولوجية في ظروف تسمح بضمان أمن وسرية المعلومات المتحصل عليها. وتبعا لذلك صرحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها المؤرخ في 2008/12/04، بأن الاحتفاظ بعينات من الخلايا البشرية لاستخلاص الحامض النووي يدخل ضمن احترام الحياة الشخصية المنصوص عليها في المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وعليه فمن الواجب أن تكون أساليب الحفظ منظمة بموجب قواعد قانونية واضحة ومفصلة. ومن جانب آخر، أقرت المحكمة بمشروعية استعمال البصمة الوراثية للتعرف على هوية الجانحين للوقاية من ارتكاب الجرائم، لكنها اشترطت أن يكون الاحتفاظ بالبيانات محددا بمدة زمنية معينة، وخاضع للرقابة من طرف هيئة مستقلة[5]. كما اعتبرت في قرار آخر مؤرخ في 2013/06/04، أنه لا يعد مخالفا للحق في حرمة الحياة الشخصية، تأسيس سجل خاص ببصمات الحامض النووي للمجرمين، حتى وإن كان الحمض النووي الخاص بالشخص المعني، لم يلعب أي دور في التحقيقات الجنائية أو الإجراءات التي تم على أساسها اقتطاع العينات، كون تلك التدابير يمكن أن

---

[1] أنظر، المادة 09 وما يليها من القانون 16 – 03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

[2] نصت المادة 25 فقرة 1 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه " يجب على كل شخص أن يتوافر على بطاقة الكترونية للصحة تتضمن تعيينا تمكن المريض والطبيب من الاطلاع على ملفه الطبي"، وأضافت المادة 26 بأنه " يجب أن يتوفر كل مريض على ملف طبي وحيد على المستوى الوطني".

[3] أنظر على سبيل المثال، القانون 09 – 04 المؤرخ في 2009/08/05، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، (ج.ر 47).

[4] TABUTEAU Didier, *Le secret médical et l'évolution du système de santé*, Recueil Dalloz, 2009, p. 2629 .

[5] CEDH, Gr Ch., 4 déc. 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni : req. n° 30562/04 et n°30566/04.* Sylvie Peyrou-Pistouley L'affaire Marper c/ Royaume-Uni : un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne RFDA, 2009 p. 741.

تكون ضرورية للتعرف على مرتكبي الجرائم مستقبلا، ومن جهة أخرى، يمكن أن تكون لها فائدة، في استبعاد بسرعة شخص مدرج بالسجل يشتبه في ارتكابه الجريمة[1].

هذا وعمد المشرع الفرنسي إلى إنشاء السجل الوطني الآلي للبصمات الوراثية، بموجب القانون 98 – 468 المؤرخ في 1998/06/17 المتعلق بالوقاية من الجرائم الجنسية وقمعها وحماية القصر، ويحتوي هذا السجل على عدد معتبر من البصمات الوراثية المستمدة من الآثار البيولوجية التي تم رفعها مسرح الجريمة، أو من الأفراد المحكوم عليهم، أو الذين تشكلت ضدهم قرائن قوية لاقترافهم واحدة من الجرائم الخطيرة المنصوص عليها قانونا. كما يحتوي السجل على مجموع من البصمات الوراثية الخاصة بالمتوفين مجهولي الهوية أو المفقودين[2].

وكانت محكمة النقض الفرنسية قد شددت على احترام الشروط الخاصة بالقيد في السجل الوطني الآلي للبصمات الوراثية، حتى لا يترك المجال لانتهاك مبدأ الخصوصية[3]. وهكذا صرحت الغرفة الجنائية في قرار لها مؤرخ في 2007/09/12 بأنه لا تعد تدابير الحماية القضائية المتخذة في حق المتهم الحدث إدانة بالمفهوم الجزائي، تسمح بتطبيق أحكام المادة 706 – 54 من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بالقيد[4]. كما قضت نفس الغرفة بتاريخ 2008/04/09 بأن الإعفاء من العقوبة، لا تشكل إدانة بمفهوم المادة 706 – 54 من قانون الإجراءات الجزائية، تسمح بقيد الشخص في السجل الوطني الآلي للبصمات الوراثية[5]. وقررت الغرفة الجنائية أيضا بتاريخ 2009/06/10 أن محكمة الاستئناف طبقت صحيح القانون عندما قضي بتبرئة ساحة المتهم من جنحة رفض الخضوع للتحاليل البيولوجية الخاصة بالقيد في السجل الوطني الآلي للبصمات الوراثية، بحجة أن الاختبار المراد إجراءه لم يكن خلال السنة الموالية لتنفيذ الحكم النهائي القاضي بإدانته[6]. وتأكيدا لذلك قضت محكمة Grenoble بتاريخ

---

[1] CEDH, sect. V, 4 juin 2013*, P. et M. c/ Allemagne : req. n° 7841/08 et 57900/12.*

[2] GUÉRY Christian, *Instruction préparatoire,* Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2013, p. 471.

[3] والملاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي كانت له الفرصة أيضا في إبداء رأيه حول مسالة شروط حفظ البيانات الوراثية، عندما نظر في صياغة تعديل القانون الخاص بإنشاء السجل الوطني الآلي للبصمات الوراثية. وهكذا أبدى المجلس في قراره المؤرخ في 2010/09/16 تحفظات على نقطتين، الأولى تتعلق بمبدأ الملائمة، بحيث ذكر المجلس أن انتزاع البصمة الوراثية، لا يجب أن يتم إلا في إطار الجنايات والجنح المشار إليها، وفي حالة الإدانة أو في حال وجود أمرات خطيرة تدل بأن المعني ارتكب الفعل، وفي الجانب الآخر، فإن المدة الزمنية لحفظ البصمات في السجل يجب أن تحدد بموجب مرسوم يصدره مجلس الدولة، وأن تكون المدة الزمنية معقولة وملائمة مع طبيعة وخطورة الجريمة، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات جنوح الأحداث.

Cons. const. , 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, *D. 2010. Actu. 2160, AJ pénal 2010. 545, obs. Danet.*

[4] Crim. 12 sept. 2007, Bull. crim. n° 203; D. 2007, AJ, 2470, obs. Léna; RSC, 2007, 848, obs. Finielz.

[5] Crim. 9 avr. 2008, Bull. crim. n° 97; D. 2008. AJ 1484, obs. Léna ; AJ pénal, 2008, 329, obs. Lasserre Capdeville.

[6] Crim. 10 juin 2009, Bull. crim. n° 120 ; AJ pénal, 2009, p. 369.

1999/05/07 أن السجل الوطني الآلي للبصمات الوراثية، لا يمس سوى الأشخاص المدانين نهائيا ولا يحق سوى لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق أن يأمر بإجراء الفحوصات الضرورية[1].

2- الحق في الوصول إلى البيانات الوراثية وإتلافها.

يحق للشخص الوصول إلى بياناته الوراثية والبيانات المتعلقة بالبروتينات في أية مرحلة، كما يحق له المطالبة بإتلاف العينات البيولوجية أو إلغاء تسجيل البيانات، لهذا لا يكون الوصول إلى هذه البيانات ممكنا إلا إذا كانت البيانات الوراثية منسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته[2]. و في هذا الإطار، أشارت المذكرة التفسيرية للإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية إلى بعض الصعوبات العملية، فالبيانات الوراثية قد تكون أحيانا قد نزعت نسبتها إلى شخص يمكن تحديد هويته أو تخص أشخاصا متوفين أو أشخاصا انتقلوا إلى مكان آخر، بحيث يتعذر لأغراض البحوث الطبية أو العلمية أو لأغراض تتعلق بالصحة العامة، جاز استخدامها لهذه الأغراض حتى دون الحصول على قبول الأشخاص المعنيين. ولكن يتوجب مع ذلك استشارة اللجان المعنية بالأخلاقيات التي يعود لها أن تبت في مسألة الأهمية الأكيدة التي تمثلها العينات البيولوجية المحفوظة بالنسبة للبحوث الطبية أو العلمية، أو بالنسبة للصحة العامة[3].

وقد عالج المشرع الجزائري شروط حفظ وإتلاف البصمة الوراثية من القاعدة الوطنية بموجب القانون 16 – 03، حيث لا يمكن أن تزيد مدة الحفظ عن 25 سنة و40 سنة بالنسبة للأشخاص المحكوم عليهم، ويمكن إلغاء البصمة تلقائيا من طرف القاضي المكلف بالمصلحة أو بطلب من النيابة أو الشخص المعني، ويمكن إتلاف العينات البيولوجية بأمر من الجهات القضائية أو بطلب من مصالح الأمن إذا لم يعد حفظها غير مجد[4]. كما تناول المشرع الفرنسي مسألة تداول منتجات الجسم البشري المحفوظة بالمراكز الصحية في المادة 1131 – 4 من قانون الصحة العمومية، وتشمل تجميع واستعمال

---

[1] Grenoble, 7 mai 1999, JCP, 2000, IV, 1572.

[2] إن البيانات الوراثية البشرية التي تؤخذ من شخص مشتبه به أثناء تحقيق جنائي، يجب إتلافها عندما يصدر حكم يقضي ببراءته. ولئن كانت التحاليل الخاصة بتحديد الهوية تجرى عادة على متواليات الحمض الريبي النووي المسمى الصامت، فإنه يتضح أكثر فأكثر أن الحمض النووي الريبي يشمل أيضا على معلومات شخصية وطبية هامة. لذلك لا يوجد ما يبرر حفظ البيانات الوراثية لشخص ثبتت براءته. ولكن في حالة صدور حكم نهائي يدين شخصا بارتكاب جريمة، فإنه يجوز حفظ بياناته الوراثية في ملف خاص لكي يسهل على الشرطة القضائية تحديد هوية المجرمين، مثل ملفات الحمض الريبي النووي الخاص بمرتكبي الجرائم الجنسية، أنظر في هذا الصدد، المادة 13 من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية.

[3] مذكرة تفسيرية عن المشروع الأولي للإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، المرجع السابق، ص 15.

[4] أنظر، المادة 13 وما يليها من القانون 16 – 03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

العينات البيولوجية البشرية لأغراض الأبحاث الطبية الوراثية، وأحال النص إلى المادتين 1243 – 3 و1243 – 4 المتعلقة بالشروط الخاصة بحفظ ومعالجة الخلايا والأنسجة البشرية ومكونات الدم والمشيمة والعضويات، في بالمخابر والمؤسسات الاستشفائية خارج إطار النفايات البيولوجية.

وسبق للقضاء الإداري الفرنسي أن أبدى موقفه بشأن حق الشخص في الوصول إلى البيانات الوراثية، في قضية طرحت على حكمة الاستئناف الإدارية بباريس، وقد بدأت وقائع تلك القضية عندما أدخل شخص المستشفى بسبب معاناته من مرض سرطان الدم، ليتم انتزاع عدة عينات بيولوجية لإجراء التحاليل عليها، تمهيدا لإجراء العملية الجراحية، لكن هذا الأخير توفي متأثرا بالمرض. وبعد سنتين تقدمت أرملته بطلب أمام إدارة المستشفى لتمكينها من بعض العينات العضوية المحفوظة بالمستشفى من أجل استعمالها في دعوى إثبات الأبوة المرفوعة بالخارج. إلا أن الإدارة رفضت طلبها بحجة أن الشروط القانونية المتعلقة بالفحوصات الوراثية غير متوافرة، وأن العينات البيولوجية التي طلبتها المدعية لا تدخل ضمن مكونات الملف الطبي للمريض. وتبعا لذلك، تقدمت أرملة الهالك بدعوى إلغاء القرار الإداري على أساس عيب تجاوز السلطة، إلا أن محكمة الاستئناف الإدارية بباريس ذهبت في قرارها المؤرخ في 2008/02/13، إلى أنه سواء كان طلب استرداد المدعية للمنتجات البشرية التي تم انتزاعها من جسم المريض نهائيا أو إعارة، وسواء كان الغرض من الحصول على العينات إجراء فحص الخصائص الوراثية أو تعريف الشخص عن طريق البصمة الوراثية، يعد في كل الأحوال مخالفا لأحكام المادتين 1243 – 3 و 1245 –2 من قانون الصحة العمومية، التي لا تجيز تسليم خلايا الجسم وأنسجته المنتزعة أثناء إجراء الفحص الطبي أو التدخل الجراحي – بعوض أو بدون عوض – إلا لصالح الهيئات المرخص لها قانونا، وأن يهدف التسليم لأغراض علاجية أو علمية. ومن جهة أخرى، فإن قاضي محكمة Catana المختص في قضايا الأحداث، في حكمه المؤرخ في 2003/11/12 كان قد أمر بإجراء خبرة في إطار الطب الشرعي، لإثبات صلة الأبوة بين الهالك والطفلة القاصر. وهذا ما لا يمكن إدراجه في إطار تنفيذ إجراءات التحقيق حول روابط النسب في القضايا المدنية، المشار إليها في المادة 16 – 11 من قانون المدني. وقد رفضت المحكمة في الأخير اعتبار عينات المواد العضوية المحفوظة من المعلومات التي يمكن لذوي الحقوق الوصول إليها بعد وفاة ذويهم، المنوه عليها في المادة 1111 – 7 من قانون الصحة العمومية[1].

---

[1] CAA. Paris, 13 févr. 2008, *Mme X. c/ AP-HP,* req. n° 06PA02800, *Gaz. Pal. 8 oct. 2008, n° 282, p. 38, note Bigre.*

أنظر خلافا لذلك، قرار محكمة النقض بتاريخ 2007/06/04، الذي رفض الطعن في القرار الذي سمح بالحصول على عينة من دم الشخص المتوفى، إثر عليمة جراحية أجريت له بالمستشفى أثناء حياته، رغم وجود دعوى نسب مرفوعة بالخارج تتعلق بإثبات صلة الأبوة الطبيعية، هذا لأن الغرض من انتزاع العينة، لا يدخل ضمن أحكام المادة 16 – 11 من القانون المدني المتعلقة بإثبات صلة النسب.

« Attendu que c'est à bon droit, et sans dénaturer l'ordonnance sur requête dont la rétractation était sollicitée, que l'arrêt retient que la mesure qui se borne, alors qu'une action en recherche de filiation

والواضح مما سبق أن الالتزام بالضوابط القانونية والأخلاقية لجمع البيانات الوراثية ومعالجتها يعد أمرا بالغ الأهمية للحفاظ على خصوصية الأشخاص وصون كرامتهم واعتبارهم، لكن يتعين أيضا احترام تلك الضوابط في مرحلة استخدام البيانات الوراثية.

المطلب الثاني
الضوابط الأخلاقية في استخدام البيانات الوراثية

يطرح استخدام البيانات الوراثية البشرية إشكاليتين رئيستين، الأولى تتمثل في التمييز القائم على السمات الوراثية بين الأشخاص، أما الإشكال الثاني يتعلق باستخدام المورثات البشرية في مجال الصناعة البيوتكنولوجية، ويتبعه من تسجيل ببراءة الاختراع على المواد البيولوجية ذات الأصل البشري.

الفرع الأول
عدم الوصم والتمييز القائم على السمات الوراثية

يعتبر التمييز القائم على السمات الجينية من صميم استخدام البيانات الوراثية البشرية، وقد أصبح هذا المظهر الجديد من مظاهر التمييز يمارس في مجالات الدراسات السكانية والمجالات اقتصادية واجتماعية مختلفة، كالشغل والتأمين والتعليم والائتمان المصرفي، ما زاد من المخاوف بشأن انتشاره. لذا بات من الضروري إبلاء عناية خاصة للاستنتاجات التي تسفر عنها العلوم الحديثة، وما يترتب عنها من أشكال خطيرة للوصم بما يكفل كرامة الإنسان.

أولا: التمييز بين المجموعات البشرية القائم على السمات الوراثية.

قد تستخدم البيانات الوراثية بغرض الإعداد لبرامج قائمة على التمييز لفئات عرقية معينة، يستهدف مجموعة محددة من الأشخاص، أو لإعداد لبرنامج لتحسين النسل. لهذا سوف يتم التطرق أول

---

naturelle est en cours à l'étranger, à autoriser la communication d'éléments déjà prélevés et indispensables à une expertise médico-légale, ne constitue pas une mesure d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, soumise à l'article 16-11 du Code civil ». Civ. 1re, 4 juin 2007, n°04-15.080, D. 2007, AJ, 1791 ; AJ fam, 2007, 354, obs. F. Chénedé ; RTD civ., 2007, 555, obs. J. Hauser.

لموقف القانون من مسالة التمييز بين البشر المبني على السمات الوراثية، ثم إلى مسألة أخلاقيات الدراسات الوراثية للمجموعات السكانية.

1- موقف القوانين من التمييز القائم على السمات الوراثية.

ترفض النظريات العلمية الحديثة تبرير التميز أو الأفضلية بمزاعم عرقية أو بعامل التكوين الطبيعي للجسم أو السمات الوراثية، فالاختلافات البيولوجية بين البشر ترجع إلى عوامل البيئية والجغرافية وغيرها. وكشف علم الوراثة أيضا بأن النظريات العنصرية القائمة على النظرة البيولوجية خاطئة، لهذا استندت القوانين على مبدأ الكرامة الإنسانية والمساواة بين البشر ودعت إلى ضرورة تكفل أقوى بحقوق الإنسان في هذا المجال[1]. لهذا ذهبت النصوص الدولية إلى نبذ جميع أشكال التمييز والتفرقة بين البشر، ودعت واستغلال أحسن لتطبيقات الهندسة الوراثية، ومن بينها الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، الذي رفض فكرة الاختزالية الوراثية والحتمية الوراثية. وأكد من خلال المادة 08 منه أن لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أيا كانت سماته الوراثية، وتفرض هذه الكرامة ألا يقتصر الأفراد على سماتهم الوراثية وحدها، وتفرض احترام طابعهم الفريد وتنوعهم. وتطرقت المادة 7 من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية، لمبدأ عدم ممارسة التمييز والوصم على شخص أو أسرة أو جماعة أيا كانت الغاية من جمع البيانات الوراثية.

وقد صدر أيضا قرار عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة بتاريخ 2001/07/22 تحت عنوان: "الخصوصية الجينية وعدم التمييز". يحث الدول على أن تكفل عدم تعريض أي شخص للتمييز على أساس الخصائص الجينية، ويدعو القرار الدول إلى أن تتخذ التدابير المحددة المناسبة، بما فيها التشريعات، لمنع استغلال المعلومات والاختبارات الجينية، بما يؤدي إلى تمييز ضد

[1] وعلى سبيل المثال أكد ميثاق الأمم المتحدة لحقوق الإنسان على مبدأي الكرامة والتساوي الأصيلين في جميع البشر، دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين، وأشار إعلان الأمم المتحدة للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري الصادر في 1963/11/20 على ضرورة تأمين فهم كرامة الشخص الإنساني واحترامها، وأفاد أيضا أن الحواجز العنصرية أمر مناف للمثل العليا لأي مجتمع إنساني، كما ذهبت الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري المؤرخة في 1965/12/21 بأن أي مذهب للتفوق القائم علي التفرقة العنصرية مذهب خاطئ علميا ومشجوب أدبيا وظالم وخطر اجتماعيا، وقد ورد وأكد إعلان اليونسكو المؤرخ في 1978/11/27 حول العنصر والتحيز العنصري بأن البشر ينتمون جميعا إلي نوع واحد وينحدرون من أصل مشترك واحد. وهم يولدون متساوين في الكرامة والحقوق ويشكلون جميعا جزءا لا يتجزأ من الإنسانية. وأضاف الإعلان في مادته الثانية بأن كل نظرية تنطوي على الزعم بأن هذه أو تلك من الجماعات العنصرية أو الإثنية هي بطبيعتها أرفع أو أدني شأنا من غيرها هي نظرية لا أساس لها من العلم ومناقضة للمبادئ الأدبية والأخلاقية للإنسانية. لأكثر تفاصيل، أنظر، ضاري رشيد السامراتي، الفصل والتمييز العنصري في ضوء القانون الدولي العام، دار الحرية للطباعة والنشر، طبعة أولى، 1983.

أفراد أو أفراد أسرهم أو مجتمعاتهم أو استبعادهم، وذلك في جميع المجالات، وبوجه خاص المجالات الاجتماعية أو الطبية أو المتصلة بالعمالة. كما دعا المجلس في الأخير إلى إضفاء المزيد من الحماية، فيما يتعلق باستغلال المعلومات الجينية المتحصل عليها من الاختبارات الوراثية، مما قد يؤدي إلى التمييز أو هتك الحرمات[1]. وعلى الصعيد الأوروبي حظرت المادة 21 من ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوروبي أي شكل من أشكال التمييز القائم على السمات الوراثية، ونصت المادة 11 من اتفاقية Oviedo المتعلقة بحماية حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية في مجال التطبيقات البيولوجية والطبية، على حظر جميع أشكال التمييز التي تمارس على الأشخاص بسبب رصيدهم الوراثي[2].

أما المشرع الجزائري فقد أصدر القانون 14 – 01 المؤرخ في 2014/02/04 المعدل والمتمم لقانون العقوبات لوضع أحكام جزائية تردع أعمال التمييز، حيث أضاف المشرع المادة 295 مكرر 1 التي تقمع أشكال التمييز والتفرقة التي تقوم على أساس الجنس أو العرق أو اللون أو النسب أو الأصل[3]. وفي القوانين المقارنة، تطرق المشرع الفرنسي لمسألة التمييز القائم على الميزات الجينية بشكل صريح، بحيث يمنع القانون أي استغلال لتطبيقات الهندسة الوراثية للتفرقة بين البشر. فبموجب القانون 2002 – 303 المؤرخ في 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، أضيفت المادة 16 – 13 إلى القانون المدني، التي نصت على أنه: "لا يمكن للمرء أن يكون محلا للتميز بسبب خصائصه الوراثية". كما أضيف مصطلح التمييز القائم على السمات الوراثية إلى المادة 225 – 1 من قانون العقوبات، التي تعاقب بالحبس لمدة (03) سنوات وبغرامة تصل إلى 45.000 أورو، على كل شخص يمارس أعمال التفرقة بين الأشخاص، المبني على اعتبارات تتعلق بالخصائص الجينية[4].

ومن القضايا التي طرحت جدلا بشأن استخدام البيانات الوراثية، مشروع القانون المتعلق بالتحكم في الهجرة والحق في اللجوء والاندماج، المعدل والمتمم للقانون المنظم لشروط دخول الأجانب للأرضي الفرنسية والإقامة فيها، وقد أثير الجدل بالبرلمان حول التدابير الجديدة التي تضمنها المادة 13

---

[1] الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الخصوصية الجينية وعدم التمييز، تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي لسنة 2001، الملحق رقم 3 A/56/3/Rev.1، وثيقة تحت رقم E/2001/L.24، ص 95.

[2] Art. 11 – Non-discrimination :« Toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite. ».

[3] ويعاقب القانون على التمييز بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 150.000 دج. ويعاقب بنفس العقوبات كل من يقوم علنا بالتحريض على الكراهية أو التمييز ضد أي شخص أو مجموعة من الأشخاص بسبب انتمائهم العرقي أو الإثني أو ينظم أو يروج أو يشجع أو يقوم بأعمال دعائية من أجل ذلك. صدر القانون بالجريدة الرسمية المؤرخة في 2014/0/16 تحت رقم 07.

[4] VACARIE Isabelle, *Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques*, RDSS, 2005, p.195.

المتعلقة بالحق في التجمع العائلي، بحيث جاءت بشروط جديدة لطالبي التأشيرة، تتمثل في إخضاع الرعية الأجنبي لاختبار الحامض النووي، للتأكد من رابطة النسب البيولوجية بينه وبين ذويه المتواجدين بالتراب الفرنسي، إذا كان هذا الأخير يقيم ببلدان مصنفة ضمن الدول التي يشهد نظامها الخاص بالحالة المدنية عجزا، أو عدم وجود العقود التي تثبت الهوية أو كانت الوثائق المقدمة مشكوك في مصداقيتها، على أن تتم عملية المراقبة بالتنسيق مع المصالح القنصلية، وتحت رقابة القضاء. أما القضية الثانية الذي أثارها مشروع القانون، فتتعلق باستعمال البيانات الوراثية ذات الطابع الشخصي في علمية الإحصاء الإثني للسكان، التي نصت عليها المادة 63 من الوثيقة. غير أن مشروع القانون حضي في النهاية بالموافقة من طرف غرفتي البرلمان. وتبعا لذلك، تقدم مجموعة من البرلمانيين بإخطار إلى المجلس الدستوري، للنظر في مدى مطابقة النصين المشار إليهما أعلاه لأحكام الدستور، وقد استند الطاعنون في عريضتهم على مجموعة من المبدأ الأساسية، تتعلق بانتهاك حقوق الطفل في التجمع العائلي، وانتهاك الحق في الحياة الشخصية والعائلية، ومخالفة مبدأ المساواة بين البشر، ثم مبدأ الكرامة الإنسانية، وأخيرا مبدأ وضوح القاعدة القانونية[1].

وفي قراره الصادر بتاريخ 2007/11/15، صرح المجلس الدستوري بأن إجراء اختبار الحامض النووي على فئة معينة من طالبي التأشيرة لا يتناقض مع بمبدأ المساواة المكرس بموجب إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، وأن ما يقره المشرع لمعالجة وضعيات مختلفة بأحكام مختلفة لا يعدو من قبيل التفرقة بين الأشخاص، شرط أن يتم معالجة المسألة حالة بحالة مع الأخذ بعين الاعتبار الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، والقانون الواجب التطبيق لحالة الأشخاص. ومن جهة أخرى اعتبر المجلس الدستوري أن النص لا يشكل مخالفة لحق الطفل في العيش في وسط عائلي طبيعي، وكذا مبدأ المساواة بين الأبناء البيولوجيين وبعض الحالات الناتجة عن نظام التبني. كما أشار المجلس أن مبدأ الحفاظ على النظام العام يقتضي بالضرورة مكافحة الغش والتحايل. أما فيما يتعلق بمبدأ الكرامة الإنسانية، أكد المجلس أن إجراء الفحوصات الوراثية لإثبات صلة النسب البيولوجي بين الطفل والأم لا يعد انتهاكا لكرامة الإنسان، ولا يحد من شروط الحصول على حق التجمع العائلي، بل بالعكس فإن هذا الإجراء يتيح الفرصة لطالب التأشيرة من الحصول على عناصر إثبات أخرى لصلة النسب خارج الحالات التي يشترطها القانون. إلا أن المجلس صرح من جهة أخرى بعدم دستورية المادة 63 المتعلقة باستخدام البيانات ذات الطابع الشخصي في عملية الإحصاء الإثني للسكان. الذي أعيب عليه مخالفته لمبادئ التنوع في الأصول العرقية، ومبدأ عدم التمييز، وكذا خرق قواعد حماية البيانات الشخصية المنصوص

[1] يشتمل الإحصاء الحيوي على كل ما يتم تسجيله من أحداث حيوية تتعلق بالإنسان كانسان فتعطي بذلك تسجيل المواليد والوفيات والزواج والطلاق والمواليد أمواتا، حيث يحتم القانون في كل بلد تسجيل المولود عند ولادته وتسجيل الوفيات فور وقوعها وتسجيل حالات الزواج بتوقيع الشهود وتسجيل عملية الطلاق عند وقوعها وان يضاف عند تسجيل المواليد الأموات سبب وفاة المولود.

عليها في المادة 08 من القانون 78 – 17 المؤرخ في 1978/01/06 المتعلق بالمعلوماتية والحريات، لأن تلك الاختبارات تؤدي إلى الكشف بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن الأصول العرقية أو الإثنية للأشخاص. وقد اعتبر المجلس الدستوري أن النص مخالف لأحكام الدستور، لأنه ينظم مسألة خارجة عن الموضوع الأصلي للوثيقة المقدمة أمام البرلمان[1].

2- الدراسات الوراثية للمجموعات السكانية.

يقصد بالدراسات الوراثية للسكان: "الدراسات التي تستهدف فهم طبيعة ومدى التمايز الوراثي في مجموعة سكانية معينة، أو بين أفراد مجموعة ما أو بين أفراد ينتمون إلى مجموعات مختلفة"[2]، وقد ظهرت هذه الدراسات في العصر الحالي نتيجة تطور تقنيات الهندسة الوراثية وانتشارها. إلا أن تلك الأبحاث الطبية عززت المخاوف من أن تتحول إلى أدوات فعالة لبرامج تحسين النسل أو التمييز العنصري والتطهير العرقي، لذا بات من الضروري وضع ضوابط قانونية وأخلاقية لإضفاء نوع من الشفافية والموضوعية بشأنها.

ويجب أن تهدف الدراسات الوراثية للمجموعات السكانية واسطة النطاق إلى تحقيق غايات طبية أو علمية، كمعرفة العوامل الجينية ذات التأثير السلبي على الإنسان الأكثر شيوعا للتقليل منها أو القضاء عليها أو اقتراح العلاج الوقائي، أو الدراسات الوبائية الوراثية وانتقال الأمراض المزمنة بين السكان للكشف عنها قبل ظهور الأعراض السريرية وتحديد الفئات الاجتماعية المعنية، أو التأثيرات المحتملة لزواج الأقارب واختلاط الدم بين العائلات وانعكاساتها على الذرية في بعض المناطق، وتنوع الجينوم البشري في المكان والزمان وتأثره بالبيئة، أو معرفة أسباب مقاومة الجسم لإحدى الفيروسات المنتشرة، أو الكشف التشخيصي والكشف التنبؤي عن المرض الوراثي. وهذا ما أشار إليه الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية، بحيث أجاز استخدام البيانات الوراثية في الأبحاث الوراثية للسكان، بما فيها الدراسات الانثروبولوجية. لكن أهداف الدراسات قد تكون في بعض الحالات مشبوهة، أي ترمي إلى انتقاء فئات عرقية أو اثنية معينة[3].

---

[1] Cons. const., 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC, JO 21 nov., p. 19001 ; F. Mélin-Soucramanien, Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les « classifications suspectes », D. 2007, Point de vue 3017 ; D. 2008, Pan. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJDA, 2007, 2172.

[2] تعريف ورد في المادة 02 فقرة فرعية 6 من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية.

[3] من بين التطبيقات العلمية الحديثة للهندسة الوراثية في هذا المجال برامج المسح الوراثي التي تشهد في الوقت المعاصر رواجا كبيرا. ويقصد بالمسح الوراثي للسكان اختبار وراثي منهجي واسع النطاق يعرض على مجموعة سكانية أو على قسم من هذه المجموعة السكانية في إطار برنامج يستهدف الكشف عن الخصائص الوراثية لمجموعات لا تظهر عليها أعراض معينة وفي غالب الأحيان يرتبط المسح الوراثي بالدراسات الديموغرافية أو الإحصاء الحيوي والهجرة والتنوع الوراثي لدى الشعوب والمجموعات الإثنية فمثل هذه

لهذا السبب حثت المادة 07 من ذات الإعلان على ضرورة إيلاء العناية اللازمة للنتائج التي تسفر عنها الدراسات الوراثية للسكان، والدراسات الوراثية للسلوك وتفسيرها. وذهب البرتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المتعلق بالاختبارات الوراثية في هذا النحو، واشترط بدوره أن تكون الأبحاث الوراثية التي تجرى على نطاق واسع ذات صلة بموضوع الرعاية الصحية للسكان أو الفئة السكانية المعنية، أي أن تهدف إلى وضع التدابير الوقائية أو العلاجية اللازمة لمجابهة المرض أو الخلل الوراثي موضوع الكشف، وشدد البروتوكول على ضرورة مراعاة الأصول والمناهج العلمية المتعارف عليها في البرنامج. وفي نفس التوجه أيضا، حرصت المادة 16 – 10 من قانون المدني الفرنسي على ألا يتم إجراء اختبارات الخصائص الوراثية للشخص إلا لأغراض علمية أو طبية، وفي المقابل أحالة المادة 1133 – 4 – 1 من قانون الصحة العمومية الفرنسي، على الأحكام الجزائية المتمثلة في المادة 226 – 28 – 1 من قانون العقوبات، التي تعاقب بالحبس والغرامة على كل من يقوم بإجراء اختبار للخصائص الوراثية للأشخاص خارج الأطر والشروط المحددة قانونا. ونصت المادة 18 من قانون الفحوصات الجينية البشرية اللبناني الصادر بتاريخ 2004/11/20 على أنه: "تطبق كل القواعد التي تحدد أصول إجراء الفحوصات الجينية، عند الفرد على أي كشف عائلي أو جماعي"[1].

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق صراحة للدراسات الوراثية واسعة النطاق في قانون حماية الصحة وترقيتها، ولم يضع بالتالي أحكام تتعلق بتطوير الوقاية في مجال الصحة الوراثية رغم نصه على التدابير واسعة النطاق لمكافحة الأوبئة أو التطعيم[2]. لكن المشروع التمهيدي لقانون الصحة في الباب المتعلق بالحماية والوقاية الصحية أشار إلى التدابير الرامية إلى الحد من الأخطار الصحية ذات الأصل الوراثي[3]، حيث تضمنت المادة 35 برامج الوقاية في مجال الصحة التي ترتكز على شبكات رصد

الدراسات تعطي صورة ديناميكية عن كل ما يحيط بالإنسان من أحداث حيوية باعتباره كائنا حيا وتمكن المختصين من معرفة المقاييس التي توضح التغيرات السكانية، بحيث تلقي الضوء على ما يطرأ على حياة الإنسان من تغير وتعطي مزيدا من القدرة على تتبع ومعرفة خصائص المجتمع بصفة مستمرة ومساعدة الدول على صياغة السياسات في مجال الصحة العمومية. أنظر، بن قانة إسماعيل، التحليل الديمغرافي، مطبوعة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، دون سنة الطبع، ص 06.

[1] قانون الفحوصات الجينية البشرية، مؤرخ في 2004/11/20 تحت رقم 625، (ج ر 62).

[2] أنظر، المواد 25 وما يليها من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3] نصت المادة 29 من المشروع التمهيدي للقانون المتعلق بالصحة على أنه:"حماية الصحة هي كافة التدابير الصحية والاقتصادية والاجتماعية والتربوية والبيئية الرامية إلى الحد من الأخطار الصحية أو القضاء عليها، سواء كانت ذات أصل وراثي أو ناجمة عن التغذية أو عن سلوك الإنسان أو مرتبطة بالبيئة وذلك بغرض الحفاظ على صحة الشخص والجماعة".

الأمراض المتنقلة وغير المتنقلة والإنذار المبكر عنها. وفي كل الأحوال تقتضي البرامج واسعة النطاق ترخيص ومراقبة السلطات المختصة لضمان عدم انحرافها عن أهدافها[1].

وفي هذا الإطار، ذهب الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان إلى أن الدراسات الوراثية للسكان يجب أن ينبغي أن تخضع بروتوكولات البحوث والتقييم المسبق، وفقا للمعايير أو التوجيهات الوطنية والدولية السارية في المجال المعني، وأكد ذلك البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المتعلق بالاختبارات الوراثية على أنه قبل إطلاق برنامج الكشف الوراثي يجب الحصول على الترخيص المسبق من قبل السلطات المختصة. وفي هذا الإطار أيضا، نصت المادة 17 من قانون الفحوصات الجينية البشرية اللبناني على أنه: "لا يجوز القيام بكشف جيني نظامي على مجموعة من الأشخاص أو على سكان منطقة معينة، إلا بعد موافقة وزارة الصحة العامة على جدول الفحوصات، وبعد استطلاع رأي اللجنة الاستشارية الوطنية لأخلاقيات علوم الحياة والصحة.

وتقتضي تلك الدراسات مراعاة مبدأ الشفافية وعلام الجمهور الذي عادة ما يكون عن طريق المشورة الوراثية والتوعية، ويشمل تفاصيل البرنامج المعلن بصورة واضحة[2]. ولإضفاء المزيد من الشفافية، حث تقرير لجنة اليونسكو الدولية لأخلاقيات البيولوجيا حول أخلاقيات البيولوجيا والبحوث الوراثية عن المجموعات البشرية على مشاركة الهيئات العلمية والمجتمع المدني الممثل في بعض السكان المعنيين بالاختبار في الدراسة فضلا على الرقابة والمتابعة المستمرتين بهدف خلق جو من الثقة فيفي تلك الدراسات[3].

ويتعين أن تكون الدراسات الوراثية للمجموعات السكانية اختيارية ولا تكون ذات طابع قصري. ولذلك يتعين التماس القبول الحر والمستنير من طرف الأشخاص الخاضعين للفحص، حتى ولو كانت تقنية أخذ العينات البيولوجية التي توجد فيها الأحماض النووية لا تتضمن نفاذا داخليا للجسم

---

[1] تنظيم السلطات العمومية حملات للكشف عن بعض الأمراض والأورام الخبيثة كسرطان الثدي، وتهدف تلك التدابير بصفة عامة للقضاء على أسباب المرض من أصلها أو تأخير ظهور الأعراض المرضية، كما تشمل تلك التدابير الصحية فئات سكانية واسعة. ولتجسيد الأهداف المسطرة تلجئ السلطات المكلفة بالرعاية الصحية إلى وضع تدابير إلزامية أو اختيارية. أنظر على سبيل المثال، الحملة التحسيسية التي أطلقتها وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، بالتنسيق مع وزارة البريد ووتكنولوجيات الإعلام والاتصال، حول سرطان الثدي، بتاريخ 2014/10/07.

V. Ministère de la santé, de la population et de la réforme hospitalière, Plan national, CONCER, nouvelle vision stratégique centrée sur le malade, 2015 – 2019, Octobre 2014.

[2] أكد البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo على ضرورة إعلام الجمهور المعلومات الخاصة بتنظيم البرنامج وأهداف البحث والوسائل العلمية المستعملة في الاختبار. أنظر، المادة 19 من البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المتعلق بالاختبارات الوراثية.

[3] UNESCO, Comité international de bioéthique (CIB), *Bioéthique et recherches en génétique des populations humaines*, CIP/BIO/95/CONF.002/5, Paris, 15 novembre 1995, Originale : français.

البشري[1]. ولإضفاء أكثر شفافية على الدراسات الوراثية للمجموعات البشرية، من الضروري أن يعطى الجمهور أو الفئة السكانية المعنية، حق الاطلاع على نتائج الأبحاث، ولا يشمل حق الإطلاع على النتائج الإطلاع على البيانات الوراثية التي تتضمن معلومات حول شخص يمكن تحديد هويته، بل يسمح بالإطلاع فقط على المعلومات الموضوعية.

وتبعا لذلك، أشارت المادة 10 من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية إلى أن حكم المادة 05 فقرة فرعية ج من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، التي تجسد حق الشخص أن يقرر ما إذا كان يريد أو يحاط علما بنتائج أي فحص وراثي أو بعواقبه، لا ينطبق على البحوث التي تجرى على بيانات غير منسوبة إلى شخص يمكن تحديد هويته، ولا يؤدي إلى اكتشافات فردية تتعلق بالأشخاص المشاركين في هذه البحوث[2]. كما أوصى البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المتعلق بالاختبارات الوراثية على حق الجمهور في الإطلاع على نتائج البحث والولوج إلى قاعدة البيانات الخاصة بالبحث لمعرفة المعلومات الموضوعية[3].

ثانيا: التمييز القائم على السمات الوراثية في بعض المجالات الاقتصادية والاجتماعية.

لم تعد المخاوف من المعضلات الأخلاقية الناجمة استخدام البيانات الوراثية البشرية في التمييز بين المجموعات البشرية، بل امتدت تلك المخاوف هذه المرة إلى العلاقات الاقتصادية والاجتماعية، فمنذ أن بدأت شركات التأمين في الولايات المتحدة الأمريكية تستغل الطب التنبؤي في إدارة المخاطر، ازداد الاعتماد على الميزات الوراثية للأشخاص في مختلف المجالات، كهيئات الضمان الاجتماعي وأرباب العمل والمؤسسات المصرفية والمالية و وكالات تبني الأطفال والخدمات العسكرية، امتدت حتى إلى العلاقات الاجتماعية كعقود الزواج والنظام التعليمي وغيرها. الشيء الذي طرح التساؤل

---

[1] لهذا نصت المادة 08 الفقرة الفرعية د من الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية على أنه في حالات التشخيص والرعاية الصحية، لا تكون عمليات المسح الوراثي والاختبار الوراثي المنفذة في صفوف القاصرين والراشدين العاجزين في إبداء القبول مقبولة عادة من الناحية الأخلاقية، إلا إذا انطوت على انعكاسات هامة على صحة الشخص المعني وتوخت مصلحته العليا. كما نصت المادة 18 من القانون اللبناني المتعلق بالفحوصات الجينية البشرية أنه: "تطبّق كل القواعد التي تحدد أصول إجراء الفحوصات الجينية عند الفرد، على أي كشف عائلي أو جماعي". وقد أكدت أيضا المادة 19 من البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المتعلق بالاختبارات الوراثية على ضرورة أن يكون الكشف الوراثي المنصب على المجموعات السكانية ذو طابع اختياري.

[2] ففي إطار بعض الدراسات الوراثية للسكان، تجمع العينات البيولوجية دون أن تقرن بأي شخص يمكن تحديد هويته، نظرا لأن البحث لا يستهدف التوصل إلى نتائج فردية. ومن الواضح في هذه الحالات أن الشخص الذي يقبل المشاركة في مثل هذا البحث، لا يمكنه أن يطلب الاطلاع فرديا على نتائجه.

[3] أنظر، المادة 20 من البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المتعلق بالاختبارات الوراثية.

حول شرعية استخدام البيانات الوراثية الشخصية في تلك المجالات، من زاوية أنه يتسم بالتفرقة بين الأفراد قائمة على السمات الجسدية أو الوراثية.

1- التمييز القائم على السمات الوراثية في مجال التأمينات.

تبدي شركات التأمين اهتماما غير مسبوق بالبيانات الوراثية البشرية، لأنها ببساطة تمثل فرصة لا تقدر لتجنب الزبائن غير المرغوب فيهم، وقد تعمد هذه الشركات إلى مطالبة المتعاقد بالخضوع لاختبارات لتقصي استعداده للإصابة بأمراض معينة، وبالتالي فرض التزامات إضافية مرهقة في حق الرافضين للفحص أو المعرضين للإصابة بالمرض. ويشكل حاليا الغموض القانوني القاعدة التي لا تزال سائدة في كثير من الحالات إزاء هذا الاستخدام للمعلومات الوراثية. التي طرح إشكالية مدى أحقية شركة التأمين في الإطلاع على المعلومات الطبية، واستخدام البيانات الوراثية البشرية في إدارة مخاطر التأمين[1].

أما بالنسبة للإشكالية الأولى المرتبطة بأحقية شركة التأمين في الإطلاع على المعلومات الطبية، فإن قوانين التأمين تهدف إلى حماية مقدمي الخدمات التأمينية من التدليس، ويتم ذلك من خلال تقرير حق هذه الهيئات في الاطلاع على السجلات الطبية لطالبي التأمين[2]. لهذا انطلقت للجنة الوطنية الاستشارية الفرنسية لعلوم الصحة والحياة، أثناء إبداء رأيها حول التمييز القائم على السمات الوراثية في مجال التأمينات، من انشغالات شركات التأمين المبنية على نظرة ليبرالية في تقييم مخاطر التأمينات، لاسيما التأمين على الحياة والمرض. وأشارت أن عقد التأمين يقتضي في تلك الأحوال مراعاة مبدأ حسن النية بين الطرفين، وعدم الإخلال بتوازن العقدي. وعليه يتعين على المؤمن له أن يمكن المؤمن من المعلومات الضرورية بما في ذلك المعلومات الطبية، وعدم إخفاء أو كتمان سوابقه المرضية، وبالتالي يحق لشركة التأمين كأصل عام أن تطلب من زبائنها أن يخضعوا لفحص طبي شامل، مع ملئ استمارة معلومات حول الحالة الصحية لتقييم الأخطار الجسيمة، وتجنب الوقوع في الغلط. وأشارت اللجنة بأن هذا النظام يختلف على نظام الضمان الاجتماعي أو التعاضدي المبني على مبدأ المساواة والتكافل

[1] أشرف توفيق شرف الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 5 إلى 2002/05/08، ص 38. منشور بالموقف الالكتروني للمركز العربي للدراسات الجينية بدبي، http://cags.org.ae/.

[2] أنظر، الأمر 95 – 07 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات، (ج.ر 13)، وكذا القانون 83 – 11 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، (ج.ر 28).

الاجتماعي، وفي هذا الصدد فإن القاعدة القانونية التي تمنع التمييز على أساس الحالة الصحية للأشخاص، تستثني هذا النوع من عقود التأمين[1].

أما بالنسبة لإشكالية استعمال الطب التنبؤي في إدارة المخاطر، فإن شركات التأمين أصبحت تطالب باستخدام المعلومات الوراثية لعملائها عن طريق الكشف الجيني المبكر للإصابة بالأمراض الخطيرة أو المزمنة، مبررين ذلك أنه في حال عدم إجراء تلك الاختبارات فسيجري تصنيف الأشخاص ذوي المخاطر العالية أو المنخفضة تصنيفا خطأ، وسيضطر هؤلاء لدفع أقساط تأمين غير ملائمة[2]. فإذا كانت الشركات تسأل العميل على جنسه وسنه، وهو عامل مخاطرة ليس للفرد أية سيطرة عليه، فلماذا لا يسأل أيضا عن سماته الوراثية؟ وربما يكون في صالح الفرد أن يتعرف على سماته الوراثية لكي يخطط للمستقبل أو يقلل من المخاطر إلى أدنى حد. وإذا تمكن أصحاب شركة التأمين من الحصول على المعلومات، فإن بإمكان الأفراد الحصول عليها أيضا.

ويرد المخالفين لهذا الرأي، بأن شركة التأمين ترفض إشراك أشخاص تنطوي سماتهم الوراثية على مخاطر عالية، وإن التحقيقات الوراثية تشكل تهديدا لحرمة الحياة الخاصة، وأنها قد تحيط الشخص علما في بعض الأحيان باحتمالات وتنبؤات لا يود أن يعرفها على الإطلاق. وكلما قطعت علوم الوراثة أشواطا أخرى على درب التقدم، ستزداد هذه المخاوف وضوحا وانتشارا. فإلى أي مدى وفي ظل أية شروط يحق لشركة التأمين أن تحصل على أي نوع من المعلومات الوراثية، لمعرفة إصابة طالب التأمين بمرض في المستقبل أو وجود الاستعداد لديه للإصابة به، سيجعل حصوله على تأمين من الصعوبة

---

[1] Comité consultatif national d'éthique (CCNE), Avis et recommandations sur *"Génétique et Médecine : de la prédiction à la prévention"*, Rapport n°46 – 30, octobre 1995.

[2] من المعلوم أن بعض المعاملات الاقتصادية تقتضي نوع من المخاطرة والمقصود بذلك احتمال وقوع أمر غير متيقن فالتعرض مثلا للخسارة في التجارة يعد مخاطرة وانخفاض القيمة السوقية لأصل رأسمالي هو مخاطرة أيضا لكن المتعاملين الاقتصاديين مستعدون بصفة عامة لتحمل تلك المخاطر ولذلك احتاج الناس إلى قياس المخاطرة وتصنيفها بطريقة تمكن من التعرف على درجتها بشكل واضح ومن ثمة وجدت طرق متعددة لتصنيف المخاطر، يتم الاعتماد عليها من طرف المؤسسات المصرفية وشركات التأمين لمساعدتها في اتخاذ القرار السليم لكن بفضل تطور الطب التنبؤي وعلم الوراثة القائم على النزعة التكهنية أصبحت العوامل البيولوجية للإنسان تستعمل بدورها كمقياس في دراسة المخاطرة خاصة في التصرفات القانونية التي تكون فيها سلامة الجسد أو حياة الشخص محل اعتبار كالتأمين عن الحياة والتأمين عن المرض التي تغطي المصاريف الطبية أو الاستشفائية ومصاريف إعادة التأهيل والأعضاء الصناعية وغيرها.وبما أن عقود التأمين تصنف ضمن عقود الغرر فإن عنصر الخطر هو العنصر الجوهري في العقد وقد اشترط القانون أن يكون الخطر غير محقق الوقوع وأن يكون مستقلا عن إرادة الطرفين وأن يكون الخطر مشروعا أي غير مخالف للنظام العام و الآداب العام، لمزيد من التفاصيل، أنظر، بلعزوز بن علي، إستراتيجية إدارة المخاطر في المعاملات المالية، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، 2010، عدد 07، ص 331.

بمكان؟ إذ سيتم في هذه الحالة تصنيف الشخص بأنه ذو خطورة تأمينية عالية، الأمر الذي قد يبرر رفض طلبه[1].

وهذا ما توصلت إليه اللجنة الوطنية الاستشارية الفرنسية لعلوم الصحة والحياة، التي أضافت في رأيها المشار إليه أعلاه، بأن الاطلاع على الوضعية الصحية للمؤمن، قد يؤدي إلى طرح مشكلة أخرى تتعلق بحق شركة التأمين طلب الاختبار الوراثي للتنبؤ بالمخاطر الصحية المستقبلية. وهكذا رأت اللجنة بأن المقاربة التي تدعو إليها شركات التأمين في تقييم المخاطر عن طريق الفحص الوراثي يشكل انتهاك لحرمة الحياة الشخصية ومبدأ المساواة، وطرحت اللجنة التساؤل حول مدى إمكانية تمكين شركة التأمين، من الإطلاع على نتائج الفحوصات الوراثية التي تم إجراءها في وقت سابق لأغراض طبية أو علمية؟ وقد رأت اللجنة، في هذه المسألة بأن القانون لا يسمح بتحويل تلك المعلومات عن الغرض الطبي أو العلمي، تحت طائلة العقوبات الجزائية. كما رأت بعدم شرعية طلب معلومات تخص العائلة أو استغلال نتائج الاختبارات الوراثية واسعة النطاق، كالاختبارات التي يتم إجراءها على المجموعات السكانية، لما تنطوي عليه من تفرقة بين الجماعات، وقد توصلت اللجنة إلى ضرورة وضع نصوص قانونية لمنع تلك الممارسات المستحدثة[2].

وقد تدخل فعلا المشرع الفرنسي وأحدث تعديلات على المادة 133 – 1 من قانون التأمين، التي أحالة على الشروط المنصوص عليها في المادة 1141 – 1 من قانون الصحة العمومية فيما يخص التأمينات على العجز أو الوفاة، وأغلق المشرع بذلك جميع الأبواب أمام شركات التأمين للحصول على المعلومات الخاصة بالبيانات الوراثية. حيث أفادت المادة بأنه لا ينبغي للمؤسسات التي تقوم بتغطية مخاطر العجز أو الوفاة أن تحصل على نتائج الاختبارات المتعلقة بالخصائص الوراثية للشخص، حتى لو تم ذلك بموافقة هذا الأخير أو تقدم بنفسه لطرحها. ويحظر النص كذلك استفسار المعني حول الفحوصات الوراثية التي أجراها سابقا أو نتائجها. وأخيرا تمنع المادة إلزام الشخص بالخضوع للفحص الوراثي سواء قبل إبرام العقد أو أثناء سريانه[3].

---

[1] GAUMONT-PRAT Hélène, *Etude génétique des caractéristiques d'une personne et assurances*, Recueil Dalloz, 2001, p. 1429.

[2] Avis du Comité consultatif national d'éthique, n° 46 du 30 octobre 1995, précité.

[3] Art. L. 133-1 « L'accès à l'assurance contre les risques d'invalidité ou de décès est garanti dans les conditions fixées par les articles L. 1141-1 à L. 1141-3 du Code de la santé publique ci-après reproduits ».

Art. L. 1141-1 « Les entreprises et organismes qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne doivent pas tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord. En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci ».

وبالعودة للتشريع الجزائري يتبين بأن المادة 295 مكرر 3 من قانون العقوبات المستحدثة بموجب القانون 14 – 01 المؤرخ في 2014/02/04 تنص على أنه: "لا تطبق أحكام المادتين 295 مكرر 1 و295 مكرر 2 من هذا القانون، إذا بني التمييز على أساس الحالة الصحية، من خلال عمليات هدفها الوقاية من مخاطر الوفاة أو مخاطر المساس بالسلامة البدنية للشخص، أو العجز عن العمل أو من الإعاقة وتغطية هذه المخاطر"، ويفهم من خلال النص أن المشرع يستثنى من أعمال التمييز المجرم قانونا على أساس الحالة الصحية، عقود التأمين من مخاطر الوفاة أو السلامة الجسدية التي تدخل ضمن الأعمال التي يأذن بها القانون، نظرا لخصوصية هذا النوع من التأمينات التي يشكل فيها خطر الإصابة بالمرض أو العجز أو الإعاقة عنصرا جوهريا في العقد[1]. لكن التشريع الجزائري لم يعالج إمكانية استغلال البيانات الوراثية الشخصية في إدارة مخاطر التأمينات على الحياة أو العجز أو المرض، أو أحقية شركة التأمين في طلب إجراء فحوصات وراثية. لكن بالنظر إلى خصوصية البيانات الوراثية البشرية على أساس أنها تحتوي على بيانات شخصية وطبية واتساع نطاقها لتشمل فئة كبيرة من الأشخاص فإنه لا يمكن استعمالها في المعاملات الاقتصادية.

2- التمييز القائم على السمات الوراثية في مجال العمل.

يعد الاستخدام غير المشروع لنتائج الاختبارات الجينية في مجال العمل إحدى المسائل التي أثارت قدرا كبيرا من الاهتمام. وسبب ذلك أن الأخذ بها من جانب أرباب العمل ينطوي على مساس بالحقوق الأساسية للفرد، كما أنه يحد من فرص الشخص في التشغيل. فالكفاءة المهنية للمستخدم من العناصر الجوهرية في عقد العمل. وأن عجز العامل عن أداء العمل الموكل إليه بسبب حالته الصحية البدنية أو العقلية من المبررات الجدية التي تمنح المؤسسة المستخدمة حق المبادرة بإنهاء علاقة العمل[2]. وفي هذا قضت المحكمة العليا في الجزائر بأن " الحكم الذي قضى بإلغاء قرار التسريح التعسفي للمطعون ضده، وإعادة إدراج هذا الأخير إلى منصب عمل يناسب حالته الصحية، وتعويضه عن كافة الأضرار إلى غاية الرجوع، مستندا في ذلك على الشهادة الطبية المقدمة من طرف العامل، دون تسبيب قانوني

---

[1] أنظر، المادة 39 من قانون العقوبات.

[2] فإذا كانت بعض حالات العطب أو المرض أو الإعاقة يمكن إثباتها بمختلف وسائل الإثبات القانونية والعلمية كشهادة الطبيب المختص، التي تؤكد إصابة عامل بمرض يمنعه من العمل في ظروف أو أماكن معينة، فإن هناك من الحالات الأخرى ما يصعب إثباته بصفة دقيقة ومحددة، مثل حالة إدعاء المؤسسة المستخدمة عدم الكفاءة المهنية للعامل، أي عجز العامل على أداء عمله على الوجه الذي تريده أو تحدده المؤسسة بسبب نقص الكفاءة المهنية أو المهارة أو الخبرة أو الاستعداد. هذه الأسباب والادعاءات والمبررات كثيرا ما يلجأ إليها أصحاب العمل ليبرروا رغبتهم وقراراتهم في إنهاء عقود العمال الذين يريدون التخلص منهم بدون أسباب جدية أو حقيقية، حتى لا تتخذ أعمالهم هذه طابع الفصل التعسفي الذي يلزمهم بتحمل مسؤوليات التعويض. أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، ص345.

مستبعدا الشهادة الطبية المسلمة من طرف طبيب العمل للمؤسسة، في حين أن هذه الأخيرة لها قوة إثبات أكبر كونها صادرة عن طبيب محايد ومختص في طب العمل"[1].

وحرصت محكمة النقض الفرنسية كذلك على مراقبة علاقات العمل من زاوية الطابع التمييزي، وعلى سبيل المثال، قضت بتاريخ 2014/10/08، ببطلان بنود الاتفاقية الجماعية التي تقصي من التعويض عن التسريح، المستخدمين الذين يتعرضون لحوادث أو أمراض مهنية، تؤثر على أداء النشاط المهني بشكل مستمر. كونها تكتسي طابعا تمييزيا مبني على أساس الحالة الصحية للعامل، في ظل انعدام عناصر موضوعية تبرر اتخاذ تلك التدابير[2]. كما قضت نفس المحكمة بأنه يتسم بطابع التمييز، قرار تسريح العامل من منصب عمله بحجة ارتكابه خطأ جسيم، رغم أن السبب الحقيقي من وراء ذلك هو المرض الذي كان يعاني منه هذا الأخير وليس الخطأ[3]. وقضت أيضا بأنه يتسم بالتمييز، تسريح العامل المؤسس على الإعاقة البدنية، دون معاينة حالة العجز من طرف طبيب العمل[4].

ويريد بعض أرباب العمل في الدول المتطورة استغلال الرصيد الوراثي للعامل في تقييم الكفاءة المهنية مثلهم مثل شركات التأمين، ويبدون اهتمام بالنتائج العلمية التي يحققها الطب التنبؤي من خلال معرفة قابلية الأشخاص في التعرض للمرض قبل ظهور الأعراض، سواء في عملية انتقاء المرشحين لمنصب العمل أو في تسيير الموارد البشرية، وبالتالي اجتناب تعرض العمال للأمراض المهنية، وما يترتب على ذلك من الإنقاص من المردودية، وتبعا لذلك ناشد أرباب العمل في الحصول على المعلومات الجينية للمستخدمين. وقد يعتقد أرباب العمل ليست تعسفية ومن حقهم الحصول عليها. وقد يخشى العاملون أن تستخدم هذه المعلومات الوراثية في غير صالحهم، وقد يعتبرون المطالبة بها انتهاكا لحرمة الحياة الخاصة والتفرقة القائمة على السمات الوراثية. وقد يؤدي منح صاحب العمل إمكانية معرفة مدى استعداد العامل لديه للإصابة بأمراض جينية محتملة إلى قيامه بإنهاء علاقة العمل، في حين يكون الإصابة فعلا بالمرض هو احتمال الأقل ترجيحا.

وتبدو خطورة الأمر أيضا في أن الفحص الجيني للعامل قد يؤدي إلى نتيجة نهائية لا رجعة فيها، تقضي بعدم صلاحيته للعمل أو عدم قدرته على التأقلم مع ظروف هذا العمل أو لاحتمال إصابته مستقبلا بأمراض معينة تؤثر على قدرته، ومن ثم لا يجوز وضع قاعدة عامة تقضي باستبعاد من يتوافر لديه استعداد للإصابة بها. كما أن للفحص الوراثي سلبيات كثيرة في عالم الشغل، منها حرمان مجموعة

---

[1] المحكمة العليا، 2010/03/04، تحت رقم 551536، م ق 2010، عدد 1، ص 345.

[2] Cass. soc., 22 oct. 2014, Dalloz actualité, 18 nov. 2014, obs. Peyronnet; RJS, 1/2015, n° 3.

[3] Cass. soc., 28 fév. 1998, *Bull. civ.* V, n° 43; CSB, 1998, 80, A. 19.

[4] Cass. soc., 13 jan. 1998, *Bull. civ.* V, n° 9; D. 1998, IR, 57.

كبيرة من الناس من العمل بسبب أنهم يحملون مورث لمرض يظهر مستقبلا في حياتهم. فالتأثيرات المحتملة للعلل الوراثية على الأمراض أو التشخيص السابق على ظهور الأعراض المرضية إذا تم إدراجه ضمن إطار الكفاءة الطبية للعمل الذي يكمن من اختصاص طب العمل فإنه يتعين التأكد منها قبل عملية الانتقاء وبعد إجراء الفحوصات الطبية السابقة دورية التي يتم تقييمها أثناء الفحص ولا يمكن استغلالها لمعرفة المخاطر المستقبلية[1].

لكن قد يبرر رب العمل إخضاع العامل للفحوصات الوراثية بداعي الوقاية من الأخطار المهنية ضمن تدابير الوقاية الصحية والأمن في محيط العمل[2]. وقد طرحت هذه الإشكالية على اللجنة الوطنية الاستشارية الفرنسية لعلوم الصحة والحياة[3]، التي رأت إمكانية فتح المجال بصورة ضيقة لإجراء اختبار الخصائص الوراثية لأغراض طبية، أي في حال احتمال إصابة العامل بمرض وراثي يشكل خطرا على وسط العمل، بشرط أن يتم ذلك بمعية طبيب العمل، الذي يقرر إجراء الفحص في إطار الشروط القانونية، وبعد الحصول على الموافقة الكتابة للمعني وإعلامه مسبقا بطبيعية الفحص والغرض منه، وانعكاساتها المحتملة على كفاءته المهنية، سواء في الانتقاء والاحتفاظ بمنصب الشغل على ضوء النتائج المتوصل إليها، ثم حقه في عدم الإطلاع على النتائج واحترام السرية. ورأت اللجنة أنه لا يمكن للاختبارات الوراثية في مجال طب العمل أن تكون منهجية أو استقصائية، ولا يمكن أن تستغل في تطهير محيط العمل أو التفرقة بين المستخدمين أو في إقصاء العمال المعرضين لأمراض الوراثية، والضامن الفعال في هذا الميدان استقلالية طبيب العمل عن رب العمل[4].

---

[1] أشرف توفيق شرف الدين، المرجع السابق، ص 38.

[2] أنظر، المادة 77 من القانون 90 – 11 المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، (ج. ر 17). وكذا القانون 88 – 07 المؤرخ في 1988/01/26 المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، (ج.ر 04).

[3] Avis du Comité consultatif national d'éthique n° 46 du 30 octobre 1995, précité.

[4] حول إمكانية انتزاع عينات جسدية من العامل لإخضاعها للخبرة البيولوجية بداعي الوقاية الصحية والأمن في محيط العمل، أنظر، قرار الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية الذي أكد بأنه يعد مشروع من الناحية القانونية النظام الداخلي، الذي يفرض على العامل إجراء اختبارات كشف ومراقبة نسبة الكحول في الدم، لأن طبيعة العمل الذي يشغله الطاعن بوصفه سائق مركبة، يمكنه أن يعرض الأشخاص العاملين بالمؤسسة المستخدمة أو الأشياء التي ينقلها للخطر.

Soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878, *Bull. civ*. V, n° 176, JCP, 2002, I, 10132, *note Corrignan-Carsin*.

نفس الموقف، أنظر، قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الذي أوضح بأنه لا يعد مخالف للمادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إلزام العامل بتسليم عينة من البول لإجراء كشف تناول المخدرات أو المواد الكحولية، لأن تلك التدابير تدخل ضمن أعمال الضبط التي تقوم بها السلطات العمومية، للحفاظ النظام العام وحماية حقوق وحريات الآخرين، وزيادة على ذلك فإن مثل هذا الإجراء، يعد ضروريا في مجتمع ديمقراطي.

CEDH 7 nov. 2002*, D. 2005, 36, note Mouly et Marguénaud.*

ومن جانب الأحكام القانونية، تحظر اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن التمييز في مجال الاستخدام والمهنة، أي ضرب من ضروب الميز أو الاستثناء أو التفضيل، يكون من أثره إبطال أو إنقاص المساواة في الفرص أو المعاملة على صعيد الاستخدام والمهنة[1]. كما أشار قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة المؤرخ في 2001/07/24 بعنوان: "الخصوصية الجينية وعدم التمييز"، بأن الكشف عن المعلومات الجينية المتعلقة بأفراد دون موافقتهم قد يسبب ضررا وتمييزا ضدهم في عدة مجالات، كالعمالة والتعليم والتأمين الاجتماعي والطبي[2]. ثم أصدر المكتب الدولي للعمل تقريرا حول التمييز في مجال العمل، ورد فيه تسجيل عدة حالات تتعلق بإخضاع العامل للفحوصات الوراثية، وضرب مثلا على ذلك امرأة ألمانية كانت قد ترشحت لمنصب معلمة في الوظيفة العمومية، لكن طبيب العمل فطلب منها إجراء الفحوصات الجينية رغم أن حالتها الصحية كانت جيدة، استنادا إلى التاريخ المرضي لعائلتها الذي يشير أن أحد أبويها مصاب بداء Huntington الوراثي، لكنها رفضت إجراء الاختبار، فتم حرمانها من المنصب الدائم، الشيء الذي اعتبره المكتب تمييزا قائما على الرصيد الوراثي[3].

وعلى الصعيد الوطني، ألزمت المادة 06 من القانون الجزائري رقم 90 – 11 المتعلق بعلاقات العمل على ضرورة احترام السلامة البدنية والمعنوية للعمال وكرامتهم، والحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير منصب القائم على أهليتهم واستحقاقهم[4]. أما في فرنسا، فقد تم تدعيم الحقوق الأساسية للعمال، باتخاذ تدابير ترمي إلى عدم التمييز وحماية الحياة الشخصية، على ضوء التطورات في مجال الوراثة، حيث نصت 1132 – 1 من قانون العمل بأنه لا يمكن إقصاء أي شخص من التوظيف، أو حرمانه من الاستفادة من التدريب أو التكوين، ولا يمكن كذلك معاقبة أي عامل أو فصله من منصب

أنظر أيضا، قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، الذي أشار بأنه لا يعد خرقا للمادة 08 من الاتفاقية المذكورة أعلاه، إلزام المستخدم في المنشأة النووية بالخضوع لكشف استهلاك المخدرات، وأن تلك التدابير الوقائية يبررها مبدأ الحفاظ على الأمن العام وحماية حقوق وحريات الآخرين، لاسيما حقوق المستخدمين.

CEDH 9 mars 2004, *D. 2005, 36, note Mouly et Marguénaud.*

[1] اتفاقية الخاصة بالتمييز في مجال الاستخدام والمهنة، اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية، الدورة 42، بتاريخ 1958/06/25، تحت رقم 111.

[2] قرار سابق الإشارة إليه.

[3] Bureau international du Travail, *Egalité au travail : relever les défis,* Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 96e session, Rapport I (B), Genève, 2007. Ce rapport peut aussi être consulté sur le site Internet de l'OIT (www.ilo.org/declaration).

[4] وجاءت المادة 295 مكرر 3 من قانون العقوبات لتضع الاستثناءات على تطبيق الأحكام الجزائية المذكورة في المادتين 295 مكرر 1 و295 مكرر 2 في حال ما بني التمييز على أساس الحالة الصحية أو الإعاقة، وتتمثل في رفض التشغيل المبني على عدم القدرة على العمل الثابتة طبيا، وفقا لأحكام تشريع العمل أو القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

عمله، لاعتبارات تتعلق بالرصيد الوراثي، سواء تم ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة. كما أضافت المادة 1321 – 3 من نفس القانون على أنه لا يمكن للنظام الداخلي للمؤسسة المستخدمة، أن يحتوي على أحكام ذات طابع تمييزي للأجراء على أساس خصائصهم الوراثية. أما في مجال الوظيفة العمومية، فقد نصت المادة 225 – 1 من القانون المتعلق بحقوق وواجبات الموظف، على أنه يعتبر تمييزا كل أشكال التفرقة بين الأشخاص الطبيعيين بسبب خصائصهم الوراثية[1].

وفي الأخير يمكن القول بأن التمييز بين الأشخاص على أساس رصيدهم الجيني يعد إساءة لاستخدام علم الوراثة البشرية، وأنه يهدد فعلا المساواة بين البشر التي نادت إلى احترامها الديانات السماوية والمواثيق الدولية والقوانين، ويفتح في نفس الوقت أبواب انتقاء الجنس، لهذا كان لزاما على المشرع مواصلة مساعيه بوضع قواعد قانونية تمنع هذه الممارسات التي باعتبار الإنسان وحرمة حياته الخاصة وكرامته، لكن استخدام البيانات الوراثية لا يتوقف على أعمال التمييز بل طرح إشكالية أخلاقية وقانونية عويصة تتعلق بامتلاك الجينات البشرية أو براءات الاختراع في الأبحاث الوراثية.

الفرع الثاني
براءات الاختراع في الأبحاث العلمية الوراثية

منذ أوائل التسعينات أصبحت التكنولوجيا الحيوية من المحاور الأساسية في مجال الرعاية الصحة، حيث تم تسجيل الكثير من براءات الاختراع المتعلقة بالمواد الصيدلانية والأدوية المستعملة في الطب البشري، التي ساهمت في إنجاح الأبحاث العلمية وعلاج الأمراض وإنقاذ حياة الملايين من البشر. إلا أن التطورات العلمية في مجال البيولوجيا الجزيئية دفع بالشركات التجارية إلى المطالبة بتوسيع نطاق براءات الاختراع، لإدراكها الإمكانات التجارية التي تعتمد على معرفة تركيب الجينات. وبحكم أن الاستثمار في الأدوية يكلف أموال طائلة فإن شركات صناعة الأدوية، أرادت أن تحتفظ بسرية اكتشافاتها. والسبيل الوحيد لمنع المنافسة هو استصدار شهادة اختراع على المنتجات البيولوجية ذات الأصل البشري.

---

[1] للإشارة فإنه بموجب القانون المؤرخ في 1990/07/12 المتعلق بعدم التمييز الذي يرجع للحالة الصحية أو الإعاقة، أصبحت أعمال التمييز في مجال الشغل تشكل جنحة منصوص عليها في قانون العقوبات، وتعاقب على رفض انتقاء العمال المحتمل تعرضهم للأمراض أو عزلهم، وقد وجاء النص لحماية مرضى السيدا في مرحلة البداية، وبتالي فإن الفحص الوراثي للبحث عن احتمال الإصابة بالمرض يكون في كل الأحوال غير شرعي.

GAUMONT-PRAT Hélène, *Les aspects éthiques des tests génétiques dans le cadre du travail,* Recueil Dalloz, 2004, p. 535.

غير أن هذا المسعى يثير مسائل عميقة تتعلق بكرامة الإنسان وحقوقه الأساسية. فبعد أن شملت براءات الاختراع الأنواع النباتية المعدلة وراثيا، امتدت فيما بعد إلى الكائنات الدقيقة، وهاهي تصل اليوم إلى المنتجات البشرية، وقد قبلت مكاتب براءات الاختراع في الدول المتطورة، منها الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا، منح براءات الاختراع لمعاهد البحث العلمي والشركات العاملة في هذا الحقل انصبت حول الجينات وأنواعا خاصة من البروتينات والهرمونات، تحت ضغط المصالح الاقتصادية والمالية، وظهرت في هذا الإطار الكثير من القضايا أمام المحاكم أثيرت فيها مسائل أخلاقية شائكة[1].

هذا ونظم المشرع الجزائري من خلال القانون 03 – 07 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق ببراءات الاختراع، شروط حماية الاختراعات ووسائل هذه الحماية وآثارها[2]. كما نلمس من جهة أخرى في التعديلات التي أجراها المشرع على قانون حماية الصحة وترقيتها بموجب القانون 08 – 13 المؤرخ في 2008/07/20 وجود إرادة لديه لمواكبة التطورات الحاصلة في مجال التكنولوجيا الحيوية المرتبطة بالصناعات الصيدلانية[3]. ولدراسة مسألة براءات الاختراع في الأبحاث الجينية، يتعين أولا توضيح شروط الابتكار في مجال التكنولوجيا الحيوية، ثم التطرق استعمال الجينات البشرية في الصناعات البيوتكنولوجية.

أولا: الشروط العامة للابتكار في مجال التكنولوجيا الحيوية.

تضمن الأمر 03 – 07 المتعلق ببراءات الاختراع الشروط العامة لأهلية الاختراع، ويتعلق الأمر بالجدة والنشاط الاختراعي والقابلة للتطبيق الصناعي، واستبعد الأفكار المجردة وطرق علاج جسم الإنسان بالجراحة أو المداواة، وكذا مناهج التشخيص وكذلك والاختراعات التي يكون تطبيقها على الاقليم الجزائري مخلا بالنظام العام أو الآداب العامة أو مضرا بصحة وحياة الأشخاص. وسوف يتم الاقتصار في هذا الإطار على مبدأين، ويتعلق الأمر بعدم قابلية المواد البيولوجية الموجودة في الطبيعة أن تكون موضوع براءة اختراع، وعدم المساس بكرامة الإنسان والنظام العام والآداب العامة.

[1] V. en ce sens, DURAND Claude, *Les biotechnologies au feu de l'éthique*, édi. L'Harmattan, Paris, 2007, p. 22.

[2] القانون 03 – 07 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق ببراءات الاختراع، (ج. ر 44).

[3] بخصوص استعمال الأجسام المعدلة وراثية في المجالات الصيدلانية، أنظر، المادة 297 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة.

1- مبدأ عدم قابلية المواد البيولوجية الطبيعية أن تكون محلا لبراءة الاختراع.

يسلم الكثيرون بأن منتجات الطبيعة لا يمكن اعتبارها أهلا للحماية بموجب براءة، نظرا لأن تلك المنتجات لا تتعدى كونها مجرد عمل الطبيعة يحدث دون تدخل الإنسان. وتبعا لذلك، تم الإقرار في السوابق القضائية والأحكام القانونية، بأن وجود مادة في الطبيعة يضع قيودا على منحها البراءة، إذ تنتج العديد من المواد الكيميائية العضوية عن عمليات بيولوجية تحدث طبيعيا وليس من صنع الإنسان. ويطرح هذا الموضوع قضية معقدة في مجال التكنولوجيا الحيوية يتعلق بالتفرقة بين الاكتشاف والاختراع.

فلا يمكن إذن حماية الاكتشافات لمجرد أنها اكتشافات، بينما يمكن أن يكون أهلا للحماية القانونية الاختراعات التي تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها قانونا. وهو ما أشارت إليه المادة 02 من الأمر 03 – 07 التي عرفت الاختراع على أنه " فكرة لمخترع تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكلة في مجال التقنية". إلا أنه يصعب في بعض الأحيان التفرقة بين الاختراع والاكتشاف في مجال التكنولوجيا الحيوية[1].

والملاحظ أن اتفاق TRIPs فتح للدول الأعضاء المجال لضبط العتبة التي تفصل الاكتشافات من الاختراعات بالاستناد إلى معايير مختلفة[2]، مثل التغيير الحاصل للمادة إلى حد يجعل المادة الجديدة تختلف عن المادة الموجودة مسبقا في الطبيعة، والوسائل التقنية الموظفة لتحديد المادة ولتحديد المنفعة منها، ودرجة نقاء المنتج غير طبيعي المنشأ مقارنة بالمنتج طبيعي المنشأ، أو مثل مدى استجابة الكميات المنتجة من المادة في الطبيعة لاحتياجات الاستعمالات التجارية[3]. ويتيح اتفاقTRIPs

---

[1] نصت المادة 18 من القانون المتعلق بالموارد البيولوجية على أنه: "تعتبر المعارف المرتبطة بالموارد البيولوجية حقا فكريا من نوع خاص، تحدد كيفيات ممارسته، طبقا للتشريع الساري المفعول". القانون رقم 14 – 07 المؤرخ في 2014/08/09، المتعلق بالموارد البيولوجية، (ج.ر 48).

[2] ويتعلق الأمر باتفاقية منظمة التجارة الدولية حول الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية. ففي 1994/04/15 تم التوقيع على الوثيقة الختامية في المؤتمر الوزاري الذي عقد في مدينة مراكش بالمغرب في الفترة من 12 إلى 1994/04/16. وتضمنت الوثيقة الختامية كافة نتائج الجولة وتشمل 28 اتفاقية أهمها اتفاقية مراكش بإنشاء منظمة التجارة العالمية. وهذه الاتفاقية تعد الاتفاقية الأم لأنها تضم كافة الاتفاقيات الأخرى التي تضمنتها الوثيقة الختامية في شكل ملاحق تحمل أرقام (1)، (2)، (3)، (4). وقد تضمن الملحق (1) جيم من الوثيقة الختامية اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التربس). حسام الدين الصغير، الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية: من اتفاقية باريس إلى اتفاقية تريبس، حلقة من تنظيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية، من 29 إلى 2007/01/31، ص 03. http://www.wipo.int/

[3] تم منح براءة الاختراع على فأرة ورمية لفائدة جامعة هارفارد من طرف المكتب الأمريكي والأوربي، وقد خضع ذلك الحيوان الثدي لتعديل وراثي باستعمال جينات بشرية لاستخدامها في الأبحاث الطبية، وسميت الفأرة الورمية Oncomouse. إلا أن المحكمة العليا الكندية كان لها موقفا مخالفا حول موضوع الحيوان الثديي الصغير، بحيث عبرت المحكمة العليا الكندية سنة 2002 عن رفضها

أيضا حيزا لتعريف ماهية الكائنات الدقيقة، فيمكن مثلا تبني مفهوم ضيق للكائنات الدقيقة وترك بعض الموضوعات كالخلايا البشرية والحيوانية والنباتية والجينات خارج نطاق الحماية ببراءة، بينما يكون من الممكن تبني تعريف واسع للكائنات الحية، ليضم المفهوم أي موضوعات بيولوجية، بما في ذلك الموضوعات المذكورة فيما سبق، وحتى الفيروسات، علما بأنها لا تتمتع مبدئيا بالحماية، واستنادا إلى التعريف العلمي بالأهلية التلقائية للحماية ببراءة، لأن الفيروسات تعتمد على الخلايا كي تتكاثر. وقد انتهجت الدول نوعين من مناهج التشريع الوطنية لتنفيذ تلك الخطة. بلدان تنص صراحة على استبعاد عام للمواد الموجودة في الطبيعة من الحماية ببراءة، وبلدان تنص على أحكام خاصة تبيح أو تحظر حماية المواضيع التي تكون عبارة عن مواد طبيعية المنشأ أو اشتقاقا منها ببراءة في ظروف محددة[1].

وكانت المحكمة العليا الأمريكية قد طبقت في البداية المبادئ العامة لقانون البراءات كما هي مبينة في المادة 101 من قانون براءات الاختراع الأمريكي[2]، التي تستثني قوانين الطبيعة والظواهر الفيزيائية والأفكار المجردة. وبخصوص عدم إمكانية حماية منتجات الطبيعة ببراءة، حكمت المحكمة العليا في قضية شركة بذور الإخوة فونك وشركائهم ضد شركة طعم كالو وشركاؤه، المتعلقة بدعوى التعدي على البراءة بما يلي: " لم يخلق بوند (المخترع) حالة تثبيط أو عدم تثبيط لدى البكتيريا، فمميزاتها تلك من عمل الطبيعة، وهي مميزات من الأكيد أنها ليست أهلا للحماية ببراءة، نظرا لأنه لا يمكن إصدار براءة لاكتشاف ظاهرة طبيعية. إن مميزات هذه البكتيريا مثلها مثل حرارة الشمس أو الكهرباء أو مميزات المعادن هي جزء من مخزن معرفة كل البشر. إنها مظاهر لقوانين الطبيعة، متوفرة لكل البشر لا يحتفظ بحقها أي منهم. إن من يكتشف ظاهرة طبيعية كانت مجهولة إلى حدود هذه اللحظة، لا يستطيع أن يطالب باحتكارها بطريقة قد يعترف بها القانون. وإذا كان هذا الاكتشاف سيؤدي إلى اختراع، فلابد أن يجري ذلك عبر تطبيق قوانين الطبيعة لغرض جديد ومفيد. إن مزج سلالات معينة من بعض أجناس تلك

لبراءة فارة هارفارد الورمية. وقررت أن وصف تركيب المادة الذي هو في جوهره منتج مخترع، أهل للتسجيل في براءة يجب ألا يطبق على الفأر. ولقد أكد القاضي "إن حقيقة كون أشكال الحياة الحيوانية تمتلك أنواعا عديدة من السمات الفريدة، التي تسمو فوق المادة الخاصة المكونة لها، تجعل من الصعب وضع هذه الأشكال العليا من الحياة في مفهوم يقتصر على تحديدها كمجرد تراكيب للمادة. إنها جملة غير ملائمة، كما يبدو لوصف أشكال الحياة العليا"، لمزيد من التفاصيل، ج .ستيكس، تملك مادة الحياة، ترجمة هاني رزق وعبد القادر رحمو، مجلة العلوم، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، المجلد 22، عدد 8، بتاريخ 2006/09/09، ص 60.

cons. aussi, la décision de l'OEB « s'agissant de la brevetabilité d'un animal manipulé génétiquement, il faut peser soigneusement, d'une part, les graves réserves qu'appellent la souffrance endurée par les animaux et les risques éventuels pour l'environnement, et, d'autre part, les avantages de l'invention, à savoir son utilité pour l'humanité ». OEB ch. rec. tech., 3 oct. 1990, T. 19/90: *JO OEB, déc. 1990. 476; PIBD, 1991, III, 96.*

[1] المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اللجنة المعنية بالتنمية والملكية الفكرية، مواطن المرونة المتعلقة بالبراءات في الإطار القانوني متعدد الأطراف وتنفيذها التشريعي على الصعيد الوطني والإقليمي، الجزء الثالث، جنيف، 2011/03/18، رقم CDIP/7/3، ص 15.

[2] U.S. Patent Act of 1952, (35 U.S.C. §101).

البكتيريا دون أن يضر ذلك بخصائص أي من تلك الأجناس، هو اكتشاف لمميزات عدم التثبيط الخاصة بها. ذلك لا يتجاوز كونه عمل يد الطبيعة، وبالتالي فليس أهلا للحماية ببراءة" [1].

لكن المحكمة العليا الأمريكية غيرت من اجتهادها فيما بعد عندما أدركت حماية المادة الحية هي أحد الأسباب الرئيسية التي تقف وراء التطور المذهل لقطاع التكنولوجيا الحيوية، وتجسد ذلك في قضية Diamond v. Chakrabarty التي فصلت فيها بتاريخ 1980/06/16. وقضت المحكمة في هذا النزاع بصحة منح البراءة عن ابتكار موضوعه نوع من البكتيريا لها قدره على إذابة المخلفات البترولية، تم استنباطها عن طريق تغيير الجينات. وقد أحدث هذا القرار تعديلا جذريا في المبادئ التي يرتكز عليها النظام القانوني لبراءات الاختراع، إذ قرر حماية الكائنات الدقيقة ذاتها، وليس مجرد طريقة استنباطها عن طريق البراءة، وذلك لأن حماية هذه الكائنات كانت تصطدم بالمبادئ التقليدية الراسخة التي يقوم عليها نظام براءات الاختراع، والتي تقضى باستبعاد الكائنات الحية بكافة أشكالها وأنواعها من دائرة الحماية عن طريق البراءة[2].

وتناولت اتفاقية ميونخ لمنح البراءة الأوروبية هذا الموضوع، حيث نصت المادة 53 منها على أنه: "لا تمنح براءات الاختراع الأوروبية عن أصناف النباتات والحيوانات، وكذلك الطرق البيولوجية في معظمها لإنتاج النباتات والحيوانات. ولا يسرى هذا الحكم على الطرق البيولوجية الدقيقة، والمنتجات التي يتم الحصول عليها باستخدام هذه الطرق"[3]. وقد نقلت تشريعات الدول الأوروبية هذا الحكم عن اتفاقية ميونيخ. ففي سنة 1978 عدلت المادة 7 من قانون براءات الاختراع الفرنسي الصادر سنة 1968[4] وقررت الفقرة (ج) من المادة المذكورة، بأن الاستثناء المتعلق بأصناف الحيوانات والطرق البيولوجية في معظمها لإنتاج النباتات والحيوانات من قابلية الحصول على البراءة لا يسرى على الطرق البيولوجية

---

[1] U.S. Supreme Court, *Funk Brothers Seed Co. v. Kalo Inoculant Co*., 333 U.S. 127 (1948).

تم الإشارة إليه من طرف، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اللجنة المعنية بالتنمية والملكية الفكرية، مواطن المرونة المتعلقة بالبراءات في الإطار القانوني متعدد الأطراف وتنفيذها التشريعي على الصعيد الوطني والإقليمي، الجزء الثاني، جنيف، 2011/03/18، رقم CDIP/7/3، ص 30.

[2] U.S. Supreme Court, 447 U.S. 303 (1980).

[3] La Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973, également appelée Convention sur le brevet européen ou CBE, et connue sous le nom de « Convention de Munich », Publication Office européen des brevets 15e, éditions / septembre 2013, ISBN 978-3-89605-113-4.

[4] Loi n° 68 – 1 du 2 janvier 1968 sur *les brevets d'invention*, JORF, du 3 janvier 1968, p. 13.

الدقيقة والمنتجات التي يتم الحصول عليها باستخدام هذه الطرق وكذلك فعلت تشريعات الدول الأوروبية الموقعة على اتفاقية ميونيخ[1].

2- الاختراعات المنصبة على منتجات الجسم البشري.

أدت تلك التطورات في مجال الأبحاث العلمية إلى امتداد تسجيل براءات الاختراع على مواد الجسم البشري ومنتجاته، ويتعلق الأمر بأجزاء أو مكونات من جسم الإنسان كالخلايا والدم والبروتينات والهرمونات، بحيث يحكم التطبيقات الطبية والأبحاث العلمية التي تستعمل تلك المنتجات، مبدأ عدم قابلة الجسم البشري وعناصره للتملك وأن تكون محلا للمعاملات الاقتصادية[2]. ما استدعى الرجوع إلى المبادئ الأخلاقية التي تحكم البحث العلمي لاسيما فكرة النظام العام والآداب العامة[3].

غير أن بعض الدول تقصر تطبيق فكرة النظام العام والأخلاق الفاضلة فيما يتعلق بمسألة قابلية الاختراعات للحصول على البراءة على نطاق محدود، فلا تستبعد بالكامل قابلية حصول الابتكارات المتعلقة بجسد الإنسان وعناصره ومشتقاته على البراءة. ووفقا لحكم المادة 27 من اتفاقية TRIPs يجوز للبلدان الأعضاء استبعاد طوائف الاختراعات المتقدمة من القابلية للحصول على البراءة، لأنها تنصب على جسد الإنسان أو أجزاء من الجسم، استنادا إلى حماية النظام العام والأخلاق الفاضلة.

وتستبعد بعض التشريعات المقارنة صراحة مثل هذه الاختراعات من القابلية للحصول على البراءة، استنادا إلى حماية النظام العام. وكمثال على ذلك استبعدت المادة 611 – 18 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي صراحة من أهلية براءة الاختراع، كل ما يتعلق بعناصر ومشتقات جسم الإنسان في مختلف أطواره، وكذا مجرد اكتشاف لأحد عناصر الجسم، وقبل ذلك كان القضاء الفرنسي استبعد الجسم البشري من أهلية الاختراع في حكم قديم صدر عن المحكمة التجارية بالسين بتاريخ 1844/03/14، حيث صرح القاضي بأنه: "لا يمكن أن يكون محلا لبراءة الاختراع، الطريقة المبتكرة في حفظ الجثث من التعفن، كون الجسم البشري لا يمكنه أن يكون سلعة، ولا يمكن تصنيفه ضمن الأشياء الصناعية، سواء أثناء حياة الشخص أو بعد وفاته"[4]. وقد تعرض الحكم لانتقاد شديد من قبل الفقه آنذاك،

---

[1] Loi n° 78 – 742 du 13 juillet 1978 modifiant et complétant la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention, JORF, 14 juillet 1978, p. 2803.

[2] GALLOUX Jean-Christophe, *L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ?*, Recueil Dalloz, 1999, p. 13.

[3] وفي ظل القانون الجزائري، نصت المادة 08 من الأمر 03 – 07 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق ببراءات الاختراع بأنه: "لا يمكن الحصول على براءة الاختراع المخالفة للنظام العام والآداب العامة".

[4] Tribunal de commerce de la Seine, 14 mars 1844, Gaz. des trib. du 15 mars 1844.

على أساس أن براءة الاختراع تنصب في قضية الحال على المادة البيولوجية السائلة، التي تساهم في حفظ الأنسجة من التحلل، وليس على جسم الإنسان في حد ذاته[1].

لكن مكاتب تسجيل الابتكارات في الدول المتطورة ما فتئت تمنح براءات الاختراع على مكونات الجسم البشري تحت ضغط شركات الأدوية العملاقة ومراكز البحث العلمي، وهكذا تم منح سنة 1958 براءة اختراع الفيتامين ب 12، وفي سنة 1984 تم منح براءة اختراع الأنسولين البشري لجامعة كاليفورنيا، كما حصلت إحدى الشركات على براءة اختراع عن خلايا من دم الإنسان مأخوذة من الحبل السري، وهذه الخلايا تستخدم في علاج أمراض النخاع العظمى بشكل أساسي، ونتيجة لمنح هذه البراءة لا يجوز لأي طبيب أو جراح أن يستخدم هذه الخلايا في أي عملية جراحية، إلا إذا دفع الإتاوة المطلوبة للشركة مالكة البراءة . كما حصلت شركة أمريكية أخرى على براءة اختراع عن اكتشافها لهرمون النمو[2].

3- موقف القضاء من منح براءة الاختراع على المنتجات ذات الأصل البشري.

عالج القضاء بنوع من الحذر إشكالية منح براءات الاختراع على المنتجات ذات الأصل البشري، ومن بين القضايا الشهيرة التي عرضت على القضاء الأمريكي قضية السيد John Moore، وتتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 1976/10/05 قام ذلك الشخص بإجراء فحوصات طبية بإحدى المراكز الصحية بولاية كاليفورنيا، وتبين من خلال التشخيص الذي أشرف عليه الدكتور David Golde أن المريض مصاب بداء سرطان الدم، الشيء الذي يستدعى إجراء عملية جراحية لاستئصال الطحال. وقد قام المريض بإمضاء على وثيقة تتضمن قبوله بأحقية المستشفى في التصرف في الأنسجة المنتزعة من جسمه. وكان الطبيب على علم مسبق بأن الطحال يحمل نوعا مميزا من الخلايا ذات صفات فريدة قاومت الورم بشكل ملفت، وبالتالي يمكن أن تكون لها تطبيقات علمية في المستقبل. وبتاريخ 1976/10/08 تم إجراء العملية، بعدها قام الطبيب بعزل الخلايا واستنسخ منها عدة عينات دون إعلام صاحبها بالغرض الحقيقي، وقد تردد المريض بعدها على العيادة في إطار المراقبة الطبية اللاحقة على إجراء العملية حتى عام 1983 وفي كل مرة كان الطبيب وفريقه يقوم بأخذ عينات إضافية من الدم والأنسجة الجلدية والنخاع العظمي.

---

[1] ALLART Henri, *Traité des brevets d'invention, des inventions brevetables*, 2ème éditions, librairie nouvelle droit et de jurisprudence, Paris, 1896. p. 39.

[2] حسام الدين الصغير، المرجع السابق، ص 07.

بعدها توصل المريض بوثيقة أخرى تتضمن نموذج قبول بشأن تنازله على جميع الحقوق الناتجة عن استغلال تسلسل الخلايا، وجميع المواد التي من المحتمل تطويرها من الدم أو النخاع العظمي لفائدة جامعة كاليفورنيا، وقد رفض المريض في النهاية الإمضاء على الوثيقة، ليكتشف بأن الطبيب سجل براءة اختراع على الهنيّات الخيطية للخلايا تحت تسمية Lymphokines، ثم ابرم عقدا تجاريا مع إحدى المخابر المختصة في الهندسة الوراثية من أجل تطوير الأبحاث. وقد تمكنت شركة صناعة الأدوية السويسرية Sandoz من تحقيق أرباح جراء بيعها للمضادات الخلوية المقاومة لبعض السرطانات والأمراض اللمفاوية قاربت 03 مليار دولار، وتبعا لذلك قام السيد Moore برفع دعوى قضائي ضد جامعة كاليفورنيا والطبيب المعالج والمركز الطبي ومخبر التقنيات الحيوية وكذا شركة صناعة الأدوية، زاعما أن في ذلك التصرف انتهاك لحقوق ملكيته للمادة الأصلية، كما أنه مخالفة لمبدأ الثقة و أخلاقيات الطب[1].

لكن المحكمة العليا في كاليفورنيا قضت بتاريخ 1990/07/09 برفض طلب المدعي الرامي إلى الاعتراف بحقوق الملكية، معتبرة بأن المريض لا يملك أي حق عيني على الخلايا التي تخلى عنها في المستشفى أو على الطرق المبتكرة. إلا أن المحكمة. واعتبرت من جهة أخرى، أنه كان يتعين على الطبيب إعلام المريض بالمصلحة الاقتصادية من وراء اقتطاع العينات، حتى يعطي لهذا الأخير الفرصة في أن يبدي موافقته الحرة والمستنيرة حول الجروح التي يمكن أن يتعرض لها، أي استنادا لمبدأ حماية الحياة الشخصية وكرامة المريض وسلامته البدنية، وأن حقوق الملكية الفكرية لم تنصب على الخلايا في حد ذاتها، بل على تسلسل الخلايا التي تم ابتكارها من المادة الخام، وثانيا فإن الاعتراف بحقوق ملكية الأفراد على أعضاء أجسامهم، ما يعوق البحث العلمي ويحول بينه وبين الوصول إلى المواد الضرورية، ويثبط الحافز الاقتصادي لإجراء بحوث طبية هامة، في إشارة إلى مخلفات البشرية الناتجة عن العمليات الاستشفائية[2].

وطرحت على محكمة العدل الأوربية قضية براءات الاختراع المرتبطة بالخلايا الجذعية، إثر طلب تقدم كان قد تقدم به عالم الأعصاب الألماني Oliver Brüstle أمام المكتب الأوربي، حول أبحاثه الطبية التي أجرها بجامعة بون الخاصة بمعالجة بعض الأمراض العصبية المستعصية، كمرض الشلل والرعاش غير الإرادي، باستعمال تقنية تحويل الخلايا الجنينية الجذعية غير مكتملة التكوين إلى خلايا عصبية. وقد طالبت منظمة السلام الأخضر البيئية بعدم السماح بتسجيل البراءة، وبعد عدة سنوات انتهى

[1] SKOOT Rebecca, *The Immortal Life of Henrietta Lacks*, Pan Macmillan, London, 2011, p. 199.
[2] Supreme Court of California, July 9 1990, *John Moore, Plaintiff and Appellant, v. The Regents of the University of California et al., Defendants and Respondents*, Citation (s) 51 Cal. 3d 120; 271 Cal. Rptr. 146; 793 P.2d 479 ; V. également, ARNOUX Ima, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Univ. de Bordeaux, 2003, p. 279.

النزاع بصدور قرار المحكمة المؤرخ 2011/10/18 الذي حظر تسجيل براءات الاختراع على الأبحاث العلمية التي تستخدم الخلايا الجذعية الجنينية. وبررت المحكمة بأنه إذا اقتضى الحصول على هذه الخلايا إتلاف أجنة، فإن ذلك يتنافى مع حماية كرامة الإنسان. لكن قضاة المحكمة استثنوا من حكمهم الاستفادة من الخلايا الجذعية في أية عملية معالجة أو تشخيص قد تكون في صالح الجنين نفسه مثل تصحيح العيوب الخلقية، فيما يشمل الحظر كل خلية يمكن أن يولد منها جنين بشري كامل الخلق[1].

وفي تطور ملفت لاجتهادها القضائي السابق، فتحت محكمة العدل الأوروبية في قرار صادر عنها في 2014/12/18 الباب أمام تسجيل بعض براءات الاختراع المرتبطة بالخلايا الجذعية في الاتحاد الأوربي التي يتم استخلاصها من الأمشاج غير القابلة أن تصبح جنينا. وجاء قرار المحكمة بعد دعوى أقامتها في بريطانيا الشركة الدولية للخلايا الجذعية وهي شركة أميركية بشأن تسجيل براءة اختراع بشأن استخدام خلايا البويضة البشرية، وقالت المحكمة بأن: "الحقيقة المجردة هي أن البويضة البشرية النشطة بتوالد عذري تبدأ عملية تطور لا تكفي لأن تصبح جنينا بشريا"[2].

ثانيا: استخدام الجينات البشرية في أبحاث التكنولوجيا الحيوية.

منذ اكتشاف الحمض النووي منقوص الأكسجين، قامت العديد من المؤسسات والشركات العاملة في بحوث التقنية الحيوية باستغلال نتائج أبحاثها تجاريا. وبدأت تلك المؤسسات تبحث عن حماية لمنتجاتها ووسائل الاستخدام، إلى أن ظهرت العديد من المشاكل والاعتراضات على هذا التوجه. فمن الناحية الأخلاقية، بدأت الأصوات تنادي بحظر تملك المورث، ليس فقط باعتباره من منتجات الجسم البشري، وإنما بتفرده بخصائص لا يمكن أن نجدها في سائر الموارد البيولوجية، فإن هذا المكون يحمل

---

[1] « Les cellules souches obtenues par destruction d'embryons humains ne peuvent constituer des inventions brevetables au sens de la Dir. 98/44/CE du 6 juill. 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques ». CJUE, gr. ch., 18 oct. 2011, *Brüstle c/ Greenpeace,* aff. C-34/10 : *D. 2012. 40, note Galloux ; Gaz. Pal. 15-16 avr. 2012, p. 14, chron. Marino ; JCP 2012, p. 146, note Martial-Braz et Binet ; Propr. ind. janv. 2012. Comm. 2, obs. Chemtob-Concé ; ibid sept. 2012. Étude 15, note Malherbe et Galloux ; RDC 2012. 593, note Noiville et Brunet ; RTD civ. 2012. 85, note Hauser ; RTD eur. 2012, n° 2, p. 396, note Benoit-Rohmer.*

[2] « Pour pouvoir être qualifié d'embryon humain, un ovule humain non fécondé doit nécessairement disposer de la capacité intrinsèque de se développer en un être humain. Par conséquent, dans l'hypothèse où un ovule humain non fécondé ne remplit pas cette condition, le seul fait pour cet organisme de commencer un processus de développement n'est pas suffisant pour qu'il soit considéré comme un « embryon humain », au sens et pour l'application de la directive ». CJUE, gr. ch., 18 déc. 2014, aff. C-364/13, question préjudicielle de la High Court of Justice, Chancery Division (Patents Court) (RU), D. 2015, 71.

V. en ce sens, HAUSER Jean, *Définition de l'embryon humain et brevetabilité : l'embryon, une cellule qui a de l'avenir* ?, RTD civ, 2015, p. 97.

أسرار خلق الإنسان وشفرته الوراثية ومجموعة هائلة من البيانات الشخصية. أما من الناحية التطبيقية، فيرى البعض أن المورثات تعتبر اكتشافا، وأن ما تم اكتشافه لا تنطبق عليه شروط نح براءة الاختراع. في حين دعت المؤسسات العاملة في هذا الحقل، أن لا سبيل لتطوير التكنولوجيا الحيوية والصناعات الدوائية مستقبلا سوى بالاعتراف ببراءة اختراع الجينات.

1- موقف التوجيه الأوربي (98/44/CE) المتعلق بالاختراعات البيوتكنولوجية.

تبنى المجلس والبرلمان الأوروبيين بتاريخ 1998/07/06 التوجيه الحامل لرقم 98 – 44 يتعلق بالحماية القانونية للاختراعات البيوتكنولوجية[1]، ويهدف هذا التوجيه بالأساس إلى ضمان حماية قانونية فعالة ومتناغمة للاختراعات بالنسبة لدول المجموعة الأوربية، كما يهدف إلى دعم الاستثمار في هذا الحقل وتشجيع الشركات التجارية ومراكز البحث العلمي العاملة مجال التكنولوجيا الحيوية .وزيادة على ذلك أعطى التوجيه بعض الإيضاحات المرتبطة بالمسائل الأخلاقية التي تطرحها خصوصية المادة الحية. وكمبدأ عام حظر التوجيه الأوربي منح براءة الاختراع على المادة الوراثية، لكن من جهة أخرى فتح هذا التوجيه المجال لإمكانية الحصول على براءات الاختراع على الجينات البشرية التي يتم عزلها أو التي يتم اصطناعها عن طريق التقنية[2].

وقد طرحت مسألة إمكانية الحصول على براءة الاختراع على المادة الوراثية الأصلية في البداية أمام مكتب براءات الاختراع الأوربي، في قضية Howard Florey Institute، التي أثارت جدلا واسعا وانقساما حقيقيا بين أعضاء مكتب البراءات الأوربي، وأرجعت الفكرة مجددا بشأن ضرورة إصدار توجيه أوربي، يضبط الشروط القانونية للابتكارات ذات الصلة بالتكنولوجيا الحيوية[3]. وترجع وقائع تلك القضية إلى سنة 1975، عندما أجرى المعهد الأسترالي أبحاثا علمية على هرمون بشري يعرف باسم Relaxine H2، الذي تفرزه المرأة الحامل أثناء المخاض بحيث يساعد عضلات الرحم على الارتخاء، وقد تمكن المعهد من عزل البروتين ومعرفة هيكلته الكيميائية، كما تمكن من فك الترميز الوراثي لجزيء الحامض النووي. وكان من شأن تلك الأبحاث أن تحقق مصلحة علاجية لهذا البروتين وتطبيقاته الطبية، ما يسهم في تقليص العمليات الجراحية القيصرية. وقد انصب طلب براءة الاختراع على الجينات المشفرة

[1] Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques Journal officiel n° L 213 du 30/07/1998, pp. 13-21.

[2] فواز صالح، منح براءات الاختراع في مجال البحث على الخلاي الجذعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 219.

[3] GALLOUX Jean-Christophe, *Brevetabilité des inventions biotechnologiques et principes éthiques de respect des droits de la personne et de sa dignité*, D. 1998, p.158.

للبروتين في نسخته الأصلية والنسخة الاصطناعية، وفي النهاية تم قبول الطلب الذي نشر في نشرة براءات الاختراع الصادرة بتاريخ 1991/04/10.

لكن تم تسجيل اعتراض على البراءة على أساس عدم توافر شرط الجدة والنشاط الإبتكاري المنوه عليهما في المادتين 54 و56 من اتفاقية ميونخ. كما أن الشيء محل طلب البراءة يعد في الحقيقة اكتشافا وليس اختراعا طبقا للمادة 53 من ذات الاتفاقية، فضلا على مخالفة النظام العام والآداب العامة. وأمام الفراغ القانوني كان للمكتب الأوروبي الفرصة لتفسير القاعدة المنصوص المشار إليها في المادة 53 فقرة أ من الاتفاقية الأوربية لبراءات الاختراع[1]. وفي هذا الإطار، أشارت هيئة الطعن في قرارها المؤرخ في 1994/12/08 أن براءة الاختراع تتوافر على الشروط القانونية، خاصة المتعلقة بالجدة والنشاط الإبتكاري. حيث أن هذا المكون الطبيعي الذي تم عزله لأول مرة لم يكن معروفا في السابق، ويستحق بذلك أن يكون اختراعا بالنظر إلى طريقة الحصول عليه وتمييزه بصورة صحيحة بهيكلته[2].

وكشفت هذه القضية العديد من المسائل التقنية والأخلاقية، بحيث أصبح من الضروري إيضاح التناقض بين الصفة الطبيعية للمادة التي لم تخترع وتم التوصل إليها (الاكتشاف)، وبين الصفة الأساسية لمعطيات المادة (الاختراعات) وتطبيقاتها التجارية. ثم تحديد عمليات التقنية الحيوية بدقة وطرق الإنتاج التي تستخدم فيها تقنيات الهندسة الوراثية، وكذا نقل الجينات وعمليات التخمر المستخدمة في التشييد الكيمائي للمركبات العضوية والصيدلانية. وتجنب التداخلات في هذا الشأن[3].

ثم جاء التوجيه (98/44/CE) بنفس المعايير على إمكانية حماية الاختراعات الجينية بقوانين الملكية الفكرية، بحيث نصت المادة 05 فقرة 1 من التوجيه أنه: "لا يمكن لحصول على براءة

---

[1] « Le brevet européen n° 112 149 publié le 10 avr. 1991 repose sur une demande de brevet n° 83307553.4 déposée le 12 déc. 1983 sous une priorité étrangère. Comprenant vingt et une revendications, le brevet porte, entre autre, sur des fragments d'ADN codant pour la préprolaxine H2 humaine (revendication n° 1), des fragments d'ADN codant pour une polypeptide ayant une activité de relaxine H2 humaine (revendication n° 3), un double brin de fragment d'ADN codant pour la prérelaxine H2 humaine contenant la séquence d'ARN messager complète (revendication n° 5), des procédés de production de ces fragments d'ADN (revendications n° 8, 9, 15, 16 et 17), la prérelaxine H2 synthétique décrite (revendications n° 19 et 20). Le groupe parlementaire européen (Fraktion der Grünen) et son président forment dans les délais impartis une opposition à ce brevet ». GALLOUX Jean-Christophe*, La brevetabilité de fragments d'ADN humain sous la Convention sur le brevet européen,* D. 1996, p.44.

[2] OEB, div. opp., 8 déc. 1994, JO OEB, 1995, 388, D. 1996, 44, note Galloux.

[3] لمزيد من التفاصيل، أنظر، خالد بن عقيل العقيل، حقوق ملكية الجينات ومنتجاتها، نظام حقوق ملكية الجينات في الدول المتقدمة، مداخلة ألقيت في حلقت النقاش المنظمة من طرف اللجنة الوطنية السعودية للأخلاقيات الحيوية والطبية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 61.

الاختراع، لمجرد اكتشاف بسيط لعناصر الجسم البشري، بما في ذلك المتواليات أو المتواليات الجزئية لأحد الجينات". ويفهم من ذلك أن التوجيه وضع قاعدة عامة بالنسبة لأبحاث الهندسة الوراثية، مستمد من الأحكام المستقر عليها في قانون الملكية الفكرية، لاسيما المادة 52 فقرة 2 من اتفاقية ميونخ، مفاده عدم قابلية المادة البيولوجية الموجودة بالطبيعة للاختراع بما فيما تسلسلات الجينات البشرية[1].

وقد دفعت المنافسة الشديدة في الأبحاث العلمية في مجال الصناعة الصيدلانية، بالاتحاد الأوربي إلى محاولة ضمان أعلى مستويات الحماية، وقد جاءت المادة 05 فقرة 2 من التوجيه بالاستثناء على القاعدة المشار إليها أعلاه. بحيث تسمح هذه الأخيرة بإيداع براءات الاختراع على الجينات الوراثية التي تم عزلها عن بيئتها الطبيعية أو الجينات التي أعيد تشكيلها في المختبر باستخدام طرق مختلفة مثل زراعتها في إحدى البكتريا أو استنساخها. وأضافت تلك الفقرة بأن "عنصرا تم عزله من الجسم البشري أو تم إنتاجه باستعمال بطريقة صنع تقنية أخرى، يمكن حمايته ببراءة. بما في ذلك متوالية أحد الجينات أو متواليته الجزئية، حتى لو كانت بنية ذلك العنصر متماثلة بنية العنصر الطبيعي". ومن المسلم أيضا، أنه يجوز حماية طرائق الإنتاج التي تستخدم فيها تقنيات الهندسة الوراثية، ونقل الجينات وعمليات التخمر المستخدمة في التشييد الكيمائي للمركبات العضوية والصيدلانية[2].

فضلا على ذلك، اشترط التوجيه الأوربي متطلبات صارمة خاصة بالتطبيق الصناعي، وتحديد عمليات التقنية الحيوية بدقة، مفادها بأنه "حتى لو كانت بنية ذلك العنصر هي نفسها بنية عنصر طبيعي". لابد من الكشف في طلب البراءة عن التطبيق الصناعي لمتوالية أحد الجينات أو لمتواليته الجزئية، وهكذا فإن مجرد متوالية حمض خلوي، دون تحديد الوظيفة، لا تحتوي على أية معلومات تقنية لا يمكن حمايتها ببراءة[3]. وعلى سبيل المثال، أيضا لا يقتصر الكشف على أي بروتين يتم إنتاجه، بل يجب أيضا الكشف عن وظيفة البروتين أو المنفعة منه كي يتوفر شرط التطبيق الصناعي". وهو ما جاء في الحيثية 24 من التوجيه التي نصت على أنه "قصد الامتثال للمعيار الصناعي لطلب الحماية ببراءة،

---

[1] Art. 5 - 1. « Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables ».

[2] Art. 5 al 2. « Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ».

[3] في هذا المعنى، انظر، وثيقة الويبو، تحت رقم SCP/5/5، التي تنص على ما يلي: "... اختراع يتعلق بمتوالية أحد الجينات التي تنتج بروتينا ما، فلا يقتصر الكشف على أي بروتين يتم إنتاجه، بل يجب أيضا الكشف عن وظيفة البروتين أو المنفعة منه كي يتوفر شرط التطبيق الصناعي.".

يجب في الحالات التي يتم فيها استعمال متوالية أحد الجينات أو متواليته الجزئية لإنتاج بروتين أو جزء من بروتين، تحديد البروتين أو الجزء المنتج وما هي الوظيفة التي ينجزها"[1].

وبعد إقرار هذا التوجيه، منحت للدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي حتى تاريخ 2000/07/30 من أجل إدراج أحكامه في القوانين الداخلية، إلا أن العديد من الدول الأوربية أبدت تحفظاتها حول أحكام المادة 05 فقرة 2 المذكورة أعلاه، على أساس أن ذلك من شأنه المساس بكرامة الإنسان والنظام العام والآداب العامة، نظرا لخصوصية الجينوم البشري. وهكذا بادرت هولندا إلى رفع دعوى قضائية أمام محكمة العدل الأوربية ضد البرلمان والمجلس الأوربي بحضور المفوضية الأوربية، من أجل إلغاء التوجيه. وقد ساندتها في دعواها كل من ايطاليا والنرويج. وأثارت المدعية في عريضتها عدة مسائل قانونية وأخلاقية، منها مخالفة التوجيه للاتفاقية الدولية للتنوع البيولوجي، وكرامة الكائن البشري، مبرزة أنه من غير المقبول فرض التزام على الدول الأعضاء، بمنح براءات بشأن المادة الحية من أصل بشري، لأن من ذلك من شأنه المساس بالكرامة الإنسانية، ويحط من قيمة الجسم البشري ويجعله مجرد وسيلة مادية تستخدم لأغراض صناعية[2]. إلا أن محكمة العدل الأوربية رفضت بموجب قرارها المؤرخ 2001/10/09 طلب المدعية، موضحتا أن التوجيه يستثني منح براءات الاختراع على الجسم البشري والعناصر المكونة له، عندما تكون على حالتها الطبيعية. فضلا على ذلك، فإن التوجيه استثنى عدة حالات مخالفة للنظام العام والآداب العامة وكرامة الإنسان، منها أبحاث الهندسة الوراثية المتعلقة بالاستنساخ البشري وتغيير الهوية الجينية الأصلية للكائن البشري[3].

2- موقف المحكمة العليا الأمريكية في قضية Myriad Genetics.

بعد معركة قضائية فصلت المحكمة العليا الفدرالية الأمريكية بموجب قرارها المؤرخ في 2014/06/13 في موضوع حقوق الملكية الفكرية على الجينات البشرية[4]، كانت قد تحصلت عليه شركة Myriad Genetics المختصة في الأبحاث الوراثية سنة 1997، وتمكنت بذلك من الاستغلال الحصري للجين BRAC1 وBRAC2، وحرمت بذلك جميع المخابر والمؤسسات الاستشفائية في

[1] « Considérant que, pour que le critère d'application industrielle soit respecté, il est nécessaire, dans le cas où une séquence ou une séquence partielle d'un gène est utilisée pour la production d'une protéine ou d'une protéine partielle, de préciser quelle protéine ou protéine partielle est produite ou quelle fonction elle assure.. ».

[2] Pour plus de détails sur cette affaire, V. MAUBERNARD Christophe, *Le "droit fondamental à la dignité humaine" en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Rev. trim. dr. h. 2003, n° 54, p. 502.

[3] CJCE 9 oct. 2001, aff. C-377/98: *BICC 15 nov. 2001, n° 1084; D. 2002. 2925, note Galloux; RTD com. 2002. 407, obs. Luby.*

[4] U.S. Supreme Court, June 13, 2013, *Association for Molecular Pathology, et al. v. Myriad Genetics*, Inc., et al. Docket nos. 12-398, Citations 569 U.S.

الولايات المتحدة الأمريكية من تطوير أي فحص يستخدم نفس المادة الوراثية. وزيادة على ذلك، فضلت الشركة اعتماد سياسة صارمة لترخيص استعمال اختبار BRACAnalysis Kit، واشترطت إجراء الكشف بالمخبر المركزي التابع لجامعة أوتا[1].

وقد أثار منح براءات الاختراع الكثير من الجدل، نظرا لمساسه بمسائل مرتبطة بالصحة العمومية، لأن الأمر يتعلق بمكافحة أكثر أنواع أمرض السرطان انتشارا في المجتمع. وأبدت المحكمة الفيدرالية من خلال هذا القرار وجهة نظرها في عدة مسائل قانونية وأخلاقية، تتمحور حول ما إذا كان يمكن لشركة تجارية واحدة أن تتحكم في حقوق استغلال الحامض النووي البشري، الذي يعد تراث البشرية المشترك؟ أي هل يحق لفرد أو لشخص معنوي أن يمتلك الحقوق الحصرية في استغلال جين بشري معين لأغراض طبية أو علمية أو تجارية؟

وكان اتحاد الحريات الأمريكية سنة 2009، قد رفع دعوى قضائية أمام محكمة نيويورك ضد الشركة المالكة للبراءة، ساندته فيها العديد من العلماء ومستشاري الصحة النسائية وفاعلين في مجال حقوق الإنسان، يطالب من خلالها بإلغاء براءة الاختراع. موضحا أن الجينات هي من صنع الطبيعة، لذلك لا يمكن أن تسجل عليها براءات اختراع وفقا للمادة 101 من قانون الملكية الفكرية الأمريكي. وأن الاحتكار الذي تمارسه الشركة يحول دون إجراء اختبارات طبية أخرى، ويعوق أعمال البحث الصرفة. ومن جهة أخرى، ذهبت الشركة المالكة لحقوق الملكية الفكرية، التي يساندها قطاع واسع من شركات التكنولوجيا

---

[1] تعود وقائع تلك القضية سنة 1974، عندما بدأت العالمة الأمريكية Mary-Claire King بإجراء أبحاث طبية بجامعة كاليفورنيا تتعلق بالعوامل الوراثية التي تؤدي إلى الإصابة بمرض سرطان الثدي والمبيض، وقد حاولت الباحثة عن طريق دراسة البروتينات إثبات وجود استعدادات وراثية لدى النساء اللائي تظهر عليهن طفرات وراثية، في وقت كان الاعتقاد سائدا آنذاك بأن أسباب المرض تكمن في عوامل خارجية، وفي سنة 1990 توصلت الباحثة إلى اكتشاف مهم في الحقل الطبي، يتمثل في تحديد الصفات الجزيئية للحامض النووي المسبب لهذا النوع من السرطانات، ويتعلق الأمر بجين BRAC1، بمعنى أن وجود طفرات وراثية في هذا النوع من الجينات سوف يزيد بصفة قوية من مخاطر الإصابة بمرض سرطان الثدي أو عنق الرحم. وبمجرد نشر تلك الأبحاث، انطلق سباق محتدم بين مراكز البحث العلمي من أجل عزل الجين المشار إليه أعلاه لاستغلاله في عملية الكشف المبكر عن المرض، نظرا للفوائد الاقتصادية المنتظرة من طرح المنتج الصيدلاني في السوق. وتمكنت في الأخير شركة Myriad Genetics بالتنسيق مع باحثين من جامعة أوتا ومعهد السرطان بجامعة يوتا باليابان ومركز بحوث تشول بكندا من عزل الجين، ثم تقديم طلب براءات اختراع أمام المكتب الأمريكي انصبت على الحمض النووي المعزول الذي يحتوي على شفرات هذين الجينين وعن منهج للكشف مرتبط بهما، الذي وافق على الحصول عليها سنة 1997. وفي الوقت الذي كانت الأبحاث جارية لاستنساخ الجين أعلن المعهد البريطاني لأبحاث السرطان عن نجاحه في اكتشاف جين ثاني مسبب لسرطان الثدي والمبيض، ويتعلق الأمر بالجين BRAC2، فسارعت نفس الشركة الأمريكية بالتنسيق مع إحدى المخابر البيولوجية الفرنسية والكندية من تحديد تسلل الحامض النووي للجين BRAC2 وعزله، وقد بلغ عدد البراءات المتحصل عليها في هذا الشأن (09) براءات اختراع، لمزيد من التفاصيل حول القضية، أنظر،
WATSON James et HOCHSTEDT Barbara, *ADN, le secret de la vie*, ouvrage traduit avec le concours du Centre national du livre, édi. Odile Jacob Sciences, Paris, 2003, P. 330.

الحيوية، للتحذير من أن حظر تسجيل براءات الاختراع سيكون له تداعيات سلبية على الاستثمارات في هذا الحقل، وتقول شركة أنها قامت بعزل الجينات المذكورة، وبالتالي حولتها إلى نتاج بشري يمكن تسجيل براءة اختراع عليه، وإن الأجزاء المعزولة من الحامض النووي، لا يمكن مقارنتهما بالأعضاء البشرية.

وقد حكمت محكمة نيويورك لصالح الاتحاد عام 2010[1] لكن محكمة الاستئناف للدائرة الفدرالية قضت لصالح شركة ميرياد سنة 2011[2]، مؤكدة بأن جزيئات الحمض النووي المعزول مواد مؤهلة للحصول على براءات[3]. وفي الأخير ثم أعيدت القضية للمراجعة أمام المحكمة العليا الفيدرالية، التي أصدرت قرار اتخذ بالإجماع، يقضي بإبطال براءات الاختراع المنصبة على الجينات البشرية، بحجة أن الحمض النووي في الجينوم البشري هو نتاج الطبيعة الذي لا يمكن أن يكون له براءة اختراع، لكن المحكمة العليا وفي محاولة منها لإيجاد حل وسط سمحت للشركات بتسجيل براءات اختراع نتيجة تطويرها للأحماض النووية الاصطناعية أو ما تسمى بالأحماض النووية المركبة. وذهبت المحكمة إلى أن

---

[1] قالت المحكمة المحلية في الدائرة الجنوبية لولاية نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية، إن البراءات المتعلقة بالجين BRCA-1 والجين BRCA-2غير سليمة لأن هذين الجينين، حتى وهما معزولين، لا يكونا مختلفين بشكل ملحوظ عما هما عليه في الطبيعة وعليه فهما غير مؤهلين للحصول على الحماية بموجب براءة وقال الحكم لا يغير وجود الحمض النووي في شكل معزول من خصائصه الأساسية الموجودة في الجسم ولا من المعلومات التي يفك شفرتها.

The District Court for the Southern District of New York, found that patents were ineligible. 702 F.Supp. 2d 181, 192–211 (SDNY 2010). On appeal, the Federal Circuitreversed the decision and found 2-1 in favor of Myriad (689 F.3d 1303).

[2] أبطلت محكمة الاستئناف للدائرة الفيدرالية بالولايات المتحدة الأمريكية هذا الحكم، وأشارت إلى أن التمييز بين منتج طبيعي واختراع من صنع البشر يتوقف على حدوث تغير في الهوية الكيميائية مقارنة بما هو موجود في الطبيعة، ومن الممكن الادعاء بأن المتواليات الجينية المعزولة وهي جزء قائم بذاته من جزيء الحمض النووي الأصلي اختراع مؤهل للحصول على براءة، عكس مواد الحمض النووي المنقحة، وأضافت بأن التنقية تنقي المادة ذاتها التي كانت مسبقا غير نقية، موضحتا أنه على الرغم من ضرورة إزالة الحمض النووي المعزول من خليته الأصلية وبيئته الكروموسومية، فإنه قد تعرض أيضا للتحول الكيميائي لينتج جزيئا مختلفا بشكل ملحوظ عما هو موجود بالفعل في الجسم. وقالت محكمة الاستئناف بالولايات المتحدة الأمريكية، "إن علماء الأحياء قد يفكرون في الجزيئات من حيث استخداماتها، لكن الجينات هي في الواقع مواد ذات طبيعة كيميائية وهي على هذا النحو توصف على نحو أفضل في البراءات حيث توصف بنيتها وليس وظائفها".

أنظر، منظمة الصحة العالمية، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، منظمة التجارة العالمية، تعزيز النفاذ إلى التكنولوجيا والابتكارات الطبية، 2012، منشورات منظمة التجارة العالمية، جنيف، ص 129، http://onlinebookshop.wto.org

[3] بناء على استئناف أمام المحكمة العليا، أعادت المحكمة قضية ميرياد جينيتكس إلى الدائرة الفيدرالية لإعادة النظر فيها في ضوء القرار المتعلق بمايو ضد بروميثيوس، وأعادت الدائرة الفيدرالية في قرارها الصادر في 2012/08/16 التأكيد على رأيها بأن الادعاءات فيما يخص اعتبار جزيئات الحمض النووي المعزول مواد مؤهلة للحصول على براءات بموجب الفقرة 101 من المادة 35، وارتأت أن القرار المتعلق بمايو ضد بروميثيوس لن يغير من النتيجة التي تم الوصول إليه. لكن المحكمة كررت قولها بأن المسألة تتعلق بالأهلية للحصول على براءة وليس بقابلية الحماية ببراءة، وهي المسألة التي لم تعرب عن رأيها بشأنها، وأضافت المحكمة أن بعض الادعاءات تعلقت بأهلية المادة للبراءة والبعض الآخر لم يتناول هذا الأمر.

منظمة الصحة العالمية، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، منظمة التجارة العالمية، المرجع السابق، ص 129.

"أي جزء من الحمض النووي يتكون بشكل طبيعي هو نتاج الطبيعة ولا يستحق أن يكون له براءة اختراع لمجرد أنه تم فصله". إلا أن القاضي استطرد في الكتابة قائلا: 'إن الحمض النووي المركب يستحق أن تكون له براءة اختراع لأنه لا يتكون بشكل طبيعي".

وقد علق بعض الفقه الفرنسي على هذا القرار، بأنه ضربة موجعة للتوجيه الأوربي (98/44/CE)، وجاء على لسان الأستاذ Jean-Christophe GALLOUX أن القرار يشكل صدمة ليس فقد لمكتب براءات الاختراع الأمريكي، لكن أيضا للتوجهات الأوربية في هذا المجال[1]. بحيث أظهر القرار العيوب الأخلاقية للتوجهات الأوربية، في وقت أصبح التفكير الأخلاقي عنصرا أساسيا في تنمية العلوم والتكنولوجيا، وبهذا يغير القرار جذريا الطريقة التي تعالج بها القضايا العلمية حاليا[2].

3- موقف المشرع الفرنسي.

بعد التطورات الحاصلة في مجال التكنولوجيا الحيوية، وما تبعه من استغلال المواد الحية ذات الأصل البشري في الصناعات الصيدلانية، اغتنم المشرع الفرنسي الفرصة أثناء إصداره قوانين أخلاقيات البيولوجيا الصادرة سنة 1994، ليدخل بعض التعديلات في قانون الملكية الفكرية، بما يتماشى والتطورات الحاصلة في علم البيولوجيا الجزيئية. وعلى سبيل المثال، نصت المادة 611 – 17 من قانون الملكية الفكرية على أنه: 'لا يمكن أن يكون محلا لبراءة الاختراع، كل ما يمس بالجسم البشري وعناصره ومنتجاته، وكذا المعارف المتصلة بالهيكلة الكلية أو الجزئية للمجين البشري في حد ذاته".

لكن بصدور التوجيه الأوربي رقم 98 – 44 بتاريخ 1998/07/06 المتعلق بالحماية القانونية للاختراعات البيوتكنولوجية، أصبح لزاما على المشرع الفرنسي إدراج الأحكام التي تضمنها التوجيه في المنظومة القانونية الداخلية. وقد رفضت آنذاك بعض الآراء إدراج تلك القواعد في قانون الملكية الفكرية، نظرا لتعارضها مع المبادئ القانونية المستقر عليها، لاسيما مبدأ حصانة الجسم البشري والكرامة الإنسانية[3]. وتبعا لذلك قام كاتب الدولة المكلف بالصناعة بإخطار اللجنة الوطنية الاستشارية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة، لإبداء رأيها حول المشروع التمهيدي للقانون المعدل والمتمم لقانون الملكية الفكرية. وأن اللجنة أصدرت رأيها بتاريخ 2000/06/08 تحت رقم 64 عبرت فيه عن اعتراضها

[1] GALLOUX Jean-Christophe, *La Cour suprême des Etats-Unis revient sur la brevetabilité des gènes humains*, Recueil Dalloz, 2013, p. 1888.
[2] POLLAUD-DULIAN Frédéric, *L'adieu au brevet et le retour à la Nature des séquences d'ADN : l'arrêt Myriad Genetics de la Cour suprême des Etats-Unis*, D. 2013, p. 2594.
[3] GAUMON-PRAT Hélène, *Les tribulations en France de la directive n° 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, D. 2001, p. 2882.

على إدراج المادة 05 فقرة 2 من التوجيه، التي تسمح بتسجيل براءة الاختراع على العناصر التي يتم عزلها من الجسم البشري أو التي يتم تصنيعها بواسطة التقنية، بما فيها المتواليات الجزئية أو الكلية للجينات البشرية.

وارتكزت اللجنة في رأيها إلى الغموض الذي يكتنف النص، ومخاطر تطبيقاته العلمية المستقبلية، التي يمكن أن تتناقض مع المبدأ العام التي جاءت في الفقرة الأولى، القاضي بعدم جواز الحصول على براءة الاختراع على الجسم البشري وعناصره في كافة مراحل تطوره، ومنع براءات الاختراع على مجرد اكتشاف لأحد عناصره ومتواليات الجينات البشرية. كما ارتكزت اللجنة على ثلاثة مبادئ أخلاقية تحكم الأبحاث العلمية المتمثلة، أولا في مبدأ عدم قابلية الجسم البشري في أن يكون محلا للمعاملات التجارية، ومبدأ حرية الوصول إلى المعارف العلمية المرتبطة بالجينات البشرية، ومبدأ تبادل المنافع بشأنها. وارتكز الرأي على خصوصيات الجينات البشرية التي تعتبر في الحقيقة مركب كيميائي، غير أنه يحمل في طياتها معلومات هامة حول خلق الكائن البشري، ويحمل الشفرة الوراثية التي تحدد الصفات والوظائف. وبالتالي فإن المسألة تخص البشرية جمعاء[1].

ومن جانبها، أبدت الأكاديمية الفرنسية للعلوم في بيان صادر عنها بتاريخ 2000/06/26 عن معارضتها لتبني المشرع أحكام التوجيه الأوربي[2]. وفي الأخير أصدر المشرع الفرنسي في الأخير القانون 2004 – 800 الصادر بتاريخ 2004/08/06 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا، عدل المادتين 611 – 17 و611 – 18 من قانون الملكية الفكرية، مكرسا بذلك المبدأ العام الرامي إلى عدم قابلية الجينات البشرية أن تكون محلا لبراءة الاختراع. إلا أن المشرع الفرنسي لم يتبنى الاستثناء الذي جاءت به المادة 05 فقرة 2 من التوجيه الأوربي حرفيا، بل أدخل عليها تعديلات في الصياغة بغية التضييق من نطاق التطبيق إلى أبعد الحدود. فالإضافة إلى الشروط التي تضمنها التوجيه لمنح براءة الاختراع على عناصر المادة الوراثية التي يتم عزلها، تركز الفقرة الثانية من المادة 611 – 18 على التطبيقات الصناعية الخاصة للعناصر التي تشملها الحماية دون غيرها، بمعنى آخر أن الاختراعات التي تشمل التطبيق التقني لوظيفة معينة لعنصر من جسم الإنسان، حيث أشارت الفقرة الثانية بأنه لا يكون أهلا للحماية بموجب براءة الاختراع، سوى الابتكارات التي تشمل التطبيقات التقنية لإحدى الوظائف التي يؤديها

[1] Avis du comité consultatif national d'éthique n° 64 du 8 juin 2000 sur l'avant-projet de loi portant transposition, dans le Code de la propriété intellectuelle, de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

[2] L'Académie des sciences, *La connaissance du génome est-elle brevetable ?,* Prise de position à propos de la directive 98/44/CE sur la propriété industrielle dans le domaine des biotechnologies. Document publié sur le site, http://www.academie-sciences.fr/.

عنصر من عناصر الجسم البشري، ولا يمكن في جميع الأحوال أن تغطي البراءة ذلك العنصر في حد ذاته، إلا بالقدر اللازم الذي يمكن من خلاله استغلال تلك التطبيقات. ويتعين التنويه على ذلك في طلب البراءة بصفة دقيقة[1]. وعلى غرار التوجيه الأوربي (98/44/CE) استعد قانون الملكية الفكرية الفرنسي من مجال براءات الاختراع الأبحاث الطبية والعلمية التي تمس الكرامة الإنسانية والنظام العام والآداب العامة وذكر على وجه الخصوص أساليب استنساخ الكائنات البشرية، أساليب تعديل الهوية الوراثية الأصلية للكائن بشري، استعمال المضع البشرية لأغراض صناعية أو تجارية[2].

4- موقف القانون الجزائري.

لم يتضمن القانون 03 – 07 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق ببراءات الاختراع نصوص صريحة حول إمكانية منح براءات الاختراع على المواد الحية من أصل بشري، ما عدى ما نلمسه من خلال القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 07 التي أشارت بأنه: "لا يعد من قبيل الاختراع، الاكتشافات ذات الطابع العلمي، وطرق علاج جسم الإنسان بالجراحة أو المداواة، وكذلك مناهج التشخيص"، وتضيف المادة 08 الاختراعات التي يكون تطبيقها على الإقليم الجزائري مخلا بالنظام العام والآداب العامة أو مضرا بصحة وحياة الأشخاص.

لكن الشيء الملفت أن القانون 08 – 13 المؤرخ في 2008/07/20 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها، أدخل عدة تعديلات في الباب المتعلق بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية، تتماشى مع الأبحاث العلمية الحديثة في علم الوراثة الصيدلاني، ومواكبة التقدم التقني الحاصل الذي يتيح لشركات تصنيع الدواء معرفة أكثر لتفاعلات الدواء مع جسم الإنسان والتقليل آثاره الجانبية، والتخفيف من أضرار العلاج الكيميائي والإشعاعي للاستعمال لدى الإنسان، بحيث جاء في المادة 171 من قانون حماية الصحة وترقيتها بأنه تكون مماثلة للأدوية الجسيمات المعدلة وراثيا أو جسيمات تعرضت لتعديل

---

[1] Art. L. 611-18 (L. *n° 2004-800 du 6 août 2004, art. 17)* « Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.

Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet… ».

V. en ce sens, Galloux Jean-Christophe, *Les dispositions de la loi du 6 août 2004 relatives aux inventions biotechnologiques*, RDSS, 2005 p. 206.

[2] Art. L. 611-18 al 3 « Ne sont notamment pas brevetables :

a) Les procédés de clonage des êtres humains ;

b) Les procédés de modification de l'identité génétique de l'être humain ;

c) Les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ;

d) Les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles. »

غير طبيعي طرأ على خصائصها الأولية، بإضافة جين واحد على الأقل أو حذفه أو تعويضه والتي تستعمل في العلاج أو إنتاج الأدوية أو اللقاحات[1].

وفي الأخير، يمكن القول بأن تطبيقات علم الوراثة سواء كانت في مجال الملكية الفكرية وغيرها من المجالات الطبية والبيولوجية، يجب أن تسعى إلى تطوير الأبحاث العلمية وتحسين صحة الأفراد والبشرية جمعاء. وينبغي في الوقت ذاته أن تحترم كرامة وحرية وحقوق الإنسان لأن المجين البشري هو قوام الوحدة الأساسية لجميع الأسرة البشرية وقوام الاعتراف بكرامتهم الكاملة وتنوعهم وتراث الإنسانية جمعاء، وبالتالي يجب أن تحظر كل أشكال التمييز القائم على السمات الوراثية، وتدعيم سرية البيانات الوراثية. كما يتعين أن يراعى حقوق المعنيين بالأبحاث والفحوصات بشأن القبول، مع تقييم الأبحاث وإخضاعه للمراقبة من قبل الهيئات العلمية واللجان الأخلاقية. وهذا ما أراد المشرع تحقيقه من خلال إصداره للقانون 16- 03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، وكذا من خلال ما ورد في المشروع التمهيدي لقانون الصحة. وأن تلك المبادرة شيء جدير بالتثمين لأنه خطوة هامة في مجال حماية حقوق الإنسان واحترام الحريات الأساسية في مجال تطبيقات الهندسة الوراثية. لكن يتعين مع ذلك مواصلة هذا المسعى وتوضيح الرؤية بشأن حماية البيانات الوراثية في الاستخدامات الطبية والعلمية المختلفة، التي أغفل عنها مشروع القانون. وبالرغم من ذلك كله، تبقى الممارسات الطبية المرتبطة الجينات البشرية واحدة من المجالات البيولوجيا التي تثير المخاوف الأخلاقية بشأن ممارسها بكرامة الإنسان والجنس البشري، وهو ما يقودنا إلى التطرق إلى الموضوع الثاني المتعلق بالمواد التناسلية الذي أثار بدوره جدلا واسعا.

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن المادة 297 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة احتفظت بنفس التعريف. أنظر في هذا الصدد، قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 2014/01/07، الذي اعتبر أن هرمون النمو البشري الذي خضع لعملية تنقية يخضع للاحتكار الصيدلاني،

« Attendu qu'il résulte de ces textes que relève du monopole pharmaceutique la préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine, notamment de tout produit pouvant être administré à l'homme en vue de restaurer, corriger ou modifier ses fonctions organiques »; « [...] attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'extraction et la purification de l'hormone de croissance d'origine humaine entraient dans la préparation du produit pouvant être administré à l'homme et relevaient en conséquence du monopole pharmaceutique, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé, Crim. 7 janv. 2014, n° 11-84.456, AJ pénal, 2014, 239, obs. J. Lasserre Capdeville ; D. 2014. 87 ; RDSS, 2014, 319, note J. Peigné ; JCP, 2014. 200, note P. Mistretta ; Dr. pénal 2014, comm. 57, note J.-H. Robert. Pour un rappel des 19 ans de procédure : J.-P. Jean, p. 228.

الفصل الثاني
الأعمال الطبية المرتبطة بالمواد التناسلية

تعد المواد التناسلية – الذكرية والأنثوية – من أهم المنتجات البشرية وأكثرها خطورة وحساسية، لأنها ببساطة تتعلق بإنشاء الحياة لدى الإنسان، وكذا بحرمة الأعراض والأنساب الذي حث ديننا الحنيف على عدم انتهاكها أو اختلاطها[1]. ومنذ ظهور عمليات التلقيح الاصطناعي، ازداد استعمال النطف والبيضات البشرية من قبل الأطباء في إحداث الحمل، لكن ليس بنفس الطريقة التي تعودت عليها البشرية منذ بداية الخليقة، التي تقتضي الاتصال الجنسي بين الذكر والأنثى، وإنما بواسطة التكنولوجيا الطبية الحديثة[2].

وقد تعرضت تكنولوجيا المساعدة الطبية على الإنجاب L'assistance médicale à la procréation (AMP) في بداية ظهورها لعدة انتقادات، على أساس أنها عملية غير إنسانية وغير طبيعية في التوالد البشري، وبالتالي ينقصها الجانب الأخلاقي[3]. إلا أن البعض رأى بأن إطلاق صفة الطبيعي أو غير الطبيعي على أية عملية يمارسها الإنسان، تتوقف على نظرته أو مفهومه الفلسفي للطبيعة البشرية أو الإنسان في حد ذاته. وأضافوا بأن الهدف من هذه التقنية مساعدة الطبيعة وليس القضاء على أحكامها وقوانينها[4]. لكن بمرور الزمن لم تعد عمليات التلقيح الاصطناعي تثير قضايا

---

[1] قال الله – تعالى – ﴿ فَلْيَنظُرِ الإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ خُلِقَ مِن مَّاء دَافِقٍ يَخْرُجُ مِن بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾، سورة الطارق، آيات 5 و6 و7.

[2] لأكثر تفاصيل حول بعض الجوانب التقنية والعلمية، أنظر، الدليل المخبري لمنظمة الصحة العالمية لفحص المني البشري والتفاعل بين المني والمخاط العنقي، المكتب الإقليمي لشرق البحر المتوسط، الإسكندرية، 1989.

[3] وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذه النظرية في البداية. وعلى سبيل المثال، ذهبت محكمة Bordeaux في حكم قديم صادر عنها بتاريخ 1884/04/25 إلى رفض دعوى التعويض التي رفعها الدكتور Lagartre ضد امرأة كان قد أجرى لها عملية تلقيح صناعي داخلي من مني خليلها، بحجة أن هذه الأخيرة رفضت دفع أتعابه المتفق عليها سلفا، وبررت المحكمة موقفها بأن مصدر الالتزام غير قانوني وفقا للمادة 06 من القانون المدني.

Cité par, K. STOYANOVITCH, *La légitimité des enfants nés par suite de l'insémination artificielle en France et aux Etats-Unis d'Amérique*, Revue internationale de droit comparé. Vol. 8 n° 2, Avril-juin 1956, p. 269.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة استئناف Lyon بتاريخ 1956/05/2، أكد المجلس بأن التلقيح الاصطناعي يعتبر إجراء غير أخلاقي يعطي للزوج حق طلب الانفصال الجسماني، وإن عجز الزوج جنسيا، لا يبرر إلحاح زوجته عليه باللجوء إلى تلقيحها منه صناعيا لإشباع غريزة الأمومة فيها، لأن موافقته على ذلك ضعف في طبعه، نشأن عنه قبوله بهذه الوسيلة المهنية.

« L'insémination artificielle est un mode imparfait et supplétif de l'exécution du devoir conjugal [...] le devoir conjugal impose l'établissement de relations sexuelles [...]. En outre, il impose aux conjoints une continuité des relations » Lyon, 28 mai 1956, D. 1956, jur., p. 46.

[4] أصبحت القوانين المتعلقة بالصحة العمومية تتدخل في تنظيم عملية النسل والإخصاب البشري. وعلى سبيل المثل، سبق للمشرع الفرنسي أن تبنى القانون المؤرخ في 1967/12/28 المتعلق بتنظيم الولادات، سمح بموجبه بوصف أدوية منع الحمل وأعطى في نفس الوقت للمرأة الحرية في اقتناء هذا النوع من الأدوية من الصيدلي، رغم المخاوف من استعمال تلك الوسائل في قتل الأجنة المبكر، خاصة فيما يتعلق بوسائل منع الحمل التي يكون لها مفعول بعد عملية الإخصاب، أي بعد تشكل الجنين وطرحه، حتى لو كان هذا لا يعني بأن عوائق الحمل تسبب الإجهاض لدى كل استعمال لها، وذلك أيضا لأنه ليس من الضروري أن يتم الإخصاب في كل مرة بعد

أخلاقية، طالما ظلت العملية محصورة بين الزوج والزوجة، بدليل تبني هذا النوع من الأعمال الطبية في العديد من القوانين المقارنة[1]، من بينها تشريعات الدول الإسلامية وكذا القانون الجزائري[2]، باستثناء بعض الديانات والمذاهب العقادية التي لا تزال تتحفظ على هذه العملية في إحداث الحمل لدى الإنسان[3].

ممارسة العلاقة الجنسية.

La loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 *relative à la régulation des naissances*, dite « *loi Neuwirth* ». JORF du 29/12/1967, p. 12861.V. CHAUVEAU Sophie, « *Les espoirs déçus de la loi Neuwirth* », Clio. Histoire, femmes et sociétés [En ligne], 18 | 2003, mis en ligne le 04 décembre 2006, consulté le 27 juillet 2015. URL : http://clio.revues.org/623 ; DOI : 10.4000/ clio.623.

[1] إن التوجهات القانونية والقضائية الحديثة، أصبحت تعتبر الالتجاء للمساعدة الطبية على الإنجاب ضمن احترام الحياة الخاصة والعائلية للأشخاص، الذي يعد من الحقوق الأساسية للإنسان. لذا اعتبرت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، في قرار صادر عنها بتاريخ 2007/12/04 بأن حرمان الزوجة من إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة مني زوجها الذي يقضي عقوبة سالبة للحرية طويلة المدة بالمؤسسة العقابية، يشكل انتهاكا لحق الزوجين ورغبتهما في أن يكون لهما طفل يشاركهما رصيدهما الوراثي، الذي يدخل ضمن احترام الحياة الخاصة والعائلية للأشخاص، المنصوص عليها في المادة 08 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

« Le refus d'insémination artificielle à l'épouse d'un détenu constitue une violation de l'art. 8 Conv. EDH sur le respect de la vie privée et familiale qui inclut le droit, pour les membres du couple, de devenir parents génétiques. » CEDH 4 déc. 2007, *Dickinson c/ Royaume-Uni : D. 2008. Pan. 1446, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; RTD civ. 2008. 272, obs. Hauser ; RSC 2008. 140, obs. Marguénaud* (condamnation du refus d'accès à la PMA pour un couple, l'époux étant incarcéré pour une longue peine). *Contra* précédemment, dans la même affaire: absence de rupture du juste équilibre entre l'intérêt général de la société et ceux des intéressés dans le refus des autorités d'autoriser un détenu condamné à une longue peine à procéder à une insémination artificielle avec son épouse, compte tenu de l'absence prolongée du père, du défaut manifeste de ressources matérielles suffisantes et de l'absence d'un réseau de soutien autour de la mère, quand bien même une procréation naturelle risquerait de ne plus être possible à la sortie de prison. CEDH , sect. IV, 18 avr. 2006, *Dickson c/ Royaume-Uni,* req. n° 44362/04, *RLDC 2007/38, n° 2548, note S. Lambert.*

[2] لقد أخذ المشرع الجزائري بالتقنيات الطبية الحديثة في إحداث الحمل، وكذا الوقاية من انتقال الأمراض المعدية للجنين أثناء عملية التخصيب. ففي البداية صدرت تعليمة عن وزارة الصحة والسكان مؤرخة في 2001/05/12 تحت رقم 300، تنظم الممارسات السريرية والبيولوجية الحسنة للمساعدة الطبية على الإنجاب. ثم أجرى المشرع تعديل على أحكام قانون الأسرة سنة 2005، تم بموجبه إدراج المادة 45 مكرر التي تؤكد إمكانية لجوء الزوجين للتلقيح الصناعي للتغلب على العقم. وأخيرا جاء المشروع التمهيدي لقانون الصحة لينظم المساعدة الطبية على الإنجاب، حيث عرفت المادة 387 المساعدة الطبية على الإنجاب بأنها: "نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا. وتهدف كذلك إلى تفادي نقل للطفل مرض في غاية الخطورة. وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الصناعي".

Le législateur français, pour sa part, a cherché à donner une définition large de l'assistance médicale à la procréation (AMP) permettant d'embrasser les techniques en cours comme les techniques nouvelles. Elle s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryon et l'insémination artificielle.

Art. L. 2141-1 du Code de la santé publique *(L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011, art. 31-1°)* dispose que « L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle… ».

[3] حول الجدل الفلسفي والديني المتعلق بعمليات التلقيح الاصطناعي، أنظر، ناهد البقصمي، المرجع السابق، ص 163.

أما التطورات التي توصلت إليها البيولوجيا الطبية، فهي التي تثير معظم الاعتراضات الأخلاقية. وتتمثل خاصة في دخول طرف ثالث في العملية، سواء أكان متطوعا بالسائل المنوي أو متطوعة بالحمل كالأم البديلة. فضلا على إنشاء بنوك المواد التناسلية وتجميدها، واستخدام اللقاح الآدمية لأغراض تجارية أو صناعية[1]. الشيء الذي دفع البعض إلى القول بأن ذلك يمثل بداية لمنزلق أخلاقي خطير، قد يؤدي إلى قلب الموازين والقيم في المجتمعات ويحطم المعتقدات الراسخة منذ نشأة الإنسان، كمعنى الأبوة والأمومة والوحدة البيولوجية للأسرة، ويعمل أيضا على إعادة الأفكار القديمة للرق والعبودية واستغلال جسم المرأة. فضلا على المساس بالحقوق الأساسية للإنسان، كحق الطفل في معرفة أصوله البيولوجية، والاتجار بالأجنة البشرية وغيرها[2].

من جهة أخرى، أضافت البحوث التي أجريت في مجال علم الأجنة والطب الإنجابي إلى المعضلات الأخلاقية للإجهاض، مشكلات أخرى أكثر تعقيدا تتعلق بالإتلاف المتعمد للأجنة المبكرة أي في مرحلة تمايز الخلايا التي لم يتجاوز عمرها أربعة عشر يوما، سواء من أجل التخلص منها لأنها فائضة لا حاجة إليها في عملية الزرع، أو من أجل استغلالها في البحث العلمي والعلاج، كانتزاع الأنسجة والخلايا الجذعية الجنينية.

وهكذا، أصبح الجنين القضية الأخلاقية البيوطبية الأكثر جدلا في العالم الآن. لهذا طرح الكثير من المهتمين في مجال أخلاقيات البيولوجيا مسائل جوهرية تتعلق بحماية كرامة الجنين البشري تجاه التكنولوجيا الطبية الحديثة، وما يتصل بها من مواضيع فلسفية ودينية تتعلق ببدء الحياة الإنسانية وقدسيتها. والمركز القانوني والأخلاقي للأمشاج البشرية المستكنة خارج الرحم وتحديد طبيعتها القانونية[3]. وبعبارة أخرى، متى تصبح تلك المكونات البيولوجية إنسانا ذا هوية، يتمتع بالحقوق ذاتها التي يتمتع بها الشخص الطبيعي، لاسيما الحق في الحياة والحق في النمو الطبيعي؟

---

[1] وما ساهم في تعقيد المسألة الإصرار الطبي من جانب العاملين في مجال الصحة العمومية للتغلب على الضعف البيولوجي لدى الإنسان، واستخدامهم أحيانا لأساليب ومناهج علمية مثيرة للجدل. لمزيد من التفاصيل، حول مسألة الرغبة الملحة في الإنجاب، والإصرار الطبي في مجال تكنولوجيا المساعدة الطبية على الإنجاب وتأثيراتها على حقوق الإنسان، أنظر،

BAUZON Stéphane, *L'acharnement procréatif*, in « La personne biojuridique », Presses Universitaires de France, «Quadrige», Paris, 2006, p. 192. URL : http: //cairn.info/la-personne-biojuridique - 9782130555919-page-155.htm.

[2] ROMMELAERE Claire, RAVEZ Laurent, *La maternité autrement : un bébé pour une autre, un bébé toute seule, un bébé avec une autre femme*, édi. Presses universitaires de Namur, Bruxelles, 2013, p. 27.

[3] CASSIERS Léon, *La dignité de l'embryon humain*, Rev. trim. dr. h., n° 54, 2003, p. 401.

وبناء على ما سلف، كان لا بد من التطرق خلال هذا الفصل إلى المسألتين الرئيسيتين التي يثيرها استعمال المواد التناسلية البشرية في الحقلين الطبي والعلمي، الأولى تتعلق بالانحرافات الأخلاقية لتقنيات الإخصاب الاصطناعي. أما الثانية تتعلق باستعمال المضغ البشرية لأغراض طبية وعلمية.

المبحث الأول
الانحرافات الأخلاقية لتقنيات التلقيح الاصطناعي

إن المقصد الأول من الزواج بين الرجل والمرأة هو النسل، أي حفظ النوع البشري بطريقة شريفة، وقد جاءت العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة لتوضح هذه المسألة[1]. ومن جانبه، أشار المشرع إلى هذا الهدف من خلال المادة 04 من قانون الأسرة، التي جاء فيها أن من أهداف الزواج تكوين أسرة، أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب. وهو ما يتماشى والفطرة الإنسانية وقصد الشارع في خلق البشر[2].

إلا أنه توجد أسباب صحية يمكن أن تحول دون الوصول إلى ذلك المبتغى، من بينها العقم أو نقص الخصوبة، ويعرف العقم بأنه "عدم الحمل بعد 12 شهر على الأقل من الجماع مع عدم استخدام موانع منع الحمل"[3]، ويصيب العقم الرجال والنساء على حد سواء خلال المرحلة الإنجابية من حياتهما، وله تأثيرات سيكولوجية وأسرية هامة، لهذا أصبح العقم من المشاكل العويصة المتعلقة بالصحة العمومية عبر العالم[4]. أما أسبابه فهي كثيرة، منها ما يرجع إلى عوامل وظيفية بجسم الإنسان كالاضطرابات الخلقية في المبيض أو الخصيتين ومنها ما يرجع خلل في الهرمونات المسيطرة على تصنيع السائل المنوي وإفرازات للغدد والأنزيمات، ومنها ما يرجع إلى أسباب مرضية كالإصابة بالعلل

---

[1] من بينها قول الله – تعالى – في الآية الكريمة: ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لأَنْفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلاقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾، سورة البقرة، الآية 223، فالحرث المقصود به في هذه الآية هو الإنبات أي النسل، فالمرأة تعتبر موضع زرع للرجل، يضع النطفة في رحمها، فيخرج منها الأولاد بمشيئة الله. ونجد كذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة". حديث صحيح رواه الشافعي وابن عمر.

[2] لأكثر تفاصيل حول المسألة، أنظر، عدلان بن محمد الدقيلان، مقاصد الزواج في الإسلام، بحث مقدم لمؤتمر تمكين الأسرة في الشريعة الإسلامية، جامعة دمشق، كلية الشريعة، الفترة من 12 إلى 2008/07/13.

[3] دليل منظمة الصحة العالمية للأسلوب المعياري لاستقصاء وتشخيص العقم عند الزوجين، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، الطبعة العربية، القاهرة، 2001، ص 16.

[4] جاء في كتاب الله – تعالى – ﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاء يَهَبُ لِمَنْ يَشَاء إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاء الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاء عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾، سورة الشورى، الآية 41.

التي لها تأثيرها الضار على الخصوبة كالسكري والسل أو المعالجة الكيميائية للسرطان، ومنها ما يرجع إلى أسباب مجهولة[1].

وللتغلب على مشكلات العقم، عمد الأطباء في العصر الحديث، إلى تطوير عدة وسائل علاجية، ساعدهم في تحقيقها التطور الحاصل في مجال علم بيولوجيا التناسل والبصريات الليفية، أهمها التلقيح الاصطناعي L'insémination artificielle، ويقسم العلماء التلقيح الاصطناعي إلى نوعين: تلقيح صناعي داخل الرحم، وتلقيح صناعي خارج الرحم[2]. ويقصد بالتلقيح الاصطناعي الداخلي L'insémination intra-utérine، "حقن ماء الرجل داخل رحم المرأة، ويتم بهذه الطريقة التقاء النطفة بالبويضة داخل جسم المرأة" *in vivo*. أما التلقيح الخارجي La fécondation *in vitro* (FIV)، فيتم خارج الجسم أو في الأنبوب، ويعرف بأنه: "العملية التي يتم بمقتضاها إخصاب البويضات خارج الرحم أو في المختبر بواسطة الحقن المجهري"[3].

ولم يكتف العلماء بذلك بل التجئوا فيما بعد إلى تجميد الأمشاج والخلايا الجرثومية، ونقل المضغ البشرية زرعها، ما فتح الباب واسعا أمام تداول المنتجات التناسلية البشرية الاتجار فيها بطريقة غير مشروعة، وهم يطمحون الآن إلى الوصول إلى عملية الاستنساخ الحيوي وتطبيقها على الإنسان[4].

---

[1] لأكثر تفاصيل علمية حول العقم وأسبابه وعلاجه، أنظر، ماري كلود دولاهاي، العقم أسبابه وعلاجه، دار الفراشة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2001.

[2] يرجع الفضل في نجاح أول عملية إخصاب داخلي على البشر، إلى طبيب الأمراض التناسلية الأسكتلندي John HUNTER الذي قام سنة 1790 بحقن السائل المنوي البشري في رحم امرأة كانت تعاني من العقم، ما نتج عنها ميلاد طفل. أما التلقيح الخارجي، فيرجع الفضل فيه إلى عالم البيولوجيا والطب التكاثري Robert EDWARDS من جامعة مانشستر وزميله المختص في أمراض النساء والتوليد Patrick STEPTOE، الذين تمكنا من إجراء عملية تلقيح بالمختبر لفائدة سيدة كانت تعاني من انسدد قناة فالوب استعصى علاجها جراحيا، وقد تمخض عن العملية ميلاد الطفلة Louise BROWN بتاريخ 1978/07/25، وتعتبر هذه المولودة أول طفل أنابيب في العالم. ومنذ ذلك التاريخ يوجد الملايين من الأطفال ولدوا بهذه الوسيلة الطبية الحديثة في مختلف بقاع الأرض، ثم توالت التطبيقات الطبية في هذا المجال، بحيث نجح العلماء سنة 1983 في ميلاد أو طفل بالتبرع بالبويضات، وفي 1984 عن طريق التبرع بالأمشاج البشرية، ثم زرع المضغ المجمدة 1985، وكانت أول عملية الأم البديلة 1990، ثم ميلاد طفل بعد عملية إجراء التشخيص قبل الزرع. حول بعض الجوانب التقنية والتطوير التاريخي للإنجازات العلمية في مجال الإخصاب الاصطناعي، أنظر، SAINT-DIZIER Marie, CHASTANT-MAILLARD Sylvie, *La reproduction animale et humaine*, Edi. Quae, Paris, 2014, p 580.

[3] وتنطوي العملية على التحكم في عملية التبويض هرمونيا، أي سحب البويضات من المبيض في المرأة وترك الحيوانات المنوية تقوم بالإخصاب في وسط سائل، ومن ثم يتم نقل البويضة المخصبة إلى رحم المريضة بقصد حدوث حمل ناجح. أميرة عدلي أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص 66.

[4] يشمل التلقيح الاصطناعي عدة طرق أهمها:

1- أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

2- أن يجرى التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج، وبيضة الزوجة، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

إلا أن استعمال تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب لم تقتصر في عملية التوالد البشري الصرفة، بل استعملت فيما بعد كأسلوب للوقاية الصحية من انتقال الأمراض الوراثية الخطيرة للذرية، أو تجنب انتقال الأمراض المنقولة جنسيا بين الزوجين وحتى تحسين النسل[1].

ورغم المنافع المتعددة لعمليات التلقيح الاصطناعي في مجال الصحة العمومية، إلا أن الرهانات الأخلاقية الناجمة عنها تزداد يوما بعد يوم، أهمها قضية استئجار الأرحام. (المطلب الأول). وكذا تداول المنتجات التناسلية البشرية وتجميدها والاتجار فيها بطريقة غير مشروعة. (المطلب الثاني).

المطلب الأول

استئجار الأرحام، إهدار لكرامة الأم والطفل.

تعد فكرة الحمل لفائدة الغير La gestation pour autrui (GPA) فكرة قديمة وجدت في الحضارات والعقائد الدينية المختلفة، فقبل ظهور تكنولوجيا المساعدة الطبية على الإخصاب، اهتم الإنسان بالتكاثر والإنجاب اهتماما بالغا، وفي محاولة منهم للتخلص من مشكل العقم، كان الرجل يلتجئ إلى وطء امرأة أخرى تتبرع برحمها لصالح الزوجين. وكان الالتجاء إلى الأم البديلة بمفهومها التقليدي أمرا طبيعيا، وفي هذا ما ورد في الكتاب المقدس أن السيدة سارة زوجة سيدنا إبراهيم الخليل – عليه السلام – أقنعت زوجها بأن يقوم بمعاشرة خادمتها هاجر، وكانت نيتها تنصرف في الحصول على طفل من خلال هاجر، التي ولدت الطفل إسماعيل والذي تم تربيته بواسطة سارة وسيدنا إبراهيم[2].

3- أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في امرأة متطوعة بحملها.

4- أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية، وتزرع في رحم الزوجة.

5- أن يجري تلقيح خارجي بين بدرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

6- أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقيحة من رحم الزوجة.

7- أن تؤخذ بذرة الزوج، وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته، أو رحمها تلقيحا داخليا.

مقتبس من، قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المؤرخ في 1986/10/11 تحت رقم 4 (د3/86/07)، المتعلق بحكم أطفال الأنابيب.

[1] L'art. L. 2141-2 du Code de la santé publique français (*L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011, art. 33-1°)* dispose que « L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué ».

[2] هيام إسماعيل السحماوي، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 37.

أما في العصر الحديث، ارتبط مفهوم الحمل البديل بالتطورات الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، وبالتحديد التلقيح الاصطناعي الخارجي. فاستئجار الرحم أو الأم البديلة إذن هو: "اتفاق يتم بمقتضاه أخذ البويضة من الزوجة ليجرى إخصابها خارجيا بالحيوان المنوي من زوجها، ثم يتم إدخال البويضة الملقحة لرحم امرأة أخرى متطوعة بدلا من صاحبة البويضة، وبهذا الأسلوب تحمل الأم صاحبة الرحم بالجنين، وتسمى الأم بالرحم أو الأم البديلة، بينما تكون صاحبة البويضة هي الأم البيولوجية. وبعد ميلاد الطفل تقوم الأم البديلة بتسليم الطفل للزوجين مقابل عوض أو بدون عوض"[1]. وقد أثارت مسألة استئجار الأرحام العديد من القضايا الأخلاقية، كما اختلفت المواقف التشريعية والقضائية بشأنها.

الفرع الأول
القضايا الأخلاقية التي يثيرها استئجار الأرحام

هناك عدة مبررات وراء الالتجاء إلى استئجار الرحم، فقد يرجع الدافع إلى الضعف البيولوجي من جانب المرأة التي تريد الحصول على الطفل، أو يتعلق الأمر بمخاطر الحمل على صحتها، أو عوامل عضوية كاستئصال الرحم، وقد تكمن الأسباب في عوامل شخصية تتمثل في تجنب المرأة الآثار غير المرغوبة للحمل، أو الحفاظ على توازنها الفسيولوجي والجمالي. ومن جهة أخرى، يكون الدافع الأساسي من جانب الأم البديلة تحقيق المنفعة المادية أو الاقتصادية، إلا أن هذه الأخيرة قد ترغب في مساعدة الآخرين في الإنجاب وفقا لمبدأ التكافل الاجتماعي[2].

ورغم تلك الحجج الأخلاقية والطبية، فإن الكثير من القضايا الجوهرية والتعقيدات من الناحية الأسرية والاجتماعية والسيكولوجية، يثيرها الالتجاء إلى التلقيح الاصطناعي عن طريق الأم البديلة،

---

[1] وتبعا لذلك، يمكن أن ينظر إلى مسألة استئجار الرحم على أنه عمل طبي يدخل ضمن نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب. ومن جهة أخرى، يمكن النظر إليه من زاوية قانونية، على أنه اتفاقية بين طرفين ويتعلق الأمر بالزوجين من جهة والأم البديلة من جهة أخرى.

[2] Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'un groupe de travail du Sénat, n° 421, 2007-2008 ; OPECST, la loi bioéthique de demain, rapport n°107, 21 novembre 2008 ; R. HENRION et C. BERGOIGNAN-ESPER, La gestation pour autrui, rapport au nom d'un groupe de travail de l'Académie de médecine, Bull Académie de médecine 2009, p. 583 et s. ; Etude du Conseil d'Etat, La révision des lois de bioéthique, La documentation française, mai 2009 ; A. Graf, Rapport final des ётats généraux de la bioéthique, juillet 2009 ; délibération du Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine du 21 septembre 2009 ; A. CLAEYS et J. LEONETTI, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur les lois relatives à la bioéthique, 20 janvier 2010, Document Assemblée Nationale, n°2235 ; P.CRESSARD et F. STEFANI, Position du Conseil national de l'Ordre des médecins, rapport adopté lors de la session du 4 février 2010. Avis 110 du CCNE : Problèmes éthiques soulevés par la gestion pour autrui (GPA).

أهمها مسالة استغلال جسم المرأة والاتجار بالوظائف التكاثرية، واهتزاز القيم الرمزية للأمومة، والمساس بهوية الطفل وتوازنه السيكولوجي، وتفكك الوحدة البيولوجية للأسرة.

أولا: المقاربة بين استغلال جسم المرأة واحترام حريتها الشخصية.

يرى البعض أن تأجير الرحم التي تمارسه الأم البديلة يعد استغلال غير أخلاقي لجسدها، فالأمر بتجسد إذن في استعارة جسم المرأة والمتاجرة بالوظائف التكاثرية للإنسان. في حين يرى الاتجاه المؤيد، بأن هذه الوسيلة لا تعدوا إلا تجسيدا لحرية المرأة التي يتعين احترامها.

1- استئجار الأرحام استغلال غير أخلاقي لجسم المرأة واتجار في وظائفها التكاثرية.

يرفض الكثيرون فتح المجال أمام التقنيات الطبية الحديثة للتلاعب بكل ما يتعلق بإنشاء الحياة لدى الإنسان، أو دخول طرف ثالث في عملية الإخصاب الاصطناعي، وهذا التخوف راجع إلى تحول العملية إلى تجارة أو سوق للربح المادي. فهم يرون أن تمكين الغير من استعمال رحم المرأة، يعد في كل الأحوال استغلالا غير أخلاقي لجسدها، وإهدارا لكرامتها، مما يجعل الأمر شبيها بالدعارة وتجارة الرقيق، إن لم يكن مجسدا لشكل من أشكال العبودية. كما أن نظام الحمل البديل يؤدي إلى جعل الأم الحامل مجرد أداة أو وعاء للحمل، ويهمل بذلك أمومتها الدالة على إنسانيتها وتتحول في الشكل النهائي لها إلى ما يشبه عارية الاستهلاك ما يشكل اعتداء على حقوق المرأة[1].

ويرجع البعض تلك المخاوف إلى نظرة قديمة عن مضار ما يمكن أن نطلق عليه الاحتراف في موضوع كهذا. فقد كان للناس منذ القدم موقف مماثل مما يمكن أن يطلق عليه تأجير الجسد، حيث كان الكثيرون، ولا يزالون يشعرون أن المرأة التي تبيع جسدها، سواء من أجل الجنس أو الحضانة، إنما تقع تحت وطأة الخطأ الأخلاقي[2].

فلا بد إذن من حظر كافة أشكال أنشطة الأمومة بالإنابة، التي تضع جسد الحامل تحت تصرف الزوجين، وتلزم الحامل بالإنابة بتسليم الطفل مقابل مبالغ مالية متفق عليها سلفا، فذلك كله يجعل من جسد الحامل الطفل محلا للتصرفات القانونية، ويلقي بهما في نطاق دائرة المعاملات القانونية

[1] أميرة عدلي أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص 85.

[2] ناهد البقصمي، المرجع السابق، ص 165.

والمالية، ويظهر ذلك بجلاء من المقابل المادي المعروض مقدما لإتمام العملية، مما يعد مخالفة صريحة للقواعد القانونية التي تحمي الجسد الإنساني عن الدخول في دائرة المعاملات المالية. ويستند هذا التوجه إلى نظرية السبب غير المشروع للاتفاق، أي المخالف للنظام العام والآداب العامة، كمعيار أساسي لحظر هذا النوع من التصرفات. بحيث يعتبر العقد في تلك الأحوال باطلا[1].

2- ضرورة احترام حرية المرأة إرادتها.

وخلافا للرأي الأول، يذهب الاتجاه المؤيد لفكرة لاستئجار الأرحام إلى ضرورة احترام حق المرأة في تقرير مصيرها، وتكريس حقها في إنجاب طفل يشاركها في رصيدها الوراثي. ويضرب هذا الفقه مثالا عندما تفقد الأم البيولوجية القدرة على الإنجاب، نتيجة خضوعها لعملية جراحية لاستئصال الرحم، فتشعر بالنقص البيولوجي بالمقارنة مع باقي النساء، فلا يبقى لهذه الأخيرة سوى سبيل وحيد، وهو الالتجاء إلى التلقيح الاصطناعي عن طريق الأم البديلة لتحقيق أمنيتها في الإنجاب[2].

ومن جهة ثانية، لا يمكن وصف استئجار الأرحام بالعمل غير الإنساني، لأن القانون نفسه وبدافع النبل والإنسانية، سمح في مجال الطب بنقل الأعضاء البشرية والأنسجة، وهي تدخلات طبية أكثر خطرا وأعمق أثرا على المساس بجسم الإنسان، وامتد الأمر إلى تداول المنتجات الأخرى كالدم والأمشاج البشرية دون معارضة أي جهة. فمبدأ الحق في السلامة البدنية لم يعد ثابتا ومطلقا كما كان عليه سابقا، فلقد نال هذا المبدأ العديد من الاستثناءات التي يكاد معها الإطاحة بالمبدأ من الأصل، وذلك بالنظر إلى عمق التدخلات الطبية المستحدثة التي قللت من شأن حرمته لدوافع إنسانية، كما أن النظرة إلى الجسم قد تغيرت ووظائفه الطبيعية[3].

ويطرح مؤيدو هذا الاتجاه عدة تساؤلات، لاسيما حول الشيء الجديد بالنسبة لموضوع الرحم؟ لماذا يبدو وكأن كرامة الإنسان مرتبطة بهذا الجزء من الجسد، أكثر من ارتباطها بكل الجسد؟ هل بسبب

---

[1] هيام إسماعيل السحماوي، المرجع السابق، ص 256.

[2] HENRION R et BERGOIGNAN-ESPER C, *La gestation pour autrui*, in « La gestation pour autrui», sous la direction de Georges David Roger, Académie nationale de Médecine, édi. Lavoisier, Paris, 2011, p. 15.

[3] فقد اتجه بعض الفقه الفرنسي إلى إجازة وسيلة استئجار الأرحام، في ظل الجو العام المتصف بالتحرر تجاه حق الزوجين الطبيعيين في الإنجاب. فلا شك أن حق الزوجين السابق كان مسيطرا على عقيدة هذا الفقه عند تناوله للمسائل المطروحة عليه والمتعلقة بنشاط هذه الوسيلة، خاصة مع وجود بنوك النطف والإنسانية بشكل مشروع دون اعتراض عليه، وممارسة أنشطة الإنجاب الاصطناعي وأطفال الأنابيب دون ممانعة من أحد، كل ذلك كان من الدوافع التي قادت الفقه المؤيد أن يسلك اتجاه التأييد والدفاع عن الإنجاب بوسيلة استئجار الأرحام. هيام إسماعيل السحماوي، المرجع السابق، ص 249 و306.

ارتباط الرحم بالجنس؟ فلا تعارض إذن لاستخدام الرحم مع كرامة الإنسان. كذلك السلوك نفسه يتم في حالة الدعارة، ويعتبر عملا مخزيا إذا لم يكن هناك مبدأ عام حول بيع أو استخدام جسد الإنسان ككل أو كجزء. وبالتالي من الضروري إعادة النظر حول ما إذا تعتبر كرامة الإنسان مدنسة حين يرتبط الأمر بهذا الجزء من الجسد. كما يطرحون إشكالية أخرى، تتعلق بمصطلح – استغلال – الذي يستند إليه معارضو فكرة استئجار الأرحام، ويشيرون بأن المصطلح غير واضح، ذلك لأن فكرة الاستغلال تتضمن أن الشخص المستغل قادر على أن يفرض الضغط والإجبار على الأشخاص الذين يستغلهم، وهؤلاء في المقابل غير قادرين على صد ذلك الضغط، وهو ما لا يتوفر في قضية الأم البديلة[1].

وعليه، لا يوجد أي خطأ أخلاقي في تأجير الرحم من أجل حصول الآخرين على طفل. ولكن الخطأ الأخلاقي يبرز حين تجبر المرأة على أداء عمل كهذا تحت وطأة الحاجة الاقتصادية. وينطبق ذلك، على أي نوع آخر من تأجير الجسد، فالمشكلة ليست في التقنية الطبية المساعدة على الإخصاب، وإنما تكمن المشكلة في الجانب المادي من الموضوع، أي في استغلال الناس بعضهم لبعض. فقد تستغل الأم البديلة الزوجين، وقد يحدث العكس حين تضطر الأم البديلة أن تمر بعملية كهذه من أجل حاجتها الملحة للنقود. فيتعين إذن التفرقة بين التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب والخطأ الأخلاقي.

ثانيا: المقاربة بين حماية القيم الرمزية للأمومة وفكرة التكافل الاجتماعي.

من المعلوم بأن المرأة تختص بغريزة الأمومة، وتعد الأمومة بالنسبة إليها قيمة سامية ومقدسة، فالأمومة إذن ليست علاقة بيولوجية بين المرأة وأبنائها فقط، بل هي علاقة نفسية وعاطفية أيضا، لهذا كان الحرمان منها شديد القسوة على المرأة، فهي تشعر أنها حرمت من أهم خصائصها. وتعد مسألة الأمومة من أخطر القضايا التي يستند إليها المعارضون للأم البديلة[2]، وعلى العكس من ذلك يستند الاتجاه المساند إلى فكرة التكافل الاجتماعي، وتطور فكرة الأمومة في حد ذاتها، لتبرير موقفهم من تلك المسألة.

---

[1] ناهد البقصمي، المرجع السابق، ص 168.

[2] لم يضع المشرع تعريفا للأم، ما عدى تنظيمه للآثار القانونية المترتبة عن إنجاب الطفل، مثل القانون المدني وقانون الأسرة وقانون الحالة المدنية. وعلى سبيل المثال وضع قانون حماية الصحة وترقيتها فصلا تحت عنوان: " تدابير حماية الأمومة والطفولة" تضمن تسعة (09) مواد تناولت العديد من المواضيع ذات طابع صحي.

1- استئجار الأرحام تغيير لمعنى الأمومة وضياع لقيمتها.

يرى هذا الاتجاه بأن تكنولوجية التلقيح الاصطناعي أضفت حاجزا ضبابيا حول معنى الأمومة، فجعلت هذا المفهوم غير واضح، فبعد أن كانت الأم، وعلى مر التاريخ الإنساني، هي صاحبة البويضة التي تنقل إلى الجنين الصفات والسمات الوراثية، وفي نفس الوقت، ترتبط بالطفل بعلاقة من أسمى العلاقات الإنسانية[1]، فقد أصبح الآن نوعان من الأم، فمن جهة الأم البيولوجية أو صاحبة البويضة mère ovulaire، ومن جهة أخرى الأم الحامل للجنين أو صاحبة الرحم mère utérine، وتداخلت المفاهيم، واختلف الناس في هذا المعنى وطرحوا سؤال حول من هي الأم الحقيقية ؟ وتضاربت المواقف التشريعية والقضائية حول هذا الموضوع[2].

فالأمومة إذن تتوقف على العلاقة التي تربط الطفل بأمه. فإذا ألغينا هذه العلاقة، لأننا لم نعد بحاجة إليها، فإن تركيبة المجتمع ككل ستتأثر، كما تتفكك الوحدة البيولوجية للأسرة، ولهذا لابد أن يعالج الموضوع معالجة حذرة. إذ أن حاجة الأم يمكن أن تبرر استمرار تكنولوجيا الإخصاب بكل أنواعه. وقد طرح البعض تساؤلات فيما إذا كان هذا يصح حتى لو كان على حساب الطفل وعلاقته بوالديه؟ وحتى لو كان هذا على حساب المجتمع الذي يتأثر أساسه إذا ألغينا مثل هذا المفهوم من تركيبه؟ هل يمكن أن نكتفي بمجتمع ليس الأطفال فيه سوى نتاج مختبرات وحاضنات صناعية؟ لا شك أننا لو سمحنا باستمرار دخول طرف ثالث في تكنولوجيا الإخصاب، فإننا سنصل يوما إلى حد نضطر فيه أن نشرح للأجيال القادمة معنى الأمومة. فهل يمكن أن نتحمل مسؤولية من هذا النوع؟ من ناحية أخرى، هناك من يقول إن الأمومة أساسا علاقة اجتماعية[3].

---

[1] La cour d'appel de Rennes a déclaré que « la loi française ne donne pas une définition de la mère » avant d'ajouter que « l'adage latin « *mater semper certa est* » qui signifie que la mère est celle qui a accouché de l'enfant trouve application en France même si ce principe est atténué par la possibilité d'accoucher anonymement et par l'obligation qu'a le plus souvent la mère naturelle de reconnaître son enfant » C.A. Rennes, 4 juillet 2002, D. 2002, p. 2902.

[2] فالأم بالرحم ليست هي الأم الحقيقية للطفل، فهي كالأم بالرضاعة يتغذى الطفل من خلال الغذاء الذي يسري في جسدها ثم تعيده الأم البيولوجية التي هي بحق أمه الحقيقية، ولو كانت الأم بالرحم هي الأم الطبيعية للطفل تنازلت عنه مقدما من أجل أغراض مادية بعيدة عن فكرة الأمومة الحقيقية.

[3] ناهد البقصمي، المرجع السابق، ص 169. لمزيد من التفاصيل حول مستقبل الأسرة في ظل تكنولوجيا الإنجاب، راجع أيضا، سعيد محمد الحفار، المرجع السابق، ص 100.

2- -استئجار الأرحام تجسيد لفكرة التكافل الاجتماعي.

يرى مؤيدو التلقيح الاصطناعي عن طريق الأم البديلة، أنها الوسيلة المثالية لفكرة التضامن الاجتماعي، ويظهر هذا الدافع حين تقوم المرأة بهذه العملية بهدف إسعاد الآخرين أي مساعدة الزوجين العقيمين، ولا يشكل ذلك إهدارا لمعنى الأمومة، بل على العكس من ذلك، فإنها وجه جديد من الأمومة فرضته التقنيات الطبية الحديثة. ففكرة الأم بالإنابة في حقيقة الأمر لا تقدم إلا مساعدة إنسانية للأسرة العقيم، هذه المساعدة تبدأ بالحمل وتنتهي بالولادة كأمر بديهي لنوع المساعدة التي تقدمها، وهي لا توقع من منطق ذلك علي أي التزامات أو تعهدات قانونية تلتزم فيها بالتنازل مقدما عن بنوة ونسب الطفل، بل ولم يخطر ببالها مطلقا التمسك بهذا الطفل، لأنها تعرف جيدا أنه ليس بولدها وإنما تقتصر علاقتهما بالأم الجينية على هبتها هذا الحمل دون التطلع إلى التمسك بالطفل، فكيف إذا تتنازل عما هو ليس من حقها في الأصل؟

كما أوضحوا بأن الالتجاء إلى التلقيح الاصطناعي عن طريق الأم البديلة، من الناحية الأخلاقية أفضل من لا يجد الأشخاص حلا لمشكلتهم الإنجابية، غير الاتفاق على مواقعة زوج المرأة البيولوجية العقيم للمرأة الحامل نيابة عنها، والدليل على ذلك ورود هذه الوسيلة وتطبيقاتها قديما في الحضارات المختلفة، والإقرار بمشروعيتها، فلما إذا الادعاء بمخالفة هذه الوسيلة في إحداث الحمل للآداب العامة؟ ومن هذا يتضح من وجهة نظر مؤيدي الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام، أنه لا يمكن إدانة هذه الوسيلة بحجة أنها مخالفة للآداب والأخلاق العامة[1].

وخلافا لذلك، يرد أصحاب الرأي المخالف، بأن الادعاء بإباحة عملية تأجير الأرحام استنادا إلى فكرة التضامن الإنساني غير منطقي، لأنها فكرة غامضة وخطيرة لما قد يترتب من آثار مستقبلية تخلخل وتزعزع المجتمع، حيث أن آثارها لا تنصرف على أطراف العلاقة أطراف العلاقة الممارسة لهذه العملية فحسب، بل تنصرف إلى المجتمع بأكمله وتؤدي إلى الفوضى، وأن ما قيل عن النفع الاجتماعي فهو قول مرفوض، لأنه يتجاهل التقدير الشخصي الذي يجب أن يحمل كل منا لذاته[2].

[1] هيام إسماعيل السمحاوي، المرجع السابق، ص 249.

[2] المرجع نفسه، ص 252.

ثالثا: مسألة هوية الطفل والمخاطر السيكولوجية.

يطرح استجار الأرحام مسألة حساسة أخرى، تتعلق باحترام حقوق الطفل والمحافظة على شخصيته واعتباره، واجتناب حدوث ارتباك في هويته البيولوجية، وكذا تعرضه للمخاطر السيكولوجية وزعزعت استقراره النفسي، فمعرفة أي إنسان بأصوله هو حق طبيعي لهذا الأخير. كما يطرح استئجار الأرحام قضية ذات صلة، تتعلق بحظر التعامل في حالة الأشخاص، والتجاء إلى وسائل تبني المولود من أم بديلة.

1- حق الطفل في التعرف على هويته البيولوجية.

يخشى المعارضون لاستئجار الأرحام أن يتحول الأطفال موضوع لتعاملات مالية، أو يصبحون مجرد مادة بيولوجية تستعمل في المختبر، مما يؤذي بشدة كرامة الطفل وشخصيته. ويضيفون بأن الاستعانة بالأم البديلة يخلط على الطفل مسألة انتمائه البيولوجي، فالمعرفة شيء ضروري يساعد الطفل على التوصل إلى هويته وتوازنه السيكولوجي. إذ أنه يعرف إلى أين ينتمي، وعدم معرفته بذلك ربما يعني حرمانه من حقه الطبيعي. فحق الطفل في معرفة أصله البيولوجي مسألة مرتبطة بمصلحة الطفل الفضلى قبل كل شيء. وأن تخطيط الوالدان بمساعدة طبيب ومتطوع لتحقيق رغبتهما، أو حاجتهما دون التفكير بمصلحة الطفل والآثار النفسية السيئة.

كما يشيرون بأنه لا يمكن لأفراد المجتمع أو الممارسين في مجال الصحة أن يتستروا على إخصاب أطفال قد يبدؤون حياتهم بنوع من الضرر، يتمثل في اختلاف أصله البيولوجي أو بطريقة مجيئه إلى هذا العالم. وهذا الاختلال قد يؤدي إلى تنازع الولاء عند الطفل بعد الإنجاب، فهل سيكون ولاؤه للأم البيولوجية، صاحبة البويضة، أو للأم التي حملته، وأرضعته من ثدييها؟ لذلك قد يتعرض الطفل إلى هزة نفسية، إذ إنه لن يعرف إلى من ينتمي بالضبط.

من جهة ثانية، فإن عملية الإخصاب خارج الرحم في هذه الأحوال يكتنفها غالبا نوع من السرية، والطفل لا يعرف بأمر نشأته، وغير ذلك من الأمور التي تحتاج إلى التكتم. ويمكن أن يؤدي هذا الوضع إلى إشاعة نوع من عدم الثقة بين أفراد الأسرة، وبالتالي بين أفراد المجتمع ككل، لأن الأسرة ما هي إلا الوسيلة التي تثبت القيم الاجتماعية عن طريقها. فقد يتساءل فيها الأطفال عن أصولهم، وقد لا يصدقون أنهم ينتمون إلى والديهم مهما حاول هؤلاء تأكيد ذلك. وبالطبع حين يلجأ الوالدان إلى التكتم فإن

الأمر لن يقتصر على الطفل، وإنما سوف يمتد إلى المحيطين بالعائلة من أقرباء وأصدقاء، لأنهم لو فعلوا غير ذلك سيعرف الطفل عاجلا أم آجلا من الآخرين[1].

في حين يرى الاتجاه المؤيد لنظام الأمومة بالنيابة أن تأثير هذه العملية سيقل حين تنتشر ويتسع نطاقها، وتصبح أمرا عاديا في المجتمع. وعلى سبيل المثال، فإن القواعد المتبعة في بنوك النطف والبويضات لا يوجد الآن في الأوساط القانونية والاجتماعية الغربية من يرفضها إلا القليل. والثابت في تعاملات هذه البنوك، أنه يجوز للمرأة أن تستعين بعينة منوية لإتمام الحمل من خلال هذه البنوك، ولا يجوز لأطرافها أن يبحثوا عن البنوة الحقيقية للطفل، ويستوي في ذلك حالة التبرع بالبويضة أو المضغ، فما يفرضه البنك على الراغبين في الحصول على عينة وراثية منه، وكذلك الراغبين في التبرع بموادهم الوراثية لدوافع إنسانية، الالتزام بالواجب على كل أولئك بعدم التعرض لبعضهم البعض في مسألة البنوة والنسب[2].

2- المقاربة بين حالتي التبني وإنجاب الطفل بواسطة الأم البديلة.

يستند البعض إلى مقاربة بين نظام الأم البديلة ونظام التبني، ويبررون موقفهم على أساس وجود عدة تشريعات اعتمدت نظام التبني، باعتباره طريقة قانونية يمكن من خلالها خلق علاقة بين الزوجين والطفل المتبنى. وبعد أن يصبح التبني نهائيا يتحصل الوالد والطفل المتبنى على كافة حقوقه وواجبات الطفولة والأبوة والأمومة المتواجدة بين أفراد أية عائلة من ذوي قرابة الدم. كما تتم عملية تسليم الطفل طواعية من قبل الأم التي أنجبته مثلما هو الحال بالنسبة للأم البديلة[3].

في حين يرى المعارضون بأن الالتجاء إلى الأم البديلة يؤدي في النهاية إلى التحايل على نظام التبني، بهدف إلحاق بنوة الطفل للزوجين، ويعتبرون أن نظام التبني يختلف عن الأمومة البديلة. فالتبني يفترض عدم المعرفة المطلقة للأفراد الذين ينتسب إليهم الطفل المرغوب تبنيه، لكن الأمومة بالإنابة يعلم جميع الأطراف من هي الأم التي حملت بالطفل. ورغم ذلك تقدم الأم الجنينية على تقديم طلب قضائي لضم الطفل إليها عن طريق تبنيها له، وحتى لو لم يتم معرفة الأم البديلة نظرا لاختفائها وإخفائها، فذلك لا ينفي عن هذه الطريقة الإنجابية التحايل، وطريقة للالتفاف حول قوانين وقواعد التبني،

---

[1] هيام إسماعيل السمحاوي، المرجع السابق، ص 251.

[2] ناهد البقصمي، المرجع السابق، ص 172.

[3] Cf. CATTO Marie-Xavière, *La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ?*, La Revue des droits de l'homme [En ligne], 2013/3, Publication 26 Novembre 2013, consulté le 30 Novembre, 2015. URL : http://revdh.revues.org/201.

بهدف إلحاق طفل لغير أمه دون مراعاة حقوق الآخرين. فضلا على ذلك، فإن القوانين تحظر التعامل في حالة الأشخاص[1]، لذا فإنه تقع باطلة كافة الاتفاقات المؤدية إلى التنازل عن الدعوى الخاصة بالنسب والبنوة سواء المتعلقة بإثبات أو نفيه، ويشمل ذلك ولا شك اتفاقات الحمل البديل التي تتنازل الأم الحامل بموجبها مقدما عن وليدها وقبل ميلاده[2].

ولقد كانت لهذه المواقف الفقهية تأثير على التشريعات والأحكام القضائية التي تطرقت إلى موضوع التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة، والتي تباين المواقف بشأن مدى مشروعيتها من الناحية القانونية.

الفرع الثاني
مشروعية التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة

لقد تبين من خلال دراسة القضايا الأخلاقية التي يثيرها استئجار الأرحام، بأن هذه التقنية الطبية قد أدت إلى حدوث تغيير جذري في القيم والمفاهيم الاجتماعية، إلى حد إلغاء بعضها كمفهوم الأمومة، وزعزعت البعض الآخر كالوحدة البيولوجية للأسرة وهوية الطفل. كما أدت إلى انتشار مفاهيم قد تهدم أساس المجتمع، كفكرة الاستغلال، لذا كان لزاما على التشريعات من اتخاذ موقف حيال الموضوع، وإيجاد حلول للإشكالات الفعلية التي يطرحها.

أولا: موقف القضاء والتشريع الفرنسيين.

عالج القضاء والتشريع الفرنسيين مسألة استعمال الأم البديلة عبر بثلاثة مراحل. الأولى تتمثل في مرحلة الفراغ القانوني التي حاول من خلالها القضاء إيجاد حلول للقضايا المطروحة وسد الثغرات، ثم مرحلة التنظيم القانوني للمسألة، وأخيرا المرحلة الحالية التي تزامنت مع انتشار ما أصبح يعرف بالسياحة الإنجابية عبر العالم، والإشكالات الجديدة الناجمة عنها.

[1] أنظر على سبيل المثال، المادتين 45 و46 من القانون المدني الجزائري، وكذا المادة 323 من القانون المدني الفرنسي.
[2] فواز صالح، المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، المرجع السابق، ص 205.

1- الموقف القضائي أثناء فترة الفراغ القانوني.

تعد فرنسا من بين أولى الدول التي اهتمت بالموضوع في بداية الثمانينيات من القرن الماضي، عندما انتشرت بشكل ملفت جمعيات المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق الأم البديلة، وما صاحب نشاطها من مشاكل قانونية وأخلاقية، استلزمت تدخل الجهات المعنية لوضع الضوابط والحدود اللازمة. وكان أول من تصدى للمعضلات الأخلاقية المترتبة عن انحرافات تقنيات التلقيح الاصطناعي، اللجنة الوطنية الاستشارية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة، في رأيها المؤرخ في 1984/10/23 تحت رقم 03، والمتعلق بالمشاكل الأخلاقية المتولدة عن تقنيات الإنجاب الاصطناعي، الذي أعربت فيه عن معارضتها للإخصاب عن طريق الأم البديلة لعدم مشروعية هذه التصرفات من حيث المحل والسبب. وما ينجم عنها من حالات التحايل على أحكام قانون التبني، ومماسها بكرامة الإنسان[1].

وفي تلك الفترة، بدأت القضايا تتوالى على الجهات القضائية، التي سنحت لها الفرصة لإبداء موقفها من قضية استئجار الأرحام. من بينها قضية كانت قد طرحت على محكمة المرافعة الكبرى بـ Aix-En Provence، إثر دعوى قضائية رفعتها النيابة العامة ضد إحدى الجمعيات الناشطة في مجال الإنجاب لفائدة الغير[2]. وقد طالبت النيابة العامة بحل نشاط الجمعية، مرتكزة على عدة مبادئ قانونية، لاسيما المادة 1128 من القانون المدني التي تشير بأنه لا تكون محلا للحقوق المالية سوى الأشياء القابلة للتعامل فيها[3]، بالإضافة للمادتين 1131 و1133 اللتين ترتبان البطلان على كل التزام يكون سببه غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة[4]. كما استندت النيابة أيضا على المادة 311 فقرة 9 التي تحظر التصرف في حالة الأشخاص. بالإضافة إلى مخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بقواعد التبني. والمادة 353 فقرة 1 من قانون العقوبات التي تعاقب جزائيا على التنازل على الطفل الذي سيولد. في حين

---

[1] « En conséquence, le procédé de la maternité par substitution est illicite par son objet et sa cause. Il réalise en outre une fraude à la loi sur l'adoption... » *Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle*, Rapport n°3 - 23 octobre 1984.

[2] ويقصد بذلك التوفيق بين النساء الراغبات في الحمل البديل والزوجات المصابات بعقم.

[3] لأكثر تفاصيل حول الأشياء التي تكون محل للحق غير القابلة للتعامل فيها بحكم طبيعتها أو بحكم القانون، أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، حق الملكية، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2000، ص 06.

[4] Art. 1131 C. civ., « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ; Art. 1133 C. civ., « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

لأكثر تفاصيل حول الاتفاقات التي تخالف النظام العام والآداب العامة، أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2000، ص 438.

ذهبت الجمعية عكس ذلك، ورأت أن نشاطها يهدف إلى تجسيد الحق في الإنجاب، وشبهت عمليات استئجار الأرحام بعمليات نقل وزرع الأعضاء، وبنوك المواد التناسلية. وأخيرا أصدرت المحكمة حكمها بتاريخ 1984/12/05 يقضي بحل الجمعية لمخالفة نشاطها النظام العام[1].

ثم تأكد هذا الموقف من قبل محكمة النقض، في قضية جمعية Alma Mater التي فصلت فيها بتاريخ 1987/12/13، وقد أشارت محكمة النقض بأن هدف الجمعية هو تشجيع إبرام وتنفيذ هذه الاتفاقيات التي تتعلق في الآن ذاته بوضع الوظائف التكاثرية للأم تحت تصرف الطالب، وبالطفل الذي سوف يأتي للحياة في حالة لا تطابق نسبه الفعلي، والتي تعد باطلة استنادا إلى المادة 1128 من القانون المدني، كما تخالف هذه الاتفاقات مبدأ عدم قابلية التصرف في حالة الأشخاص، الذي يعد من النظام العام[2]. ثم أصدرت محكمة النقض قرارا مبدئيا بتاريخ 1991/05/31 نقضت وأبطلت بموجبه قرار محكمة استئناف باريس، الذي أقر بصحة تبني أطفال مولودين بهذه الطريقة. موضحتا بأن العقد الذي تلتزم بمقتضاه امرأة ولو بدون عوض، أن تحمل بجنين كي تتركه بعد ولادته، يخالف مبدأ حظر التعامل في جسم الإنسان والتعامل وفي حالة الأشخاص، ولا يمكن التحجج بمبدأ سلطان الإرادة[3]. ومن جهته، رفض مجلس الدولة طلب جمعية Les Cigognes إلغاء القرار الإداري الذي منع تسجيلها، على أساس أن الاتفاق يتضمن شرط يقتضي التخلي عن الطفل الذي سوف يلد[4].

---

[1] T.G.I Aix-en-Provence, 5 déc. 1984, JCP, 1986, II, 20561, observations de F. Boulanger.

[2] « Mais attendu qu'il résulte des constatations des juges du fond que l'objet même de l'association est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du Code civil ; que ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère ; que l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu ; que c'est dès lors à bon droit que l'arrêt attaqué a décidé, sur le fondement de l'article 3 de la loi du 1er juillet 1901, que cette association était nulle en raison de l'illicéité de son objet ; que la première branche du moyen est donc sans fondement » Cass. civ, 1er, 13 décembre 1989, *JCP, 1990, II, 21526. note A. Sériaux ; RTD civ. 1990.524, obs. J. Rubellin-Devichi.*

[3] « La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105*, D. 1991, 417, rapp. Y. Chartier, 318, obs. J.-L. Aubert, 424, note D. Thouvenin, et 1992. 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; RFDA 1991. 395, étude M. Long ; Rev. crit. DIP 1991. 711, note C. Labrusse-Riou ; RTD civ., 1991, 517, obs. D. Huet-Weiller, 1992, 88, obs. J. Mestre, et 489, étude M. Gobert.*

[4] Le Conseil d'Etat considéra également que l'association requérante avait ainsi pour objet de favoriser le développement et de permettre la réalisation de pratiques selon lesquelles une femme accepte de concevoir un enfant par insémination artificielle en vue de céder, dès sa naissance, l'enfant qu'elle aurait ainsi conçu, porté et mis au monde à une autre femme ou à un couple, et que de telles pratiques comportent nécessairement un acte aux termes duquel l'un des parents s'engage à abandonner un enfant à naître. CE Ass. 22 janv. 1988 , Assoc. « Les Cigognes », Lebon 37 ; *D. 1988, IR, 45 ;*

2- التدخل التشريعي بموجب القانون 654/94 المؤرخ في 1994/07/29.

بصدور القانون 94 – 654 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق بالتبرع بعناصر الجسم ومنتجاته واستعمالها وكذا بالمساعدة الطبية على الإنجاب والتشخيص قبل الولادة. ساند المشرع الفرنسي المسعى الرافض للتلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، حيث نصت المادة 16 – 7 من القانون المدني، ببطلان جميع الاتفاقات التي يكون الغرض منها الإنجاب أو الحمل لمصلحة الغير[1]. وجاءت المادة 227 – 12 من قانون العقوبات، لتضفي الطابع الجزائي على أعمال الوساطة التي يكون الغرض منها الإخصاب لفائدة الغير، سواء بين شخص أو زوجين راغبين في استقبال طفل وامرأة توافق على حمل هذا الطفل، لتسليمه لهما عند الولادة[2].

ورغم صدور تلك النصوص، كان من السهل التحايل على القانون، وهذا بإبرام اتفاق سري بين الزوجين أو الخليلين وبين الأم البديلة، ومباشرة بعد الولادة يقوم الزوج بالإقرار بالمولود كولد طبيعي له، بعدها تقوم الزوجة بتبني هذا المولود، وبالتالي يصبح الطفل ولدا لهذين الزوجين. وقد وضع المشرع الفرنسي حدا لمثل هذا التحايل، إثر تعديله المادة 339 من القانون المدني، وأجاز للنيابة العامة الاعتراض على الإقرار بصلة الأبوة، عندما يتم التحايل على القواعد التي تنظم التبني. وقد تمسك المشرع الفرنسي بالتشدد حيال موضوع الإنجاب لفائدة الغير أثناء صدور قانون أخلاقيات البيولوجيا سنة 2004 ثم تعديله سنة 2011[3].

AJDA, 1988, 151, obs. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; B. STIRN, Liberté d'association, droit local et « mères porteuses ». Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 22 janvier 1988, *RFDA, 1988, 95*; L. DUBOUIS, Les mères porteuses et le Conseil d'État : illicéité des associations ayant pour objet de permettre la maternité de substitution*, RDSS, 1988, 317*. V. également. Commission européenne des droits de l'Homme, 5 juin 1991, requête 14223/88, *Patricia Lavisse* [Présidente de l'association] *c. France*, §1, citée par SERMET Laurent *in* « L'association "Les Cigognes" devant la Commission européenne des droits de l'homme : convergences entre le juge administratif français et le juge européen des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH* 1992/1, p. 114.

[1] Art. 16-7 C.civ., proclame que « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

[2] Art. 227-12 C. pén., «… Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.
Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double… ».

[3] فواز صالح، المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاق الحيوية، المرجع السابق، ص 206.

Art. 339 C.civ., dispose que « La reconnaissance peut être contestée par toutes personnes qui y ont intérêt, même par son auteur. L'action est aussi ouverte au ministère public, si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée. Elle lui est également ouverte lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption. Quand il existe une

3- الإشكالات العملية الجديدة التي تطرحها السياحة الإنجابية.

رغم الموقف التشريعي والقضائي الرافض للسماح للأزواج أن يلتجئوا للتلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، واستمرار المحاكم في عدم قبول تسوية الوضعيات القانونية المترتبة عن إنجاب طفل بواسطة استئجار الأرحام[1]، فإن الكثير منهم أصبحوا يذهبون لبلدان أخرى تسمح تشريعاتها باستئجار الأرحام من أجل إنجاب الطفل، ضمن ما أصبح يعرف بالسياحة التكاثرية أو الإنجابية التي تشهد رواجا كبيرا في الوقت الحالي عبر العالم[2]. وقد طرحت هذه المسألة العديد من الإشكالات العملية استلزم تدخل القضاء لمعالجتها، من بينها الوضعية القانونية للأطفال المولودين بواسطة الأم البديلة، وإمكانية تسجيله في سجلات الحالة المدينة، أو تمتعه بالجنسية والحقوق المدنية الأخرى[3].

---

possession d'état conforme à la reconnaissance et qui a duré dix ans au moins depuis celle-ci, aucune contestation n'est plus recevable, si ce n'est de la part de l'autre parent, de l'enfant lui-même ou de ceux qui se prétendent les parents véritables », Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 - art. 26. JORF 6 juillet 1996 abrogé par l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 18 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006.

[1] Il a été jugé par exemple que: « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui étant nulle, la convention de mère porteuse ayant permis la naissance de l'enfant en cause est donc incontestablement frauduleuse Dès lors, la possession d'état sur laquelle les demandeurs se fondent pour voir établir un lien de filiation légitime à leur profit et l'acte de notoriété qu'ils ont ainsi obtenu sont eux-mêmes viciés et ne peuvent donc permettre l'établissement d'un tel lien. Par ailleurs, la Convention de New York sur les droits de l'enfant garantit notamment à celui-ci l'accès à ses origines. Or, l'application de la convention frauduleuse aurait pour effet de consacrer un mensonge, l'acte de naissance qui serait établi sur le fondement de cette Convention aboutirait en effet à nier totalement les conditions dans lesquelles l'enfant a été conçu. En conséquence, les demandeurs ne pourront se prévaloir de la possession d'état viciée pour obtenir la retranscription de l'acte de notoriété sur l'acte de naissance de l'enfant. » T.G.I Lille, 22 mars 2007, n° 04-06873, *D. 2007, Jur. 1251, note X. Labbée ; RTD civ. 2007, 556, obs. J. Hauser.*

[2] تعد السياحة الإنجابية نوع من السياحة التي ظهرت مع تطور تكنولوجيا التلقيح الاصطناعي، وانتشرت في بعض الدول الفقيرة، وتعتمد هذه السياحة على استخدام النساء في دول المقصد السياحي من قبل الزوجين العقيمين، مقابل حصول الأم البديلة على المال، ويتم الالتجاء إلى هذه الوسيلة تهربا من الموانع القانونية في البلدان التي تمنع الإنجاب بواسطة الأم البديلة، وتعد الهند من بين أكبر الدول التي يقصدها السياح الأجانب من أجل الإنجاب عن طريق استئجار الأرحام، لأكثر تفاصيل حول بعض الجوانب القانونية للسياحة الإنجابية، أنظر،

BOSSE-PLATIERE Hubert, *Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française*, Informations sociales, 3/2006, n° 131, p. 88-99 URL : www.cairn.info/revue-informations-sociales-2006-3-page-88.htm.

[3] قد ينتج عن عمليات استئجار الرحم العديد من النزاعات بين الأطراف المتعاقدة، فقد تتمسك صاحبة الرحم المستأجر بالطفل المولود وتريد نسبته إليها، في حين قد تلتجئ الأم البيولوجية لطلب التبني، وقد لا يرغب الأبوين البيولوجيين استلامه نتيجة قدومه بالشكل الذي كان يرغبانه ويأملان فيه كميلاده مشوها وغيرها من النزاعات لكن السؤال الذي يطرح بشأن شرعية هذا النوع من التصرفات من الناحية القانونية، فضلا على مشاكل تتعلق بالحالة المدنية. هذا وقد عالج القضاء الفرنسي العديد من القضايا المتعلقة بالمشاكل القانونية التي تثيرها عملية استئجار الأرحام، بنيها قضية فصلت فيها محكمة Rennes أين قضت بأن مصلحة الطفل تقتضي بقائه لدى أمه التي حملته ووضعته وليس أمه البيولوجية.

ومن بين القضايا التي عالجها القضاء الفرنسي، قضية زوجين توجها إلى الولايات المتحدة الأمريكية بغرض الإنجاب، واتفقا هناك مع امرأة على أن تحمل لصالحهما طفلا باستعمال أمشاجهما، وبالفعل أنجبت هذه الأخيرة توأمين وسلمتهما فيما بعد للزوجين تنفيذا للعقد المبرم بينهما. وبعد رجوعهما إلى التراب الفرنسي، تقدما الزوجان بطلب تسجيل ميلاد الولدين في سجلات الحالة المدنية بمقاطعة Nantes، على أساس أن الاتفاق في نظر قانون ولاية كاليفورنيا مشروع من الناحية القانونية، وأن المحكمة العليا في تلك الولاية أقرت لهما بصفة الأبوين الشرعيين. الشيء الذي اعترضت عليه النيابة العامة، ورفعت دعوى قضائية ضدهما أمام محكمة المرافعة الكبرى بـ Créteil، تلتمس من خلالها عدم تسجيل ميلاد الطفلين في سجلات الحالة المدنية، مستندة إلى المادة 16 – 17 من القانون المدني، التي تمنع استئجار الأرحام لمخالفة النظام العام والغش تجاه القانون.

وقد طرحت هذه القضية عدة إشكالات تتعلق خاصة بحق الطفل في أن يكون له نسب ومخاطر بقائه بدون هوية، ما يشكل تعارضا مع المصلحة الفضلى للطفل، وحقوقه الأساسية المكرسة بموجب الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل وكذا الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. كما طرحت القضية إشكالات تتعلق بتطبيق قواعد القانوني الدولي الخاص على حالة الأشخاص. وقد أصدرت المحكمة حكمها بتاريخ 2005/12/13 يقضي بعدم قبول دعوى النيابة الرامية إلى عدم تسجيل عقدي ميلاد الطفلتين بسجلات الميلاد، غير أن النيابة العامة استأنفت الحكم أمام محكمة استئناف باريس، التي أصدرت قرارها بتاريخ 2007/10/25 يقضي بتأييد الحكم المستأنف فيه، مستندا على ضرورة حماية الطفل، الذي له حق في الحصول على عقد الحالة المدنية الذي يثبت صلته بأبويه البيولوجيين.

L'intérêt de l'enfant de rester auprès de la mère apparente et non de sa mère biologique qu'il considère comme sa marraine. Rennes, 6 janv. 2005, *BICC 1er mars 2005, n° 435.* Refus d'invalider la délivrance d'un document permettant à des enfants d'entrer sur le territoire français avec leur père, dès lors que leur mère biologique n'est pas en mesure d'en assumer la charge, en raison notamment de l'obligation pour l'administration de veiller à l'intérêt supérieur de l'enfant, même s'il existe des soupçons que ces enfants aient été conçus par gestation pour autrui. CE 4 mai 2011, req. n° 348778, *D. 2011, Pan. 1995, obs. Gouttenoire ; AJ fam. 2011, 328, obs. Miloudi ; AJCT, 2011, 414, obs. Siffrein-Blanc ; Dr. fam. 2011, n° 99, obs. Neirinck; RTD civ. 2011, 530, obs. Hauser; RJPF, 2011-11/36, note Corpart.* Rappr ; TA Paris, 15 nov. 2011 : *AJ fam. 2012, 106, obs. Siffrein-Blanc.* Comp., annulation d'une décision autorisant la délivrance de documents permettant d'accéder au territoire national : CE 8 juill. 2011, *AJ fam. 2011. 499, obs. Miloudi.*

وفي مجال علاقات العمل مثلا قررت محكمة العدل الأوربية بتاريخ 2014/03/18، عدم الاعتراف للأم البيولوجية من الحق في عطلة الأمومة، رغم أن هذه الأخيرة دفعت بأنها سوف تتكفل برعاية الطفل بعد الولادة وإرضاعه، واستندت المحكمة إلى عدم توافر شرط الحمل وفقا التوجيه الأوربي الساري المفعول.

CJUE 18 mars 2014, n° C-363/12: *D. 2014. 1811, note Boujeka ; obs. Gaudemet-Tallon et Jault-Seseke, obs. Galloux et Gaumont-Prat note Boujeka ; AJ fam. 2014. 310, obs. Dionisi-Peyrusse ; RDSS, 2014. 478, note Monéger ; RTD civ. 2014. 355, obs. Hauser; RTD eur. 2014. 530, obs. Robin-Olivier ; Gaz. Pal. 2014.1634, note Viganotti ; JCP, 2014, n° 769, obs. Garcia.*

ما طرح النقاش مجددا لدى الرأي العام بفرنسا حول مدى مشروعية هذه الطريقة في الإنجاب، في وقت كانت المناقشات مطروحة حول تعديلات قوانين أخلاقيات البيولوجيا[1].

وتبعا لذلك، تقدمت النيابة بطعن ضد قرار مجلس استئناف باريس أمام محكمة النقض، التي قررت بتاريخ 2008/12/17 بنقض وإبطال القرار المطعون فيه على أساس مبدأ الإخلال بالنظام العام، وأحالت القضية والأطراف أمام نفس المجلس، ليصدر هذا الأخير قرار آخر يقضي بعدم تسجيل عقد الميلاد، كان محل طعن ثاني من طرف الزوجين. إلا أن محكمة النقض تمسكت بموقفها[2]. كما سلكت محكمة النقض نفس الموقف في قضايا مماثلة، بينها القضية فصلت فيها بتاريخ 2013/09/13، أين أكدت في حيثياتها بأنه يتسم بطابع الاحتيال تجاه القانون، الإقرار بالأبوة لأن الطفل كان ثمرة اتفاق يقضي باستئجار الرحم، ويكون بذلك التصرف باطلا لمخالفته مبدأ حظر التعامل في حالة الأشخاص، الذي يعد مبدأ أساسي في القانون الفرنسي[3]. وقد علق بعض الفقه على قرار محكمة النقض حول لجوء الأزواج للأم البديلة خارج التراب الفرنسي، بأنه وضع حد للسياحة الإنجابية[4].

لكن الزوجين لم يكتفيا بذلك، بل رفعوا قضيتهما إلى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان التي فصلت فيها بقرار مؤرخ في 2014/06/26، يدين فرنسا على رفضها تسجيل الطفلين، لعدم ترجيحها

---

[1] « qu'au demeurant, la non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient privés d'acte civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique ». CA Paris, 1ère chambre, section C, 25 octobre 2007, *Gazette du Palais, 2008, 27-29 janvier, note G. de Geouffre de la Pradelle ; RTD civ. 2008, 95, obc. Critique J. Hauser*.

[2] « En l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des art. 16-7 et 16-9 C. civ. » Civ. 1re, 6 avr. 2011, *R., p. 400; Bull. civ. I, n° 72; D. 2011, 1064, obs. X. Labbée, note Berthiau et Brunet, obs. Granet-Lambrechts, obs. Gouttenoire ; JCP 2011, n° 441, obs. Vialla et Reynier ; AJ fam. 2011. 262, obs. Chénedé ; RTD civ. 2011, 340, obs. Hauser ; Gaz. Pal. 2011, 1489.*

[3] « Ayant caractérisé la fraude à la loi résultant du fait que la naissance d'un enfant est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, la reconnaissance paternelle doit être annulée ». Civ. 1re, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et 12-18.315, *D. 2013. 2382, obs. Gallmeister ; D. 2013. Chron. 2349, obs. Fulchiron et Bidaud-Garon ; D. 2013, 2377, avis C. Petit ; D. 2013, 2384, note Fabre-Magnan ; D. 2013, 2349, note Fabre-Magnan ; D. 2014, Pan. 689, obs. Douchy-Oudot ; D. 2014, Pan. 954, obs. Dionisi-Peyrusse; JCP 2014, Doctr. 43, n° 4, obs. Gouttenoire; AJ fam. 2013, 579, obs. Dionisi-Peyrusse ; AJ fam. 2013, 600, obs. Richard et Berdeaux-Gacogne ; AJCT 2013, 517, obs. Mésa ; Rev. crit. DIP 2013, 909, note Hammje ; JDI 2014. 133, note Guillaumé ; RTD civ. 2013, 816, obs. Hauser ; Defrénois 2014. 633, obs. Callé).*

[4] CHENEDE François, *Conventions de mère-porteuse : la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif*, AJ Famille, 2011 p. 262.

المصلحة الفضلى للطفل في حال تضارب المصالح المحمية قانونا، واحترام حياته الخاصة وهويته، وضمان نسبه تجاه الأبوين البيولوجيين[1].

وفي تطور ملفت، تراجع محكمة النقض عن موقفها الرافض، بموجب قرارين مبدئيين صدرا على التوالي بتاريخ 2015/07/03. بحيث صرح أحدهما بأنه في حال ثبوت وجود عقد ميلاد منتظم وغير مزور، وكانت الوقائع المصرح بها تتطابق والحقيقة البيولوجية، فإن اتفاق الحمل لفائدة الغير المبرم بين والد الطفل والأم البديلة، لا يكون عائقا أمام تسجيل ميلاد الطفل بسجلات الحالة المدنية، تطبيقا لمبدأ احترام الحياة الخاصة والمصلحة الفضلى للطفل[2]. ويعد القراران استجابة لما ذهبت إليه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، عكس توقعات بعض الفقه الذي راهن على عدم تغيير الاجتهاد القضائي، رغم صدور قرار الهيئة القضائية الأوربية[3].

ثانيا: التوجهات التشريعية والقضائية المقارنة الأخرى.

تضاربت مواقف الدول حيال إفرازات التكنولوجيا الطبية الحديثة وتطبيقاتها في مجال باستئجار الرحم، ويمكن تقسيم مواقفهم إلى ثلاثة أصناف. فالطائفة الأولى من الدول تمنع بشكل صريح هذا النوع من الاتفاقات والأعمال الطبية بموجب قوانينها الداخلية. ومن التشريعات من سكتت على تنظيم

---

[1] « En faisant obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, compte tenu des conséquences de ces restrictions sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants nés d'une convention de mère porteuse, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation, compte tenu du poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence » CEDH 26 juin 2014, req. n° 65192/11, *Mennesson c/ France: AJDA, 2014, 1763, note Burgorgue-Larsen; D. 2014. 1797, note Chénedé, note Fulchiron et Bidaud-Garon, obs. Bonfils et Gouttenoire, note d'Avout, obs. A.-D. P. ; AJ fam. 2014, 499, obs. Haftel, obs. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2014, 616, obs. Hauser, obs. Marguénaud; JCP, 2014, n° 877, obs. Gouttenoire.*

[2] « Mais attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. X...et Mme Z... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance » Cass. , ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002 P.
« la circonstance qu'un enfant soit le fruit d'un processus comportant une convention de gestation pour autrui ne permet pas au ministère public de refuser la transcription sur les registres de l'état civil français d'un acte de naissance formellement régulier et conforme à la réalité biologique [...].le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain .. . » Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21, 323.

[3] COUSTET Thomas, *Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France*, Dalloz actualité, 30 juin 2014.

المسألة، وتركت المجال أمام الاجتهاد القضائي للفصل فيها حالة بحالة. ومنهم من أباح هذا النوع من العمليات صراحة.

1- التشريعات الرافضة لفكرة استئجار الأرحام.

على غرار المشرع الفرنسي، تعارض العديد من الدول اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، خاصة الدول الإسلامية منها تونس التي حظر قانونها المتعلق بالطب الإنجابي الاستعانة برحم إمرة أخرى لحمل جنين[1]. أما في أوربا، فقد أصدرت ألمانيا سنة 1989 القانون المتعلق بالوساطة في مجال التبني، الذي يمنع الزوجين الالتجاء إلى الأم البديلة كنوع من المساعدة الطبية على الإنجاب، ويعاقب القانون بالحبس لمدة (01) سنة على أعمال الوساطة إذا كان العقد المبرم دون عوض، وبسنتين (02) حبس إذا كان العقد المبرم مقابل مبلغ مالي، وثلاثة (03) سنوات إذا امتهن الشخص ذلك العمل، وعلى خلاف ذلك لا يعاقب جزائيا طرفي العقد أي الزوجين أو الأم الحامل. وبصدور القانون المتعلقة بحماية المضغ البشرية سنة 1990 وسع القانون الألماني من مجالات التجريم، حيث أصبح يعاقب أيضا على عمليات نقل المضغ إلى امرأة مستعدة أن تسلم طفلها القادم للحياة للغير، ويقع تحت طائلة البطلان وفقا للقانون المدني الألماني عقد استئجار الأرحام لمخالفته الآداب العامة[2].

وفي إيطاليا، منع القانون رقم 40 الصادر في 2004/02/19 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب بصفة صريحة جميع أشكال الأمومة بالنيابة، وحتى الإشهار لهذه العمليات ومنع نشاط الجمعيات التي تدعو إلى ممارسة استئجار الأرحام تحت طائلة العقوبات الجزائية، وقبل ذلك كانت مدونة أخلاقيات الطب الصادرة سنة 1995 تحظر إجراء عملية التخصيب الاصطناعي عن طريق الأم البديلة، التي اعتبرته عملا طبيا مخالفا لأخلاقيات مهنة الطب، وكذلك الحال بالنسبة لرأي الهيئة الوطنية لأخلاقيات علوم الحياة الصادر سنة 1994[3].

---

[1] ورد في الفصل 15 من هذا القانون بأنه لا يمكن بأي صورة من الصور، في إطار الطب الإنجابي استعمال رحم امرأة أخرى لحمل جنين. قانون رقم 91 – 2001 مؤرخ في 2001/08/07، يتعلق بالطب الإنجابي، سابق الإشارة إليه.

[2] Sénat, « Les documents de travail du Sénat - Série Législation comparée : La gestation pour autrui », janvier 2008, n° LC 182, p.11. Disponible sur : www.senat.fr/lc/lc182/lc182.pdf.

[3] جاء هذا القانون لسد الفراغات القانونية، خاصة بعد اقرار القضاء في إيطاليا بحق الزوجين للقيام بعملية الإخصاب الاصطناعي عن طريق الأم البديلة، وكانت القضية قد بدأت سنة 1995 عندما قام زوجين بعملية تلقيح أمشاجهما بالمختبر وتجميدها ريثما يتم إيجاد أم بديلة، وبعدما تم العثور على امرأة وافقت على حمل الجنين، توجها إلى الطبيب لاستكمال مشروعهما الأسري، لكن الطبيب رفض إجراء علمية نقل المضغة إلى رحم المرأة المتبرعة، على أساس أن العمل الطبي يخالف أخلاقيات مهنة الطب، ما اضطر الزوجين إلى رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المدنية بروما التي حكمت خلال شهر فيفري 2000 بتمكين الزوجين من إجراء العلمية، تم تأييده بعد عدة أسابيع من قبل محكمة الاستئناف بعد الطعن في الحكم من طرف النيابة العامة.

أما إسبانيا، فقد صدر القانون رقم 14 المؤرخ في 2006/05/26 الخاص بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، ويضع النص جزاءات البطلان على كل عقد يهدف إلى استغلال رحم المرأة في عملية الإنجاب سواء بمقابل أو بدون مقابل، وكان القانون السابق الصادر سنة 1988 يحظر أيضا تلك الممارسات[1].

2- التشريعات التي لم توضح موقفها حيال مسألة استئجار الأرحام.

يوجد العديد من الدول التي تمارس فيها أعمال استئجار الأرحام دون إطار قانوني، أهمهما الولايات المتحدة الأمريكية التي لا يوجد فيها قانون فيدرالي يجيز أو يمنع هذه الوسيلة في الإنجاب، كما أن المحكمة العليا الفيدرالية لم يصدر عنها أي اجتهاد قضائي يفصل في المسألة من الناحية القانونية والأخلاقية، بالرغم من انتشار هذا النوع من الأعمال الطبية في الولايات المتحدة الأمريكية، ويفهم من ذلك أن الموضوع ترك للنصوص القانونية الداخلية التي تضاربت المواقف بشأنها.

نفس الموقف اتخذه الإتحاد الأوربي. وعلى سبيل المثال، لم تشر أهم اتفاقية أوربية تعنى بالمسائل الطبية المستحدثة، ويتعلق الأمر باتفاقية Oviedo المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري تجاه التطبيقات البيولوجية والطبية، ولا البرتوكولات المكملة لها، إلى موضوع استئجار الأرحام، التي ظلت مغيبة رغم اختلاف المواقف بين بلدان الإتحاد الأوربي. فلا يوجد لحد الآن مسعى أوربي يمنع هذا النوع من العمليات صراحة، رغم المبادرة الرامية إلى إصدار قرار عن البرلمان الأوربي بتاريخ 1986/03/16 من أجل رفض تلك الممارسات في مجملها[2]. ويتعين التنويه في هذا الإطار، أنه خلال سنة 1989 صدر تقرير عن لجنة خبراء التابعة للمجلس الأوربي حول موضوع الإخصاب الاصطناعي البشري، أوصى بمنع الأطباء من إجراءات تلك العمليات وكذا حظر الاتفاقات وأعمال

V. Les documents de travail du Sénat, précité, p. 22.

[1] La loi n° 14 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction médicalement assistée comprend un article intitulé Maternité de substitution, qui énonce :

« 1. Sera nul de plein droit le contrat par lequel est convenue la gestation, à titre onéreux ou gratuit, d'une femme qui renoncera à la filiation maternelle en faveur du cocontractant ou d'un tiers.

2. La filiation des enfants nés à l'issue d'une maternité de substitution sera déterminée par l'accouchement.

3. Le père biologique conserve la possibilité de revendiquer la paternité, conformément aux règles de droit commun ».

[2] بتاريخ 1989/03/16 تم إعداد قرار عن البرلمان الأوربي حول التلقيح الاصطناعي داخل الرحم وفي الأنبوب يمنع الالتجاء إلى الأمومة البديلة بكافة أشكالها، وقد نص هذا الأخير،

« Toute forme de maternité de substitution doit être en général rejetée », Résolution du Parlement européen du 16 mars 1989 : Fécondation artificielle *in vivo* et *in vitro*, JO, C96, 17-04-1989, p. 173, §11.

الوساطة والإشهار، واستثناءا سمحت الوثيقة بفتح المجال ضيقا للدول بموجب قوانينها الداخلية أن تخول للهيئات الطبية إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة، لكن دون مقابل مالي إلا أن التوصيات لم يتم اعتمادها بموجب نصوص قانونية ملزمة[1] . لكن البرلمان الأوربي أدان فيما بعد صراحة بموجب قراره المؤرخ في 2015/12/17 الإنجاب بمساهمة الغير الذي يمس بكرامة المرأة، والذي يجعل من الوظائف التكاثرية للأنثى مجرد سلعة[2].

وعلى صعيد آخر، لم يضع المشرع في بلجيكا إطارا قانونيا للإنجاب عن طريق الأم البديلة، رغم أن الالتجاء إلى هذه الوسيلة منتشرة في الواقع بالهياكل الصحية والمخابر البيولوجية التي تجري فيها عمليات التلقيح بالأنبوب. إلا أن مجمل النصوص القانونية المتعلقة بالنسب تحول دون تطور تلك التقنيات، كون هذه الأخيرة لا توفر الغطاء القانوني للزوجين أو الأبوين البيولوجيين في الحصول مستقبلا على الطفل، حيث جاء فيها بأن المرأة التي تلد الطفل تعتبر بقوة القانون والدته الشرعية، سواء تمت عملية الإخصاب ببويضاتها أو ببويضات غيرها، ما يجبر الزوجين أو الخليلين على إتباع إجراءات التبني بشرط مرور شهرين من ميلاد الطفل. وبتاريخ 2004/07/05 أوصت لجنة أخلاقيات البيولوجيا في بلجيكا، بمنع كافة أنواع استغلال المرأة في الإنجاب دون الفصل في مسألة شرعية العقود التي يتم إبرامها على سبيل التبرع[3]. كما أن القانون المؤرخ في 2007/07/06 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب تفادى هو الأخر الخوض في الموضوع[4].

---

[1] VI. Mères de substitution: Principe 15 1. « Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution. 2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit. 3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative. 4. Toutefois, les Etats peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition: a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant. Rapport sur la procréation artificielle humaine. Principes énoncés dans le rapport du Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales » (CAHBI) Conseil de l'Europe, 1989, Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique, Volume II, Strasbourg, avril 2014, DH-BIO/INF (2014) 5, p. 117.

[2] Le Parlement Européen dans sa résolution 115 qui « condamne la pratique de la gestation pour autrui qui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises » et « estime que cette pratique, par laquelle les fonctions reproductives et le corps des femmes, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, sont exploités à des fins financières ou pour d'autres gains, doit être interdite ». Résolution du Parlement européen du 17 décembre 2015 sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière. P8_TA(2015)0470.

[3] CCNE, Avis n° 31 du 05/07/2004 *relatif à la gestation-pour-autrui (mère porteuse).*

[4] Loi du 6 juillet 2007 *relative à la procréation assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*. (M.B., 17 juillet 2007).

وهو نفسه الموقف الذي سلكه المشرع الهولندي الذي لم يضع نصوصا صريحة تجيز أو تمنع إجراء عمليات التلقيح الخارجي عن طريق الأم البديلة[1]. ما عدى التنظيم المؤرخ في 1998/04/01 المتعلق بالمؤسسات التي تجرى فيها عمليات التلقيح خارج الرحم، الذي أشار إلى حالة المرأة التي تستفيد من عملية تلقيح عن طريق الأم البديلة، وقانون العقوبات الذي يعاقب على أعمال التوسط والدعاية أو إجراء العملية مقابل مبالغ مالية[2].

3- التشريعات التي تجيز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

يوجد الكثير من التشريعات المقارنة تجيز المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق الأم البديلة، وتعد المملكة المتحدة من بين أهم الدول التي أجاز تشريعها صراحة هذه الطريقة بموجب القانون الصادر سنة 1985 المتعلق بالأمومة البديلة الذي وضع إطارها القانوني. إلا أن القانون يعاقب على أعمال الإشهار والوساطة دون التطرق إلى الجزاءات على أطراف العقد، ويسمح القانون بشكل صريح اللجوء إلى الأم البديلة شرط أن تكون العملية دون عوض. ثم جاء القانون المتعلق بالخصوبة البشرية وعلم الأجنة سنة 1990 ونظم الأمور المتعلقة بالحالة المدنية للطفل من أجل تجنب التجاء الزوجين للتبني، وأخيرا جاء التعديل سنة 2008 الذي كان أكثر ليبرالية، حيث سمح القانون حتى لمثليي الجنس والخليلين الالتجاء للأم البديلة[3].

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فتوجد بعض الولايات تسمح بالالتجاء للأم البديلة في مساعدة الأزواج على الإنجاب، سواء بموجب نصوص قانونية أو اجتهادات قضائية. ومن بين القضايا الشهيرة في هذا الشأن قضية Bébé M التي فصلت فيها المحكمة العليا بنيوجرسي بتاريخ 1988/02/02، إثر دعوى قضائية كانت قد رفعتها الأم البيولوجية وزوجها ضد المرأة صاحبة الرحم التي رفضت تقديم الطفل لوالديه البيولوجيين[4]، وقد قضت المحكمة بمنح الطفل لهما مع إقرار حق الزيارة للأم التي وضعت المولود مراعاة للمصلحة الفضلى للطفل. وفي سنة 1993 صدر قرار المحكمة العليا بكاليفورنيا في قضية Johnson v. Calvert التي اعتبرت بموجبه بأن الأبوين المقصودين، هما الوالدين الشرعيين على أساس أن الولد كان ثمرة مشروع زواجهما وأن الأم البديلة أبدت موافقتها الحرة المستنيرة على قبول الاتفاق[5]. وهو نفس الاتجاه التي سلكته محكمة أوهايو سنة 2007[6].

---

[1] Loi du 20 juin 2002 sur l'embryon.
[2] Règlement du 1er avril 1998 *relatif aux établissements qui pratiquent la fécondation in vitro.*
[3] Human Fertilisation and Eembrologie, act 2008 (c .22).
[4] Suprem Court of New Jersey, 109. J.396; 537A. 2d 1227; (1988).
[5] Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, Cal. (1993).
[6] J.F. v. D.B., 116 Ohio St.3d 363, 2007-Ohio-6750.

ويشار في الأخير، أن الإعلان الصادر عن الجمعية العالمية للطب شهر أكتوبر 1987 الذي ناقش موضوع الإخصاب خارج الجسم ونقل المضغ البشرية، اعتبر هذه الممارسات الطبية مشروعة كمبدأ عام، شرط أن تجرى لمساعدة المرأة التي تم استئصال رحمها، مع مراعاة الأحكام القانونية ومدونات أخلاقيات مهنة الطب في الدول التي تجرى فيها العملية، كما اشترط أن تجرى العملية بإرادة المرأة الحامل الحرة والمستنيرة، وغلق الباب أمام أعمال المتاجرة. وقد تم تأكيد المبدأ في الإعلان النهائي للدورة 57 بجنوب إفريقيا سنة 2006 حول تكنولوجيا الإخصاب الاصطناعي[1].

ثالثا: موقف بعض الشرائع الدينية.

كانت الكنيسة الكاثوليكية أكثر المذاهب المسيحية اهتماما بموضوع الإخصاب البشري والوسائل الطبية الحديثة لمعالجة العقم. كما درس فقهاء الشريعة الإسلامية مسالة إمكانية الالتجاء للأم البديلة في عملية التوالد البشري.

1- موقف الكنيسة الكاثوليكية.

تضع الكنيسة الكاثوليكية ضوابط صارمة في استخدام التقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب، فالتقنيات المساعدة على الإنجاب ليست مرفوضة بحد ذاتها لكونها اصطناعية، إذ أنها تشهد عن إمكانات العلوم الطبية، مثل العمليات التي تهدف لإزالة العقبات التي تحول دون الإخصاب الطبيعي، كالعلاج الهرموني للعقم الناتج عن الغدد التناسلية والعلاج الجراحي، ما يسمح للزوجين من العودة لممارسة الفعل الزوجي المؤدي للإنجاب. بل يجب أن تراعى في تلك الأعمال الطبية ثلاثة أمور أساسية، وهي حق كل إنسان في الحياة وفي السلامة الجسدية، منذ الحمل وحتى وفاته الطبيعية. ووحدة الزواج، التي تعني احترام حق الزوجين في أن يكونا أبا أو أما من بعضهما. وقيم الجنس الإنسانية التي تتطلب أن يكون إنجاب الشخص البشري ثمرة الفعل الزوجي. ويجب تقييم التقنيات المستحدثة أخلاقيا بالرجوع إلى مبدأ كرامة الشخص البشري[2].

---

[1] « Lorsqu'une femme est incapable, pour des raisons médicales, de porter un enfant à terme, on peut recourir à une mère porteuse pour solutionner l'absence d'enfant à la condition que la législation nationale ou les règles éthiques de l'Association Médicale Nationale ou d'autres organisations concernées l'autorisent. Là où l'on fait appel à des mères porteuses, il faut scrupuleusement veiller à protéger les intérêts de toutes les parties impliquées », *Prise de position sur les technologies de procréation assistée*, AMM, 2006. DELFOSSE M -L et BERT C, op. cit., p. 459.

[2] مجمع عقيدة الإيمان، المرجع السابق، فقرة 12.

وبالتالي فإن الكنيسة تعارض الالتجاء إلى التلقيح الاصطناعي المتجانس، الذي يتم بموجبه فصل عمليات الإنجاب عن الفعل الجنسي الزوجي بطابعه الشخصي، الذي يعد أمرا مرفوضا أخلاقيا. فالإنجاب البشري فعل يخص الرجل والمرأة كزوجين، ولا يمكن أن يتحمل أي نوع من أنواع التفويض، كما يلجئ إلى وسيلة غير أخلاقية هي الاستمناء. فاستبدال الفعل الزوجي بالتقنيات الاصطناعية، يخالف الاحترام الواجب تجاه عملية الإنجاب في حد ذاتها، والتي لا يمكن اختصارها في بعدها التكاثري فقط. كما تذهب المسيحية إلى أن مساهمة الغير في الإنجاب يعتبر نوع من أنواع الزنا، ويؤدي إلى إحداث خلط في العلاقات بين البشر.

ويخشى رجال الدين المسيحي، أن تساعد هذه التكنولوجيا على تحويل العلاقات الإنسانية إلى عملية نفعية، وأن يتحول الأطفال إلى سلعة تعرض أمام الراغب. فتطور هذه العملية سيؤدي إلى ظهور سوق سوداء للأطفال. وقد فتحت هذه الطريقة الباب أيضا أمام الاستعانة بامرأة أخرى، تقوم بالحمل بدلا عن الزوجة العقيمة مقابل نقود، وهذا بدوره أدى إلى أن يستغل البعض الرغبة الملحة عند الأسر المحرومة من الأطفال لتحقيق مكسب مادي. فالإخصاب بغير طريقة الاتصال الجنسي العادي بين الزوج والزوجة، يؤدي إلى تفكك الأسرة أيضا، ما يؤدي إلى انتشار أسواق الرق وانتشار الأسر الوحدانية الأب أو تكوين أسرة شاذة في تركيبها[1].

2- موقف الفقه الإسلامي.

ترحب الشريعة الإسلامية كأصل عام بالاستعانة بتقنيات التلقيح الاصطناعي لمعالجة العقم، حتى لو كانت بواسطة الأنبوب، لكن في حدود الضوابط الشرعية ومقاصد الدين. أما بالنسبة إلى عمليات استئجار الأرحام، فقد اعتبره جل الفقهاء المعاصرين عملا محرما، سواء من جانب الطبيب أو الزوجين، فلا يجوز إذن للزوجين استعارة أو تأجير رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما، حتى لو كانت المرأة صاحبة الرحم زوجة ثانية للرجل صاحب الحيوان المنوي، لما في ذلك من إشاعة للفاحشة والمفسدة وإثارة للمشاكل الاجتماعية[2]، وقد استندوا في ذلك على عدة نصوص منها قول الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾[3].

---

[1] ناهدة البقصمي، المرجع السابق، ص 145.

[2] العربي بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، المجلة القضائية السعودية، العدد السادس، جمادى الأولى 1434 هـ، ص 297.

[3] سورة المعارج، الآيات من 29 إلى 31.

وتأكيدا لهذا الموقف، درس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة، المنعقدة بعمان بتاريخ 1986/10/11 موضوع أطفال الأنابيب، مفصلا في الأحكام الشرعية لطرق التلقيح الاصطناعي المختلفة. وأوضح في هذا الصدد، بأن الطريقة التي يتم بموجبها تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ليتم زرعها فيما بعد في امرأة متطوعة بحملها، وكذا الطريقة التي يتم بموجبها تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ليتم زرعها في رحم الزوجة الأخرى، كلها محرمة شرعا، وممنوعة منعا باتا لذاتها، أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة، وغير ذلك من المحاذير الشرعية[1].

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية أيضا، في حكمهم على الحالات التي يمكن أن تقع جراء التلقيح الاصطناعي بماء غير الزوجين، بأنه شبيه بالزنا مطلقا، وبالتالي فإن الولد الناتج من تأجير الأرحام، سيكون إما ابن الزنا، وإما ابن التبني، وهي من الطرق المحرمة قطعا من التلقيح الاصطناعي التي لا يثبت بها النسب الشرعي، وإنما ينسب الطفل لمن حملت أي للأم صاحبة الرحم وليس للأم البيولوجية، باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما، مصداقا لقوله تعالى ﴿ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُم ﴾[2] وقوله أيضا: ﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ ﴾[3]، فالمفاسد في تأجير الأرحام قائمة، والقاعدة أن درء المفاسد أولى من جلب المنافع، كما أن الضرر لا يزال بالضرر[4].

رابعا: موقف المشرع الجزائري.

تطرق المشرع الجزائري لموضوع استئجار الأرحام بصورة مباشرة أو بصورة ضمنية، وعلى العموم فقد أخذ المشرع بما توصل إليه الفقه الإسلامي والتشريعات المحافظة، ويستشف ذلك من خلال الأحكام الواردة في قانون الأسرة أو قانون الصحة أو قانون العقوبات.

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي لعام 1986، سابق الإشارة إليه.

[2] سورة المجادلة، الآية 02.

[3] سورة لقمان، الآية 14.

[4] لقد اعتبرت عملية الولادة دليلا قاطعا على ثبوت النسب لمن ولدت، بحيث تثبت لها صفة الأمومة شرعا متى تم التحقق والتثبت بأنها هي التي ولدت الطفل التي تدعي نسبه إليها، وذلك إما بالشهادة أو غيرها مما يبيحه ويقره الشرع من وسائل الإثبات. وهذه القاعدة الفقهية تجد أساسها في صحيح النصوص القرآنية التي لم تدع مجالا للشك في أن الأم الحقيقية من حملت الجنين وتكون في رحمها، ومن ثم وضعته بعد اكتمال نموه. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 253.

1- الأحكام الواردة في قانون الأسرة.

أقر قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05 – 02 المؤرخ في 2005/02/27، بحق الزوجين في الاستعانة بالتكنولوجيا الطبية الحديثة في الإنجاب، آخذا بعين الاعتبار الرهانات الأخلاقية التي قد تنجم سوء استعمال هذه الوسيلة الحديثة في التوالد البشري، لذلك فإنه قيد إجراء تلك العمليات بمجموعة من الضوابط القانونية. أما فيما يخص الاستعانة بالأم البديلة، فقد نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة صراحة بأنه: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة". ويستنتج من هذا أن المشرع ساير أحكام الشريعة الإسلامية وكذا الاتجاه التشريعي العالمي الرافض لاستعمال هذه الوسيلة، التي تمس بكرامة الأم والطفل وتهدد في نفس الوقت كيان الأسرة. وبالتالي يقع باطلا كل اتفاق تلتزم بموجبه المرأة أن تحمل بطفل لفائدة الغير سواء لقاء مقابل أو بدونه، لعدم مشروعة العقد من حيث المحل والسبب، ولا يترتب عليه إذن أية آثار قانونية، لأنه يتعلق بالنسب الشرعي، وبالإضافة إلى هذا كله يؤدي إلى اختلاط الأنساب[1].

2- الأحكام الواردة في قانون الصحة.

لم يتطرق قانون حماية الصحة وترقيتها، ولا المرسوم التنفيذي 05 – 438 المؤرخ في 2005/11/10 المتعلق بتنظيم طب فترة ما قبل الولادة وما بعدها وطب المواليد حديثي الولادة وممارسة ذلك، إلى مسألة التلقيح الاصطناعي، إلا أن المشرع استدرك الأمر في المشروع التمهيدي المتعلق بقانون الصحة، عندما تطرق إلى موضوع المساعدة الطبية على الإنجاب، حيث أكد في المادة 388 نفس المبدأ الذي جاء به قانون الأسرة برفضه للاستعانة بالأم البديلة. وقد أشارت المادة على ضرورة أن تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصرا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة ويشكلان زوجا مرتبطا قانونا، ويعانيان من عقم مؤكد طبيا، ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي، مع التشديد على أنه لا يمكن اللجوء في هذا النوع من العمليات إلا عن طريق الحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواهما، وبالتالي استبعاد كل شخص آخر. وتمنع المادة 393 من ذات الوثيقة جميع المعاملات التي يكون محلها الحيوانات المنوية أو البويضات حتى بين الزوجات الضرات، سواء تمت هذه الاتفاقات بعوض أو بدون عوض. ويمنع كذلك التعامل في الأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو ابنتا.

---

[1] تنص المادة 93 من القانون المدني بأنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا". وتضيف المادة 97 المتعلقة بالسبب بأنه: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا".

واقترح المشروع التمهيدي لقانون الصحة عقوبات جزائية على كل مخالفة للشروط القانونية المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب المنوه عليها في المادة 388، حيث تعاقب المادة 455 على كل مخالفة للمادة 388 بالحبس من (05) إلى (10) سنوات وبغرامة 500.000 دج إلى 100.000 دج. واقترحت المادة 456 عقوبة مخالفة أحكام المادة 393 المتعلقة بالتبرع وبيع المنتجات التناسلية، بالحبس من (10) سنوات إلى (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

3- الأحكام الواردة في قانون العقوبات.

لا يوجد في قانون العقوبات أحكاما جزائية تردع الطبيب أو الزوجين المخالفين للشروط القانونية المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، والاستعانة بالأم البديلة تحديدا. ولم يحدد المشرع من خلال قانون العقوبات موقفه بشأن تجريم فعل الزوجين الذين يلتجئان إلى هذه الطريقة أو الاقتصار على تجريم أعمال الوساطة والإشهار والتسهيل للحصول على الطفل. كل ما يمكن تلمسه في هذا المعنى نص المادة 320 من قانون العقوبات، التي وردت في القسم المخصص لترك الأطفال العاجزين وتعريضهم للخطر وبيع الأطفال. بحيث تعاقب تلك المادة بالحبس من (02) شهرين إلى ستة (06) أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج، كل من حرض أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد، وذلك بنية الحصول على فائدة، وكل من تحصل من أبوين أو من أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلهما الذي سيولد أو شرع في ذلك، وكل من حاز مثل هذا العقد أو استعمله أو شرع في استعماله، وكل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك[1].

والواقع أن الاستعانة بالأم البديلة من قبل الزوجين العاجزين على الإنجاب يعد إهدارا حقيقيا لمعنى الأمومة وضياعا لمعناها، ويعد في نفس الوقت اعتداء على حقوق الطفل القادم للحياة. وبغض النظر إن كان الاتفاق الذي يتم بين الزوجين والأم البديلة بمقابل مادي أو غير ذلك، فإن العبرة في حماية كرامة الأم والطفل لا ينظر إليه بالمقابل التي سوف تأخذه الأم نظير حملها بذلك الطفل، وإنما في عملية الحمل بأمشاج الغير في حد ذاتها. وهو ما انتبه إليه المشرع من خلال مشروع قانون الصحة الجديد الذي منع بموجبه تسليم البويضات الملحقة لفائدة الأم البديلة سواء مقابل أو بدون مقابل، واقترح في نفس الوقت عقوبات جزائية ليس فقط على أعمال الوساطة، وإنما على كل مخالفة لتلك الضوابط

[1] لأكثر تفاصيل، حول أركان جريمة ترك الأطفال، وتطبيقاتها على بعض الممارسات الطبية الحديثة المرتبطة بتكنولوجيا الإخصاب الاصطناعي، راجع، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، دار هومة، الطبعة الثالثة، 2006، ص 182.

القانونية المقررة لحماية كرامة الإنسان. لكن الالتجاء إلى الأم البديلة لا يعد التطبيق الوحيد ضمن أعمال المساعدة الطبية على الإنجاب الذي أثار مشاكل قانونية وأخلاقية، وإنما توجد عمليات أخرى لم تكن معروفة في السابق، ويتعلق الأمر بتداول المنتجات التناسلية التي بدورها أثارت العديد من المشاكل الأخلاقية والقانونية العويصة يتم التطرق فيما يلي.

المطلب الثاني

المشاكل الناجمة عن تداول المنتجات التناسلية البشرية وحفظها

ارتبطت تقنيات التلقيح الاصطناعي بعملية تجميد المنتجات التناسلية وتخزينها (سائل منوي، بويضات، أمشاج ملقحة)، التي يرجع إليها الفضل في التطور الذي يشهده الطب التكاثري[1] وقد نجح العلماء لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية من تجميد الحيوانات المنوية المستخرجة من جسم الإنسان سنة 1962، حيث حافظت هذه الأخيرة على خصوبتها عن طريق سائل النتروجين. ثم تواصلت الأبحاث إلى تمكن العلماء من تجميد البويضات، ثم إلى تخزين المضغ وإعادتها في الدورة الرحمية[2]. أما في فرنسا، فقد فتح أو مركز لحفظ النطف سنة 1973 بإحدى المستشفيات العمومية بباريس، ثم أخذت تلك المراكز في الانتشار، وأصبحت تسمى بمراكز الدراسات وحفظ البويضات والنطف البشرية

[1] يتم تخزين المنتجات التناسلية في مخابر التحاليل البيولوجية والمراكز المتخصصة، برقائق خالية من الفيروسات تحتوي على مضادات الصقيع الخلوية، وتوضع في ثلاجات متخصصة تصل درجة حرارتها إلى 196 درجة مئوية تحت الصفر، يستعمل فيها سائل النيتروجين، وعند الحاجة إليها يتم استخراجها من الثلاجات وإعادتها لدرجة حرارة تعادل درجة حرارة الجسم. لأكثر تفاصيل أنظر، عباس أحمد الباز، تجميد الحيوانات المنوية والبويضات رؤية فقهية طبية، مجلة كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلد 41، العدد 01، 2014، ص 217.

[2] ترجع أولى المحاولات لتجميد الحيوانات المنوية إلى عالم البيولوجيا الإيطالي Lazzaro Spallanzani، الذي أجرى عدة تجارب علمية سنة 1776 إلا أنها لم تفلح في إيجاد طريقة بسيطة وفعالة في حفظ السائل المنوي. وخلال سنة 1940 نجح العلماء في الولايات المتحدة الأمريكية في تجميد مني حيوان الثور، أين لوحظ بأنه بعض إذابة الحيوانات المنوية استعادت حركتها وحيويتها مرة أُخرى، واستمرت الجهود خلال منتصف القرن العشرين إلى أن تمكن العلماء في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1962 من ابتكار طريقة فعالة للتبريد باستعمال النتروجين السائل، ومنذ ذلك التاريخ بدأت تظهر العديد من بنوك النطف عبر العالم، ثم جاء الدول على تجميد البويضات والمضغ البشرية، وقد شهد العالم ميلاد أول طفل بواسطة المضغ المجمدة سنة 1985، لمزيد من الإيضاحات حول بعض الجوانب العلمية، أنظر،

CLEMENT Jean-Loup, *Mon père, c'est mon père, L'histoire singulière des enfants conçu par Insémination Artificielle avec Donneur*, éd. L'Harmattan, Paris, 2006. p. 07.

(CECOS)، تتمثل مهامها الأساسية في تخزين المنتجات التناسلية لاستعمالها لأغراض علاجية أو البحث العلمي أو التبرع[1].

واليوم، أصبحت مراكز التلقيح الاصطناعي خارج الجسم تلجأ إلى عملية حفظ وتجميد المواد التناسلية، نظرا لأهميتها من الناحية الطبية والبيولوجية، فقد تستعمل هذه الطريقة لتحسين الخصوبة، أو بهدف التشخيص قبل الزرع، أو الوقاية من انتقال الأمراض الجنسية[2]. كما تستعمل للحفاظ على الأمشاج وعدم إهدار الأجنة السليمة القابلة للحياة وتوفير احتياطي من العينات الحية للرجوع إليها عند الحاجة[3]. إلا أن العملية لم تعد تقتصر على الأغراض الطبية فحسب، بل أصبحت أحيانا خيارات شخصية عند أفراد لا يعانون من المرض وإنما يريدون التبرع مثلا، أو لتأجيل عملية الإنجاب بسبب التخوف من بلوغ

---

[1] وكانت نشاطات المراكز تتم آنذاك في ظروف شبه سرية في ظل غياب الإطار القانوني المنظم لعملها، الذي تم وضعه بموجب قوانين أخلاقيات البيولوجيا لسنة 1994.

[2] حول الإشكالات الأخلاقية التي تطرحها عمليات التلقيح الاصطناعي بالنسبة للأشخاص المصابين بمرض فقد المناعة المكتسبة، وضرورة التفرقة في هذا المجال بين الفحص البيولوجي للسائل المنوي للتأكد من خلوه من الفيروسات، وتنقيته قبل إجراء عملية التخصيب خارج الجسم، والتشخيص قبل الزرع بغرض انتقاء الأجنة لتحسين النسل، وتأثيرات ذلك على حقوق الطفل القادم للحياة، أنظر، رأي اللجنة الوطنية الاستشارية الفرنسية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة المؤرخ في 1998/02/10 تحت رقم 56، المتعلق بالمشاكل الأخلاقية الناتجة عن الرغبة في إنجاب طفل من طرف الزوجين المصابين بمرض الإيدز.

Le premier avis portant sur le cas des couples où l'homme est séropositif, a préconisé d'utiliser la technique de procréation la moins risquée, à savoir l'insémination artificielle avec le sperme traité (CCNE, Problèmes éthiques posés par le désir d'enfant chez les couples où l'homme est séropositif et la femme séronégative, *avis n° 56, 10 févr. 1998*). Un second avis, portant sur la situation inverse, a fait état des incertitudes concernant la protection, non de l'homme lui-même, mais de l'enfant à naître, l'AMP pouvant conduire à la naissance d'un enfant porteur du VIH (CCNE, L'AMP chez les couples présentant un risque de transmission virale – Réflexions sur les responsabilités, avis n° 69, 8 nov. 2001).

وفي هذا الصدد أيضا، جاء في الفصل السادس من القانون التونسي المتعلق بالطب الإنجابي، أنه يمكن استثنائيا للشخص غير المتزوج والذي يخضع لعلاج أو الذي يستعد للخضوع إلى عمل طبي من شأنه أن يؤثر على قدرته على الإنجاب، اللجوء إلى تجميد أمشاجه قصد استعمالها لاحقا في إطار رابطة زواج شرعي، وفي نطاق الطب الإنجابي، وطبقا للقواعد والشروط الواردة بهذا القانون.

[3] لهذا أصبح الكثير من الأشخاص يلجئون إلى تلك المراكز من أجل تخزين منتجاتهم التكاثرية لأسباب علاجية، فقد تكون هذه العلمية مفيدة طبيا بالنسبة للرجال الذين يعانون مثلا من أمراض الخصية، أو الذين تتعرض عندهم الحيوانات المنوية للتناقص المستمر، أو الذين يعانون من أمراض السرطان ويحتاجون إلى العلاج الكيميائي أو بالأشعة يؤثر على تركيبة الكروموزومات في الحيوانات المنوية، مما ينتج عنه إعاقات خلقية وتشوهات في الجنين، أو الرجال الذين يواجهون صعوبات بالغة في إعطاء العينة البيولوجية وقت الحاجة لها، وكذا النساء اللائي يعانين من مشاكل في الإباضة أو في بطانة الرحم، أو وجود احتمال انقطاع الطمث مبكرا، أو النساء المصابات بأمراض تتطلب استخدام أدوية تحوي مواد تسمم الغدد، أو النساء المقبلات على الخضوع لعملية جراحية وقاية لاستئصال المبيض. وقد تكون عملية الحفظ بطلب من الزوجين معا لتخزين أمشاجهما الملقحة.

سن اليأس، أو الخشية من التعرض للمخاطر كالجنود والمسافرين. كل ذلك أدى إلى تكون كميات كبيرة من العينات البيولوجية بالمخابر، ما يسهل بالطبيعة نقلها وتداولها والتعامل فيها[1].

ونظرا لحساسية المنتجات التناسلية من جهة، واحتوائها على البيانات الشخصية والوراثية من جهة أخرى، بدأ التخوف منذ البداية من الانزلاق الأخلاقية وانعكاساتها على المنظومة الأسرية والاجتماعية. وعلى سبيل المثال، ظهرت مشاكل قانونية متصلة بالمسؤولية الطبية على الأخطاء في علميات نقل البويضات أو زرع الحيوانات المنوية والمضغ[2]، أو مسؤولية المختبر عن عملية الحفظ والاستعمال وانتقال الأمراض[3]. وتحديات تتعلق بحماية البيانات الوراثية والأسرار الطبية[1]. بالإضافة إلى

---

[1] Sur les problèmes éthiques posés par les biobanques.V. Avis du comité consultatif national d'éthique n° 77 du 20 mars *2003 problèmes éthiques posés par les collections de matériel biologique et les données d'information associées : « biobanques », « biothèques » ;* BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, *Contrats et vivant, le droit de la circulation des ressources biologique*, édi. delta, Paris, 2006. p. 119.

[2] V. en ce sens, Directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative *à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains*. (JO. L. 102 du 07 avril 2004, p. 48).

[3] ولتفادي التلاعب بالمنتجات ذات الأصل البشري وضمان قواعد الحذر والسلامة، اشترطت التشريعات الحديثة أن تتم عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب من طرف مؤسسات معتمدة وتحت إشراف هيئات مراقبة أخلاقية وطبية، وأن يراعى الجانب الوقائي من انتقال الأمراض، أنظر المواد، 389، 390، 391 من المشروع التمهيدي للقانون المتعلق بالصحة، وكذا التعليمة الصادرة وزارة الصحة والسكان بتاريخ 2001/05/12 تحت رقم 300 المتعلقة بالممارسات السريرية والبيولوجية الحسنة للمساعدة الطبية على الإنجاب. وفي القانون المقارن، أنظر، المواد 1211 – 6 و1211 – 7 و1211 – 9 من قانون الصحة العمومية الفرنسي، وكذا المادة 511 – 11 من قانون العقوبات الفرنسي.

ومن الأمثلة القضائية عن المسؤولية الجزائية في مجال التلقيح الاصطناعي، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 2010/06/29، بأن عدم إتباع قواعد السلامة والوقاية الصحية المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات، خلال مراحل المساعدة الطبية على الإنجاب، الذي ينجم عنه تعريض حياة المريضة أو سلامتها الجسدية للخطر، يشكل بأركانه جنحة تعريض حياة إنسان للخطر المنصوص عليها في قانون العقوبات.

« Dès lors que, en méconnaissance de l'art. L. 2141-1 et de l'arrêté relatif aux règles de bonnes pratiques, la réalisation d'actes d'assistance médicale à la procréation est intervenue sans évaluation préalable d'une équipe pluridisciplinaire, sans bilan clinique complet des deux partenaires et sans bilan sanitaire et diagnostic, la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement a exposé la patiente à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente et l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui est constituée » Crim. 29 juin 2010: *Bull. crim. n° 120; AJ pénal, 2010, 551, obs. Lasserre Capdeville; RSC, 2010, 856, obs. Mayaud.*

وفي مجال المسؤولية الإدارية للمؤسسات الاستشفائية عن سوء حفظ المنتجات التناسلية، اعتبر القضاء الإدارية بفرنسا بأن تلف المضغ البشرية الملقحة بالأنبوب بسبب عدم صلاحية أجهزة التبريد أو مواد الحفظ المستخدمة، لا يعد في حد ذاته فعل مستحق للتعويض، إلا إذا أثبت الزوجان بأنه كان لهما مشروعا مشتركا للإنجاب، وبالتالي تفويض الفرصة عليهما في أن يصبحا أبوين. وكانت محكمة أول درجة قد رفضت كذلك منح التعويض على أساس الضرر المعنوي الذي أصاب الزوجين، لأن البويضات الملقحة

المعضلات الأخلاقية الكبرى التي لم تكن متوقعة، أهمها إجراء علميات التلقيح الاصطناعي من مني الشخص بعد وفاته، والتبرع بالأمشاج البشرية والاتجار فيها بطريقة غير مشروعة. ما استدعى تدخل المشرع من أجل وضع الضوابط القانونية، والحدود التي يتم من خلالها كيفية التصرف تلك المنتجات البشرية.

الفرع الأول

استعمال المواد التناسلية المجمدة في التلقيح بعد الوفاة

ترتب عن الإمكانيات العلمية في تجميد وتخزين المنتجات التناسلية لفترات طويلة، استعمال النطف البشرية والمضغ المجمدة في عمليات التلقيح الاصطناعي بعد وفاة صاحبها، سواء كرغبة منه في الخلود، أو رغبة من الزوجة في إتمام المشروع الأسري المشترك بينهما. ما أدى إلى احتدام الجدل

لا تعتبر شخصا عزيزا عليهما فقداه نتيجة تقصير المستشفى، كما لا تعتبر المضغ الفائضة من عملية التلقيح الاصطناعي شيئا ذو قيمة مالية وفقا للمادة 16 – 1 من القانون المدني، واكتفت المحكمة بالتعريض عن الضرر المادي.

Le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils qu'il utilise dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation. Toutefois, la perte d'embryons du fait de la défaillance d'un appareil n'est source de préjudice indemnisable que dans la mesure où le couple apporte la preuve qu'il poursuit un projet de procréation auquel cette perte porte atteinte. Ainsi, en l'absence de tout projet parental, un couple n'est pas fondé à soutenir que l'incident ayant conduit à la perte des 9 embryons in vitro est à l'origine pour eux tant d'une perte de chance d'être parent que d'un préjudice lié à la difficulté de mener une nouvelle procréation médicalement assistée. CAA Douai, 6 déc. 2005, M. et Mme T., req. n° 04DA00376 : *D. 2006, IR 180 ; AJDA, 2006. 442, concl. Le Goff ; RFDA, 2006. 178 ; RTD civ. 2006. 87, obs. Hauser*. En premier ressort, le tribunal administratif avait considéré que les troubles dans les conditions d'existence subis du fait de la défaillance de l'appareil devaient être indemnisés. TA Amiens, 9 mars 2004, Épx Tellier : *AJDA, 2004, 1546, note Hennette-Vauchez ; D. 2004, 1051, note Labbée ; RFDA, 2004. 786, concl. Boutou; JCP 200, II, 10003, note Corpart; RTD civ. 2004, 482, obs. Hauser.*

[1] حول إمكانية استرجاع المواد التناسلية المجمدة من أجل إجراء خبرة بيولوجية تتعلق بالبصمة الوراثية لإثبات صلة الأبوة بعد الوفاة، واحترام الحق في الحياة الخاصة وكرامة الميت. أنظر، قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 2008/04/02، سابق الإشارة إليه،

L'article 16-11 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, selon lequel sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort, est immédiatement applicable aux situations en cours. Dès lors, une cour d'appel, saisie d'une action en recherche de paternité, qui relève que la preuve du consentement du père recherché, décédé en 2001, à ce que des échantillons de sperme déposés auprès du CECOS dans le but d'auto-conservation, puissent servir à son identification par empreintes génétiques, n'était pas rapportée, et que celui-ci n'avait pas exprimé de son vivant son accord pour une expertise génétique quels qu'en soient le procédé et la forme, n'a pu qu'en déduire que le demande, tendant à voir ordonner une telle expertise post-mortem, devait être écartée. Civ. 1re, 2 avr. 2008, no 06-10.256: *D. 2008. AJ 1145, obs. Gallmeister; D. 2008, 2121; JCP, 2008, Actu. 252; JCP 2008, II, 10132, note Binet.*

بين المهتمين بأخلاقيات البيولوجيا ورجال الدين، حول مشروعيتها من الناحية القانونية والأخلاقية والدينية. وتأثره على الحقوق الطبيعية للطفل الذي سيلد يتيما بدون شك[1].

أولا: موقف القضاء من التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة.

تناولت الجهات القضائية عدة قضايا تتعلق بمدى أحقية المرأة المتوفى عنها زوجها في استلام النطف المجمدة الخاصة بزوجها، الذي قام بإيداعها بالمستشفى أو مركز حفظ المنتجات التناسلية، من أجل استعمالها في عملية التلقيح الاصطناعي. وقد كشفت تلك القضايا عن عدة إشكالات تتعلق بالتكييف القانوني للعقد المبرم بين الشخص المعني والمركز، وكذا الطبيعة القانونية للمادة البيولوجية الحية المحفوظة، واحترام إرادة الميت، وحقوق الطفل. كان للاجتهاد القضائي موقف بشأنها، لكن القضاء ظل منقسما حول تلك المسائل بين مؤيد ومعارض.

1- الاجتهاد القضائي المؤيد لاستخدام النطف المجمدة بعد الوفاة.

طرحت أول قضية أمام القضاء الفرنسي حول إمكانية إجراء علمية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة سنة 1984، إثر دعوى قضائية رفعتها أرملة الهالك Alain PARPALAIX أمام محكمة المرافعة الكبرى بـ Créteil ضد مركز الدراسات وحفظ السائل المنوي، تطالب من خلالها بإلزام المركز أن يسلمها البذرة الخاصة بزوجها المجمدة بالمستشفى من أجل غرسها برحمها. وقد تمسكت المدعية بمبدأ احترام إرادة المتوفى ومشروع الزواج المشترك، بحكم أن هذا الأخير كانت له الرغبة الملحة في إنجاب طفل منها، بدليل أنه أبرم معها عقد الزواج المدني والديني أيام فقط قبل وفاته. كما أنه احتفظ بعينة من سائله المنوي من أجل استعمالها في عملية الإخصاب. إلا أن المركز دفع بأن المعني لم يعبر عن موافقته، ولم يخطره صراحة بشأن التصرف في النطفة المجمدة بعد الوفاة[2].

---

[1] يوجد الملايين من الأطفال ولودوا في العالم بهذه الطريقة. وعلى سبيل المثال تشير الإحصائيات إلى أنه بين 30.000 إلى 60.000 طفل يولدون سنويا في الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق التبرع بالنطف. أما في بفرنسا، فقد تم تسجيل ميلاد حوالي 50.000 طفل بهذه الطريقة منذ بدأ عمل مراكز حفظ المنتجات التناسلية سنة 1973 إلى غاية 2013.

V. Le Parisien, *On manque de donneurs de sperme*, 12 novembre 2013. Le Monde, *Les personnes nées d'un don de sperme veulent connaître leur géniteur*, 08 juin 2010.

[2] وقد كان الهالك قد أصيب أثناء حياته بمرض سرطان الخصية، وتم تحذيره من طرف طبيبه المعالج آنذاك بمخاطر الإصابة بالعقم، وكذا بالتأثيرات الجانبية للعلاج الذي سيخضع في المستقبل على الخصوبة. وتبعا لذلك توجه ذلك الشخص إلى مستشفى Kremlin-Bicêtre لانتزاع عينة من نطفه وحفظها تحسبا لاستعمالها في المستقبل، إلا أن المعني توفي بتاريخ 1983/12/23

وقد أثارت هذه القضية إشكالية أمام القضاء حول التكييف القانوني للتصرف المبرم بين الشخص المودع للعينة البيولوجية والمستشفى بتاريخ 1981/12/07، وإمكانية تطبيق الأحكام الخاصة بعقد الوديعة المنصوص عليها في المادة 1915 من القانون المدني[1]. لكنها اصطدمت بالمبدأ المستقر عليه في عدم قابلية الجسم ومكوناته لأن تكون محلا للمعاملات المالية، لأن البذرة المجمدة لا تعتبر فقط من عناصر الجسم البشري، بل تحتوي أيضا على القدرة على إنشاء الحياة لدى الإنسان. ومن جهة أخرى، طرحت على القضاء إمكانية تطبيق الأحكام المتعلقة بالتبرع بالأعضاء البشرية، التي جاء بها قانون Caillavet المؤرخ في 1976/12/22 المتعلق بانتزاع الأعضاء، إلا أنها استبعدت نظرا لاختلاف الطبيعة البيولوجية بين المني وأعضاء الجسم البشري[2].

في الأخير أصدرت المحكمة حكمها في 1984/08/01 يقضي بإلزام مركز الدراسات وحفظ النطف بتسليم رقائق السائل المنوي المجمد بمعية طبيب. وذهبت المحكمة في حيثياتها إلى أن القانون لم ينظم علمية حفظ السائل المنوي، أو إمكانية بتسليم النطف المجمدة للأرملة، كما أنه لم يحظر تلك الأعمال، إلا أن ذلك لا يتعارض مع الحق الطبيعي للشخص والمقصد من الزواج ألا وهو إحداث النسل. ومن جهة أخرى، فإن المركز لم يثبت ما يدعيه بأن الهالك كان يعترض على إعادة تسليم نطفه بعد الوفاة، ما يحتم عليه احترام إراداته، وقبوله الضمني للشروط. أما فيما يخص العقد فإن المحكمة صرحت بأن الاتفاق من طبيعة خاصة sui generis يرتب التزام على عاتق البنك بحفظ السائل المنوي المودع لديه، وإرجاعه للمانح أو للشخص المستفيد[3].

أما في إنجلترا، فقد عرفت قضية مشابهة فصلت فيها محكمة الاستئناف لانجلترا و ويلز سنة 1997، إثر دعوى قضائية طرحت بين أرملة السيد Blood ضد الهيئة الوطنية للخصوبة وعلم الأجنة، حيث كان الزوج قيد حياته يتابع علاج العقم بإحدى المستشفيات، إلا أنه أصيب بحادث مفاجئ

متأثرا بالمرض، بعدها تقدمت أرملته ووالديه بطلب أمام المركز تمكينهم من العينة البيولوجية الحية، على أن يتم أخدها بمعية طبيب، إلا أن طلبهم قوبل بالرفض مما اضطرهم إلى رفع الدعوى القضائية.

[1] تقابلها المادة 590 من القانون المدني الجزائري، التي عرفت الوديعة بأنها: "عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا".

[2] Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 *relative aux prélèvements d'organes* (dite loi Caillavet). JORF du 23 décembre 1976, p. 7365.

[3] « Les règles du contrat de dépôt telles qu'elles sont définies par les articles 1915 et suivants du Code Civil ne peuvent s'appliquer à la présente espèce qui concerne non pas une chose tombant dans le commerce mais une sécrétion contenant le germe de la vie et destinée à la procréation d'un être humain [...] Il apparaît que la convention du 7 décembre 1981 constituait un contrat spécifique comportant pour le CECOS obligation de conservation et de restitution au donneur, ou de remise à celle à qui le sperme était destiné ». T.G.I Créteil, 1er août 1984, *JCP 1984, 2, 20321, Gaz. du Pal. 1984, 2, p. 560.*

أدى إلى إدخاله قسم الإنعاش، وبقي في غيبوبة عميقة إلى أن توفي قبل أن يترك وثيقة يعبر فيها صراحة عن رضاه في التصرف في نطفه المجمدة، بعدها طلبت أرملته من المستشفى استرجاع العينة من اجل استعمالها في عملية التلقيح الاصطناعي، بعيادة بالمملكة المتحدة أو تصديرها إلى دولة أخرى يسمح قانونها الداخلي بالتلقيح بعد الوفاة، تحقيقا لأمنية زوجها في أن يكون له طفل منها، إلا أن الهيئة الوطنية للخصوبة اعترضت على عملية التسليم.

وقد دفعت هيئة الخصوبة وعلم الأجنة، بأن تجميع مواد الجسم في هذه الحالة لا يتوافق والشروط القانونية المتعلقة بالموافقة المسبقة الحرة والمستنيرة للسيد Blood. في حين استندت المدعية إلى اتفاقية روما ونظام تقديم الخدمات بين دول الإتحاد الأوروبي، الذي يشمل الخدمات الصحية بما فيها العلاج التكاثري، وكذا اجتهاد محكمة العدل الأوربية بشأن سريان النظام على المستفيد من الخدمة أيضا[1]. كما استندت المدعية من جهة أخرى إلى نظام حرية تنقل البضائع بين دول الإتحاد الأوربي، والسوابق القضائية لمحكمة العدل الأوربية في هذا الشأن، التي اعتبرت بموجبه النطف المستخرجة من الحيوانات بضاعة، تسري عليها أحكام المادة 28 من اتفاقية روما، فضلا على التعريف الذي وضعته للأشياء التي يمكن تقديرها بمال[2].

وفي الأخير، تبنت محكمة الاستئناف الطرح التي استندت عليه المدعية، وأعطى الأولوية لمبدأ الحريات، معتبرة بأن السائل المنوي البشري من الأشياء الخاضعة لنظام النقل، ومنحت بالتالي الحق للمدعية في أن تقوم باسترجاع المني المجمد الخاص بزوجها، ونقله إلى بلجيكا أين تمت عملية التلقيح بنجاح[3].

2- الاجتهاد القضائي الرافض لاستخدام النطف المجمدة في عملية التلقيح بعد الوفاة.

على نقيض الاجتهاد القضائي السابق، رفضت عدة جهات قضائية التزام مراكز حفظ المواد البيولوجية بتسليم السائل المنوي المجمد، لاستعمالها في عملية التلقيح اللاحقة على الوفاة. إلا أن القضاء اختلف في إعطاء المبررات القانونية. وعلى سبيل المثال، فصلت محكمة المرافعة الكبرى بـ Toulouse بتاريخ 1991/03/26 في قضية أرملة كانت تطالب من خلالها بإلزام المستشفى أن يسلم لها عينة

[1] Arrêt Luisi et Carbone, décisions n° 286/82 et 26/23, du 31 janvier 1984, Cour de justice des Communautés européennes.
[2] La définition communautaire de bien appréciable en argent et susceptible comme tels d'être l'objet de transactions commerciales. Arrêt Communauté c/ Italie, décisions n° 7/68, du 10 décembre 1968, Cour de justice des Communautés européennes.
[3] R v Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood, [1997] 2 All ER 687.

النطف التي قام بإيداعها زوجها المتوفى، على أساس المسؤولية العقدية، مع العلم أن الشخص المتوفى كان قيد حياته قد أمضى على وثيقة يرفض فيها استعمال العينة البيولوجية إلا بحضوره وبموافقته المسبقة. وأن المحكمة رفضت طلب المدعية وأمرت بإتلاف البذرة المجمدة[1]. وطرحت هذه القضية إشكالية، تتعلق بإمكانية انتقال العينة البيولوجية عن طريق الميراث للزوجة بعد وفاة زوجها، حتى في حال وجود الوثيقة التي تركها الهالك، أو اعتبار تلك العينة البيولوجية من عناصر الجثة، وبالتالي تخضع للحماية المقرر لهذه الأخيرة[2].

وبفرنسا دائما، توصلت محكمة Créteil بقضية أخرى تتعلق بالتلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، لكن في هذه المرة كيفت المحكمة العقد بأنه عقد وديعة، وأن النطف البشرية المنفصلة عن الجسم عبارة عن شيء. لكنها على النقيض، رفضت الحكم بإرجاع العينة البيولوجية إلى الزوجة على أساس المادة 152 – 2 من قانون الصحة العمومية المعدلة بموجب القانون 94 – 654، التي اشترطت بأن يكون المستفيدين زوجين متكونين من رجل وامرأة على قيد الحياة، في وقت إجراء عملية الإخصاب الاصطناعي[3].

واستمرت المحاكم في رفض طلبات تسليم السائل المنوي لصالح الأرملة بعد التعديل القانوني، وتأكيدا لذلك صدر حكم عن محكمة Rennes بتاريخ 2009/10/15 يقضي برفض طلب المدعية الرامي لاسترجاع النطفة المجمدة لعدم تأسيسه قانونا، رغم أن الزوج المتوفى كان قد أودع عينة من نطفه بالمركز، بعد علمه بمرض السرطان الذي أصابه[4]. إلا أن القضاء الفرنسي رغم ذلك، اعترف بحق الطفل الذي ولد نتيجة تلقيح صناعي بعد وفاة في نسبه لأبيه، وقد أسست محكمة استئناف

---

[1] T.G.I Toulouse 26 mars 1991, D. 1992, Somm. 61, obs. X. Labbée ; JCP, 1992, II, 21807, note P. Pédrot.

[2] حول إمكانية إدخال النطفة البشرية المجمدة ضمن التركة التي تؤول للأرملة بعد وفاة زوجها، أنظر، حكم محكمة الاستئناف بكاليفورنيا سنة 1993.

Affaire Hech c/ Superior Court, 20 Cal. Rptr. 2d 275 (ct. app. 1993).

[3] Il a été jugé que : « la convention conclue entre un CECOS et un particulier en vue d'assurer la conservation de son sperme est un contrat de dépôt » T.G.I Créteil, 4 avr. 1995, *LPA 24 déc. 1997, note Taglione.*

Le Conseil d'État a pu affirmer que les centres de conservation des embryons congelés sont dépositaires de ces derniers V. Conseil d'État, Rapport public, De l'éthique au droit, 1988, Doc. fr., p. 65.

[4] C.A. Rennes, 22 juin 2010: *D. 2011, Pan. 1585, obs. Granet-Lambrechts; JCP, 2010, n° 897, obs. Mirkovic, confirmant T.G.I Rennes, 15 oct. 2009, D. 2009, Chron. 2758, note Chabault-Marx, obs. Galloux; JCP, 2009. 377, note Binet; Gaz. Pal. 2009, 3412, note Pierroux; AJ fam. 2009, 495, obs. D. Martin; RJPF 2010-2/35, obs. Garé; RLDC 2009/66, n° 3652, obs. Pouliquen; RTD civ. 2010, 93, obs. Hauser. – Bernard-Xémard, RLDC 2010/73, n° 3885.*

Angers قرارها على أن الطفل تشكل في فترة الزواج، ولكنه قدم إلى الحياة بعد سنتين من وفاة والده، وهو في ذلك يتساوى مع شقيقيه الذين ولدا بواسطة عملية الزرع داخل الرحم، لكنهما قدما للحياة قبل وفاة والدهما[1].

3- موقف القضاء من نقل المضغ بعد الوفاة لاستكمال المشروع الأسري.

فضلا على الإشكالات التي يطرحها استعمال السائل المنوي المجمد بالبنوك البيولوجية، أثيرت أمام القضاء مسالة طبية أخرى أكثر حساسية، ويتعلق الأمر بإمكانية نقل المضغ البشرية بعد وفاة الزوج. ففي هذه الحالة تكون المضغة مكونة ولا ينقصها إلا استكمال عملية النقل داخل الرحم، علما أن عملية التصرف في المضغة تتطلب موافقة الزوجين معا[2]. وقد طرحت القضية في بادئ الأمر أمام محكمة المرافعة الكبرى بـ Rennes، إثر دعوى رفعتها امرأة تطالب فيها بإلزام مركز الدراسات وحفظ السائل المنوي بتمكينها من إجراء عملية التلقيح الاصطناعي خارج الجسم بعد وفاة زوجها. علما أن هذا الأخير توجه قيد حياته معها، وقام إيداع نطفته التي تم تخصيبها[3].

إلا أن المحكمة وفي حكمها المؤرخ في 1993/06/30 رفضت الاستجابة لطلب المدعية، موضحتا أن القانون الطبي بما في ذلك القانون المتعلق بالقطع الإرادي للحمل، لا يحمي سوى المضغ البشرية المستنبتة بالرحم، ولا يهتم بأمنيات الزوجين. كما أن القانون يشترط لممارسة السلطة الأبوية أن يكون ميلاد الطفل متوقعا، وأن تمارس هذه السلطة لمصلحة الطفل مثل الاعتراف بصلة الأبوة الطبيعية

---

[1] T.G.I. Angers , 10 nov. 1992, *D. 1994, Somm. p. 30, note X. Labbée.*

[2] وهو نفس الحكم الذي ينطبق على نقل المضغ بعد انحلال الرابطة الزوجية، وقد فصلت الغرفة الموسعة للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ 2007/04/17، في هذه الإشكالية إثر دعوى قضائية رفعتها سيدة ضد بريطانيا، التي رفض قضائها السماح لها بنقل المضغة المجمدة المتأتية من طلقيها بالاستناد على المادة 08 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. إلا أن المحكمة الأوربية رفضت الدعوى، مرجحتا احترام إرادة الشخص الذي رفض عميلة نقل المضغة أو أنجاب طفل من صلبه منها، رغم أن حالة العقم كانت مؤكدة.

CEDH 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni,* n° 6339/05, *D. 2007, AJ. 1202, obs. C. Delaporte-Carré; RTD civ. 2007, 295, obs. J.-P. Marguénaud, et 545, obs. J. Hauser.*

[3] وقد أثيرت في هذه القضية العديد من الإشكالات الأخلاقية والقانونية، لاسيما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للمضغ الثلاثة المجمدة، التي حاولت المدعية إقناع المحكمة أنها تتمتع بالحق في الحياة المكفول قانونا، الذي يقتضي استكمال المسار الطبي الذي كان يصبو إليه الزوجين، في ظل انعدام السند القانوني الذي يجيز للمركز توقيف الإجراءات بعد وفاة الزوج. الشيء الذي عارضه المركز، الذي ذهب إلى أن الإجراءات الطبية تتوقف بمجرد الوفاة، وليس للمرأة حق ممارسة السلطة الأبوية في هذه الحالة. في حين أكدت النيابة العامة أن العقد قانوني ومنتج لآثاره، لأن التقنيات الحديثة في الإنجاب لا تتعارض مع الفطرة الطبيعية للتوالد البشري، غير أن إرادة الشخص في هذه الحالة قد اتجهت فقط إلى استعمال نطفته في عملية التلقيح الخارجي، ولا تمتد إلى إنجاب طفل من والد فرد أي يتيم الأب.

للجنين. وبالتالي فإن التصرف في المضغ المستكنة بالأنبوب لا يكون إلا بإرادة كلا الزوجين الغائبة بسبب وفاة أحدهما. ورفضت المحكمة في النهاية دعوى الأرملة لعدم التأسيس القانوني[1].

وتأكيدا لذلك، صدر قرار آخر عن محكمة استئناف Toulouse بتاريخ 1994/04/18 يقضي برفض طلب تسليم البيضات الملقحة للأرملة وأمر أيضا بإتلافها، مبررا بأنه لا يمكن للمرأة تستفيد من المساعدة الطبية على الإنجاب إلا إذا كان زوجها على قيد الحياة، ولا يمكن أن تكون التقنيات الطبية للتلقيح الاصطناعي عاملا في التفكك الأسري، بل يجب استعمالها في الأغراض العلاجية. في إشارة إلى حق الطفل في أن يكون له والدين وأن يعيش في أسرة متكاملة[2]. ثم أيدت محكمة النقض الفرنسية القرار، وصرحت بأنه لا يمكن للمساعدة الطبية على الإنجاب أن تستعمل إلا في ميلاد طفل يعيش في كنف أسرة متكاملة. وبتالي استبعاد إمكانية استمرار عملية التلقيح خارج الجسم، في حال تفككت الأسرة التي كانت تنوي استقباله بسبب وفاة الأب، وهذا قبل البدء في تنفيذ آخر مرحلة من عملية زرع المضغة برحم الزوجة[3].

أما القضاء الألماني فقد عرف قضايا مماثلة، منها قضية فصلت فيه محكمة Neubrandenburg بتاريخ 2009/08/12 بناء على دعوى كانت قد رفعتها امرأة ضد عيادة طبية، طلبت من خلالها إلزام هذه الأخيرة بتسليمها البويضة الملحقة بمني زوجها المتوفى قبل سنة إثر حادث مرور، لاستكمال إجراءات زرعها بالرحم ببولونيا، إلا أن العيادة رفضت الطلب على أساس أن تسليم الخلايا الملقحة يعد اشتراكا في جريمة نقل الخلايا الجنسية بعد وفاة صاحبها دون رضاه، في حين زعمت المدعية بأن أحكام قانون العقوبات لا مجال لها للتطبيق في قضية الحال، لأن عملية تلقيح البويضة تمت أثناء حياة المتبرع وبإرادته الحرة ولا يوجد فعل مجرم. لكن المحكمة لم تساير هذا الطرح، وصرحت بأن طلب المدعية يرمي في النهاية إلى تكوين جنين في زمن لاحق لوفاة صاحب الحيوانات

---

[1] T.G.I. Rennes, 30 juin 1993, *JCP, 1994, II, 22250, note Neirinck*.

[2] C.A. Toulouse, 18 avril 1994, 2563/93 P. c/ Centre hospitalier de la Grave; *JCP, 1995, II, 22472, note Neirinck*.

[3] « L'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation *in vitro* ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus, ait été réalisée ». Civ. 1re, 9 janv. 1996: *Bull. civ. I, n° 21; R., p. 237; D. 1996. 376, note Dreifuss-Netter; JCP. 1996, II, 22666, note Neirinck; Defrénois 1996, 532, obs. Massip; Gaz. Pal. 1996, 2, 400, note Bonneau; RTD civ. 1996, 359, obs. Hauser.*

المنوية المخصبة، وأن العيادة كان لها الحق عندما رفضت تسليم البويضات، لأن الفعل يمكن أن يشكل بأركانه اشتراك في الجنحة المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي بعد الموت[1].

والملاحظ بأن القضاء في الدول الغربية ظل منقسما حيال الدعوات الرامية إلى الإقرار بمشروعية نقل المضغ بعد الوفاة لاستكمال المشروع الأسري، وحاول الاهتداء إلى القيم الأخلاقية والمصالح الجديرة بالحماية القانونية، حيث حاول القضاء الرافض لنقل المضغ بعد الوفاة الأخذ بعين الاعتبار رغبة الزوجين الذين كان يطمحان في إنجاب طفل يقاسمها رصيدهما الوراثي، دون أن تتحقق رغبتهما أثناء حياة الزوج واحترام إرادتهما وحريتهما. ومن جهة أخرى، حاول الاتجاه القضائي المعارض لتلك الفكرة الارتكاز على ضرورة حماية المراكز القانونية داخل الأسرة والمجتمع، وتجنبا للمشاكل القانونية التي قد تنجم عن استعمال هذه التقنيات، التي قد تضر بالطفل القادم للحياة من الناحيتين السيكولوجية والاجتماعية.

ثانيا: موقف التشريعات من التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة.

منعت العديد من التشريعات المقارنة المتمسكة بالبعد البيولوجي واحترام قوانين الطبيعة، إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي باستعمال المضغ المجمدة بعد وفاة صاحبها. في حين سمحت قوانين أخرى بإتباع هذه الوسيلة في إحداث الحمل تحت ذريعة احترام إرادة الشخص وحريته وتجسيد المشروع الأسري المشترك، لكنها قيدت العملية بشروط وضوابط. كما كان للفقه الإسلامي آراء مختلفة حول الموضوع. ومن جانبه، لم يغفل المشرع الجزائري على معالجة الإشكالية ووضع الضوابط القانونية اللازمة.

1- التشريعات الرافضة لفكرة استخدام المضغ المجمدة بعد الوفاة.

منعت العديد من التشريعات إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي باستعمال المضغ المجمدة بعد وفاة صاحبها، ولقد رأى الفقه في ذلك ترجيحا للبعد البيولوجي للإنسان واحترام لطبيعته البشرية. ومن بين تلك التشريعات التشريع الفرنسي، الذي نص في المادة 2 – 2141 .L فقرة 2 من قانون الصحة العمومية، بأن التلقيح الاصطناعي يهدف إلى تحقيق أغراض علاجية لمشكل الخصوبة أو لتلافي انتقال الأمراض الخطيرة للطفل أو أحد الزوجين. ويشترط أن يكون الرجل والمرأة الخاضعين للعملية يشكلان زوجا على قيد الحياة وفي سن الإنجاب. ويكون موقفا لعملية التلقيح الاصطناعي أو نقل المضغ وفاة

[1] Landgerichts Neubrandenburg vom 12.08.2009 (2 O 111/09).

أحد الزوجين أو إيداع عريضة لفك الرابطة الزوجية أو الانفصال الجسماني بينهما أو وضع حد لحياتهما المشتركة أو تراجعهما عن موافقتهما كتابيا[1].

هذا الموقف الصارم للمشرع الفرنسي لم يساير كليا التوجهات السياسية والاجتماعية التي أشارت إليها اللجنة الوطنية الاستشارية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة، في رأييها الصادر سنة 1993 وكررته أيضا سنة 2011. حيث لم تعارض اللجنة إجراء علمية نقل الأجنة المجمدة في رحم الزوجة بعد وفاة زوجها، تحقيقها لرغبتهما ومشروعهما المشترك في إنجاب طفل، وتدعيما أيضا لحرية المرأة في الإنجاب. إلا أن اللجنة لم تخفي تضارب وجهات نظر أعضائها حيال هذه المسألة الحساسة، وإبراز الرأي المعارض الذي ذهب إلى أن الإجراء يمكن أن يمس بحقوق الطفل القادم للحياة الذي سوف يولد بدون شك يتيما. وقياسا على ذلك أبرزت اللجنة المقاربة بين هذه الحالة، والحالة التي تكون فيها المرأة حاملا بالجنين بعد عملية التخصيب ثم يتوفى عنها زوجها. مع ضرورة التأكيد على شرط الموافقة المسبقة، وتقييد المدة الزمنية التي يتم خلالها إجراء العملية بعد الوفاة، وتعديل الأحكام الخاصة بالنسب[2]. كما أن مجلس الدولة ذهب أثناء إبدائه الرأي حول مشروع قانون أخلاقيات البيولوجيا للإقرار بحق المرأة في نقل المضغ المجمدة بعد الوفاة، وقد تجسد ذلك في مسودة النص الذي عرض على الجمعية العامة ولم يتم المصادقة عليه[3]. ولا يزال وفيا لموقفه حتى بعد صدور القانون الذي يحظر عملية

---

[1] Art. L. 2141-2 du Code de la santé publique *(L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011, art. 33-1°)* dispose que « L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.
L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer «et consentir» préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation… ».

[2] « Il n'existe aucune raison convaincante de refuser à priori ce choix à la femme elle-même» et que «dans le cas où une FIV a été réalisée du vivant de l'homme et où les embryons ont été congelés... la disparition de l'homme ne fait pas disparaître les droits que la femme peut considérer avoir sur ces embryons qui procèdent conjointement d'elle et de son partenaire défunt... L'homme disparu, on ne voit pas qui ou quelle autorité pourrait in fine faire valoir sur les embryons des droits égaux ou supérieurs à ceux de la femme et s'opposer à son projet dûment éclairé et explicitement énoncé d'entreprendre une grossesse après transfert des embryons congelés », Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin). Rapport. n°40 - 17 décembre 1993.
V. aussi, Avis sur La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple. Rapport. n° 113 du 10 février 2011.

[3] Conseil d'Etat : « Les lois bioéthiques 5 ans après », janvier 1999, La Documentation française ; Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 ; Rapport n° 3528 du 01/01/2002 au nom de la Commission spéciale de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi relatif à la bioéthique ; Rapport n° 3525 du 09/01/2002 au nom de la Délégation aux droits des femmes de l'Assemblée Nationale.

النقل بعد الوفاة وهكذا فقد سمح بموجب قراره المؤرخ في 2016/05/31 لرعية إسبانية بأن تقوم بنقل الخلايا التكاثرية الخاصة بزوجها لبلدها الأصلي لاستكمال عملية الإخصاب الاصطناعي بعد وفاة زوجها[1].

وقد سار على هذا النحو في أوربا ألمانيا، فصحيح أن القانون الألماني الصادر سنة 1990 المتعلق بحماية الجنين، لا يجيز صراحة بنقل المضغ البشرية بعد الوفاة، ولكنه لم يمنعها. غير أن التوجيه الصادر عن المنظمة الفدرالية للأطباء سنة 2006 أفاد بأنه في حال وفاة أحد الزوجين أو تراجع عن موافقته على حفظ الخلايا التناسلية أو مواصلة عملية الإخصاب خارج الجسم، يتعين استبعاد الخلايا المجمدة. ويعاقب القانون الألماني على بعض الأفعال ذات الصلة مثل التلقيح اللاحق للوفاة أو نقل الأجنة دون مراعاة موافقة المرأة[2]. وفي إيطاليا، يمنع القانون المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب التلقيح بعد الوفاة كأصل عام وكذا تجميع المضغ البشرية، لكنه سمع بصفة ضيقة في بعض الحالات المرضية المستعصية التي تسبب العقم للزوجة إجراء علمية التلقيح بعد وفاة الزوج بعد مدة معينة[3].

2- التشريعات المؤيدة لفكرة استخدام البويضات الملقحة المجمدة بعد الوفاة.

على نقيض الموقف التشريعي السابق، ذهبت العديد من الدول باتجاه إباحة استخدام المضغ البشرية المجمدة في علمية الزرع بعد الوفاة، شرط توافر الموافقة الكتابية والمدة الزمنية الممنوحة للمستفيد للتفكير في الأمر. واختلفت القوانين في كيفية تسوية الوضعية القانونية لنسب الطفل. فالمشرع البلجيكي اعتبر الرغبة في الإنجاب واختيار نمط الأسرة من الحقوق الأساسية للإنسان، وبالتالي فإن القانون المؤرخ في 2007/07/06 يسمح للأرملة بنقل الأجنة بعد انقضاء فترة بين 06 و24 شهر بعد الوفاة[4].

---

[1] CE , ass., 31 mai 2016, *Mme A.,* n° 396848, D. 2016, 1470, obs. M.-C. de Montecler, 1472, note H. Fulchiron, et 1477, note B. Haftel; AJDA, 2016, 1092, et 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; AJ fam. 2016, 439, obs. C. Siffrein-Blanc, et 360, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RFDA, 2016, 740, concl. A. Bretonneau, et 754, note P. Delvolvé ; RTD civ. 2016, 578, obs. P. Deumier, et 600, obs. J. Hauser.

[2] Ministère de la Justice française, *La transplantation d'embryon post-mortem (Allemagne, Belgique, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni),* Paris, le 6 janvier 2010, p. 03.

[3] La loi n° 40 du 19 février 2004 *sur la procréation médicalement assistée*. La gazette officielle, n° 45, du 24 février 2004.

[4] L'art. 16 de la loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes dispose qu' « il ne pourra être procédé à l'implantation post mortem qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de l'auteur du projet parental et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent le décès dudit auteur ».

في هولندا، يلزم القانون بإتلاف كل خلية جرثومية محفوظة بعد وفاة صاحبها، باستثناء أعمال البحث العلمي، أو في حال وجود مشروع إنجاب مشترك لطفل، تم تجسيده في وثيقة مكتوبة. ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الإسباني، الذي أقر بإجراء عملية زرع اللقاح بعد الوفاة، وحسب المادة 09 من القانون المؤرخ في 2006/05/26 فإنه يتعين أن تتم العملية بعد 09 أشهر من الوفاة.

أما في بريطانيا، فقد ضبط القانون المتعلق بالإخصاب وعلم الأجنة قواعد وطرق الحفظ ومدة تخزين الخلايا، ويشير القانون أن مدة الحفظ بالنسبة للغدد التناسلية (10) سنوات و(05) سنوات إذا أراد الشخص أن يحافظ على مواده التناسلية في إطار المشروع الأسري، وفتح القانون المجال على إمكانية استعمال المضغ بعد الوفاة شرط الموافقة الكتابية[1].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يسمح القانون أيضا بعملية النقل بعد الوفاة، وقد ذهبت بعض الممارسات لأبعد من ذلك، بحيث يتم استخلاص البذرات التناسلية من جثة صاحبها. وقد تمت أول حالة في سنة 1978، وقد طالب العديد من الجنود الأمريكيين تجميد نطفهم بسبب المخاطر التي يتعرضون لها خلال الحروب وخشية الوفاة[2]. إلا أن المحكمة العليا بـ Arkansas في قرارها المؤرخ في 2008/01/10 لم تعترف بصفة الوريث إلا للأطفال الذين قدموا للحياة إثر علمية تلقيح صناعي تمت قبل الموت[3].

3- موقف الفقه الإسلامي.

أثار التلقيح بعد الموت خلافا بين فقهاء الشريعة الإسلامية، سواء إذا كان الزوج قد قام بحفظ منيه قبل الموت لتلقيح بويضة الزوجة عند تقدمه في السن، أو بعد الوفاة بوصية منه أو بدون وصية. وعلى العموم يتوقف معرفة الحكم في هذه المسائل في إثبات بقاء العلاقة الزوجية بعد الموت أو انتهائها. ووفقا لجانب من الفقه، فإن الأصل الشرعي الذي يناط به حكم المسألة هو تقدير زمن انتهاء فترة الزوجية بسبب الموت، هل يتحقق بحصول الموت أم بانقضاء العدة بعد الموت؟ فمن المقرر في فقه الشريعة أن الموت سبب في انقضاء كل التصرفات والعقود التي كان المكلف قد عقدها قبل موته، وعقد النكاح مما ينفسخ بموت أحد الزوجين، وبوقوعه تترتب عليه آثاره الشرعية من عدة ونفاذ الوصية وتقسيم

[1] Loi de 1990, révisée en 2008, *relative à la fécondation et à l'embryologie humaine*. Loi de 2003 *relative à la procréation médicalement assistée post mortem.*

[2] Ministère de la Justice française*, Le transfert d'embryons post mortem en droit comparé Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Grèce, Italie, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suisse*, Paris, le 6 janvier 2010. p.02.

[3] Supreme Court of Arkansas, Finley v. Astrue, 627 (2008).

التركة. وتخريج الحكم لهذه المسائل بقياس الموت على الطلاق البائن بينونة كبرى، الذي يفضي إلى حل الرابطة الزوجية وذهاب محله.

وبالتالي يرى جمهور الفقهاء أن موت الزوج أو الزوجة يمنع على الطرف الآخر استخدام المواد التكاثرية المجمدة في عملية التلقيح الاصطناعي، سواء في أثناء العدة أو بعدها. حيث يرى الحنفية ورواية عن أحمد أن الزوجية تنقطع بالموت، ولأن الموت فرقة تبيح للزوج أن يتزوج أخت زوجته المتوفاة لأن العدة من جهة المرأة لا الرجل، كما أن الزوج بالموت ليس له تغسيل الزوجة أو لمسها أو النظر إليها. أما بخصوص نسب الطفل المولود فلا يثبت إذا كان نتيجة استعمال أمشاج مجمدة أثناء العدة من وفاة، وبالتالي لا يحق للأرملة مطالبة الطبيب باستكمال مراحل العملية، رغم وجود الرغبة المشتركة للزوجين أثناء الحياة في إنجاب ذلك الطفل[1]. وهذا ما أفتى به مجمع البحوث الإسلامية بمصر بعدم جواز عملية النقل بعد الوفاة[2].

وخلافا لذلك، يرى جانب آخر من الفقه أن العلاقة الزوجية تبقى قائمة بعد الموت، حيث يرى فقهاء المالكية والشافعية أنه يجوز للزوجة أن تغسل زوجها، كما يجوز للزوج أن يغسل زوجته لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة "ما ضرك لو مت قبلي فغسلتك وكفنتك وصليت عليك ودفنتك"[3] . فالزوجية تبقى قائمة بعد الموت ولا تنقطع إلا بانقطاع العدة، كما أن حقوق النكاح لا تنقطع بالموت أيضا. وتبعا لذلك، فإن استعمال الزوجة مني زوجها المتوفى المجمد أثناء فترة العدة جائز ويثبت النسب إليه، فإذا كانت نطف الزوج قد سحبت منه برضاه وجمدت لأغراض الإخصاب، فهي محترمة حال خروجها، واعتبر وجود أصل الجنين كوجوده، فحتى لو كانت منفصلة عن البيضات فيمكن حقنها بها داخليا أو خارجيا[4]. وفي هذا يرى الدكتور عبد العظيم المطعني أستاذ الدراسات العليا في جامعة الأزهر وعضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة أنه يجوز للزوجة أن تزرع التلقيحة بعد وفاة زوجها وأن الابن يرث من أبيه بدون الرجوع للورثة لأن العقد المبرم ذو شقين، شق للزوجة وشق للزوج وشق هي تستأثر بحق الاثنين وأن الزوج كان موافقا على عملية التلقيح الصناعي، ولكن المنية عاجلته وعلى المركز الذي لديه التلقيحة الصناعية أن يلتزم بشروط العقد، لأنه جميع أركانه صحيحة[5].

---

[1] حول هذا الرأي الفقهي، راجع، عباس أحمد الباز، تجميد الحيوانات المنوية والبويضات رؤية فقهية طبية، المرجع السابق، ص 227.

[2] مجمع البحوث الإسلامية، القاهرة، بتاريخ 2001/03/29 تحت رقم 01.

[3] رواه النسائي، السنن الكبرى، كتاب وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، 5895.

[4] حول هذا الرأي أنظر، زبيدة أقروفة، المرجع السابق، ص 58.

[5] الشرق الأوسط، علماء مسلمون يختلفون حول مشروعية الإنجاب من الزوج المتوفى عن طريق التلقيح الصناعي، 2002/05/03.

والوقائع أن مسألة التلقيح بعد الوفاة تعتبر من المستجدات الطبية التي لم تكن معروفة في زمن الأئمة، وأن فقهاء الشريعة الإسلامية حاولوا الاجتهاد لإعطاء الحكم الشرعي لها مستندين تقريبا لنفس الأفكار التي اعتمد عليها الفكر القانوني الغربي الذي عالج الموضوع، منها حجية العقد وسريانه بعد الموت، وكذا إمكانية انتقال النطفة أو اللقيحة المجمدة عن طريق الميراث، بالإضافة إلى امتداد أثار عقد الزواج في فترة العدة.

4- موقف التشريع الجزائري.

أخذ المشرع برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، وتوجه القوانين المقارنة التي تحظر إجراء علمية التلقيح الاصطناعي أو نقل المضغ بعد الوفاة، واشترط في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة صراحة، أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، لما يترتب على ذلك العديد من المشكلات الاجتماعية والأخلاقية والقانونية المرفوضة. ووفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، إذا انتهى عقد الزوجية بموت أو طلاق، فإن التناسل بين الزوجين يعتبر لاغيا وباطلا[1]. كما أكد المشروع التمهيدي لقانون الصحة هذا المبدأ، واشترط أن تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب حصرا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة ويشكلان زوجا مرتبطا قانونا[2].

ويمكن الاستنتاج مما سبق بأن التلقيح الصناعي بعد الوفاة يمس حتما بحقوق الطفل القادم للحياة، الذي سوف يكون بدون شك يتيم الأب، وأن ذلك الأمر لم يكن مقدرا عليه وإنما تم بفعل الإنسان، ما يؤدي إلى انعكاسات نفسية واجتماعية سلبية على الطفل، ورغم أن بعض القوانين المقارنة حاولت وضع شروط للتخفيف من وطئت الأضرار، وهذا بتحديد مدة زمنية معينة من تاريخ الوفاة لإجراء علمية التلقيح، وتقييد الالتجاء إلى هذه الطريقة في بعض الحالات الباثولوجية المستعصية للمرأة التي لم يستطع الأطباء معالجتها قيد حياة الأب. إلا أن ذلك لا يحول دون تحقيق الضرر، فلا يمكن إذن التضحية باعتبار الطفل القادم للحياة في سبيل تحقيق رغبة الزوجين، وأن المشرع أحسن ما فعل عندما أغلق هذا الباب بموجب قانون الأسرة، وأكده بموجب مشروع قانون الصحة. والملاحظ أيضا أن تجميد الأمشاج البشرية الملقحة لا تقتصر على إجراء علمية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، وإنما طرحت أيضا مشكلة التبرع بالمواد التناسلية، وحتى استعمالها لأغراض تجارية وصناعية تخرج عن المساعدة الطبية على الإنجاب.

---

[1] العربي بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص 293.

[2] أنظر، المادة 388 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة.

الفرع الثاني
التبرع بالمواد التناسلية واستعمالها لأغراض تجارية وصناعية

منذ أن تمكن العلماء من تجميد المواد التناسلية، تجاوز الأطباء العقبات التقنية التي تحول دون نقل المنتجات التكاثرية وإعادة استعمالها بصفة طبيعة. ما زاد من الاهتمام بتلك العناصر البشرية، ليس فقط في الحقل الطبي لكن في المجالات التجارية والاصطناعية أيضا. فذهبت العديد من الدول إلى فتح المجال أمام التبرع بالأمشاج لفائدة الغير، ضمن برامج الرعاية الصحية أو المساعدة الطبية على الإنجاب. كما أن بعض الشركات المختصة في مجال التكنولوجيا الحيوية أصبحت تستعمل المواد التناسلية في منتجاتها الصيدلانية، وامتد نطاق الاستغلال إلى المجالات التجارية البحتة. بحيث أصبحت هذه الأخيرة تعامل مثلها مثل بقية السلع تجارية الأخرى، التي تباع لتحقيق الربح المادي.

أولا: التبرع بالأمشاج البشرية.

يعد موضوع التبرع بالمواد التناسلية والمضغ البشرية، من المواضيع التي أخذت حيزا هاما من النقاش الدائر حول مشروعية بعض وسائل المساعدة الطبية على الإنجاب. وقد اختلفت تشريعات الدول في تنظيم المسألة. إلا أن التبرع بالمواد التناسلية والبويضات الملقحة لا يزال يطرح العديد من المشاكل من الجانب الديني والأخلاقي والقانوني، سواء في الدول التي تقر بمشروعية تلك الممارسات الطبية أو الدول التي تعارض إجرائها.

1- مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي بإسهام الغير من الناحية الشرعية والقانونية.

ترفض العديد من تشريعات الدول الإسلامية، فكرة الاستعانة بالأمشاج الخاصة بالغير في عملية التلقيح الاصطناعي، انطلاقا من الضوابط الشرعية التي حددها علماء الفقه الإسلامي، بأن يتم التلقيح باستعمال ماء الزوج، وبويضة يتم انتزاعها من زوجته الشرعية، ثم ينقل بعد ذلك إلى رحمها[1]، فالتبرع بالأمشاج فكرة مرفوضة رفضا تاما في الشريعة الإسلامية. وذلك لأن الإنجاب الشرعي لا يتم إلا في إطار الزوجية الصحيحة، وأثناء قيامها[2].

---

[1] راجع على سبيل المثال، الفصل الرابع من القانون التونسي المتعلق بالطب الإنجابي، الذي ورد فيه أنه: "لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة إلى شخصين متزوجين، وعلى قيد الحياة، وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط. وأن يكونا في سن الإنجاب" .

[2] العربي بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص 292.

وهكذا جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المتعلق بحكم أطفال الأنابيب، تحريم كافة أنواع الاستعانة بنطفة الرجل أو بويضة امرأة، في إحداث الحمل خارج إطار العلاقة الزوجية الشرعية[1]. وقد تأكد ذلك من خلال القرار الصادر عن نفس الهيئة العلمية لعام 1990 والمتعلق بحكم البيضات لملقحة الزائدة عن الحاجة، الذي ورد فيه بأنه يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، وشدد القرار على اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع[2].

وقد سار المشرع الجزائري على هذا النهج حينما اشترط في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، بأن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما. وأكد المشرع موقفه في المادة 388 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة العمومية، **على أنه لا يمكن اللجوء في هذا النوع من العمليات إلا بالاستعانة بالحيوانات المنوية للزوج أو بويضة الزوجة دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر**[3].

أما في الدول الغربية، فقد عارض جانب من الفقه فكرة الاستعانة بأمشاج الغير في عمليات التلقيح الاصطناعي، الذي يعد شكلا من أشكال التبني قبل الولادة. حيث يرون بأن تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية في عملية الإنجاب، يهدم النظام الاجتماعي والقانوني ويحوله إلى فوضى، وهذا ما يتجلى من خلال حجم المشاكل المتراكمة على الجهات القضائية، وصعوبة ضبط معايير العلاقات الدموية التي تجمع بين أفراد العائلة الواحدة. فقد يتنازع على الطفل عدة أطراف، وأحيانا يتبرأ منه الجميع لأنه مشوه أو يحمل صفات غير مرغوبة. كما لم يستبعدوا إمكانية الوقوع في التلقيح بين المحارم. إلا أن القليل من الدول حظرت كليا الالتجاء إلى التبرع مثل إيطاليا، التي يعد قانونها الصادر بتاريخ 2004/02/19 تحت رقم 40 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، أكثر القوانين الأوربية تشددا. حيث منع صراحة التبرع بالأمشاج والمضغ البشرية، مستندا لحق الطفل في أن يعيش في وسط عائلي مستقر، هذا الحق الذي يسمو على رغبة الأشخاص في الأبوة أو الأمومة. وعالج القانون من جهة أخرى

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المؤرخ في 1986/10/11 المتعلق بحكم أطفال الأنابيب، سابق الإشارة إليه.

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المؤتمر السادس بجدة – المملكة العربية السعودية – بتاريخ 14 – 20 مارس 1990 تحت رقم 55 (6/6)، المتعلق بحكم البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة. راجع في هذا الصدد أيضا، توصيات الندوة الطبية الفقهية المنعقدة بين المجمع والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بتاريخ 10 إلى 1988/10/13، حول الهندسة الوراثية والعلاج الجيني من المنظور الإسلامي، التي توصلت بأن زرع الغدد التناسلية محرم مطلقا، بحكم أنهما يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متن جديد، فإن زرعها محرم مطلقا نظرا لأنه يفضي إلى اختلاط الأنساب، وتكون ثمرة الإنجاب غير متولدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعد الزواج.

[3] من جهته منع المشرع التونسي اللجوء إلى الغير للتبرع بالأمشاج في إطار الطب الإنجابي، كما يمنع التبرع بالأجنة أيضا. (الفصل 14 من القانون المتعلق بالطب الإنجابي).

الحالات الواقعية الناجمة عن التبرع، وقطع أية علاقة بين الطفل والشخص المتبرع، معترفا بصلة الأبوة في إطار العلاقة الزوجية فقط[1].

لكن أغلب الدول الغربية اعتدت بمشروعية أعمال التبرع بالمنتجات التناسلية، غير أنها انقسمت بشأن هذه المسألة إلى ثلاثة فئات. منها دول سمحت فقط بالتبرع بالنطف، من بينها ألمانيا والنمسا وسويسرا والنرويج، واستندوا على مبررات أخلاقية وقانونية واجتماعية، أهمها ضرورة مراعاة حق الطفل في أن يكون له أم بيولوجية وأم حاملة واحدة، ولا يمكن بالتالي أن يتم إجراء انتزاع بويضة لامرأة إلا من أجل إعادة تلقيحها وزرعها برحمها. أما الصنف الثاني من التشريعات، تمثلها الدول التي تسمح بالتبرع بالأمشاج (خلايا تناسلية ذكرية، خلايا تناسلية أنثوية) Les gamètes دون المضغ Les embryons منها البرتغال والنمسا والسويد وسلوفينيا[2].

في حين سمحت دول أخرى بالتبرع بالأمشاج والمضغ البشرية معا، مثل فرنسا وانجلترا وبلجيكا. وعلى سبيل المثال، منذ صدور القانون 94 – 654 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق بالتبرع بعناصر ومنتجات الجسم البشري والمساعدة الطبية على الإنجاب، سمح المشرع الفرنسي بالتبرع بالأمشاج والمضغ البشرية في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب، ووضع المشرع الفرنسي مجموعة من الضوابط القانونية والأخلاقية، أهمها مبدأ السرية أي عدم الكشف عن هوية المتبرع، ومبدأ الموافقة المسبقة، ومبدأ المجانية. كما عالج عدة مسائل تتعلق بنسب الطفل، والعلاقة بين الأشخاص المتبرعين والمستقبلين وشروط إدارية وطبية أخرى[3].

وقد نظرت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في مدى تطابق القانون النمساوي للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، إثر تعديله للشروط القانونية الخاصة بالتبرع بالأمشاج، بموجب القانون الصادر

---

[1] V. CATTO Marie-Xavière, op. cit., p. 15.

[2] Agence de la biomédecine, *Encadrement international de la bioéthique*, édi. PARIMAGE, Paris, 2010, p.15.

[3] Art. L. 2141-6 *(L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011, art. 35-II)* « Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce ».

Art. L. 2141-7 *(L. n° 2004-800 du 6 août 2004, art. 24-I-7°)* « L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, *(L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011, art. 36-2°)* renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple ».

سنة 2008 المعدل للقانون المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، حيث منع هذا القانون الالتجاء إلى التبرع بالأمشاج إلا في حالة ثبوت العقم عند الرجل، وفي هذه الفرضية لا يسمح بإجراء سوى عملية التلقيح الاصطناعي دخل الجسم. وقد قررت المحكمة بتاريخ 2010/04/01 بأن قانون دولة النمسا لا يتماشى ومبادئ حقوق الإنسان، لأنه اعتمد في معالجة الأوضاع القانونية على التقنيات المختلفة للمساعدة الطبية على الإنجاب، الشيء الذي يعتبر تمييزا[1].

2- الإشكالات التي يطرحها مبدأ كتمان هوية المتبرع في القوانين المقارنة.

لقد تمخض عن السماح بالتبرع بالأمشاج بالنسبة للدول التي أقرت بمشروعية تلك الأعمال، مشاكل عويصة من الناحية الاجتماعية والنفسية، على أطراف العلاقة على حد سواء، فالأب البيولوجي قد يحن يوما إلى هذا المولود لأنه يحمل مورثاته، والأب الذي ولد على فراشه يظل يحس بالنقص ولن يعامله كما لو كان من صلبه، أما الطفل فلن تستقر نفسيته لما يجد عدة أطراف تتنازع عليه. وقد وجدت بعض الدول الحل في تكريس مبدأ كتمان هوية المتبرع[2]، بحيث لا يمكن للمستفيدين أن يتعرفوا على الواهبين ولا يمكن للطفل أن يعرف هوية والديه البيولوجيين. لكن رجحت دول أخرى حق الطفل في التعرف على هويته البيولوجية[3].

ومن الدول التي أقرت مبدأ كتمان الهوية، بولونيا التي استندت إلى مبدأ السر الطبي في ظل عدم وجود قوانين خاصة. أما إسبانيا فقد فتحت المجال ضيقا أمام الهيئة الطبية لاطلاع المستفيد على بعض الخصائص الفسيولوجية والاجتماعية للواهب[4]. وتعد فرنسا من بين الدول الداعمة لهذا المسعى، فقد نصت المادة 16 – 8 من القانون المدني بأنه لا يمكن إفشاء أية معلومات حول هوية الشخص الذي تبرع بأحد عناصر الجسم أو منتجاته، ولا يمكن للأطراف أن يتعرفوا على بعضهم البعض. ثم جاءت المواد L. 1244-7 و L. 2141-6 و L. 2141-7 من قانون الصحة العمومية لتفصل في تلك

---

[1] Violation des art. 8 et 14 Conv. EDH par une législation qui autorise l'insémination avec donneur pour une fécondation *in vivo* mais l'interdit pour une FIV. CEDH , sect. I, 1er avr. 2010, *S.H. c/ Autriche,* req. no 57813/00: *Constitutions 2010. 430, obs. Bioy; RTD civ. 2010. 291, obs. Marguénaud, obs. Hauser.* Même solution pour la prohibition du don d'ovule dans le cadre d'une FIV. Même arrêt.

[2] كما هو الشأن بالنسبة لانتزاع الأعضاء والأنسجة من جثث الموتى.

[3] وهو لا يعرف أصله فالأب المعطي البيولوجي مجهول والأب الذي يعيش تحت سقفه ويحمل لقبه يمثل له أبوة شكلية مزورة ومن جهة أخرى تخوف الكثيرون من فتح المجال أمام المستفيدين من التعرف على الخصائص الشخصية للمتبرع ما يؤدي إلى التمييز زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 86.

[4] القانون رقم 88 – 35 المؤرخ في 1988/11/22 المتعلق بتقنيات المساعدة على الإنجاب، المعدل والمتمم بموجب القانون 45/2003.

الشروط، ولم يكتف المشرع الفرنسي بذلك بل أضفت المادة 511 – 10 من قانون العقوبات الطابع الجزائي، على إفشاء المعلومات التي من شأنها الكشف عن هوية المتبرعين بالأمشاج البشرية أو المستفيدين[1]. أما بخصوص نسب الطفل، جاءت المادة 316 من القانون المدني لتقطع أية صلة نسب بين المانح والطفل، ومنعت المادة رفع أية دعوى قضائية تهدف إلى إثبات النسب أو قيام المسؤولية تجاه المتبرعين[2]. وعكس ما ذهب إليه بعض الفقه، الذي رأى بأن تلك الأحكام مخالفة للقواعد التي تحمي حقوق الطفل[3]، إلا أن المجلس الدستوري اعتبر بأنه لا يوجد أي مبدأ ذو قيمة دستورية، يحول دون اعتراف المشرع بصلة النسب بين الطفل الذي يتم إنجابه بواسطة التبرع والمانح، أو عدم تمكين الطفل من رفع دعوى المسؤولية ضده، وأضاف بأنه لا يمكن أن ينظر إلى مسألة عدم إعطاء الأطفال الوسائل الكفيلة للتعرف على هوية المتبرع من زاوية مخالفة مبدأ الحق في الرعاية الصحية[4].

---

[1] Art. 511-10 C. pén., « Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. ».

Art. 511-25 II. — « Est puni des mêmes peines le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à l'embryon et le couple qui l'a accueilli ».

[2] أعطى المشرع الفرنسي الحق للمرأة التي تضع مولودها بالمستشفى في أن لا تبوح بهويتها (المادة 326 من القانون المدني)، و يمكن تسجيل الطفل في سجلات الحالة المدنية باسم مجهول X. وقد اعتبر المجلس الدستوري ذلك غير مخالف للدستور. كما رفضت محكمة المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان إدانة فرنسا على هذا الأساس. ورأت فيه أن تشريعها لم يخرق هامش التقدير الذي يجب الاعتراف به في معالجة تلك المسألة الحساسة والمعقدة، من جانب أنه حاول إيجاد نوع من الموازنة بين حماية سرية المرأة وحق الطفل في الوصول إلى معرفة أصوله.

« Les art. L. 147-6 et L. 222-6 CASF, qui permettent à la mère de s'opposer à la révélation de son identité même après son décès, visent à assurer le respect de manière effective, à des fins de protection de la santé, de la volonté exprimée par celle-ci de préserver le secret de son admission et de son identité lors de l'accouchement tout en ménageant, dans la mesure du possible, par des mesures appropriées, l'accès de l'enfant à la connaissance de ses origines personnelles, et sont conformes à la Constitution. » Cons. const. 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC: *JO 17 mai 2012, p. 9154; D. 2013. 1235, obs. Régine, obs. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2012. 406, obs. Chénedé ; RDSS 2012. 750, note Roman ; RTD civ. 2012. 520, obs. Hauser.*

« Par la L. du 22 janv. 2002, qui s'efforce d'assurer équitablement la conciliation entre la protection du secret de la mère et la demande légitime de l'enfant concernant ses origines, la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs. » CEDH , gr. ch., 13 févr. 2003, *Odièvre c/ France: D. 2003. IR 739. Chron. 1240, par Mallet-Bricout ; JCP 2003. II. 10049, note Gouttenoire-Cornut et Sudre, étude Malaurie ; Gaz. Pal. 2005. 408, note Royant ; RJPF 2003-4/34, obs. Le Boursicot ; Dr. fam. 2003, n° 58, note Murat ; Chron. 14, par Gaumont-Prat ; LPA 11 juin 2003, note Roy ; RTD civ. 2003. 276, obs. Hauser, obs. Marguénaud ; RDSS 2003. 219, étude F. Monéger ; Europe 2003, n° 193, obs. Deffains* (absence de violation de l'art. 8 Conv. EDH sur la protection de la vie privée).

[3] حول هذا الرأي، أنظر على سبيل المثال، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 109.

[4] « Aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don et d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci. » Cons. const. 27 juill. 1994: *D. 1995, 237, note Mathieu; D. 1995. Somm. 299, obs. Favoreu.* « L'interdiction de donner les moyens

وفي محاولة لدفع القضاء للتصريح بعدم مطابقة مبدأ كتمان هوية المتبرع مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، قامت سيدة برفع دعوى قضائية ضد مركز الدراسات وحفظ النطف والبويضات أمام المحكمة الإدارية بـ Montreuil، تطالب فيها بإلزام المركز برفع السرية عن بعض البيانات غير الاسمية الخاصة بالمتبرع. إلا أن المحكمة في قرارها المؤرخ في 2012/06/14 رفضت الطلب، وأكدت بأن القانون يمنع حصول الطفل المولود عن طريق التبرع بالأمشاج بأن يصل إلى المعلومات التي تمكنه من التعرف على أصوله الشخصية، وأن هذا يتطابق مع الالتزامات الدولية في مجال حقوق الإنسان[1]. وهو نفسه رأي مجلس الدولة الذي عبر عليه بتاريخ 2013/06/13، حينما أكد بأن القواعد القانونية التي تحظر البوح بالمعلومات التي تسمح بالتعرف على هوية مانح المنتجات التناسلية، تعمل على إحداث توازن بين مصلحة المتبرعين والمستفيدين والطفل، وأن تلك الأحكام لا تتعارض مع المادة 08 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[2].

أما الاتجاه التشريعي المخالف، فقد رجح حق الطفل في معرفة أصوله البيولوجية. وعلى سبيل المثال، عرضت هذه المسألة على المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية، التي فصلت فيها بموجب القرار المؤرخ في 1989/01/31، بحيث منحت الطفل الحق في معرفة نسبه البيولوجي استنادا إلى الحق في ترقية شخصية الإنسان، وألزمت الطبيب الذي يشرف على عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة الحيوانات المنوية المتبرع بها أن يسهر على تمكين الطفل من استعمال حقه هذا، كما يتعين على الطبيب أيضا إخطار المتبرع بضرورة قبوله منح البيانات الخاصة بهويته[3]. وقد انتهجت عدة دول هذا المسعى، بحيث منح القانون في انجلترا الحق للأطفال المولودين بعد تاريخ 2005/04/01 بأن يصلوا إلى البيانات التي تمكنهم من التعرف على هوية المتبرعين، إلا أن رفع السرية عن البيانات لا يرتب أية مسؤولية تجاه الآباء البيولوجيين، وكانت السويد من أولى الدول التي ألغت مبدأ كتمان هوية المتبرع سنة

---

aux enfants ainsi conçus de connaître l'identité des donneurs ne saurait être regardée comme portant atteinte à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par ce Préambule. » Même décision.

[1] « La loi interdisant à un enfant né d'une insémination artificielle avec tiers donneur d'avoir accès à ses origines personnelles est conforme aux engagements internationaux de la France garantissant la protection des droits fondamentaux. » TA Montreuil, 14 juin 2012, req. n° 1009924 : *AJDA 2012 , 1188; AJ fam. 2012. 408, obs. Xémard ; D. 2012. 1618, obs. Mirkovic ; Dict. perm. Bioéthique et biotechnologies, bull. n° 228, juin 2012, p. 4, note Vigneau ; JCP 2 juill. 2012, n° 27, p. 802, obs. Binet ; RTD civ. 2012 , 520, note Hauser*.

[2] « Les règles législatives interdisant la divulgation de toute information permettant d'identifier l'auteur d'un don de gamètes traduisent un juste équilibre entre les intérêts du donneur, ceux du couple receveur et ceux de la personne issue du don et, partant, ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'art. 8 de la Conv. EDH. » CE , avis, 13 juin 2013, *M. A.*, req. n° 362981 : *AJDA 2013 , 1246; D. 2013. 1626, obs. Grand ; AJ fam. 2013. 416, obs. Dionisi-Peyrusse, note Binet ; RFDA 2013, 1051, concl. Crépay.*.

[3] Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 31/01/1989, BverfGE79, 256.

1984، حيث ألزم القانون الزوجين بأن يخبران الطفل عن كيفية قدومه إلى الحياة، وأقرت هولندا نفس المبدأ سنة 2004، وكذلك النرويج التي ذهب تشريعها بأن الحصول على المعلومات الضرورية يعتبر حقا دستوريا، و في بلجيكا فإن المسألة لم ينظمها القانون وقد ترك الأمر لاتفاق الطرفين[1].

3- التخوف من امتداد عمليات التبرع للزوجين المثليين أو تكوين أسر أحادية الوالد.

نجم عن تداول المنتجات التناسلية البشرية أيضا إمكانية مطالبة امرأة غير مرتبطة بعلاقة زوجية من الاستفادة من الحيوانات المنوية المجمدة في أحد البنوك لإنجاب طفل تستأنس به، ما من شأنه التسبب في تكوين أسر أحادية وأن ينشأ طفل في تلك الأسرة، ويعتبر ذلك أيضا اعتداء على التنظيم الاجتماعي للحياة الجنسية أو ما يسميه الباحثون بالأخلاق الجنسية. لهذا انتبه فقهاء الشريعة الإسلامية للأمر، واشترطوا أن يكون كل من الرجل والمرأة محل التلقيح الاصطناعي مرتبطين بعقد قران شرعي، وهذا الشرط يدل على جدية الزوجين في الإنجاب والحصول على الذرية، وعلى أنهما لجأ إلى هذه الوسيلة إلا لمجرد أن يتحقق بها غرض من أغراض الزواج وهو التناسل[2]. أما التشريعات الغربية، فقد اشترطت بدورها في الاستفادة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب قيام رابطت الزوجية عند المستفيدين، أو على الأقل إثبات بأن الخليلين يقيمان مع بضعهما لفترة معينة[3].

ثم ظهرت معضلة أخلاقية أخرى في الدول الغربية تتعلق بمطالبة الأزواج مثليي الجنس أو الأشخاص الذين خضعوا لعملية تغيير الجنس من حقهم من الاستفادة من الأمشاج المتبرع بها. ويتعين التنويه هنا، بأن الزواج بين أشخاص ينتمون إلى جنس واحد أصبح مشروعا في أغلب الدول الغربية، تجسيدا لمبدأ احترام الحياة الشخصية والعائلية والحرية الجنسية رغم معارضة الكنيسة[4]. ومن بين الدول التي أصدرت قوانين تبيح هذا النوع من الزواج إيطاليا[5] وبلجيكا[6] وإسبانيا[1] وإنجلترا[2] وفرنسا، التي أقر

---

[1] Agence de la biomédecine, op. cit., p.16.

[2] تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 100.

[3] وكان التشريع الفرنسي قد أكد على الشرط في المادة L. 2141-2 من قانون الصحة العمومية. إلا أنه بعد صدور القانون المؤرخ في 2011/07/07 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا، تخلى المشرع الفرنسي على الشرط الذي يلزم غير المتزوجين بإثبات عشرتهما لمدة سنتين (02) على الأقل. لكن يفهم من خلال مجمل المواد بأن المشرع الفرنسي استبعدت التبرع بالنطف أو المضغ لصالح المرأة غير المتزوجة إرضاء لرغبتها في إنجاب طفل.

[4] تعد ممارسة أعمال الشذوذ الجنسي وفقا للتشريع الجزائري جريمة معاقب عليها بموجب المادة 338 من قانون العقوبات. سواء تمت عن طريق الاتصال الجنسي المخالف للطبيعة بين رجلين أو ما يعبر عليه باللواط أو تمت عن طريق الممارسة الجنسية بين امرأتين أو ما يعبر عنه بالمساحقة. لأكثر تفاصيل حول هذه الجريمة، راجع، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 104.

[5] Loi n° 76 du 20 mai 2016 (GU Serie Generale n.118 del 21-5-2016).

[6] Loi du 13 février 2003, *ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, M.B., 28 février 2003, p. 9880.

برلمانها القانون المؤرخ في 2013/05/17 تحت رقم 2013 – 204 الذي يجيز الزواج بين الأشخاص بغض النظر عن جنسهم[3]. ومن جهتها اعترفت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب قرار مؤرخ في 2015/06/26 بزواج مثليي الجنس في كافة الولايات، واعتبرت بأن عقد الزواج لا يجب أن يبقى حكرا على شخصين مختلفين من الناحية الجنسية[4]. وأكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بأنه لا يوجد أي التزام يفرض على الدول أن تفتح المجال أمام مثلي الجنس لإبرام عقد الزواج[5].

وقد عارض أغلب الفقه السماح للزوجين مثليي الجنس بأن يستفيدوا من المساعدة الطبية على الإنجاب أو الاستعانة بأمشاج الغير[6]. وأكد ذلك المجلس الدستوري الفرنسي في قراره المؤرخ في

---

[1] Loi n° 13 du 01 juillet 2005, modifiant le Code civil.

[2] Marriage (Same Sex Couples) Act 2013.

[3] Art. 143 du C. Civ., Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JORF, n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

وقبل صدور القانون المشار إليه أعلاه، سبق للمجلس الدستوري قد أبدى رأيه حول مسألة زواج مثليي الجنس بموجب قرار مؤرخ في 2011/01/28، أين اعتبر بأن حرية الزواج المنصوص عليها دستوريا لا تمنع المشرع من تنظيم شروطه، وأن أحكام القانون المدني لا تحول دون تمكين مثليي الجنس من العيش معا كخليلين. ثم صدر قرار ثاني عن المجلس الدستوري بتاريخ 2013/05/17 لم يبدي اعتراضه على القانون الذي أقر زواج مثليي الجنس.

« Conformité à la Constitution, la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'art. 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; le dernier al. de l'art. 75 et l'art. 144 C. civ.. ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce Code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses art. 515-1 s.; le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe. » Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC: *Dalloz actualité, 7 févr. 2011, obs. Siffrein-Blanc; AJ fam. 2011, 157, obs. Chénedé; Dr. fam. 2011, n° 32, obs. Ouedraogo; Gaz. Pal. 2011, 870, note Chemla; RLDC 2011/80, n° 4175, obs. Gallois.*

« En ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage; il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation » (consid. n° 22). Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC: *JO 18 mai; D. 2013. 1643, note Dieu, obs. Douchy-Oudot; AJ fam. 2013. 332, note Chénedé; RFDA 2013. 923, note Delvolvé, note Drago; RDSS 2013, 908, note Brunet; Constitutions 2013. 166, note Le Pourhiet, note Pourhiet, obs. Chénedé; RTD civ. 2013, 579, obs. Hauser*.

[4] U.S. Supreme Court , Obergefell v. Hodges, 576 U.S. (2015).

[5] Il n'y a pas d'obligation pour un État d'ouvrir l'accès au mariage à un couple homosexuel. CEDH 24 juin 2010, req. n° 30141/04: *D. 2011. Pan. 1040, obs. Lemouland et Vigneau; AJ fam. 2010. 333; JCP 2010, n° 1013, note Fulchiron, obs. Gouttenoire; Dr. fam. 2010, n° 143, obs. E. Lagarde; RTD civ. 2010, 738, obs. Marguénaud, obs. Hauser.*

[6] من جهته رفض مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 1996/10/09، بالسماح لمثليي الجنس بتبني طفل بحجة أن الشخص المثلي الجنس الأعزب لا يملك الضمانات الكافية من الناحية السيكولوجية والعائلية والتربوية التي تمكنه من استقبال الطفل.

« Est légal en l'espèce le refus d'agrément opposé à un célibataire homosexuel qui, malgré des qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial,

2013/05/17، بأن الزوجين مثليي الجنس يوجدون تجاه عملية الإنجاب في وضعية مختلفة عن الزوجين المشكلين من رجل وامرأة، وأن مبدأ المساواة لا يطرح عندما ينظم المشرع وضعيات مختلفة بأحكام مختلفة، هذا وأن المشرع لم يخالف المبدأ عندما لم يحدث أية تعديلات على الشروط الواردة في قانون الصحة العمومية الخاصة بالتبرع بالأمشاج، في إشارة منه إلى أن الهدف الأساسي الذي أراد القانون تحقيقه من خلال تنظيمه لعمليات التبرع بالمنتجات التناسلية، يتمثل في معالجة حالات سريرية مؤكدة بواسطة تشخيص طبي يثبت نقص الخصوبة لدى الزوجين فقط[1].

éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté. » CE 9 octobre 1996, *Département de Paris*, *JCP* 1996, n° 22766 ; *D. 1997, Jur. p. 117, note P. Malaurie*.

غير أن محكمة المرافعة الكبرى بباريس سمحت لأول مرة بموجب حكم مؤرخ في 2001/06/27، لامرأة مثلية الجنس بتبني 03 أطفال قصر تم إنجابهم من طرف خليلتها بواسطة المساعدة الطبية على الإنجاب (عملية تلقيح صناعي تمت في الخارج)، وبررت المحكمة بأن الأطفال كانت تجمعه صلة قوية بهذه الأخيرة، وسمحت بالتالي للأطفال العيش مع الأم البيولوجية والمتبنية (الأم الاجتماعية) تحت سقف واحد. ويعد هذا الحكم البادرة الأولى لإنشاء أسر مثلية الجنس.

T.G.I Paris, 27 juin 2001, RTD civ. 2002, p. 84, *obs. J. Hauser ; Dr. famille 2001, comm. n° 116, note P. Murat*.

وأيدت محكمة النقض هذا التوجه في رأيين مؤرخين في 2014/09/22، أين اعتبرت بأن التلقيح الاصطناعي الذي يتم في الخارج بواسطة مني متبرع مجهول الهوية، لا يكون عائقا لتبني الطفل من طرف زوجة المرأة التي أنجبته بشرط توافر الشروط القانونية الأخرى للتبني. وقد رأى في ذلك بعض الفقه بأنه بداية منقلب جذري للعديد من المفاهيم القانونية لاسيما المتعلقة بالتبني، ويعد دعوى للمشرع بإعادة النظر في شروط الاستفادة من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب والتخلي عن شرط الغرض العلاجي، وبالتالي فتح المجال أمام استفادة المثليين من تلك التقنيات الطبية.

Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.006 et n° 14-70.007, *D. 2014. 1876, obs. A. Dionisi-Peyrusse 2031, note A.-M. Leroyer, 2015. 21, point de vue H. Fulchiron, 649, obs. M. Douchy-Oudot 702, obs. F. Granet-Lambrechts, 1007, obs. A. Dionisi-Peyrusse, et 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon ; AJ fam. 2014. 555 et 523, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2014, 872, obs. J. Hauser ; Rev. crit. DIP 2015, 144, note S. Bollée*.

V. GALLMEISTER Inès, *L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : quelles conséquences sur le droit de la filiation ?* D, 2015, p. 1777.

[1] « Les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe; le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit; par suite, ni le principe d'égalité, ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe le législateur modifie la législation régissant ces différentes matières. » Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc.

وكانت محكمة النقض فصلت بتاريخ 1994/03/09 في قضية امرأة ورجل اتفقا على أن يدخلا في علاقة مثلية، وقررا أن ينجبا طفلا عن طريق عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة نطفة الزوج، وقد نتج عن العملية ميلاد طفلة التي تم الاعتراف بنسبها لهما، وبعد مغادرة المرأة المنطقة التي كانت تقيم فيها، قام الأب الواهب بالمطالبة بحقه في ممارسة السلطة الأبوية على الطفلة، وقد مكنت محاكم الموضوع الأب البيولوجي من ممارسته حقه، الأمر الذي اعترضت عليه المرأة التي حاولت من خلال وجه الطعن الذي أثارته إقناع القضاة ببطلان العقد الذي التزم من خلاله الزوج أن يقوم بتخصيبها بواسطة حيواناته المنوية، رغم أن الطرفين التزما سلفا بالدخول في علاقة مثلية، وهو التصرف الذي يعد مخالفا للنظام العام ومتعارض مع مصلحة الطفل. لكن محكمة النقض تحاشت النظر في مدى

4- صعوبات تحديد المسؤولية الجزائية وفقا القواعد العامة لقانون العقوبات.

لقد منع المشرع الجزائري أعمال التبرع بالأمشاج واللقاح البشرية صراحة بموجب قانون الأسرة لمخالفة هذا العمل قيم المجتمع وأحكام الشريعة الإسلامية، فتكون بذلك عملية تخزين أو نقل المنتجات التناسلية بغرض التبرع من الأعمال الطبية غير المبررة قانونا والمخالفة لأخلاقيات مهنة الطب، حتى في حال توافر شرط الموافقة المسبقة للمريض والقصد العلاجي. لكن الإشكال يطرح من زاوية إمكانية تطبيق النصوص العقابية التقليدية التي تحمي الأعراض وكيان الأسرة في حال الإخلال بالشروط القانونية، كجريمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات وجريمة هتك العرض المنصوص عليها في المادة 336 من نفس القانون، في ظل عدم استحداث المشرع لنصوص عقابية أخرى[1].

فمن خلال استقراء مجمل النصوص العقابية، يتبين بأن الركن المادي لجريمتي الزنا وهتك العرض يستلزم أولا حصول فعل الوطء الجنسي بالطريق الطبيعي، أي إيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى. وفضلا على ذلك تتطلب الجريمة الأولى قيام رابطة الزوجية، في حين تشترط الجريمة الثانية استعمال العنف أو الإكراه ضد المجني عليها، الذي يعد عنصرا جوهرا في قيام جريمة هتك العرض[2].

مشروعية العقد، وركز في قرارها على الاعتراف بصلة الأبوة الطبيعية من قبل المانح، التي يترتب عليها قانونا الحق في ممارسته للسلطة الأبوية، وهو الإقرار التي لم تناقشه الطاعنة.

« Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen, que la convention par laquelle un homme engagé dans une relation homosexuelle accepte de donner son sperme à une femme également engagée dans une relation de ce type, en vue de la procréation d'un enfant par insémination artificielle, contrevient à l'ordre public ; que cet homme ne saurait, en raison de l'illicéité de cette convention, qui est contraire à l'intérêt de l'enfant et constitue un " détournement de l'insémination artificielle ", demander à exercer sur l'enfant l'autorité parentale, normalement dévolue à la mère ; que la cour d'appel a violé les articles 6 et 374 du Code civil; Mais attendu que la reconnaissance souscrite par M. Y... n'ayant pas été contestée, la cour d'appel était, dès lors, tenue de statuer sur la demande du père, conformément aux dispositions de l'article 374 du Code civil ; que le moyen n'est pas fondé. » Civ. 1re, 9 mars 1994, *D. 1995. 197, note Monteiro; Gridel, D. 1995, Chron. 275.*

[1] الواقع أن الشريعة الإسلامية انتهجت تجريم الزنا والعقاب عليه في كل الأحوال، سواء كان الجاني ذكرا أو أنثى وسواء كان متزوجا أو غير محصن، مع التفرقة بين العقوبة المقررة. أما التشريع الوضعي كالتشريع الجزائري، لم يذهب إلى تجريم كل فعل وطء في غير حلال، وإنما قصر العقاب على الفعل الذي يحصل من شخص متزوج على اعتبار أن فيه انتهاك لحرمة الزوج الآخر، ولا يجيز المتابعة إلا بناءا على شكوى الزوج المضرور. لأكثر تفاصيل حول جريمة الزنا، أنظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 125.

[2] أحسن بوسعقية، المرجع السابق، ص 88 و125.

وبالرجوع إلى عمليات التلقيح الاصطناعي التي تتم خارج إطار العلاقة الزوجية أو عن طريق التبرع، فإنها من الناحية التقنية تجرى بواسطة الحقن المجهري بالمختبر، ولا تتطلب إذن وطئا جنسيا طبيعيا. كما أن العملية لا تسعى في الحقيقة إلى إشباع الرغبة الجنسية. مما يطرح عدة صعوبات حول التكييف القانوني الملائم للأفعال المخالفة للشروط الواردة في قانون الأسرة، لاسيما ضرورة إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين فقط، وتكييف المسؤولية التي تقع على عاتق المتبرع والمستفيد أو الطبيب الذي يشرف على العملية.

ويبدو أن بعض الفقه حاول التوسع في تفسير النص العقابي، وغض الطرف على شرط الاتصال الجنسي الطبيعي، معتبرا أن الاتصال البيولوجي عن طريق نقل الأمشاج Adultère biologique يعد بمثابة الوطء الحكمي[1]. في حين يرى جانب آخر من الفقه بأن استعمال مني الغير في علمية التلقيح الاصطناعي يكتسي من الناحية السيكولوجية والأخلاقية مظهرا من مظاهر الزنا أو الخيانة الزوجية، التي تهدد سلامة النسل وأصالته[2]. والواقع أن المشرع لم يواكب في الجانب الجزائي المستجدات الحاصلة في مجال الطب والبيولوجيا، وأغفل وضع نصوص عقابية تتواءم مع التطورات العلمية يحمي بموجبها المجتمع والأسرة من اختلاط الأنساب، في ظل عدم إثبات فاعلية النصوص التقليدية في ترتيب المسؤولية الجزائية، سواء بالنسبة للفاعلين الأصليين أو الشركاء، رغم منعه صراحة اللجوء إلى عملية التبرع بالمنتجات التناسلية البشرية. لكن المشروع التمهيدي لقانون الصحة انتبه لهذا الموضوع، ووضع المادة 455 التي تعاقب على مخالفة الشروط الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ومنها الشروط المتعلقة بمنع التبرع بالخلايا التناسلية للغير.

ثانيا: الاتجار في الأمشاج البشرية واستعمالها لأغراض صناعية.

أصبحت المنتجات التناسلية تستعمل في المجالات التجارية والاصطناعية، ما فتح المجال أمام عمليات الاتجار في النطف والبويضات البشرية وحتى في الأجنة. الشيء الذي فتح نقاشات حول مشروعية تلك الأعمال من الناحية الشرعية والقانونية ومدى مساسها بكرامة الإنسان. كما طرح أيضا مشكل دور الهيئات الرقابية المشرفة على عمليات التلقيح الاصطناعي وبنوك النطف، ومسؤولية الدولة في مجال الرقابة في استعمال المنتجات التناسلية.

---

[1] أميرة عدلى أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين، المرجع السابق، ص 75. ومهند صلاح فتحي العزة، المرجع السابق، ص 271.

[2] تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 106.

1- الاتجار في الأمشاج البشرية.

لقد أصبح التعامل في المنتجات التناسلية تجارة مربحة، فالكثير من بنوك النطف تقوم ببيع المواد التناسلية بطريقة سرية عبر العالم[1]. ومن بين الدول التي تنتشر فيها تجارة النطف والبويضات البشرية الولايات المتحدة الأمريكية والدانمرك، بحيث يسمح للبنوك البيولوجية ذات الأصل البشري أن تتاجر بالأمشاج بطريقة طبيعية، وتضمن هذه الأخيرة جودة المنتجات المعروضة للبيع ومراعاة معايير الأمن والسلامة الصحية، مثل خلوها من الأمراض المعدية أو الوراثية. وتقترح تلك المراكز على المستفيدين مجلات تسويقية تضم معلومات مفصلة على الأشخاص الذين عرضوا منتجاتهم التناسلية للبيع، مثل الجوانب الفسيولوجية والقدرات الإبداعية والهوايات المضلة للمانح، وتفاصيل حول المسار التعليمي وغيرها. ويتم أيضا تصنيف المتبرعين في جداول تراعى فيها معايير محددة كالأصل الإثني وبعض الصفات المرغوبة، وهو شيء يدعو للقلق وضرورة التقييم الأخلاقي لتلك الممارسات، التي تحط من قيمة الإنسان، وتفتح الباب أمام أفكار تحسين النسل وانتقاء الأجنة، التي تتعارض مع كرامة الإنسان والاحترام الواجب له[2].

لكن أغلب الدول التي نظمت مسألة التبرع بالمواد التناسلية اعتمدت مبدأ المجانية في التعامل بالأمشاج البشرية، وتمنع قوانينها أن تكون المواد البشرية مصدرا للربح المادي. إلا أن بعض التشريعات فتحت المجال ضيقا أمام التعويض الجزافي للنساء المتبرعات بالبويضات، لما ينطوي ذلك على ضرر جسماني جراء العملية التي تخضع لها، التي تستدعي النفاذ داخل الجسم. وقد جسد المشرع الفرنسي مبدأ المجانية في التعامل مع عناصر الجسم ومنتجاته من خلال المادة 16 – 1 من القانون المدني، ونظم من جهة أخرى بعض الأعمال ذات الصلة كاستيراد الأمشاج والغدد التناسلية وتصديرها. وهكذا سمحت المادة L. 2141-11-1 من قانون الصحة العمومية باستيراد وتصدير الأمشاج أو الخلايا التكاثرية ذات الأصل البشري دون مقابل، تلبية لرغبة الأزواج لاستعمالها في المساعدة الطبية على الإنجاب، بشرط الحصول على الترخيص الإداري المسبق من قبل الوكالة البيوطبية.

وتطبيقا لذلك، صرحت المحكمة الإدارية بباريس بتاريخ 2003/01/21، بأنه لا يمكن استيراد أو التصدير خارج الإقليم الجمركي أنسجة وخلايا الجسم البشري لاستعمالها لأغراض علمية، إلا

[1] عكس عمليات انتزاع الأعضاء البشرية والأنسجة والخلايا الجسدية، تتميز الغدد التناسلية بطابعها المتجدد، بحيث أن النقص فيها لا يمكن في الحالات العادية أن يسبب فقد التوازن أو التكامل البدني. كما أن استخلاص المواد التناسلية الذكرية من جسم الإنسان لا يستدعي إحداث جروح أو نفاذ داخل الجسم، عكس البويضات الأنثوية.

[2] Le figaro, *Cherche spermatozoïde grand et diplômé*, 21 mai 2015. Libération, *Sperme de luxe*, 20 janvier 2007.

عن طريق الهيئات المرخص لها قانونا. وأنه وفقا للمادة L. 2141-7 من قانون الصحة العمومية يحظر أيضا استحداث المضغ البشرية واستعمالها لأغراض تجارية أو صناعية. لكن لما كانت الخلايا الجذعية الجنينية من خلايا الجسم البشري، فلا يمكن أن ينظر إليها على أنها أجنة بشرية، ولا يمكن أن تحظى بنفس الحماية القانونية المقررة لهذه الأخيرة. وفضلا على ذلك، فإن القرار الإداري المطعون فيه عندما رخص بعملية استيراد الخلايا الجذعية الجنينية، فإن الهدف المراد تحقيقه لم يكن السماح باستحداث مضغة لجعلها محلا للمعاملات التجارية أو الاصطناعية[1].

وتعاقب المادة 511 – 25 – 1 من قانون العقوبات، الشخص الذي يقوم بعملية تصدير أو استيراد الأمشاج أو الغدد التكاثرية دون مراعاة الشروط القانونية، أو دون الحصول على الترخيص الإداري بالحبس والغرامة. كما تعاقب المادة 511 – 15 من نفس القانون، الحصول على المضغ البشرية بمقابل، وتعاقب أيضا على أعمال التوسط في الاتجار في المضغ البشرية والاشتراك في اقتراف تلك الجرائم[2].

أما المشرع الجزائري فلم يضع نصوصا تمنع التعامل في الخلايا التكاثرية أو المضغ البشرية مقابل مبالغ مالية. كما لم يضع نصوصا جزائية تردع تلك الأفعال[3]. لكن المشروع التمهيدي لقانون الصحة نص صراحا في المادة 393 على منع التبرع بالمواد التناسلية أو جعلها محلا للمعاملات المالية، ويشمل الحظر جميع المواد التناسلية بما فيها الحيوانات المنوية أو البويضات أو المضغ الفائضة من عملية التلقيح أو السيتوبلازم، ووضع المشروع أحكام جزائية تعاقب على التبرع أو البيع أو التعامل في منتجات الجسم المشار إليها أعلاه، حيث يعاقب بالحبس من (10) إلى (20) سنة وغرامة من 1000.000 إلى 2000.000 دج[4].

---

[1] Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 mai 2005, confirmant le jugement du Tribunal administratif de Paris dans le cadre de l'importation de lignées de souches embryonnaires a également précisé que « les cellules souches d'origine embryonnaire ne sont pas des embryons » et que « les cellules souches pluripotentes prélevées sur des embryons humains au stade du blastocyste ne constituent pas l'embryon et sont insusceptibles de permettre le développement d'un embryon » : TA Paris, 21 janv. 2003, Association Alliance pour les droits de la vie c/ Autorisation ministérielle, *AJDA, 2003 , 1563, note S. Hennette-Vauchez; D. 2004, 532, obs. H. Gaumont-Prat; RFDA, 2003, 763, concl. A. Guedj ; LPA 1er oct. 2003, note B. Pauvert.*

[2] A cet égard, CCNE, Avis sur la non-commercialisation du corps humain. n° 21 - 13 décembre 1990.

[3] ما عدا ما يستشف من خلال المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات، التي تعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات وغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج على أعمال الاتجار بالأنسجة أو خلايا أو تجميع مواد من جسم.

[4] المادة 456 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة.

2- استعمال الأمشاج البشرية لأغراض صناعية.

دخلت المواد التكاثرية البشرية في دائرة الصناعات البيوتكنولوجية، فأصبحت تستخدمها شركات الأدوية ومستحضرات التجميل في مكونات منتجاتها، التي أصبح لها رواجا واسعا وتحقق أباحا مالية كبيرة. وهناك حالة أخرى تجرى عندما يستخدم باحثون مواد بيولوجية حية مستخرجة بطرق غير جائزة خارج مراكز الأبحاث التي يعملون فيها، أو قد يتم الحصول على بقايا المضغ البشرية من الأسواق أو من النفايات الاستشفائية الناجمة عن عمليات الولادة وبقايا الحبل السري والمشيمة. وزيادة على هذا تقدم بعض العلماء بطلب براءات الاختراع الاصطناعية على الخلايا الجنينية. ومن الطبيعي أن تكون هناك درجات مختلفة من المسؤولية، وأحيانا توجد بعض الأسباب الجسمانية أو المرضية تستدعي لتبني معايير أخلاقية، تبرر استخدام تلك المواد البيولوجية الحية. فعلى سبيل المثال، يمكن في حالة تعرض صحة الأطفال للخطر، أن يسمح للأهل باستعمال لقاحات تدخل في تركيبها عناصر خلوية مستخرجة بطريقة غير جائزة، إلا أن البعض عبر عن رفضه لهذه اللقاحات وطالب الهيئات الصحية بإصدار أنواع أخرى منها[1].

---

[1] هذا وخلصت اللجنة الوطنية الاستشارية الفرنسية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة في رأيها المؤرخ في 2006/06/22 تحت رقم 93، المتعلق باستعمال الخلايا الجذعية البشرية وخطوط الخلايا الأخرى لأغراض تجارية، بأنه حتى لا يكون مبدأ عدم قابلية عناصر الجسم البشري للتملك أو محالا للمعاملات التجارية عائقا في وجه التطور العملي، يتعين فتح المجال لاستعمال الخلايا البشرية التي تم تحويرها ومضاعفتها بالمختبر لأغراض صناعية دون أن تفقد خصائصها الطبيعية. لكن براءات الاختراع يجب أن تنحصر في طرائق الاستعمال على نطاق ضيق وضمن إطار قانوني محدد يسهم في إيجاد علاجات جديدة. وأشارت اللجنة أيضا، أنه يتعين في كل الأحوال أن يكون المتبرع طرفا فعالا في مشروع البحث العملي، وفي كل استخدام تجاري مستقبلي للأبحاث العملية، ضمن مفهوم الإرادة الحرة والمستنيرة، الذي أصبح اليوم من الركائز الأساسية للأخلاقيات البيوطبية، وأوضحت اللجنة أن نطاق إعلام المتبرع يجب أن يشمل المعلومات المتصلة بالتطبيقات البيوطبية المحتملة، مع توضيح إن كان البحث يهدف إلى تحقيق الربح المادي، وأن تشمل المعلومات التطبيقات المحتملة التي تستعمل فيها عناصر الجسم في المجال التجاري. وبالتالي فإن إقصاء المتبرع من أي اتفاق تجاري لا يجب أن تقودنا إلى استبعاد حرية الاختيار، عن طريق تفعيل آليات الالتزام بالإعلام المسبق، وتوضيح نوع التطوير الذي يقبله المتبرع للاختراعات.

Le CCNE considère que la notion de consentement libre et informé, qui est actuellement une des composantes essentielles de l'éthique biomédicale, ne devrait pas uniquement dépendre d'une information sur le projet scientifique et les applications biomédicales éventuelles, mais aussi sur l'éventualité ou non d'une utilisation de ces applications dans un cadre commercial à but lucratif ou dans un contexte non lucratif. L'exclusion du donneur de toute transaction de nature commerciale en raison du caractère non patrimonial des produits du corps humain ne devrait pas conduire à exclure le donneur de tout choix concernant l'utilisation commerciale ou non des applications pouvant découler de son don. Le donneur de cellules souches pourrait choisir, en fonction de l'information qui lui est donnée à quel type de développement et d'accessibilité des 28 innovations il souhaite participer, et devenir ainsi un acteur à part entière dans la régulation des dimensions éthiques du marché. Avis n° 93 Commercialisation des cellules souches humaines et autres lignées cellulaires. V. en se sens, affaire John Moore, Supreme Court of California, July 9 1990, préc.

وقد انتبه المشرع الفرنسي لهذه الحالات، ومنع من خلال المادة L. 2141-8 من قانون الصحة العمومية استحداث مضغ بشرية لاستعمالها لأغراض تجارية أو صناعية. كما منعت المادة L. 2151-3 من نفس القانون، تكوين مضغة بواسطة الأنبوب أو استنساخها من أجل استعمالها لأغراض تجارية أو صناعية، لتعارض هذا العمل مع كرامة الإنسان، وانتفاء المغزى الأساسي من عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي الذي يتعين أن يكون في إطار مشروع مشترك لإنجاب الأطفال من قبل الزوجين. وتعاقب المادة 511 – 17 من قانون العقوبات إجراء علمية التلقيح بالأنبوب أو استنساخ مضغة من أجل استعمالها لأغراض صناعية أو تجارية، بالحبس لمدة 07 سنوات وغرامة بقيمة 100 000 أورو. وبحسب الفقرة الثانية فإنه يعاقب بنفس العقوبات كل من قام باستعمال المضغ البشرية في المجالات التجارية والاصطناعية. كما منع الفصل السابع من القانون التونسي المتعلق بالطب الإنجابي تكوين الجنين البشري أو استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقاء النسل[1]. ولم يتم الاكتفاء بتداول المواد التناسلية بل امتدت الاستخدامات الطبية إلى المضغ البشرية التي طرحت إشكاليات أخلاقية عويصة تتعلق خاصة بحماية الأجنة المستكنة بالأنبوب.

المبحث الثاني
استخدام المضغ البشرية في الأبحاث العلمية والعلاجية

فضلا عن المعضلات الأخلاقية التي أثارها استعمال المواد التناسلية البشرية في المجالات التجارية والاصطناعية، أثارت التطورات الطبية والبيولوجية الحديثة مشكلة أخلاقية أخرى، تتمثل في استخدام المضغ البشرية المستكنة بالأنبوب في مجال الأبحاث العلمية والعلاجية. ويعد هذا الموضوع مرتبطا أساسا بمسألة حماية حياة الجنين واستعمال الأجنة البشرية كدواء لعلاج الأمراض.

ولعل أهم التطبيقات الطبية الحديثة في هذا المجال، قضية استعمال الخلايا الجذعية الجنينية أو خلايا المنشأ التي أثبت العلم بأنها تقدم حلول علاجية كثيرة، وذلك بسبب قدرتها على تجديد أنسجة الجسم. ويعد إجراء الأبحاث على خلايا المنشأ الجنينية أكثر مجالات التكنولوجيا البيولوجية الواعدة، الذي يمكن أن يسمح بالوصول إلى طرق جديدة من أجل معالجة الأنسجة والخلايا المتضررة، بسبب بعض الأمراض المزمنة. فقد أثار استخدامها احتجاجات أولائك الذين يعارضون الإجهاض بناء

[1] Il est interdit de constituer des embryons humains *in vitro* et de les conserver dans tout autre but qu'un projet parental des deux auteurs de gamètes, excluant ainsi la création de "banques" d'embryons humains dans un but de recherches ou en vue de don pour projet parental d'autrui. CCNE, Etat des études conduites par le Comité concernant les dons de gamètes et d'embryons. n°18 - 15 décembre 1989.

على أسس أخلاقية ودينية، الذين يعارضون إجراء بحوث تنطوي على إتلاف أجنة بشرية، وأولئك الذين يدافعون عن حرية البحث العلمي، وقد انعكس ذلك على التشريعات الوطنية والدولية بهذا الخصوص[1]. لهذا يتعين أولا التطرق إلى الرهانات الأخلاقية والقانونية لاستخدام المضغ البشرية في الأبحاث العملية (المطلب الأول)، ثم إلى إمكانية الاستفادة من الخلايا الجذعية في الأبحاث العلمية والعلاجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول
رهانات استخدام المضغ البشرية في الأبحاث الطبية

يثير استخدام المضغ البشرية في الأبحاث الطبية والعلاج مشاكل أخلاقية ودينية وقانونية حقيقية. وترتبط هذه المسألة بقضية أخرى، تتمثل في ببدء الحياة البشرية والوضع القانوني للأجنة المستكنة خارج الرحم، وبعبارة أخرى هل تعتبر هذه الأخيرة كائنات بشرية تتمتع بجميع الصفات الأنثروبولوجية والأخلاقية للشخص الإنساني ما يحتم علينا احترامها؟ أو أنها مجرد كتلة من الخلايا أو حتى نفايات بيولوجية يتم التخلص منها بعد استعمالها بالمخبر؟

والواقع أن الجنين البشري يملك، على الصعيد البيولوجي، مركزا فريدا، فهو قادر على المنو وبالتالي التحول إلى كائن معقد التركيب. ومن هنا فإنه يجب احترام الجنين البشري باعتباره مصدرا للحياة البشرية. ولكن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا النطاق هو ما حدود هذا الاحترام الواجب للجنين؟

الفرع الأول
بداية الحياة البشرية وحماية الجنين في مراحل تكونه الأولى

يرتبط وجود الإنسان بالحياة، وتأتي هذه الأخيرة قبل تحقيق أية تجربة أو إنجاز بشري، كما تعد الحياة شرطا ضروريا لاكتساب الأشخاص القيم والحقوق. فمنذ القدم اهتم الإنسان بالحياة وقدسها بالمقارنة بحياة الكائنات الأخرى. وجعلت المواثيق الدولية والدساتير الحق في الحياة من أهم الحقوق الأساسية للإنسان، ما يحتم على الأشخاص تقديرها واحترامها.

[1] فواز صالح، الجوانب الأخلاقية والدينية والقانونية لإجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية (خلايا المنشأ)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2006، العدد 25، ص 375.

وقد طرحت في بادئ الأمر قضية احترام الحياة البشرية في المجالات الطيبة، عندما أرادت بعض التشريعات الغربية الاعتراف بحق المرأة في الإجهاض، أين رفض رجال الدين القطع الإرادي للحمل مهما تكن الأسباب، فهم يقولون بأن أينما توجد الحياة فإن التدخل لإيقافها مناقض لقدسيتها[1]. ولكن الأمر يختلف الآن، فقد اتسعت الدائرة إلى عملية الإنجاب التي تحول إلى عملية تكنولوجية، فلم تعد الإشكالية مقتصرة على رجال الدين، وقد طرح سؤال جوهري يتمحور حول معيار الحياة البشرية التي تعني القدسية بهذا المفهوم. فهل هناك حياة بشرية وغير بشرية؟ وما طبيعة حياة الجنين في مراحل تكوينه الأولى؟

أولا: الآراء الدينية والفلسفية المتعلقة ببداية الحياة البشرية.

تختلف النظرة الفلسفية والدينية إلى بداية حياة الكائن البشري، بحيث ذهب البعض لاعتبار إلى أن حياة الجنين تبدأ منذ لحظة الإخصاب، في حين رأي جانب آخر أن المسألة ينظر إليها وفقا للتطور البيولوجي للجنين، ويرى الرأي الثالث بأن العبرة في احترام الحياة وتقدسها.

1- الحياة البشرية تبدأ منذ لحظة التحام الجرثومة المنوية بالبويضة.

يذهب هذا الرأي إلى أن الحياة البشرية تبدأ لحظة التحام الجرثومة المنوية بالبويضة، وطرحوا فكرة أن البويضة الملقحة هي طليعة حياة إنسانية، ويجب تبعا لذلك أن يمنح حق الحماية، ونشأت بهذا الخصوص حركة ما قبل الحياة التي تتبنى تلك الفكرة، وقد ناد أصحاب هذا الرأي بضرورة حماية الجنين منذ لحظة الإخصاب، لأنها اللحظة التي يظهر فيها إلى الوجود كيان بشري جديد يملك مقومات التطور، في ظل الظروف المناسبة، لكي يصبح كائنا بشريا فريدا[2].

---

[1] وقد جاءت تلك التشريعات استجابة لمطالب الحركة النسوية في دول عديدة من العالم، وهي حركة ثقافية للدفاع عن حقوق المرأة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، ترفض الهويات المقررة، وتحاول تصديع الحدود بين الجنسين من خلال البرهنة على أن الجنس العضوي (البيولوجي) إنما هو صنيعة الجنس الاجتماعي. وقد لاقت الحركة النسوية دعما وزخما بعد الحرب العالمية الثانية وانتشرت أصدائها في الولايات المتحدة الأمريكية وأوربا الغربية، ويطالب أنصار الحركة النسوية بالحق في منع الحمل، والإجهاض، وحرية الممارسة الجنسية، والمساواة الاجتماعية، وإدانة فكرة قرار المرأة في المنزل، ورفض سيطرة الرجل. لمزيد من التفاصيل حول هذه الحركة، راجع، عبد الله بن عبد الله الوهيبي، حول الاستشراف الجديد، مقدمات أولية، مجلة البيان، مركز البحوث والدراسات، الرياض، الطبعة الأولى، 2014، ص 51.

[2] عمار سليمان علي، الإشكاليات الأخلاقية للخلايا الجذعية، سلسلة البيوطيقا: سلطة التقنية وتنافر القيم، مجلة الأوان الالكترونية، بتاريخ 2010/02/16، مرجع سابق الإشارة إليه.

ويمكن القول بأن أصحاب هذا الرأي يرفضون الإجهاض مهما تكن الأسباب، وفي جميع مراحل النمو البيولوجي للجنين. كما يمنع على الطبيب وصف أدوية منع الحمل التي تكون لها تأثيرات بعد عملية الإخصاب، أو تؤدي إلى إتلاف البويضة الملقحة في مراحل تكوينها الأولى أو الترخيص لطرحها للتداول في الصيدليات. وفي هذا المعنى ما ورد في قسم أبقراط بأنه: "لن أعطي أي امرأة إجهاضا علاجيا"، وفي هذه العبارة تقديس للحياة التي ينبغي أن تستمر وأن يحافظ عليها الطبيب قدر المستطاع، فأينما وجدت الحياة البشرية، لا يوجد أي شيء يمكن أن يقلل من قيمتها، ولا يمكن القضاء عليها، وهذا يشمل كل أنواع الحياة البشرية بما في ذلك حياة الجنين.

ودعمت هذه الفكرة الديانات بشكل قوي، بل أن مفهوم قدسية الحياة يرجع جذوره إلى الديانات السماوية. وكمثال على ذلك خصصت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ندوتها الثانية لموضوع الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها. وجاء في توصيات الندوة، بأن بداية الحياة تكون منذ التحام حيوان منوي ببويضة ليكونا البويضة الملقحة، التي تحتوي الحقيقية الوراثية الكاملة للجنس البشري عامة، وللكائن الفرد بذاته المتميز عن كل كائن آخر. وتشرع في الانقسام لتعطي الجنين النامي المتطور خلال مرحلة الحمل إلى الميلاد. ومنذ أن يستقر الحمل في بدن المرأة، فله احترام متفق عليه، ويترتب أحكام شرعية معلومة. وجاء في الفقرة السابعة من توصيات ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام لعام 1983 بأن الجنين حي من بداية الحمل، وأن حياته محترمة في كافة أدوارها وأنه لا يجوز العدوان عليها بالإسقاط إلا للضرورة الطيبة القصوى[1].

ومن جهتها، تذهب الكنيسة الكاثوليكية بأن الجنين البشري يملك منذ اللحظة الأولى كرامة الشخص البشري، وأنه لا يوجد فرق بين الحياة البشرية ما قبل الولادة وحياة الشخص. وأكد البابا في عدة مناسبات احترام الحياة منذ لحظة الحمل. وبالتالي فإن الكنيسة تبنت في مجال الطب، المبادئ الأخلاقية التي ناد بها الفيلسوف أبوقراط، وأضاف إليها مفهوم قدسية الحياة[2].

---

[1] المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الدراسات الإنمائية، الإنجاب في ضوء الإسلام، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، الندوة الثانية، الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها، الكويت، 1985؛ فواز صالح، المرجع السابق، ص 400.

[2] وقد أكد البابا بولص الثاني، أثناء انعقاد المؤتمر التاسع للأكاديمية البابوية من أجل الحياة، أن العلم يجب أن يتجنب أية محاولة للتلاعب بالإنسان. ويجب أن يهتم العلم بتطوير الطرق والحلول التي تهدف إلى الدفاع عن الحياة البشرية، وشفاء الأمراض وحل المشاكل التي تبرز بشكل مستمر في مجال الطب الحيوي. وقد أشار إلى أن الكنيسة تحترم البحث العلمي وتدعمه، وذلك عندما يسير في اتجاه إنساني حقيقي، خال من أي شكل من أشكال التلاعب بالإنسان، أو إتلاف الكائن البشري. فواز صالح، المرجع السابق، ص 409.

2- الحياة البشرية تبدأ بعد مرحلة معينة من تكوين الجنين.

يعتقد هذا الاتجاه بأن حياة الجنين تبدأ بعد مرحلة معينة من تكوينه، لكنهم اختلفوا في المعيار البيولوجي الذي يمكن الاحتكام إليه. فالبعض يعتقد بأن الحياة البشرية لا تبدأ إلا من اللحظة التي تنقسم فيها البويضة الملقحة إلى توائم عادية، أي اعتبار من اليوم الرابع عشر بعد التلقيح، وبالتالي لا يتمتع الجنين قبل هذه الفترة بالمركز الذي يتمتع به الشخص. ومنهم من حدد لحظة بداية الحياة بحركة الجنين أي في بداية الأسبوع الثاني عشر. ومنهم من اتخذ عملية الولادة الحية بداية للحياة. وقد اعتقد أرسطو من قبل بأن الكائن البشري يصبح إنسانا حين يتحرك حركته الأولى في رحم الأم، وحين تشعر الأم بهذه الحركة، وإن كان هذا الرأي لا يمكن الاعتماد عليه لأن الشعور بالحركة يختلف من أم إلى أخرى[1].

أما فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد استندوا إلى فكرة نفخ الروح في إيجاد الحكم الشرعي لبعض المسائل الطبية منها الإجهاض. فالحياة وفقا لجانب من الفقه الإسلامي، تبدأ بعد مرور مائة وعشرين يوما على الحمل، وبالتالي فإن الجنين يتمتع بعد هذه المرحلة بصفة الكائن البشري. في حين يرى جانب آخر بأن نفخ الروح يكون بعد أربعين يوما[2]، وسندهم في ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال، حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائلا: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح"[3]. والمقصود بالحياة هنا هو مصدرها وأساسها وهو الروح. أما بالنسبة

---

[1] وتدعي هذه النظرية التي اعتقد بعض رجال الدين المسيحي الأوائل مثل أغسطين وتوما الإكيوني بأن الجنين لا يمكن أن يعتبر إنسانا إلا بعد مرحلة معينة من الحمل، يصبح بعدها عضو في الجنس البشري، أما المدة المقصودة فقد كانت ثلاثة أشهر. وكان أرسطو وتابعيه اعتمدوا على معارفهم البيولوجية في ذلك الوقت، والتي كانت تعتبر الجنين كائنا غير إنسانيا قبل ثلاثة أشهر من الحمل، أي إنه مجرد حيوان سينتقل فيما بعد إلى مرحلة أخرى تسمى المرحلة البشرية، وهنا تدخل فيه الروح. وقد توصلوا إلى استنتاجاتهم هذه نتيجة الحركة التي تشعر بها الأم في بداية الشهر الرابع. ناهد البقصمي، المرجع السابق، ص 153.

[2] حول اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن مسألة إجهاض الجنين وحرمته، راجع، مفتاح محمد أقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، 2006، ص 207.

وصف القرآن الكريم مراحل التطور البيولوجي للجنين بدقة في قوله – تعالى- : ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ. ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ. ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾ سورة المؤمنون، الآيات 12 و13 و14، وفي قوله تعالى : ﴿وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ. ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ. ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَا تَشْكُرُونَ﴾ سورة السجدة، الآيتين 7 و9.

[3] صحيح البخاري (بشرح فتح الباري)، كتاب الأنبياء، باب خلق آدم – عليه السلام، وذيته، (418/6)، رقم (3332).

للمرحلة التي تسبق مرحلة نفخ الروح، فقد اختلف الفقهاء في مسألة الوضع القانوني للجنين، وبدأ هذا الخلاف جليا في مسألة الإجهاض[1].

والواضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على أن خلق الإنسان يمر في مرحلتين. الأولى تكون قبل نفخ الروح، والثانية بعد نفخ الروح. فالمرحلة الأولى من الحياة تعرف بالحياة البيولوجية أو الحياة اللاشعورية أو مرحلة التكوين والتمايز، وهي مرحلة تبدأ بالاندماج بين الحيوان المنوي والبويضة ثم تتطور إلى العلقة ثم المضغة، وبنفخ الروح يكتمل خلق الجنين بانتقاله من الحياة البيولوجية إلى حياة الروح. فإذا خرجت الروح بالموت، انتهت حياة الإنسان الروحية واستمرت الحياة البيولوجية مدة محددة. أما عملية تجميد المضغ البشرية بالمختبر، فلا يمكن أن تكون إلا في مرحلة الحياة البيولوجية، لأن المحرك الظاهر من هذه الحياة ليس الروح بل البيولوجيا الحية التي أودعها الله تعالى في الخلايا المكونة له، وهذا النوع من الحياة يكون مقدمة للنوع الثاني من الحياة[2].

3- العبرة باحترام الحياة البشرية وتقديسها وليس ببداية تكونها.

يذهب هذا الرأي إلى القول بأن العبرة ليست بالمعيار البيولوجي لنمو الجنين أو بمرحلة معينة يمر فيها الكائن البشري، وإنما العبرة باحترامنا للحياة البشرية وتقديسها. فالحياة عبارة عن عملية مستمرة في الكائنات، ولذلك فحتى البويضة المخصبة لها فرصة الحياة والتطور، وأنها تحمل هذا الإمكان لأنها السبيل الوحيد للوصول إلى كائن مميز وفريد يحمل في داخله كل الإمكانيات لأن يصبح

---

[1] توصل مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة التي انعقدت بمكة المكرمة بشأن إسقاط الحمل ما يلي:

أولا: إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوما لا يجوز إسقاطه ولو كان التقرير الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم فعندئذ يجوز إسقاطه سواء أكان مشوها أم لا دفعا لأعظم الضررين.

ثانيا: قبل مرور مائة وعشرين يوما على الحمل إذا ثبت وتأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات، وبناء على الفحوص الفنية بالأجهزة والوسائل المختبرية أن الجنين مشوه تشويها خطيرا غير قابل للعلاج، وأنه إذا بقى وولد في موعده ستكون حياته سيئة، وآلاما عليه وعلى أهله فعندئذ يجوز إسقاط بناء على طلب الوالدين.

[2] وفي هذا يرى العلامة سعيد رمضان البوطي، أن محصول الحمل في أيامه الأولى –أي قبل مضي أربعين يوما – شيء لا يتمتع بذلك النوع من الحياة التي تنبت فيه بعد مرور أربعة أشهر، والتي هي قوام الإحساس والشعور. قصارى ما في الأمر أن هذا المحصول يتمتع بحياة بسيطة جدا هي تلك التي يسمونها بالحياة النباتية أو الجرثومية. وقد جاء في توصيلة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في دورتها الثانية المخصصة لموضوع الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها، بأنه إذا بلغ الجنين مرحلة نفخ الروح على خلاف توقيته، فإما مائة وعشرون يوما، وإما أربعون يوما، تعاظمت حرمته باتفاق وترتبت على ذلك أحكام شرعية أخرى. عباس أحمد الباز، المرجع السابق، ص 220.

إنسانا له حقوق وواجبات، وأن هذا ممكن الحدوث للبويضة غير الملقحة أيضا. ولذلك فللإنسان حقوق أخلاقية في أي مرحلة من المراحل.

ويستند هذا الرأي إلى حجة مفادها إن الكائنات البشرية، مثل أي كائنات أخرى، ليست إلا كلا واحدا متكاملا، ولذلك لا يمكن تجزئتها إلى جزأين مختلفين، فهي لا يمكن أن تكون في البداية أجسادا عضوية فيزيائية، ثم تدخل في مرحلة أخرى متقدمة تضاف فيها الشخصية بناء على خصائص معينة يمتلكها الإنسان، وتؤدي إلى تحولها إلى كائنات بشرية. أي أن المقصود أنها ليست كائنات بشرية أولا ثم أشخاصا بناء على حول الروح والوعي في الجسد، إن الكائنات البشرية ما هي عليه على أساس تركيبها الوراثي والعضوي.

وبالتالي فنحن لسنا بحاجة إلى تحليل أو تفسير أو حتى تحديد متى تبدأ الحياة، بقدر ما نحن بحاجة إلى الإجابة عن سؤال متى تصبح الحياة قيمة أخلاقية. إن الإجابة على هذا السؤال من الأهمية، بحيث يتوقف عليها مجموعة من الممارسات الطبية في مجال تكنولوجيا الطب والبيولوجيا معها، إذ إن تحديد ما إذا كانت التجارب التي تجرى على الأجنة المجمدة جائزة أخلاقيا أولا، يتوقف على نظرتنا إلى هذا الجنين وما إذا كان إنسانا ذا هوية وله حقوق وله حقوق أخلاقيا أو لا؟ فإذا اعتبرناه إنسانا رفضنا تلك التجارب نهائيا ورفضنا أي مبرر للسماح بوجودهما. كذلك تتوقف تجارب الهندسة الوراثية التي تسعى إلى تغيير خصائص الإنسان الوراثية، على الإجابة على هذا السؤال. بل إن الاستنساخ الحيوي مرتبط بنظرتنا للإنسان وتحديد هويته، ولهذا نحن بحاجة إلى معرفة هوية ذلك الكائن الذي أصبح مصير العلم مرتبطا به[1].

وفي هذا قررت المجموعة الأوربية لأخلاقيات العلوم والتكنولوجيا الحديثة، في رأيها الصادر سنة 1998 المتعلق بمسألة إجراء البحوث العملية على الأجنة البشرية، بأن المضغ البشرية بغض النظر عن مركزه الأخلاقي أو القانوني، ومهما اختلفت النظرة إليه بين الثقافات والاتجاهات الأخلاقية فإن هذا الأخير يستحق الحماية القانونية[2].

[1] ناهدة البقصمي، المرجع السابق، ص 93.

[2] Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, avis n° 12 « *La recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains dans le contexte du 5ème programme-cadre de recherche* » du 23 novembre 1998.

ثانيا: مدى فعالية الآليات القانونية والقضائية في حماية حياة الجنين.

على غرار التوجهات الفلسفية والدينية، اختلفت التشريعات في إضفاء حماية قانونية للجنين البشري في مراحل تكونه الأولى. كما أن الاجتهادات القضائية حاولت تطبيق بعض القواعد القانونية الجزائية المتعلقة بحماية الأشخاص، على أعمال التعدي التي يكون ضحيتها الجنين.

1- الأحكام القانونية المتعلقة بحماية حياة الجنين.

من خلال استقراء المادتين 72 و262 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمواد 304 إلى 313 من قانون العقوبات، يتبين بأن المشرع أعطى حماية مطلقة لحياة الجنين منذ لحظة الإخصاب إلى غاية ولادته، وقد جعل إسقاط الحمل جريمة معاقب عليها قانونا[1]. وبالتالي فإن الطبيب الذي يمارس أعمال الإجهاض السري أو شرع في ذلك عمدا، يقع تحت طائلة المادة 306 من قانون العقوبات، سواء وافقت المرأة الحامل أو المفترض حملها على الفعل أم لم توافق، ومهما كانت الوسيلة المستعملة، كإعطاء الحبلى الأدوية المساعدة على إسقاط الجنين. بعكس الإجهاض العلاجي الذي يعد من الأفعال المبررة، لأنه إجراء ضروري لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو الحفاظ على توازنها الفسيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ[2].

غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة الطبيعة القانونية للجنين البشري، ولم يقر له بالشخصية القانونية رغم منحه بعض الحقوق الأساسية، مثل الحق في الحياة والحق في النمو الطبيعي، بالإضافة إلى بعض الحقوق المدنية مثل الحق في الميراث[3] والوصية[4] والهبة[5] والتعويض شرط أن يولد حيا، وهو ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني بأن: " شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته"[6].وتحاشى المشرع الدخول في الجدل الفلسفي والديني حول مسألة بدأ الحياة البشرية، ولم

---

[1] وفي هذا الإطار أيضا، نصت المادة 155 فقرة 2 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين بأنه: "لا تنفذ عقوبة الإعدام على الحامل أو المرضعة لطفل دون أربعة وعشرين شهرا".

[2] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 35.

[3] المادتين 173 و174 من قانون الأسرة.

[4] المادة 187 من قانون الأسرة.

[5] المادة 209 من قانون الأسرة.

[6] لقد اختلف الفقهاء بشأن وضع الجنين، فهناك من يرى أن الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون المدني تتعلق بأهلية الوجوب الناقصة للجنين قبل أن يولد. (علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، ص 53. محمد تقية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، دكتوراه الجزائر، ص92). ويرى رأي ثان أن مركز الجنين هو اعتباره إنسانا نسبيا أي

يفرق بين مراحل التطور البيولوجية للجنين[1]، كما أنه لم يأخذ بمعيار نفخ الروح الذي اعتمد عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، لتبرير إسقاط الحمل في بعض الحالات المبررة مثل تشوه الجنين[2].

أما بالنسبة للدول التي أقرت للمرأة بحقها في قطع الحمل بصفة إرادية، تجسيدا لحقوقها الأساسية وحريتها Interruption volontaire de grossesse (IVG)، فإن المسألة تبدو أكثر تعقيدا. وعلى سبيل المثال، أقر المشرع الفرنسي بموجب القانون 75 – 17 المؤرخ في 1975/01/17 المتعلق بالقطع الإرادي للحمل[3] حق المرأة بأن تلجئ إلى إسقاط الجنين الذي لا يتجاوز عمره 12 أسبوع، بشروط معينة[4].

يتمتع بشخصية قانونية محدودة. (محمد حسين منصور، نظرية الحق، المعارض، 1998، ص 293). ويرى رأي ثالث أن القانون يعترف للجنين بشخصية محدودة تتمثل في أهلية وجوب قاصرة على الصلاحية لاكتساب الحقوق النافعة نفعا محضا (حسن كيرة، المدخل للعلوم القانونية، المعارف، ط 5، ص 526). ويرى رأي رابع أنه تكون للحمل قبل الولادة شخصية خروجا عن الأصل ولكنها شخصية لا تعطيه إلا أهلية وجوب ناقصة. ويرى رأي خامس أنه تثبت للإنسان شخصية احتمالية منذ تكوينه وقبل ولادته بينما تثبت له الشخصية اليقينية بعد تمام ولادته حيا. (مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، 1987، ص 201). في حين يرى الأستاذ علي فيلالي بأن يتعين التفرقة بين الشخص القانوني والكائن البشري فالجنين لا يكتسب الشخصية القانونية على وجه الاستثناء بل يسمح له المشرع عند اكتسابه الشخصية القانونية أن يكتسب حقوقا نشأت قبل ولادته، فيتمثل عندئذ الاستثناء في اكتساب حقوق بأثر رجعي، حول هذه النظريات، راجع، على فيلالي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2011، ص 187.

[1] ما عدى ما نلمسه من خلال المادة 42 من قانون الأسرة، التي تشير بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ويفهم من النص بأن الجنين في خلال المدتين يكون قابلا للحياة منفصلا عن جسم أمه.

[2] قضت الغرفة المدنية للمحكمة العليا في قرار مؤرخ في 2009/04/15 أنه " يحق للجنين الذي ولد حيا الاستفادة من التعويض عن الأضرار الذي أصابته من جراء وفاة والده إثر حادث مرور"، م.ق 2009 عدد 2، ص 159. وواضح من خلال القرار أن المحكمة العليا أخذت بنفس الموقف الذي تبنته الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الرامي إلى الاعتراف بالجنين باكتساب الحقوق إذا ولد حيا متى كان ذلك مقررا لمصلحة الجنين. وعلى سبيل المثال قضت محكمة النقض في قرار مؤرخ في 1966/04/21 "بقيام المسؤولية المدنية في حق الشخص الذي تسبب في حادث أدى إلى إصابة الأم وكذا الجنين بأضرار جسمانية، وقضت بإلزامه بتعويض كل من الأم والطفل على حد السواء".

[3] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 *relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, abrogé par la loi n° 2001-588 du 4 juill. 2001.

[4] أهمها أن تتم علمية القطع الإرادي للحمل في الهياكل الصحية المعتمدة وبالإرادة الحرة والمستنيرة للمرأة، فضلا عن شروط أخرى تتعلق بمدة الحمل الذي لا يمكن أن يتجاوز 12 أسبوع. ويشار أيضا بأن المشرع الفرنسي كان يشترط لإجراء علمية القطع الإرادي للحمل أن تكون المرأة في حالة ضيق وشدة، إلا أن هذا الأخير تخلى عن هذا الشرط مؤخرا. إلا أن المشرع الفرنسي لم يضع جزاءات عقابية على مخالفة تلك الشروط ما عدى الأخطاء المهنية.

« La loi du 17 janv. 1975 n'avait prévu aucune sanction pénale en cas d'inobservation ou de manquement à l'une de ses dispositions et notamment de l'art. L. 162-12 [L. 2213-1]. » T. corr. Rouen, 9 juill. 1975: *D. 1976. 531, note Roujou de Boubée ; JCP 1976. II. 18258, note Savatier ; Gaz. Pal. 1975. 2. 798, étude Zaki.*

ويعتقد البعض أن الوضع القانوني للجنين في رحم أمه، وإن لم يكن معرفا بصورة دقيقة قبل صدور هذا القانون أو على الأقل كان موحد، ما دام أن الاجتهاد القضائي كان يقر له بالحق في الحياة، فإن السماح للمرأة أن تقوم بإزهاق روح الجنين دون مبرر طبي، جاء ليشوش النظام القانوني ويجعله غامضا[1]. الأمر الذي أدى إلى عرض الموضوع على المجلس الدستوري ليرى مدى مطابقة أحكام هذا القانون مع إعلان حقوق الإنسان، ليقرر هذا الأخير بتاريخ 1975/01/15 أن القانون لا يقبل الاعتداء على مبدأ احترام كل كائن بشري منذ بداية حياته إلا في حالة الضرورة، ووفقا للشروط التي يتضمنها القانون. كما أعلن المجلس الدستوري بأن أحكام هذا النص لا تتعارض مع إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، ولا تخالف المبدأ المنصوص عليه في مقدمة الدستور، والذي يقضي بأن الأمة تضمن للطفل الرعاية الصحية[2]. ثم جاء الدور على مجلس الدولة الذي رأى في قرار المؤرخ في 1990/21/21 أن أحكام القانون لا تتعارض في مجملها مع أحكام الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، ولا مع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية[3]. وقد ساند هذا الموقف محكمة العدل الأوربية[4] والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان[5].

---

[1] حول موضوع التضارب بين الحريات الأساسية للمرأة وضمان كرامة الجنين أنظر،

M. Patrick, *Interruption volontaire de grossesse*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, septembre 2009.

[2] « La loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. la loi déférée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit. » Cons. const. 15 janv. 1975, JO 16 janv.; *AJDA 1975, II, no 19, p. 134, note Rivero; D. 1975, 529, note Hamon; JCP 1975,II, 18030, note Bey; Gaz. Pal. 1976, 1. 25, note Pellet ; GDCC, no 23, p. 295, obs. Favoreu et Philip ; Cah. dr. eur. 1975. 873, note Rideau ; Rev. Marché commun 1975, 69, note Druesne ; RGDIP 1975. 1070, note Franck ; Clunet 1975, 249, note Ruzié ; AFDI 1975, 859, note Nguyen Quoc Dinh ; RDIP. 1975, 606, note P. L.*

[3] « Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 17 janvier 1975 : "La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limites définies par la présente loi" ; qu'eu égard aux conditions ainsi posées par le législateur, les dispositions issues des lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, prises dans leur ensemble, ne sont pas incompatibles avec les stipulations précitées de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du pacte international sur les droits civils et politiques. » CE, ass., 21 déc. 1990, Conféd. nat. des assoc. familiales catholiques et a., req. nos 105743, 105810, 105811 et 105812: *Lebon 368, concl. Stirn; D. 1991, 283, note Sabourin; RD publ. 1991, 525, obs. Auby; AJDA 1991, 157; RFDA 1990, 1065, concl. Stirn. – V. aussi Auby, RDSS 1991, 228; Delvolvé, RFDA 1991, 316; AJDA 1991, 91.*

[4] « L'interruption volontaire de grossesse, réalisée conformément au droit de l'État où elle a lieu, est un service au sens de l'art. 60 du Traité de Rome, mais l'État membre dispose de larges pouvoirs à son égard. » CJCE 4 oct. 1991, *The society for the protection of unborn children Ireland Ltd et Grogon etc.: RDSS, 1992, 48, note Dubouis; RTD eur. 1992, 163, note Gaudemet-Tallon; D. 1992, IR, 255.*

[5] CEDH 29 oct. 1992, *Open Door et Dublin WellWomen c/ République d'Irlande : RDSS 1993. 32, obs. Dubouis* 20 mars 2007, *Tysiac c/ Pologne : D. 2007, 2648, note Hennion-Jacquet ; JCP 2007, II,*

وبصدور قوانين أخلاقيات البيولوجيا بتاريخ 1994/07/27، أضاف المشرع الفرنسي المادة 16 من القانون المدني، التي وضعت مبدأ عام يقضي بضرورة احترام الكائن البشري منذ بدء حياته، في إطار مبدأ الكرامة الإنسانية[1]. وقد اختار المشرع الفرنسي مصطلح الكائن البشري L'être humain ولم يستخدم عبارة الشخص[2]، وكان هدف المشرع من ذلك حماية الجنين، لكن دون البت في مسألة الطبيعة القانونية له. وهذه المسألة كانت في قلب النقاشات القانونية والأخلاقية التي سبقت ورافقت المناقشات البرلمانية بشأن مشروع قانون أخلاقيات البيولوجيا، وقد أظهرت مواقف متعارضة بصورة جذرية، واستخلص البعض بأن مبدأ احترام الكائن البشري منذ بدء حياته، يقع عليه استثناء ويتعلق الأمر بالقطع الإرادي للحمل أو قطع الحمل لأسباب طبية. والاستثناء هنا يطغى على القاعدة[3].

2- تضارب الإجتهاد القضائي بشأن الحماية الجزائية المقررة للجنين.

لم يتوان القضاء الفرنسي في تطبيق المواد العقابية التي تحمي الأفراد على مرتكبي جرائم القتل الخطأ التي يقع ضحيتها الجنين Le Fœtus، خاصة في مجال المسؤولية الطبية أو المسؤولية عن حوادث المرور، وقد قضى في عدة مناسبات بقيام جريمة القتل الخطأ في حق الطبيب التي تسبب نتيجة إهماله أو عدم احتياطه في وفاة الجنين. لكن القضاء كان يشترط آنذاك في قيام عناصر الجريمة أن يكون الجنين قابلا للحياة أثناء وقوع الفعل، وكان يستدل بمعيار الوزن أو مدة الحمل في تقرير ما إذا كان الجنين قابلا للحياة أم لا وفقا لتقرير الطب الشرعي.

وهكذا اعتبرت محكمة استئناف Douai في قرار مؤرخ في 1987/06/02، بأن عناصر جنحة القتل الخطأ تكون قائمة في حق الجاني الذي تسبب نتيجة الحادث في إصابة الجنين بأضرار أودت بحياته، واعتبر قضاة المجلس أن الجنين كان قابلا للحياة، واستدلوا بذلك على وزنه الذي كان يبلغ آنذاك

10071, note Mathieu ; RDSS 2007, 643, note Roman 30 oct. 2012, *P. et S. c/ Pologne : req. n°57375/08.*

[1] CASSIERS Léon, op. cit., p. 413.

[2] نصت المادة 02 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان بأن كلمة إنسان أو شخص في هذا تعني كل كائن بشري. وأضافت المادة 04 فقرة 1 بأن لكل إنسان الحق في أن تكون حياته محترمة، هذا الحق يحميه القانون، وبشكل عام منذ لحظة الحمل، ولا يجوز أن يحرم أحد من حياته بصورة تعسفية. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان تم اعتمادها من قبل الدول الأعضاء بكوستاريكا بتاريخ 1969/11/22.

[3] Dans son avis n° 12 du 23 novembre 1998 relatif aux « Aspects éthiques de la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains dans le contexte du 5e programme - cadre de recherche », le Groupe européen d'éthique, constatant qu'il n'existait « *aucune définition consensuelle, ni scientifique ni juridique des débuts de la vie* ».

3.900 كلغ[1]. ومن جانبها، قضت محكمة استئناف Reims بتاريخ 2000/02/03 بإدانة شخص بنفس التهمة تسبب نتيجة حادث مرور في مقتل الجنين، واستدل قضاة المحكمة هذه المرة بعمر الجنين الذي كان يبلغ آنذاك 08 أشهر، وباستطاعته العيش منفصلا عن جسمه أمه[2]. وذهبت محكمة استئناف Lyon أبعد من ذلك، عندما تخلت عن معيار القابلية للحياة، حيث أوضحت بأنه باستثناء الأحكام المتعلقة بالقطع الإداري للحمل والإجهاض العلاجي، فإن القانون كرس مبدأ احترام الكائن البشري منذ بدء حياته، دون اشتراط القابلية للحياة الذي ينطوي على تفرقة بين الحالات، كما أن الخوض في المفاهيم العلمية غير المؤكدة يفتقد لأي طابع قانوني يمكن الاستناد إليه[3].

وبعد الطعن بالنقض قضت محكمة النقض بتاريخ 1999/06/30 بأنه لا يمكن وصف فعل الطبيب بجريمة القتل الخطأ نتيجة الإهمال أو عدم الاحتياط، إثر تسببه في وفاة الجنين البالغ من العمر من 20 إلى 24 شهرا. وكان الطبيب قد قام بعملية إزالة اللولب الرحمي للضحية دون التأكد من هويتها الحقيقية، بعدما ناد عليها معتقدا أنها نفسها المريضة التي كانت متواجدة بنفس قاعة الانتظار، ودون إجراءه الفحوصات الضرورية السابقة لإجراء العملية للتأكد من خلو الرحم، ما أدى إلى إحداث ثقب بغشاء السائل الأمنيوسي ومن ثم وفاة الجنين[4].

---

[1] « Dès lors que rien ne permet de dire qu'il était mort avant l'accident, un enfant de 3,900 kg extrait de l'utérus de sa mère (mort-né frais), doit être considéré comme ayant été vivant à terme et viable en raison de son état de maturité, notamment par son poids. » C.A. Douai, 2 juin 1987, Gaz. Pal. 1989 , 1, 145, note Doucet; JCP 1989, II, 21250, note Labbée; RSC. 1989, 319, obs. Levasseur.

[2] C.A. Reims, 3 févr. 2000: *D. 2000. 873, note Chevallier ; Dr. pénal 2000, Comm. 54, obs. Véron ; Gaz. Pal. 2000. 1. 1106, note Bonneau ; JCP 2000, II, 10406, note Fauré.*

[3] « Sous réserve des dispositions relatives à l'interruption volontaire de la grossesse et de celles relatives à l'avortement thérapeutique, la loi consacre le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, sans qu'il soit exigé que l'enfant naisse viable, du moment qu'il était en vie lors de l'atteinte qui lui a été portée; la viabilité lors de la naissance, notion scientifiquement incertaine, est de surcroît dépourvue de toute portée juridique, la loi n'opérant aucune distinction à cet égard. » C.A. Lyon, 13 mars 1997, *D, 1997 , 557, note Serverin; JCP, 1997, II, 22955, note Fauré; Dr. pénal 1997, Chron. 22, obs. Puigelier ; Defrénois 1997, art. 36578, p. 640, note Malaurie. Adde*: Jacquinot, *Gaz. Pal. 1997, 2, Doctr. 1389* (l'éthique du vivant). – Byk, *Gaz. Pal. 1997, 2, Doctr. 1391* (l'embryon jurisprudentiel). – Murat, *Dr. famille 1997, Chron. 9* (réflexions sur la distinction être humain/personne juridique).

[4] « La loi pénale est d'interprétation stricte; cassation, pour violation de l'art. 111-4 C. pén., de l'arrêt qui, pour déclarer coupable d'homicide involontaire un médecin qui, à la suite d'une confusion résultant d'une homonymie entre deux patientes, a procédé à une intervention visant à extraire un stérilet, ce qui a provoqué la rupture de la poche des eaux et l'expulsion du fœtus, relève que l'art. 2 Conv. EDH et l'art. 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaissent l'existence, pour toute personne, d'un droit à la vie protégé par la loi, souligne que la loi n° 75-17 du 17 janv. 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse, pose le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, désormais rappelé par l'art. 16 C. civ.. dans la rédaction issue de la loi n° 94-653 du 29 juill. 1994, et énonce qu'en intervenant sans examen clinique préalable le médecin a commis une faute d'imprudence et de négligence, qui présente un lien de causalité certain avec la mort de l'enfant que portait la patiente, alors que les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions des art. 319 ancien et 221-6 C. pén. » Cass. Crim. 30 juin 1999, *Bull. crim. n° 174; D. 1999,*

غير أن محكمة النقض الفرنسية غيرت من اجتهادها جذريا، في قرار مبدئي صادر عن الأقسام المجتمعة بتاريخ 2001/06/29، الذي قضى بتأييد القرار المستأنف فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بماتز، الذي جاء في حيثياته أنه:" إن كانت وفاة الجنين نتيجة للحادث، فإن الطفل الذي ولد ميتا لا يتمتع بالحماية الجنائية بعنوان الجرائم ضد الأشخاص، وأنه لكي يكون هناك شخص جدير بالحماية الجنائية يجب أن يكون ثمة كائن حي، أي جاء إلى الحياة ولم يمت بعد، وأنه لا يمكن أن يكون هناك قتل شخص إلا إذا كان المجني عليه طفلا خفق قلبه عند ولادته وتنفس". إلا أن محكمة النقض ذهبت إلى القول:" أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يقتضي التفسير الضيق للقانون الجزائي. وهذا ما يتعارض مع تطبيق ما هو مقرر في قانون العقوبات، لقمع قتل الغير خطأ على حالة الطفل القادم إلى الحياة يحكمه مركزه القانوني نصوص خاصة بالجنين"[1]. ما طرح التساؤلات مجددا حول الحماية الجزائية المقررة للجنين عن أعمال الإجهاض غير العمدي[2].

710, note Vigneau, obs. Mayaud, obs. Desnoyer et Dumaine; JCP 2000, II, 10231 (1er arrêt), note Fauré; Gaz. Pal. 1999, 2, 676, note Bonneau, chron. crim. 139, obs. Doucet; LPA, 17 nov. 1999, note Debove ; Dr. pénal 2000, 3, obs. Véron ; RSC 1999, 813, obs. Mayaud.

[1] « Le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'art. 221-6 C. pén., réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus. » Cass. , ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. Crim. n° 165; BICC. 2001, n° 540 (1er août 2001), concl. Sainte-Rose, et rapp. Sargos ; D. 2001, 2917, note Mayaud ; JCP 2001, II, 10569, rapp. Sargos, concl. Sainte-Rose, et note Rassat, obs. Murat ; Gaz. Pal. 2001. 2. 1456, note Bonneau, note Monnier ; Dr. pénal 2001, chron. n° 34, obs. Demont; RTD civ. 2001, 560, obs. Hauser; RSC. 2002, 97, obs. Bouloc.*

قرار أشار إليه أيضا، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 10.

Les juges ont énoncé aussi que faute d'avoir interprété le tracé du rythme cardiaque fœtal comme l'indice d'une hypoxie, elle a commis non pas une négligence ou un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi, mais une simple erreur de diagnostic n'engageant pas sa responsabilité pénale, alors qu'il résulte de l'art. L. 4151-3 CSP qu'en cas d'accouchement dystocique les sages-femmes doivent faire appeler un médecin, l'arrêt n'encourt cependant pas la censure, dès lors que, l'enfant n'étant pas né vivant, les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale. Cass. Crim. 4 mai 2004, *Bull. crim. n° 108; D. 2004, 3097, note Pradel, obs. Roujou de Boubée; RSC 2004. 884, obs. Mayaud .* V. en ce sens, Crim. 25 juin 2002, *Bull. crim. n° 144; D. 2002, 3099, note Pradel, obs. Mirabail, obs. Planckeel; JCP. 2002, II, 10155, note Rassat ; Dr. pénal 2002. Chron. 31, concl. Commaret, obs. Véron ; LPA, 10 sept. 2002, note Daille-Duclos ; Gaz. Pal. 2003, 1, 481, note Bonneau ; RSC 2003. 95, obs. Mayaud.* Crim. 27 juin 2006, *D. 2007. Pan. 403, obs. Mirabail.*

[2] تتجه أغلب الدول الأوربية إلى أن تجريم القتل الخطأ لا يطبق على الجنين، باستثناء بعض الدول منها بإيطاليا التي نصت المادة 17 من القانون المؤرخ في 1975/05/22 المتعلق بالإجهاض، الذي يعاقب بالحبس كل شخص تسبب نتيجة إهماله في إسقاط حمل امرأة، وقانون العقوبات الإسباني التي تعاقب مادته 157، على كل من أحدث ضرار لجنين، والمادة 146 تعاقب على الإجهاض نتيجة الإهمال الخطير.

وقد نظرت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في مدى مطابقة النصوص القانونية والقرارات القضائية الفرنسية للمادة 02 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان المتعلقة بالحق في الحياة، إثر دعوى رفعتها المرأة التي صدر في حقها قرار محكمة النقض المؤرخ في 1999/06/30، حيث زعمت أن القانون الفرنسي لا يكفل حماية حياة الجنين المستكن في الرحم *in utero* من الأخطاء الطبية، إلا أن المحكمة في قرارها المؤرخ في 2004/07/08، رأت بأنه لا يوجد خرق لنصوص الاتفاقية، حيث لا يمكن الجزم في الوقت الحالي علميا أن الطفل القادم للحياة يعتبر شخصا بشريا، ولا يوجد أية نصوص أوربية تعطي تعريفا علميا لبداية الحياة البشرية وتحدد الطبيعة القانونية للجنين، وأن المسألة تخضع لتقدير كل دولة. وأنه حتى في حال عدم وجود نصوص عقابية عن الإجهاض غير العمدي، فإن قانون الصحة العمومية يحمي حياة الجنين، ويضمن جبر الضرر في حال وقوع الخطأ الطبي[1].

وخلافا لذلك، أقرت محكمة النقض الفرنسية بإمكانية تحقق جريمة القتل الخطأ في حال إذا تسبب الفعل في إصابة الجنين بأضرار ثم توفي ساعات بعد ميلاده حيا[2]. وهو نفس الموقف الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2003/06/24، في قضية طبيب لم يقم بالاحتياطات اللازمة، فأصيب الجنين بمرض Toxoplasmose، نتج عنه فقدان بصره وولد كفيفا. لكن قاضي التحقيق أصدر أمرا بانتفاء وجه الدعوى أيدته غرفة الاتهام في ذلك. وبعد الطعن بالنقض في قرار غرفة الاتهام، قضت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون فيه، لأن الطبيب لم يبذل العناية اللازمة مما أدى إلى إصابة الجنين بعاهة. غير أن في هذه القضية لا يمكن تحديد موقف المحكمة العليا من المسألة لأن الجنين ولد حيا ثم ظهرت عليه المضاعفات[3].

---

[1] CEDH 8 juill. 2004, *Vo c/ France: D. 2004, 2456, note Pradel, obs. Burgogne-Larsen, obs. Roujou de Boubée; JCP. 2004, II, 10158, note Levinet ; RTD civ. 2004, 714, obs. Hauser. Marguénaud ; RSC 2005, 135, obs. Massias.*

[2]« Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable d'homicide involontaire sur un enfant, né le jour de l'accident de circulation dans lequel sa mère, enceinte de huit mois, a été grièvement blessée, et décédé une heure après, retient que le conducteur, par un défaut de maîtrise de son véhicule, a causé la mort de l'enfant qui a vécu une heure après sa naissance et qui est décédé des suites des lésions vitales irréversibles subies au moment du choc ». Cass. Crim. 2 déc. 2003, *Bull. crim. n° 230; D. 2004, 449, note Pradel; AJ penal, 2004, 118, obs. Pitoun; JCP, 2004, II, 10054, note Rassat; Dr. Famille 2004, 26, obs. de Lamy; Dr. pénal 2004, 18, obs. Véron; RSC 2004, 348, obs. Mayaud.* Confirmation Versailles, 30 janv. 2003, *RSC, 2004, 83, obs. Mayaud. Adde*, Puigelier, *Gaz. Pal. 2004, 1, Doctr. 858* (l'homicide involontaire d'un nouveau-né).

[3] المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، بتاريخ 2003/06/24، غير منشور. أشار إليه، سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، المجلة القضائية، عدد خاص بالملتقى الدولي حول "المسؤولية الجزائية للطبيب في ضوء القانون والاجتهاد القضائي"، قسم الوثائق، 2011، ص 10.

ومن خلال تضارب الاجتهادات القضائية حول الوضع القانوني للجنين يتضح صعوبة ضبط معايير قانونية واضحة في حماية الجنين، لأن الإشكالية المطروحة ليست قانونية بالدرجة الأولى، وإنما هي مرتبطة بجدل فلسفي وديني قديم يتمحور حول بداية الحياة البشرية وكيفية حمايتها وكذا بمركز الجنين واحترام كرامته. وقد زادت تقنيات التلقيح الصناعي لهذه المعضلة تعقيدا، حيث أصبح بالإمكان الاستفادة من المضغ البشرية المستكنة بالأنبوب في نزع الخلايا واستعمالها لأغراض طبية ،الشيء الذي أعاد طرح إشكالية الطبيعة القانونية لهذه المضغ في وقت لا يزال الجدل قائما حول حماية الجنين المستكن بالرحم.

الفرع الثاني
الطبيعة القانونية للمضغ البشرية المستكنة بالأنبوب

إن تحديد المركز القانوني للبيضات الملقحة خارج الجسم يعد من أصعب المسائل التي لم يتم التوصل فيها إلى إجماع، سواء من جانب الفقه أو التشريع أو القضاء. لكن قبل الخوض في الآراء المختلفة والنظام القانوني المطبق على المضغ البشرية المنفصلة عن الجسم، يتعين التمييز أولا بين الأمشاج Les gamètes بوصفها أحد منتجات الجسم وبين ما يكتسب منها وصف الجنين[1].

فالأمشاج ما دام أنها لم يشرع بعد في إنضاجها سواء داخل الرحم أو بالأنبوب، يظل استغلالها واستخدامها خاضعا للقواعد التي تحكم التصرف في المشتقات والمنتجات الجسدية بوجه عام، والتي يشكل الرضا المقترن بعدم مخالفة الممارسة موضوع البحث للنظام العام والآداب العامة أهم المبادئ التي تحكمها. أما إذا تكونت اللقيحة داخل الجسم، فنكون في هذه الحالة أمام جنين بشري يخضع الاعتداء عليه أو إتلافه للأحكام القانونية الخاصة بجرائم الإجهاض. لكن الإشكال يثار حول وجود اللقاح مجمدة خارج الجسم، فما هو التكييف القانوني لها؟ وأي نظام قانوني تخضع له هذه الأخيرة؟

[1] راجع حول هذه المسألة، القرارين الصادرين عن محكمة العدل الأوربية المتعلقين ببراءة الاختراع على الخلايا الجذعية الجنينية. أين رفض القرار الأول المؤرخ في 2011/10/18، الاعتراف بالبراءة لأن تلك الأبحاث تقتضي إتلاف الأجنة بما يتعارض مع كرامة الإنسان. في حين صرح القرار الثاني المؤرخ في 2014/12/18، بإمكانية تسجيل البراءة على الخلايا غير القابلة لأن تكون جنينا. أنظر أيضا، حكم المحكمة الإدارية بباريس بتاريخ 2003/01/21 الذي صرح بأنه: " لما كانت الخلايا الجذعية الجنينية من الخلايا الجسدية، فلا يمكن أن ينظر إليها على أنها مضغ بشرية، ولا يمكن أن تحظى بنفس الحماية القانونية المقررة لهذه الأخيرة ". سابق الإشارة إليهم.

أولا: الآراء المختلفة حول طبيعة المضغ البشرية المستكنة بالأنبوب.

يطرح استغلال الجنين تساؤلات جوهرية فلسفية وسياسية وأخلاقية ودينية، شبيهة بتلك التي طرحتها عمليات التلقيح الاصطناعي والكشف المبكر ما قبل الولادة والاستنساخ. ولعل السبب الرئيسي مستمد مما تقدمه المادة الجنينية من فائدة في ميدان الطب والصحة. لذلك اقترنت هذه التساؤلات بالأغراض التي يتبعها هذا الاستغلال، ومن ثم وجب التفكير مبدئيا في تحديد المفاهيم، وترتيب الحلول المراد إيجادها. ولعل أول مبدأ ينبغي الوقوف عنده هو احترام كرامة الجنين. فإذا حاولنا استقراء جل الآراء حول الموضوع، لوجدناها تدور حول ثلاثة اتجاهات.

1- المضغ البشرية المستنبتة خارج الجسم مجرد كتلة من الخلايا غير المتمايزة.

يمثل هذا التوجه التيار النفعي، الذي يرى بأن اللقاح البشرية المستكنة بالأنبوب Embryon *in vitro* لا تتمتع بنفس القدر من الحماية الذي يستحقه الطفل المكتمل أو حتى البويضات المخصبة بالرحم Embryon *in utero*. ووفقا لهذا الاتجاه، فإن الوضع الاعتباري للبويضة المخصبة خارج الرحم لا يحدد بصورة مطلقة، وإنما بالنسبة لغيره من المزايا المعنية، ومن ثم إذا وضعنا الجنين في طور ما من أطوار نموه في كفة الميزان مقابل مبدأ تخفيف معاناة البشر، أمكن تبرير إتلاف الأجنة بتوفير علاج للمرضى[1]. وقد تأثر بهذا الرأي القانون البريطاني الصادر في 1990/11/01 الذي يسمح بإجراء الأبحاث العلمية على الجنين ضمن مدة 14 يوما التالية للتلقيح، كما سمح بتخليق مضغ بشرية لأغراض البحث العلمي أو الاستنساخ العلاجي وانتزاع الخلايا الجنينية[2].

إلا أن البعض حاول التخفيف من هذا الإطلاق، باشتراط توافر مجموعة من الضوابط القانونية، أبرزها الموافقة المسبقة من طرف الزوجين، والتناسب بين الأضرار التي قد تصيب البويضة

---

[1] فالجنين بعد مرحلة معينة من النمو لا يعود قادرا على الانقسام إلى أكثر من فرد واحد، لأن الخلايا الجنينية تبدأ في التمايز النوعي وتصبح جزءا لا ينفصم من كل متكامل. ويمكن ملاحظة أول بوادر بلوغ الجنين هذه النقطة التي لا رجعت فيها نحو اليوم الرابع عشر بعد الإخصاب عندما يظهر الالتئام البدائي، أي بدايات الجهاز العصبي. ويتخذ ذلك حجة لتسويغ تحديد فاصل زمني واضح. فقبل اليوم الرابع عشر من نمو الجنين يمكن استخدام الأجنة في البحوث إذا كانت النتائج المتوخات من ذلك يمكن أن تفيد في تخفيف آلام أشخاص آخرين. وبعد اليوم الرابع يصبح الوضع الإعتباري للجنين هو الغالب على مصالح الغير المحتملة.

[2] من المعلوم أن التيار النفعي والتيار التجريبي يسيطران في البلاد الأنجلوسكسونية في المجال الطب والبيولوجيا، وأن هذا التيار ينظر نظرة إيجابية إلى البحث والتطوير الطبي، حول المرجعيات الكبرى لأخلاقيات البيولوجيا، راجع، مختار عريب، المرجع السابق، ص 213.

الملقحة والفوائد المحتملة أو المرجوة من وراء التجربة أو البحث[1]. وهذا ما توصلت إليه لجنة Warnock التي تم تشكيلها في انجلترا لدراسة الموضوع سنة 1984، حيث أوصت بإجراء التجارب على الأجنة الزائدة من عمليات التلقيح الاصطناعي، على شرط الموافقة الصريحة للزوجين، وأن الأبحاث يجب أن تنصب على المضغ البشرية التي لا تتجاوز الأسبوعين، أي قبل ظهور الميزاب العصبي، وعلى الرغم من ذلك فإنه لا تزال هناك في بريطانيا معارضة كبيرة لإجراء التجارب على الأجنة الآدمية[2].

ويترتب على ذلك عدم إمكانية تحمل أية مسؤولية عن القيام بإتلاف المضغ المستنبتة خارج الجسم. فالجنين الذي يتم استحداثه في الأنبوب دون أن تكون الغاية من ذلك زرعه في الرحم، لا يملك الإمكانية والقدرة على أن يصبح كائنا بشريا. وكذلك الحال بالنسبة للجنين الذي يستحدث عن طريق النقل النووي لإجراء التجارب. ويضرب هذا الفقه المثل بالتشريعات التي تسمح باستخدام أعضاء المتوفين دماغيا في نقل الأعضاء أو الأبحاث الطبية، يجب ألا تجد حرجا في استخدام المضغ البشرية في الأبحاث العلمية، لأن كلا من الجنين في مرحلة الكيسة الأريمية والشخص المتوفى دماغيا يشتركان في فقدان الدماغ ووظيفته.

فالمضغ البشرية الموجهة للإخصاب تعد جنينا بحسب المآل، لأنها في طريقها أن تصبح ذات بشرية بعد زرعها في الرحم، أكثر من البويضة الملقحة اصطناعيا المخصصة لغايات علاجية أو لأغراض البحث العلمي، التي يتم التعامل معها كمادة بيولوجية. وفي هذا المعنى تستدل الطبيبة والباحثة الفرنسية في الأخلاق التطبيقية Anne FAGOT-LARGEAULT بالأحكام المتعلقة بالقطع الإرادي للحمل، لتبرير موقفها من إمكانية الاستفادة من البويضات الملقحة خارج إطار المساعدة الطبية على الإنجاب، وواضح من خلال هذا الرأي أنه يأخذ بعين الاعتبار الوظيفة التي يعطيها الآخرون للقاح البشرية من حيث الحماية القانونية[3].

---

[1] فرغم أن العلوم الطبية توصلت منذ القديم إلى معرفة بنى الإنسان البيولوجية، لكن الأطباء في حالات عديدة يقومون بترك الأجنة أو تدميرها أو فقدانها نتيجة سوء استخدام التقنية أو عدم فعاليتها أو بسبق إصرار، وأن أخصائيو الإخصاب في المختبر يعتبرون هذا الكم من الخسارة الناجمة عن طرح الأجنة مجرد ثمن يجب دفعه في سبيل البحث العلمي والحصول على النتائج الإيجابية.

[2] Department of Health & Social Security. Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology. Dame Mary Warnock DBE, Chairman. London, July 1984.

[3] POULANTZAS Ariane, *« La question du statut de l'embryon est devenue centrale ». Rencontre avec Anne Fagot-Largeault*, Sciences Humaines, La moralisation du monde, Grands Dossiers - Mars - Avril - Mai 2006. n°2.

2- المضغ البشرية المستكنة بالأنبوب شخصا إنسانيا محتمل الوجود.

في ظل التقسيم الثنائي الروماني الذي لا يزال يخيم على أغلب التشريعات اللاتينية، بين الأشخاص والأشياء summa divisio، يعتقد بعض الفقه الفرنسي بأن البويضة الملقحة خارج الرحم أقرب إلى الأشياء منها إلى الأشخاص، والمرجح حسبهم بأنها مادة لصيقة بإرادة الأبوين اللذين وضعا البويضة والمني وفي إطار مشروعهما المشترك، بدليل أن القانون سمح لهما بتقرير مصيرها[1]. وكان محكمة استئناف Toulouse قد أمرت بإتلاف المضغة المجمدة بعد وفاة الزوج، مبررة أنه لا يملك الجنين أي مبرر لوجوده إلا الوصول إلى الحياة، ولكن إذا لم يتم زرعه فيجب تدميره لأنه غير متمتع بالحقوق وأنه غير قابل للتملك[2]. وأشارت المحكمة الإدارية بـ Amiens في حكمها المؤرخ في 2004/03/09، بأن المضغ الملقحة بالأنبوب التي ضاعت نتيجة عدم صلاحية أجهزة التبريد ومواد الحفظ بالمستشفى، لا تعتبر شخصا عزيزا على الزوجين، أو شيئا ذو قيمة مالية يستحق التعويض نتيجة فقده من طرفهما[3]. ومن جهة أخرى، اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي بأن مبدأ احترام الكائن البشري منذ بدء حياته، لا يسري إلا بالنسبة للجنين المستكن في رحم أمه، وأنه لا يطبق على الأجنة الملقحة خارج الجسم[4].

---

[1] يرى البعض بأن الجنين من الناحية القانونية في مركز متوسط ما بين الشخص والشيء، إذ يخضع لنظرية الاحتمال في الوجود واكتساب الشخصية القانونية. ومن ثم فإنه كان واجبا مراعاة سلامته وعدم المساس بحرمته، فإذا ما توافر هذان الشرطان لم يكن هناك ثمة ما يمنع من إجراء التجارب دونما أية مسؤولية قانونية. حول هذا الرأي أنظر، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 300.

[2] « En droit, l'embryon humain créé puis conservé artificiellement hors du corps de la mère ne peut avoir d'autre justification que de conduire à la vie. Sauf autorisation de la loi, il ne doit pas pouvoir être utilisé à d'autres fins. Dès lors sa destruction s'impose si son implantation ne peut être effectuée. En effet, constitué de cellules humaines, il est hors du commerce et insusceptible d'appropriation, même de la part de la femme ayant donné l'ovule concourant à sa création, ce don, qui matérialise seulement l'expression de l'une des trois volontés nécessaires, ne pouvant avoir pour effet de créer sur lui un droit privatif.
En l'espèce, et sans qu'il soit besoin là non plus de se référer au document signé par les ... il suffit de constater que les deux embryons conservés au centre hospitalier régional de Toulouse ne peuvent être implantés et donc conduire à la vie. Leur destruction s'impose, aucun texte ni aucun principe de notre droit positif ne rendant l'embryon congelé titulaire de droits. » C.A. Toulouse, 18 avril 1994, *2563/93 P. c/ Centre hospitalier de la Grave*; *JCP, 1995, II, 22472.*

[3] T.A. Amiens, 9 mars 2004, *Épx Tellier: AJDA 2004, 1546, note Hennette-Vauchez; D. 2004, 1051, note Labbée; RFDA, 2004, 786, concl. Boutou; JCP 2005, II, 10003, note Corpart; RTD civ. 2004, 482, obs. Hauser.*

[4] « Considérant que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés in vitro de nombreuses garanties ; que cependant, il n'a pas considéré que devait être assurée la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons. » Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

وكانت اللجنة الوطنية الاستشارية الفرنسية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة، في رأيها المؤرخ في 1984/05/22، المتعلق بانتزاع الأنسجة من المضغ والأجنة البشرية الميتة لأغراض علاجية وتشخيصية وعلمية، قد أعطت رأيها حول المركز القانوني للجنين، محاولة إيجاد حل وسط بين التوجهات الكبرى المطروحة في أوربا والعالم الغربي عموما، بحيث وصفته بأنه شخص إنساني محتمل Personne humaine potentielle[1]. وفي رأي آخر مؤرخ في 1987/12/15 متعلق بالبحوث العلمية واستخدام الأجنة البشرية المستكنة في الأنابيب لأغراض طبية وعلمية، ذهبت اللجنة إلى أنه يجب أن يثار وقت التلقيح مبدأ احترام الكائن البشري الذي سيلد[2]. وأيدها في ذلك مجلس الدولة في الرأي الذي أبداه سنة 2009، حول مشروع تعديل قانون أخلاقيات البيولوجيا، أين اعتبر بأن لا يمكن أن تكون المضغة البشرية من الأشخاص أو الأشياء، وأن وصفها بالشخص الإنساني المحتمل يضمن لها الحماية في مسار أخلاقي متكامل[3].

ومن جهتها، رفضت الغرفة الموسعة للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرارها المؤرخ في 2015/08/27، اعتبار المضغ المجمدة أشياء. في دعوى قضائية كانت قد رفعتها امرأة ضد إيطاليا، التي رفض مركزها المخصص لحفظ المضغ البشرية طلبها الرامي إلى التبرع بخمسة بويضات ملقحة، تم تجميدها في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب، لاستعمالها في مجال البحث العلمي بعد وفاة خليلها، لأن القانون الإيطالي لا يسمح بإجراء الأبحاث العلمية على المضغ المستكنة بالأنبوب. وطعنت المدعية في القانون لخرقه مبدأ احترام الحياة الشخصية والعائلية، من زاوية أن المضغ المجمدة تحمل رصيدها الوراثي، وتشكل جزء أساسي من هويتها، وكذا من جانب حقوق الملكية. غير المحكمة اعتبرت أنه يمكن للقوانين الداخلية أن تمنع إتلاف الأجنة، وبالنسبة لحقوق الملكية قررت المحكمة بالإجماع بأنه لا يمكن للمضغ أن تنزل إلى مرتبة الأشياء، أو أن تكون محل لحقوق الملكية. غير أن المحكمة لم توضح في المقابل إن كانت المضغ تأخذ حكم الأشخاص[4].

---

[1] « L'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une personne humaine potentielle qui est, ou a été vivante et dont le respect s'impose à tous » Avis n°1 - 22 mai 1984 sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques.

[2] Avis relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques, n°8 - 15 décembre 1986.

[3] « Dire qui est l'embryon ou ce qu'il est relève de l'impossibilité, mais même quand l'embryon n'est pas considéré comme une personne à part entière, il n'est généralement pas défini comme une chose. Le regarder comme étant une personne humaine potentielle assure le consensus éthique le plus large. Sans permettre de rejoindre entièrement celles et ceux qui demandent que tous les attributs de la personne humaine lui soient reconnus, cette qualification justifie au moins de lui apporter des protections qui lui soient propres, en pensant non seulement à ce qu'il est mais aussi à ce qu'il a vocation à devenir ». CE avis sur la révision de la loi de bioéthique, précité.

[4] La Cour ne considère que l'art. 1 du protocole 1 n'est pas applicable. Après avoir souligné qu'elle n'a pas à se pencher sur la question délicate et controversée du début de la vie dans cette affaire, l'art. 2 protégeant le droit à la vie n'étant pas en cause, elle a jugé que, « eu égard à la portée économique et

3- المضغ البشرية المستكنة بالأنبوب شخصا بشريا.

لا يمكن وفقا لهذا الاتجاه أن يكون جسد الإنسان في مراحل تشكله الأولى، مجرد خلايا مجتمعة، فجسد الجنين ينمو تدريجيا وفق برنامج محدد إلى أن يصبح طفلا. فالمعيار الأخلاقي الأساسي الذي تتحدث عنه تعاليم الكنيسة الكاثوليكية مثلا كمقياس لجميع المسائل الأخلاقية المتعلقة بالعمليات الممارسة بحق الأجنةِ البشرية، يستند إلى حقيقة أونطولوجية، تدعمها المعارف العلمية التي تؤكد مبدأ الاستمرارية في عملية نمو الإنسان. فثمرة عملية الإنجاب البشرية، منذ اللحظة الأولى لوجودها، أي منذ تشكل الخلية الملقحة، تتطلب احتراما لا مشروطا، سببه الأخلاقي هو وجود الإنسان بكامله أي الجسدي والروحي. فيجب إذن احترام الإنسان ومعاملته كشخص بشري منذ الحبل به، وبالتالي يجب الاعتراف بحقوقه كشخص بشري منذ تلك اللحظة، ومن بين هذه الحقوق وقبل كل شيء الحق غير القابل للانتهاك، أي حق كل إنسان بريء في الحياة[1].

---

patrimoniale qui s'attache à cet article, les embryons humains ne sauraient être réduits à des biens au sens de cette disposition » CEDH 27 août. 2015, *Parrillo c/ Italie (req. n° 46470/11),* note Amélie Dionisi-Peyrusse, *Actualités de la bioéthique,* AJ Famille, 2015, p.433. Jean-Pierre Marguénaud*, Les embryons in vitro entre les balances de la justice européenne et les éprouvettes des chercheurs, RTD civ. 2015, p.830.*

وقبل ذلك كان المدعي العام لمحكمة العدل الأوربية قد رافع في قضية Oliver Brüstle، المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية على خلايا المنشأ الجنينية – السابق الإشارة إليها – من أجل إعطاء تعريف موسع للمضغة البشرية، من أجل ضمان حماية فعالة للجنين وحماية كرامة الكائن البشري تجاه التطبيقات الطبية والبيولوجية الحديثة منذ بدء تكون الحياة، وقد ساندته المحكمة في هذا التوجه مبدئيا، إلا أنها أوضحت بأن الوضع القانوني للخلايا الجنينية وقدرتها على التمايز لكي تصبح مضغة بشرية، فإنها تخض لتقدير القاضي الداخلي الذي يقرر ذلك على ضوء المستجدات العلمية الحاصلة في مجال الطب.

Dans ses conclusions du 10 mars 2011, l'avocat général Bot, retenant une interprétation large de la notion d'embryon humain, avait estimé que l'article 6.2 *c)*, de la directive n° 98/44 devait être interprété en ce sens que « *la notion d'embryon humain s'applique dès le stade de la fécondation aux cellules totipotentes initiales et à l'ensemble du processus de développement et de constitution du corps humain qui en découle. Il en est ainsi, notamment, du blastocyste* ». Ajoutant : « *Une invention doit être exclue de la brevetabilité lorsque la mise en oeuvre du procédé technique soumis au brevet requiert, au préalable, soit la destruction d'embryons humains, soit leur utilisation comme matériau de départ, même si la description de ce procédé ne contient aucune référence à l'utilisation d'embryons humains* ».

La Cour décide que : constituent un « embryon humain *» tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau de la cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer.* Elle ajoute qu'il *appartient au juge national de déterminer, à la lumière des développements de la science, si une cellule souche obtenue à partir d'un embryon humain au stade de blastocyte constitue un « embryon humain » au sens des termes visés*. CJUE, gr. ch., 18 oct. 2011, *Brüstle c/ Greenpeace,* aff. C-34/10. V. HAUSER Jean, « Définition de l'embryon » l'embryon européen, RTD civ, 2011, p. 97.

[1] ومن ثم فإن المساس بهذه الكتلة الصغيرة جدا، وإعدامها لاستخدامها في التكنولوجيا الحيوية هو أمر مرفوض. وعلى هذا فإن إمكانية استخدام خلايا الأجنة البشرية لخدمة العلاج أو الإنسان، ما هي في الحقيقة إلى تجارب لقتل الأجنة البشرية التي لا يزيد عمرها على 15 يوما، ومن ثم تدميرها تحت غطاء العلاج أو الأدوية، أو الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية.

فيجب أن يكون هذا المعيار الأخلاقي الذي يعترف به العقل حقيقيا، ومطابقا لشريعة الأخلاق الطبيعية أساسا لكل نظام قانوني. لأن واقع الإنسان في كل مراحل حياته لا يقبل تغييرا في طبيعته ولا تدرجا في قيمته الأخلاقية، لأنه يتمتع بجميع الصفات الأنثروبولوجية والأخلاقية. فالجنين البشري يملك منذ اللحظة الأولى كرامة الشخص البشري. فاحترام كرامة الشخص أمر واجب تجاه كل إنسان[1].

ويعد القانون الألماني الصادر في 1990/12/13 المتعلق بحماية المضغ البشرية أقرب القوانين إلى توجهات الكنيسة الكاثوليكية، حيث حظر تخصيب البويضة لغير غرض الإنجاب، وبشرط أن يكون لصالح المرأة صاحبة البويضة، كما تحظر بعض البلدان إتلاف الأجنة لأغراض البحث. ومن الحجج المناهضة لاستعمال الأجنة بواسطة الإخصاب المختبري أن هذه الأجنة قد خضعت لعملية انتقاء مسبق، بحيث لا يستخدم سوى أفضلها من الناحية المورفولوجية للزرع في الرحم.

ثانيا: التصرف في البويضات الملقحة الزائدة من عمليات التلقيح الاصطناعي.

ترتبط مسالة المضغ الفائضة من عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، الموجودة في بنوك المواد البيولوجية الحية ذات الأصل البشري، ارتباطا جوهريا بالمركز القانوني للجنين، ومع تطور العلوم الطبية والبيولوجية، لم يعد الجنين بعيدا عن معاينة الأطباء والبيولوجيين، على الرغم من عدم حصول إجماع على تحديده. لكن التشريعات المقارنة حاولت وضع ضوابط القانونية توضح من خلالها كيفية التصرف في المضغ البشرية الفائضة، وإمكانية استعمالها خارج نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب، كما اهتم الفقه الإسلامي بهذا الموضوع وخصصوا له عدة ندوات علمية لمناقشته.

1- موقف الفقه الإسلامي من التصرف في البويضات الملقحة الزائدة.

درس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في مؤتمره السادس المنعقد بمكة المكرمة ما بين 14 إلى 1990/03/20، قضية الأحكام المطبقة على البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة. وقد توصل المجمع أنه على ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البيضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البيضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض من البيضات الملقحة. وإذا حصل فائض من البيضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي[2].

---

[1] مجمع عقيدة الإيمان، المرجع السابق، ص 06.

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 55 (6/6) لعام 1990 والمتعلق بحكم البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة.

وهو ما أوصى به المشاركون في ندوة الكويت الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الفترة من 24 إلى 1989/10/27، حيث ورد في توصية هذه الندوة بأن البويضات الملقحة الفائضة من عمليات التلقيح الاصطناعي يجب أن تترك لشأنها للموت بدلا من إعدامها، أو استعمالها في البحث العلمي. وأن الوضع الأمثل ألا يكون هناك فائض منها، وذلك باستمرار العلماء في أبحاثهم عن طريق الاحتفاظ بالبويضات غير الملقحة، وعدم تلقيحها إلا عند الحاجة إليها، مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التلقيح السوي بعد ذلك[1]. وفي هذا الصدد يوضح الدكتور محمد علي البار أنه بالنسبة إلى اللقاح المجمدة، فلا ينبغي الاحتفاظ بأي أجنة زائدة، وإنما استخراج ثلاثة بويضات فقط وتلقيحها وإعادتها إلى رحم المرأة صاحبة البويضة والملقحة بماء زوجها[2].

2- موقف القوانين في التعامل مع البويضات الملقحة الزائدة.

وضعت التشريعات الحديثة الضوابط القانونية لعملية حفظ المضغ البشرية الفائضة، درءا لأية شبهة وتفادي لأي خطر يتنافي وكرامة الإنسان. ويعد التشريع الألماني الأقرب في هذا الحكم إلى ما توصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية[3]، بحيث لم يسمح القانون المؤرخ في 1990/12/13 المتعلق بحماية المضغ البشرية بأن تتم عملية التلقيح خارج الجسم لعدد من البويضات يزيد عن احتياجات المرأة في الدورة الرحمية الواحدة، كما يمنع زرع أكثر من ثلاثة بويضات ملقحة خلال الدورة الرحمية. ما يقلص أو يعدم تمام إمكانية حفظ أو تخزين أجنة بشرية في المراكز البيولوجية.

أما التشريع الفرنسي فيبدو أكثر تفتحا، بحيث وضع عدة حلول للتعامل مع البويضات المخصبة خارج الرحم، تتمثل أولا في مواصلة عملية الحفظ تلبية لرغبة الزوجين، أو وتركها تموت بعد انقضاء فترة زمنية معينة، أو التبرع بها للغير. وقد وضعت المادة L. 2141-3 من قانون الصحة العمومية المبدأ الأساسي المتمثل في أنه يجب أن يتم تخصيب البويضات بالأنبوب إلا ضمن إطار المساعدة الطبية على الإنجاب، أي علاج حالات العقم أو تفادي انتقال الأمراض المعدية. كما لا يمكن تتم عملية التلقيح إلا بواسطة الأمشاج المتأتية من الزوجين مع احترام الشروط الأخرى[4].

---

[1] المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، زراعة بعض الأعضاء البشرية، الندوة السادسة، الكويت، 1989.

[2] محمد علي البار، المواقف الفقهية والأخلاقية من قضية زرع الأعضاء، دار الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994، ص 242.

[3] المعبر عنه في قرار مجمع الفقه الإسلامي المؤرخ في 1990/03/20 المشار إليه أعلاه.

[4] Art. L. 2141-3 du Code de la santé publique (*L. n° 2004-800 du 6 août 2004, art. 24-I-3°)* Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article (*L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011, art. 36-1°)* «L. 2141-1». Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple..

وخلافا للتشريع الألماني، لم يحصر المشرع الفرنسي عدد البويضات التي يتعين تخصيبها بالأنبوب لتجسيد المشروع الأسري. ولم يضع أية قيود حول الحد الأدنى للقائح التي يتعين على الطبيب احترامه في عملية النقل. وبالنسبة إلى أحقية التصرف في المضغ المجمدة، فقد منحها المشرع الفرنسي لإرادة الزوجين المتأتية منهما الأمشاج بالدرجة الأولى، الذين يقرران مصيرها. لكن القانون المؤرخ في 2011/07/07 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا لم يترك حرية الزوجين في التصرف في المضغ المجمدة على إطلاقها، بل قيدها ليضع بذلك حدا للمبالغة في تجميد الأجنة البشرية. لهذا فإن التعديل التشريعي وضع قاعدة مفادها أنه لا يمكن للزوجين أن يستفيدا من محاولة أخرى للتلقيح الاصطناعي بالأنبوب، قبل استنفاذهما لكافة الأمشاج المحفوظة، إلا في حال وجود مشكل في جودة الأجنة المجمدة وصلاحيتها في علمية الزرع[1].

وبالنسبة لتوقيف عملية التخزين، فإنها تتم إما بإرادة الزوجين أو بقوة القانون. فالزوجين يتعين عليهما في كل سنة توضيح موقفهما كتابيا بخصوص مواصلة الاحتفاظ بالمضغ المجمدة أو التخلي عن مشروعهما الإنجابي المشترك. ويوضحان مصير المضغ، فإما التبرع بها لفائدة زوجين آخرين أو إتلافها. وفي حال وفاة أحد الزوجين، يتعين على الزوج الذي بقي على قيد الحياة اتخاذ القرار بعد سنة من تاريخ الوفاة[2]. وقد يتم توقيف عملية الحفظ بقوة القانون بعد انقضاء مدة (05) سنوات. لكن المشرع الفرنسي، يسمح بصفة استثنائية باستعمال المضغ البشرية التي لا تكون قابلة للنقل أو الحفظ، لأغراض البحث العلمي وفقا للشروط المحددة قانونا، مع الأخذ بعين الاعتبار الموافقة المسبقة للزوجين[3].

وقد سار المشرع التونسي بنفس النهج تقريبا المنتهج من قبل القانون الفرنسي، حيث جاء في الفصل الحادي عشر من القانون المتعلق بالطب الإنجابي، أنه لا يمكن إجراء تجميد للأمشاج أو الأجنة إلا لغايات علاجية قصد مساعدة الزوجين على الإنجاب وبطلب كتابي منهما. ثم حدد القانون مدة قصوى لا تتجاوز خمس (5) سنوات قابلة للتجديد لنفس المدة، بطلب كتابي من الشخص المعني بالنسبة إلى الأمشاج، ومن الزوجين معا بالنسبة إلى الأجنة، وبانتهاء هذه المدة دون تجديد الطلب أو بمجرد ثبوت وفاة أحد الزوجين المعنيين، يتم وجوبا إتلاف تلك الأمشاج وإنهاء تجميد الأجنة. غير أنه وقبل انقضاء ذلك الأجل، يمكن طلب إنهاء التجميد ممضى من قبل الزوجين معا. أو طلب إنهاء التجميد من

---

[1] Afin de ne pas multiplier avec excès la congélation d'embryons, le législateur précise au dernier alinéa de l'article L. 2141-3, qu'hormis l'hypothèse où un problème de qualité affecte les embryons déjà conservés, le couple ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation *in vitro* avant le transfert des embryons déjà en stock.

[2] يتعين التذكير بأن نقل المضغ البشرية بعد الوفاة، أو إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة مني الزوج المتوفى محظور قانونا، بحسب التشريع الفرنسي، كما سبق التطرق إليه.

[3] Art. L. 2141-3 du Code de la santé publique.

القاضي الفاصل في مسألة الطلاق، يمكن بموافقة الزوجين الكتابية، الحصول على أجنة زائدة وحفظها قصد إجراء محاولة جديدة لإعادة عملية الزرع، وذلك بناء على رأي الطبيب المباشر[1].

وكانت التعليمة الصادرة عن وزارة الصحة والسكان بتاريخ 2001/05/12 تحت رقم 300 المتعلقة بالممارسات السريرية والبيولوجية الحسنة للمساعدة الطبية على الإنجاب، قد منحت إمكانية حفظ المضغ لمدة 03 سنوات، يتم بعد هذه المدة إتلافها بعد اطلاع الزوجين على ذلك. فضلا على هذا، يجب أيضا إتلاف الأجنة والأمشاج إذا تم اكتشاف أن أحد الزوجين يعاني من مرض ما. وأعطى المشروع التمهيدي للقانون المتعلق بالصحة الحرية للطبيب والمريضة في تحديد عدد المضغ المعدة للنقل إلى الرحم في إطار المشورة الطبية، على ألا يزيد عددها على ثلاثة، كما سمح بعض الحالات المبررة طبيا بأن يقوم الطبيب بتلقيح المزيد من المضغ على يتم تدوين ذلك في الملف الطبي للمريض وتوضيح الأسباب. لكن هذه الوثيقة لم تتحدث عن إمكانية التجميد وطريقة الإتلاف وإمكانية الاستفادة منها في الدراسات العلمية التي تعتبر مسائل مهمة يتعين استدراكها[2].

المطلب الثاني
الاستفادة من الخلايا الجذعية في الأبحاث العلمية والعلاجية

يعد اكتشاف الخلايا الجذعية Les cellules souches من أكثر الاكتشافات الطبية الحديثة أهمية، وهو اكتشاف يوضح أنه يمكن للجسم أن يرمم نفسه بتوفير خلايا جديدة كبديل للتالفة منها أو المريضة. وبالرغم من أن اكتشاف الخلايا الجذعية حديث نسبيا، إلا أنها نالت الكثير من الاهتمام، إذ يعول عليها العلماء أن تكون مصدرا مهما لعلاج الكثير من الأمراض المزمنة والإصابات الخطيرة، كأمراض الكبد، والبنكرياس والفشل الكلوي، وإصابات الجهاز العصبي والعظمي[3].

---

[1] أنظر، الفصل 11 و12 من القانون المتعلق بالطب الإنجابي.

[2] تنص المادة 392 من المشروع التمهيدي للقانون بأنه: " يجب أن يناقش الزوجان والعيادي والبيولوجي، معا، عدد الأجنة الواجب نقلها والتي يجب ألا تتعدى ثلاثة (03) أجنة. وفي حالة تجاوز هذا العدد، يجب تعليل الأسباب وتدوينها في الملف الطبي للمريضة". قد يفهم ضمنيا من خلال الأحكام بأن المشرع أراد غلق المجال أمام تجميد المضغ، ما دام أنه حددها في ثلاثة فقط يتم زرعها في الدورة الرحمية الواحدة.

[3] لقد عزلت الخلايا الجنينية الجذعية البشرية لأول مرة في عام 1998، وهي تسمى أحيانا في البشر الخلايا البيضاء إذ أنها قادرة على أن تتحول إلى كل أنماط أنسجة الجسم تقريبا. وإذا فصلت كتلة من الخلايا الداخلية لجنين في مرحلة الكيسة الأريمية، أمكن زرعها للحصول على خلايا جذعية كلية الطاقات شمولية الوسع يمكن أن تتحول إلى دم أو عضل أو أي نوع آخر من أنسجة البدن وأعضاءه. أنظر، منظمة اليونسكو، الاستنسال البشري، قضايا أخلاقية، مرجع سابق، ص 13.

وتعرف الخلايا الجذعية بأنها خلايا تستطيع النمو لتكوين مختلف الأنسجة في جسم الكائن الحي، فقد تؤول في النهاية إلى خلايا عصبية أو عضلية أو كبدية أو دموية. وتتميز الخلايا الجذعية بأنها غير متمايزة، أي لها القدرة على الانقسام المستمر لإنتاج أي نوع من الخلايا الوظيفية المتخصصة التي يحتاجها جسم المخلوق الجديد، في حالة تم تحفيزها وتوافر البيئة المناسبة[1]. فيمكن مثلا تحويل خلية جذعية إلى خلايا دموية أو إلى خلايا عضلة القلب لحقنها في قلب المريض بغية إصلاح وظيفة قلبية مختلة. ويأمل الباحثون التوصل على هذا النحو إلى استخدام هذه الخلايا المتعددة الطاقات في التغلب على بعض الأمراض المزمنة[2].

ومنذ اكتشافها أثار استعمال الخلايا الجذعية الكثير من الجدل بين دعاة حرية البحث العلمي، والتيار المحافظ الذي شبه تلك الأبحاث بالمنحدر الذي يمكن أن تنقص بشكل كبير من قيمة الحياة الإنسانية خاصة أن المصدر الرئيس لها الأجنة والأمشاج البشرية الملقحة، مما جعل علوم الأحياء والبيولوجية تمر بأزمة أخلاقية حادة، لهذا ناقشت العديد من اللجان الدولية والإقليمية موضوع الخلايا الجذعية، بهدف إيجاد تنظيم لها، محاولين إيجاد نوع من الموازنة بين المتطلبات العلمية والأخلاقية.

الفرع الأول
بعض الجوانب العلمية الخاصة باستخدام الخلايا الجذعية

بالرغم من أن الأجنة البشرية تعد المصدر الرئيس للخلايا الجذعية، إلا أن العلماء اكتشفوا أن هذه الخلايا لا ينتهي دورها باكتمال التخلق، بل تبقى في أنسجة الجسم بكميات قليلة حتى بعد اكتمال نمو الجسم البشري، وفي نفس الوقت ارتبط استخدام الخلايا الجذعية بقضية الاستنساخ العلاجي. وعليه يتعين إظهار أولا أنواع الخلايا الجدعية، وتحديد مصادرها المختلة، وأخيرا إلى أهم التطبيقات العليمة للخلايا الجذعية.

---

[1] محمد زهير القاوي، الجوانب الأخلاقية في أبحاث الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتنقية، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، 2010، عدد 94، ص 12.

[2] طريقة الدكتور جيمس طومسون: ويتم فيها عزل الخلايا الجذعية الجنينية مباشرة من كتلة الخلايا الداخلية للأجنة البشرية في مرحلة البلاستوسايت. يلي ذلك عزل هذه الخلايا، ثم تنميتها في مزارع خلوية منتجة خطوطا خلوية من الخلايا الجذعية الجنينية، حيث تحول بعض هذه الخلايا إلى أنواع من الأنسجة المختلفة. وطريقة الدكتور جيرهارت: ويتم فيها عزل الخلايا الجذعية من الأنسجة الجنينية التي حصل عليها من الأجنة المجهضة، أو من الخلايا الجروثومية الجنينية الموجودة في المنطقة تكون الخصي والمبايض في الجنين. عبد العزيز بن محمد السويلم، الخلايا الجذعية، المرجع السابق، ص 06.

أولا: أنواع الخلايا الجذعية.

تصنف الخلايا الجذعية بحسب أطوار نمو الجسم البشري إلى نوعين، خلايا جذعية جنينية وخلايا جنينية بالغة. كما يتم تصنيفها من حيث قدرتها التمايزية، إلى الخلايا الكلية الطاقات والخلايا الكثيرة الطاقات والخلايا المتعددة الطاقات.

1- معيار التطور البيولوجي للخلايا (الخلايا الجنينية والخلايا الكهلة).

يتمثل النوع الأول من الخلايا الجذعية في الخلايا الجنينية Les cellules souches embryonnaires، وهي الخلايا الداخلية للحويصلة الجذعية، ويتم الحصول عليها من الجزء الداخلي للكيسة الأريمية[1]. وتسمى كذلك بالخلايا الأولية أو الأساسية أو خلايا المنشأ. وتوصف الخلية الجذعية الجنينية بأنها خلية كاملة الفعالية، تنقسم فيما بعد إلى عدة انقسامات لتعطي مرحلة تعرف بالبلاستوسايت، التي تتكون من طبقة خارجية من الخلايا المسئولة عن تكوين المشيمة والأنسجة الداعمة الأخرى التي يحتاج إليها الجنين أثناء عملية التكوين في الرحم. بينما الخلايا الداخلية يتم من خلالها تكون أنسجة جسم الكائن الحي المختلفة. ولهذا لا تستطيع تكوين جنين كامل لأنها غير قادرة على تكوين المشيمة والأنسجة الداعمة الأخرى التي يحتاج إليها الجنين خلال عملية التكوين، على الرغم من قدرتها على تكوين أي نوع آخر من الخلايا الموجودة داخل الجسم. تخضع بعد ذلك الخلايا الجذعية الجنينية للمزيد من التخصص لتكوين خلايا جذعية مسئولة عن تكوين خلايا ذات وظائف محددة[2].

أما النوع الثاني من الخلايا الجذعية، تتمثل في الخلايا الجذعية البالغة أو الجسدية وهي خلايا ليس مصدرها المضغة أو الجنين، وإنما تؤخذ من مصادر أخرى مثل نخاع العظام أو أنسجة شخص بالغ، فقد تبين أن هذه الخلايا موجودة في عدد من الأعضاء والأنسجة بأعداد قليلة لصيانة خلاياها وإصلاحها، وينصب عليها اهتمام العلميين منذ الستينات. فإذا أمكن في المختبر التحكم في عملية تحول الخلايا الجذعية البالغة إلى خلايا من أنواع محددة، فإن هذه الخلايا يمكن أن تفيد مفيدة في معالجة الأمراض.

---

[1] تعرف الكيسة الأريمية Blastocyste بأنها: "مجموعة من الخلايا تجمعت مع بعضها بعضا عند تكوين الحويصلة الأولية التي يخلق منها الجنين". مجلة العلوم والتقنية، مصطلحات علمية، المرجع السابق، ص 47.

[2] عبد العزيز بن محمد السويلم، المرجع السابق، ص 05.

وللخلايا الجذعية البالغة ميزة معنوية، فهي لا تؤخذ من الجنين، ومن ثم فإنها لا تثير أي اعتراضات أخلاقية قائمة على ضرورة حماية الجنين، باعتباره حياة إنسانية موجودة بالقوة. كما أنها تجنب الأطباء مشكلات رفض الجهاز المناعي، التي يمكن أن تطرأ عند استخدام الخلايا الجذعية لجسم غريب، في حال ما تم أخذها من المريض نفسه[1].

وتختلف الآراء حول الفوائد المحتملة للخلايا الجذعية البالغة. فكان يعتقد في السابق أن الخلايا الجذعية البالغة لا توجد إلا في أنواع قليلة جدا من الخلايا، وأنها تتحول إلى هذه الخلايا دون غيرها. ولكن تبين مؤخرا أنه يوجد في الجسم أنواع أكثر بكثير من الخلايا الجذعية البالغة، وأنها على درجة من المرونة تؤهلها للتحول إلى خلايا أكثر تنوعا. ولكن حتى في هذه الحالة لاحظ بعض الباحثين أن ثمة قيود تظل قائمة، منها مثلا أن استخلاص خلايا جذعية من دماغ المريض لا يزال صعبا، وأن كل الخلايا الجذعية لا تحتوي على جميع أنواع الخلايا الجذعية. ويعتقد البعض أن تطور البحث سيسمح بالكشف عن إمكانيات أكبر لدى الخلايا الجذعية البالغة[2]، بحيث يمكن أن تحل محل الخلايا الجذعية الجنينية في البحوث[3].

---

[1] منظمة اليونسكو، الاستنسال البشري، قضايا أخلاقية، المرجع السابق، ص 15.

[2] فربما كانت مشكلة استعمال الخلايا الجذعية الجنينية مجرد مشكلة وقتية بانتظار تطور البحوث الأساسية في علوم الحياة. تمكن العلماء أخيرا من إعادة حالة الخلايا الجذعية ناقصة القدرة لتكون كاملة القدرة، حيث ساعد هذا الاكتشاف على تجاوز عدد المعضلات الأخلاقية.

[3] توجد خلايا جذعية بالغة في الأطفال والبالغين على حد سواء، وهي مهمة لإمداد الأنسجة بالخلايا التي تموت كنتيجة طبيعية لانتهاء عمرها المحدد في النسيج. ولم يتم حتى الآن اكتشاف جميع الخلايا الجذعية البالغة في جميع أنواع الأنسجة.

وهناك بعض المشاكل التي تواجه العلماء في الاستفادة من الخلايا الجذعية البالغة، منها:

أ. وجودها بكميات قليلة، مما يجعل من الصعب عزلها وتقنيتها.

ب. أن عددها قد يقل مع تقدم العمر بالإنسان

ج. ليس لها نفس القدرة على التكاثر كما هو موجود في الخلايا الجنيني

د. تحتوي على بعض العيوب نتيجة تعرضها لبعض المؤثرات كالسموم.

وتعد الخلايا الجذعية الجنينية أفضل من الخلايا الجذعية البالغة بسبب بعض الفروق المهمة بينهما:

أ. أن الخلايا الجذعية الجنينية تنتج إنزيم التيلوميريز والذي يساعدها على الانقسام باستمرار وبشكل نهائي، بينما الخلايا الجذعية البالغة لا تنتج هذا الإنزيم إلا بكميات قليلة أو على فترات متباعدة، مما يجعلها محدودة العمر.

ب. قدرة الخلايا الجذعية الجنينية على التحول إلى جميع أنواع الأنسجة الموجودة في جسم الإنسان، بينما لا تتمتع الخلايا الجذعية البالغة بهذه القدرة الكبيرة على التحول.

2- معيار القدرة التمايزية للخلايا.

يتم تقسيم الخلايا الجذعية بحسب قدرتها التمايزية إلى عدة أصناف. وتشمل هذه الأخيرة أولا الخلايا كاملة القدرة أو كلية الطاقات Les cellules souches totipotentes، بحيث تستطيع هذه الأخيرة تكوين أي نوع من خلايا الجسم البشري، بما في ذلك الأنسجة الداعمة لمرحلة النمو الجنيني، ويشمل ذلك المشيمة، والأغشية المرتبطة بها. كما تشمل البويضة الملقحة، والخلايا الناتجة عن انقساماتها الأولية حتى مرحلة 32 خلية، ولذا يمكن لكل خلية من الخلايا كاملة القدرة إنتاج جنين كامل عند زراعتها في رحم الأنثى في الوقت المناسب[1].

أما النوع الثاني، فيتعلق بالخلايا الكثيرة الطاقات أو وافرة القدرة Les cellules souches pluripotentes، وتقتصر على خلايا الكتلة الداخلية من الحويصلات الجذعية، ولديها القدرة على تكوين جسم جنين كاملا، ولكنها تفتقد القدرة على إنتاج خلايا الأنسجة الداعمة ومنها المشيمة. وهي تسمى خلايا كثيرة الطاقات لأنها تملك بالقوة والقدرة على التحول إلى عدد كبير من الخلايا المختلفة. ولما كانت لا توجد إلا في الجنين سميت خلايا جنينية.

ويوجد نوع ثالث من الخلايا الأساسية، المتمثل في الخلايا المتعددة القدرة أو متعددة الطاقات Les cellules souches multipotentes، وهي خلايا لديها القدرة على إنتاج أنواع مختلفة من الخلايا في حدود معينة، فمثلا تستطيع الخلايا الجذعية متعددة القدرة الموجودة في الجلد إنتاج جميع أنواع الخلايا التي يحتاج لها الجلد، ولكنها تفتقد على إنتاج خلايا الكبد والبنكرياس[2]. ثم تدخل هذه الخلايا في طور أكثر تخصصا لكي تنتج خلايا تتحكم بوظيفة معينة. ومن الأمثلة على ذلك الخلايا الجذعية الدموية التي تنتج كريات الدم الحمراء وكريات الدم البيضاء والصفيحات، ومنها أيضا الخلايا الجذعية الجلدية التي تعطي مختلف أنواع الخلايا المكونة للجلد. وهذه الخلايا الأكثر تخصصا المتعددة الطاقات التي توجد في الخلايا الجسدية تدعي الخلايا الجذعية البالغة.

---

[1] تسمى البيضة المخصبة كلية الطاقات لأن بوسع كل خلية من خلاياها، إذا ما غرست في رحم، أن تنمو لتصبح جنينا. وبعد الإخصاب بعد أيام تبدأ هه الخلايا الكلية الطاقات في التخصص مشكلة كرة جوفاء من الخلايا، تسمى الأريمة، وهي كتلة خلايا داخلية معدة نظريا للتحول إلى كل الأنسجة التي يتكون منها الجسم البشري. وفي هذا الطور لم يعد بمقدوره كل خلية من خلايا الأريمة منفردة أن تتحول إلى جنين كامل ولكن لا يزال بإمكانها في هذه المرحلة أن تتحول إلى عدة أنواع من الخلايا اللازمة لنمو الجنين.

[2] وتصنف الخلايا متعددة القدرة إلى عدة أنواع حسب عدد الخلايا التي يمكن أن تتمايز إليها أهمها:

ثنائية القدرة، وتوجد في الكبد، وتنتج خلايا بيتا اللاقمة وثلاثية القدرة وتوجد غالبا في الجهاز العصبي، ويمكنها التمايز إلى عدة أنواع من خلايا الأنسجة الداعمة في الجهاز العصبي، منها:

وأخيرا توجد الخلايا وحيدة القدرة Les cellules souches unipotentes، وهي غير متمايزة، إلا أنها قادرة على التمايز لنوع واحد من الخلايا، وتنتج الخلايا وحيدة القدرة البويضة والحيوان المنوي. غير أن التركيز ينصب في المقام الأول على البحوث الأساسية وليس على التطبيقات السريرية. فإذا زادت البحوث معرفتنا لعملية التمايز وعكس التمايز، أمكن تحويل جميع الخلايا إلى خلايا جذعية ومن ثم تطويرها بدورها إلى أنسجة أكثر اختصاصا[1].

ثانيا: مصادر الخلايا الجذعية.

يوجد الكثير من المصادر البيولوجية للخلايا الجذعية باختلاف نوعها، أهمها المضغ البشرية التي يتم استحداثها لغرض البحث العلمي، والمضغ البشرية الفائضة عن الحاجة بعد إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي، والمضغ المستنسخة عن طريق النقل النووي بواسطة الخلايا الجسدية أو ما يعرف بالاستنساخ العلاجي. كما توجد مصادر أخرى كدم الحبل السري أو المشيمة وبقايا الأجنة المجهضة وبعض الأنسجة الجسدية الأخرى[2].

1- المضغ البشرية الفائضة أو المستنبتة خصيصا لأغراض البحث العلمي.

تعد المضغ البشرية المستنبتة بالأنبوب أهم مصادر الخلايا الجذعية، ويتم الحصول عليها من خلال التبرع بها من طرف الزوجين العقيمين في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب. وتجيز بعض التشريعات استعمال هذه الأجنة لأغراض البحث العلمي، بعد الحصول على موافقة واعية من الزوجين المتأتية منهما الأمشاج. وتوجد في مختبرات التلقيح الاصطناعي آلاف الأجنة المجمدة، وبينت التجارب الحديثة أن الخلايا الجذعية المستمدة من أجنة تبلغ خمسة أيام من العمر تكون أكثر استعدادا للتحول إلى مجموعة من الخلايا المتنوعة الأخرى، كما أثبتت أنها أنفع في مجال البحث العلمي. لذا دعا العديد من الباحثين مؤخرا السماح لهم باستخدام المضغ المجمدة الحديثة، بدلا من القديمة، لتسهيل اختبار أساليب جديدة لاستخلاص الخلايا الجذعية أو استنباتها ومن ثم استعمالها في معالجة بعض الأمراض.

---

[1] عبد الله بن محمد الدهمش، الخلايا الجذعية، حاضرها ومستقبلها، مجلة العلوم والتقنية، ص 16.

[2] ويتميز الاستنساخ العلاجي عن استخدام الأجنة الفائضة المنتجة عن طريق الإخصاب المختبري، في أنه يفترض إنتاج الأجنة لأغراض البحوث. ويميل البعض إلى التمييز بين البحوث التي تستخدم فيها الأجنة الفائضة التي يتم التخلص منها إن هي لم تستعمل، وبين الإنتاج المتعمد للأجنة لأغراض البحث، وإما عن طريق الإخصاب أو بواسطة تقنيات الاستنسال. وبناءا على هذه الحجة، فإن بعض البلدان، تجيز إجراء البحوث على الأجنة الفائضة تحظر استيلاد الأجنة خصيصا لأغراض البحث فقد.

غير أن الخلايا الجذعية المأخوذة من الأجنة الفائضة، يمكن أن تسبب الرفض المناعي عند زرعها في جسم المريض، تماما كما يحدث في حالة زرع الأعضاء التي يتلقاها شخص ثالث، ولا تطرأ مشاكل من هذا النوع إذا كانت الخلايا أو الأنسجة المزروعة في جسم المريض مستمدة من المريض ذاته. لذلك يعقد بعض الباحثين أن تقنية الاستنساخ البحثي للحصول على جنين يعطي خلايا ذات بنية جينية مماثلة لخلايا المريض، واستنبات هذه الخلايا وتوجيه نموها نحو إنتاج الخلايا أو الأنسجة المطلوبة ثم زرعها في جسم المريض، هي تقنية تساعد على تجنب الرفض المناعي[1].

2- الاستنساخ العلاجي.

ويتعلق الأمر بالأجنة المستنبتة عن طريق النقل النووي لأغراض البحث العلمي، ويتم ذلك عن طريق نقل نواة خلية جسدية بالغة إلى بويضة بشرية منزوعة النواة، وترك البويضة تنمو بعد ذلك إلى أن تصل إلى طور البلاستوسيست، حيث يتم وقف النمو واقتطاع كتلة الخلايا الداخلية من أجل زرعها في المختبر. وتمتاز هذه الطريقة بأن خلايا المنشأ التي يتم الحصول عليها من شأنها أن تجتاز عقبة الرفض المناعي، وذلك لأن هذه الخلايا تملك المخزون الوراثي ذاته للمريض الذي يتم معالجته[2].

وبما أن إنتاج أجنة بشرية لأغراض البحث يحتاج إلى عدد معتبر من البويضات البشرية المخصبة. فإن ذلك طرح بعض الصعوبات الأخلاقية، فكيف ستجمع هذه البويضات مع العلم أن عملية التقاط البويضات يتم من رحم المرأة في عملية طبية أو جراحية نافذة في جسم الإنسان؟ وقد أبدى البعض خشيتهم من أن يؤدي ذلك إلى استغلال النساء وتسويق البويضات البشرية.

وظهرت هذه الإشكالية، عندما تم الإعلان عن أول نجاح علمي في استنساخ مضغة بشرية بتقنية النقل النووي، حيث قام الدكتور Hwang Woo-suk عضو قسم التوالد البشري والبيوتكنولوجيا بكلية الطب البيطري بجامعة سيول الوطنية وفريقه، بنشر ورقة بحثية في مجلة Science الأمريكية سنة 2004، زعموا من خلالها أنهم تمكنوا من استرجاع الخلية البيضية التي أنتجت جنينا بشريا مستنسخا.

---

[1] اليونسكو، الاستنسال البشري، قضايا أخلاقية، المرجع السابق، ص 13.

[2] وتتميز الخلايا الجذعية المنتزعة من المضغ المستنسخة بأنها ذات قدرة كاملة على تكوين كائن حي كامل، وعليه فهي خلايا كاملة الفعالية. تنمو هذه الخلايا إلى طور البلاستوسايت، وخلايا الكتلة الداخلية لتكون مصدرا للخطوط الخلوية. وتتبع هذه الطريقة تقنية الاستنساخ المعروفة نفسها، إلا أن الهدف ليس إنتاج كائن حي كامل، وإنما الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية لاستخدامها في العلاج. تمتاز هذه الطريقة بأن الخلايا الجذعية الناتجة متطابقة جنينيا مع الفرد الذي أخذت منه النواة وزرعت في البويضة، مما يحل مشكل رفض الأنسجة من قبل الجهاز المناعي. كما تعد البويضة المخصبة من الخلايا الجذعية الأكثر بدائية والأكثر قدرة، إذ لديها القدرة على تكوين أي نوع من الأنسجة داخل الجسم.

بالإضافة إلى ذلك ادعى الدكتور Hwang وزملاؤه أنهم طوروا خلايا جذعية جنينية طليقة الحركة، قادرة على التحول إلى أي نوع من الخلايا البشرية. وكان يمكن أن يشكل ذلك أول خطوة هامة نحو علاج المرضى بواسطة أنسجتهم الوراثية المجددة، وحمضهم النووي على وجه التحديد[1].

وفتح هذا الباب احتمال تحويل الخلايا الناضجة لأحد المرضى إلى خلية جنينية، تتحول بعد ذلك إلى خلايا ناضجة جديدة، يمكنها أن تحل محل أو تصلح أنسجة تالفة من جراء مرض معين كالسكري، والفوائد التي تترتب على ذلك لا تعد ولا تحصى. ليتبين في النهاية أن فريق البحث قدم أدلة زائفة أثبتتها لجنة التحقيق الجامعية وحجبوا أيضا المعطيات العلمية، حيث زعموا أن تسعة من خطوط الخلايا الجذعية الأحد عشر كانت مستنسخة، بينما لم يكن أي منها مستنسخا، بل بالعكس فإنه لم يتم استنساخ جنين بشري واحد. وزيادة على ذلك فإن الخلايا البيضية منحتها متطوعات تعرضن لمخاطر ناجمة عن إصابتهن بأضرار شديدة، لتتحول المسألة إلى فضيحة أخلاقية علمية[2].

وقد أثارت هذه القضية مسألة أخلاقية تتعلق باستغلال جسم المرأة في الأبحاث العملية المرتبطة بالخلايا الجنينية. فمن جهة، يمكن القول بأن منع الباحثين من دفع تعويضات إلى النساء نظير الخلايا البيضية المتبرع بها ومقابل المخاطر التي تكتنف استخلاص هذه الخلايا، أثناء إجراء الاستنساخ الطبي البيولوجي، فإن ذلك سيؤدي إلى تقليل منح هذه الخلايا بصورة حادة، مما ينال بشكل خطير من الفوائد المحتملة ويضع عراقيل أمام البحوث العلمية. كما أن تعويض الباحثين لا يطرح مشكلة من الناحية الأخلاقية. ومن ناحية أخرى، فإن دفع المبالغ المالية مقابل الحصول على البويضات المستعملة في البحث يحول الحياة البشرية إلى سلعة، أي بيع الخلايا البيضية مقابل المالي، الذي يعتبر عملا غير أخلاقي[3].

---

[1] Hwang. W.S.. Ryu. Y. J.. Park. J. H.. et al. *« Evidence of a Pluripotent Humman Embryonic Stem Cell. Line Derived from a Cloned Blastocyst»*. Science. 303 (5664): 1669 – 1674. 12 March 2004.

[2] الواقع أن المتبرعات لم يحصلن على فوائد طبية مباشرة من هذا الإجراء، لأن صفتهن كمانحات مشاركات في البحوث لا تعطى لهم حقوق التملك في التكنولوجيا، ولم يحصلن على أية حصة من المنافع المادية، كما لم يتم الحصول على القبول الواعي من جانب المانحات.

[3] اليونسكو، تعليم لجان أخلاقيات البيولوجيا، الدليل الثالث، قسم أخلاقيات العلم والتكنولوجيا،2007، وثيقة رقم SHS/EST- 2007/03 - N. Job 31273، ص 32.

3- مصادر أخرى للخلايا الجذعية (الحبل السري والمشيمة وبقايا الأجنة المجهضة).

يتم الحصول على الخلايا الجذعية البالغة من مصادر بيولوجية متعددة، كالمشيمة والنخاع العظمي والأجنة المجهضة. ويعتبر دم الحبل السري من بين أهم مصادر الخلايا الجذعية في الوقت الراهن، ويقصد بذلك الدم المتبقي في الحبل السري والمشيمة بعد عملية الولادة، ويتميز هذا الأخير باحتوائه على كميات كبيرة من الخلايا الجذعية. كما أن التبرع بالخلايا الجذعية المأخوذة من دم الحبل السري عملية سهلة نسبيا، ولا تحمل أي أضرار أو مخاطر صحية أو نفسية على المتبرعين سواء الأم أو المولود، حيث يتم تجميع دم الحبل السري والمشيمة بعد عملية الولادة مباشرة، بدلا من إلقائهما مع نفايات النشاطات الاستشفائية، ثم تخزينها لاستخدامها لاحقا سواء في المجال الطبي أو البحثي[1].

ورغم أن خلايا دم الحبل السري غير متمايزة، إلا أنها قادرة على الانقسام والتطور في ظروف معينة لتكوين بعض أنواع الخلايا الأخرى، الأمر الذي يفتح المجال رحبا للاستفادة من هذه المزايا، حيث ثبت إمكانية استخدامها في علاج بعض أمراض الدم، كسرطان الدم وسرطان الغدد الليمفاوية، إضافة إلى بعض الأمراض الوراثية كفقر الدم المنجلي. وتجرى العديد من المؤسسات العلمية المتخصصة على نحو واسع بعض البحوث الطبية الخاصة بالخلايا الجذعية المأخوذة من دم الحبل السري، ولهذا لجأ الكثير منها إلى تخزين هذا الدم فيما يعرف ببنوك دم الحبل السري. كما أن العديد من الدول استثمرت جزاءا كبيرا من إمكاناتها لتوفير سبل الدعم اللازم لتلك المؤسسات، سواء أكانت بنوكا عامة أو خاصة[2].

وتعد بنوك الخلايا الجذعية مكان لتخزين الخلايا الجذعية المستخلصة والمجمعة من الحبل السري أو المشيمة أو نخاع العظام وغيرها من المصادر. ويشمل معلومات عن المتبرع والخصائص البيولوجية لهذه الخلايا الجذعية، وطرق استخلاصها، وخصائصها البيولوجية، بالإضافة إلى المعلومات المتعلقة بالخصائص البيولوجية للمستفيد[3].

---

[1] تعرف خلايا الجنين البالغة الجذعية Cellules souches fœtales بأنها خلايا تشتق من جميع أنسجة وأعضاء الجنين البالغ قبل أن تصل إلى مرحلة النضج، ويتم الحصول عليها من الأجنة المجهضة، حيث توجد بكميات كبيرة نظرا لأن خلايا الجنين في هذه المرحلة تملك القدرة على الانقسام والتكاثر السريع.

[2] محمد بن علي الجمعة، بنوك دم الحبل السري، مجلة العلوم والتقنية، المرجع السابق، ص 26.

[3] ويتضمن مصطلح بنوك الخلايا الجذعية جانبين، أحدهما يتعلق بالمحتويات المادية لهذه البنوك وهي الخلايا الجذعية نفسها المستخلصة من الحبل السري والمشيمة أو مخاع العظم، والآخر ما يتعلق بالجانب المعلوماتي لمحتوى هذه البنوك من الخلايا الجذعية، كالمعلومات عن المتبرع والخصائص البيولوجية لهذه الخلايا وطرق استخدامها، وأماكن التخزين وغيرها، بالإضافة إلى المعلومات المتعلقة بالخصائص البيولوجية للمستفيد.

يعد الالتزام الصارم بالأخلاقيات الحيوية من أهم ما يميز المجتمع الطبي والبحثي العالمي في تعامله مع المكونات الإحيائية والآدمية، للحفاظ على كرامة الإنسان وسلامته، وجذب من يرغب في التبرع بشيء من مكوناته الحيوية كالدم أو الحبل السري، ليستفيد منها من هم بحاجة إليها، أو لغرض إجراء الأبحاث العلمية. ويجب أن يتوافق البناء المعلوماتي أو البرمجي لهذه التطبيقات مع ضوابط أخلاقيات الحيوية العالمية وأمن المعلومات[1].

ثالثا: بعض التطبيقات الطبية للخلايا الجذعية.

يعد العلاج بالخلايا الجذعية من الأمور الواعدة في المجال الطبي، وباستثناء بعض الاستخدامات العلاجية، فإن العلاج بالخلايا الجذعية ما يزال في مراحله المبكرة، كما أنه من المواضيع الطبية المتخصصة جدا. ويرى العلماء أن الخلايا الجذعية الجنينية يمكن أن تكون الأساس لعصر جديد من الطب التجديدي La médecine régénérative، أي الطب الذي يعمل على تجديد أنسجة وأعضاء الجسم الحي، أو يسترجعها لكي يجعلها تعمل بطريقة طبيعية، وينشط آليات الإصلاح الذاتية للجسم[2].

1- أهم إنجازات الأبحاث العلمية في مجال المخلايا الجذعية.

بدأت أولى التجارب في هذا المجال بزراعة خلايا نخاع العظمي سنة 1956، أين نجح العلماء في زراعة خلايا نخاع العظام، وفي سنة 1958 نشر أول بحث عن الخلايا الجذعية متعددة الطاقات أو القدرات الخاصة بالفئران، وخلال سنة 1970 نشر بحث يشير على أن خلايا الفئران الجرثومية البدائية تشبه الخلايا الجنينية. وفي سنة 1975 أعلن الباحثون بمعهد السرطان بفيلادلفيا عن قدرة الخلايا الجذعية متعددة الطاقات على إعطاء كائنات حية، وخلال سنة 1981 أعلن باحثون في جامعة كامبريدج عن نجاح إنتاج خلايا الفأر من البلاستيولا، وفي 1988 تم الإعلان عن أول عملية زراعة نخاع عظام معتمدة على الخلايا الجذعية المستخرجة من الحبل السري في باريس لطفل كان يعاني من متلازمة فانكونى، وبعد سنة تم إجراء أول علمية زراعة نخاع عظام في أمريكا، تلتها عملية أخرى عام 1991 لمرضى مصابين بسرطان دم مزمن، وحققت العمليتين نجاحا عظيما.

---

[1] طارق الشدي، معلوماتية الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتقنية، المرجع السابق، ص 23.

[2] حول بعض القضايا الأخلاقية التي يطرحها الطب التجديدي، راجع، فرانسيس س. كولينز، لغة الحياة، الحمض النووي والثورة في الطب الشخصي، ترجمة سامي عبد الحافظ، العبيكان للتعليم، الرياض، 2012، ص 250.

وفي عام 1992 تم إنشاء أول بنك خاص لحفظ دم الحبل السري، وخلال سنة 1995 نشرت نتائج دراسات على زرع الخلايا الجذعية المستخرجة من دم الحبل السري في أقارب الطفل صاحب هذه الخلايا. وأظهرت النتائج أن هذه الزراعات ناجحة ويقبلها الجسم بنسبة عالية جدا، وفي سنة 1997 أظهرت نتائج الأبحاث نسبة قبول الجسم للخلايا الجذعية المستخرجة من دم الحبل السري في الأقارب وغير الأقارب. والجدير ذكره هنا، أن البيولوجي الأميركي James Thomson، هو الأول الذي قام بمحاولة ناجحة لتحضير وعزل الخلايا الجذعية الجنينية في فبراير عام 1998. أما في عام 2000، فأقيم بحث مرجعي على الحالات التي عولجت ومدى تقبل الجسم لها، وأثبتت النتائج أن نسبة عالية منها قد تقبلها جسم المستقبل، وفي سنة 2005 نجح فريق إنجليزي في إنتاج مثانة بلاستيولية بشرية من خلايا جذعية جنينية[1].

2- الطموحات العلمية في مجال الخلايا الجذعية.

بالإضافة للتجارب العلاجية السابقة، يأمل الباحثون في استخدام الخلايا الجذعية لعلاج أمراض أخرى عديدة في المستقبل القريب، منها السكتة الدماغية، وتنحصر الحالات التي أثبتت فيها التجارب العلمية فعالية في استخدام الخلايا الجذعية المكونة للدم لعلاج أمراض الدم خاصة حالات سرطان الدم، وفشل نخاع العظم، وبعض الأمراض الأخرى الأقل شيوعا مثل أمراض نقص المناعة الوراثية، وأمراض الاستقلاب الوراثي.

وهناك بعض الحالات التي يجرى فيها اختبار وتجربة العلاج بالخلايا الجذعية لم تثبت فعاليتها بعد، مثل العلاج بالخلايا الجذعية البالغة وهي: ضعف عضلة القلب الناتج عن القصور الشرياني أو ما يعرف بالذبحة القلبية، وبعض الأمراض العصبية مثل جلطات الدماغ، ومرض التصلب المتعدد، ومرض باركنسون، ومرض الخرف المبكر، وإصابات الحبل الشوكي، وبعض أمراض الاعتلال المناعي الذاتي، كمرض الذئبة الحمراء وهو مرض مناعي تقوم فيه الأجسام المضادة بالتعامل مع بعض أنسجة الجسم الحيوية على أنها أجسام غريبة مسببة تلفها، وتتم جميع هذه الاختبارات ضمن دراسات سريرية تخضع لضوابط صارمة، ومتابعة دقيقة من الجهات الرقابية للتأكد من فعاليتها وسلامة استخدامها من قبل التريخيص باستخدامها[2].

---

[1] ماهر محمد شحاتة، مستجدات الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتقنية، المرجع السابق، ص 36.

[2] علي الشنقيطي، العلاج بالخلايا الجذعية، الحقائق والأوهام، مجلة العلوم والتقنية، المرجع السابق، ص 29.

كما يأمل الباحثون في استعمال الخلاليا الجذعية في إنشاء أعضاء بشرية للتجريب والعلاج، وبالتالي التخلي عن عمليات نقل الأعضاء من الأحياء أو الموتى، وعلاج بعض الأمراض الوراثية، وإنتاج الأنسولين، والخلايا المناعية، والأوعية الدموية، وإنتاج خلايا الدم، وكذا معالجة الأورام السرطانية وغيرها[1]. لكن آمال العلماء وتجاربهم في مجال الخلايا الجذعية قد تصدم بالقواعد القانونية التي تحمي الجنين في مراحل تطوره الأولى وأخلاقيات الطب، التي تطرح أسئلة حول مدى مشروعية استخدام هذا النوع من الخلايا في المجلات الطبية والعلمية؟ والذي لا يزال محل نقاش بين المختصين.

الفرع الثاني
مشروعية استخدام الخلايا الجذعية في المجالات الطبية والعلمية

إن اكتشاف الخلايا الجذعية وإمكانية استعمال تقنية الاستنساخ لزراعة الخلايا الجنينية، مازال يثير جدلا كبيرا في العلم والدين والأخلاق، خاصة أمام إصرار العلماء على مواصلة الأبحاث والتجارب المتعلقة بها، واستخدام تقنية الاستنساخ الجيني، للحصول على الأجنة البشرية بوسائل الهندسة الوراثية، ثم تدميرها لاستعمالات طبية وعلاجية محتملة كثيرة. ويعد ذلك معضلة أخلاقية ودينية حقيقية، فالسماح بإجراء تجارب الاستنساخ الجيني، بدعوى معالجة الكثير من الأمراض سيؤدي إلى مخاطر، بما لا يتناسب مع الضوابط الشرعية في الإسلام، وضمان حماية كرامة الجنين البشري.

وما يزيد من شدة هذا الجدل الفراغ القانوني الذي مازال يحيط بهذا الاكتشاف البيولوجي المهم، والاستخدامات الطبية والعلاجية المحتملة له، رغم أن هناك من الدول من تناصر وتؤيد بحماس القيام بالبحوث على الأجنة، بما فيها تجارب الاستنساخ العلاجي على الإنسان، وهناك من التشريعات من تعارض ذلك. ولكن قبل التطرق لموقف التشريعات المقارنة، لا بد أولا إلى التعرض لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية، وأخيرا إلى موقف التشريع الجزائري.

[1] لمزيد من التفاصيل حول مستقبل العلاج بالخلايا الجذعية، راجع، عبد العزيز السويلم، عبد المحسن الحجيلي، الخلايا الجذعية، اللجنة الوطنية السعودية للأخلاقيات الحيوية والطبية، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، الرياض، 1423 هـ، ص 14.

أولا: موقف الفقه الإسلامي من استخدام الخلايا الجذعية في الأبحاث الطبية.

لقد درس فقهاء الشريعة الإسلامية المستجدات العملية الناجمة عن استعمال الخلايا الجذعية في الحقل الطبي والبيولوجي، وفصلوا في الأحكام الشرعية لبعض الممارسات الطبية، كما تعرضوا للمشاكل الدينية والأخلاقية التي تطرحها هذه الأبحاث، بالرجوع أولا إلى مصدر الخلايا التي أخذت منها لتحديد الحكم الشرعي.

1- تخليق مضغ بشرية لإجراء الأبحاث العلمية والعلاجية.

لا يجوز كأصل عام وفق فقهاء الشريعة الإسلامية، إجراء التجارب الطبية على الأجنة البشرية المستنبتة بالأنبوب، إلا لمعالجة أمراض العقم أو الأمراض الوراثية أو الجينية أو غيرها من الأهداف العلاجية، مع ضمان حرمة الجنين وكرامته الآدمية، وعدم إهانته والاعتداء عليه، وفي إطار الضوابط الشرعية والعلمية والأخلاقية. وأن إجراء التلقيح الاصطناعي خارج الجسم، أيا كانت صورته لا يكون مشروعا إلا إذا كان لهدف طبي علاجي، كما يحظر على الطبيب التلاعب بالبويضات الملقحة.

وتبعا لذلك، يعارض الفقه الإسلامي بقوة تخليق أجنة بشرية خصيصا لانتزاع الخلايا الجذعية، بدعوى خدمة الإنسان أو تحت غطاء أو مبرر علمي آخر. ويعد هذا العمل تلاعبا بالجنين الآدمي الذي كرمه الله عز وجل، وهو أمر لا يمكن تبريره للاعتبارات الشرعية والأخلاقية والإنسانية. ولا يجوز أيضا التبرع بالخلايا الجرثومية الذكرية والأنثوية، لإنتاج بويضات مخصبة بغرض الحصول على الخلايا الجذعية منها[1].

وقد تناول المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 13 إلى 2003/12/17 موضوع استعمال الخلايا الجذعية في الأبحاث الطبية، وقرر بأنه لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية وتنميتها واستخدامها بهدف العلاج أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة إذا كان مصدرها مباحا، وأنه لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية واستخدامها إذا كان مصدرها محرما. ومن ذلك على سبيل المثال، التلقيح المتعمد بين بيضة من متبرعة وحيوان منوي من متبرع والاستنساخ العلاجي[2]. وفي قرار آخر حول موضوع البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، قرر

[1] العربي بلحاج، أحكام التجارب على الإنسان على ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، المرجع السابق، ص 94.

[2] مجمع الفقه الإسلامي، الخلايا الجذعية، الدورة السابعة عشرة، مكة المكرمة، 2003.

المجلس بأنه يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في محل غير مشروع[1].

2- الاستنساخ العلاجي.

يعد الاستنساخ العلاجي من القضايا الخلافية التي لم يتفق فيها على حكم شرعي موحد، حيث ترى مثلا جمعية العلوم الطبية الإسلامية المنبثقة عن نقابة الأطباء الأردنية، أنه يجوز الحصول على الخلايا الجذعية بواسطة الاستنساخ العلاجي لأنه يدخل في باب التداوي وإزالة الضرر الذي يعد أمرا مشروعا، فصحيح أن للخلايا الجنسية المتكونة من البويضة الملقحة بالحيوان المنوي حرمة. ومع ذلك فإن القول بجواز استنساخ العلاجي ليس على إطلاقه، بل مقيد بعدد من الضوابط، تتمثل في ألا تنقل الخلايا الجسدية إلى الرحم، لأن هذا يؤدي إلى الاستنساخ التكاثري. وألا يتم شراء البويضات البشرية، وأن يتم استخدام البويضات المجمدة الفائضة من عمليات التلقيح الاصطناعي حتى لا تمتهن المرأة ولا تستغل حاجتها للمال[2].

والمعارضون، ومنهم أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية ومجمع الفقهي الإسلامي الذين يرون عدم جواز الاستنساخ العلاجي، واستدلوا بقاعدة سد الذرائع وقالوا إن السماح بالاستنساخ العلاجي سيؤدي حتما إلى الاستنساخ لأغراض التكاثر. وفي هذا أوضح قرار المجمع الفقهي الإسلامي حول استعمال الخلايا الجذعية في الأبحاث الطبية المتعلق الخلايا الجذعية بأنه: "لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية واستخدامها، إذا كان مصدرها محرما، ومن ذلك على سبيل المثال الاستنساخ العلاجي"[3].

3- انتزاع الخلايا الجذعية من اللقائح الفائضة عن عمليات التلقيح الاصطناعي.

هناك تفاوت في حكم استخدام الفائض من أطفال الأنابيب بين مؤيد لها وبين معارض، وفي ذلك يرى المعارضون، أنه لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية من اللقائح الفائضة من عمليات التلقيح الاصطناعي، بل يجب عند إجراء التلقيح أن يقتصر على العدد المطلوب الذي سينقل إلى الرحم، فتنمية اللقائح إلى مرحلة الكرة الجرثومية للحصول على الخلايا الجذعية فيه مساس لكرامة الإنسان. لأن هذه اللقائح هي بداية الحياة الإنسانية، وهو في جميع أطوار تخلقه إلى تكونه جنينا مكرما محاطا بالحفظ

---

[1] مجمع الفقه الإسلامي، حكم البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، جدة، 1990.

[2] حول هذا الرأي الفقهي، أنظر، بدرية عبد الله الغامدي، موقف الإسلام والأديان الأخرى من الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتقنية، المرجع السابق، ص 08.

[3] مجمع الفقه الإسلامي، الخلايا الجذعية، الدورة السابعة عشرة، مكة المكرمة، 2003.

والصون في الشريعة الإسلامية. فدرء المفاسد وفقا للشريعة الإسلامية مقدم على جلب المصالح، والقول بالجواز يؤدي إلى مفاسد، حيث سيؤدي إلى زيادة حالات التلقيح بقصد الحصول على الخلايا الجذعية، وليس الحصول على الولد بالنسبة للزوجين العقيمين، وقد يتعدى ذلك إلى إجرائه بين غير الزوجين[1].

أما المؤيدون، ومنهم بعض الباحثين الذين يرون جواز تنمية اللقائح الفائضة من عمليات التلقيح الاصطناعي للحصول على الخلايا الجذعية، وقد استندوا بأدلة منها أن البويضة الملقحة لا تعتبر جنينا بالمعنى الشرعي إلا بعد زرعها في الرحم، لذلك ليس لها حرمة شرعية ولا احترام قبل أن تنغرس في جدار الرحم. كما أن هذه اللقائح لا روح فيها، لأن نفخ الروح يكون بعد 120 يوم، لذلك لا تعد آدميا، وليس في الاستفادة منها في الحصول على الخلايا الجذعية قتلا لها ولا إيذاء لآدمي في ذاته. ومن قواعد الشريعة أيضا أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف أو يختار أهون الشرين. وبالنظر إلى الاستفادة من اللقائح الفائضة من عمليات التلقيح الاصطناعي، يلاحظ أن الأطباء ذكروا مصالح كثيرة من الاستفادة من هذه اللقائح في الحصول على الخلايا الجذعية، لمعالجة بعض الأمراض المستعصية، وهذه المصالح تتفوق على مفسدة إتلاف هذه اللقائح[2].

وقد أيد مجمع الفقه الإسلامي إمكانية الاستفادة من اللقائح الفائضة في انتزاع الخلايا الجذعية، وقد جاء فيه بأنه يجوز الحصول على الخلايا الجذعية وتنميتها إذا كان مصدرها مباحا، ومن ذلك على سبيل المثال، اللقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب إذا وجدت وتبرع بها الوالدان، مع التأكيد على أنه لا يجوز استخدامها في حمل غير مشروع. ويستخلص من ذلك أن المجمع الفقهي الإسلامي يجيز الحصول على خلايا المنشأ من اللقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب شريطة أن يتبرع بها الوالدان[3]. وهذا يخالف ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن البيضات الملقحة الزائدة المؤرخ في 1990/03/30 من حيث أنه يجب ترك الفائض من هذه البيضات دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياتها على الوجه الطبيعي. لكن قرار مجمع الفقه الإسلامي لم يتطرق إلى مسألة استخراج خلايا المنشأ الجنينية من البيضات الزائدة صراحة، ويعتبر ذلك شيئا منطقيا لأن عزل هذه الخلايا وزرعها تم لأول مرة في العام 1998[4].

---

[1] بدرية عبد الله الغامدي، المرجع السابق، ص 10.

[2] أنظر على سبيل المثال، واصف عبد الوهاب البكري، الحكم الشرعي في استخدام الخلايا الجذعية، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة الوطنية للخلايا الجذعية، الجامعة الأردنية، عمان، من 05 إلى 2011/11/06، ص 12.

[3] مجمع الفقه الإسلامي، الخلايا الجذعية، الدورة السابعة عشرة، مكة المكرمة، 2003.

[4] مجمع الفقه الإسلامي، حكم البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، جدة، 1990.

4- استعمال المصادر البيولوجية الأخرى في انتزاع الخلايا الجذعية.

أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية استعمال المصادر البيولوجية الأخرى في أبحاث الخلايا الجذعية، مع التشديد على احترام الضوابط شرعية. وقد درس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بجدة بتاريخ 1990/03/20، إشكالية استخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء، وقرر بأنه لا يجوز استخدام الأجنة مصدرا للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات وبضوابط شرعية، من بينها عدم تعمد إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المتعمد والإجهاض للعذر الشرعي، فإذا كان الجنين قابلا لاستمرار الحياة، فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استباق حياته والمحافظة عليها، لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء، وإذا كان غير قابل لاستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته[1].

وأضاف المجمع الفقهي الإسلامي عندما نظر في موضوع استعمال الخلايا الجذعية، بأنه لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية وتنميتها واستخدامها بهدف العلاج أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة، إذا كان مصدرها مباحا، ومن ذلك – على سبيل المثال – المصادر الآتية: البالغون إذا أذنوا، ولم يكن في ذلك ضرر عليهم، الأطفال إذا أذن أوليائهم، لمصلحة شرعية، وبدون ضرر عليهم. المشيمة أو الحبل السري، وبإذن الوالدين. الجنين المسقط تلقائيا أو لسبب علاجي يجزيه الشرع، وبإذن الوالدين. مع التذكير بما ورد في القرار السابع من دورة المجلس الثانية عشرة، بشأن الحالات التي يجوز فيها إسقاط الحمل[2].

ثانيا: موقف القوانين المقارنة من استخدام المضغ البشرية في الأبحاث العلمية والعلاجية.

باستقراء مجمل الأنظمة القانونية المقارنة، يتضح بأن هذه الأخيرة انقسمت حول موضوع استغلال المضغ البشرية المستكنة بالأنبوب، في انتزاع الخلايا الجنينية واستعمالها في مجال الأبحاث العلمية والعلاجية إلى أربعة فئات. أولها الأنظمة التي تبيح استعمال المضغ في الأبحاث العلمية، ثم تأتي الأنظمة التي تضع قيود معينة لهذه الأبحاث، ثم الأنظمة القانونية التي تحظر إجراء تلك الأبحاث على المضغ المستكنة بالأنبوب مطلقا.

---

[1] مجمع الفقه الإسلامي، إشكاليات استخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء الدورة السادسة، تحت رقم 56 (6/7)، جدة، بتاريخ 1990/03/20.

[2] مجمع الفقه الإسلامي، الخلايا الجذعية، الدورة السابعة عشرة، مكة المكرمة، 2003.

1- الأنظمة القانونية التي تبيح إجراء الأبحاث العلمية والعلاجية على المضغ البشرية.

تسمح هذه الأنظمة القانونية باستعمال أغلب التقنيات الطبية والبيولوجية المنصبة على المضغ البشرية، باستثناء الاستنساخ التكاثري المحظور في القوانين الدولية، ويتعلق الأمر خاصة بتخليق مضغ بشرية من أجل إجراء البحث العلمي، واستخلاص الخلايا الجذعية الجنينية من المضغ البشرية الفائضة، وتحويل خطوط الخلايا الجنينية، وفي الأخير استعمال تقنيات النقل النووي أو الاستنساخ العلاجي.

ومن الدول المؤيدة لهذا المسعى المملكة المتحدة، التي وضعت الإطار القانوني لاستعمال الأجنة البشرية لأغراض البحث العلمي مبكرا، بموجب القانون الصادر سنة 1990 المتعلق بالخصوبة البشرية وعلم الأجنة، الذي نظم عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب وتطبيقات التلقيح خارج الجسم، وحدد مصير الأجنة الفائضة من عمليات التلقيح الاصطناعي، وقد سمح هذا القانون بإجراء البحوث حول المضغ البشرية التي لا يتعدى عمرها 14 يوما من يوم تخصيب الحيوان المنوي للبويضة الأنثوية، كما أنشئ هيئة إدارية يخول لها إعطاء التراخيص لإجراء تلك الأبحاث، ويتعلق الأمر بالهيئة القومية للخصوبة البشرية وعلم الأجنة. والملاحظ أن هذا القانون قد تم تعديله سنة 2001 من أجل توسيع مجالات البحوث على المضغ البشرية، وقد سمح التعديل باستعمال تقنية النقل النووي وتخليق مضغ بشرية من أجل البحث العلمي، تلك التقنيات التي لم تكن منظمة بموجب القانون الصادر سنة 1990[1].

أما في بلجيكا، فقد تبنى البرلمان سنة 2003 القانون المتعلق بالبحث العلمي المنصب على المضغ البشرية المستنبتة في الأنبوب[2]. هذا القانون يجيز إجراء البحوث العلمية على المضغ التي تقل عن 14 يوم بشرط الحصول على الترخيص الإداري المسبق، وأن يكون هدف الأبحاث علاجيا أو يسعى إلى تطوير المعارف العلمية في مجال الخصوبة البشرية، أو زرع الأعضاء والأنسجة، أو الوقاية أو علاج الأمراض الخلقية. وبحسب هذا القانون فإن استحداث مضغ بشرية بغض البحث العلمي مباح فقط

[1] وتعتبر المملكة المتحدة أول دولة في العالم تنظم وتسمح بإجراء تلك الممارسات، وانتهجت هذه الأخيرة سياسة تكريس مبدأ حرية الإرادة تجاه الأبحاث العلمية المنصبة على المضغ البشرية، وقد باشرت الهيئة الوطنية للإخصاب وعلم الأجنة حملة توعية سنة 2007 من أجل تشجيع التبرع بالبويضات البشرية من أجل تخليق خطوط خلايا، الشيء الذي يقتضي بالتأكيد المرور على تكوين مضغ بشرية لأغراض البحث العلمي. كما فتح المجال أيضا أمام تقنيات التهجين بين نواة إنسانية يتم زرعها في بويضات منزوعة النواة حيوانية لكن الأبحاث لم تتم بسبب نقص التمويل.

[2] Loi relative à la recherche sur les embryons in vitro. (M.B. 28/05/2003).

في حال تعذر تحقيق المغزى العلمي باستعمال المضغ الفائضة من عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب[1].

وفي إسبانيا، كان القانون رقم 88 – 35 المؤرخ في 1988/11/22 المتعلق بتقنيات المساعدة على الإنجاب، يمنع تخليق مضغ بشرية من أجل استعمالها في الأبحاث الطبية، إلا أن القانون طرأ عليه تعديل سنة 2003 سمح بموجبه المشرع بإجراء الأبحاث على المضغ الفائضة من عمليات التلقيح الاصطناعي، والتي لا تدخل في إطار أي مشروع أبوي، وأن تخليق المضغ للأبحاث العملية محظور باستثناء تقنية النقل النووي[2].

وتعتبر السويد بين أولى الدول التي سنت تشريعا خاصا بالبحث على المضغ البشرية سنة 1991، وسمحت هذه الدولة بإجراء البحوث على الأجنة التي تقل عن 14 يوم فقط، وفي سنة 2001 تم إصدار قانون يوضح المعايير الترخيص المتعلقة بالأبحاث وتخليق المضغ من طرف لجنة الأخلاقيات، كما يجيز القانون عملية استيراد الخلايا الجذعية، وكذا الالتجاء إلى تقنية النقل النووي أو الاستنساخ العلاجي.

كما تسمح القوانين في اليابان والصين باستعمال تقنيات النقل النووي وكذا تخليق المضغ البشرية لأغراض البحث العلمي، ويسمح القانون الياباني باستعمال الخلايا الجذعية المستخلصة من المضغ البشرية التي تم تخليقها عن طريق الاستنساخ بواسطة الخلايا الجسدية. أما كوريا الجنوبية،

---

[1] Art. 3. « La recherche sur les embryons in vitro est autorisée si toutes les conditions de la présente loi sont remplies et notamment si : 1° elle a un objectif thérapeutique ou vise l'avancement des connaissances en matière de fertilité, de stérilité, de greffes d'organe ou de tissus, de prévention ou de traitement de maladies. 2° elle est basée sur les connaissances scientifiques les plus récentes et satisfait aux exigences d'une méthodologie correcte de la recherche scientifique; 3° elle est effectuée dans un laboratoire agréé lié à un programme universitaire de soins de médecine reproductive ou de génétique humaine et dans les circonstances matérielles et techniques adaptées; la recherche décrite dans les programmes de soins de la médecine reproductive non universitaire ne peut être exécutée qu'après la conclusion d'une convention s'inscrivant dans un programme de soins de la médecine reproductive universitaire; cette convention prévoit que l'avis, tel que décrit à l'article 7, est rendu par le comité local d'éthique de l'institution universitaire; 4° elle est réalisée sous le contrôle d'un médecin spécialiste ou d'un docteur en sciences et par des personnes possédant les qualifications requises; 5° elle est exécutée sur un embryon au cours des 14 premiers jours du développement, période de congélation non incluse; 6° il n'existe pas de méthode de recherche alternative ayant une efficacité comparable. »

Art. 4. § 1er. « La constitution des embryons in vitro à des fins de recherche est interdite, sauf si l'objectif de la recherche ne peut être atteint par la recherche sur les embryons surnuméraires et pour autant que les conditions de la présente loi soient remplies. »

[2] Loi 45/2003 du 21/11/2003 modifiant la loi 35/1988, du 22 novembre 1988, sur les techniques de reproduction assistées, (BOE – A – 2003 – 21341).

فيسمح قانونها باستعمال تقنيات النقل النووي ولكن يمنع تكوين مضغ بشرية من أجل البحث بوسيلة أخرى[1].

2- الأنظمة القانونية تشترط استعمال المضغ البشرية الفائضة فقط في الأبحاث الطبية.

تمنع هذه الأنظمة القانونية الالتجاء إلى استحداث مضغ بشرية لأغراض البحث العلمي، أو الالتجاء إلى تقنيات النقل النووي أو الاستنساخ العلاجي. وفي المقابل، تجيز تلك التشريعات الأبحاث العلمية المنصبة على المضغ البشرية الفائضة من علميات المساعدة الطبية على الإنجاب، غير الموجهة لمشروع أبوي بضوابط قانونية معينة، أهمها الموافقة المسبقة وإخضاع تلك العمليات للمراقبة من قبل هيئات حكومية متخصصة[2]. وقد انتهج هذا النظام أغلب الدول الأوربية، وقد منع الاتحاد الأوربي تمويل الأبحاث العلمية التي تهدف إلى استحداث مضغ بشرية، ما عدى أبحاث الخلايا الجذعية المستمدة من المضغ البشرية الفائضة التي تستفيد من التمويل[3].

وفي هذا الإطار، قرر المشرع الفرنسي انتهاج هذا المسعى مباشرة بعد تصديقه على اتفاقية Oviedo بموجب المرسوم الصادر 2012/07/05، وتخلى بذلك على نظام حظر استعمال المضغ البشرية المخصبة بالأنبوب في الأبحاث العلمية والعلاجية[4]. وكان المشرع الفرنسي قد وضع قاعدة عامة ومطلقة منذ صدور قوانين أخلاقيات البيولوجيا في 1994/07/29، منع من خلالها إجراء

---

[1] Agence de la biomédecine, *Encadrement international de la bioéthique*, op. cit.,p. 26.

[2] يمكن ذكر بعض الدول من بينها هولندا والدانمرك وسويسرا وسلوفينيا واليونان وكرواتيا والبرتغال وكندا وأستراليا والبرازيل.

[3] غير أن اتفاقية Oviedo المتعلقة بحقوق الإنسان وحماية كرامة الكائن البشري في مواجهة تطبيقات الطبية والبيولوجية إمكانية إجراء الأبحاث على الجنين فالمادة 15 من هذه الاتفاقية تكرس مبدأ حرية البحث العلمي في نطاق الطب وعلم البيولوجيا، كل ذلك مع مراعاة أحكام هذه الاتفاقية، ونصوص قانونية التي تؤمن حماية الكائن البشري، أما بالنسبة لإجراء الأبحاث على الأجنة البشرية، فقد تركت الاتفاقية الأمر إلى الدول الأطراف وذلك نتيجة للانقسام الكبير بينها حول هذه المسألة، كي تنظم إمكانية إجراء الأبحاث على الأجنة في تشريعاتها الداخلية، ولكن الاتفاقية فرضت على الدول في هذا النطاق شرطين أساسيين وهما منع استحداث أجنة بشرية لغايات البحث العلمي، وتبني قواعد من شأنها أن تؤمن حماية ملائمة للجنين. وأصدرت المجموعة الأوربية لأخلاقيات العلوم والتكنولوجيا الحديثة الرأي المؤرخ في 2000/01/14 تحت رقم 15 يتعلق بالجوانب الأخلاقية لإجراء الأبحاث على خلايا المنشأ البشرية واستعمالها، ذهبت فيه إلى أنه من المرفوض أخلاقيا استحداث أجنة انطلاقا من أمشاج متبرع بها بهدف الحصول على خلايا المنشأ الجنينية.

Art. 18 – « Recherche sur les embryons *in vitro.*
1. Lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon.
2. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite. »

[4] Décret n° 2012-855 du 5 juillet 2012 portant publication de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, *RTD civ. 2012. 785*

البحوث العلمية على الخلايا الجنينية، بحكم أنها أول نواة للحياة البشرية، ولا يمكن معاملتها كمجرد مادة بيولوجية، وكان الغرض من وراء ذلك بالطبع ضمان احترام الكائن البشري منذ بدء الحياة وفقا لما تضمنته المادة 16 من القانون المدني[1].

وفضلا على ذلك، منع المشرع الفرنسي الالتجاء لتقنيات النقل النووي أو الاستنساخ العلاجي، ووضع نصوص عقابية تحمي كرامة الجنين، وعلى سبيل المثال تعاقب المادة 511 – 18 من قانون العقوبات بالحبس لمدة 07 سنوات و100.000 أورو غرامة مالية كل من قام بإحداث مضغة بشرية لاستعمالها في التجارب العلمية. وتعاقب المادة 511 – 18 من نفس القانون بالعقوبة ذاتها، على كل من قام باستنساخ جنينا متماثلا وراثيا بغرض إجراء الأبحاث. وتعاقب المادة 511 – 18 – 1 من نفس القانون على الاستنساخ بغرض العلاج[2].

وقد حاول القضاء التماشي أحيانا مع نظام الحظر، والتخفيف أحيانا أخرى من حدة القيود المفروضة، في ظل التوجهات الجديدة. وفي هذا قرر مجلس الدولة بتاريخ 2002/11/13 بوقف تنفيذ القرار الوزاري الذي رخص لإحدى المخابر البيولوجية بإجراء أبحاث على الخلايا الجذعية ذات أصل جنيني مستوردة من استراليا لمدة 04 أشهر، بحجة وجود شكوك جدية تحوم حول مشروعية القرار مستندا على المادة 2141 – 8 من قانون الصحة العمومية، بالإضافة إلى توافر عنصر والاستعجال[3]. غير أن المحكمة الإدارية بباريس لم تذهب في نفس الاتجاه في حكمها المؤرخ 2003/01/21 – السابق الإشارة إليه– حينما اعتبرت بأن الخلايا الجذعية الجنينية المستوردة لا تعد مضغ بشرية تخضع للحماية القانونية المقررة لهذه الأخيرة، وبالتالي رفضت دعوى المدعية في الأساس، وأيدها في ذلك مجلس استئناف الإدارية باريس[4].

---

[1] Sur la loi n° 2013-715 du 6 août 2013, tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique : THOUVENIN, *La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : interdiction avec dérogation ou autorisation sous conditions*, RDSS, 2014. 283. – BIOY et RIAL-SEBBAG, *L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution*, *AJDA, 2013, 2204*; *L'évolution de la recherche sur l'embryon, une question de principes*?, *LPA, 17 déc. 2013, n° 251, p. 4*. – CAYOL, La loi du 6 août 2013 : un pas de plus vers la requalification des embryons *in vitro*, *LPA 23 oct. 2013, n° 212, p. 4*. – LEROYER, Embryon, recherche, cellules souches, *RTD civ. 2013, 895*.

[2] وفقا لأحكام المادة L. 2151-5 من قانون الصحة العمومية فإنه يمنع استحداث مضغة بشرية بالمختبر إلا في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب وللتغلب على مشكل العقم ولكن استثناء يمكن للزوجين. لكن يمكن للزوجين يقبلا إجراء التشخيص قبل الزرع لمصلحة الجنين شريطة أن يكون هناك موافقة كتابية وأن تكون الغايات من إجراء تلك الدراسات طبية، وألا تشكل اعتداء على الجنين أو تعديل رصيده الوراثي أو التجارب الطبية على المضغ الفاضة التي ثبت طبيا أنها غير الصالحة للزرع كما يمنع استغلال المضغ الفائضة عن الحاجة من عمليات التلقيح الاصطناعي وتدميرها بعد انقضاء المدة المقررة.

[3] CE 13 nov. 2002, *Assoc. Alliance pour les droits de la vie,* req. n° 248310, *Lebon 393; AJDA 2002, 1507, concl. Chauvaux ; D. 2003, 89, note Moutouh ; Gaz. Pal. 24 avr. 2003, p. 37, note Beslay.*

[4] TA Paris 21 janv. 2003, req. n° 0207626 ; TA Paris 5 juill. 2005, req. n° 0216174.

لكن هذا المنع التشريعي لم يحظى بالإجماع، فقد ذهبت اللجنة الوطنية الاستشارية لأخلاقية علوم الصحة والحياة في رأيها المؤرخ في 1997/03/11 تحت رقم 53، المتعلق بإنشاء وبتجميع الخلايا الجنينية البشرية واستعمالها لأغراض علاجية وعلمية، بأن القانون يجب أن يميز بين الأبحاث التي تتم على الأجنة المجمدة الفائضة من عمليات التلقيح الاصطناعي التي لا تكون محلا لأي مشروع أسري، وبين الأجنة التي ستزرع في الرحم، أو التي يتم استحداثها خصيصا للتجارب. فلما كان مآل النوع الأول من المضغ الإتلاف والفناء، فإنه من الأولى الاستفادة منها في الأغراض العلاجية والعلمية، بالنظر للمنافع الصحية الناجمة عن استغلالها وعلاج بعض الأمراض المستعصية ومواكبة التقدم العلمي. وقد كررت اللجنة الأخلاقية موقفها أثناء إبدائها الرأي حول تعديل قوانين أخلاقيات البيولوجيا سنة 2001[1]. وأيدها في ذلك مجلس الدولة في التقرير الذي أعده بتاريخ 1999/04/09، الذي أوصى بفتح المجال أمام الأبحاث على الأجنة الفائضة المجمدة وفقا للشروط القانونية[2].

وبتاريخ 2013/08/06 أصدر المشرع الفرنسي القانون 715 – 2013 المعدل والمتمم لقانون أخلاقيات البيولوجيا[3]، وأخذ بتلك التوصيات، حيث قام بتعديل المادة 2151 – 5 من قانون الصحة العمومية، محاولا انتهاج حل وسط يراعي فيه مبدأ احترام الرمزي للمضغ البشرية من جهة،

---

[1] Le CCNE note que l'abandon du projet parental associé à l'absence de don aboutit inéluctablement à ce que ces embryons ne se développent pas, et à terme meurent ou soient détruits. Dans cette situation, leur permettre d'être inclus, selon les modalités prévues par le texte dans un projet de recherche à finalité thérapeutique, peut constituer la manifestation d'une solidarité virtuelle entre les géniteurs, une vie appelée à ne point advenir, et les personnes qui pourraient bénéficier des recherches ainsi menées. Cette solidarité potentielle est particulièrement manifeste en ce qui concerne l'isolement des cellules souches embryonnaires à partir d'embryons humains au stade blastocyste. Comme l'avis n° 53 du CCNE en date du 11 mars 1997 le notait déjà, l'utilisation de telles cellules à des fins de thérapie cellulaire offre en effet des perspectives thérapeutiques très encourageantes. En ce sens, le Comité est favorable à l'ouverture limitée et encadrée de la recherche sur les embryons surnuméraires. CCNE, 18 janv. 2001, avis n° 67 sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique.

[2] قد أشار مجلس الدولة في تقريره المشار إليه إلى أن بقاء منع إجراء الأبحاث على الأجنة البشرية يصطدم باعتراضات جدية، وذلك لأن موضوع هذه الأبحاث لم يعد يقتصر على ما كان عليه أثناء صدور القانونين المتعلقة بأخلاقيات البيولوجيا عام 1994 وهو تطوير تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب التي كانت موجودة آنذاك، وإنما أصبحت الغاية من هذه الأبحاث هي تطوير الأبحاث التي من الممكن أن تساعد على الشفاء من بعض الأمراض التي مازالت غير قابلة للشفاء. وبالتالي يجب على القانون أن يجد حلا وسطا بين احترام بدء الحياة، الذي من شأنه أن يؤدي إلى منع إجراء الأبحاث في الأنبوب، وبين حق الأشخاص المصابين بأمراض خطيرة جدا في أن يتقدم البحث الطبي ويتطور من أجل إيجاد علاج لتلك الأمراض. ومن جهة ثانية، فإن اعتماد منهج حر في نطاق إجراء الأبحاث على الأجنة من شأنه أن يسمح باستحداث أجنة لغايات البحث العلمي هو أمر غير مبرر. لذلك اقترح مجلس الدولة أن يكرس القانون إمكانية إجراء الأبحاث على الأجنة الفائضة ضمن شروط قانونية. فواز صالح، الجوانب الأخلاقية والدينية والقانونية لإجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية، المرجع السابق، ص 428.

[3] Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 *relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires*. JORF n°0182 du 7 août 2013, p. 13449 .

وتمكين الباحثين من إجراء التجارب العلمية لمواكبة التطور الحاصل في المجال العلمي من جهة أخرى. وبذلك ألغت المادة مبدأ الحظر ضمنيا، ونصت على أنه لا يمكن إجراء الأبحاث العلمية على المضغ البشرية أو الخلايا الجذعية الجنينية، بدون ترخيص إداري مسبق من قبل الوكالة البيوطبية، وبعد الحصول على الموافقة الكتابة للواهبين[1]. وفي المقابل تمسك المشرع الفرنسي بمنع استحداث مضغة بشرية خارج الجسم، أو استنساخها لاستعمالها الأبحاث العلمية[2].

3- الأنظمة القانونية التي تقيد إجراء الأبحاث العلمية على المضغ البشرية.

يمنع هذا النوع من الأنظمة القانونية إجراء البحوث على المضغ البشرية، بما فيها سلاسل الخلايا الجذعية ويفتح المجال ضيقا أمام العلماء بإجراء البحوث على خطوط الخلايا الجنينية المستوردة، مع الأخذ بعين الاعتبار تاريخ تحضير تلك الخلايا. وهكذا، أصدرت ألمانيا مبكرا القانون المتعلق بحماية الأجنة سنة 1990 الذي يمنع كل تخليق أو استعمال للمضغ البشرية لأغراض أخرى عدى الإنجاب. ويعتبر هذا القانون الأول في أوربا الذي يمنع بشكل صريح أجراء التجارب العلمية على المضغ البشرية، ثم تبعه بأربعة سنوات قوانين أخلاقيات البيولوجيا الفرنسية. وخلال سنة 2002 قام المشرع الألماني بتعديل هذا القانون، مكرسا مبدأ حظر الأبحاث على المضغ البشرية والخلايا الجنينية، لكنه فتح المجال ضيقا أمام العلماء الألمان بإجراء الأبحاث على خطوط الخلايا الجذعية الجنينية المستوردة من الخارج، بشرط أن تكون تحضير تلك الخطوط قد تم قبل تاريخ 2002/02/01 ثم وضع الشروط القانونية لاستيراد الخطوط الخلوية بموجب تنظيم صادر سنة 2008[3].

---

[1] وقد اعتبر المجلس الدستوري في قراره المؤرخ في 2013/08/01، بأن إجازة المشرع منح الترخيص الإداري من أجل إجراء البحوث العلمية على المضغ البشرية الفائضة لا تعد مخالفة لمبدأ احترام كرامة الشخص البشري، ما دام أن القانون وضع لها شروط وأحاطها بضمانات فعالة.

« La délivrance des autorisations de recherche, qui obéit à des conditions fixées par le législateur, étant entourée de garanties effectives, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de sauvegarde de dignité de la personne humaine. » Cons. const. 1er août 2013, no 2013-674 DC: *Constitutions 2013, 443, chron. Bioy; JCP, 2013, 904, note Mathieu.*

[2] إلا أن هذه الرخصة لا يكن الحصول عليها إلا بموجب شروط صارمة، حيث يتعين أولا مراعاة بروتوكول البحث الذي يخضع للمراقبة السابقة والمستمرة من قبل الوكالة الوطنية البيوطبية، وتتأكد الوكالة من احترام الشروط القانونية و الضوابط الأخلاقية في الأبحاث العلمية، وكذا مدى نجاعة البحث من الناحية العلمية، ويتعين أن يراعى بروتوكول الترخيص مبدأ عدم قابلية جسم الإنسان وعناصره لأن يكون محلا للمعاملات، فضلا على الغرض الطبي من البحث، وأشار القانون أيضا بأن المضغ البشرية التي تستعمل في عمليات البحث لا يمكن أن يتم فيما بعد زرعها بالرحم. وفي ظل النصوص الجديدة، يمكن للهيئات الوزارية أن تطلب من الهيئة إعادة قراءة ثانية للملف في حال تبين لها لمخالفات أخلاقيات.

[3] ويرى باحثون وعلماء أن مثل هذه القوانين الألمانية تقود إلى تقييد حرية العلماء حتى في مجال التعاون على المستوى الدولي. خاصة أن قانون الخلايا الجذعية ينص على فرض عقوبات في حال المخالفة، الأمر الذي يعرض العلماء للملاحقات القانونية

وفي إيطاليا، يعد استعمال المضغ البشرية في الأبحاث العملية محظورا، إلا إذا كان فيها مصلحة علاجية مباشرة للجنين، ويستبعد القانون الإيطالي أيضا إتلاف الأجنة البشرية. وفي المقابل فإن القانون المؤرخ في 2004/04/19 تحت رقم 40 يمنع تكوين مضغ بغرض البحث وتحويل خط الخلايا أيضا، لكن القانون يسمح باستيراد سلاسل الخلايا الجنينية التي تم إنشائها قبل شهر جويليا 2001 وكذا إجراء البحوث العلمية على هذه الخطوط.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن الأبحاث حول الخلايا الجذعية الجنينية تخضع للتوجهات السياسية للحزبين الجمهوري والديمقراطي. ويشار في هذا الصدد أنه خلال سنة 2002 تم توقيف تمويل الأبحاث العلمية التي تستعمل خطوط الخلايا الجذعية الجنينية من الخزينة الفيدرالية، وقد تم حظر إجراء الأبحاث على المضغ البشرية أيضا. إلا أنه خلال سنة 2009 تم رفع الحظر على الهيئة القومية للصحة. وقد تم في هذا الخصوص رفع دعوى قضائية من أجل توقيف التمويل الفيدرالي. غير أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية رفضت ذلك بموجب القرار المؤرخ في 2013/01/07[1]. وتوجد العديد من الولايات حاليا تجرى فيها تلك الأبحاث مثل ولاية كاليفورنيا التي يسمح قانونها بإجراء تلك الأبحاث وتحظى تلك الأبحاث بالدعم المالي للولاية[2].

4- الأنظمة القانونية التي تمنع إجراء الأبحاث العلمية على المضغ البشرية.

تمنع الأنظمة القانونية المحافظة أجراء البحوث العلمية على المضغ البشرية، ويشمل المنع جميع التطبيقات العلمية بما فيما الاستنساخ العلاجي، واستحداث مضغ بشرية لأغراض البحث، أو استعمال المضغ المجمدة الفائضة، أو تحويل خطوط الخلايا الجذعية الجنينية، وكذا الأبحاث المنصبة على الخلايا الجذعية المستوردة. ومن بين تلك الدول بولونيا وايرلندا التي تم فيها تعديل دليل أخلاقيات مهنة الأطباء الباحثين سنة 2009، يمنع بشكل صريح إجراء البحوث في هذا الميدان. وسارت هذا النهج عدة بلدان مثل السعودية والأردن وعدة دول من أمريكيا الجنوبية[3].

والعقوبات الجزائية عند المخالفة. فواز صالح، الجوانب الأخلاقية والدينية والقانونية لإجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية، المرجع السابق، ص 416.

[1] U.S. Supreme Court, *Sherley, James, et al. v. Sebelius*, Sec. of H&HS, et al. Order N°. 12-454, (January 7, 2013).

[2] V. Le figaro, *« États-Unis : feu vert pour les recherches publiques sur l'embryon »*, 04 mai 2011. Le Monde, *« Etats-Unis : la Cour suprême ne touche pas à la recherche sur les cellules souches »*, 07 janvier 2013.

[3] Agence de la biomédecine, *Encadrement international de la bioéthique*, op. cit., p. 28.

وقد تضمن قانون الطب الإنجابي التونسي الصادر بتاريخ 2001/08/07 تحت رقم 93 مجموعة من المواد التي تحظر استغلال المضغ البشرية في التجارب العلمية، وانتزاع الخلايا الجنينية. وعلى سبيل المثال نص الفصلين 08 و09 من على أن طب الإنجاب بواسطة تقنيات الاستنساخ محظور حضرا صارما، ويحظر إحداث مضغ بشرية في المخابر أو بتقنيات أخرى بهدف الدراسة أو البحث أو التجريب. ويشير الفصل 11 منه بأنه لا يمكن تجميد الأمشاج إلا لأغراض علاجية بهدف مساعدة الزوجين على الإنجاب، ولا يمكن هذا التجميد لأغراض إنجابية إلا في نطاق احترام الشروط المنصوص عليها قانونا. وأضافت المادة 13 بأنه لا يمكن إحداث مضغة بشرية في المخابر أو بممارسات أخرى إلا في نطاق الطب الإنجابي. وبذلك يمكن القول بأن قانون الطب الإنجابي يعتبر الاستنساخ العلاجي محظورا، كما يمنع استعمال المضغ المجمدة الزائدة في البحث العلمي. إلا أن اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطيبة التونسية دعت في رأيها المؤرخ في 2002/07/05 المتعلق بالاستنساخ العلاجي، إلى مراجعة القوانين من أجل استغلال المضغ الزائدة عن الحاجة في الأبحاث العلمية، وانتزاع الخلايا الجنينية منها بدل إتلافها، مع الإبقاء على حظر الاستنساخ العلاجي[1].

5- موقف المشرع الجزائري.

لم يتضمن القانون الجزائري أحكاما خاصة تضبط التجارب الطبية التي تجرى على المضغ البشرية، أو انتزاع الخلايا الجنينية للاستفادة منها، كما لم يوضح كيفية التصرف في اللقائح البشرية المستنبتة بالأنبوب، ما عدى القواعد العامة المنظمة لانتزاع الخلايا والأنسجة وتجمع مواد الجسم البشري. وبصفة يمكن القول بأن المشرع يحمي الجنين البشري منذ لحظة التلقيح، ويستشف من خلال النصوص الوارد في قانون الأسرة وكذا المشروع التمهيدي لقانون الصحة، اللذان أكدا على ضرورة أن تستعمل تقنيات المساعدة الطيبة على الإنجاب من أجل إحداث الحمل، أي التغلب على مشكل العقم. وبالتالي يحظر القانون ضمنيا استحداث مضغ بشرية خارج الرحم من أجل إجراء التجارب العلمية أو من أجل انتزاع الخلايا الجنينية، ولا يوجد مبرر لمخالفة المبدأ القائل بأن إحداث مضغة يجب أن يكون هدفه تمكينها من النمو لكي تصبح شخصا بشريا. كما يمنع أيضا الالتجاء إلى تقنيات الاستنساخ العلاجي الذي لا يهدف إلى ولادة جنين، لأن تكوين جنين مستنسخ أمر مخالف للأخلاقيات، ويمس كرامة الكائن البشري.

[1] اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطيبة التونسية، رأي مؤرخ في 2002/07/05 تحت رقم 05، يتعلق بالاستنساخ العلاجي.

لهذا كانت التعليمة الصادرة عن وزارة الصحة والسكان الصادرة بتاريخ تحت رقم 300 المتعلقة بالممارسات السريرية والبيولوجية الحسنة في تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، تحظر استحداث الأجنة في المختبر بغرض إجراء دراسات وأبحاث أو اختبارات عليها، ولكن تسمح التعليمة إجراء البحوث على المضغ لأغراض علاجية، شريطة ألا يصاب الجنين بأي ضرر، ويتعين في كل الأحوال الحصول على إذن بذلك من قبل السلطات الإدارية المؤهلة.

ولكن اعتبارا لضرورة التقدم العلمي أو لضرورة علاج الأمراض المستعصية، يمكن الانتفاع من الأنسجة المضغية أو الجنينية المتأتية من عمليات الإجهاض التلقائية أو العلاجي، بحكم أن الاقتطاع من أجنة ميتة لا يثير مشاكل أخلاقية، ويكن لخلايا الحبل السري الغنية بالخلايا الجذعية ذات القدرة على التمايز أن تستخدم لأغراض علاجية أيضا إذ تم التبرع بها من طرف المعني وفقا للأحكام المتعلقة بالتبرع بالدم أو الأنسجة والخلايا وتجميع مواد الجسم البشري، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالنفايات العلاجية والاستشفائية.

أما بالنسبة إلى الخلايا الزائدة للمضغ المجمدة في إطار المشروع الأسري، فمن الأفضل أن يرخص المشرع استغلالها لفائدة الصحة العمومية، نظرا لخصائصها البيولوجية ومنافعها الطبية بدل إتلافها، ما دام أن فقهاء الشريعة الإسلامية يجيزون انتزاع الخلايا الجنينية من هذا النوع من المضغ، مع مراعاة الضوابط الأخلاقية في البحث العلمي.

ويمكن الاستنتاج في آخر هذا الباب، بأن حجم الأخطار التي تهدد كرامة الإنسان يتعاظم باستمرار نتيجة الانحرافات الأخلاقية المتعلقة باستخدام الجينات البشرية والمواد التناسلية في الحقل الطبي، نظرا لخصوصياتها هذه المنتجات التي تخفي ورائها خصوصيات وأسرار الكائن البشري وقدرتها على إنشاء الحياة لدى الإنسان، ولاحظنا إذن الصعوبات التي واجهها رجال القانون والقضاء في معالجة تلك المعضلات الأخلاقية الشائكة، رغم محاولتهم ضبط معايير للموازنة بين المنفعة والضرر، بما يكفل حقوق الإنسان وحرياته. فالإشكالية في نهاية الأمر ليست قانونية وإنما هي أيضا دينية وفلسفية واجتماعية. وقد لاحظنا بأن المشرع حاول مواكبة تلك التطورات والتشريعات الحديثة في مجال الهندسة الوراثية والمساعدة الطبية على الإنجاب ووضع الضمانات الكفيلة بحماية الكرامة والذات الإنسانية، رغم النقائص العديدة المسجلة، لكن حماية كرامة الإنسان لا بد أن تتجسد أيضا في الأعمال الطبية المركبة الكيان الجسدي للإنسان التي قدسته الديانات، والذي أصبح موضعا للعبث والتشويه المتعمد.

الباب الثاني

حماية كرامة الإنسان من الأعمال الطبية الماسة بكيانه الجسدي

لقد اهتم الطب منذ القديم بعلاج المرضى وترقية الصحة في المجتمع، وكانت رسالة الطبيب الأساسية تتمثل في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية وتخفيف الآلام، في ظل احترام حياة الفرد وسلامته الجسدية. وكان الطبيب على مر العصور يسعى ضمن هذا المنظور، إلى المحافظة على الجسد من العلل وإطالة حياة الإنسان ما استطاع إليه سبيلا[1]. لكن وفي منتصف القرن العشرين، وبالموازاة مع تطور التكنولوجيا الطبية، تغيرت النظرة التقليدية تجاه الجسم، بحيث نجحت العلوم الطبية إلى تغيير الحالة البيولوجية والجنس، كما نجحت في استغلال الجسد في انتزاع الأعضاء من أجل زرعها للمرضى، وحتى الرفع من قدرات الإنسان الفسيولوجية والذهنية إلى ابعد الحدود، متعديتا القدرات العادية للكائن البشري[2]. وهذا كله في سبيل الحصول على نوعية حياة أفضل، الشيء الذي جعل من الجسم تجربة جديدة غير معهودة بالنسبة للكائن الإنساني[3].

---

[1] وعلى سبيل المثال، نصت المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب أنه: " تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب ". وقد ورد في قسم أبو قراط بأني: " لن أعطي عقارا مميتا لأي إنسان إذا سألني إياه، ولن أعطي اقتراحا بهذا الشأن. وكذلك لن أعطي لامرأة دواء مجهضا. وسوف أحفاظ على حياتي وفني بطهارتي وتقواي. ولن استخدم الموسى حتى مع الذين يعانون من الحصى داخل أجسامهم ".

[2] ومن القضايا التي أثيرت حول استعمال الوسائل الحديثة في الزيادة من القدرات الجسدية للإنسان، قضية العداء الجنوب إفريقي Oscar PISTORIUS التي رفضت الاتحادية الدولية لألعاب القوى تأهيله لخوض منافسات الألعاب الأولمبية التي كان من المزمع إجرائها ببكين سنة 2008 مع الرياضيين العاديين، بحجة أنه معاق حركيا (مبتور الرجلين). وقد كشفت الخبرة لتشخيص حالته الاستثنائية أن ساقيه الاصطناعيين التي صنعتهما شركة أمريكية من ألياف الكربون المطور منحتاه ميزة إضافية على حساب العدائين الأصحاء، لكن عيبهما الوحيد في عدم التجانس مع جسم العداء أثناء الركض في المنعطفات، وهو العيب الذي حاول العداء التمسك به أمام الاتحادية. وبعد الطعن في القرار أمام محكمة التحكيم الرياضية، قبلت هذه الأخيرة بتاريخ 2008/05/16 تأهيله وقد شارك في أولمبياد لندن سنة 2012.

Sur les problèmes éthiques soulevés par les technologies d'amélioration des capacités humaines, V. GOURINAT Valentine, *Le corps prothétique : un corps augmenté ?* , Revue d'éthique et de théologie morale, 2015, n° 286, pp. 75-88 ; KLEINPETER Édouard, Entre réparation et augmentation : corps vécu et corps perçu chez les agénésiques, *Hermès, La Revue*,2014,n° 68, pp. 43-45.

وكانت اللجنة الوطنية الفرنسية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة، قد درست إشكالية استعمال التقنيات العلمية الحديثة في مجال طب الأعصاب في تطوير القدرات الذهنية للدماغ دون مسوغات طبية، وأبرزت خطورة الإقدام إجراء تلك التجارب دون مبررات علاجية.

V. Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 116 du 07 mai 2011 sur l'enjeux éthique de la neuroimagerie fonctionnelle.

Au niveau de la Commission européenne, le groupe d'éthique de la science et des nouvelles technologies a rendu le 16 mars 2005 un avis sur les aspects éthiques des implants TIC dans le corps humain. Cet avis dresse un inventaire des usages potentiels des implants électroniques humains et formule une série de recommandations sur des mesures de précaution et soulève de nombreux aspects relatifs à la dignité et à l'intégrité du corps humain.

[3] لم يتطرق القانون بصفة مباشرة للطبيعة القانونية للجسم البشري، لكن أغلب فقهاء القانون المدني يعتقدون بأن جسم الإنسان بكافة مكوناته، لا يعتبر من الأشياء لكونه مجسدا للشخص Substratum de la personne، فالشخصية القانونية لا تمنح للجسم في حد ذاته، ولكن إلى الشخص الذي يكون أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات.

والواضح أن تلك الممارسات الطبية أصبحت تخرج عن الضرورة العلاجية، وهو الأمر الذي أثار انشغال المهتمين بالأخلاقيات التطبيقية، الذين طرحوا عدة تساؤلات حول دور الطب في العصر الحديث وعلاقته بالجسم البشري[1]. فهل يجب أن يقتصر هذا الأخير على علاج المرضى والعناية بصحتهم، أم يمكن للطب أن يتحرر من القيود والأخلاقيات التقليدية، ويتدخل في جسد الإنسان البشري لغير معالمه الطبيعية؟ كما طرح تساؤل حول مدى إمكانية التضحية بقدسية الحياة لإفساح المجال إلى نوعية حياة أفضل؟

وبالرجوع إلى التشريع، يتبين أنه ظل لوقت طويل متمسكا بمبدأ احترام السلامة البدنية، الذي جعله واحدا من أهم مبادئ حقوق الإنسان في العلاقة بين الطبيب والمريض[2]. وقد تم تجسيد هذا المبدأ في مختلف النصوص القانونية[3]، حيث نصت المادة 20 فقرة 4 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة الجديد بأنه: "لا يمكن أن تتعرض السلامة الجسدية للشخص لأي مساس، باستثناء حالة الضرورة الطبية المثبتة. كما ينبغي وحسب الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون". ومن جهتها، تضمنت المواثيق الدولية العديد من الأحكام التي تحمي الحق في سلامة الجسم، ومثال ذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي نصت المادة السابعة منه أنه: " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة

V. ARNOUX Irma, *Les droits de l'être humain sur son corps*, op. cit., p. 27.

[1] وفي هذا يرى البعض بأن الحالة البيولوجية للفرد مقدسة ولا يمكن تغييرها، في حين يذهب البعض الآخر إلى تشجيع تطبيقات التقدم العلمي في مجال الطب وعلم الأحياء، وإن أدت هذه التطبيقات إلى تعديل الحالة البيولوجية للفرد من أجل الحصول على نوعية أفضل للحياة. حول هذه الآراء، راجع، فواز صالح، المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، المرجع السابق، ص 161.

[2] تبدأ الحماية القانونية للكيان الجسدي للإنسان، منذ اللحظة التي يستقل فيها الجنين عن أمه بخروجه التام من الرحم، فيصبح للشخص وجود من الناحية القانونية، ويتمتع بذلك بكيان جسدي مستقل وشخصية قانونية. وتمتد الحماية القانونية أيضا إلى مرحلة ما بعد الوفاة، عندما يتحول الإنسان إلى جثة وتنتهي بالتالي شخصيته القانونية، وبالرغم من ذلك تبقى للجثة حرمة خاصة لتعلقها بذاكرة الميت وروحانيته، ويترتب على ذلك واجب احترام الشخص الذي كانت تمثله. هذا ويعتبر حق الإنسان في السلامة البدنية من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد أثناء حياته، غير أن هذا الحق ليس خالصا للفرد بل إن له جانبا اجتماعيا أيضا. لأكثر تفاصيل حول الحق في السلامة الجسدية، أنظر، ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد – في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2003.

[3] نصت المادة 40 من الدستور بأنه: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، كما يحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة الإنسان". ونصت المادة 41 منه على أنه: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية ". ويشار بأن التعديل الدستوري الصادر بتاريخ 2016/03/06، لم يحدث تغييرات جوهرية على المواد التي تحمي الحق في سلامة الجسم، ما عدى إضافة فقرة أخيرة للمادة 40 التي نصت بأن: " المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة يقمعها القانون ".

القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة، وعلى وجه الخصوص لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر"[1].

لكن المبادئ التي بنية عليها القواعد القانونية التقليدية بدأت تنحصر تدريجيا أمام حتمية التقدم الطبي، ومن بين المبادئ التي تأثرت، مبدأ حرمة الكيان الجسدي بمفهومه الجامد ومبدأ عدم جواز التنازل عن أي من المكونات الجسمانية ومبدأ استقلالية الشخص وسيادته على كيانه المادي. وقد تم استبدال هذه الأفكار بمبادئ أخرى أكثر ليونة منها، الحرمة النسبية للجسم البشري وحرية البحث العلمي والتجريب والمنفعة العلاجية والتكافل الاجتماعي. ومن جانب آخر، بدأ الفقهاء ينادون بإعادة النظر في دور القاعدة القانونية، التي لا يجب ألا تقف حائلا في طريق التقدم العلمي، بما يفيد الإنسان ويدفع عنه الضرر، في ظل الاعتراف بالكرامة الإنسانية والاحترام الشامل والفعلي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية[2].

ومن بين الأفكار الجديدة التي برزت إلى الوجود في مجال أخلاقيات البيولوجيا، مبدأ احترام الضعف البشري والسلامة الشخصية للإنسان، الذي يشير إلى جوانب أساسية في حياة الإنسان ينبغي احترامها. ثم برزت فكرة احترام الصورة الطبيعية للجسم البشري، التي أصبحت مهددة بالعبث والتشويه بواسطة التدخلات الجراحية[3]. وعليه، سوف الاعتماد في تقسيم هذا الباب على تلك المبادئ، على أن يخصص الفصل الأول منه لاحترام الضعف البشري والسلامة الشخصية للإنسان، في حين يخصص الفصل الثاني لدراسة مبدأ احترام الصورة الطبيعية للجسم البشري.

---

[1] و يقسم الفقه الحق في سلامة الجسم إلى ثلاثة عناصر، أولها حق الإنسان في أن تسير وظائف أعضاء جسمه سيرا طبيعيا، ثم يأتي الحق في التكامل الجسماني، إذ لا يجوز نقض التكامل النسيجي و البنيوي للجسم البشري بغض النظر عن مقدار و قوة الفعل الذي من شأنه نقض ذلك التكامل، أما بالنسبة للعنصر الثالث المشكل لمضمون الحق في سلامة الجسد، يتمثل في حق الإنسان في أن يتحرر من الآلام البدنية، وهذا يعني أن كل ما من شأنه إحداث آلام للضحية يعد اعتداء على حقه في سلامة جسمه، و لو لم يؤدي السلوك الذي أحدث الألم إلى إخلال بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء. أنظر، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 178 وما يليها.

[2] V. par exemple, PEDROT Philippe, *La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales*, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian BOLZE », Economica, 1999, p.51.

[3] نصت المادة 08 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان بأنه: " ينبغي مراعاة الضعف البشري لدى تطبيق وتطوير المعارف العلمية والممارسات الطبية والتكنولوجية المرتبطة بها، وينبغي حماية الذين يعانون من أوجه ضعف خاصة أفرادا كانوا أو جماعات واحترام سلامتهم الشخصية ".

الفصل الأول

احترام الضعف البشري والسلامة الشخصية للإنسان

من المعلوم أن الضعف من الطبيعة البشرية، وبالتالي يمكن بسهولة أن يحدث أي خلل في أداء وظائف الجسم فيهدد صحة الإنسان بل ووجوده للخطر، كما يصبح الأشخاص في بعض الأحيان ضعفاء بسبب إدخالهم المستشفيات والمؤسسات العلاجية. ومن الأفكار الشائعة لدى بعض العاملين في مجال الرعاية الصحية، أن ضعف الحالة الإنسانية ينبغي إزالته أو الحد منه. وفي سبيل ذلك ينبغي استخدام العلم والمبتكرات التكنولوجية الحديثة للتغلب على مجمل التهديدات الطبيعية. سواء التي تنشأ عن التكوين البيولوجي كالشيخوخة والقابلية للإصابة بالمرض والعلل والموت وغيرها. وينبغي كذلك أن تركز البحوث الطبية على القضاء على مواطن الضعف الجسدية لدى الإنسان. والافتراض الأساسي وراء هذه المكافحة هو أن كثيرا من حالات الضعف في حالة الإنسان هي حالات طارئة، وليست أصلية[1].

لكن الافتراض الأساسي القائل بضرورة القضاء على الضعف له في حد ذاته مشكلات فإذا نظرنا إلى الضعف باعتباره شرا يجب استئصاله. فإنه لا يمكن أن نضفي عليه أي معنى إيجابي، ولا نستطيع أن نفهم الضعف البشري المرتبط بالمعاناة الإنسانية. حيث تخلق المكافحة غير المقيدة للضعف الإنساني مشكلاتها الخاصة وتقودنا إلى ما أصبح يعرف بالإصرار الطبي تجاه المرضى المصابين بأمراض مزمنة في المراحل الأخيرة من عمرهم أو غير قابلة للشفاء، وما يصاحبها من استعمال مفرط للأجهزة الصناعية. ولا يعني هذا أن الصراع ضد الضعف الإنساني خطأ، بل إن الخطأ هو الصراع لتخليص الحالة الإنسانية من جميع أشكال الضعف. وللوصول إلى طب مستدام[2].

ويقودنا مبدأ احترام الضعف البشري إلى فكرة احترام السلامة الشخصية، التي غالبا ما ينظر إليها باعتبارها فضيلة. غير أن احترام السلامة الشخصية لا يشير إلى الخاصية الأخلاقية للفرد أو سلوكه الطيب، بل يشير إلى جوانب أساسية في حياة الإنسان ينبغي احترامها. وتشير السلامة الشخصية هنا إلى احترام فهم المريض لحياته الخاصة ومرضه، كما تشير أيضا إلى اهتماماته وإرادته الحرة. في قبول جميع

---

[1] قال الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿ يرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ۚ وَخُلِقَ الْإِنسَانُ ضَعِيفًا ۝﴾ سورة النساء، الآية 28. وقال أيضا: ﴿ اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۖ ﴾ سورة الروم، الآية 54.

[2] فمن الضروري إذن قبول قدر من الضعف كجزء دائم من الحالة الإنسانية، أي يجب في وقت واحد أن نصارع لإبقاء المعاناة عند الحد الأدنى وقبولها أيضا كجزء من الحياة. ولا يمكن أن ننظر إلى الضعف البشري فقط كعدو يجب القضاء عليه، فالإفراط في التركيز على استئصاله أدى إلى نتائج عكسية كحركة تسحين النسل، والتخلص من غير المناسبين اجتماعيا وعرقيا. وهو ما ذهبت إليه المادة 08 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا، التي حاولت خلق توازنا بين القضاء على الضعف البشري وقبوله. أنظر، اليونسكو، قسم أخلاقيات العلوم والتكنولوجيا، المنهاج العام لتعليم أخلاقيات البيولوجيا، المرجع السابق، ص 38.

التدخلات الطبية والجراحية الواردة على جسمه، وعدم استغلال ضعفه الاجتماعي أو الاقتصادي أو البدني، في الاستفادة من عناصر الجسم وهذه السلامة الشخصية التي يجب حمايتها.

واستنادا على ذلك، سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، يخصص الأول منهما لدراسة موضوع الرعاية الصحية الملطفة للمريض المحتضر أو في حالة حياة نباتية. وفي المبحث الثاني يتم تناول موضوع استغلال جسم الإنسان في نزع الأعضاء وإجراء التجارب العلمية.

المبحث الأول
الرعاية الملطفة للمريض المحتضر أو في حالة حياة نباتية

لقد استطاع الطب في السنوات الأخيرة، أن يحافظ على الحياة الاصطناعية للمرضى الواقعين تحت تأثير الغيبوبة لفترة طويلة من الزمن، كما استطاع مساعدة المرضى الذين يعانون من أمراض مستعصية في مراحل متقدمة من المرض في إطالة أمد حياتهم. لكن استمرار الحالة المرضية قد يحدث لدى هؤلاء شرخا عميقا في حياتهم من شأنه أن يهز كيانهم من الأعماق، فلا يعودون قادرين على الشعور بمعنى الحياة، ولا تحديد أهدافهم من الحياة، وينشأ ما يسمى بالمعاناة، لذلك فهم بحاجة إلى عناية متكاملة وشاملة تتزامن مع العلاج الأساسي، وفي ذات الوقت مساعدة المرضى على تحمل المرض ومضاعفاته وآلامه[1].

[1] كانت العناية بالمرضى الميئوس منهم أو المشرفين على الموت، مرتبطة لفترة طويلة بالمعتقدات الدينية والعلاقة الإنسانية والروحانية والعادات والتقاليد الاجتماعية، وتدريجيا تم الاعتراف بأن الآلام التي يعاني منها المريض ظاهرة لها تفسيرها الطبي، وكانت أول مبادرة للاهتمام بهذه الفئة من المرضى في العصر الحديث ترجع لسنة 1842، حينما أنشئت السيدة Jeanne GARNIER في مدينة ليون الفرنسية تجمع مهني نسائي على شكل جمعية خيرية أطلق عليه تسمية Les Dames du Calvaire، تتمثل مهمتها الأساسية بالاعتناء بالمرضى الذين يعانون من الأمراض غير قابلة للشفاء وإعطاء المعونة والدعم النفسي لهم، في ظل انتشار الأوبئة الفتاكة آنذاك. وفي سنة 1874 تم إنشاء أول دور بباريس للمرضى في المرحلة المتقدمة من المرض Hospice، ومنذ ذلك الحين أخذ هذا المصطلح معنى يتمثل في استقبال المرضى في المراحل الأخيرة من حياتهم. وفي 1878 انتقلت هذه الفكرة إلى بريطانيا مع الراهبة Marie AIKENHEAD التي أسست أو تجمع للراهبات المحسنات في مدينة Dublin بايرلندا، وفتحت أول دور تهتم بالمرضى المحتضرين ورعايتهم. وفي سنة 1905 قامت نفس المنظمة بتأسيس في ضواحي لندن مصلحة للرعاية سميت بـ L'Hospice St Joseph، تبعها انتشار عدة مصحات دينية للرعاية الصحية للفئات المستضعفة. وفي سنة 1893 قام الدكتور Howard BARRET بإنشاء أول دور للموتى في إنجلترا خصصت للأشخاص الذين لا يملكون دخلا كافيا، وتم أيضا فتح جناح خاص بالمرضى المحتضرين. وكان أول طبيبة مختص في العلاج التلطيفي Cicely SAUNDERS التي عملت على تطوير أساليب حديثة للاعتناء بالمرضى الذين عجزت العلوم الطبية على شفائهم، وقد واصلت أيضا إجراء التجارب على عقار المورفين من أجل تخفيف الآلام، كما طورت مفهوم الآلام الشاملة التي تضم الأوجاع الجسدية والمعاناة النفسية دون إغفال الجانب الاجتماعي

ومع التطور الاجتماعي وتفكك الروابط الأسرية وارتفاع نفقات العلاج الطبي، اختلفت النظرة الطبية لمثل هذه الحالات، وبدأت الأصوات تنادي لإيجاد حل لها، فظهر ما يسمى بالموت الرحيم L'euthanasie وبالأخص في المجتمعات الأوربية، مما أثارت جدلا عنيفا بين الأوساط الطبية والقانونية والأخلاقية والدينية لم تنته آثارها بعد[1]. وفي المقابل ظهر ما يسمى بالعناية الطبية الملطفة بالمستشفيات Les soins palliatifs، التي تهدف إلى بث الراحة وجعل المريض يحيا أفضل نوعية حياة

والروحاني. وفي سنة 1967 تم إنشاء بلندن دور للمحتضرين سميت بـ St Christopher's Hospice، وتعد هذه الدور أول دور للمحتضرين تضم فريق طبي متخصص، وكانت هذه المؤسسة أول إشعاع لانطلاق حركة اجتماعية للاعتناء بالأشخاص الذين يعانون من ضعف جسدي ناجم عن مرض لا يرجي شفائه.

وبدأت تلك الحركة في الانتشار بداية في البلاد الأنجلوسكسونية. وفي هذا الصدد قام الدكتورة-Elisabeth KUBLER ROSS في الولايات المتحدة الأمريكية بنشر أول كتاب حول المعاناة النفسية والروحية للمرضى المصابين بداء بالسرطان « On death and dying ». وفي سنة 1975 تم إنشاء المستشفى الملكي فكتوريا في مونتريال بكندا تبعه إنشاء أقسام الرعاية التلطيفية بالمستشفيات بالولايات المتحدة الأمريكية، وارتكزت فلسفتها على تكريس مبدأ احترام كرامة المريض واستقلاليته في اتخاذ قراراته، وفي نهاية سنوات السبعينيات انتشرت الحركة في أوربا، أما في فرنسا فقد شرع خلال تلك السنوات في إتباع سياسة أنسنة الخدمات الاستشفائية والاعتناء الشامل بالمرضى، وفي سنة 1978 تم فتح أول قسم في مستشفى La Croix St-Simon بباريس متخصص في الرعاية التلطيفية، وفي سنوات الثمانينات ظهرت عدة جمعيات تهتم بحقوق المرضى والمعالجة التلطيفية وتطويرها ونادت بعضها برفع التجريم عن القتل بدافع الشفقة، منها الجمعية الفرنسية للدفاع عن حقوق المرضى في الموت بكرامة، غير أن الكنيسة أدانت القتل بدافع الشفقة الممارس من قبل بعض المستشفيات. لأكثر تفاصيل، راجع،

SERRYN, D. HOEBEN, N. ; PIGEOTTE, H. *Les soins palliatifs en France*. Centre National de Ressources Soin Palliatif, Paris, 2012; AUBRY Régis, DAYDÉ Marie-Claude, *Soins palliatifs éthique et fin de vie,* 2ème édition, éd. Lamarre, Paris, 2013, p.12.

[1] يمكن أن يأخذ القتل بدافع الشفقة عدة صور منها:

أ. القتل بدافع الشفقة الإيجابي l'euthanasie active: ويتحقق بكل فعل إيجابي يرمي إلى إحداث الوفاة لدى المريض الميئوس من شفائه لإنهاء معاناته واحتضاره المؤلم، كإعطائه جرعات من المهدئات إلى أن تصل إلى حد مميت، أو حقنه بمادة سامه.

ب. القتل بدافع الشفقة السلبي l'euthanasie passive: وهو ترك المريض يموت موتتا طبيعية بالامتناع عن تقديم العلاج أو الرعاية الصحية المحتمل معها إطالة الحياة بقصد إحداث الموت، مثل وقف أجهزة الإنعاش الصناعي أو وسائل التغذية الصناعية.

ج. المساعدة على الانتحار l'aide au suicide: ويتحقق بقيام المريض بوضع حد لحياته بنفسه لكي يتخلص من آلامه المضنية، ويكون ذلك بمساعدة الغير الذي يوفر له المعلومات والطرق الكفيلة بإحداث الوفاة، أو يمكننه من الوسائل الضرورية التي تؤدي إلى إحداث الوفاة.

د. القتل بدافع الشفقة غير المباشر l'euthanasie indirecte: بمعنى إعطاء المريض الذي يواجه الموت الوشيك جرعات من مسكنات الآلام، في ظروف قد تؤدي إلى الموت دون قصد إحداثها.

لكن البعض يفضل استخدام مصطلح تيسير الموت أو الموت السهل، لأن عبارة القتل بدافع الشفقة يفهم منها أن القصد من القتل هو الشفقة أو الرحمة بالمريض بإنهاء آلامه عن طريق وضع لحياته، إلا أن القتل والرحمة متناقضان من حيث المعنى والمضمون، فالقتل والشفاء رسالتان متناقضتان ومتعارضتان، وبالتالي لا يمكن أن تصدران من نفس اليد التي تقدم العلاج، أما من الناحية القانونية، فكيف يمكن القول بأن القتل وهو إزهاق روح إنسان واعتداء على هذه الحياة يكون مبعثه الرحمة والشفقة؟ أنظر، صفاء حسين العجيلي، الأهمية الجنائية لتحديد لحفظة الوفاة، دراسة مقارنة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 150.

ممكنة في ما تبقى من حياته، فالأمر لا يتعلق بالاستسلام للموت بل التمسك بالحياة. والحفاظ على كرمة الإنسان، بتخفيف آلامه، وجعله يرحل من الدنيا بهدوء[1].

وقد بدأت تلك الأفكار تتجسد في التشريعات الحديثة، لتكريس حق المريض في الحصول على العلاج التلطيفي، الذي أصبح من الحقوق الأساسية للمرضى في المراحل المتقدمة أو الأخيرة[2]، لهذا نصت المادة 188 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة، إلى حق المريض في الحصول على الرعاية التلطيفية، تماشيا مع المفاهيم الجديدة في الرعاية الصحية وتوصيات الهيئات الدولية[3]، حيث ألزمت تلك المادة الهياكل والمؤسسات الصحية ضمان الرعاية التلطيفية لفائدة المواطنين[4]. وحددت المادة 164 من

---

[1] اعتبرت منظمة الصحة العالمية بأن الرعاية الملطفة هي أمر أساسي لتحسين نوعية حياة الأفراد وعافيتهم وأسباب راحتهم وكرامتهم، لكونها خدمات صحية فعالة ترتكز على الشخص وتقيم حاجة المرضى إلى الحصول على معلومات كافية ومرعية لوضعهم الشخصي والثقافي عن حالتهم الصحية، وتقدر دورهم المحوري في اتخاذ قرارات بشأن العلاج الذي يتلقونه. وأوصت المنظمة بإدماج خدمات الرعاية الملطفة إدماجا كافيا في نظم الرعاية الصحية والاجتماعية، ما من شأنه أن يسهم في الإنصاف في إتاحة هذه الرعاية. أنظر، منظمة الصحة العالمية، تعزيز الرعاية الملطفة كعنصر من عناصر العلاج المتكامل طيلة العمر، توصية بشأن اعتماد قرار من طرف جمعية الصحة العالمية السابعة والستون، البند 15 – 5 من جدول الأعمال المؤقت، بتاريخ 2014/04/04، تحت رقم ج 31/67.

[2] ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المتعلق بالعلاج الطبي بأنه: "على الأطباء وذوي المرضى تقوية معنويات المريض، والدأب في رعايته وتخفيف آلامه النفسية والبدنية بصرف النظر عن توقع الشفاء من عدمه"، قرار المجمع الفقهي، بتاريخ 09 و1992/05/14، تحت رقم 67 (5/7).

[3] وكان المشرع الفرنسي قد أصدر القانون 99 – 477 المؤرخ في 1999/06/09 المتعلق بضمان الحق في الحصول على الرعاية التلطيفية، وكرس هذا النص التشريعي الحق لكل مريض تستدعي حالته الصحية الاستفادة من الرعاية التلطيفية والمرافقة الطبية اللازمة في إطار احترام كرامته الإنسانية، وكذا ضرورة احترام إرادة المريض. وتم تعزيز هذا المسعى بقانون آخر صدر سنة 2005 ويتعلق الأمر بالقانون 2005 – 370 المؤرخ في 2005/04/22 المتعلق بحقوق المرضى ونهاية الحياة. وشدد القانون على ضرورة أن يتمتع المريض بنهاية حياة كريمة، وألزم القانون كذلك العاملون في مجال الصحة أن يبذلوا قصارى ما في وسعهم من أجل تخفيف آلام المرضى في نهاية الحياة، وأن يرفعوا المعاناة عن كاهلهم. أما على الصعيد الأوربي، فقد صدر عن المجلس الأوربي توصية سنة 1999 تتعلق بحماية حقوق الإنسان وكرامة الأموات والمرضى الميئوس من شفائهم، ثم صدرت توصية ثانية سنة 2003 تتعلق بالرعاية التلطيفية.

Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 *visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs*, JORF n°132 du 10 juin 1999, p. 8487 ; Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 *relative aux droits des malades et à la fin de vie,* dite loi Leonetti, JORF n°95 du 23 avril 2005, p. 7089. Art. L. 1110-9 du Code de la santé publique: « Toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement » ; Recommandation 1418 (1999) relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 1999 ; Recommandation (2003) 24 du Comité des Ministres aux États membres sur l'organisation des soins palliatifs, Conseil de l'Europe, 2003.

[4] نصت المادة 188 من المشروع التمهيدي المتضمن قانون الصحة بأنه: "تضمن هياكل ومؤسسات الصحة لفائدة كل المواطنين خدمات الوقاية والتشخيص والعلاج والرعاية التلطيفية وإعادة التأهيل. وتضمن كذلك تقديم علاجات أولية وثانوية وذات المستوى العالي المنصوص عليها في المواد 190 و192 أدناه ".

نفس الوثيقة أهداف علاجات الرعاية التلطيفية المتمثلة في: "التخفيف من ألم المريض والتقليل من معاناته النفسية ومنحه المرافقة الضرورية"[1]. وقبلها كانت التعليمة الصادرة عن وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات المتعلقة بالتكفل بالمرضى المصابين بمتلازمة العوز المناعي المكتسب SIDA، قد تطرقت إلى الموضوع وعرفت العلاج التلطيفي بأنه: " العلاج الموجه للأشخاص الميئوس من شفائهم أو الذين يوجدون في الغالب في المرحلة النهائية من المرض، بغرض التخفيف من حدة الآلام التي يعانون منها والأعراض المرضية القاهرة الأخرى "[2].

ومن جهتها، عرفت منظمة الصحة العالمية الطب التلطيفي بأنه: " مجموعة الجهود الطبية المقدمة من فريق متعدد الخبرات للمرضى الذين يواجهون أمراضاً مزمنة، بهدف تحسين نوعية الحياة ورفع المعاناة عنهم وعن عائلاتهم، مع الأخذ بعين الاعتبار الحاجات البدنية والنفسية والاجتماعية والروحانية "[3]. وتهدف الرعاية التلطيفية أيضا إلى التأكيد على أن الحياة والموت عملية طبيعية، كما تهدف إلى تخفيف ألم المرض وأعراضه المؤلمة الأخرى ومساعدة المرضى على ممارسة الحياة بشكل

---

[1] وأضافت المادة 194 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "يتم ضمان الرعاية التلطيفية على مستوى هياكل ومؤسسات الصحة وبالمنزل وفي المؤسسات ذات الطابع الصحي الاجتماعي التابعة للقطاعات الأخرى، لاسيما تلك التابعة للقطاع المكلف بالتضامن الوطني وفق الشروط والكيفيات التي يحددها الوزير المكلف بالصحة".

[2] « Soins palliatifs qui sont des traitements destinés à atténuer la douleur et d'autres symptômes pénibles chez les personnes incurables et souvent en phase terminale.
Ces soins palliatifs, à leur intention, impliquant ;
- Traitement médical de tous symptômes - Soins infirmiers - Accès à l'hospitalisation et aux explorations fonctionnelles - Soutien psychosocial - Soutien aux familles. » ; Instruction du Ministère de la Santé, de la Population et de la Réforme Hospitalière, n° 01 du 02 mai 2006 relative a la prise en charge des malades vivant avec le VIH/SIDA. Recueil de Textes Réglementaires relatifs à la Gestion des Etablissements de Santé, Textes réunis et classés par : OULD-KADA Med, Décembre 2010, p. 91. Publié sur le site, www.ands.dz.

[3] Selon l'Organisation mondiale de la santé (définition rédigée en 2002), «les soins palliatifs cherchent à améliorer la qualité de vie des patients et de leur famille, face aux conséquences d'une maladie potentiellement mortelle, par la prévention et le soulagement de la souffrance (…) ainsi que le traitement de la douleur et des autres problèmes physiques, psychologiques et spirituels qui lui sont liés. Ils (…) soutiennent la vie et considèrent la mort comme un processus normal, n'entendent ni accélérer ni repousser la mort, intègrent les aspects psychologiques et spirituels des soins aux patients, proposent un système de soutien pour aider les patients à vivre aussi activement que possible jusqu'à la mort, offrent un système de soutien qui aide la famille à tenir pendant la maladie du patient et leur propre deuil, utilisent une approche d'équipe pour répondre aux besoins des patients et de leurs familles en y incluant si nécessaire une assistance au deuil, peuvent améliorer la qualité de vie et influencer peut-être aussi de manière positive l'évolution de la maladie (…).
De son côté, le législateur français a défini les soins palliatifs dans l'article L. 1110-10 du Code de la santé publique comme étant: « Les soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage ».

طبيعي حتى الموت، ودعم عائلة المريض في كيفية التعامل مع المرض والتخفيف من مصابهم[1]. وقد طرحت الرعاية الصحية للمريض في المراحل الأخيرة، عدة شواغل أخلاقية أهمها، إشكالية الإنعاش الصناعي للمريض، والتسكين الملطف للمريض.

المطلب الأول
الإنعاش الصناعي للمريض

يقصد بالإنعاش الصناعي: "العناية الطبية المركزة باستخدام أجهزة صناعية، ومعالجة دوائية تحت مراقبة فائقة، يقدمها فريق طبي متخصص لمعالجة مرضى الحالات الحرجة التي تتوقف فيها وظائف أحد أعضاءه الحيوية إلى أن تعود هذه الأعضاء إلى وظائفها الطبيعية وبصورة تلقائية. وتتم هذه العناية في وحدات خاصة تسمى بوحدات العناية المركزة"[2]. وكثيرا ما تستعمل أجهزة الإنعاش الصناعي في علاج الإصابات الناتجة عن الحوادث والارتجاجات الدماغية أو الأمراض الخطيرة أو التدخلات الجراحية المعقدة[3].

لكن استخدام الإنعاش الصناعي قد أضاف متغيرات معقدة فيما يخص معادلة الموت والحياة ومرحلة الحياة المعلقة بينهما، فقد ساعدت هذه الأجهزة الكثير من الناس ممن توقفت بعض وظائفهم الجسدية كدقات القلب والتنفس وعمل الكليتين، وتمكنوا من تخطي هذه المراحل الحرجة، كما عاش عليها البعض من الذين شخصت حالاتهم على أنها وفاة دماغية فترة طويلة وصلت إلى سنوات عديدة قبل أن

---

[1] يتسم مكان الموت في حياة الإنسان بالغموض، وفي الرعاية الصحة التي تلجأ إلى التلطيف، يفهم الموت على أنه جزء من الحياة، وأن يسعى الفريق الطبي بأن ألا يتعرض المريض إلى الألم ولا الخوف ولا المعاناة ولا الوحدة خلال ظروف حياته المختلفة، حتى في المراحل الأخيرة من مرضه، ولن يتخلى عنه الفريق مهما اشتدت ظروف مرضه. اليونسكو، قسم أخلاقيات العلوم والتكنولوجيا، المرجع السابق، ص 39.

[2] إبراهيم صادق الجندي، الموت الدماغي، أكادمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، الطبعة الأولى، 2001، ص 67.

[3] ومن أمثلة أجهزة الإنعاش الصناعي التي توجد في وحدات العناية المركزة، جهاز الرئة الاصطناعي الذي يعد عمل الرئة في حالة الفشل التنفسي، وجهاز الكلية الاصطناعي الذي يعوض عمل الكلية في حالة الفشل الكلوي، وجهاز منظم ضربات القلب، وجهاز مزيل رجفان القلب، ووسائل التغذية الصناعية، بالإضافة إلى معمل طبي لسرعة قياس غازات الدم وإجراء بعض التحاليل الكيماوية، وغيرها من الأجهزة الطبية الأخرى. علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة و ما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 80.

ينقضي أجلهم أو يعود إليهم الوعي[1]. غير أن استعمال هذه الوسائل الصناعية قد أثار بعض المشاكل القانونية والأخلاقية، من حيث أنه أدى إلى ظهور طائفة ثالثة من الأشخاص الذين لا هم من الأحياء ولا بالأموات، والمقصود بذلك المرضى الفاقدون للشعور أو الذين هم في غيبوبة أو في حالة حياة نباتية، كما أثيرت مسألة إمكانية رفض المريض العلاج لاجتناب الإصرار الطبي في إطالة مدة احتضاره، وكذا الجدوى من استخدام أجهزة الإنعاش في بعض الحالات الباثولوجية الأخرى. وهي المسائل التي يتم مناقشتها فيما يلي:

الفرع الأول
إنعاش المريض في حالة حياة نباتية

عندما تتلف الخلايا العصبية في قشرة المخ، سواء كان ذلك نتيجة نقص الأكسجين المؤقت لفترة محددة، أو بسبب إصابة أو تسمم، وتتوقف المراكز العليا للنشاط الدماغي المسئولة عن الوعي والإدراك والحركة الاختيارية، يدخل المريض في غيبوبة عميقة أو فيما يسمى بالحياة النباتية Etat végétatif[2]. لكن إذا استمرت حالة الحياة النباتية لفترة طويلة، فإن التساؤل الذي يثار حول مدى التزام الطبيب أخلاقيات وقانونيا وشرعيا بالإبقاء أجهزة الإنعاش، أم يمكن نزعها من جسم المريض؟ لكن قبل الإجابة عن تلك الإشكالية، يتعين أولا معرفة مسألة لا تقل أهمية ويتعلق الأمر بالوضعية القانونية للمريض في حالة حياة نباتية.

أولا: الوضع القانوني للمريض في حالة حياة نباتية.

تظهر أهمية معرفة المركز القانوني للمريض في حالة حياة نباتية، لتحديد الأحكام القانونية والشرعية المطبقة على هذه الحالات، وهذا ما يقودنا إلى بإشكالية الموت، حيث يجب التفرقة بين

---

[1] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 528.

[2] يكون الشخص في حالة حياة نباتية عندما تصاب قشرة المخ إصابات بالغة دائمة، بينما تبقى مناطق جذع الدماغ سليمة، فإن هذا الشخص يفقد قدراته على الإدراك فقدانا كاملا، وقد يصحب ذلك أنواعا من الشلل، ولكن قدرته على التنفس والأمور الحياتية الأساسية تبقى بصورة أو بأخر سليمة، رغم حاجته إلى جهاز المنفسة. محمد علي البار، التداوي قرب نهاية الحياة والإنعاش القلبي الرئوي، ورقة بحث مقدمة للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية والعشرون، مكة المكرمة، ص 34.

الشخص الموجود في حالة حياة نباتية والمتوفى[1]. وعليه سوف يتم التطرق إلى المعايير العلمية لتحديد لحظة الوفاة، وموقف التشريع والقضاء منها، ثم إلى الحياة النباتية والشخصية القانونية.

1- المعايير العلمية لتحديد لحظة الوفاة.

لقد اكتشف الأطباء بأن الموت لا يأتي مرة واحدة، كما يميز الأطباء بين حالات مختلفة للموت، منها حالة الموت الوظيفي أو السريري التي تتوقف فيه وظائف الجسم الحيوية، مثل خفقان القلب والتنفس وجريان الدم وغياب الوعي لكن المريض يستطيع أن يأمل للعودة إلى الحياة. وبين حالة الغيبوبة الطويلة التي يمكن أن تدوم لعدة أسابيع أو أشهر، حيث لا يعطي فيها المريض أي دلالات على الوعي ويحرم من الحركة والشعور وردت الفعل، وأخيرا حالة الموت النسيجي الذي تفقد فيه خلايا المخ حيويتها دون رجعة[2]. وفي الحقيقة يوجد معيارين يلتجئ إليهما الأطباء لتحديد لحظة الوفاة، المعيار الأول تقليدي أما المعيار الثاني حديث.

ويعد الإنسان ميتا وفقا للمعيار التقليدي متى توقف عن التنفس وتوقف قلبه عن النبض والدورة الدموية توقفا لا رجعة فيه، حيث يترتب على ذلك حرمان المخ وسائر أعضاء الجسم من وصول الدم إليها[3]. ويميز هذا المعيار بين عدّة مراحل للموت أولها الموت الإكلينيكي، وفيها يتوقف القلب والرئتين عن أداء وظائفهما. أما المرحلة الثانية، فهي التي تموت فيها خلايا المخ بعد بعض دقائق من توقف تدفق الدم المحمل بالأكسجين إليه. وبعد حدوث هاتين المرحتين تظل خلايا الجسم حية لمدّة تختلف من عضو إلى آخر، وعلى سبيل المثال فإن خلايا الجهاز العصبي هي أسرع أنواع الخلايا في التلف، ثم تليها خلايا القرنية، أما خلايا الكلى فإنها تبقى عدة ساعات بعد الوفاة، وتعتبر خلايا الكبد هي أطول الخلايا عمرا. وبعد موت تلك الخلايا يحدث ما يسمى بالموت الخلوي وهو ما يمثل المرحلة الثالثة والأخيرة للموت[4].

---

[1] يرى الأطباء أن ظاهرة الموت هي مسألة طبية محضة ولا يمكن الاعتماد على المبادئ الدينية والفلسفية في وضع تعريف لها. أما بالنسبة إلى رجال القانون، فإنهم يرون أن الموت ليس بظاهرة بيولوجية فحسب، وإنما هي واقعة قانونية تترتب عليها مجموعة من الآثار بالنسبة إلى الشخص المتوفى والغير، أهمها نهاية الشخصية القانونية، و دعوا المشرع إلى التدخل من أجل وضع تعريف للموت، خاصة بعد ظهور تقنية نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى التي تعتمد بالدرجة الأولى على المحافظة على الخصائص البيولوجية للأعضاء بواسطة وسائل الإنعاش الصناعي، و ذهبوا للقول أيضا إلى أن غياب الضابط القانوني الذي يحدد لحظة الوفاة، من شأنه أن يؤدي إلى استفحال ظاهرة الاقتطاع المبكر من أشخاص لا يزالون على قيد الحياة، مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 514.

[2] أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 200.

[3] علي محمد على أحمد، المرجع السابق، ص 49 وما يليها.

[4] علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 50.

أما بالنسبة للمعيار الحديث أو ما يعرف بمعيار الموت الدماغي، فيعتبر الإنسان ميتا إذا ماتت خلايا المخ لديه حتى ولو بقي قلبه أو غيره من الأعضاء الحيوية الأخرى حية، وذلك على أساس أنه بموت خلايا المخ بما في ذلك خلايا جذع المخ بصورة كلية ونهائية، يدخل الإنسان في غيبوبة متجاوزة Coma dépassé يستحيل معها عودة الحياة إليه[1]، بالرغم من إمكانية الإبقاء على القلب وسائر الأعضاء محتفظة بوظائفها الحيوية والتشريحية بوسائل الإنعاش الصناعي[2].

2- موقف التشريع من تحديد لحظة الوفاة.

يتعين الإشارة أولا بأنه لا يوجد في الوقت الحاضر أي نص قانوني يضع تعريفا للموت، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى الخشية من الإفرازات العلمية المستقبلية التي ستعدل لا محال المبادئ التي يضعها القانون لتعريف الموت التي لا تحقق الاستقرار النسبي للقاعدة القانونية. غير أنه يوجد شبه إجماع بين العلماء وفقهاء القانون اليوم، حول موضوع معاينة وتشخيص حالة الوفاة التي تدخل ضمن صلاحيات الطبيب، وأن الطبيب يعتمد في إعلان حالة الوفاة على المعايير العلمية المحددة[3]. لهذا السبب

---

[1] الجدير بالذكر أن التصور الأصلي لمفهوم الموت الدماغي لم يبدأ إلا في عام 1959، عندما قام طبيبان فرنسيان أخصائيان في الأمراض العصبية بنشر بحث في الدوريات الطبية الفرنسية الخاصة بالأمراض العصبية. فبعد أربعة سنوات من البحث والدراسة وصف هذان الطبيبان مجموعة من المرضى كانوا يعانون من غيبوبة عميقة جدا نتيجة ضرر بالدماغ لا سبيل إلى معالجته. وكانت السمة المشتركة بين هؤلاء المرضى هي تلف ثانوي بجذع المخ نتيجة ارتفاع مفاجئ في ضغط الدم، مع غياب كلي للأفعال المنعكسة الصادرة عن جذع المخ، وفقد القدرة على التنفس التلقائي، وغياب منعكسات الأربطة في الأطراف، وتوقف وظيفة الحبل الشوكي، وفقد المقدرة على الاستجابة لأي شيء في الوسط الخارجي المحيط بهم، وأيضا فقد المقدرة على التحكم في درجة حرارة الجسم. وقد أطلق على هذه الغيبوبة أو حالة ما بعد الغيبوبة وأوصى الطبيبان بأن تضاف حالة ما بعد الغيبوبة هذه إلى مناقشات الغيبوبة التقليدية كفصل جديد. ثم أدخل على هذا المعيار عدة تعديلات من طرف علماء جامعة هارفارد.

[2] ويفرق الأطباء بين حالتين من الموت الدماغي، ويتعلق الأمر بموت الدماغ الكامل، ومعيار موت جذع المخ، ففي البداية توصل علماء الأعصاب الفرنسيين أن توقف جميع وظائف الدماغ، يؤدي حتما إلى دخول المريض في غيبوبة يتوقف معها التنفس ومن ثم القلب. لكن الأبحاث التي قام بها علماء جامعية هارفارد فيما بعد، خلصت أنه في بعض حالات الموت الدماغي الذي يتم تشخيصه إكلينيكيا، أمكن تسجيل ما يدل على النشاط الكهربائي للدماغ لساعات قليلة من التراتيب العميقة، بالرغم من أن الرسم المسجل من فروة الرأس يكون ساكنا أي مسطحا، كما أن موت جذع المخ الذي لا يشمل بالضرورة موت القشرة المخية، وإنما يشير إلى موت تلك الأجزاء بجذع المخ المعروفة بالمراكز العصبية الحيوية المسئولة عن استمرار التنفس وضغط الدم ودوران الدم. وأما موت القشرة المخية، فيمكن لصاحبها أن يدخل في غيبوبة Coma prolongé يمكن معالجتها طبيا بعد تشخيص أسبابها، حيث أنه لا يشمل موت المراكز الحيوية بجذع المخ، وإنما يحدث نتيجة التوقف النهائي لوظائف المراكز العصبية العليا المسئولة عن الحس والإدراك. ومن ثم فإن موت المخ هذا لا خلاف في أنه ليس موتا. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 228.

[3] وفي هذا يذهب الأستاذ PY Bruno إلى القول بأن الطبيب أصبح اليوم المختص وحده في الفصل في مسألة الموت، عن طريق عملية المعاينة والتشخيص التي يجريها على الجسم، فيقرر ما إذا كان هذا الأخير قد توفي أم لا يزال على قيد الحياة، ثم يحرر شهادة الوفاة التي بموجبها يتم تسليم رخصة الدفن ومن ثمة قيد وفاة الشخص في سجل الحالة المدنية، فضلا عن إمكانية اقتطاع الأعضاء من جثته. وأضاف يقول:

توجه التفكير أكثر صوب وضع معايير علمية لتحديد لحظة الوفاة يتم تجسيدها عن طريق التنظيم دون الدخول في التعريفات القانونية[1].

وقد أخذت جل القوانين الطبية الحديثة بمعيار الموت الدماغي، بما فيها التشريع الجزائري، وهذا يستشف من خلال المادة 164 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها، المتعلقة بإجراء علميات انتزاع الأعضاء من الجثة، التي أشارت إلى ضرورة الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المختصة قبل إجراء عملية الاقتطاع، وفقا لمعايير الوفاة التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية[2]. وهو ما أكدت عليه أيضا المادة 378 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة[3]، ويتبين من خلال المادتين بأن المشرع أحال هذه المسألة على الوزير المكلف بالصحة لتحديد المعايير التي يمكن اعتمادها في إثبات الوفاة. وبالرجوع إلى القرارات التي أصدرها وزير الصحة في هذا الشأن، يتبين أنه يوجد قرارين وزاريين يحددان المعايير العلمية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة، الأول صادر بتاريخ 1989/03/26، أما القرار الثاني صادر بتاريخ 2002/11/19، الذي شدد على ضرورة التأكد من موت خلايا الدماغ باستخدام رسم المخ الكهربائي، وغياب النشاط العفوي الدماغي[4].

هذا وكان المشرع الفرنسي قد اعتمد في البداية على المعيار التقليدي، عندما أصدر المرسوم المؤرخ في 1941/12/31، ويستخلص من النص أنه اعتد في إثبات حالة الوفاة على توقف الدورة

« … Le médecin est devenu l'incontournable expert qui est chargé par la société de donner un avis technique sur l'état du corps. Il a le pouvoir de déclarer que telle personne est décédée, mais ce certificat n'a fait que remplacer l'incertitude de la réglementation précédente qui ne donnait aucun guide à l'officier d'état civil, alors même qu'il lui était impossible matériellement de constater personnellement le décès… ». PY Bruno, *recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*، Thèse Droit Nancy, 1993, p. 320.

[1] أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 204.

[2] جاء في المادة 164 من قانون الصحة العمومية بأنه:" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية ".

[3] تنص المادة 378 فقرة 1 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة...".

[4] وبحسب المادة الثانية من القرار المؤرخ في 2002/11/19 تثبت الوفاة بـ:

- الإنعدام التام للوعي،
- غياب النشاط العفوي الدماغي،
- التأكد من الإنعدام التام للتهوية العفوية عن طريق إختبار Hypercapnie،
- التأكد من موت خلايا المخ بإستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ومن إنجاز طبيبين مختلفين. قرارين أشار إليهما، مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 533.

الدموية. لكن بعد ظهور الاكتشافات العلمية الحديثة، صدر المنشور المؤرخ في 1968/04/24 الذي أخذ صراحة بمعيار موت الدماغ أو الغيبوبة المتجاوزة، أين نص على وجوب تطابق الفحص الإكلينيكي مع المخطط الكهربائي للمخ. وبتاريخ 1988/11/07 أصدرت اللجنة الوطنية الاستشارية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة رأيها تحت رقم 22، صرحت فيه بأنه يعتبر الفرد ميتا بموت دماغه. ثم تبعها صدور المرسوم رقم 96 – 1041 بتاريخ 1996/12/02 المتعلق بمعاينة حالة الوفاة قبل إجراء عمليات اقتطاع الأعضاء والأنسجة والخلايا لأغراض علاجية أو علمية، الذي اعتمد بنفس المعيار[1]. وفي الأخير، نصت المادة L. 1121-14 من قانون الصحة العمومية المعدلة بموجب القانون رقم 2004 – 806 المؤرخ في 2004/08/09، على ضرورة معاينة حالة الوفاة الدماغية قبل إجراء أية تجربة علمية على الكائن البشري[2].

أما فيما يخص الفقه الإسلامي، فقد صدرت فتاوى شرعية متتالية تسمح بنزع الأجهزة وإيقافها متى تم تشخيص موت الدماغ، ومن ذلك قرار مجلس المجمع الفقهي الدولي في الدورة الثالثة المنعقدة بعمان في 1986/10/16، والتي اعتبرت موت الدماغ موتا[3]. وقرار المجمع الفقهي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة في 08 و14 و1987/10/21 وفيه جواز رفع أجهزة الإنعاش إذا ثبت موت الدماغ ثبوتا قطعيا[4].

---

[1] Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996 *relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique*, JORF n°282 du 4 décembre 1996, p. 17615.
Dans un avis donné sur l'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de mort cérébrale, rendu le 7 novembre 1988, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé confirme cette approche : « La mort cérébrale est la mort de l'individu ». Un décret du 31 décembre 1941 avait retenu le critère de l'arrêt de la circulation sanguine ; une circulaire du 24 avril 1968 a substitué à ce critère celui de la mort cérébrale ou du coma dépassé. Plus de détails, V. LACUB Marcela, La construction de la mort en droit français, Enquête [En ligne], 7 | 1999, mis en ligne le 15 juillet 2013, consulté le 05 février 2016. URL : http://enquete.revues.org/1564.

[2] Art. L. 1121-14 du Code de la santé publique *(L. n° 2004-806 du 9 août 2004, art. 88-XIV) «* Aucune recherche *(Abrogé par L. n° 2012-300 du 5 mars 2012, art. 1er-III-4°) «biomédicale»* ne peut être effectuée sur une personne décédée, en état de mort cérébrale, sans son consentement exprimé de son vivant ou par le témoignage de sa famille ».

[3] قرار مجلس المجمع الفقهي الدولي المنبثق عن الدورة الثالثة المنعقدة بعمان بتاريخ 1986/10/16، تحت رقم 05 د 86/7/3.

[4] وافقت عليها أيضا توصيات ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها، المنعقدة في الكويت في يوم 24/ 1985/01، والتي توصلت بأنه: "تسري على الميت الدماغي بعض أحكام الموت، قياسا على ما ورد في الفقه من أحكام، كتلك الخاصة بالمصاب الذي وصل إلى حركة المذبوح". توصية أشار إليها، العربي بلحاج، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد 42، السنة 11، ص 8–160.

3- موقف القضاء من تحديد لحظة الوفاة.

لقد أخذ القضاء الفرنسي في البداية بالمعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة، وعلى سبيل المثال، قضت محكمة السين في حكم قديم صادر عنها بتاريخ 1889/08/28 بأنه من أجل تطبيق الأحكام القانونية المتعلق بفتح التركة، يعتبر الشخص متوفى في اللحظة التي تتوقف فيها نبضات القلب وتتعطل فيها جميع الوظائف الحيوية التي تربط بنيته الجسدية، وتكون وظائف الأعضاء الحيوية مشلولة كليتا[1].

وبعد ظهور المعايير الطبية الجديدة والتوجهات القانونية المرتبطة بزرع الأعضاء والتجارب الطبية على الجثة، بدأ القضاء الفرنسي يأخذ بمعيار موت الدماغ، وكمثال على ذلك، عرضت على محكمة استئناف Douai قضية شخص توفيت طليقته نتيجة حريق مهول شب بالمنزل التي كانت تقيم فيه رفقة ابنيهما، ليتم إسعافهما من طرف فرقة الإنقاذ التابعة للمستشفى، أين خضع ابنه لعملية الإنعاش الصناعي على خلاف طليقته التي قرر الأطباء أنها كانت ميتة أثناء إخراجها من المنزل نتيجة الاختناق. وقد نازع المدعي في توقيت الوفاة، محاولا إثبات بأن طليقته ماتت قبل الولد الذي يرثها، ما يفتح له المجال للطالبة بنصيبه من التركة التي خلفتها. وقد اعتبرت المحكمة بأن موت الابن كان فعلا قبل وفاة والدته، بحجة أن الولد كان قد خضع لعملية الإنعاش الصناعي، وأن تحديد لحظة الوفاة تكون في هذه الأحوال من لحظة إيقاف علمية الإنعاش، أي بعد دقيقتين من وفاة أمه[2].

لكن محكمة النقض الفرنسية ظل موقفها متذبذبا في حالات تطبيق معيار الموت الدماغي في غير حالات عمليات نقل وزراع الأعضاء والتجارب الطبية، وحاولت التنبيه للفرق بين معاينة حالة الموت الدماغي عن طريق الرسم الكهربائي ولحظة الوفاة الفعلية، الذي يخضع حسبها للسلطة التقديرية للقضاء. وقد أكدت ذلك في قضية مشابهة للقضية السابقة إثر تعرض شخص وابنه لحادث مرور، ليتم نقلهما على جناح السرعة إلى المستشفى، وخضعا لعملية إنعاش صناعي، وفي اليوم الموالي توقفت نبضات قلب الأب، لكن الطبيب المعالج لم يأمر برفع جهاز التنفس الصناعي، وبعد ساعات قليلة توفي ابنه الذي كان يخضع بدوره لعملية التنفس الصناعي، ليتم تشخيص تلف دماغ الطفل غير قابل للشفاء الذي يتعارض مع قابليته للحياة بواسطة جهاز رسم المخ الكهربائي الذي أجري بعد 03 ساعات فقط،

[1] « Une personne doit être considérée comme morte du point de vue de l'ouverture de la succession, à l'instant où les battements du cœur ont cessé, où le lien vital qui relie toutes les parties de l'organisme a été rompu et où le fonctionnement simultané des différents organes nécessaires à la vie a été définitivement paralysé. » Tribunal de la Seine, 28 août 1889, *DP, 1892, 2,533*.

[2] CA. Douai, 16 janv. 1995, *JCP, 1996, II, n° 22717, note Y. Buffelan-Lanore.*

بعدها قرر الأطباء رفع الأجهزة وإعلان حالة الوفاة. غير أن ورثة الطفل تمسكنوا بعناصر طبية أخرى لتبرير بأن توقيت موت الأب كان قبل وفاة الطفل الذي يرثه في هذه الحالة، كما استندوا إلى عدم احترام الأطباء بعض الشروط المنصوص عليها في المنشور المؤرخ في 1968/04/24 لتقرير حالة الوفاة. لكن محكمة النقض رفضت الطعن واعتبرت بأن قضاة الموضوع لهم السلطة في تقدير ظروف الوفاة، وأن الشروط الواردة في المنشور التي استند عليها الطاعنون، لا تخص سوى عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية[1].

وأوضحت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر مؤرخ في 1997/01/07، بأن البيانات الواردة في شهادة الوفاة لا تعد سوى قرينة قابلة لإثبات العكس، وأن قضاة محكمة الاستئناف لهم السلطة التقديرية الكاملة للقول ما إذا كانت الوفاة قد حدثت أثناء فترة سريان عقد التأمين على الحياة أم لا، وأن قضاة الموضوع طبقوا صحيح القانون، عندما استبعدوا تقرير الأطباء الذين عاينوا المؤمن له بالمستشفى بتاريخ 1987/04/13 وأشاروا بأن هذا الأخير كان فعلا في حالة غيبوبة، غير أن التقرير الطبي لا يشكل دليلا كافيا لإثبات تلف الدماغ غير القابل للشفاء والذي يتعارض مع قابلة المريض للحياة، وأن إثبات حالة الغيبوبة المتجاوزة عن طريق الرسم الكهربائي للمخ لم يتم إجراءه إلا في اليوم الموالي الموافق لـ 1987/04/14 أي بعد انقضاء عقد التأمين أين ظهر رسم المخ مسطحا[2].

4- الحياة النباتية والشخصية القانونية.

من المعروف أن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي تنتهي بالموت الفعلي، وهذا ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني الجزائري. وتثبت الوفاة في السجلات المعدة لذلك وفق قانون الحالة المدنية. ويستنتج من ذلك أن الموت الدماغي ليس موتا للإنسان، ما دام ثبت وجود إشارات

---

[1] « …Conformément aux dispositions de l'art. 21 du Décr. n° 78-501 du 31 mars 1978, pris pour l'application de la L. n° 76-1181 du 22 déc. 1976 relative aux prélèvements d'organes, alors en vigueur, les modalités selon lesquelles la mort doit être constatée par les médecins, reconnues valables par le ministre chargé de la santé, ne s'imposent qu'au cas où un prélèvement d'organe est envisagé ». Civ. 1re, 19 oct. 1999, n° 97-19.845, *Bull. Civ., I, n° 283; D. 2000. 310, note Chartier*.

[2] « l'acte de décès ne constitue qu'une présomption qui peut être détruite par des éléments probants, a, par une appréciation souveraine des circonstances du décès de M. X..., estimé que la preuve n'était pas rapportée de ce qu'il était mort avant le moment de la résiliation du contrat d'assurance; qu'ensuite, ayant relevé que les appréciations de l'expert quant à l'existence d'un électro-encéphalogramme plat dès le 13 avril ne trouvaient de confirmation que dans l'examen pratiqué le lendemain, et que les constatations médicales faites ce même jour du 13 avril n'apportaient pas de preuves suffisantes du caractère irrémédiable des lésions cérébrales incompatibles avec la vie, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision; qu'il s'ensuit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches. » Civ. 1re, 7 janv. 1997: *JCP 1997. II. 22830, note Beignier; RTD civ. 1997. 393, obs. Hauser.*

كهربائية بجذع المخ، وإنما يمكن اعتبار المريض في مرحلة الاحتضار، والمحتضر ليس ميتا من الناحية الشرعية ولا تنطبق عليه أحكام الموت. لهذا رفض الفقه بفرنسا وصف حالة الحياة النباتية للأشخاص الخاضعين للإنعاش الصناعي بالموتى، ورفض معاملتهم معاملة الأموات حتى في حالة اللاشعور[1].

ويمكن هنا القول بأن الشخص في حالة حياة نباتية يأخذ حكم المريض المعاق، استنادا على التعريف الذي ورد في المادة 02 من القانون 02 – 09 المؤرخ في 2002/05/08 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، التي ورد فيها بأنه: "يقصد بالأشخاص المعاقين: كل شخص مهما كان سنة وجنسه يعاني من إعاقة أو أكثر، وراثية أو خلقية أو مكتسبة، تحد من قدراته عن ممارسة نشاط أو عدة نشاطات أولية في حياته اليومية الشخصية والاجتماعية، نتيجة لإصابة وظائفه الذهنية أو الحركية أو العضوية – الحسية"[2]. وقد حددت المادة 08 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 14 – 204 المؤرخ في 2014/07/15 نوعية الإعاقة حسب طبيعتها ودرجتها، وأشارت بأن درجة الإعاقة تحدد بدرجة الضرر الناجم عن العجز المرتبط بإصابة أو بعدة إصابات، تسبب قصورا في القيام بأعمال الحياة اليومية بالتفاعل مع المحيط[3].

هذا وقد أكد القضاء الفرنسي على استمرار الشخصية القانونية للمريض في حالة حياة نباتية واحترام اعتباره وكرامته، وهكذا قضت محكمة استئناف Bordeaux بتاريخ 1991/04/18، بأن الضحية المتواجد في حالة حياة نباتية نتيجة تعرضه لاعتداء خطير أثر على وعيه، يعد في نظر القانون صاحب حق حتى في حال انعدام الوعي، فالشخص المجرد من الوعي يحتفظ إذن بكرامته الإنسانية[4]. وأوضحت الغرفة المدنية لمحكمة النقض بعد تردد، أن الحياة النباتية التي يعيشها الضحية حتى لو كانت مستمرة، لا تحول دون استفادة هذا الأخير من التعويضات التي تشمل جميع العناصر بما في ذلك الضرر المعنوي والجمالي[5]. وأشارت محكمة النقض في قرار آخر، بأنه من حق ضحية حادث العمل المتواجد في حالة نباتية مستمرة، الحصول على التعويض الذي يمنحه صندوق الضمان الاجتماعي عن ضرر التألم الناتج معاناته الجسدية والنفسية pretium doloris، حتى في ظل انعدام آمال من تحسن

---

[1] RAVILLON Laurence, *Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique*, RDSS, 1999, p. 191.

[2] قانون رقم 02 – 09 مؤرخ في 2002/05/08، يتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، (ج.ر 34).

[3] مرسوم تنفيذي رقم 14 – 204 مؤرخ في 2014/07/15، يحدد الإعاقة حسب طبيعتها ودرجتها، (ج.ر 45) .

[4] La victime d'atteintes gravissimes et maximales à la conscience demeure sujet de droit. Bordeaux, 18 avr. 1991, *D. 1992, 14, note Gromb.*

[5] L'état végétatif chronique de la victime d'un accident n'excluant aucun chef d'indemnisation, son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments. Cass. 2ème civ, 22 févr. 1995, *Bull. civ. II, n° 61, D. 1996, 69, note Chartier; JCP 1996, II, 22570, note Dagorne-Labbe; Gaz. Pal. 1996, 1, 147, note Evadé*. V. également, Cass. 2ème civ. 28 juin 1995, *Mme Bourdillon c/ Da Cunha* : *Bull. civ. II, n° 224*.

حالته الصحية مستقبلا[1]. لكن مجلس الدولة الفرنسي ذهب في اجتهاده إلى أن لقضاة الموضوع السلطة التقديرية إلزام المستشفى بمنح التعويض عن ضرر التألم للمريض في حالة غيبوبة نباتية[2]، رغم أن القضاة أخذوا بعين لاعتبار حالة لاشعور الضحية في رفضهم لطلب التعويض بأية آلام جسمانية[3].

ثانيا: التزام الطبيب بإنعاش المريض في حالة حياة نباتية.

لقد تم التوصل إلى أن المريض في حالة حياة نباتية يحتفظ بشخصيته القانونية، لكن العديد من الأسئلة ظلت تطرح حول إمكانية التخلي عن الأجهزة الاصطناعية في حال استمرت حالة الغيبوبة لفترة طويلة دون آمال جدية في الشفاء، والسؤال المطروح هو: هل يجوز من الناحية الطبية والشرعية والقانونية فصل أجهزة الإنعاش الصناعي عن هذا المريض، طالما أنه لا يستطيع الاستمرار في العيش ولو جسديا بوجودها؟ وفي حقيقة الأمر، فإن الآراء انقسمت حول هذا الموضوع، فالبعض أكد على ضرورة الاستمرار في الإنعاش الصناعي حتى تتوقف جميع الوظائف الحيوية وتظهر العلامات الأكيدة للوفاة. في حين أيد البعض الآخر فصل الأجهزة عن جسم المريض رأوا بأن استمرارها يعد تعذيبا للمريض وإطالة لفترة احتضاره لا طالة من ورائها.

---

[1] Civ. 2ème, 7 nov. 1990, *JCP 1991, IV, 6*. Pour une autre décision allant dans le sens d'une objectivation de la réparation du pretium doloris, Civ. 2ème, 10 déc. 1986, *Bull. civ, II, n° 188, p. 126.*

[2] لقد أثارت النقطة المتعلقة باستفادة الشخص الموجود في حالة حياة نباتية جدلا قانونيا وإخلافا في الاجتهاد القضائي، ذلك إن الإحساس بالألم وإدراكه لا في المناطق المخية العليا، أما التفاعل لوخز إبرة مثلا فيتم عبر القوس الانعكاسي البسيط، حيث ينتقل الإحساس بالألم عبر العصب إلى النخاع الشوكي، ومنه يصدر الأمر بسحب اليد أو الإصبع من مصدر الألم دون أين يتم الإدراك في المناطق المخية العليا. ولهذا فإن الحالات النباتية المستمرة تتفاعل مع وخز الإبرة مثلا بسحب اليد أو الإصبع التي تم وخزها، ولكن هذه الحالات لا تدرك الألم. ولا تدرك فداحة ما هي فيه فلا تشعر بصورة واضحة بالألم ولا الحزن ولا الكآبة ولا القلق وبالتالي تتقبل ما أصابها بهدوء عجيب، والسبب يرجع إلى فقدان الإدراك ومعرفة الألم والإحساس به في المناطق المخية العليا. لمزيد من التفاصيل، أنظر، محمد علي البار، التداوي قرب نهاية الحياة والإنعاش القلبي الرئوي، المرجع السابق، ص 43.

بخصوص الجدل الدائر حول إمكانية استفادة المريض في حالة حياة نباتية من التعويض عن ضرر التألم، أنظر،

CHARTIER Yves, *Etat végétatif et réparation du préjudice*, D, 1996, p. 69.

[3] En estimant que, compte tenu de l'état de coma végétatif dans lequel elle se trouve, irréversible en l'état des connaissances scientifiques actuelles, la victime d'un accident opératoire « n'a ressenti et ne ressentira aucune douleur » et que « les troubles dans ses conditions d'existence se limitent à la perte de son intégrité physique », sans qu'il y ait lieu de distinguer un préjudice d'agrément spécifique, une cour administrative d'appel se livre à une appréciation souveraine des faits de l'espèce qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation. CE 23 avril 1997, Cts Alix c/ Centre hospitalier de Rennes, *D. 1997, IR p. 136 ; RFDA 1997, p. 674.*

OLSON Terry, *L'indemnisation d'un patient en état végétatif*, AJDA, 2005, p.336.

1- الموقف المؤيد لاستمرار إنعاش المريض في حالة حياة نباتية.

ارتكز هذا الموقف بالأساس على حق الإنسان في الحياة الذي يفرض التزاما أخلاقيا للطبيب؛ أن يحافظ عليها فالشخص الذي دخل في غيبوبة عميقة لمدة غير محددة قد تمتد لسنوات طويلة، فمثل هذا النوع من الموت الدماغي لا يمكن اعتباره موتا حقيقيا بالمقاييس الطبية الحديثة والقانونية والأخلاقية. إذ أنه من الثابت طبيا أن حالات موت القشرة المخية يكون أصحابها أحياء تظهر عليهم مظاهر الحياة المختلفة، مثل التنفس وإفرازات الجسم والحرارة الطبيعية، كما أن شعرهم وأظافرهم تستمر في النمو، وأن الحمل يستمر طبيعيا طوال فترة الغيبوبة حتى تتم الولادة في موعدها الطبيعي. وعلى هذا الأساس، فإن تدخل الطبيب بإنهاء حياة المريض الذي هو في حالة موت القشرة المخية، إنما هو قتل لنفس حرم الله قتلها، يعاقب عليه جزائيا، كما أن فعله هذا يخالف أخلاقيات الطب[1].

ومن جهة أخرى، شدد القضاء على التزام الطبيب أخلاقيا بتقديم يد المساعدة للمريض في حالة حياة نباتية، وهو ما أوضحته محكمة النقض الفرنسية، حينما صرحت بأن المساعدة مطلوبة من الطبيب حتى لو تبين أن حالة المريض ميئوس منها، وأنه لا فائدة من العلاج[2]. وهو ما اتبعته كذلك محكمة استئناف مون بولييه التي قررت بأن طبيب الإنعاش ملزم ببذل كل ما في وسعه لإنقاذ المريض المهدد بالهلاك، حتى ولو بلغت حالته حدا من التدهور لا يجدي معه أي تدخل طبي[3]. من جهة أخرى، أيدت محكمة النقض القرار الذي أدان طبيب الإنعاش بجريمة القتل الخطأ التي ارتكبها في حق شخص كان قد أدخل المستشفى نتيجة تعرضه لحادث سير، ليخضع إثرها لثلاث عمليات جراحية، غير أنه توفي في اليوم الموالي بمصلحة الإنعاش. وقد خلص التحقيق الأولى حول أسباب الوفاة بأن طبيب الإنعاش قام برفع أجهزة الإنعاش الصناعية على المريض. وقد جاء في قرار محكمة النقض المؤرخ في 1997/02/19، بأن توقيف أجهزة الإنعاش الصناعي على المريض ونزع أنابيب التغذية في تلك الأحوال، يخالف أخلاقيات المهنة وأصول الممارسات الطبية، لاسيما أن الخبرة الطبية بينت بأن المتهم تسرع في إحداث الموت للمجني عليه[4].

---

[1] أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، 2007، ص 180.

[2] Cass. crim, 23 mars 1953, *Bull. crim, n°104*; CA Nancy, 27 oct.1965, *D., 1966, p. 30, note Lorentz.*

[3] C.A. Montpellier, 18 février 1953, *Gaz. Pal. 1953. 1. 383.*

[4] la décision prise par l'anesthésiste d'extuber et d'arrêter la réanimation de la patiente «en désaccord avec toute logique et toute éthique médicale et contraire aux règles consacrées par la pratique», a, selon les experts, «hâté le décès et interdit toute nouvelle intervention chirurgicale», «chaque faute commise ayant rendu inévitable et irréversible le processus mortel» Crim., 19 février 1997, *Bull. n° 67 ; Dalloz, 1998, p. 236, note B.Legros ; JCP, 1997, 22889, note J.Y. Chevallier*.

أما فيما يتعلق بالمحكمة العليا، فيستخلص من خلال اجتهادها بأنها تميل لتكريس التزام الطبيب في المحافظة على حياة الأشخاص والسعي إلى مداواته. وعلى سبيل المثال، أكدت في قرارها المؤرخ في 2008/01/23، أنه: "من المقرر فقها وقضاء أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية مثل قضية الحال، ما عدى الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب إلزام بتحقيق نتيجة، وأن الالتزام ببذل عناية هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، وأن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب"[1].

2- الموقف المعارض لإبقاء أجهزة الإنعاش على المريض في حالة حياة نباتية.

يرى هذا الرأي أنه يتعين رفع أجهزة الإنعاش الصناعي على المريض إذا استمرت حالته النباتية، ولم يبق بصيص أمل في الشفاء. فإذا تأكد الأطباء أن المريض المحتضر قد مات جسديا وأن حالته ذاهبة به لا محالة إلى الموت الخلوي، فإن استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي أو استمرار عملها يعتبر عملا طبيا غير مجديا أو فيه تعذيب للشخص. فمحاولة إعادة الحياة إليه عن طريق هذه الأجهزة بكل إصرار وتعنت علاجي هو أمر مخالف للحقائق الطبية التي تؤكد في الوقت الحاضر، على أن الدماغ إذا تلف كله، فإنه لا يمكن تعويضه أو استبداله، ولا يمكن إعادة الحياة لخلايا المخ بعد موتها. وعلى هذا، فإنه يجب على الطبيب القائم بالعلاج عدم تعذيب المريض المحتضر باستعمال وسائل الإنعاش الصناعي متى تيقن من موت خلايا مخه.

وعلى ضوء ما سبق، فإن الإنسان إذا مات جسديا فإنه ليس بمقدور أجهزة الإنعاش الصناعي أن تعيد له الحياة. وبما أن استخدام هذه الأجهزة لا فائدة منه، فإن امتنع الطبيب عن تركيب أجهزة الإنعاش أو إيقاف عملها في هذه الحالة يعتبر واجبا عليه ولا خلاف حول عدم مسئولية الطبيب جنائيا. وذلك على عكس الأمر بالنسبة للمرضى الأحياء الميئوس من شفائهم، فإذا تم نزع الأجهزة قبل موت خلايا المخ، فالأخلاق والدين لا يضعان أي التزام على الطبيب بإطالة حياة عضوية صناعية

[1] لذلك فموتى الدماغ الذين لم تتعد حالاتهم موت خلايا المخ في حاجة إلى تدخل طبي سريع عن طريق استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي لتزوير خلايا المخ بالدم والأكسجين حتى لا تموت ويموت المريض فعلا. وحيث أن طبيعة عمل الطبيب تحتم عليه بذل العناية اللازمة لعلاج المريض، فإنه لا يسأل عن أي نتائج تحدث له وخاصة في الحالات الحرجة إذا قام بتقديم تلك العناية. وعلى هذا الأساس، فإن الطبيب يسأل إذا امتنع عن تقديم المساعدة لهذا المريض الذي يعد حيا من الناحية الطبية الشرعية لعدم ثبوت موت خلايا المخ. حول التزامات الطبيب أنظر، قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2008/01/23، تحت رقم 399828، م.ق 2008، عدد 2 ، ص 175.

لإنسان ثبت موته طبيا وذلك بموت خلايا مخه نتيجة توقف القلب والتنفس. وكضمان لعدم الانحراف الأخلاقي أو التعسف في إزهاق روح المرضى المتواجدين في المستشفيات، اشترط هذا الاتجاه أن لا يرفع الطبيب أجهزة الإنعاش فور التأكد من حدوث الوفاة، بل يجب أن يكون ذلك من قبل لجنة طبية[1].

والحقيقة أنه في غياب النصوص القانونية، يتعين معالجة هذه الحالات الاستشفائية المعقدة حالة بحالة، ونعتقد بأنه يتعين إعطاء هامش التقدير للفريق الطبي ولجان الأخلاقيات بالهياكل الصحية، بأن تقرر مدى إمكانية إبقاء المريض تحت الأجهزة الصناعية، فإذا تبين بأنه لا يوجد بصيص أمل في شفاء المريض، فمن الأفضل نزع تلك الأجهزة، وعدم إطالة فترة الاحتضار، مع مراعاة مبادئ أخلاقيات الطب والضوابط الشرعية والعلمية أثناء التداول بخصوص الحالة، ومن الأفضل أيضا استشارة أفراد عائلة الشخص بشأن القرار الطبي المزمع اتخاذه، ومحاولة إقناعهم مراعاة لمشاعرهم. غير اتخاذ القرار الطبي بالإبقاء على الأجهزة، قد يصدم برفض المريض العلاج لتجنب الإصرار الطبي في إطالة مدة حياته بوسائل الإنعاش الصناعية.

الفرع الثاني
رفض المريض العلاج لاجتناب الإصرار الطبي

من المعلوم أن شرط الرضا على التدخلات الطبية يعد شرط أساسيا لمباشرة العمل الطبي على جسم المريض، وهذا نابع من استقلالية الشخص واحترام إرادته[2]، وقد ترتب عن استعمال أجهزة

---

[1] حول هذا الرأي أنظر، العربي بلحاج، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 08؛ أحمد شرف الدين، الحدود الشرعية والقانونية والإنسانية للإنعاش الصناعي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة 1981، عدد 2، ص 106.

[2] كرست الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ صراحة في قرارها المؤرخ في 1942/01/28، عندما صرحت بأن مبدأ احترام الشخص البشري يفرض على الطبيب الحصول على موافقة المريض قبل إجراء أية عمل طبي على جسمه. ومن جانبه، أكد مجلس الدولة على ضرورة احترام إرادة المريض، وألزم الطبيب الحصول على الموافقة المسبقة لهذا الأخير قبل إجراء أي تدخل جراحي.

Le respect de la personne humaine impose au médecin, avant de pratiquer une opération, d'obtenir le consentement de son patient. Cass. req., 28 janv. 1942, *Parcelier c/ Teyssier, Gaz.Pal, 62, 1942 , 1, p.177 ; D. 1942, p. 63* . Le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée qu'après avoir au préalable obtenu l'assentiment du malade. Civ. 29 mai 1951, *D, 1952, 53, note Savatier.* Le Conseil d'État vérifie également qu'aucun acte n'a été pratiqué sans le consentement du patient. CE 9 janv. 1970, *req. n° 73067.*

ومن جانب آخر، أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرار صادر عنها بتاريخ 2009/06/02، أن المسائل المرتبطة بحرمة الإنسان الجسدية والعقلية تدخل ضمن نطاق المادة 08 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وأعطت بالتالي للمريض حق المشاركة في الخيارات الطبية وإبداء موافقته عليها.

الإنعاش الصناعي على المريض المحتضر، مسألة أخلاقية أخرى تتعلق بإصرار الأطباء على إطالة حياة المرضى بوسائل الإنعاش ومقاومتهم الموت بشراسة، ما يزيد من المعاناة ويؤدي بالضرورة إلى التضحية بنوعية الحياة، وبالتالي فهل الطبيب مرغم على احترام إرادة المريض في رفض تركيب أجهزة الإنعاش أو استمرارها لاجتناب الإصرار على إطالة حياته؟

أولا: حق المريض في رفض العلاج.

قد يرفض المريض العلاج لأي سبب كان، رغم ما قد يترتب على ذلك من أضرار بصحته. وكقاعدة عامة، لا يجوز للطبيب في أن يفرض على المريض علاجا معينا. لكن الإشكال يطرح حول إمكانية تطبيق هذا المبدأ ولو في حالة الضرورة أي إذا المرض أو الإصابة تهدد حياة المريض أو تشكل خطرا جسيما على سلامته الشخصية؟ كما طرح إشكال حول مناقشة القرار الطبي المتعلق بإنعاش المريض مع هذا الأخير أو أفراد عائلته.

1- التكريس القانوني لحق المريض في رفض العلاج.

تضمن المشروع التمهيدي لقانون الصحة الجوانب الأخلاقية المتصلة بالمرضى واحترام اختياراتهم واستقلاليتهم، وكفل النص حق المريض في رفض العلاج[1]، وجاءت المادة 45 من المرسوم التنفيذي 92 – 276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، بالقواعد العامة لشروط الموافقة المسبقة للمريض على الأعمال الطبية، أين أكدت بأنه يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة هذا الأخير موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته. كما نظم المشرع مسألة رفض المريض للعلاج من خلال المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب، التي أعطت الحق للمريض في رفض العلاج بشرط أن يقدم تصريحا كتابيا[2]. ويستنتج من ذلك أنه إذا كانت موافقة

Entrent dans le champ de l'art. 8 Conv. EDH les questions liées à l'intégrité morale et physique des individus, à leur participation au choix des actes médicaux qui leur sont prodigués ainsi qu'à leur consentement à cet égard. CEDH 2 juin 2009, *Codarcea c/ Roumanie : req. n° 31675/04, § 101.*

[1] جاء في المادة 357 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: " لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض. يلتزم الطبيب باحترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر على خياراته. وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض..."، وأضافت المادة 358 بأنه: " في حالة رفض علاجات طبية، يمكن اشتراط تصريح كتابي من المريض أو ممثله الشرعي...".

[2] لأكثر تفاصيل، أنظر، مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 268.

المريض ضرورية للتدخل الطبي، فمن الطبيعي أن يكون لرفض المريض أثره القانوني في تحديد المسئولية. فالطبيب يعفى من المسؤولية إذا رفض المريض العمل الطبي[1].

ومن جانب آخر، ألزمت المادة L. 1111-4 .من قانون الصحة العمومية الفرنسي الطبيب ببذل كل ما في وسعه من أجل إقناع المريض بضرورة العلاج، بحكم أنه لا يمكن المساس بسلامته البدنية بدون موافقة المريض. مما يعني أنه ليس هناك مجال لمتابعة الطبيب على عدم مساعدة المريض، إذا لم ينجح في إقناعه بضرورة العلاج. وطبقا لهذا النص، لا يجوز كقاعدة عامة إرغام المريض على العلاج إذا عبر صراحة عن رفضه للعلاج وإلا اعتبر اعتداء على الجسم[2]. فإذا تأكد الطبيب من سلامة قدرات هذا الأخير العقلية، وجب عليه الانصياع لرغبة مريضه وعدم المجازفة بالتدخل إلا في حالات استثنائية.

وكان القضاء الفرنسي حتى قبل صدور القانون 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، قد وضع حدود رفض العلاج، وعالج الحالات الاستثنائية المتعلقة بالخطر الذي يهدد حياة المريض أو سلامته الجسدية، وأجاز فيها تدخل الطبيب رغم رفض المريض التداوي. وبناء على ذلك، اعتبر مجلس الدولة أنه يعد مرتكبا لخطأ مهني الطبيب الذي استعمل طرق وهمية في علاج المريضة التي كانت تتابع العلاج عنده، رغم اكتشف أنها مصابة بورم خبيث لكنها رفضت إجراء العملية الجراحية أو العلاج بالأشعة، وقد اكتفى بوصف أدوية بديلة ما أدى إلى انتشار الخلايا السرطانية بشكل كبير، ليقوم إثرها بتوجيهها إلى طبيب مختص في الأورام الذي انصحها هو الآخر لكن دون جدوى، وقد تم إحالة الطبيب الأول على المجلس التأديبي، الذي قرر تسليط عقوبة تأديبية لارتكابه خطأ مهني. وبعد

---

[1] وتطبيقا لذلك اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار مؤرخ في 2012/12/24، بأن إجراء العملية على المريض التي لم يوافق عليها يعتبر فعل يلزم المستشفى بالتعويض عن تفويت الفرصة، ولا يعفى المستشفى من المسؤولية إلا إذا أثبت بأن التدخل الطبي تم في حالات الاستعجال أو في حالة استحالة الحصول على موافقة المريض.

CE 24 sept. 2012, Laurie *B., req. n° 339285, Lebon T., à paraître ; AJDA, 2012, 2459, note Moquet-Anger.*

[2] Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique: « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.

Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre (*L. n° 2005-370 du 22 avr. 2005)* «tout traitement» met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. *(L. n° 2005-370 du 22 avr. 2005) «* Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10...» ; V. Conv. d'Oviedo pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard de la biologie et de la médecine, 4 avr. 1997, art. 5 ; V. aussi, Charte UE, art. 3.

الطعن في القرار أمام مجلس الدولة، رفض هذا الأخير الطعن، واعتبر بأن الطبيب أخطأ فعلا عندما قبل مداواة المريضة بواسطة علاجات وهمية ما فوت عليها فرصة الشفاء[1]. وبمفهوم المخالفة، أكدت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز للطبيب أن يجري عملية جراحية للمريض دون موافقة هذا الأخير موافقة حرة ومستنيرة، في ظل عدم توافر حالة ضرورة أو وجود خطر محدق على المريض[2].

وهكذا لم يترك القضاء حرية الطبيب على إطلاقها في الحالات الاستثنائية التي يرفض فيها المريض العلاج، وعلى سبيل المثال، أوضح مجلس الدولة الفرنسي في قرار مؤرخ في 2001/10/26، بأن احترام إرادة المريض لا يمكن أن تكون مطلقة، وأن الطبيب ملزم بإنقاذ حياة الأشخاص. فإذا وجد الطبيب نفسه أمام حالة صحية حرجة، يتعين أن يسعى لاتخاذ التدابير العلاجية الضرورية التي تتناسب مع حالة الضرورة[3]. وأضاف بأن الأطباء عندما قاموا بنقل الدم للمريض لم يرتكبوا أي خطأ مهني، وأن ذلك العمل لا يعد معاملة مهينة أو غير إنسانية، ولا تمس البتة حرية المريض واحترام إرادته النابعة من عقيدته الدينية[4]. وبعد صدور القانون المشار إليه أعلاه، أكد مجلس الدولة الفرنسي تمسكه بالمبدأ، موضحا أن الطبيب الذي حاول إقناع المريض عدة مرات بضرورة قبول العلاج، ثم تدخل لإنقاذه من حالته الحرجة، بما يتناسب مع وضعيته الصحية لم يخالف مبدأ الموافقة المسبقة المنوه عليه في المادة 16 – 3 من القانون المدني[5].

---

[1] CE 29 juill. 1994, *Garnier*, au Lebon ; RDSS, 1995, 57, note L. Dubouis ; LPA, 1997, 6, n° 6.

[2] Un médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient. Civ. 1re, 11 oct. 1988: *Bull. civ. I, n° 280; JCP, 1989, II, 21358, note Dorsner-Dolivet.*

[3] حول شروط حالة الضرورة المتمثلة في الخطر المحدق الذي يهدد المريض وانعدام البديل الطبي، وضرورة الموازنة بين احترام حرية الشخص من جهة، وإنقاذه من حالة الخطر. أنظر أيضا، قرار محكمة الاستئناف الإدارية بباريس بتاريخ 1999/04/23.
CAA, Paris, 9 juin 1998 *Mme Senanayake,* petites Affiches, 23 avril 1999, p. 10.

[4] L'obligation pour le médecin de sauver la vie ne prévaut pas de manière générale sur celle de respecter la volonté du malade. Toutefois, compte tenu de la situation extrême dans laquelle leur patient se trouve, les médecins qui choisissent, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état, ne commettent pas de faute professionnelle, quelle que soit par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses (patient témoin de Jéhovah, nécessitant une transfusion sanguine). CE 26 oct. 2001, *Mme Senanayaké,* req. n° 198546, *RFDA, 2002, 146, concl. contr. Chauvaux ; 156, note de Béchillon ; AJDA, 2002, 259, note Deguergue ; RTD civ. 2002. 484, obs. Hauser ; RDSS 2002. 41, note Dubouis ; JCP, 2002, II, 10025, note Moreau; LPA 15 janv. 2002, n° 11, p. 18, note Clément.*

[5] Sur les fondements des art. 16-3 C. civ. et L. 1111-4 CSP, le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'art. L. 521-2 CJA. Toutefois, les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état. CE, réf., 16 août 2002, *Mme Feuillatey,* req. n° 249552, *Lebon 309 ; JCP, 2002, II, 10184, note Mistretta ; Dr. adm.*

وفي حالات العلاج القسري دائما، أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قراراها المؤرخ في 2014/02/10، أن للهيئة الطبية السلطة التقديرية في اتخاذ جميع التدابير العلاجية اللازمة التي تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها، من أجل الحفاظ على الصحة الجسدية والعقلية للسجين المضرب على الطعام، وأن التغذية الجبرية التي سعى من خلالها الأطباء لإنقاذه من الموت، لا يمكن أن توصف بالمعاملة المنحطة أو اللإنسانية، إلا إذا كانت طريقة التغذية في حد ذاتها مهينة وتتعارض مع المادة 03 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[1].

وهو ما أراد المشرع تجسيده من خلال مشروع قانون الصحة الجديد، حيث اقترحت المادة 358 فقرة 2 تقديم العلاج رغم رفضه العلاج أو تجاوز حدود الموافقة، إذا تطلبت ضرورة إنقاذ المريض من خطر محدق يهدد حياته أو توافرت إحدى الحالات الاستثنائية الأخرى المحددة على سبيل الحصر، وجاء في تلك الفقرة بأنه: "غير أنه، في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معدي أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".

2- مناقشة القرار الطبي المتعلق بالإنعاش مع المريض أو أهله.

إن الإنعاش الصناعي كغير من الأعمال الطبية الأخرى، يستلزم الموافقة المسبقة للمريض على إجراءه، وفقا للأحكام المشار إليها أعلاه، لكن في بعض الحالات يكون إجراء الإنعاش ضروريا في إنقاذ حياة الشخص الذي يصل للمستشفى في حالة غيبوبة، ما طرح عدة إشكالات أخلاقية حول حدود إرادة المريض في رفض هذا النوع من الأعمال الطبية أو استمرارها؟

لا شك أن الطبيب المعالج الرئيسي هو الذي يتخذ قرار وضع المريض تحت الإنعاش، وذلك باستشارة اثنين من الأطباء الاختصاصيين، وأن يوقع الجميع على هذا القرار في ملف المريض. ولا بد من مناقشة قرارات العلاج من عدمه مع استمرارية الرعاية التمريضية والطبية لمعالجة الآلام والأعراض

2002, n° 188, note Aubin ; RD publ. 2003. 1419, note Pariente (A.) ; Gaz. Pal. 15-17 sept. 2002, n° 351, p. 19, note Lachaud ; LPA, 26 mars 2003, n° 61, p. 4, note Clément (C.).

[1] Il appartient aux autorités médicales de décider, sur la base des règles reconnues de leur science, des moyens thérapeutiques à employer, au besoin de force, pour préserver la santé physique et mentale des détenus. Une mesure dictée par une nécessité thérapeutique, si désagréable soit-elle à l'intéressé, ne saurait, en principe, passer pour inhumaine ou dégradante au sens de l'art. 3 Conv. EDH… CEDH 10 févr. 2004, *Naoumenko c/ Ukraine,* req. n° 42023/98, § 112: *RSC, 2005, 630, obs. Massias* … Sous réserve de garanties procédurales. CEDH 8 juill. 2014, *Ciorap c/ République de Moldova, req. n° 14092/06, § 49.*

مع أهل المريض. وعادة ما يكون المريض غير قادر على اتخاذ القرار، وذلك بسبب المرض أو كبر السن أو صغره، ولكن إذا كان المريض لا يزال قادرا على الإدراك التام والفهم لحالته، فإنه يعتبر هو الشخص الأول الذي ينبغي أن يناقش الأمر معه، الذي يمكنه الاستعانة بأفراد الأسرة والمقربين في اتخاذ القرار أو استبعادهم[1].

فمن الممكن أن يتخذ المريض نفسه في بداية مرضه أو حتى قبل مرضه قرارا وضحا بما يرغب من أنواع العلاج وما يرفضه، ويمكن أن يكتب ذلك لدى الموثق وصية ويشهد على ذلك. كما يمكن أن يعين وكيلا عنه La personne de confiance في حالة إصابته وعدم إدراكه، ويقوم الشخص الأمين باتخاذ القرارات المناسبة لمصلحة المريض، وهذه الأمور أصبحت منتشرة في الدول الغربية. وبالمقابل يستطيع الطبيب المعالج أن يختبر قدرات المريض العقلية ويتأكد من استطاعته اتخاذ القرارات التي يريدها المريض نفسه. إذا ما احتاج لمعونة أخصائي الأمراض النفسية، وينبغي في كل الأحوال الأخذ بعين الاعتبار قرارات المريض الواعي البالغ كامل الأهلية[2].

وقد يقدم الطبيب المعالج ورقة تشرح ما يمكن أن يحدث لمريضه، وماذا يريد المريض من الأطباء أن يفعلوا، ويقوم الشخص السليم بتسجيل ما يريده فعلا، إذا حدثت مثل هذه الحالات يتعين أن يجيب على الأسئلة التي تطرح له، فيما إذا كان المعني لا يرغب في الإنعاش القلبي الرئوي، وما يتبعه من تنفس صناعي وإدخال الأنبوب إلى القصبة الهوائية، وعدم استخدام جهاز مانع الذبذبات القلبية، وعدم إعطاء العقاقير المنبهة للقلب والدورة الدموية والضغط، أو عدم إجراء الغسيل الكلوي إذا احتاجه المريض، والاستمرار في التغذية والتروية عن طريق أنبوب المعدة، وكذا مداواة الالتهابات الرئوية أو البولية بالمضادات الحيوية وغيرها[3].

---

[1] رتبت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي نظمت علمية انتزاع الأعضاء من الجثة أعضاء الأسرة الذين بإمكانهم إبداء الموافقة على عملية نقل الأعضاء حسب الترتيب التالي: الأب، الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة.

[2] أجاز المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، للمريض أن يعين شخصا أمينا يقوم مقامه في اتخاذ القرارات الطبية المهمة.

L'art. L. 1111-6 du Code de la santé publique dispose que: « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions ». V. à ce sujet, LOKIEC Pascal, *La personne de confiance, Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical,* RDSS, 2006, p. 865.

[3] محمد علي البار، التداوي قرب نهاية الحياة والإنعاش القلبي الرئوي، المرجع السابق، ص 37.

ثانيا: رفض المريض إطالة مدة الاحتضار بوسائل الإنعاش الصناعية.

قد يلتجئ الطبيب إلى وسائل العلاج المكثف للمريض الذي لا يرجى شفائه، ليس لدواعي علاجية أو من أجل استقرار وضعيته الصحية، وإنما أجل إطالة أمد حياته أو فترة احتضاره فقط، وهو ما أصبح يعرف بالإصرار الطبي على مقاومة الموت L'acharnement thérapeutique[1]. وقد ارتبط مفهوم الإصرار الطبي باستعمال وسائل الإنعاش الصناعي للمريض المحتضر[2]. وحسب بعض المؤلفات، فإن أول من استعمل مصطلح الإصرار الطبي البروفيسور J.R. Debray سنة 1962 وربط العناد الطبي باستعمال وسائل الإنعاش الصناعي للمريض في حالة غيبوبة متجاوزة التي لا طائلة من ورائها[3].

---

[1] Le terme « acharnement » est défini, dans le Dictionnaire de la langue française de Paul ROBERT, comme signifiant « ardeur furieuse et opiniâtre dans la lutte, la poursuite, l'effort ».

[2] في حين أكد بعض المهتمين بأن الإصرار الطبي تم استعماله منذ القرن التاسع عشر لكن بمفردات مغايرة. وعلى سبيل المثال، تمت الإشارة في القاموس الطبي الفرنسي Littré et Robin الصادر سنة 1855 لمصطلح Cacothanasieالمرادف تقريبا لمعنى الإصرار الطبي بمفهومه الحديث، على أنه من التطبيقات الطبية التي يلتجئ إليها بعض الأطباء تجاه المريض الذي يواجه الموت الوشيك، والتي بموجبها يستعمل الطبيب جميع الأدوية بما في ذلك الحيوية منها، رغم غياب أدنى فرصة في شفاء المريض ما يزيد في عذابه أثناء الموت.

Cacothanasie: « Habitude de certains médecins qui épuisent tous les moyens pharmaceutiques, même les énergiques, alors qu'il n'y a pas la moindre probabilité de sauver le malade, le tourmentant ainsi dans ses dernières moments et lui rendent la mort plus pénible. ». NYSTEN Pierre Hubert, LITTRÉ Émile, ROBIN Charles, Dictionnaire *de médecine, de chirurgie, de pharmacie, des sciences*, libraire de l'académie impérial de médecine, Paris, 1855, p.188.

هذا ويشار إلى أنه أثناء استقبال بابا الفاتيكان مجموعة من الأطباء سنة 1957 صرح بشأن الإنعاش الطبي، بأن التزام الطبيب في الحفاظ على الحياة البشرية لا يعدوا سوى استعمال الوسائل المعهودة، ويمكن في هذه الحالة الميئوس منها أن يوقف المحاولات المتكررة للإنعاش بطلب من أفراد العائلة، حتى ولو نتج عنها الوفاة. بمعنى ضرورة التفرقة بين القصد في إحداث الوفاة، والنتائج غير المرغوبة عن وقف العلاج. وأكدت التوصية رقم 779 الصادرة عن المجلس الأوربي سنة 1979 المتعلقة بحقوق المرضى، على أن إطالة الحياة لا يمكن أن تكون في حد ذاتها الهدف الوحيد التي تصبوا إليه الممارسات الطبية، التي يتعين أن تهدف إلى تخفيف الآلام.

V. HOTTOIS Gilbert, MISSA Jean-Noël, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique : médecine, environnement, biotechnologie*, op. cit., p. 35.

وأدان إتحاد الأطباء العالمي من خلال إعلان بالبندقية سنة 1983 الذي درس موضوع المراحل النهاية من المرض الإصرار الطبي، وأكد بموقفه بموجب قرار مدريد سنة 1986.

Déclaration de Venise de l'AMM sur la Phase Terminale de la Maladie Adoptée par la 35e Assemblée Médicale Mondiale Venise, Italie, Octobre 1983 et révisée par la 57e Assemblée générale de l'AMM, Pilanesberg, Afrique du Sud, Octobre 2006. Déclaration de Madrid de l'AMM sur l'Autonomie et l'Auto Régulation Professionnelles Adoptée par la 39e Assemblée Médicale Mondiale, Madrid, Espagne, Octobre 1987 et révisée par la 170e Session du Conseil, Divonne-les-Bains, France, mai 2005.

[3] Georges CANGUILHEM, *Études d'histoire et de philosophie des sciences*, édition augmentée, Paris, 2002, p. 402.

غير أن مفهوم الإصرار الطبي تطور في الآونة الأخيرة، حيث أصبح ينظر إليه من زاوية الملائمة الطبية في استعمال العلاج المكثف ومعيار المنفعة التي ترجى من ورائه، لهذا فضل المشرع الفرنسي استعمال مصطلح Obstination déraisonnable في المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب[1]. ويستبعد البعض من مفهوم الإصرار الطبي التدخلات الطبية في الحالات الاستعجالية، من طرف فرق الإنقاذ أو في أقسام الاستعجالات، التي تهدف عملية الإنعاش إلى إنقاذ حياة المريض وليس الإطالة فترة احتضاره وأن علمية الإنعاش في هذه الحالات تخضع لتقدير الأطباء[2]. وسوف يتم الاقتصار على موقف التشريع والقضاء المقارن، الذين تطرقا للموضوع، بحكم أن رفض العلاج لا يزال تخضع للقواعد العامة في التشريع الوطني كما تم شرحه أعلاه.

1- موقف التشريع والقضاء الفرنسيين.

نظم المشرع الفرنسي مسألة رفض المريض للإصرار الطبي بموجب القانون 2005 – 370 المؤرخ في 2005/04/22، المتعلق بحقوق المرضى وبنهاية الحياة[3]. فاستنادا على القاعدة التي وردت في المادة 16 –3 من القانون المدني[4]، والضمانات التي جاءت في القانون الخاص بحقوق المرضى

---

[1] Le Dr Jean LEONETTI, rapporteur de la mission parlementaire sur le droit des malades et la fin de vie, a essayé d'expliquer ce que signifie le terme « Obstination déraisonnable », Il a écrit que : « L'obstination déraisonnable n'est donc pas une notion facile à manier. L'obstination est raisonnable jusqu'à un certain point, et elle devient déraisonnable à partir du moment où le pronostic s'obscurcit et où le consensus s'établit à l'intérieur de l'équipe médicale et avec les proches. Il n'y a parfois que quelques heures entre le moment où la famille presse les médecins de continuer à s'acharner et le moment où elle reconnaît que s'obstiner serait déraisonnable… », LEONETTI Jean, *Fin de vie : autonomie et vulnérabilité*, Le Débat, 5/2014, n° 182, pp. 132-143 URL : www.cairn.info/revue-le-debat-2014-5-page-132.htm.

[2] Commission Consultative Nationale d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé - Grand-Duché de Luxembourg –Avis 1996.1, concernant *l'acharnement thérapeutique*.

[3] تم تسمية هذا القانون نسبة إلى الطبيب والنائب بالبرلمان Jean LEONETTI الذي اقترح المشروع، ويهتم هذا القانون بحياة الإنسان في المراحل المتقدمة أو الأخيرة من المرض، حيث أدخل عدة تعديلات لقانون الصحة العمومية تهدف إلى تدعيم لحقوق المرضى الذين يواجهون الموت الوشيك بشكل يحفظ كرامتهم ويجسد الإنسانية الطبية، كما يهدف القانون إلى إيجاد حلول قانونية لبعض المعضلات الأخلاقية التي ترتبت عن استعمال الوسائل الحديثة للرعاية الصحية في نهاية الحياة، مكرسا عدة مبادئ أخلاقية تتمثل في مبدأ احترام إرادة الشخص واستقلاليته في اتخاذ القرارات الهامة في إطار العلاقة بين الطبيب والمريض، وكذا رفض الإصرار الطبي غير المبرر في الحالات الميئوس منها، وتكريس مبدأ الشفافية في اتخاذ القرار الطبي ومبدأ التوافق في اتخاذ القرار بين الفريق الطبي. لمزيد من التفاصيل حول هذا القانون، أنظر،

ALFANDARI Elie et PEDROT Philippe, *La fin de vie et la loi du 22 avril 2005*, RDSS, 2005, p. 751.

[4] L'article 16-3 du Code Civil issu de la loi biotique du 29 juillet 1994, modifié par la loi du 27 juillet 1999, et posant le principe « *qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne* » et que « *le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

وجودة النظام الصحي، عالج هذا القانون إمكانية توقيف العلاج بالنسبة للشخص المصاب بمرض خطير أو غير قابل للشفاء، عندما يكون في المراحل المتقدمة أو النهائية من المرض، ويكون ذلك بموجب قرار يتخذه الطبيب. فإذا تأكد هذا الأخير بأن العلاج غير مجدي ولا فائدة من استخدامه سوى الإبقاء على الحياة الصناعية للمريض، وتعذر على المريض التعبير عن إرادته بسبب حالة الغيبوبة مثلا، يمكن للفريق الطبي توقيف أجهزة الإنعاش الصناعي بعد استشارة أقارب المريض أو الشخص أهل ثقته الذي اختاره مع مراعاة المعطيات العلمية. أما إذا كان المريض مؤهلا للتعبير على إرادته، فإن القانون ألزم الطبيب أن يؤخذ بعين الاعتبار موقفه. لكن القانون في المقابل لم يعالج فرضية رفض المريض توقيف العلاج أي قبوله الإصرار الطبي، رغم أن مدونة أخلاقيات الطب لا تجيز صراحة لجوء الطبيب للعناد غير العقلاني.

ولعل أهم ما جاء في هذا القانون، إمكانية توقيف العلاج بطلب من المريض في المراحل النهائية أو المتقدمة من المرض، الذي بإمكانه رفض الأعمال الطبية الموصوفة بأنها علاجية أو الحد منها[1]. وقد ألزم القانون الطبيب في هذه الحالة الاستجابة لطلبه، لكن إذا كان المريض لم يستطع التعبير عن إرادته، فإنه يتعين الرجوع إلى الوصية على الحياة Testament de Vie التي كتبها، أو استشارة الشخص الذي ائتمنه في حال عدم وجودها. أما إذا لم يكن المريض في نهاية الحياة بمنظور هذا القانون ورفض العلاج، فيجب إقناعه من طرف الأطباء بمواصلة العلاج، واتخاذ جميع التدابير الضرورية من أجل إنقاذه من حالة الخطر، طبقا للقواعد العامة المنوه عليها في المادة 16 – 3 من القانون المدني، والتي تحظر المساس بحصانة الجسم إلا لأسباب علاجية مشروعة. وواضح من خلال هذا القانون أيضا، أنه فرق بين توقيف العلاج من جهة، ووقف الرعاية الصحية من جهة أخرى، فالرعاية الصحية للمريض يجب أن تستمر حفاظا على كرامته خاصة الرعاية التلطيفية، فلا يجب إذن وترك المريض أسير معاناته البدنية والنفسية[2].

---

[1] تعد هذه الحالة وجه من أوجه القتل بدافع الشفقة ويتعلق الأمر بالقتل بدافع الشفقة السلبي.

[2] جعل هذا القانون موقف المشرع أكثر توازنا وأكثر تسامحا في مواجهة المرضى الذين يطلبون الموت بحجة اليأس من الشفاء وعدم القدرة على الاستمرار في تحمل الألم، وهو ما يسمى بالموت الرحيم السلبي، بحيث يمكن للطبيب المعالج إيقاف الأجهزة الصناعية مثلا، لكنه لا يمكنه إعطاء المريض حقنة مميتة، وأصبحت الصورة السلبية للموت الرحيم مباحة بشرط رغبة المريض في رفض العلاج. لكن لا تزال بعض الحالات محل تساؤل، مثل حالة الشخص الذي يعاني من معاناة جسدية وذهنية الذي لا يكون مهددا في حياته، وغيرها من الحالات التي عالجتها اللجنة الوطنية الاستشارية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة في آرائها المختلفة حول الموضوع، لاسيما الرأي التي أصدرته بتاريخ 2013/07/01 تحت رقم 121، المتعلق بنهاية الحياة واستقلالية الشخص والرغبة في الموت.

Avis n° 65 du 14 septembre 2000, « Réflexions éthiques autour de la réanimation néonatale » ; avis n° 87 du 14 avril 2005, « Refus de traitement et autonomie de la personne » ; avis n°108 du 12 novembre 2009 sur les questions éthiques liées au développement et au financement des soins palliatifs. Avis n° 121 du 01 Juillet 2013, « Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir ».

وقد نظر القضاء الفرنسي لأول مرة في مدى مشروعية القرار الطبي الرامي إلى إنهاء حياة شخص لم تثبت وفاته قطعا تبعا للمعايير العلمية، في قضية هزت الرأي العام وأثارت الكثير من الجدل في الأوساط السياسية والقانونية والاجتماعية، ويتعلق الأمر بقضية Vincent LAMBERT، هذا الأخير الذي كان قد تعرض لحادث مرور بتاريخ 2008/09/28 نتج عنه ارتجاج دماغي وأدخل للمستشفى في حالة غيبوبة عميقة، وظل تحت الرعاية الطبية المكثفة لعدة أشهر، ليتم تحويله لقسم جراحة الأعصاب. وخلصت الخبرة التي تم إجرائها لقياس درجة الإدراك أن المعني في حالة غيبوبة عميقة مع وعي ضئيل جدا Etat pauci-relationnel، حيث يمكنه التفاعل مع المحيط الخارجي ببعض الحركات البسيطة فقط[1]، وتبعا لذلك تم تحويله إلى وحدة للرعاية الصحية التلطيفية بمستشفى Reims. وفي أكتوبر 2012 قرر طبيب الأعصاب Eric KARIGE توقيف العلاج الفيزيائي كونه لا يجدي نفعا ولا يرجى منه تحسين النشاط العصبي أو عودة وظائف الدماغ لحالتها[2]، وأمام عجز المريض على التعبير عن إراداته وعدم تركه لأية وصية مكتوبة، قررت اللجنة الطبية الشروع في الإنقاص التدريجي للتغذية الاصطناعية الموصوفة بأنها علاجية، بعد استشارة زوجته و دون إعلام والدته التي كانت ترفض الفكرة بسبب انتمائها لمذهب كاثوليكي متشدد[3].

وبعد سماعها بالموضوع قررت الأم رفع شكوى أمام النيابة من أجل محاولة القتل العمد، وبالموازاة مع ذلك رفعت دعوى قضائية استعجاليه أمام المحكمة الإدارية، انتهت بحكم يقضي بإلزام المستشفى بإرجاع أجهزة التغذية، على أساس خرق الإجراءات، لأن المستشفى لم يخطر والدي المريض قبل اتخاذ القرار كما يشترط القانون، مما اضطر الأطباء إلى إعادة التغذية الصناعية، لكن لجنة الأخلاقيات التابعة للمستشفى قررت في النهاية نزع الأجهزة الصناعية بعد استيفاء الإجراءات اللازمة[4]، ليتم الطعن مجددا في قرار المستشفى أمام المحكمة الإدارية بـ Châlons-en-Champagne، التي

---

[1] تعرف هذه الحالة من الغيبوبة طبيا باسم Conscience minimale plus، التي تختلف عن الحالة النباتية المستمرة، بحكم أنه في الحالة الأخيرة يفقد فيها المريض الإدراك تماما، أما الحالة المماثلة فيبقى فيها نوع من الإدراك والوعي البسيطة جدا. محمد علي البار، التداوي قرب نهاية الحياة والإنعاش القلبي الرئوي، المرجع السابق، ص 37.

[2] يبدأ العلاج التلطيفي مع المريض كعلاج متزامن مع علاج الآلام والأعراض التي قد يعاني منها المريض من بداية مرضه، أو حتى في مراحل متقدمة، أو كخيار شامل وخاص بحد ذاته عندما تتوقف العلاجات المباشرة لعلاج المرض الأساسي، ويكون هذا الخيار لتخفيف وعلاج الآلام والأعراض الأخرى وللدعم النفسي الكامل والشامل للمريض وذويه للعيش بحياة أفضل. عبد الحفيظ يحي خوجة، الرعاية التلطيفية وأهميتها لمرضى الأمراض المستعصية، جريدة الشرق الأوسط، عدد 10918، بتاريخ 2008/10/19.

[3] تتمثل التغذية الصناعية المعدية بإمداد المريض باحتياجاته الغذائية عن طريق أنبوب خاص متصل بالأنف إلى المعدة، ويلتجئ إليها الأطباء حين يتعذر على المريض تناول الطعام بشكل عادي لأسباب عضوية أو نفسية. لأكثر تفاصيل، راجع، عصام بن حسن حسين عويضة، التغذية العلاجية، مكتبة العبيكان، الرياض، طبعة أولى، 2015، ص 201.

[4] شهد اجتماع اللجنة انقساما حقيقيا في الآراء، حيث ذهب البروفيسور Xavier DUCROCQ أن المريض يوجد في حالة إعاقة ثقيلة، وبالتالي لا مكان له في قسم الرعاية التلطيفية.

أمرت بتاريخ 2014/02/16 بإلغاء القرار، بحجة أن حالة الإصرار الطبي غير ثابتة، وأن العلاج لم يكن هدفه الوحيد إبقاء الحياة بشكل اصطناعي، واقتنعت المحكمة بأن المستشفى أساء تفسير إرادة المريض على أنه يرفض العلاج[1].

لكن مجلس الدولة ألغى الأمر المستأنف فيه بتاريخ 2014/06/24، واعتبر بأن قرار المستشفى مشروعا من الناحية القانونية[2]، مشيرا بأن قبول المريض أو رفضه للعلاج الطبي يعد من الحريات الأساسية، وأنه عندما يكون المريض في حالة لا يستطيع فيها التعبير عن إرادته وفاقد السيطرة على جسده، فإن قرار الحد من العلاج أو توقيفه بداعي الإصرار الطبي غير العقلاني لا يعد من التدابير التي يتخذها الطبيب لإنقاذ حياة شخص في حالة خطر، بشرط ضمان احترام الإجراءات والاستشارات الضرورية المنصوص عليها قانونا. ويجب على الطبيب في كل الأحوال أن يراعي احترام كرامة المريض، وقد أعطى مجلس الدولية تفسيره للمادتين L. 1110 – 5 و L. 1111-4 من قانون الصحة العمومية،

---

[1] Le juge constate que « l'obstination déraisonnable » n'est pas avérée et désavoue le Dr KARIGER sur le fond. Il a estimé que « la poursuite du traitement n'était ni inutile ni disproportionnée et n'avait pas pour objectif le seul maintien artificiel de la vie », et que le docteur Eric KARIGER, à la tête de l'équipe médicale en charge de Vincent LAMBERT, « a apprécié de manière erronée la volonté de Vincent Lambert en estimant qu'il souhaiterait opposer un refus à tout traitement le maintenant en vie ». TA Châlons-en-Champagne, 16 févr. 2014, *AJDA, 2014, 132; D. 2014, 149, obs. Vialla; 2015, 758, obs. Galloux et Gaumont-Prat; AJ fam. 2014, 117, obs. Le Gac-Pech; Dr. fam. 2014, n° 32, obs. Binet.*

[2] بعد استئناف القرار أمام مجلس الدولة، قرر هذا الأخير قبل الفصل في الموضوع تعيين ثلاثة أطباء مختصين في جراحة الأعصاب لتشخيص الحالة الصحية للمريض، والقول ما إذا كان باستطاعة المريض استعادة عافيته، وتوضيح دور التغذية الاصطناعية من الناحية الطبية. وقد توصل الأطباء بأن المريض في حالة حياة نباتية، وأنه في المرحلة النهائية من المرض. ومن جهة أخرى، تم أخذ رأي الأكاديمية الطبية، واللجنة الوطنية الاستشارية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة، والمجلس الوطني لأخلاقيات الطب، لتفسير بعض المفاهيم الواردة في القانون الجديد لاسيما العناد الطبي غير العقلاني، والإبقاء على الحياة البشرية اصطناعيا، وفي الأخير تم مراسلة النائب Jean LEONETTI مقرر اللجنة البرلمانية التي أعدت القانون لمعرفة روح النص.

« Le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable constituent des libertés fondamentales au sens de l'art. L. 521-2 CJA qu'il appartient au juge des référés de concilier, le cas échéant en formation collégiale et après avoir prescrit une expertise médicale ou sollicité l'avis de toute personne de nature à l'éclairer… Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision de limiter ou d'arrêter un traitement au motif que sa poursuite traduirait une obstination déraisonnable ne peut, s'agissant d'une mesure susceptible de mettre en danger la vie du patient, être prise par le médecin que selon la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et des règles de consultation fixées par le code de la santé publique, dans le respect, en tout état de cause, de la dignité du patient et en lui dispensant des soins palliatifs...Il résulte des art. L. 1110-5 et L. 1111-4 CSP, éclairées par les travaux parlementaires, que le législateur a entendu inclure au nombre des traitements susceptibles d'être limités ou arrêtés, au motif d'une obstination déraisonnable, l'ensemble des actes qui tendent à assurer de façon artificielle le maintien des fonctions vitales du patient, tels que l'alimentation et l'hydratation artificielles. ». CE, 14 févr. 2014, n° 375081, *AJDA, 2014, 790, note Bretonneau et Lessi ; D. 2014, 2021, obs. Laude;. 2015, 758, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; AJ fam. 2014, 145, obs. Dionisi-Peyrusse ; RFDA 2014, 255, concl. Keller; RDSS 2014. 506, note Thouvenin; Dr. fam. 2014, n° 32, obs. Binet.*

موضحا أن المشرع يقصد بالعلاجات التي يمكن توقيفها أو الحد منها جميع الأعمال الطبية التي يكون هدفها ضمان استمرار عمل الوظائف الحيوية للمريض اصطناعيا، وانتهى بأن التغذية والتروية الاصطناعية التي يخضع لها المريض في قضية الحال لم يكن لها دور سوى الإبقاء على الحياة بطريقة اصطناعية[1].

وقد كانت لهذه القضية تداعيات في تعديل الشروط الخاصة بوقف العلاج، لتدعيم حقوق المرضى في المراحل النهائية من الحياة، وكان ذلك بموجب القانون 87 – 2016 المؤرخ في 2016/02/02 الذي أنشأ حقوق جديدة لفائدة المرضى في نهاية الحياة، حيث أضيفت للمادة L. 1110-5-1 من قانون الصحة العمومية فقرة ثانية، تشير صراحة بأن التروية والتغذية الأنبوبية تعتبر علاجا يمكن توقيفه بطلب من المريض وفقا للشروط القانونية المشار إليها أعلاه[2].

2- موقف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان.

عرضت على المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان قضية Vincent LAMBERT، بناء عريضة تقدمت بها والدته التي خسرت الدعوى أمام مجلس الدولة، وقد اعتبرت المدعية بأن فرنسا من خلال قرار الهيئة القضائية الإدارية العليا سمحت بتوقيف عملية التغذية الاصطناعية، وتكون بذلك قد خالفت أحكام المادة 02 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، التي تكرس الحق في الحياة، لكن الدائرة الموسعة لمحكمة ستراسبورغ رفضت بتاريخ 2015/06/05 طلباتها، واعتبرت بأن ما تزعمه المدعية لا يخالف نص المادة 02 من الاتفاقية، وأشارت بأنه في ظل عدم وجود مسعى بين أعضاء المجلس الأوربي يسمح بتوقيف العلاج الذي يبقي حياة المريض بطريقة اصطناعية، فمن الضروري أن يكون للدول هامش من الحرية لتقدير الحالات المرتبطة بنهاية الحياة ومعالجتها، وأكدت المحكمة على وعيها التام بأهمية المعضلات التي طرحتها القضية من الناحية الطبية والقانونية والأخلاقية، التي وصفتها بالمعقدة جدا. وذكرت المحكمة بأنه في الحالات المماثلة، تلتزم السلطات الداخلية بمراقبة مدى مطابقة قرار وقف العلاج للقوانين الداخلي والاتفاقية، مع إرساء احترام إرادة المريض وفقا لقانونها الوطني. كما توصلت بأن تفسير مجلس الدولة للنصوص الواردة في القانون المؤرخ في 2005/04/22 يشكل إطار قانونيا واضحا كفيلا بضبط القرارات المتخذة في حق المريض بصفة دقيقة، لاسيما أن مجلس الدولة في هذه القضية ركن لخبرة طبية معمقة ومفصلة، وطرح جميع وجهات النظر للنقاش، كما فتح المجال لإبداء

[1] CE 24 juin 2014, n° 375081, *AJDA, 2014, 1484, chron. Bretonneau et Lessi, note Truchet; D. 2014, 1856, note D. Vigneau; AJ fam. 2014, 396, obs. Dionisi-Peyrusse.*

[2] Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, dite loi Claeys-Leonetti, JORF, n° 0028 du 3 février 2016.

الملاحظات من أعلى الهيئات الطبية والأخلاقية. وكما أوضحت المحكمة بأن دورها يتمثل دراسة مدى احترام الدولة لالتزاماتها تجاه الاتفاقية، ورأت أن الإطار التشريعي الوطني للدولة المدعى عليها، لا يتعارض مع مقتضيات المادة 02 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[1].

وكانت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان قبل ذلك، قد نظرت في قضية مشابهة رفعتها أحدى الجمعيات المدافعة عن حقوق المرضى وأصحاب الإعاقات الثقيلة ضد إيطاليا، بدأت وقائعها إثر تعرض شابة لحادث مرور أين أدخلت المستشفى وبقية في حالة حياة نباتية، لكن والدها قام برفع دعوى قضائية يطلب فيها السماح بقطع التغذية الأنبوبية، مستندا على إرادة المريضة في رفض العلاج وأفكارها التي عبرت عنها سابقا وشخصيتها التي لا تقبل استمرار في العيش في تلك الظروف، وأن المحكمة العليا الإيطالية في قرارها المؤرخ في 2007/10/16 أكدت بأن للسلطات القضائية الصلاحية بأن تأمر بقطع التغذية الاصطناعية للمريض في حالة نباتية، شرط أن يعبر هذا الأخير وهو في كامل قواه العقلية عن رفضه العلاج الطبي، وبعد رجوع القضية أمام محكمة الاستئناف، قبلت هذه الأخيرة الطلب. وقد حاول الأشخاص الذين أقاموا الدعوى إقناع المحكمة الأوربية بأن الموقف القضائي الإيطالي يمكن أن يعرض حياتهم للخطر في المستقبل، غير أن المحكمة الأوربية لم تقبل الدعوى ورأت أن الدعاوى التي يرفعها الأفراد لا يجب أن تكون مؤسسة على مصلحة محتملة في خرق نصوص الاتفاقية، ويجب أن يكون الضرر محققا[2].

[1] La Cour a relevé que « le Conseil d'État a détaillé les éléments à prendre en compte par le médecin pour apprécier si les conditions de l'obstination déraisonnable étaient réunies, tout en indiquant que chaque situation devait être appréhendée dans sa singularité » (§§ 158 et 159). S'agissant de la loi Leonetti, la Cour a considéré que ses dispositions, telles qu'interprétées par le Conseil d'État, « constituent un cadre législatif suffisamment clair, aux fins de l'article 2 de la Convention, pour encadrer de façon précise la décision du médecin dans une situation telle que celle de la présente affaire ». La Cour a donc conclu que la France « a mis en place un cadre règlementaire propre à assurer la protection de la vie des patients ». Elle a relevé que les juges français ont « apporté d'importantes précisions […] quant à l'étendue du contrôle exercé par le juge des référés administratifs dans un cas tel que celui de l'espèce » (§ 169) et que l'expertise ordonnée avait été menée « de façon très approfondie » (§ 174). Surtout, la Cour a constaté que le Conseil d'État « s'est attaché à établir quels étaient les souhaits de Vincent Lambert » (§ 176). Selon la CEDH, en effet, « le patient, même hors d'état d'exprimer sa volonté, est celui dont le consentement doit rester au centre du processus décisionnel, qui en est le sujet et acteur principal » (§ 178). Dans ces circonstances, la Cour a conclu que le cadre législatif français ainsi que le processus décisionnel, « mené en l'espèce d'une façon méticuleuse » étaient conformes aux exigences posées par l'article 2 de la Convention. CEDH, gr. ch., 5 juin 2015*, Lambert et a. c/ France*, n° 46043/14 § 117, *AJDA, 2015, 1124; D. 2015, 1212. , note Diane Poupeau, Fin de vie : la CEDH juge la loi française suffisamment claire, Dalloz actualité, 08 juin 2015.*

[2] CEDH, 2ème Sec, 16 déc. 2008 ; *Ada Rossi et autres & sept requêtes c. Italie,* requête*,* n°55185/08.

3- موقف القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية.

يعتبر القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية رفض العلاج حقا للمريض الذي يتمتع بالأهلية الكاملة للتعبير عن إرادته، وقررت المحاكم في الولايات المتحدة السماح بإيقاف أجهزة الإنعاش إذا ثبت أن المريض في حالة نباتية مستمرة مع فقدان كل أمل في استعادة الوعي والإدراك أو ما أصبح يطلق عليه بحق المريض بالموت بكرامة أو القتل بدافع الشفقة السلبي، فما دام أن الشخص سوف لن يستعيد حسب تقارير الأطباء إدراكه ووعيه، فلا يوجد واجب قانوني على من يرعون المصاب بأن يستمروا في محاولة إطالة أمد حياته.

وقد عبرت المحكمة العليا الأمريكية عن موقفها صراحة في قضية Nancy CRUZAN، التي كانت ظلت لفترة طويلة تقبع بالمستشفى في حالة حياة نباتية مستمرة، وأكدت الهيئة القضائية أن للمريضة حق دستوري في قطع التغذية الاصطناعية عنها، ولكن بشرط وجود دليل واضح ومقنع يفيد وجود تلك الإرادة، واستندت المحكمة على مبدأ حماية الحياة الخاصة المكرسة في المادة 14 من الدستور، الذي يضمن لكل مواطن بأن يرفض التدخلات الطبية، مثلما هو الشأن بالنسبة للتغذية الاصطناعية، فيمكن للمريض حسبها أن يرفض مثل أي علاج طبي آخر إلى الحد الذي تتحقق فيه رغبة المريض بشكل لا لبس فيه[1].

وكانت أكثر القضايا التي استقطبت الاهتمام الإعلام المكثف حولها، قضية الشابة الأمريكية Karen ANN QUINLAN التي أصيبت بغيبوبة طويلة نتيجة تناولها الخمر مع حبوب الفاليوم، وقد أصيبت بقيء شديد وانقطع الدم عن تروية مناطقها المخية العليا. ومكثت نتيجة ذلك في غيبوبة كاملة من 1975/04/14 حتى 1985/06/13. وفي بداية الأمر وضعت تحت أجهزة الإنعاش وظلت تتنفس بواسطة جهاز المنفسة، لكن الوالدان وقسيس الأسرة تدخلوا وطلبوا من المستشفى إيقاف الأجهزة طالما أنه لا يوجد أي أمل في استعادتها الوعي. غير أن إدارة المستشفى رفضت طلب الأبوين ما اضطرهما إلى رفع دعوى أمام المحكمة، والتي حكمت باستمرار أجهزة الإنعاش، ولم ييأس الأبوان ورفعا القضية إلى المحكمة العليا بنيوجيرسي، وقد أقرت المحكمة في 1976/03/31 بحق المريض في الموت بكرامة، وعليه صدر أمر بإيقاف أجهزة الإنعاش. الذي تم تنفيذه في شهر مايو 1976. واستعمرت الفتاة في العيش بواسطة التغذية والتمريض وإعطاء المضادات الحيوية من حين لآخر، وبعد عشرة أعوام من الغيبوبة التامة لاقت حتفها نتيجة التهاب رئوي[2].

---

[1] Cruzan v. Director, Missouri Health Department 497 U.S. 261; 110 S.Ct. 2841; 111 L. Ed.2d 224 (1990).

[2] Supreme Court of New Jersey 70 N.J. 10; 355 A.2d 647; 1976.

ويستخلص من خلال الاجتهادات القضائية المتضاربة الصعوبة الكبيرة التي قد نتج عن تطبيقات مبدأ الكرامة الإنسانية في الواقع العملي تجاه الشخص المحتضر، وعدم تمكن القضاء إلى من البت في المشكلة الأخلاقية التي يثيرها استمرار أو وقف أجهزة الإنعاش الصناعي، يرجع إلى عدم إمكانية ترجيح أحد المبادئ المتفرعة عن مبدأ الكرامة، كمبدأ احترام الحياة البشرية، ومبدأ احترام شخصية الإنسان، واستقلاليته في اتخاذ القرارات الطبية ورفضه للعلاج، وتخليصه من المعاناة، واحترام الضعف البشري، ما يعثر التوصل إلى قرار رشيد بشأنها، فالأمر في نهاية الأمر يتعلق بالحياة الإنسانية والموت، فالأخلاقيات ليست إذن مجرد احترام الخيارات والقرارات الفردية، بل هي ضرورة الاعتناء بالآخرين أيضا. ويشار إلى أن إشكالية وقف أجهزة الإنعاش لا تقتصر على الشخص في المراحل الأخيرة أو النهائية من المرض، بل تهم أيضا بعض الحالات الباثولوجية الأخرى.

الفرع الثالث

استعمال أجهزة الإنعاش في بعض الحالات الباثولوجية

طرح استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي إشكالات بالنسبة لبعض الحالات الصحية، ويتعلق الأمر بحالة الأطفال حديثي الولادة، والأطفال المشوهين خلقيا، وكذا الأجنة المولودة في المراحل المبكرة من الحمل، بالإضافة إلى بعض الحالات الباثولوجية الخاصة بالأشخاص البالغين التي تثير منازعات وغيرها من الحالات الأخرى.

أولا: إنعاش الطفل اللادماغي أو الجنين المولود في المراحل المبكرة من النمو.

تثير مسألة الإنعاش الصناعي للأطفال حديثي الولادة معضلات أخلاقية عويصة، خاصة بالنسبة للحالات الميئوس منها شفائها كحالة الطفل المصاب بموه الدماغ أو المصاب بأنواع الشلل أو الذي ضمر دماغه ضمورا شديدا ويعيش حياة نباتية أو الطفل المشوه خلقيا[1]، وكذلك الحال بالنسبة للجنيين المولود في المراحل المبكرة من النمو أو ما يعرف بالأطفال الخدج[2]. فهل يجب إجراء عملية

[1] ويقصد بالمولود عديم الدماغ هو: " الجنين الذي يولد وليس له قبو رأس، وإنما جذع مخ يقوم على الوظائف الحيوية الأساسية من دورة دموية وتنفس مثل المولود ناقص الخلق ظاهرا أو باطنا والمصاب بتشوه خطير ". أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص 151.

[2] ويقصد بذلك الجنين الذي يولد في أقل من 24 أسبوع من الحمل أو يقل وزنه عن 500 غرام، وهي المعايير العلمية الذي توصل إليها الطب الحديث لقابلية الجنين للحياة، التي تتوافق ما توصل إليه الفقه الإسلامي بالنسبة للمدة الأدنى للحمل أي 06 أشهر، المنصوص عليها كذلك في المادة 41 قانون الأسرة. وأمام عدم وجود تعريف صريح وواضح للعمر الذي يلزم الأطباء أن يبذلوا

الإنعاش الصناعي للطفل مهما تكن حالته، ومهما تكن التداعيات الصحية وانعكاس ذلك على تطوره المستقبلي؟ وهل بالإمكان إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي للطفل بسبب الإصابة الخطيرة بالدماغ؟ وما هي المعايير المعتمدة ودور الأبوين والفريق الطبي في اتخاذ القرار؟

1- صعوبة ضبط معايير علمية واضحة بشأن إنعاش الطفل حديث الولادة.

وضع المرسوم التنفيذي 05 – 438 المؤرخ في 2005/11/10 المتعلق بتنظيم طب فترة ما قبل الولادة وما بعدها وطب المواليد حديثي الولادة وممارسة ذلك، أحكاما خاصة تتعلق بالعلاج المكثف للمواليد حديثي الولادة والإنعاش الصناعي، وكذا التهوية في الساعات الأولى من الولادة في حالات محددة، تتمثل في معاناة الطفل من أخطار حيوية أو إصابات خطيرة أو عدم تحسن حالة الطفل الصحية أو وتدهورها. غير أن النص لم يعالج الإشكالات القانونية والأخلاقية التي نجمت عن استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي، ولم يحدد المشرع موقفه بين ضرورة إغاثة المولود حتى آخر لحظة من الحياة أو تركه يموت بسلام، خاصة أمام التزايد المستمر لتلك الحالات بالمستشفيات، التي تنجم عادة عن الولادة المتكررة أو بعض الحالات المرضية التي تصيب الجنين في مراحل الحمل المختلفة، كاضطرابات النمو والتشوهات الخلقية. هذا ويمكن القول بأن أساليب الإنعاش الحديثة نجحت بالفعل في تجاوز العديد من الحالات المرضية، وإنقاذ حياة أطفال كان من المستحيل في وقت مضى اعتبراهم من الأحياء، لكن الإفراط في التفاؤل بإيجابيات الإنعاش الصناعي بالنسبة لهذه الفئة، يمكن أن يقود إلى مضاعفات جسمانية وذهنية مستقبلية خطيرة.

ويرى جانب من الفقه، بأن الجنين في تلك الحالات بعد انفصاله من رحم الأم يكون حيا ورغم أن حياته محدودة وموته مؤكدا بعد ساعات أو أيام أو أسابيع، فإن لهذا الأخير حرمة شرعية وقانونية ويكتسب بالتالي صفة الإنسان الحي. وهو ما ذهب إليه مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، عندما درس موضوع إنعاش الأطفال حديثي الولادة قليلي الوزن وصغيري العمر في دورتيه 67 و68، أين أكد فيه على حرمة النفس البشرية ووجوب بذل الأسباب لحفظها. وشرح بأنه من ولد من الأطفال وقد تجاوز حمله ستة أشهر وجب بذل الأسباب لإنعاشه، لأن الحمل قد تم له ستة أشهر. أما من ولد قبل أن تبلغ مدة الحمل ستة أشهر، فحينئذ ينظر طبيبان مختصان في حالته، فإن غلب على ظنهما انتفاعه بالإنعاش، فإنه ينعش، وتبذل الأسباب لإنقاذه. أما إذا بدأ الأطباء في إنعاش

قصارى جهدهم لإنعاش هؤلاء الأطفال، بينت الحالات بالمستشفيات إنعاش مواليد أقل بكثير من العمر القادر على إبقائهم أحياء، حيث يتم إدخالهم إلى العناية المركزة للمواليد، وهم يصارعون الموت، ونسبة كبيرة منهم يموتون بعد معاناة قاسية. محمد الحيدر، كبار العلماء يجيزون عدم إنعاش خدج أقل من 06 أشهر، جريدة الرياض، عدد 14847، بتاريخ 2009/02/16.

المولود ثم ظهر لهم بعد ذلك أن حالته ميئوس منها، فلا حرج عليهم في رفع أجهزة الإنعاش عنه إذا قررت ذلك لجنة من الأطباء المختصين لا يقل عددهم عن ثلاثة[1].

أما في الدول الغربية فيميل الأطباء إلى ترك مثل هذا الطفل على حاله دون التدخل الطبي، ولا شك أن الحالات تختلف ولا تتماثل، فكل حالة قائمة بذاتها، وتحتاج إلى قرار خاص من لجنة من الأطباء ولجان أخلاقية لكل مستشفى التي تقرر في كل حالة ما ينبغي فعله بعد التشاور مع الأطباء المعالجين ووالدي الطفل. وهو وما توصلت إليه اللجنة الوطنية الاستشارية الفرنسية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة، في رأيها المؤرخ في 2000/09/14 تحت رقم 65، عندما ناقشت القضايا الأخلاقية التي يطرحها الإنعاش الطبي للأطفال حديثي الولادة. وقد شددت اللجنة على عنصر الوقاية ودعم البحوث العلمية في مجال جراحة الأعصاب للأطفال حديثي الولادة، من أجل الكشف المبكر عن الإصابات والأمراض التي يتعرض لها الجنين. وبعدما ذكرت اللجنة ببعض المبادئ الأخلاقية في مجال العلوم الطبية، كمبدأ عدم الضرر الذي يعد من البادئ الجوهرية في أخلاقيات البيولوجيا وحماية كرامة الطفل المعاق، واحترام الشخص البشري، أكدت اللجنة أن تلك المبادئ تنطبق أيضا على المولود حديث العهد بالولادة، بحكم أنه إنسان مستقل بذاته.

لكن اللجنة طرحت تساؤلات حول ما إذا كان المستقبل يضمن لذلك المولود تلك الاستقلالية؟ كما طرحت التساؤل حول نوعية الحياة التي سوف يعيشها مستقبلا؟ وما هي طبيعة العلاقات الاجتماعية في الوسط الذي سوف يعيش فيه؟ وأوضحت في هذا الصدد، أنه حتى إذا نجح الأطباء في إنعاش الجنين، فإن وزنه المتدني سوف يصبح عالة على كاهل الطفل ترافقه طوال حياته، وليس فقط لفترة قصيرة بعد خروجه من الرحم، ثم إن الطفل قد يجد نفسه لوحده يواجه تلك الصعاب. هذا ولأن الطفل المعاق سوف لن يكون ثمرة لمسار الطبيعية أو القدر المحتوم، وإنما ذلك كان بسبب الابتكارات الطبية

---

[1] وقد ورد في قرار هيئة كبار العلماء بأنه: أولا: التأكيد على حرمة النفس البشرية، ووجوب بذل الأسباب لحفظها. قال تعالى: {وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ } سورة الأنعام، الآية [151]، وقال تعالى: {وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللّهِ يَسِيرًا} سورة النساء، الآيتان [29–30]، وقال سبحانه: {وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ} سورة البقرة، الآية [195]، وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام " [رواه البخاري ومسلم]. ثانيا: من ولد من الأطفال وقد تجاوز حمله ستة أشهر وجب بذل الأسباب لإنعاشه؛ لأن الحمل قد تم له ستة أشهر لقوله تعالى: {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا} سورة الأحقاف، الآية [15]، مع قوله: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ} سورة البقرة، الآية [233]. فالآية الأولى حددت مدة الحمل والرضاع بثلاثين شهراً، والآية الثانية تدل على أن مدة الرضاع عامان (أربعة وعشرون شهرا)، فبقي لمدة الحمل ستة أشهر. ثالثا: من ولد قبل أن تبلغ مدة الحمل ستة أشهر 1 فحينئذٍ ينظر طبيبان مختصان في حالته، فإن غلب على ظنهما انتفاعه بالإنعاش فإنه ينعش، وتبذل الأسباب لإنقاذه. وهنا مسألة وهي أن الأطباء إذا بدؤوا في إنعاش الخديج ثم ظهر لهم بعد ذلك أن حالته ميئوس منها، فلا حرج عليهم في رفع أجهزة الإنعاش عنه إذا قررت ذلك لجنة من الأطباء المختصين لا يقل عددهم عن ثلاثة. قرار هيئة كبار العلماء، بتاريخ 1429/20/27هـ، تحت رقم 231.

الحديثة التي ساهمت في إطالة عمره بوسائل صناعية، واستندت اللجنة في ميلها لعدم إنعاش المولود حديث الولادة الميئوس منه، إلى فكرة رفض الإصرار الطبي التي سبق أن أشارت إليه في رأيها المتعلق بالقتل بدافع الشفقة. وخلصت أن يتعين دراسة الوضع حالة بحالة مع إشراك الوالدين في اتخاذ القرار[1].

2- موقف القضاء من الإصرار الطبي في إنعاش الطفل حديث الولادة.

طرح الإشكال أمام القضاء الفرنسي لأول مرة، حول مسؤولية الأطباء عن إصرارهم في إطالة حياة الطفل حديث الولادة بوسائل الإنعاش الصناعية، في دعوى فصلت فيها محكمة Nîmes الإدارية بتاريخ 2009/06/02، وتتخلص وقائع القضية في أن سيدة أنجبت مولود بالمستشفى في حالة وفاة ظاهرية Etat de mort apparente، وكمحاولة أخيرة لإنقاذ حياته تكفل طبيب الإنعاش والتخدير بإجراء عملية الإنعاش الصناعي، وبعد حوالي 25 دقيقة لم تظهر أية علامات تدل على الحياة[2]. وقد قرر الطبيب النساء إخطار الأبوين بشأن وفاة طفلهما، ولم ييئس الفريق الطبي وواصل عملية الإنعاش إلى غاية ظهور إشارات توحي باستعادة القلب نشاطه الطبيعي، وتبعا لذلك تم تحويل الجنين على جناح السرعة لقسم الإنعاش الأطفال حديثي الولادة، أين تمكن الأطباء في الأخير من إنقاذ حياة الطفل، لكن بأضرار جسمانية وذهنية فادحة. حيث تبين بأن هذا الأخير أصبح يعاني من شلل دماغي وتخلف ذهني حاد، يرجع سببها الرئيسي إلى إصابة الجنين بمرض وراثي نادر، كما يرجع أيضا إلى الظروف التي صاحبت عملية الولادة، لاسيما نقص الأكسجين بالدماغ لأكثر من نصف ساعة، حسب ما كشفت عنه تقارير الخبراء.

وقد حاول والدي الطفل من خلال دعواهما، إثبات الخطأ الطبي من جانب طبيب أمراض النساء والتوليد والقابلة أثناء علمية إخراج الجنين من الرحم، إلا أن المحكمة لم تتوصل إلى أي تقصير من جانبهما، في حين أعاب القضاة على الطبيبين عدم احترامهما للمادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب، التي تلزم الطبيب بعدم الإصرار الطبي غير العقلاني في مواصلة العلاج المكثف Obstination déraisonnable[3]، خاصة إذا تأكد بأن الحالة المرضية ميئوس من شفائها. وقد أسست المحكمة

---

[1] Avis du comité consultatif national d'éthique, n° 65 du 14 septembre 2000, *Réflexions éthiques autour de la réanimation néonatale*. La problématique éthique de la réanimation néonatale a déjà été abordée dans le rapport du CCNE, Ethique et pédiatrie, publié en 1992.

[2] بعد إدخال الأم للمستشفى تم رصد عدم انتظام في نبضات قلب للجنين بجهاز قياس دقات القلب، لتقوم القابلة بإخطار طبيب النساء والتوليد الذي قرر مواصلة عملية الولادة الطبيعية، دون إجراء العلمية القيصرية أو استعمال جفت الولادة.

[3] Art. 37 du code de déontologie médicale : *(Décr. n° 2006-120 du 6 févr. 2006) I.* — En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement. Il doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable dans

الإدارية موقفها بأن الطفل ولد في حالة وفاة ظاهرية، وأن الطبيبين كانا على علم بمخاطر نقص الأكسجين بالدماغ طوال تلك المدة، وكان بإمكانهما التنبؤ بتأثيراتها السلبية، ورغم ذلك واصلا عملية الإنعاش لمدة 20 دقيقة استمرت حتى بعد إخطار الأم بحالة الوفاة دون المبالاة بحالة المولود، وهذا يعد خطأ يرتب مسؤولية المستشفى[1].

وبعد الاستئناف أيدت محكمة الاستئناف الإدارية بمرسيليا الحكم في 2015/03/12. ويستنتج ضمنيا من خلال أحكام القضاء هاته، أنه أراد إيصال رسالة إلى طبيب أنه كان يتعين عليه في تلك الظروف أن يترك الطفل يموت بسلام. ويتعين التنويه أنها تعتبر المرة الأولى التي يكشف فيها القضاء عن صورة من صور العناد الطبي غير المجدي، ويتعلق الأمر بحالات الإنعاش الصناعي للأطفال حديثي العهد بالولادة، وفقا للمفهوم الجديد الذي جاء به القانون المتعلق بحقوق المرضى وبنهاية الحياة لسنة 2005[2].

ثانيا: الحالات المرضية الأخرى التي لا تستدعي الإنعاش الصناعي.

لا يعتبر تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي حقا للمريض في نهاية الحياة، بل إن ذلك يخضع لتقدير الأطباء الذين يقررون جدوى الإنعاش من عدمه، لهذا يمكن أن تثار المسؤولية الطبية في حال رفض الأطباء تركيب الأجهزة. وهناك مشكلة أخرى أثيرت، تتعلق بإنعاش الميت دماغيا أي الذي تلف جذع مخه دون رجعة.

---

les investigations ou la thérapeutique et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre objet ou effet que le maintien artificiel de la vie.

[1] « Face à un enfant présenté à la naissance en état de mort apparente, les médecins ayant conduit les opérations de réanimation, s'ils ont à juste titre entrepris celles-ci dès la naissance de l'enfant, ne pouvaient ignorer les séquelles résultant pour cet enfant de l'anoxie cérébrale de plus d'une demi-heure antérieure à sa naissance et de l'absence d'oxygénation tout au long de ladite réanimation; ces médecins ont poursuivi les opérations de réanimation pendant plus de vingt minutes, puis même pendant que l'un d'eux allait annoncer aux requérants le décès de leur enfant; si l'activité cardiaque de l'enfant a finalement repris, en pratiquant ainsi sans tenir compte des conséquences néfastes hautement prévisibles pour l'enfant, les médecins ont montré une obstination déraisonnable, au sens de l'art. R. 4127-37, de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier d'Orange. » TA. Nîmes, 2 juin 2009, D. 2009, 2874, *obs. Cheynet de Beaupré; 2010, 419, note Borghetti; Méd. et droit, janv.-févr. 2012, n° 112, p. 1, note Manaouil*. Solution infirmée en appel : il appartient au juge de vérifier si la prise en charge de l'enfant a été conforme aux règles de l'art, notamment déontologiques, concernant la prise en charge et la réanimation du nouveau-né en salle de naissance ; une réanimation après un délai réestimé entre 16 et 19 minutes (et non plus de 20 minutes) est parfaitement raisonnable. CAA Marseille, 12 mars 2015, Centre hospitalier d'Orange, n° 10MA03054 : *AJDA, 2015. 861, chron. Hogedez ; RFDA, 2015, 574, concl. Chamot.*

[2] HOGEDEZ Isabelle, *Contours et limites de l'obstination déraisonnable dans la réanimation néonatale*, AJDA, 2015. p. 861.

1- رفض تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي بسبب طبيعة المرض.

لا يمكن إخضاع جميع المرضى في المراحل الأخيرة من المرض أو الذين استعصى علاجهم للإنعاش الصناعي أو إدخالهم لأقسام العناية المركزة بالمستشفيات، نظرا لعدة اعتبارات تتعلق بالوسائل الطبية المتطورة التي تحتاجها هذه العمليات والتكاليف الباهظة للاستشفاء. كما أن نسبة الشفاء أو العودة للوعي في بعض الحالات قليلة جدا، وبالتالي فإنه يوجد فئات من المرضى يقرر الأطباء عادة عدم إخضاعهم للإنعاش الصناعي. ويتعين على الطبيب في هذا الصدد أن يتعرف على الحالات التي تعتبر مرشحة لعدم الإنعاش القلبي الرئوي، وأن يقرر أن الحالة قد وصلت بالفعل إلى اتخاذ قرار عدم الإنعاش الرئوي القلبي، ومن الأفضل استشارة طبيبين آخرين ذوي خبرة في هذا المجال، وأن يكون القرار الطبي مكتوبا وموقع من طرف الجميع، وتدرج نسخة منه في ملف المريض مع توضيح السبب الذي أدى إلى اتخاذ هذا القرار[1].

ويرى الدكتور محمد علي البار في هذه المسألة، بأنه "يتعين على الطبيب أن يشرح للمريض أو أفراد أسرته دواعي عدم إدخال المريض إلى العناية المركزة والبدائل الدوائية المتاحة، مثل الاستمرار في إعطاء مسكنات الألم ومضادات الغثيان وصعوبة التنفس، مع إبداء التعاطف التام مع المريض وذويه، وإيجاد كل الوسائل التي تخفف معاناتهم، والاهتمام بالجانب الديني والروحاني للمريض بمساعدة

---

[1] ويتعلق الأمر بالمرضى الذين يعانون من مرض نهائي مثل سرطان متقدم أو إصابات متعددة ومتقدمة من أنواع الشلل، أو مرض الزهايمر المتقدم، أو مرض القلب المتقدم، أو فشل لمجموعة من الأعضاء الهامة مثل الرئتين مع فشل قلبي، أو فشل في الكبد والكلى، أو وجود صدمة انتانية، أو وجود حالة يعتقد الأطباء أن نسبة نجاح الإنعاش القلبي الرئوي والإجراءات الأخرى المصاحبة ضئيلة جدا ولا تكاد تذكر، وأنه حتى لو نجح الإجراء الطبي في إبقاء المريض على قيد الحياة، فإنه سيكون في حالة غيبوبة ومتعمدا تماما على الأجهزة ولا يوجد أي أمل في تحسن حالته. ويمكن تلخيص تلك الحالات فيما يلي:

أولا: المرضى المصابون بأمراض عضال ولا علاج لها ويعرف عنها تفاقمها التدريجي الذي ينتهي بالوفاة خلال فترة تقرب أو تبعد، كالسرطان المنتشر الذي لا علاج له، والذي يعرف طبيا من الحالات المشابهة أنه سينتهي بالوفاة خلال مدة أشهر.

ثانيا: المرضى المنومون في قسم العناية المركزة والذين فشلت معهم كل الوسائل العلاجية المتوفرة في تحسين حالتهم الصحية، فانتهى بهم الحال إلى حالة شبه نهائية. وهؤلاء هم أقرب للموت منهم للحياة وهم في حالة احتضار. ومثال ذلك المريض المصاب بتسمم شديد في الدم والذي لم تفد معه أجهزة التنفس الاصطناعي و الغسيل الكلوي و الأدوية المختلفة في وقف تطور المرض، (و هذا ما يسمى طبياً حالة فشل الأعضاء المتعددة).

ثالثا: المرضى المصابون بأمراض عصبية شديدة أدت إلى عجزهم التام فكريا على نحو لا أمل طبيا في تحسنهم. ومثال ذلك الشيخ الهرم المصاب بالخرف الشديد على نحو لا يعرف فيه من حوله و لا يقدر على أداء حاجاته و لا يتحكم بالبول و الغائط.

رابعا: المرضى المصابون بالحالات النباتية المستمرة ويقصد بذلك إصابة قشرة المخ إصابة بالغة دائمة مع بقاء بعض وظائف جذع الدماغ سليمة. فمثل هذا المريض في حالة غياب تام عن الوعي ولذلك فإنه يعيش حياة أقرب إلى حياة النبات منها إلى حياة الإنسان. وتشاهد مثل هذه الحالات في بعض ضحايا الحوادث. ياسين محمد سعيد عرابي، الحالات غير القابلة للشفاء من وجهة نظر العناية المركزة، محاضرات المؤتمر الإسلامي لأخلاقيات الممارسة الطبية، غير مطبوعة.

المرشد الديني، وفي حالة أن المريض أو أهله أسروا على استخدام كافة وسائل الإنعاش بما فيما الإنعاش الرئوي بينما يرى الأطباء عدم جدوى ذلك، فعلى الأطباء المعالجين توضيح الحالة والاستعانة بمن يستطيع شرح الموضوع، وفي حالة فشل التفاهم يحول المريض لمستشفى آخر تقبل القيام بمثل هذا الإجراء، وفي جميع الحالات يجب توثيق ما حدث في ملف المريض وتوقيع الطبيب المعالج ووكيل المريض أو ولي أمره"[1].

2- إنعاش المريض المتوفى دماغيا.

من البديهي أن إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض المحتضر الذي قرر الأطباء المختصون موت جذع مخه نتيجة إصابة مرضية أو باثولوجية بالدماغ، أن ذلك جائز طبيا وشرعا ولكن يجب الانتظار مدة مناسبة بعد رفع الأجهزة حتى تتحقق وفاته بتوقف قبله وتنفسه قبل إعلان الموت. فالطبيب ملزم بوقف عمل أجهزة الإنعاش الصناعي دون أن يشكل ذلك جريمة في حقه، لأن هذا المريض هو ميت فعلا، وبقاؤه على هذه الحالة يحجز أجهزة طبية يحتاج إليها غيره ممن يجدي معه العلاج ويكلف أسرته نفقات كثيرة دون طائل. ولذلك، فإن استمرار عمل أجهزة الإنعاش الصناعي بهدف إبقاء المريض الذي تعدى مرحلة موت خلايا المخ في حياة عضوية صناعية للمحافظة على الأعضاء المراد انتزاعها بغرض الزرع أو للتجارب العلمية.

في ضوء ما سبق، فإن الإنسان إذا مات جسديا، يموت الدماغ الذي يلي الموت الإكلينيكي، فإنه ليس بمقدور أجهزة الإنعاش الصناعي أن تعيد له الحياة. وبما أن استخدام هذه الأجهزة لا فائدة منه، فإن امتنع الطبيب عن تركيب أجهزة الإنعاش أو إيقاف عملها في هذه الحالة يعتبر واجبا عليه ولا خلاف حول عدم مسئولية الطبيب جنائيا. وذلك على عكس الأمر بالنسبة للمرضى الأحياء الميئوس من شفائهم، فالقانون لا يضع التزاما على الطبيب بإطالة حياة عضوية صناعية، لإنسان ثبت موته طبيا وذلك بموت خلايا مخه. ولكن لا يحق للطبيب أن يرفع أجهزة الإنعاش فور التأكد من حدوث الوفاة، فلا بد أن يكون ذلك من قبل لجنة طبية.

أما إذا كان بهدف الحفاظ على أعضاء وأنسجة الجسم الحية لاستئصالها وزرعها لدى الغير من المرضى الأحياء، متى توافرت شروط نقل الأعضاء من المتوفين، فالحفاظ على الخلايا والأنسجة حية فيه مصلحة أكبر للمرضى الذين سيتم زرع الأعضاء البشرية لهم من الموتى، خاصة وأن عمل هذه

[1] محمد علي البار، التداوي قرب نهاية الحياة والإنعاش القلبي الرئوي، المرجع السابق، ص 20.

الأجهزة لن يستمر طويلا. ويعتبر الطبيب مسئولا أخلاقيا عن استمرار عمل هذه الأجهزة في حالة عدم توافر شروط استئصال الأعضاء البشرية من الموتى، إذا كان يقصد من ذلك الحفاظ على الأعضاء حية، ويمكن أن يشكل فعله هذا جريمة انتهاء حرمة الموتى، ويمكن أن يتسبب في تأخر دفن الجثمان[1]، وفي حال كان يهدف الطبيب من خلال استمرار عمل هذه الأجهزة تحقيق كسب مادي من أسرة المريض، فإن ذلك يستوجب مساءلته عن جنحة النصب[2].

ويستفاد من خلال ما سبق بأن التقنيات الطبية والمبتكرات التكنولوجية والعلمية المستخدمة للتغلب على العوامل الطبيعية ومحاربة الموت، واستعمال أجهزة الإنعاش الصناعي في الحالات الباثولوجية المختلفة، خلقت بدورها حالات جديدة من الضعف الإنساني أي المرض المزمن والإعاقة الدائمة التي يتزايد حالاتها في المستشفيات، وينبغي بالتالي أن ترتكز الممارسات الطبية على علاج المرض والقضاء على التهديدات التي تطال جسم الإنسان، وعدم الإصرار في إطالة الحياة بطريقة صناعية غير المجدية. وهو ما يقودنا إلى موضوع ذو صلة ويتعلق الأمر بالتكلف بالطبي بالمعاناة والمرافقة الصحية للمريض في المراحل الأخيرة أو النهائية من المرض، الذي يطرح بدوره مسائل شائكة خاصة باستعمال التسكين الملطف.

المطلب الثاني
التسكين الملطف للمريض

فضلا على المعضلات الأخلاقية التي نتجت عن استعمال وسائل الإنعاش الصناعي للمرضى، أثارت الرعاية الصحية لفئة المرضى الذين يواجهون الموت الوشيك، إشكالية أخرى تتعلق باستعمال الأدوية المسكنة للآلام. فبالرغم من أن مضادات الآلام تدخل ضمن الخدمات صحية التي تسعى لتحسين نوعية الحياة، وأنها تعتبر أهم علاج تلطيفي للمريض المنهك جسديا، إلا أنها أصبحت تنحرف في كثير من الحالات عن مغزاها، فلم تعد تسعى إلى احترام الضعف البشري، بل إلى إنهاء حياة

[1] تعاقب المادة 153 من قانون العقوبات على جريمة انتهاء حرمة الجثة.

[2] يعاقب القانون على جريمة النصب بالمادة 372 من قانون العقوبات، وقد أوضحت المحكمة العليا في هذا الإطار، أنه تتطلب جريمة النصب بيان المناورات والوسائل الاحتيالية التي يقوم بها المتهم للحصول على ملك الغير، والتي من شأنها أن تؤثر على الرجل العادي، والتي ولولاها لما أقدم الضحية على دفع المبلغ. قرار مؤرخ في 1984/03/05 تحت رقم 142، غير منشور، أشار إليه، أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية، منشورات بيرتي، 2011، ص 152.

المريض، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[1]. لهذا يجب أولا دراسة حق المريض في التكلف بآلامه في نهاية الحياة، ثم إلى القتل الرحيم باستعمال الأدوية المسكنة.

الفرع الأول
التكفل الطبي بالآلام حق للمريض في نهاية الحياة

يؤثر الألم في نوعية حياة المريض، حيث لا يمكن لهذا الأخير القيام بالنشاطات الحياتية اليومية، ويواجه مشقات متعددة، و خاصة تفاقم المشاكل المتعلقة بالنوم و الأكل، والمشاكل النفسية والذهنية، وقد يشتد المرض ويفتك بالمريض إلى حد لا يفيد فيه العقاقير المسكنة للآلام، الأمر الذي يضع ضرورات معالجة الألم وتأثيراته البدنية والنفسية ضمن أولويات مخططات الصحة العمومية، حيث أصبح التكفل بالآلام من الحقوق الأساسية للمرضى. كما يطرح التكفل الطبي بالآلام مسألة أخرى هامة، تتمثل في توفير الأدوية كعنصر من عناصر الحق في علاج الآلام، لأن صعوبة الحصول عليها تؤثر كثيرا على إمكانية الوصول إلى الرعاية التلطيفية[2].

أولا: تخفيف الآلام والمعاناة مسؤولية أخلاقية للنظام الصحي والمهنيين.

من حق المريض أن لا يشعر بالألم ولا الوحدة ولا المعاناة في مختلف مراحل مرضه، فالتكفل بآلام المريض في المراحل المتقدمة أو الأخيرة من المرض ليس حق بالنسبة لهذا الأخير فقط، وإنما مسؤولية أخلاقية وقانونية للنظام الصحي وجميع الفاعلين في مجال الرعاية الصحية، حيث يتعين على النظم الصحية وضع إستراتيجية لتقييم الآلام التي يعاني منها المرضى والتنبؤ بها والوقاية منها وعلاجها، كما يتعين أن يكون التكفل بالآلام في صلب موضوع الحوار الدائر بين الطبيب المعالج مع

---

[1] إن الألم من حيث كونه شعور خاص بالمريض نفسه، لا يمكن تقييمه من أي شخص آخر، و كل مريض يشعر بالألم بطريقة تختلف عن غيره، و يصفه بتعابيره الخاصة، و ثمة وسائل متعددة لمعالجة الألم، بما في ذلك بطبيعة الحال معالجة السرطان نفسه كمسبب أساسي للألم بعلاجات الأورام المختلفة، و تتراوح الوسائل العلاجية بين استخدام الأدوية المسكنة للألم و المخدرة كخط علاج أساسي، إضافة إلى علاجات لا تعتمد على الأدوية، مثل العلاج الطبيعي، و تقنيات التفكير الموجه و أساليب الإلهاء و تشتيت التفكير، وتقنيات الاسترخاء و التخيل، التي قد تفيد عند الأطفال بسن ما فوق الثامنة والمراهقين. جمعية آدم لسرطان الطفولة، التعامل مع الألم لدى مرضى السرطان، http://www.adamcs.org/

[2] فعلى سبيل المثال يعاني نحو 80 % من مرضى السرطان والأيدز، و67 % من المصابين بالأمراض القلبية الوعائية وداء الانسداد الرئوي المزمن من الألم المعتدل إلى الحاد في نهاية حياتهم. منظمة الصحة العالمية، تعزيز الرعاية الملطفة كعنصر من عناصر العلاج المتكامل طيلة العمر، وثيقة صادرة عن المجلس التنفيذي تتضمن توصية بشأن اعتماد قرار من طرف جمعية الصحة العالمية السابعة والستون، البند 15 – 5 من جدول الأعمال المؤقت، بتاريخ 2014/04/04، تحت رقم ج 31/67.

المريض، وقد تجسد ذلك من خلال التوجهات القانونية الحديثة، والأحكام القضائية التي رافقت التطورات في هذا المجال.

1- التوجهات القانونية الحديثة الرامية لتحسين نوعية حياة المريض.

اعتبرت منظمة الصحة العالمية بأن الرعاية الصحية الملطفة، هي نهج يحسن نوعية حياة المرضى وأسرهم ممن يواجهون المشكلات المرتبطة بالمرض الذي يهدد حياة المريض، من خلال خدمات الوقاية وتسكين الألم، عن طريق تحديد الألم والمشكلات الأخرى سواء كانت بدنية أم نفسية اجتماعية أم روحانية في مراحل مبكرة وتقييمها وعلاجها على نحو سليم، فالعلاج المسكن للآلام مكون أساسي من مكونات الرعاية الطبية للمرضى، ودعت المنظمة البلدان إلى تحسين درجة توفره.

وأضافت بأن إتاحة خدمات الرعاية الملطفة والأدوية الأساسية المستخدمة لأغراض طبية وعلمية والمصنعة من مواد خاضعة للمراقبة بما فيما المسكنات، تسهم في إعمال الحق في التمتع بأعلى مستوى يمكن بلوغه من الصحة والعافية. كما أقرت بأن الرعاية الملطفة هي مسؤولية أخلاقية من مسؤوليات النظام الصحي، وبأنه يجب على أصحاب المهن في مجال الرعاية الصحية من الناحية الأخلاقية أن يخففوا الآلام والمعاناة، سواء أكانت بدنية أو نفسية اجتماعية أو روحانية، بصرف النظر عن مدى إمكانية علاج المرض أو الاعتلال، وبأن الرعاية المقدمة إلى المحتضرين هي عنصر من العناصر الحاسمة للرعاية الملطفة[1].

ومن جهتها، أكدت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، التزام الدول بشكل خاص باحترام حقوق الإنسان في الصحة عن طريق جملة أمور من ضمنها، عدم منع أو تقييد إتاحة فرص متكافئة لجميع الأشخاص في الحصول على الخدمات الصحية الوقائية والعلاجية والمسكنة[2].

[1] منظمة الصحة العالمية، تعزيز الرعاية الملطفة كعنصر من عناصر العلاج المتكامل طيلة العمر، المرجع السابق.

[2] لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، قضايا جوهرية ناشئة عن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 2000/14 المتعلق بالحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه (المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، جنيف، بتاريخ 2000/08/11، وثيقة تحت رقم E/C.12/2000/4.

وقد انتبه المشرع الجزائري لهذا الموضوع، حيث جاء في المادة 360 بأنه: "يحق لكل شخص أن يتلقى العلاجات الرامية إلى تخفيف آلامه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما"[1]. كما نصت المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب أنه: " تتمثل رسالة الطبيب في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية ". وأكدت التعليمة الصادرة عن وزارة الصحة والسكان بتاريخ 2006/05/01 المتعلقة بالتكفل بالمرضى المصابين بنقص المناعة المكتسبة أو العدوى بفيروسه، على أهمية ضمان العلاج الموجه لهذه الفئة من المرضى لتخفيف الآلام والأعراض الأخرى[2].

أما في فرنسا، فإن مسألة التكفل بآلام ومكافحته تعد من أولويات برامج الصحة الوطنية، وكان أول نص أشار إلى ذلك القانون 95 – 116 المؤرخ في 1995/02/04، الذي وضع على عاتق المؤسسات الصحية واجب التكفل بالآلام التي يعاني منها المرضى، وتوفير الوسائل الكفيلة بمكافحته[3]. ثم جاء القانون المؤرخ في 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، ليكرس هذا الحق لجميع المرضى دون استهداف فئة معينة. ودعا إلى ضرورة التكفل الصحي بالآلام بصفة مستدامة، من أجل لضمان نوعية أفضل من الخدمات الصحية، وأن يرفع من كاهل المريض المعاناة، وقد تم كذلك إدخال معيار التكلف بالآلام في تأهيل المؤسسات الصحية.

ثم جاء القانون المؤرخ في 2005/04/22 المتعلق بحقوق المرضى ونهاية الحياة، ليستهدف فئة المرضى المحتضرين، بحيث وضع الإطار القانوني للعلاقة بين الطبيب والمريض في المراحل الأخيرة من الحياة. ويلزم القانون الطبيب بالوقاية من حدوث الآلام للمريض الميئوس من شفائه وتقييمها والتخفيف وطئتها قدر المستطاع، خاصة بالنسبة للمرضى الذين يرفضون العلاج، وحث القانون على إعلام المريض بمخاطر العلاج، والآثار غير المرغوبة، مع توفير مسكنات الآلام[4]. وتم تدعيم هذا

---

[1] وقد ورد في المادة 20 من ذات الوثيقة بأنه: " لكل شخص الحق في الحماية والوقاية والعلاج والمرافقة التي تتطلبها حالته الصحية، في كل مراحل حياته، وفي كل مكان".

[2] « Dans notre pays, des efforts considérables ont été développés dans le cadre de la lutte contre le VIH/SIDA particulièrement les aspects préventifs et curatifs néanmoins un volet très important dans la prise en charge a été occulté celui des Soins palliatifs qui sont des traitements destinés à atténuer la douleur et d'autres symptômes pénibles chez les personnes incurables et souvent en phase terminale. », Instruction n° 01 du 02 mai 2006 relative a la prise en charge des malades vivant avec le VIH/SIDA, précitée.

[3] أشار القانون 96 – 452 المؤرخ في 1996/05/28 إلى ضرورة التكفل بالآلام لكل الفئات الاجتماعية، لاسيما الأشخاص الذي يتعذر عليهم التواصل مع المحيط.

[4] L'art. L. 1110-5 du Code de la santé publique proclame que: « Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée... «Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en

المسعى بالقانون 87 – 2016 المؤرخ في 2016/02/02، الذي أكد على ضرورة احترام حقوق هذه الفئة المستضعفة وواجبات الأطباء تجاههم[1] مع إقرار الحق في التسكين العميق المستمر Sédation profonde، الذي يمكن إجراءه بطلب من المريض الذي يعاني من آلام مبرحة لا يستطيع تحملها شرط أن يكون في المرحلة المتقدمة أو النهائية من المرض، وشدد القانون على التزام الطبيب بضمان استمرارية الرعاية التلطيفية بعد وقف العلاج أو رفع أجهزة الإنعاش، أو بناءا على رغبة المريض في رفض الإصرار الطبي[2].

2- بعض التطبيقات القضائية المتعلقة بحق المريض المحتضر في تخفيف آلامه.

لم يتوان القضاء الفرنسي في تكريس المفاهيم الجديدة للحق في الصحة، ومنها حق المرضى في المراحل الأخيرة من عمرهم في التخفيف من آلامهم، حتى يتمكنوا من مفارقة الحياة بهناء. يستنتج من خلال الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، التي يستخلص منها أن التزام الطبيب بتخفيف الآلام يعد التزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة. ومن الأمثلة القضائية التي رتبت المسؤولية على أساس انعدام مضادات الآلام، ما فصلت فيه محكمة الاستئناف الإدارية ببوردو بتاريخ 2006/06/13، بقيام المسؤولية الإدارية للمستشفى بسبب الانعدام الكلي للدواء الذي يتلاءم مع الحالة الباثولوجية للمريض، ما زاد من تفاقم معاناته الجسدية. وجاء في القرار بأن المستشفى لم يدفع أمام لجنة المصالحة بعدم إمكانية إعطاء المريض المسكنات الشاملة، أي عن طريق الحقن الوردي أو تحت الجلد بالنظر لسنه المتقدم ومعدل ضغط الدم، أو عدم جدوى إعطائه العقاقير الضعيفة عن طريق الفم، وأمام الانعدام الكلي لأي علاج مسكن للآلام، فإن ذلك يعد تقصيرا يترتب عليه تعويض ذوي الحقوق من أجل الأضرار المعنوية[3].

---

phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abréger sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical.» Art. L. 1112-4 Les établissements de santé, publics ou privés, et les établissements médico-sociaux mettent en œuvre les moyens propres à prendre en charge la douleur des patients qu'ils accueillent et à assurer les soins palliatifs que leur état requiert, quelles que soient l'unité et la structure de soins dans laquelle ils sont accueillis ».

[1] L'art. L. 1110-5 du code de la santé publique alinéa 2 dispose que: « Toute personne a le droit d'avoir une fin de vie digne et accompagnée du meilleur apaisement possible de la souffrance. Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour que ce droit soit respecté ».

[2] CHEYNET Aline, *Fin de vie : l'éternel mythe d'Asclépios*, D, 2016, p. 472.

[3] Face à l'état de souffrance et la pathologie d'un patient, l'absence de tout traitement antalgique a aggravé ses souffrances physiques ; cela constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'établissement à l'égard des ayants droit, pour préjudice moral (1500 euros). CAA. Bordeaux, 13 juin 2006, *Marie X. c/ CH Gabriel Martin, req. n° 03BX01900.*

وفي نفس السياق، عرضت على محكمة الاستئناف الإدارية بليون قضية مشابهة فصلت فيها بتاريخ 2008/06/17، إثر دعوى كان قد رفعها زوج الضحية ضد مستشفى Mâcon والتي كانت تعاني من مرض سرطان الثدي، ونتيجة تأثيرات العلاج الكيميائي أصيبت بالقصور الكلوي الحاد وبدأت وضعيتها الصحية تتدهور شيئا فشيئا وقرر الأطباء بدأ العلاج التلطيفي، وفي الأيام الأخيرة من حياتها تم تحويلها إلى مستشفى أخر يبعد بحوالي 20 كلم لمواصلة العلاج، مع ردها للمستشفى الأصلي ثلاثة أيام في الأسبوع لإجراء عملية تصفية الدم، دون الأخذ بعين الاعتبار عدم استقرار حالتها الصحية، الشيء الذي سبب لها معاناة مزرية. وقد طالب الزوج بالتعويض عن الأضرار المعنوية التي إصابته جراء المعاناة المتحملة، الطلب الذي استجابة إليه المحكمة التي أسست قرارها بأن المستشفى لم ينازع في إمكانية التكفل بالحالة المرضية للضحية، وقد تسبب بعمله هذا في معاناة غير مبررة، وأن ذلك لا يتواءم مع المغزى الرئيسي من الرعاية التلطيفية، في ظل غياب وحدة متخصصة في هذا النوع من الخدمات الصحية، وخلصت بأن قرار نقل المريضة لمستشفى آخر يشكل خطأ يستوجب المسؤولية عن الضرر المعنوي للمدعي. ويوضح هذا القرار القضائي بأن المسؤولية تبقى قائمة حتى إذا تسبب المستشفى في اضطراب تقديم الرعاية التلطيفية للمريض ما يزيد في معاناته، في إشارة إلى ضرورة التزام المهنيين في مجال الصحة العمومية بتقديم الرعاية التلطيفية للمريض في أحسن الظروف[1].

وعالجت محكمة الاستئناف الإدارية ببوردو أيضا قضية أخرى بتاريخ 2013/07/16، تتعلق هذه المرة بعدم كفاية المسكنات الممنوحة للمريض المحتضر، ويتعلق الأمر بشخص يبلغ من العمر 77 سنة، كان قد خضع لعملية جراحية بإحدى المراكز الاستشفائية وأثناء التدخل الجراحي اكتشف الأطباء وجود ورم خبيث استعصى استئصاله. وبعد حوالي شهر أصيب المريض بانتفاخ شديد بالبطن وآلام حادة، ليتم نقله على جناح السرعة إلى قسم الاستعجالات الطبية. وبعد إجراء الفحوصات بالأشعة تبين تفاقم الأعراض بشكل خطير، ليفارق المريض الحياة بالمستشفى بعد معاناته من آلام مبرحة، فقام ابنه برفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية يطالب من خلالها بالتعويض على أساس خطأ المستشفى في التكفل بالمريض الذي كان يعاني من تلك الأوجاع، وقد تبين من خلال الخبرة الطبية بأن عملية تخفيف الآلام التي باشرها الأطباء أثناء فترة الاستشفاء لم تكن كافية أو مناسبة مع حالته المرضية، وكان عليهم في

[1] « La Cour retient qu'en procédant, au moment où Mme X… avait commencé de recevoir des soins palliatifs, à son transfert à l'hôpital de Pont de Vaux pour la poursuite des soins, alors que, malgré la précarité de son état, Mme X… devait continuer de se rendre, trois fois par semaine, à l'hôpital de Mâcon, distant d'une vingtaine de kilomètres, pour y subir des dialyses, ce dernier, qui n'allège ni n'établit qu'il n'aurait pu prendre en charge l'intéressée jusqu'à son décès malgré l'absence en 1999 d'unité de soins palliatifs, a fait subir à l'intéressée des souffrances importantes et inutiles, dans des conditions incompatibles avec les objectifs assignés à de tels soins. Ainsi, la décision du centre hospitalier de Mâcon de transférer Mme X a l'hôpital de Pont de Vaux est, compte tenu de l'état de connaissances à la date des faits, constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité du Centre Hospitalier de Mâcon ». CAA. Lyon, 17 juin 2008, *CH Mâcon, req. n° 05LY01052.*

تلك الظروف إعطاء المريض جرعات كافية من عقار المورفين للتخفيف من وطأة أوجاعه وتمكينه في أن ينعم بنهاية حياة هادئة، واستخلص القضاء بأن خطأ المستشفى يكمن في التقصير في علاج آلام المريض في نهاية الحياة، وليس معالجة الأعراض المرضية التي أدت للوفاة، وبالتالي قبلت المحكمة طلب المدعي في شقه المتعلق بالتعويض المعنوي عن المعاناة المتحملة[1].

وكانت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية قد أكدت على بعض المبادئ الأخلاقية المتعلقة بالتكفل الصحي بالآلام، موضحتا بأنه يتعين على الطبيب مواكبة التطورات العلمية في معالجة الآلام وفقا لتخصصه، وأن لا يدخر أي جهد لضمان لمرضاه رعاية فعالة وفقا لما يمليه عليه الضمير، وأن يتطابق تدخله مع المكتسبات العلمية الحديثة في زمن تقديم العلاج[2].

ثانيا: توفير الأدوية الخاضعة للرقابة الدولية واستخدامها.

تواجه الرعاية الملطفة على الصعيد العالمي عقبات كبيرة في ضمان إتاحة الأدوية الكافية منها الأدوية والمستحضرات الخاضعة للرقابة. وتشير تقديرات المنظمات الدولية المهتمة إلى وجود الملايين من المرضى في المراحل الأخيرة من المرض، لا يحصلون على العلاج الكافي للألم لهذا

[1] « Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. A...C...a été admis au service des urgences du centre hospitalier intercommunal du Val d'Ariège avec des symptômes multiples et d'une gravité extrême qui furent mis en évidence lors du scanner alors pratiqué et sont décrits dans le compte-rendu cité par le rapport d'expertise ; que les douleurs endurées étaient dès l'arrivée aux urgences très fortes ; que, toutefois, l'expert a relevé que l'analgésie administrée au cours de l'hospitalisation n'était ni efficace ni adaptée et qu'il aurait été possible de soulager la douleur du patient et de lui permettre une fin de vie paisible par des mesures appropriées et par l'administration de morphine en doses suffisantes ; que les premiers juges ont évalué le préjudice lié aux souffrances endurées par M. C...en raison des fautes ainsi commises à la somme de 12 000 euros, non contestée par le centre hospitalier, et qu'il convient de confirmer… » .CAA. Bordeaux, 16 juillet 2013, *n° 12BX00931, Inédit au recueil Lebon*.

[2] وفي تلك القضية كان المريض قد أصيب بكسر على مستوى خنصر يده اليمنى، ليجرى له الطبيب المعالج عملية تجبيره بواسطة الجبس لكن الآلام لم تتوقف، فالتجئ المريض إلى طبيب ثاني أجرى له عملية جراحية بتثبت العظام بواسطة سفادات معدنية لكن دون جدوى، ونظرا لاستمرار الآلام قام المريض برفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض على أساس الخطأ في اختيار الطريقة المناسبة لعلاج الآلام التي تتوقف. لكن الخبرة الطبية لم تبين أي خطأ في اختيار الطريقة العلاجية، وقد نبهت محكمة النقض على التزام الطبيب في تمكين المريض من رعاية صحية مطابقة للمكتسبات العلمية في زمن تقديم العلاج.

L'obligation pesant sur un médecin est de donner à son patient des soins conformes aux données acquises de la science à la date de ces soins. Est dès lors sans fondement le moyen qui se fonde sur la notion, erronée, de donnée actuelle de la science. Civ. 1re, 6 juin 2000 : *Bull. civ. I, n° 176; JCP, 2001, II, 10447, note Mémeteau.*

صدرت العديد من التوصيات الدولية تشدد على ضرورة توفير هذا النوع من المسكنات، وتذليل العقبات التي تحول دون الحصول عليها من طرف المريض مع ضبط مراقبتها[1].

1- التوصيات الدولية بشأن توفير الأودية الخاضعة للمراقبة وإتاحتها للمرضى.

تشير اتفاقية الأمم المتحدة الدولية المتعلقة بمكافحة المخدرات بالحاجة إلى استخدام بعض المواد الخاضعة للمراقبة الدولية في الأغراض الطبية والعلمية[2]. وتقر الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لعام 1961 في ديباجتها إقرارا صريحا بأن الاستعمال الطبي للمخدرات يظل أمرا لا غنى عنه لتخفيف الآلام والمعاناة، وبأنه يجب اتخاذ التدابير اللازمة لضمان توافر المخدرات للأغراض الطبية. وحثت الاتفاقية الوحيدة بصيغتها المعدلة سنة 1972 الأطراف باستمرار ضرورة الاستعمال الطبي للعقاقير المخدرة لتخفيف الآلام والمعاناة، واتخاذ التدابير الكافية لضمان توافر العقاقير المخدرة لهذه الأغراض[3].

وتعمل منظمة الصحة العالمية مع لجنة المخدرات التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة والهيئات الدولية لمراقبة المخدرات إلى رصد امتثال الدول الأعضاء لأحكام الاتفاقية ودعمه من أجل تحسين إتاحة الأدوية للأغراض الطبية. كما حثت جمعية الصحة العالمية في القرار 55 – 14 المتعلق بضمان إتاحة الأدوية الأساسية على التوسع في إتاحة الأدوية، وأشارت إلى ذلك بوضوح بالنسبة إلى الرعاية الملطفة في القرار 58 – 22 المتعلق بالوقاية من السرطان ومكافحته[4]. وفضلا على ذلك، دعت لجنة المخدرات في قرارها 53 – 04 الصادر في 2010/03/02 إلى تعزيز توافر العقاقير المشروعة الخاضعة للمراقبة الدولية بكميات كافية للأغراض الطبية والعلمية مع العمل في الوقت ذاته على منع تسريبها وتعاطيها، وبين جملة الأمور، التوصية الصادرة عن الهيئات الدولية لمراقبة المخدرات

---

[1] وقد أجريت دراسات حديثة عن حالة الرعاية الملطفة في عديد من البلدان، تبين من خلالها أن نحو 80 % من السكان في العالم يفتقدون إلى إمكانية الحصول على الأدوية الكافية اللازمة للرعاية الملطفة. وفي عام 2010 أشارت تقديرات الهيئة الدولية لمراقبة المخدرات إلى أن مستويات استهلاك المسكنات الأفيونية غير كافية في 21 بلد، وغير كافية بالمرة في أكثر من 100 بلد. وفي عام 2011 أشارت تقديرات منظمة الصحة العالمية إلى أن هناك 5،5 مليون مريض في المراحل الأخير للسرطان، ومليون مريض في المراحل الأخيرة لمرض الأيدز والعدوى بفيروسه يعانون سنويا من الألم المعتل إلى الحاد، ولكنهم لا يحصلون على العلاج الكافي للألم، وثمة حاجة إلى عمليات البحث والتقييم لضمان جودة الرعاية الملطفة ومأمونية استخدام الأدوية مثل المسكنات الأفيونية. أنظر، منظمة الصحة العالمية، تعزيز الرعاية الملطفة كعنصر من عناصر العلاج المتكامل طيلة العمر، المرجع السابق.

[2] اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية المؤرخة في 1988/12/19، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95 – 41 المؤرخ في 1995/01/28.

[3] الاتفاقية الوحيدة المتعلقة بالمخدرات المؤرخة في 1961/03/30، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 63 – 343 المؤرخ في 1963/09/11.

[4] منظمة الصحة العالمية، تعزيز الرعاية الملطفة كعنصر من عناصر العلاج المتكامل طيلة العمر، المرجع السابق.

إلى الحكومات بشأن تعزيز إتاحة المخدرات والمؤثرات العقلية وترشيد استخدامها مع العمل في الوقت ذاته على منع تسريبها وتعاطيها. وقد اعربت هيئة المراقبة مرارا عن قلقها إزاء التفاوت في إمكانية الحصول على المواد الخاضعة للمراقبة وعدم كفايتها للأغراض الطبية والعلمية على صعيد العالم، وأصدرت مجموعة من التوصيات إلى البلدان من أجل تصحيح هذا الوضع[1].

وأشار قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 2005 – 25 المؤرخ في 2005/07/22 بشأن علاج الآلام باستعمال المسكنات شبه الأفيونية، الدور المنوط بالهيئة الدولية لمراقبة المخدرات بأن تقوم، بالتعاون مع الحكومات، بضمان توافر العقاقير المخدرة للأغراض الطبية والعلمية وإلى منع الاتجار غير المشروع بها وتعاطيها غير المشروع، وسد بالاحتياجات الطبية والعلمية على نطاق العالم من المواد الخاضعة للمراقبة الدولية، التي يتعين تلبيتها ضمن إطار تنظيمي وقانوني وتذليل العوائق التي تحول في البلدان دون الحصول على المسكنات شبه الأفيونية لعلاج الآلام واستعمالها الملائم، وأن تتخذ خطوات لتحسين توافر هذه العقاقير الخدرة للأغراض الطبية.

2- الأحكام القانونية المتعلقة بضبط استعمال العقاقير المخدرة.

تضمن القانون رقم 04 – 18 المؤرخ في 2004/12/25 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، مجموعة من التدابير الخاصة بالاستعمال الطبي للنباتات والمستحضرات المخدرة لأغراض طبية أو علمية. وأشارت المادة 03 منه على ضرورة ترتيب جميع النباتات والمواد المصنفة كمخدرات أو مؤثرات عقلية أو سلائف بقرار من الوزير المكلف بالصحة في أربعة جداول تبعا لخطورتها وفائدتها الطبية. ومنعت المادة 04 منه تسليم الترخيص بالقيام بعمليات الاستيراد أو التصدير أو النقل أو البيع إلا إذا كان استعمال النباتات والمواد والمستحضرات موجها لأهداف طبية أو علمية. ولا يتم ذلك إلا بموجب ترخيص من الوزير المكلف بالصحة[2].

[1] قرار لجنة المخدرات 53 – 04 المؤرخ في 2010/03/12، يتعلق بتعزيز توافر العقاقير المشروعة الخاضعة للمراقبة الدولية بكميات كافية للأغراض الطبية والعلمية مع العمل في الوقت نفسه على منع تسريبها وتعاطيها. الأمم المتحدة، الهيئة الدولية لمراقبة المخدرات، قسم مراقبة المؤثرات العقلية، فيينا 2014، وثيقة تحت رقم V.13-86358، ص 90.

[2] القانون رقم 04 – 18 المؤرخ في 2004/12/25، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، (ج.ر 83).

ثم جاء المرسوم التنفيذي رقم 07 – 288 المؤرخ في 2007/07/30 ليحدد كيفيات منح الترخيص باستعمال المخدرات والمؤثرات العقلية لأغراض طبية أو علمية، وأوضح المرسوم أن عمليات التصدير أو الاستيراد للمواد أو المستحضرات المصنفة كمخدرات أو مؤثرات عقلية، لا يجب أن يتم إلا من قبل كل مؤسسة صيدلية أو صحية أو علمية محل تصريح فصلي لدى الوزير المكلف بالصحة[1].

وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أنه كثيرا ما يتم الخلط بين التحمل الدوائي والإدمان على المخدرات، وهما أمران يختلفان، فالتحمل الدوائي ينشأ من امتداد الفترة الزمنية لاستخدام العقاقير وبمرور الزمن يحتاج المريض لتناول جرعات أكبر من العقاقير المخدرة لمعالجة الألم بفاعلية، وقد يعود ذلك إلى زيادة معدلات الألم، حيث يعتاد الجسم على العقار المستخدم، ولا تعود الجرعات المقدمة له ناجعة في تسكين الألم كما هو الحال في بداية المعالجة[2]. ويختلف أيضا على استعمال التسكين من أجل إحداث الموت للمريض وتخليصه من الحياة نهائيا بداعي الحفاظ على كرامته وهو الموضوع الذي أثار بدوره إشكاليات أخلاقية وقانونية عويصة يتم التطرق إليها في الفرع التالي.

الفرع الثاني
التسكين الملطف للمريض والموت الرحيم

يطرح التسكين الملطف للمريض المحتضر قضية أساسية أخرى مرتبطة بالموت الرحيم، وأن السؤال الذي يتبادل للأذهان حول ما إذا يوجد اختلاف بين التسكين الملطف للمريض والموت الرحيم أو الوفاة بمساعدة الطبيب أو الانتحار؟ وما هي الحجج الأخلاقية والقانونية التي يستند إليها لتبرير هذا الإجراء أو رفضه؟ وإذا اعتمدت سياسة التسكين الملطف، فمن يفعل ذلك وفي ظل أية ظروف وطبقا لأية معايير؟ وما السبيل إلى الحماية من سوء الاستعمال؟ وكيف سينظر المرضى وأسرهم والمجتمع إلى مؤسسات الرعاية الطبية والأطباء والممرضين العاملين بها، إذ لجئوا إلى التسكين الملطف عند نهاية الحياة؟ وسوف يتم الإجابة على تلك التساؤلات من خلال الآراء المختلفة المطروحة.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 07 – 288 المؤرخ في 2007/07/30، يحدد كيفيات منح الترخيص باستعمال المخدرات والمؤثرات العقلية لأغراض طبية أو علمية، (ج.ر 49). أنظر أيضا، القرار الصادر عن وزارة التشغيل والعمل والضمان الاجتماعي بتاريخ 2012/12/19، الذي يحدد قائمة الأدوية المسكنة للألم الأفيونية المورفينية القابلة للتعويض من قبل الضمان الاجتماعي. حيث أشار القرار أنه لا يتم تعويض الأدوية المرفقة بالجدول، إلا بناء على وصفة طبية أولية ودورية للمتابعة من المصالح المختصة بالتكفل بالمرضى المصابين بداء السرطان التابعة للمؤسسات العمومية للصحة. (ج.ر 02).

[2] لأكثر تفاصيل، راجع، عبد الله الدبوبي، حنان خمش، علي بدوي، عصام منصور، الإنسان والبيئة، دراسة اجتماعية تربوية، دار المامون للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة، 2012، ص 186.

أولا: الموقف المتشدد إزاء استعمال الأدوية المسكنة بغرض إنهاء حياة المريض.

يستند الموقف المعارض لاستعمال المسكنات في إنهاء حياة المريض لعدة حجج قانونية وأخلاقية، لكن الممارسات الطبية الحديثة أصبحت تميل إلى استعمال الأدوية المسكنة ليس بغرض إحداث الوفاة بطريقة مباشرة، وإنما إحداث حالة من النوم يفقد خلالها للمرضى الذين يواجهون الموت الوشيك الوعي إلى أن ينتهي بهم الأمر إلى الموت.

1- تجريم قتل المريض المحتضر باستعمال الأودية المسكنة.

تقتضي الأخلاقيات الطبية التقليدية أن يحافظ الطبيب على الحياة البشرية، وأن يعمل على إطالتها في كل مكان وزمان، وأن عليه أن يكافح الموت في جميع الظروف مستعينا بكل ما في جعبته من وسائل وإمكانات طبية. وظلت هذه المبادئ الأخلاقية هي السائدة لقرون عديدة في مجال الممارسة الطبية. ولا تسمح هذه المبادئ الطبية بأية استثناءات، وبالتالي فإن إطلاق اليد للقتل الرحيم سيضعف وينهك مبدأ حماية الحياة، إذ أن من شأن إباحة هذا الفعل جعل الحياة موضوع تصرف من قبل الإنسان، وهذا كله يخالف حقيقية الحق في الحياة، الذي يعتبر حقا مشتركا بين الفرد والمجتمع أو بين الإنسان والخالق[1].

فالقتل بدافع الشفقة الإيجابي في حقيقته فعل يعاقب عليه القانون، وقد أخذت بذلك الكثير من التشريعات، منها التشريع الجزائري الذي يعاقب على جريمة القتل في صورها المختلفة بما فيها التسميم والمساعدة على الانتحار[2]، ولا يضع القانون أية استثناءات بالنسبة للمرضى الذي يواجهون الموت

[1] جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية والعشرين المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من 10 إلى 13 مايو 2015 عندما نظر في حكم إيقاف العلاج عن المريض الميئوس من برئه؛ كالمريض الذي يعاني من سرطان متقدم ومنتشر أو أي حالة يقرر الأطباء انه لا يوجد أي أمل في شفائها، بأن: " المحافظة على حياة الإنسان فريضة واجبة، وهي من أعظم كليات الشريعة ومقاصدها. وأن الأخذ بالأسباب والتداوي بالعلاج المباح أمر مشروع، قامت على مشروعيته وطلبه الأدلة الشرعية. وأن أكثر الأمراض التي كان يظن أو يجزم بأنها ميئوس من شفائها أصبحت الآن في نظر الأطباء مقدورا على علاجها ومتمكنا منها، وبعض هذه العلاجات صارت أشبه بالقطعي مع تقدم الطب؛ لذا ينبغي للطبيب وأهل المريض ومن حوله أن يدخلوا عليه الأمل وعدم اليأس".

[2] أنظر، المواد 254 و263 و273 من قانون العقوبات.

الوشيك متى انصرفت نية الفاعل في إزهاق روح المريض[1]. واستنادا على ذلك، ذهب القضاء إلى إدانة المهنيين في مجال الصحة الذين يقومون بقتل المرضى المحتضرين عمدا.

وتطبيقا لذلك، نظرت محكمة الاستئناف الجنائية بباريس في قضية الممرضة Christine MALÈVRE التي تعمل بإحدى المستشفيات واتهمت بارتكاب ستة جرائم قتل خلال سنتي 1997 و1998، كان ضحيتها عدة مرضى مصابين بمرض العضال عن طريق إعطائهم جرعات من دواء المورفين لتسريع الموت، واعتبرت المحكمة بأن رضا المجني عليهم ليس من الأسباب المبررة، وأن القصد الجنائي في إحداث الموت قائم، وقد تم الحكم عليها بتاريخ 2003/10/15 بـ 12 سنة سجن[2].

فمن واجب الطبيب إذن السعي لإنقاذ المريض، دون أن يتجه تفكيره نحو اليأس من حالة المريض أو التفكير بوضع نهاية لحياته لتخليصه من آلامه، فمهمة الطبيب تتمثل في البحث عن العلاج لمريضه حتى آخر لحظة من حياته، وعليه لا يمكن أن تتحول مهنة الطب إلى وسيلة لقتل المرضى مهما كانت المبررات. وتطبيقا لذلك، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أيضا، بأن الطبيب الذي قام بحقن المريضة بجرعات من المورفين التي أوقفت عمل القلب يخالف أخلاقيات الطب، ورفض مجلس الدولة إبطال العقوبة التأديبية المسلطة عليه، رغم أن الطبيب حاول الدفع بأن عمله يهدف إلى الحفاظ على كرامة المريض وتخليصه من المعاناة، وتمسك بنص المادة 03 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان الذي تحضر إخضاع أي شخص للمعاملة المهينة أو غير الإنسانية[3].

---

[1] وقد شرح المجلس الأعلى في قرار مؤرخ في 1984/12/18 على أنه يجب أن تتوافر في جريمة القتل: " العناصر التي نصت عليها المادة المذكورة، وهي أولا: العنصر المادي وهو فعل القتل وأن يكون بفعل الجاني ومن شأنه إحداث الموت، ثانيا: أن يكون المجني عليه إنسانا على قيد الحياة، ثالثا: وهو العنصر الأهم وهو القصد الجنائي الذي هو العمد ويتحقق هذا العنصر متى كان الجاني ارتكاب الفعل بنية إحداث الموت مع علمه بذلك". م.ق 1990، عدد 2، ص 242. كما أضافت المحكمة العليا، " أن جناية التسميم تقوم بمجرد استعمال أو إعطاء المادة السامة التي من المحتمل أن تحدث الموت بغض النظر عن تحقيق النتيجة لا تدخل ضمن الركن المادي لهذه الجريمة قرار الغرفة الجنائية ". قرار الغرفة الجنائية مؤرخ في 2008/01/23، ملف 457348، م.ق 1/2008، ص 293.

[2] QUENTIN Bertrand, *Euthanasie : vrai pouvoir sur soi donné aux vieux ou simple angoisse des jeunes devant la douleur ?*, Gérontologie et société, 4/2012, n° 143, pp. 173-184 URL : www.cairn.info/revue-gerontologie-et-societe1-2012-4-page-173.htm.

[3] « Considérant qu'en qualifiant de faute déontologique le fait, pour M. DUFFAU d'avoir provoqué délibérément dans les circonstances qu'elle a relevées la mort de sa patiente, lasection disciplinaire du Conseil national de l'Ordre n'a méconnu ni les dispositions de l'article 38 du code de déontologie médicale, ni le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ni les stipulations de l'article 3 de la la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux termes duquel « nul ne peut être soumis à des traitements inhumains ou dégradants ». CE, 29 déc. 2000, *req. 212813 M. Duffau, Lebon 678, RFDA, 2001, 295; D. 2001, AJ, 595; RDSS, 2001, 282.*

ومن جانب آخر، فإن القانون الجزائي لا يعتد بالبواعث بصفة أصلية في مجال التجريم. مهما كان الباعث شريفا، فإن ذلك لا يحول دون قيام القصد الجنائي لدى الفاعل، إذ يستوي في قيام أركان الجريمة أن يكون الباعث دنيئا أو بدافع الرحمة. لذا يعد الشخص المقدم على القتل بدافع الشفقة قاتلا وإن اقتصر فعله على التعجيل بوفاة المريض، لأن الحياة انتهت هنا بفعل إنسان وليس بفعل المرض، أو على الأقل قد ساهم الطبيب بفعله في جملة عوامل طبيعية أخرى في إحداث الموت[1].

غير أن القضاء لم يترد في منح ظروف التخفيف للأطباء المتابعين بقتل المرضى في المراحل المتقدمة أو النهائية، آخذا بعين الاعتبار الدافع من وراء ارتكاب الجريمة. ففي قضية الدكتور Nicolas BONNEMAISON الذي كان متابعا بجناية تسميم سبعة مرضى، رأت المحكمة بأن الطبيب مذنب بقتله مريضة واحدة تبلغ من العمر 86 سنة، وقد قضت محكمة الاستئناف الجنائية بـ Maine-et-Loire بتاريخ 2015/10/24 بعقابه بسنتين حبس موقوفة النفاذ[2].

وفي قضية الطبيبة Laurence TRAMOIS التي فصلت فيها محكمة الجنايات بـ Dordogne بتاريخ 2007/03/15، أدانت المحكمة الطبيبة على أساس جناية الاشتراك في تسميم مريضة تبلغ من العمر 65 سنة، كانت تعاني من مرض السرطان في المراحل الأخيرة، بعدما وصفت لها حقنة قاتلة من مسحوق البوتاسيوم، وعاقبتها بسنة حبس موقوفة النفاذ. ومن جهة أخرى، أبرئت المحكمة ساحة الممرضة من جناية التسميم بحجة أنها كانت تتبع تعليمات الطبيبة[3].

وفي قضية Vincent HUMBERT ذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك، عندما اعتد بفكرة الإكراه في نفي المسؤولية. وكان الضحية قد تعرض لحادث سير وأدخل المستشفى وبقي في حالة غيبوبة لعدة أشهر، ليستفيق منها مشلولا بأطرافه الأربعة وفاقدا للسمع والبصر مع احتفاظه ببعض

---

[1] وهذا ما قضت به المجلس الأعلى في قرار مؤرخ في 1975/12/02 بأن الدافع مهما كان شريفا فإنه لا يبرر الإجرام. قرار تحت رقم 22645، أشار إليه، جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2002، ص 13. لكن القضاء عادة ما يأخذ بالدافع كظرف من الظروف المخففة أو المشددة، وفي هذا قضت المحكمة العليا بأن الدافع هو العامل النفسي الذي يدعو إلى التفكير في الجريمة والقوة المحركة لارتكابها، فإن قضاة الموضوع غالبا ما يقيمون له وزنا ويخففون العقوبة في الحدود المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات، لاسيما إذا كانت الجريمة المرتكبة غير شائنة وكان مقترفها غير عائد وذا سيرة حسنة. قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 1988/10/04، تحت رقم 34903، أشار إليه جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 15.

[2] Cour d'assise d'appel, Maine-et-Loire, 24/10/2015, affaire *Bonnemaison*, JCP, G, 2015, 100. Sur cette affaire, V. également, Le Figaro, *Fin de vie: Nicolas Bonnemaison condamné à deux ans de prison avec sursis,* 24 octobre 2015.

[3] La Croix, *L'infirmière acquittée, le médecin condamné au procès de Périgueux*, 16 mars 2007.

قدراته الذهنية، وأمام انعدام أية آمال في الشفاء لم يتحمل هذا المريض وضعيته المأساوية ومعاناته وقرر وضع حد لحياته، قبل أن يبعث برسالة إلى رئيس الجمهورية يطالبه بحقه في إنهاء الحياة بكرامة. لكن هذا الأخير رد بأنه لا يمكن قبول طلبه لأن القانون لا يخوله له ذلك، غير أن والدته قررت مساعدته في الانتحار، وأعربت أمام وسائل الإعلام صراحة عن رغبتها في تخليص ابنها من معاناته الطاحنة. وبتاريخ 2003/09/24، أقدمت هذه الأخيرة على ارتكاب الفعل بواسطة جرعة قاتلة من كلوريد البوتاسيوم التي مكنها منها الطبيب، وضعتها بأنبوب التغذية الاصطناعي، ليدخل المريض في غيبوبة عميقة، وبعد اكتشاف الأمر تم إخضاعه للإنعاش الطبي، وفي النهاية قرر الطبيب نزع أجهزة التنفس الاصطناعي، ثم حقنه بجرعة أخرى من المخدر، ليغادر بعدها الحياة نهائيا.

وأمام هذه الوقائع، أمر قاضي التحقيق بمحكمة المرافعة الكبرى بـ Boulogne-sur-Mer، بتاريخ 2006/02/27 بانتفاء وجه الدعوى في حق والدة المجني عليه المتابعة بجنحة إعطاء المواد الضارة، وكذلك بالنسبة للطبيب المتابع بجناية التسميم مع سبق الإصرار. وقد صاحب القضية ضجة إعلامية كبيرة، ومطالبة عدة جمعيات تناشد بإقرار حق المريض في الموت بكرامة برفع التجريم على المساعدة الطبية على الانتحار، التي أدت في النهاية إلى صدور القانون المتعلق بحقوق المرضى ونهاية الحياة سنة 2005.

وواضح من خلال الأمر القضائي أنه برر القتل بدافع الشفقة على أساس وقوع الجانية تحت وطئت الإكراه الداخلي، وتأنيب الضمير الذي كان دائما يلازمها، وكذا رغبتها الجامحة في تخليص ابنها من معاناته، فضلا على تأثيرات الرأي العام بعد صدور الكتاب الذي سرد قصته، الشيء الذي ينفي المسؤولية الجنائية. كما استند الأمر إلى عدم مسؤولية الطبيب، لنفس المسوغات ولأنه كان يسعى للحفاظ على كرامة المريض[1]. وفي الواقع فإن هذه الحالة لا يستجمع شروط الإكراه المعنوي القانونية، من صدوره

[1] Selon la juge, sa mère s'est retrouvée sous une double "contrainte" à la fois "interne" - "envahissement de ses sentiments, de son devoir de loyauté à l'égard de son fils" - et "externe" - publication du livre de Vincent Humbert, appel au chef de l'Etat et retentissement sur "l'opinion publique». Lorsque Mme Humbert décide, le 24 septembre 2003, d'administrer des barbituriques dans la sonde gastrique de son fils, "elle se trouvait privée de son libre arbitre", indique l'ordonnance."L'examen du processus décisionnel fait apparaître que, peu à peu, la volonté de Vincent a supplanté celle de sa mère. (...) L'acte de Marie Humbert ne pouvait être que l'expression du choix de son fils", considère la juge. "Force est de constater, ajoute-elle, que ce jeune homme imperturbable avait décidé de se faire donner la mort et qu'il avait choisi mais aussi poussé sa mère à commettre un geste définitif, quitte à mettre en oeuvre à son encontre une sorte de chantage affectif pour la soumettre à ce geste vécu pour lui comme l'ultime acte d'amour.".

Le docteur Chaussoy à, lui aussi, subi de multiples "contraintes". la juge rappelle que cette injection est "en contradiction avec l'article 38 du code de déontologie médicale" et qu'"un médecin n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort", elle fait valoir que le docteur Chaussoy "n'avait pas l'intention de lui donner la mort au sens pénal du terme, mais de préserver la dignité de Vincent

من إنسان بقصد حمل الغير على القيام بعمل فتنتقص لدى المكره حرية الاختيار بقدر خطير الذي يتهدده، وهذا غير متوافر عند القاتل بدافع الشفقة في هذه القضية[1].

2- استعمال التسكين النهائي للمريض لتحاشي الموت الرحيم.

لقد طرحت إشكالية أخلاقية أخرى تتعلق باستخدام العقاقير المسكنة ليس بغرض إحداث الوفاة بطريقة مباشرة، وإنما إحداث حالة من النوم الذي يفقد من خلالها المريض الوعي أو ما يعرف بالقتل بدافع الرحمة غير المباشر. وفي الحقيقة، فإن تسكين الآلام اتخذ عدة أسماء منها التسكين الشامل والتسكين النهائي وحتى الموت الرحيم البطيء. ومصطلح التسكين النهائي مصطلح ملتبس يكتنفه الغموض، وهو إجراء يرمي إلى إحداث حالة من النوم، أو حالة من عدم الإدراك الكامل أو المنقوص، وهي حالة يصعب تمييزها عن حالة اللاوعي، أي انعدام الوعي تماما، وهذا بدوره يطرح إشكالية أخلاقية. فهل يعني التدخل بالعقاقير بغية توفير الرعاية المريحة، أو التدخل من أجل شخص يشير التشخيص التنبؤي بأنه لن يعيش سوى أيام قليلة أو بضعة أسابيع على أكثر تقدير، أو التدخل بغرض إنهاء حياة مريض، أي إحداث الموت الرحيم النشط؟

ومن الواضح أن الاحتمال الأخير مستبعد إلا إذا كان الطبيب على استعداد لأن توجه إليه تهمة قتل المريض عمدا، أي تهمة ارتكاب جناية، وهو المرجح أن يحدث في معظم التشريعات. ومهما كانت مقاصد هؤلاء الذين يناصرون التسكين الملطف، فلا يمكن أن يكون هدفهم هو الموت الرحيم، لأن هدفهم على وجه التحديد هو تحاشي أي تهمة مؤداها أن الإجراءات المتخذة ونتائجها لم تسفر إلا عن الموت الرحيم، على الرغم من احتمال هذا الأمر بألفاظ مخففة. وبالنظر إلى أن إجراء التسكين الملطف ليس من فعل المريض ذاته، فلا يمكن أن تصنف هذه الحالة بأنها انتحار بمساعدة الطبيب، ولا وفاة

Humbert et celle de sa famille". Son acte a été exercé "sous la contrainte de voir revenir son patient dans un état antérieur, voire pire, malgré ses demandes réitérées, de la compassion extrême à l'égard de la mère et sous la contrainte médiatique aboutissant à l'absence de possibilité de réflexion sereine dans un temps raisonnable". TGI. Boulogne-sur-Mer, Humbert et a, Ordonnance du 27 février 2006, n° 03012089, cité, Le Monde, *Non-lieu général dans l'affaire du tétraplégique Vincent Humber*, 28/02/2006 ; BENEJAT-GUERLIN Murielle, *Droit pénal et fin de vie*, AJ pénal, 2016, p. 522.

[1] يعد الإكراه سبب نفسي ينفي حرية الاختيار ويسلب الإرادة حريتها كاملة، وأن الإكراه المعنوي ينتج عن ضغط يمارس على إرادة الفاعل بسبب خارجي كفعل شخص أو سبب ذاتي كالعاطفة والهوى ولا يتحقق هذا الأخير. إلا أن القضاء كثيرا ما يتشدد عندما يتعلق الأمر بالإكراه المعنوي الذاتي، فلا يأخذ به إلا إذا قضى نهائيا على إرادة الفاعل. والإكراه لا يعدم الجريمة في حد ذاتها وإنما يعدم المسؤولية الشخصية للجاني، لأكثر تفاصيل، راجع، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، 2002، ص 172.

بمساعدة الطبيب وهي تفرقة ذات أهمية لأنه هذا يتطلب أن يتناول المريض نفسه المزيج الدوائي القاتل، لا أن يعطيه الطبيب إياه أي شخص آخر.

يرى البعض أنه طالما أن الطبيب لا يقصد عند إعطاء المريض مواد مسكنة، الإسراع بوفاته، على رغم أن الوفاة تكون متوقعة كنتيجة مباشرة لتناول هذه المسكنات، فإن الطبيب لا يكون مسئولا عن إحداث الموت للمريض. ولكن هل المريض الذي تناول مسكنات نهائية ويعاني من حالة اللاوعي بسبب الأدوية، ودخل مخه في غيبوبة وفقد عقله، أفضل حالا من الشخص المتوفى هل هو ميت وجوديا من منظور المريض؟ وإذا كانت الإجابة بالنفي فإن نتيجة التسكين الملطف لن تكون أفضل ولا أسوأ من الوجهة الأخلاقية، إذا ما قورنت بنتيجة إحداث الموت الرحيم للمريض أو تقديم المساعدة له في الوفاة. وبعبارة أخرى فإن الأسباب التي تستوجب الامتناع عن المشاركة في الموت الرحيم أو الوفاة بمساعدة الطبيب، هي نفسها التي تستوجب الامتناع عن تفضيل أو عن تقديم المسكنات الملطفة[1].

ويبدو أن الدول الغربية التي تعارض القتل بدافع الشفقة الإيجابي والمساعدة على الانتحار تميل إلى ذلك الحل، وهذا يستشف مثلا من خلال قضية الطبيب John Bodkin Adams التي فصل فيها القضاء الانجليزي، إثر اكتشاف الشرطة 163 حالة وفاة مشكوك فيها بين سنتي 1946 و1956 للمرضى الذين كانوا يتابعون العلاج بعيادته، وأن الكثير منهم تم حقنهم بمواد مخدرة في غياب الممرضات، ليتم توقيف الطبيب و توجيه الاتهام له على أساس جناية قتل أرملة بإعطائها جرعة زائدة من المورفين، رغم علمه المسبق بأن الجرعة يمكن أن تؤدي إلى التعجيل بالوفاة، لكن هيئة المحلفين لمحكمة Old Bailey في حكمها المؤرخ في 1957/04/09 أجمعت بأن المتهم غير مذنب، واعتبرت المحكمة بان الطبيب كان يفعل ما بوسعه من أجل تخفيف معاناة المريضة، رغم أن التدابير العلاجية التي كان يستعملها يمكن أن تحدث آثار جانبية تتمثل في تقليص مدة الحياة[2].

وسارت المحكمة الفيدرالية الألمانية على هذا النهج حينما أكدت أنها تميل إلى أن تكون نهاية حياة المريض بدون معاناة، مع الأخذ بعين الاعتبار موافقته المسبقة[3]. ومن جانبه سمح المشرع الفرنسي من خلال القانون 2005 – 370 المؤرخ في 2005/04/22 المتعلق بحقوق المرضى وبنهاية الحياة، بأن يباشر الطبيب الرعاية التي تهدف إلى تخفيف آلام الشخص في المراحل المتقدمة أو النهائية

---

[1] اليونسكو، قسم أخلاقيات العلم والتكنولوجيا، دليل تعليم أعضاء أخلاقيات البيولوجيا، الدليل الثالث، مطبوعة صادرة سنة 2007، تحت رقم SHS/EST-2007/03 - N. Job 31273، ص 25.

[2] The Times, 11 June 1985, p. 10.

[3] BGH 3 StR 79/96 - Urteil vom 15. November 1996 (LG Kiel).

من المرض، رغم احتمال وجود تأثيرات جانبية يمكن أن تؤدي إلى تسريع الموت، واشترط القانون أن يحاط المريض علما بتلك المضاعفات أو الشخص الذي يعينه كأمين، ثم أجاز القانون87 – 2016 المؤرخ في 2016/02/02 للأطباء صراحة القيام بالتخدير العميق للمريض المحتضر الذي يستمر إلى غاية وفاته، بشرط أن يتأكد الطبيب أن حياة المريض سوف لن تستمر إلا لفترة قصيرة، وثبت بأن جسم المريض قد قاوم جميع الأدوية الأخرى، وأن الأوجاع وصلت إلى درجة لا يطيق المريض تحملها، وأجاز المشرع الفرنسي أن تترافق تلك التدابير بتوقيف العلاج لتجنب الإصرار الطبي[1].

ويمكن القول في هذا الصدد، بأن الحلول المتوصل إليها في تشريعات بعض الدول الغربية بشأن إحداث حالة النوم العميق للمريض، والتي يمكن أن تكون لها آثار جانبية في التسريع بالموت، قد تكون لها حقيقتا نتائج إيجابية بالنسبة للحد من الشعور بالآلام المضنية بالنسبة للمريض المحتضر. لكن من جهة أخرى، فإن هذه الحلول قد تكون محفوفة بمخاطر الانزلاق الأخلاقي، رغم تقييدها بشروط صارمة، هذا لأن الخيط الذي يفصل بين القصد الجنائي في إزهاق الروح وحالة التسكين العميق حتى الموت سوف يكون بلا شك رفيعا جدا، وبالتالي فإن أي انحراف قد يؤدي بصاحبه تحت طائلة النص العقابي، فضلا على أن هذا الأمر قد يفتح الأبواب إلى استعمال الأدوية المسكنة في القتل الرحيم الإيجابي.

ثانيا: الموقف المؤيد لقتل المريض أو مساعدته على الانتحار.

يرى مؤيدو القتل بدافع الشفقة أنه من الواجب احترام إرادة واستقلالية للمريض الذي يواجه سكرات الموت على أن يضع حدا لحياته حفاظا على كرامته، لكن اختلفوا في الطريقة التي يتم بموجبها ذلك، بين القتل بدافع الشفقة الإيجابي والقتل بدافع الشفقة السلبي.

1- القتل بدافع الشفقة الإيجابي.

وفقا لهذا الموقف فإن اللجوء إلى القتل الرحيم فيه مصلحة المريض الذي يعاني سكرات الموت، ويستندون إلى حرية التقرير الذاتي، حيث يرى هؤلاء بأن الإنسان حر في تقرير مصيره، طالما أن الموت أمر محتوم ومقدر لكل إنسان، فللإنسان الذي يتعرض لآلام طويلة الحق في أن يموت أو أن

[1] لا يمكن أن يكون التسكين العميق المستمر بنية إحداث الموت. وهذا ما يجعله يختلف عن القتل بدافع الشفقة الإيجابي الذي يتوافر فيه قصد إزهاق الروح لدى الطبيب.

يحيا بالصورة الكريمة التي يتمناها، وبناء على ذلك فله الحق في أن يقتل إذا طالب ذلك، فإذا ما أصبحت الحياة تعتمد على الغير في قضاء الحوائج، وأن يصبح الإنسان كتلة جسدية لا نفع لها، حينئذ تتساوى الحياة مع الموت. ويرجع هذا الموقف وضع حد للحياة الوجودية المرضى الذين يعانون أمراضا مستعصية[1]

وكان البرلمان البلجيكي تبنى قانونا يجيز قتل المرضى، ويتعلق الأمر بالقانون المتعلق بالقتل بدافع الشفقة الصادر بتاريخ 2002/05/16، وكان هذا الأخير ثمرة لنقاشات طويلة ومحاولات عدة لرفع التجريم على الأطباء الذين يقدمون على إنهاء حياة المرضى في مرحلة الاحتضار، وبالموازاة أصدر المشرع البلجيكي القانون المؤرخ في 2002/06/14 المتعلق بالعلاج التلطيفي[2]. وقد قيد المشرع اللجوء إلى قتل المريض إلى مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية الصارمة[3]. وفي المقابل لم يقم المشرع البلجيكي بتعديل قانون العقوبات، لكنه رتب جزاء مخالفة الطبيب للشروط القانونية، وأحال على النصوص العقابية المتعلقة بجريمة القتل أو التسميم أو المساعدة على الانتحار.

ومن بين الشروط الموضوعية التي رتبها المشرع البلجيكي، أن يكون الفعل برغبة المريض الحرة والواعية بعدما يقوم بتحرير طلب خطي يعرب فيه عن قبوله، على أن يكرر طلبه عدة مرات، وأن يكون في وضعية صحية ميئوس من شفائها، وفي حالة معاناة جسدية ونفسية لا يستطيع تحملها. فضلا على الشروط الشكلية المتعلقة بكيفية تحرير الطلب، يشترط أن يكتب هذا الأخير بخط يد المريض وبحضور الطبيب المعالج وشخص آخر ليس لديه أية مصلحة، ويحق للمريض التراجع عن هذا الطلب في أية مرحلة، وفي الأخير يتم دراسة الطلب من قبل لجنة تقرر إجراء العملية. ثم تبنى البرلمان البلجيكي القانون المؤرخ في 2014/02/13، الذي يسمح بتطبيق إجراءات القتل بدافع الشفقة على القصر في المراحل الأخيرة من حياتهم بعد موافقة المريض ووالديه[4].

---

[1] لقد كان قتل المرضى المحتضرين للتخلص من للتخلص من عوامل الضعف البيولوجي في المجتمع صورة من صور تحسين النسل Euthanasie eugénique وظهر ذلك خاصة من خلال الجرائم ضد الإنسانية التي مارسها النظام النازي إبان الحرب العالمية الثانية،

THOMAS Louis-Vincent, *Mort idéale ? Mort maîtrisée ?, La mort*, PUF, «Que sais-je ? », 2003, p. 74.

[2] Loi relative aux soins palliatifs (M.B. du 26/10/2002, p. 49160).

[3] La loi sur l'euthanasie définit l'euthanasie comme: « *l'acte pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne, à la demande de celle-ci* » Loi relative à l'euthanasie. (M.B. 22/06/2002).

[4] Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs.

وكان المشرع الهولندي السباق في إصدار قانون يجيز القتل الرحيم الفعال، بموجب القانون المؤرخ في 2001/04/12 والمتعلق بمراقبة إنهاء الحياة. وقد جسد هذا القانون بعض التطبيقات الطبية القديمة، ويشير بأن القتل بدافع الشفقة لا يطبق إلا على الأعمال الطبية التي تهدف إلى إنهاء حياة المريض الذي يواجه الموت المؤكد. كما تم تعديل بعض أحكام قانون العقوبات، حيث أصبحت المادة 293 تعاقب القاتل بدافع الشفقة في الحالات غير المنصوص عليها في الفقرة الثانية بعقوبات مخففة[1]، وتتضمن المادة 294 نفس الأحكام فيما يخص المساعدة على الانتحار. وعلى عكس القانون البلجيكي، استثنى القانون الهولندي القصر من القتل بدافع الشفقة. أما في لكسمبورغ، فقد أصدر البرلمان القانون المؤرخ في 2009/03/16 المتعلق بالقتل بدافع الشفقة والمساعدة على الانتحار، يتضمن نفس التدابير تقريبا باستثناء الأطفال القصر[2].

2- المساعدة على الانتحار.

سنت العديد من التشريعات المقارنة قوانين تجيز مساعدة المريض في المراحل الأخيرة على وضع حد لحياته، وتأخذ المساعدة على الانتحار صورتين تتمثل الأولى في إعطاء المريض الذي يتمتع بقدرات جسدية أدوية أو دله على كيفية استخدامها L'assistance au suicide أو مساعدة المريض العاجز حركيا على تناول تلك الأدوية بحقنها أو تجريعها له Le suicide assisté، لكن الطريقة الأخيرة قد تختلط بمفهوم القتل بدافع الشفقة الإيجابي من حيث نية الفاعل في إزهاق روح المريض بالإضافة إلى الركن المادي[3].

ففي الولايات المتحدة الأمريكية، نظرت المحكمة العليا الفيدرالية في مدى مطابقة قوانين الولايات التي أجازت مساعدة المريض على الانتحار[4]. وأصدرت بتاريخ 1997/06/26 قرارين مبدئيين، أكدت من خلالهما أنه لا توجد أحكام دستورية تتعلق بالمساعدة على الانتحار، وأن القانونين لا

---

[1] L'article 293, tel qu'il résulte de la loi du 12 avril 2001, énonce : « *1. Celui qui met fin aux jours d'un autre, à la demande expresse et sérieuse de ce dernier, est puni d'une peine de prison d'une durée maximale de douze ans ou d'une amende de cinquième catégorie (3(*)).* » *2. L'action visée à l'alinéa précédent n'est pas punissable, dans la mesure où elle est réalisée par un médecin qui satisfait aux critères de minutie mentionnés à l'article 2 de la loi relative au contrôle de l'interruption de vie pratiquée sur demande et de l'aide au suicide et qui en donne communication au médecin légiste de la commune, conformément au deuxième alinéa de l'article 7 de la loi sur les pompes funèbres.* »

[2] Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide، (Mé- morial A n° 46, 16 mars 2009, p. 615).

[3] Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la vie et de la santé, Avis n° 121, Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir, p. 42.

[4] The Oregon Death with Dignity, Act du 27 October 1997; The Washington Death with Dignity, Act du 5 mars 2009.

تتعارضان مع الدستور لاسيما الفصل 14 الذي يكرس الحق في الحياة، وأشارت أن تنظيم مسألة المساعدة على الانتحار يدخل ضمن سلطات الولايات التي يحق لها حظره أو إباحته[1]. ثم أكدت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2006/01/17 بأن قانون ولاية Oregon المتعلق بالمواد الصيدلانية الخاضعة للرقابة، لا يعطي النائب العام الحق في منع الأطباء من وصف أدوية مصنفة ضمن تلك القائمة من أجل مساعدة المريض على الانتحار، ما دام أن قانون الولاية يجيز ذلك[2].

وقد سارت على هذا النهج المحكمة العليا بكندا التي غيرت موقفها حيال المسألة بموجب قرار مؤرخ في 2015/02/06، وأوضحت بأن المادة التي تعاقب على المساعدة الطبية على الانتحار غير دستورية، ومتعارضة مع بعض الحقوق الأساسية المنوه عليها في الميثاق الكندي للحقوق والحريات، وأن ذلك يعتبر حق للشخص البالغ الذي يعاني من أزمة صحية غير قابلة للشفاء، شرط أن يعبر عن إرادته الحرة في وضع حد لحياته[3].

وفي أوربا، يعد الحق في الحياة من بين الحقوق الأساسية، حيث يوجد القليل من الدول الأوربية سمحت بمساعدة المريض على الانتحار، ومن بين تلك الدول سويسرا، التي نصت المادة 114 من قانون العقوبات بالدافع النبيل لقتل الغير بناء على طلبه يعتبر عذرا مخففا. في حين تعاقب المادة 115 منه الشخص الذي يقوم بتحريض الغير على الانتحار للظفر بمنفعة شخصية أو ساعده على ذلك. وبمفهوم المخالفة، إذا انتفى الدافع الشرير من التحريض على الانتحار فإن الفعل يكن مباحا. وتعد سويسرا من بين الدول التي تنتشر فيها الجمعيات التي تقدم يد المساعدة لأصحاب الأمراض المزمنة للتخلص من حياتهم، وتم الترخيص لبعضها في استقبال المرضى من مختلف الدول الأوربية في إطار ما أصبح يعرف بالسياحة من أجل الانتحار، غير أن الأكاديمية السويسرية للعلوم الطبية التي تعتبر هيئة أخلاقية عليا عارضت في توصيتها لسنة 1995 هذا العمل الذي يخالف حسبها أخلاقيات الطب وأكدت على وجوب احترام الطبيب للحياة البشرية[4].

والواقع أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان تتجه نحو الإقرار بالحق في المساعدة على الانتحار، دون الإقرار صراحة بحق الإنسان في الموت بكرامة الذي يتعارض حسبها مع المادة 02 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وإنما استنادا على المادة 08 التي تكرس الحق في احترام الحياة

[1] Vacco v. Quill, 521 U.S. 793 (1997); Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).
[2] Gonzales v. Oregon, 546 U.S. 243 (2006).
[3] Carter *c.* Canada (Procureur général), 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.
[4] L'Académie suisse des sciences médicales, Directives médico- éthiques sur l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes, n° 3, Bâle, 1995, p. 18. 2.

الشخصية. وكانت أول قضية عالجت فيها المحكمة الأوربية الإشكالية قضية Pretty c/ Royaume-Uni، بناء على دعوى رفعتها امرأة كانت مصابة بمرض عصبي حركي (تصلب جانبي ضموري) غير قابل للشفاء[1]، وقد طالبت بحقها اختيار الطريقة التي تمكنها من وضع حد لحياته وزمن الوفاة، على أن يتم ذلك بواسطة زوجها لتجنب متعابته جزائيا، إلا أن طلبها قوبل بالرفض لأن القانون الانجليزي الصادر عام 1961 يجرم المساعدة على الانتحار[2]. ورفضت المحكمة الأوربية في هذا القرار الاعتراف للمريضة بالحق في الموت باعتبار ذلك مخالفا لأحكام المادة 02 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي لا يمكن تفسرها على نقضيها، وأكدت المحكمة أيضا أنه لا يمكن إلزام الدول باتخاذ تدابير تسمح بإنهاء حياة المريض المحتضر[3].

كما توصلت المحكمة الأوربية بقضية مواطن سويسري، كان يعاني من اضطرابات عقلية ثنائية القطب، سبب له معاناة شديدة حرمته من العيش بكرامة فأراد وضع حد لحياته، ورفض الطبيب المعالج أن يصف له جرعة زائدة من دواء Phénobarbital Sodique ، كما رفضت السلطات تمكينه من شراء الدواء بداعي عدم وجود وصفة طبية مرفقة بخبرة طبية، واستند المدعي أمام المحكمة بحق كل شخص بأن يضع حدا لحياته بطريقة مؤكدة ودون الإحساس بالآلام. وقد أصدرت المحكمة قرارها بتاريخ 2011/01/20 مؤكدة فيه أنه من حق الدولة أن تمنع الشخص من الحصول على هذا النوع من الأدوية دون خضوعه لخبرة عقلية، للتأكد من إرادته الحرة، وأن تلك الإجراءات يمكن أن تسهم في حماية سلامة الأشخاص ومنعا للتجاوزات المحتملة[4].

---

[1] علما أن المرض في المراحل المتقدمة تسبب لها في معاناة فضيعة، يفقد بموجبها المرء كرامته وينتهي بقتلها خنقا.

[2] *Suicide Act* de 1961.

[3] L'art. 2 Conv. EDH garantissant le droit à la vie ne saurait être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé tel que le droit à mourir ou le droit à l'autodétermination permettant à l'individu de choisir la mort plutôt que la vie. Pas plus que l'art. 3, il ne confère le droit à un individu d'exiger de l'État qu'il permette ou facilite son décès. CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni,* n° 2356/02, *D, 2002, IR, 1596 ; JCP, 2003, II, 10062, note Girault ; Defrénois, 2002, 1131, note Malaurie ; Gaz. Pal. 2002, 1407 ; RJPF 2002-7-8/11, obs. Garaud ; Dr. et patr., déc. 2002, p. 83, obs. Loiseau; RTD civ. 2002. 482, obs. Hauser, obs. Marguénaud; Europe 2002, n° 305, obs. Deffains. – Chvika, Dr. fam, 2003, Chron. 9. – Garay, Gaz. Pal. 2002, Doctr. 1244. – Pédrot, RDSS, 2002, 475.*

[4] L'interdiction du suicide assisté est une ingérence dans la vie privée qui n'est pas disproportionnée dès lors que la protection du droit à la vie s'accompagne d'un régime d'appréciation par la justice prenant en compte tant l'intérêt public d'entamer des poursuites que les exigences justes et adéquates de la rétribution et de la dissuasion. ...Le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de la vie privée; cependant, faute de consensus et au regard des risques d'abus, l'État n'a pas l'obligation positive de faire en sorte que le requérant puisse obtenir sans ordonnance médicale la substance lui permettant de mourir sans douleur et sans risque d'échec. CEDH, 20 janv. 2011, *Haas c/ Suisse,* n° 31322/07, *D. 2012, 308, obs. Galloux et Gaumont-Prat; RTD civ. 2011, 311, obs. Marguénaud.*

ومن بين القضايا التي يمكن من خلالها استنتاج موقف المحكمة الأوربية، القضية التي فصلت فيها الدائرة بتاريخ 2013/05/14 إثر دعوى رفعتها امرأة كانت تريد الانتحار بسبب كبر سنها دون معاناتها من أية حالة باثولوجية، واحتجت بأن الهيئات الطبية السويسرية لم تمكنها من الحصول على دواء قاتل بداعي مخالفة أخلاقيات الطب، واعتبرت المحكمة بأن ذلك الرفض يعد مخالفة للمادة 08 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وخلصت أن القانون السويسري لم يوضح بصورة كافية الشروط التي بموجبها يسمح للشخص أن يلتجئ للمساعدة على الانتحار، لكن لكن المعنية توفيت قبل الفصل في الاستئناف من طرف الدائرة الكبرى[1].

والحقيقة أن كل من القتل بدافع الشفقة الإيجابي والمساعدة على الانتحار يتعارضان مع حق المريض في الحياة، وأنه لا مجال للتذرع في اعتقادنا باحترام الحياة الشخصية وإرادة المريض في وضع حد لحياته، لأن احترام الحياة الخاصة لا يمكن أن يعلو عن الحق في الحياة الذي يعد أغلى قيمة لدى الإنسان. ورغم ذلك، لا يمكن إغفال ضمان حق هذه الفئة الضعيفة من المرضى الفعلي في معالجة الآلام بجميع الوسائل الطبية المتاحة وتوفير الأدوية المسكنة، وعليه يجب على الطبيب أن يبذل قصارى جهده لتخليص مريضه من المعاناة الجسدية والنفسية، كما يجب على الهيئات المكلفة بالرعاية الصحية أن تكفل ضمان المرافقة الصحية له، سواء في الهياكل الاستشفائية أو في المؤسسات ذات الطابع الاجتماعي وحتى في مقر سكانه، وهو ما يصبو المشروع التمهيدي لقانون الصحة تحقيقه، بما يضمن الحياة الكريمة للمرضى الذين يعيشون في وضع صحي صعب، وهذا في إطار التضامن والعدل واستمرارية الخدمات الصحية العمومية، وتكريس الحق في الوصول إلى العلاج. فاحترام الضعف البشري إذن يقتضي احترام فهم المريض لحياته الخاصة ومرضه، كما يشير إلى اهتماماته وإرادته الحرة، ويرتبط هذا الموضوع بضرورة حماية السلامة الجسدية للشخص[2].

---

[1] CEDH, sect. II, 14 mai 2013, *Gross c/ Suisse : n° 67810/10.* arrêt de Grande Chambre, 30 septembre 2014.

وفي نفس السياق فصلت المحكمة الأوربية في دعوى زوج امرأة كانت تعاني من شلل كلي، بعدما رفض المعهد الفيدرالي الألماني للمنتجات الصيدلانية والطبية الترخيص لها بالحصول على دواء تستعمله في الانتحار بمنزلها، ليضطر إلى مقاضاة المعهد لكن القضاء الألماني قضى بعدم قبول الدعوى ولم ينظر في موضوع الطلب، ما يشكل حسبه خرقا لبدأ احترام الحياة الشخصية والعائلية، ويقف ضد تحقيق الرغبة الملحة لزوجته في وضع حد لحياته.ا وأوضحت المحكمة الأوربية بأنه في ظل عدم وجود مسعى أوربي حول موضوع المساعدة على الانتحار، فإنه كان على ألمانيا النظر في موضوع الشكوى.

CEDH, 19 juill. 2012, *n° 497/09, RTD civ. 2012, 700, obs. Marguénaud.*

[2] أنظر على سبيل المثال، المادة 195 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة.

المبحث الثاني
نزع الأعضاء وإجراء التجارب الطبية على الجسم البشري

يرتبط موضوع الضعف البشري بموضوع آخر ذو صلة ويتعلق الأمر بضرورة حماية السلامة الشخصية للإنسان تجاه التطورات الحاصلة في مجال الطب والجراحة، إذ سمحت هذه التقنيات في الوقت الحالي بانتزاع أعضاء من الجسم وزرعها في جسم شخص آخر بغرض إنقاذ حياته، ما جعل أعضاء الجسم تدخل ضمن اتفاقيات قانونية، ولو كانت مجانية. كما أصبح مبدأ حصانة الجسم في حد ذاته محل شك تجاه التجارب الطبية التي تلحق الضرر بالشخص.

فالمشرع على غرار التشريعات الحديثة لم يمنع جميع الاتفاقيات الخاصة بالجسم البشري، وإنما أجاز إجراء بعض العمليات الجراحية التي توصل إليها الطب الحديث، والتي يكون الهدف منها التبرع بجزء من الجسم من أجل إنقاذ حياة الأشخاص أو لتحقيق التقدم للعلم[1] مجسدا بذلك مبدأ التصرف المحدود. غير أن المشرع حرص من جانب آخر على مراعاة المصالح الفردية والجماعية. لذا وضع مجموعة القواعد القانونية الصارمة لتتجب أية مخالفات لقواعد أخلاقيات الطب، وضمان حماية فعالة لكرامة الإنسان[2]. لهذا يتم تقسيم المبحث إلى مطلبين، يخصص المطلب الأول منه إلى عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، في حين يخصص المطلب الثاني للتجارب العلمية على الجسم البشري.

---

[1] يمكن تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء على أنها: " العمليات التي يتم بمقتضاها نقل عضو من أعضاء جسم إنسان بغرض زرعه في جسم إنسان آخر مريض بعد استئصال العضو التالف منه ". وبحسب هذا التعريف تتكون عمليات نقل وزرع الأعضاء من ثلاثة عمليات وهي النقل والزرع وانتزاع العضو التالف أو المريض. أما العملية الأولى، يكون محلها جسد صاحب العضو السليم ويسمى بالمتبرع أو الواهب، الذي يكون إنسانا حيا أو ميتا. وبخصوص عملية الزرع فيكون محلها جسد شخص مريض، يصطلح على تسميته بالمتلقي أو المستقبل، الذي يعاني من تلف في عضو أو توقف أداء وظيفته. ويتوسط العمليتين عملية أخرى، وهي عملية نزع العضو التالف من المتلقي. أما عمليات زرع الأنسجة فيمكن أن تكون هذه الأخيرة ذاتية أي من وإلى الجسم ذاته، مثل عملية نقل وزرع الجلد بالنسبة إلى الأشخاص المصابين بحروق.

[2] تجد عمليات زرع الأعضاء سندها في المادة 16-3 من القانون المدني، التي أشارت إلى عدم جواز انتهاك السلامة الجسدية إلا لضرورة طبية للشخص في حد ذاته، واستثناءا لضرورة علاجية لصالح الغير.

المطلب الأول
عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يقصد بعمليات زرع الأعضاء: " نقل عضو من المتبرع سواء كان هذا الأخير شخصا حيا أو ميتا إلى المستفيد، ليقوم مقام العضو التالف أو المنزوع "[1]. وتتجلى أهمية عمليات نقل وزراعة الأعضاء في كونها كثيرا ما تساعد على استمرار حياة الإنسان بعد إصابته بأمراض ظلت إلى وقت قريب مميتة[2]. كما تساعد الإنسان على التخلص من الآلام والمعانات الناتجة عن بعض الأمراض أو استرجاع عافيته على إثر توقف بعض أعضاء عن أداء وظائفها لأسباب مختلفة[3].

ولم يتطرق المشرع إلى موضوع التبرع بالأعضاء البشرية والأنسجة ضمن قانون الصحة العمومية الصادر بتاريخ 1976/10/23، إلا أن عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية كانت تتم بالاستناد إلى فتوى فقهية للمجلس الإسلامي الأعلى[4]. ومنذ صدور القانون 85-05 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، وضع المشرع الإطار القانوني لهذه العمليات، كما وضع الشروط والضوابط التي يتعين مراعاتها من قبل الطبيب قبل إجراء العملية[5]. وفي الأخير استكمل المشرع هذا المسار بإصداره

---

[1] إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، طبعة 2009، ص 45.

[2] ترجع المحاولات الأولى لعمليات نقل الأعضاء وزرعها على الحيوان خلال القرن التاسع عشر، ثم انتقلت تجارب الزرع إلى الإنسان، وكانت أول علمية لزرع القرنية سنة 1907، ثم تلتها أول عملية زراعة للقلب سنة 1967 في جنوب إفريقيا على يد الطبيب برنارد الذي قام نقل قلب امرأة توفيت نتيجة حادث مرور إلى رجل كان يعاني من مرض خطير. أما زرع الكلى فقد ظهر سنة 1953 على يد الطبيب هامبرجر. إلا أن العملية التي أجراها هذا الأخير لم تنجح. وفي سنة 1954 قام الطبيب موراي بأول عملية ناجحة للكلية من توأم. أما فيما يخص زرع الكبد، فقد كان الجراح الأمريكي توماس ستارزل أول من قام بهذه العلمية سنة 1963 إلا أنها باءت بالفشل، وفي العام الموالي قام الطبيب ولش بعملية زرع كبد لمريض الذي عاش بعد العملية حوالي أسبوعين ثم توفي. و خلال سنوات الثمانينيات بدأت عمليات نقل و زرع الأعضاء في الانتشار بشكل كبير، بحيث تمكن الأطباء من إجراء العديد من العمليات الناجحة، ويرجع الفضل في ذلك إلى اكتشاف عقار Ciclosporine عام 1980، وبموجبه يمكن مساعدة العضو الغريب المزروع على البقاء في جسم المريض، كما يثبت الجهاز المناعي للجسم حتى لا يرفض العضو. أنظر، سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة أولى 2004، ص 12.

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

« Le prélèvement et la greffe d'organes constituent une priorité nationale ».

[4] فتوى المجلس الإسلامي الأعلى، بتاريخ 1972/04/20، منشورة في مجلة العصر، العدد الأول، بتاريخ 1990/09/04، ص 4. أشار إليها، مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 453.

[5] رغم الجهود التي تبذلها الدولة بهدف تطوير عمليات نقل و زرع الأعضاء بالجزائر، فإن واقع زرع الأعضاء يشهد تأخرا ملحوظا مقارنة مع ما تشهده مختلف دول العالم في ذات المجال، فمنذ صدور قانون حماية الصحة و ترقيتها سنة 1985 بقيت عدد حالات

للمرسوم التنفيذي 12 – 167 المؤرخ في 2012/04/05 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها[1].

ومن خلال استقراء تلك الأحكام، يمكن الاستنتاج أن المشرع كان متخوفا منذ البداية من مسألة المتاجرة بالأعضاء، وهي جريمة خطيرة لم تكن معروفة من قبل تمس التكامل الجسماني في صميمه، وتنطوي على استغلال فاضح للإنسان. ورغم ذلك، فإن المشرع لم يضع في المقابل نصوصا عقابية تردع كل من يرتكب تلك الأفعال التي ظلت خاضعة لوقت طويل للقواعد العامة في قانون العقوبات، وقد دفع الإحساس لدى رجال القانون بخطورة هذا الأمر وما يمثله هذا النوع من العمليات من انتهاك للسلامة الجسمانية للمتبرع إلى دعوت المشرع لتدارك النقائص. واستنادا على ذلك كان لزاما دراسة أولا الشروط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء، ثم التطرق إلى الجرائم المرتبطة بعمليات نزع الأعضاء[2].

الزرع قليل جدا بالمقارنة مع عدد المرضى الذين يحتاجون إلى عملية الزرع. وفي هذا الإطار تشير الإحصاءات أن عدد المرضى الذين يعانون من القصور الكلوي والكبدي المزمن لا يستفيدون من عملية الزرع، وأن أغلب عملية الزرع يتم إجراءها من قبل متبرعين أحياء. وأن عمليات الاقتطاع من الموتى دماغيا تبقى قليلة جدا وبعيدا عن توصيات المنظمة العالمية للصحية.

وبالنسبة إلى العقبات التي تحول دون الوصول إلى المعدل العالمي لعمليات الزرع في السنة، ترجع إلى عدة عوامل منها نقص عدد المتبرعين وهو السبب الذي يرجعه الخبراء إلى عدم تقبل الناس لفكرة التبرع بأعضائهم أو أعضاء ذويهم بعد الوفاة، نظرا لعوامل ثقافية واجتماعية وسيطرت فكرة قدسية الجسم ونظرة المجتمع إلى الوفاة، بالرغم من الحملات الإعلامية للتوعية بأهمية التبرع لإنقاذ الأرواح. أما السبب الثاني يرجع إلى نقص الإمكانية والأطباء المختصين خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء من بين أدق وأصعب العمليات الجراحية في المجال الطبي، بحيث تحتاج هذه الأخيرة إلى مهارات و إمكانيات كبيرة.

ومن أجل استدراك تلك النقائص، قامت وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات ببعث البرنامج الوطني لزرع الأعضاء، وإنشاء الوكالة الجزائرية لزراعة الأعضاء، تعمل بالتنسيق مع المعهد الوطني لأمراض الكلى، مع إعداد البطاقة الوطنية للمتبرعين والمستفيدين، و كذا إعادة النظر في النصوص القانونية المتعلقة بزرع الأعضاء، بهدف توسيع دائرة المتبرعين الذي يسمح بنزع الأعضاء من الجثث بعد الحصول على موافقة المعنيين قبل الوفاة، ما من شأنه الإسهام في تعميم عملية زرع مختلف الأعضاء لفائدة المرضى. حول هذا الموضوع أنظر، منتدى جريدة المجاهد حول التبرع بالأعضاء الذي استضاف البروفيسور الطاهر ريان رئيس مصلحة أمراض الكلى بالمستشفى الجامعي ببني مسوس، بمناسبة اليوم العالمي للتبرع بالأعضاء المصادف 15 أكتوبر، منشور في جريدة المجاهد، بتاريخ 2011/10/17.

[1] المرسوم التنفيذي 12 – 167 المؤرخ في 2012/04/05، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، (ج.ر 22).

[2] أما فيما يخص المشرع الفرنسي فقد وضع اللبنات الأولى للتنظيم القانوني للتبرع بالأعضاء، من خلال القانون المتعلق بحرية الجنائز المؤرخ في 1887/11/15، الذي يجيز صراحة للشخص أن يوصي بالتبرع بجثته لفائدة العلوم الطبية الأعضاء في البحث العلمي. ثم جاء القانون المؤرخ في 1949/07/07 الذي أجاز بإجراء عملية النقل التلقائي للقرنية بعد الوفاة بالمستشفيات العمومية، إذا عبر المعني عن موافقته الصريحة. وبعد التطورات التي عرفتها تكنولوجيا نقل زرع الأعضاء في سنوات الخمسينيات، أصبح القانون لا يتماشى مع الممارسات الطبية الحديثة ما حتم على المشرع الفرنسي وضع الإطار القانوني، وكان ذلك بموجب القانون الصادر بتاريخ 1976/12/22 المتعلق بزرع الأعضاء والخلايا والأنسجة، الذي جسد قرينة الموافقة بالنسبة لعمليات النقل بعد الوفاة، ثم جاء

الفرع الأول
الشروط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء

لقد وضع المشرع الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، آخذا بمبدأ التصرف المحدود في عناصر الجسم، ثم وضع ضوابط صارمة تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية سلامة كل من المتبرع والمستفيد. وتهدف تلك الشروط من جانب آخر، إلى تجنب كل انحراف قد يؤدي إلى جعل أعضاء جسم الإنسان بضاعة تباع وتشترى، ما يضر بكرامة الإنسان. وكذا ضمان الأمن الصحي في المجتمع[1]. وتتمثل تلك الشروط في حالة الضرورة العلاجية، ومبدأ المجانية، والموافقة السابقة، والضمانات

القانون المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق باحترام الجسم البشري وبالتبرع بعناصر ومنتجات الجسم الذي وضع نظام قانوني للجسد، وأرسى المبادئ التي تحكم عمليات التبرع، ويتعلق الأمر بمبدأ الموافقة المسبقة ومبدأ المجانية ومبدأ كتمان هوية المتبرع والأمن الصحي ومنع الإشهار، وتبع ذلك صدور القانون المؤرخ في 1998/07/01 الذي ركز على بعض التدابير المتعلقة باليقضة والأمن الصحي والممارسات الحسنة في مجال نقل وزرع الأعضاء وحفظها، واعتبر الأعضاء ومنتجات الجسم المنتزعة لهذا لغرض الزرع كمواد تطبق عليها بعض أحكام المتعلقة بالسلامة الصحية، وأخيرا جاء القانون المؤرخ في 2004/08/06 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا، الذي خفف بعض الشروط التي تحول دون الوصول إلى الأعضاء لتلبية الاحتياجات التي فرضها الواقع العملي والمهني.

V. Loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles, Journal officiel, Chambre, séance du 27 décembre 1904, p. 3335 ; Loi n°49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donneurs d'yeux volontaires, JORF du 8 juillet 1949 p. 6702, Abrogé par Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 - art. 20 (V) JORF 30 juillet 1994 ; Loi n° 98-535 du 1 juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, JORF n°151 du 2 juillet 1998, p. 10056.

[1] حول الضمانات القانونية والأخلاقية المعتمدة من طرف منظمة الصحة العالمية فيما يخص عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والأنسجة، أنظر، منظمة الصحة العالمية، مبادئ المنظمة التوجيهية بشأن زرع الخلايا والنسج والأعضاء البشرية، تقرير الأمانة العامة حول زرع الأعضاء والنسج البشرية، جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون، بتاريخ 2010/03/25 ، وثيقة رقم A63/24.

وفي هذا الإطار شددت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرارها المؤرخ في 2015/01/13 بضرورة وضع القوانين الداخلية ضمانات لاحترام الجسم وكرامة الإنسان ضمن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وقد أدانت المحكمة لتوانيا لخرقها المادتين 03 و08 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، على إثر عملية اقتطاع أنسجة من الجثة دون الحصول على الموافقة المسبقة لزوجة الضحية، وفي هذا القضية لاحظت المحكمة بأن القانون الداخلي غير واضح وأنه لا يضع ضمانات فعالة في مواجهة التعسف، وفيما يخص المادة 03 ذكرت المحكمة بضرورة التعامل مع الجسم البشري باحترام، وأن هذه القاعدة تسري حتى بعد الوفاة. وأكدت في قرار أخر مؤرخ في 2014/06/26 بأن القانون الوطني الذي يفتقد للوضوح يجعل من الممكن إجراء عملية انتزاع الأعضاء في المستشفيات العمومية دون الحصول على الموافقة المسبقة للعائلة، يخالف مبدأ احترام الحياة الشخصية والعائلية المنوه عليه في المادة 08 من الاتفاقية.

Le prélèvement de tissus sur un défunt sans le consentement des ayants droit constitue une atteinte à la vie privée et à la dignité (Conv. EDH, art. 3 et 8). CEDH, 13 janv. 2015, *Elberte c/ Lettonie,* n° 61243/08, *D. 2015, 755, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; AJ fam. 2015, 77, obs. Dionisi-Peyrusse.* Une législation nationale qui par manque de clarté rend possible un prélèvement d'organes dans un hôpital public sans le consentement de la famille enfreint l'art. 8 Conv. EDH (droit au respect de la vie privée). CEDH, 26 juin 2014, *Petrova c/ Lettonie,* n° 4605/05, § 94, *RTD civ. 2014, 840, note Marguénaud.*

الفنية والإدارية، ومبدأ الشفافية والمساواة في الاستفادة من عمليات الزرع، وأحكام خاصة تتعلق بالاقتطاع من الجثة.

أولا: حالة الضرورة العلاجية.

تعتبر عملية نقل وزرع الأعضاء من الأعمال الطبية العلاجية، فلا تكون إلا لضرورة المحافظة على حياة المريض أو سلامته البدنية، لذا يجب ألا يترتب عن تلك العمليات تعريض صحة وسلامة المتبرع لأخطار جسيمة[1].

1- بالنسبة إلى المريض.

يتعين أن يكون المريض في حالة خطر لكي يستفيد من عملية زرع الأعضاء، ويجب أيضا أن يكون ذلك الخطر جسيما وحالا، وهذا ما أشارت إليه المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها حينما نصت على أنه:" لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية". وأكدته المادة 374 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بنصها على أنه: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وحسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"[2].

واستنادا على ذلك، يكون الخطر جسيما بالنسبة إلى المريض إذا كانت حالته الصحية على درجة كبيرة من الخطورة، بحيث لا يمكن شفاؤه إلا إذا استفاد من عملية زرع عضو من الأعضاء في

Pour plus de détails sur les garanties en droit Européen, V. La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la biomédecine, Conseil de l'Europe, Oviedo, 4 Avril1997. Le protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, Conseil de l'Europe, 24 janvier 2002. La directive 2010/45/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation, Journal officiel de l'Union européenne, L 207/14, 6.8.2010.

[1] نصت المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها أنه: " لا يجوز نزع الأعضاء أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية "، وبحسب هذه المادة فإنه يجب أن يكون التدخل الطبي أو الجراحي الذي يهدف إلى نقل أو زرع الأعضاء قصد العلاج وإنقاذ حياة الأشخاص، وهو ما أكدته المادة 20 فقرة 4 التي جاء فيها بأنه: " لا يمكن أن تتعرض السلامة الجسدية للشخص لأي مساس باستثناء حالة الضرورة الطبية المثبتة قانونا وحسب الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"، فإذا انتفى قصد العلاج لدى الطبيب، يجعل عمله غير مشروع من الناحية الجزائية لأنه يشكل اعتداءا على الحق في سلامة الجسم.

[2] ونصت المادة 34 من المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب على أنه: " لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو دون سبب طبي بالغ الخطورة، ما لم تكن ثمة حالة إستعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته ".

جسمه يكون بديلا عن العضو المصاب بمرض. أما إذا أمكن علاج المريض بطرق أخرى بديلة أو كان المريض لا يحتاج إلى عملية الزرع من أجل أداء وظائف جسمه، فإن حالة الضرورة تنتفي. وبصفة عامة يمكن القول أن الخطر الجسيم الذي يستوجب عملية الزرع هو الخطر الذي يؤدي في حالة تحققه إلى وفاة الشخص أو تعطيله عن تأدية واجباته الاجتماعية، ويرجع تقدير درجة الخطورة إلى الطبيب، وهو ما أكدته المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها بنصها على أن حالة الضرورة لا تتوافر إلا إذا وجد هناك خطرا يهدد حياة المريض أو سلامته البدنية[1]. وأضافت المادة 381 فقرة 1 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية..."

بالإضافة إلى جسامة الخطر، يتعين أن يكون الخطر حالا ويقصد بالخطر الحال في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء، هي حالة الاستعجال التي تتطلب التدخل السريع لإنقاذ حياة أو صحة المريض. ويختلف عنصر الاستعجال من حالة إلى أخرى، وبصفة عامة يخضع تقدير ذلك إلى الطبيب أيضا.

2- بالنسبة إلى المتبرع.

لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء إلا إذا توافرت حالة الضرورة بالنسبة إلى المريض، غير أنه إذا نظرنا من جانب المتبرع، يتبين أن هذا الأخير عادة ما يكون شخصا سليما معافى لا يشكو من مرض وليس هناك خطر يهدد حياته أو سلامته الجسدية، بل العكس فإن استئصال عضو من جسمه سوف يؤدي إلى الإنقاص من سلامته الجسدية، لذا فإنه يشترط قبل إجراء عملية الزرع الموازنة بين المخاطر التي يتعرض لها المتبرع مع مصلحة المريض. فإذا كان الخطر الذي يتعرض له المتبرع جسيما بالمقارنة مع الضرر المراد تفاديه، فإنه لا يمكن إجراء تلك العملية. وهذا ما نصت عليه المادة 162 من نفس القانون بقولها:" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر". وهو نفس المبدأ التي أكدته المادة 374 فقرة 1 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة التي جاء فيها بأنه: "لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي، إلا إذا لم يعرض حياة المتبرع إلى خطر...".

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

واستنادا على ذلك، فلا يجب أن يهدد فعل الاقتطاع حياة المتبرع أو سلامته الجسدية كإصابته بنقص خطير ومستديم في وظائف جسمه أو إنهاء حياته. كما نصت المادة 167 فقرة 2 من نفس القانون على أنه:" تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية". فإذا كان الشخص مثلا مصابا بمرض في كليته، فلا يجوز له التنازل عن الكلية الأخرى، لأن هذا يهدد حياته أو وظائف جسمه. لذا يتعين على الفريق الطبي المعالج أن يأخذ بعين الاعتبار حفظ صحة وسلامة كل من المتبرع والمريض على حد سواء وفقا للالتزام العام للأطباء بالمحافظة على صحة أفراد المجتمع[1].

فيتعين على الطبيب القيام بفحص كامل لحالة المتبرع الصحية لأجل التأكد من عدم تدهورها بعد عملية الاقتطاع. فإذا توصل الطبيب من خلال هذا الفحص إلى أن عملية الاقتطاع سوف تؤدي إلى تعريض صحة المتبرع لخطر جسيم قياسا على ما سوف يجنيه المريض من منفعة، فإن التزامه بالحفاظ على صحة الأفراد يفرض عليه الامتناع عن مباشرة العملية. كما يجب إعلام الشخص الخاضع للعملية بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع طبقا للفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

ثانيا: الموافقة المسبقة لإجراء العملية.

لقد جعل المشرع الموافقة المسبقة على إجراء عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية شرطا جوهريا يتعين على الطبيب الالتزام به قبل إجراء أي تدخل طبي على جسم المريض أو المتبرع أو حتى الجثة. فإذا كان الشخص يمتلك القدرة على الإدراك، فإن هذا الأخير هو الوحيد الذي بإمكانه أن يسمح بإجراء التدخل الطبي على جسده[2]، ويشترط في الرضا مجموعة من الشروط.

---

[1] مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص482.

[2] تعتبر الأعمال الطبية من الأعمال المباحة رغم مساسها بالسلامة الجسدية للإنسان، مما يعني انتفاء مسؤولية الطبيب عن العمل الطبي أو الجراحي واعتبار فعله من الأعمال المشروعة، وتستند إباحة الأعمال الطبية إلى ترخيص القانون ولا يجوز اعتبار أساس الإباحة هو رضا المريض بالعلاج إذ هو شرط في مباشرة العلاج، والرضا كأصل عام لا تأثير له في توافر أسباب الإباحة، مصطفى عبد الحميد عدوى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 1992، ص 6.

1- الموافقة الحرة والمستنيرة.

يفرض مبدأ الموافقة المسبقة أن تكون إرادة الشخص الخاضع للعملية حرة، ومعنى ذلك أن تكون خالية من أي عيب من عيوب الإرادة، وألا يكون الشخص الخاضع للعملية معرضا لأي ضغط نفسي ولأي تأثير مادي أو معنوي[1]. ويقتضي ذلك أن يكون الشخص الخاضع للعملية بالغا سن الرشد القانوني وعاقلا أي أهلا لاتخاذ القرار بالتنازل عن جزء من جسمه[2]، وتقتضي الإرادة الحرة أيضا أن تكون قبل إجراء العملية الجراحية وليس بعدها[3]. وواضح من خلال النصوص، أنها تشترط جميعها الحصول على موافقة الشخص الخاضع للعملية وأن تكون موافقته حرة وصريحة وأن تكون صادرة عن شخص يتمتع بقدرة عقلية ونفسية سليمة، كما يتعين أيضا أن يستمر هذا الرضا حتى لحظة إجراء عملية إستئصال العضو[4].

ولا يكفي لكي يكون رضا الشخص المتبرع بالعضو حرا وإنما يجب أيضا أن يكون متبصرا، والمقصود بالرضا المتبصر هو الرضا الذي يسبقه إعلام المريض بقدر من المعلومات تتعلق أساسا بحالته الصحية وبطبيعة التدخل الطبي أو الجراحي المراد إجراءه ومخاطره، بهدف مساعدته وتمكينه من اتخاذ القرار الملائم بشأن حالته الصحية. والالتزام بالإعلام له جانب قانوني كما له جانب مهني يتعلق بآداب مهنة الطب[5]. وقد أخذ المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الحديثة بمبدأ الرضا المتبصر،

---

[1] لقد عالج القانون المدني عيوب الإرادة بالنسبة إلى التصرفات المالية في المادة 81 وما يليها، والتي يمكن أن تأثر على صحة تصرفاته فتجعلها باطلة أو قابلة للإبطال، ويتعلق الأمر بالغلط الجوهري والتدليس والإكراه والاستغلال.

[2] تحدد المادة 40 فقرة 2 من القانون المدني سن الرشد بـ 19 سنة كاملة.

[3] وفي هذا الصدد نصت المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم". أما فيما يخص عمليات نزع الأعضاء، فقد اشترطت المادة 162 من نفس القانون على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة للمتبرع، وهو نفس الحكم الذي جاءت به المادة 34 من المرسوم التنفيذي المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب التي نصت على أنه:" لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، وما لم تكن ثمة حالة إستعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وأخذ موافقته". وشدد مشروع قانون الصحة الجديد على هذا الشرط، حيث نصت المادة 374 بأنه:"... تشترط الموافقة المستنيرة والكتابية للمتبرع بالأعضاء بعد تحريرها من طرف المتبرع أو ممثله الشرعي بحضور شاهدين ...". ومن جانبها، نصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

[4] OSSOUKINE Abdelhafid, *L'Ethique biomédicale*, 2e édition, OPU, 2007, p. 95.

[5] يعتبر القضاء الأمريكي من الناحية التاريخية، أول من أرسى قواعد الرضا المتبصر في الدول الغربية منذ خمسينيات القرن الماضي، ثم لحقه القضاء الإنجليزي في السبعينات، في حين يرجع اهتمام القانون الفرنسي بهذا الجانب إلا مؤخرا بالرغم من أن القضاء الفرنسي اعتمد على تلك النظرية في منتصف القرن الماضي. مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 100.

واشترط توافره في جميع الأعمال الطبية التي يكون فيها خطر جدي على صحة المريض وسلامته البدنية. كما أكد عليه في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء. وتبعا لذلك، نصت المادة 162 فقرة 3 على أنه: " لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسبب فيها عمليات الانتزاع، ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة ". وأضافت المادة 374 فقرة 2 من مشروع قانون الصحة الجديد بأنه: " لا يمكن المتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعدما يعمله الطبيب عن الأخطار الطبية المحتملة التي تنجر عن النزع".

2- حق المتبرع في التراجع على الموافقة.

تنص المادة 162 في فقرتها الثانية أنه يستطيع المتبرع في أي وقت أن يتراجع عن موافقته السابقة، وحق العدول عن الرضا من قبل المتبرع يجد أساسه في مبدأ الكرامة الإنسانية، الذي يقتضي عدم إرغام الشخص على اقتطاع جزء من جسمه دون رضاه، وتجسيدا أيضا لحق المتبرع في الموافقة الحرة والمتبصرة، التي تقتضي السماح للمتبرع الذي وافق في بداية الأمر على الاقتطاع أن يتراجع عن تلك الموافقة[1]. ولما كانت مسألة الموافقة من المسائل الشخصية، فإن الرجوع عليها كذلك أمر شخصي ولا يسوغ البحث في أسبابه ومبرراته. كما يعد العدول عن الموافقة عملا إراديا يزيل الأثر القانوني للرضا الذي صدر من المتبرع[2]، بحيث لا يمكن للطبيب أن يستند إلى الموافقة السابقة لمباشرة العملية الجراحية أو إرغام المتبرع على الخضوع لها، كما لا يجوز له إجراء عملية النقل إذا كان عالما أن المتبرع تراجع عن موافقته، وبحسب النصوص القانونية، فإنه باستطاعة المتبرع أن يمارس هذا الحق في أي وقت قبل إجراء العملية الجراحية. وبالتالي لا يجوز للمتبرع أن يطلب استرجاع العضو بعد زرعه في جسم المستفيد لأنه صار جزء منه. وخلافا للشكليات التي يتطلبها القانون في التعبير عن الإرادة، فإن التراجع عن الإرادة لا يشترط أية شكليات معينة إذ يكفي أن يعبر المتبرع شفاهة أو كتابة عن تراجعه عن إجراء العلمية.

3- الشروط الشكلية في التعبير عن الإرادة.

لا يكفي توافر الشروط الموضوعية للموافقة المتمثلة في أن يكون الرضا حرا ومتبصرا، وإنما اشترط القانون أن يتم التعبير عن إرادة المتبرع وفقا لشكليات محددة. وهكذا نصت المادة 162 فقرة أولى

---

[1] أكدت على هذا الشرط المادة 374 فقرة 3 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة التي جاء فيها بأنه: " يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها، في أي وقت وبدون أي إجراء".

[2] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 592.

من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضاءه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة ". وجاء فيه المادة 374 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "... وتشترط الموافقة المستنيرة والكتابية للمتبرع بالأعضاء بعد تحريرها من طرف المتبرع أو ممثله الشرعي بحضور شاهدين وإيداعها لدى مدير المؤسسة". واستنادا على ذلك، اشترط القانون شكليتين للتعبير عن الإرادة وهما الكتابة وحضور الشاهدين.

فالكتابة تعد دليلا مهما يفيد حصول الطبيب على موافقة المتبرع ومن ثم فإنها تشكل أداة لإثبات للرضا، وعلى هذا الأساس لا يجوز للطبيب مباشرة عملية الاقتطاع، إلا بعد حصوله على وثيقة تتضمن تعبير المتبرع عن رضاه وتوقيعه عليها. وأن اشتراط المشرع الكتابة في مثل هذه العمليات ضمان للشخص من التجاوزات الممكنة في مجال عمليات نقل الأعضاء، وهو أمر يتطلب التشدد في الحصول على الموافقة. لكن المشرع لم يحدد المشرع شكل الوثيقة التي يتم فيها التعبير عن الإرادة، غير أنه عمليا يتم ذلك وفقا لنماذج معدة سلفا من الجهات الإدارية المختصة أو إدارة المستشفى، توضح من خلاله جميع البيانات المتعلقة بالهوية والإعلام والحصول على الموافقة والبيانات الفنية الأخرى وكذا توقيع[1].

ولم يكتف المشرع باشتراط الكتابة فقط كشرط شكلي في التعبير عن الإرادة، وإنما اشترط أيضا أن يتم ذلك بحضور شاهدين دون تحديد الشروط التي يجب توافرها في هذه الشاهدين. ووفقا للقواعد العامة، يتعين أن تتوافر لديهم الأهلية والقدرات الإدراكية، والغرض الأساسي من حضور الشاهدين هو التأكيد على أن المتبرع قد وافق بإرادته الحرة والواعية على العملية بعد أن تم إعلامه بالمخاطر والنتائج المترتبة عن العملية بقدر كافي[2].

4- اقتطاع أعضاء القصر والأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية.

ترتبط مسألة اقتطاع أعضاء القصر والأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية، بمسألة الأهلية التي تعتبر عنصرا جوهريا في تكوين الرضا، وقد عالجت المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها، تلك المسألة بنصها على أنه:" يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين

---

[1] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 596.

[2] وتجدر الإشارة إلى أن قانون الصحة العامة الفرنسي، اشترط أن يتم التعبير عن الإرادة أمام جهات رسمية والمتمثلة في رئيس المحكمة الكبرى أو القاضي المكلف من قبله، وفي حالة الاستعجال أمام وكيل الجمهورية. ويتمثل دور القاضي المكلف بالحصول على رضا المتبرع والتأكد من توافر الشروط القانونية المطلوبة للرضا في مجال نقل الأعضاء، وتمتع المتبرع بكامل قواه العقلية. أنظر، المادة L. 1231-1 من قانون الصحة العمومية.

المحرومين من قدرة التمييز ... ". وجاء في المادة 378 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية، من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية...". ويستنتج من ذلك بأنه يمنع الاقتطاع من القصر وكذا الأشخاص الراشدين المحرومين من قدرة الإدراك[1]، وهم الأشخاص الذين يفقدون القدرة على تقدير الأمور تقديرا سليما كالمجنون أو السفيه أو المعتوه هي الحالات التي نصت عليها المادة 42 من القانون المدني التي جاء فيها أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقدا التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، ومن ثم يخضع هؤلاء في تصرفاتهم لنظام الولاية أو الوصاية المنصوص عليها في قانون الأسرة[2]، فلا يمكن إخضاع هؤلاء القاصر أو الخاضعين لتدابير الحماية القانونية لعملية بتر لأعضائهم لأسباب علاجية إلا بموافقة الولي أو الوصي المسئول عن رعايته[3]. أما بالنسبة إلى اقتطاع الأعضاء من أجسام هؤلاء بغرض التبرع، فهو محظور أصلا سواء تم ذلك بموافقة الولي أو دونه، وبالتالي فإن المشرع استبعد القاصر والأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية من مجال عمليات نقل الأعضاء[4].

ثالثا: أن يكون التبرع بدون مقابل.

يعد مبدأ المجانية من أهم الضمانات القانونية في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء، الذي يهدف إلى حماية أعضاء الجسم من التعاملات المالية، وفي المقابل لم يتطرق المشرع إلى مسألة تعويض المتبرع عن الأضرار جراء عملية الانتزاع.

1- التكريس القانوني لمبدأ المجانية.

من المعلوم أن محل الحقوق الأشياء التي يمكن تقويمها بمال، وأن جسم الإنسان وأعضائه لا يمكن أن يكون محلا للتعامل. وعليه فإن أي اتفاق يتضمن بيع عضو من أعضاء الجسم يعد باطلا لمخالفته قواعد النظام العام والآداب العامة. و قد أخذ المشرع، كما سبق بيانه، بهذا المبدأ من خلال المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي نصت على أنه: "لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية"، وهو نفس الحكم الذي ورد في المادة 375 من

---

[1] وهي المادة التي تقابلها في قانون الصحة العامة الفرنسي المادة L1231-2 التي جاء فيها:
« Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ».

[2] أنظر، المواد 85 وما يليها من قانون الأسرة، وكذا المادة 44 من القانون المدني.

[3]- محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، 2002، ص 15.

[4] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص574.

المشروع التمهيدي لقانون الأسرة التي جاء فيها بأنه: "لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفة مالية"، وبالتالي اعتبر المشرع أعضاء جسم الإنسان خارجة عن التعامل القانوني والتقدير المالي.

وقد سلك المشرع نفس النهج الذي سلكته التشريعات المقارنة في هذا المجال. وهو ما أكدت عليه أيضا التوصيات والقرارات الصادرة عن المنظمات والمؤتمرات الدولية ذات الصلة[1]، والغرض من ذلك كله الحفاظ على الكرامة الإنسانية، وغلق الباب أمام جميع أشكال الاستغلال والترويج لبيع الأعضاء والمتاجرة بالبشر التي أصبحت ضمن الجريمة المنظمة العابرة للحدود. كما يضمن مبدأ المجانية من جانب آخر الحماية اللازمة لجسم المتبرع[2].

2- مسألة تعويض المتبرع.

لقد طرحت العديد من التساؤلات حول إمكانية منح المتبرع تعويضات عن الأضرار اللاحقة به جراء العلمية وفيما كان ذلك يتعارض مع مبدأ المجانية، ويرى الفقه أنه يمكن منح المتبرع التعويضات جراء مكوثه بالمستشفى أو التنقل لإجراء الفحوصات أو تعطيله عن ممارسة نشاطه الاجتماعي والمهني. وهناك من يضيف إمكانية منح تعويض للمتبرع عما أصاب قوته الجسدية من ضعف أو نقص[3]، ولا يمكن أن تكون تلك التعويضات بأي حال من الأحوال بديلا أو ثمنا للعضو الذي انتزع منه، وهو ما نصت عليه المادة L. 1211-4 من قانون الصحة العمومية الفرنسي على أن مصاريف انتزاع العضو

[1] نصت العديد من المواثيق الدولية على مبدأ المجانية من بينها، القرار المعتمد من قبل منظمة الوحدة الإفريقية المتعلق بأخلاقيات علوم الأحياء، التي تم اعتماده بمناسبة انعقاد اجتماع قادة الدول والحكومات في الدورة 32 بيواندي الكامرونية، بتاريخ 08 و10 يوليو 1996. والذي نص على منع المتاجرة بالجسم البشري وعناصره، كما منع القرار أن تكون عناصر الجسم البشري محلا للحقوق المالية. وبالرجوع إلى بروتوكول اتفاقية Oviedo المتعلق بنقل وزرع الأعضاء والأنسجة ذات الأصل البشري الصادر المؤرخ في 2002/01/24، يتبين أنه منع هو الأخر المتاجرة في الأعضاء، حيث نصت المادة 22 منه صراحة على منع المتاجرة بالأعضاء البشرية ومشتقات الجسم، كما منعت المادة 21 الإعلانات التجارية التي ترمي إلى التشهير بالحاجة إلى عضو أو أنسجة بشرية أو عرضها. لأكثر تفاصيل، أنظر،

M-L.DELFOSSE et C.BERT, *Bioéthique, droit de l'homme et biodroit*, op. cit., pp. 48.184, et 196.

[2] سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص 167.

[3] محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص 95.

من المتبرع تكون على عاتق المؤسسة الإستشفائية التي قامت بالعملية الجراحية[1]. كما أضافت المادة L. 1231-1 من نفس القانون على ضرورة مراعاة مبادئ العدالة والإنصاف في منح التعويضات للمتبرع[2].

ومن جهة أخرى، حظر المشرع الفرنسي على الأطباء والممارسين لهذه العمليات تقاضي أجر مهما كان نوعه، مقابل قيامهم بعمليتي النقل أو الزرع، وذلك لقطع أي شبهة تحوم حول الاتجار بالأعضاء داخل المستشفيات. أما فيما يخص التشريع الجزائري، فلا يوجد أي نص أشار إلى إمكانية التعويض، لهذا يتعين الفصل في تلك المسألة لاسيما بعد صدور النصوص الجزائية التي تجرم المتاجرة بالأعضاء البشرية، وذلك بوضع القواعد القانونية التي تضبط الموضوع والقول ما إذا كان هذا العمل مباحا من الناحية القانونية وتحديد الشروط القانونية الواجب إتباعها.

رابعا: توافر الضمانات الفنية والإدارية.

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

1- الضمانات الفنية.

ويتعلق الأمر بالضمانات المرتبطة الأمن الصحي، حيث تنص المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل ". وأضافت المادة 376 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "يمكن زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من متبرع حي تربطه قرابة عائلية بالمتلقي وهو مطابق له"، ثم أشارت المادة 377 من ذات الوثيقة بأن: "... ويمنع كذلك نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب المتبرع أو المتلقي".

[1] L'art. L. 1211-4 du Code de la santé publique dispose que : « Les frais de prélèvement et de collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte ».

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

ويستنتج من خلال هذه المادة أن المشرع أوجب لضمان نجاح عمليتي نقل وزرع الأعضاء مراعاة الجوانب الفنية تتمثل خاصة في إجراء بعض الاختبارات والفحوصات تكون سابقة على إجراء العملية، مثل التأكد من خلو المتبرع من بعض الأمراض المعدية[1]. كما يتعين على الطبيب أيضا قبل إجراء العملية التأكد من أن نزع العضو لا يشكل خطرا على حياة المتبرع أو يصيبه بضرر جسيم، ويتعين إجراء تلك الفحوصات في مدة زمنية كافية للتأكد من مدى إمكانية الانتفاع بالعضو المراد نقله[2].

بالإضافة إلى التزام الطبيب بالتأكد من الحالة الصحية لكل من المتبرع والمريض، يتعين أيضا على الفريق الطبي أن يتأكد قبل إجراء العملية من توافق أنسجة الطرفين والتأكد من نسبة نجاح العملية بالنظر إلى هذا المعيار، وذلك لتجنب عدم نجاح العملية بسبب رفض جسم المريض للعضو الجديد المزروع فيه. إلا أن التطور العلمي في المجال الصيدلاني سمح باكتشاف بعض الأدوية التي تساعد الجسم على تقبل العضو الجديد. وبصفة عامة، فإن المشرع ترك السلطة التقديرية إلى اللجنة الطبية على مستوى الهياكل الإستشفائية التي تجرى فيها عمليات نقل وزرع الأعضاء، طبقا لنص المادة 167 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

2- الضمانات الإدارية.

نظرا لخطورة ودقة عمليات نقل وزرع الأعضاء الذي يحتاج إلى إمكانيات ووسائل طبية لا تتوافر لدى جميع المؤسسات الإستشفائية، ومن أجل تجنب أي انحراف عن أهدافها التي رسمت لها، فإن أغلب التشريعات اشترطت أن تتم العملية في مستشفيات ومراكز طبية متخصصة خاضعة لرقابة الدولة، وعادة ما تكون تلك المؤسسات عمومية. لهذا نصت المادة 167 فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة ". وأكدت على ذلك المادة 382 فقرة 1 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بقولها: "يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا الأطباء المؤهلون في المؤسسات الاستشفائية فقط المرخص لها لهذا الغرض من طرف الوزير المكلف بالصحة بعد قرار من اللجنة الطبية المنشأة خصيصا ضمن هذه الهياكل الاستشفائية والتي تفصل في ضرورة النزع أو الزرع وترخص

---

[1] وهي نفس الشروط التي نصت عليها المادة L.1211-6 من قانون الصحة العمومية الفرنسي.

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

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

بالعملية". وتبعا لذلك لا يجوز مباشرة عمليات نقل الأعضاء، إلا في المؤسسات الصحية التي لها ترخيص بذلك من وزير الصحة، والتي عادة ما تتوافر تلك المؤسسات على إمكانيات فنية والكفاءات البشرية[1].

بالإضافة إلى ذلك اشترط القانون ألا يكون الفريق الطبي الذي قام اقتطاع العضو هو نفسه الفريق الذي يتولى عملية الزرع، وذلك لتجنب تفضيل الأطباء مصلحة المريض على مصلحة المتبرع[2]. وهو ما أشار إليه المشرع بالنسبة لاقتطاع الأعضاء من الأشخاص المتوفين، فقد نصت المادة 165 فقرة 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: "لا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع". كما نصت الفقرة 2 من نفس المادة على أنه: "يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع"[3].

3- مبدأ الشفافية والمساواة في الاستفادة من الأعضاء.

من أجل خلق جو من الثقة بين المتبرعين والمستفيدين من عمليات نقل وزراعة الأعضاء، جاء المرسوم التنفيذي 12 – 167 المؤرخ في 2012/04/05 المتعلق بإنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، ليعزز الشروط السابقة بمبادئ جديدة تخص الاستفادة من الأعضاء ويتعلق الأمر بمبدأ الشفافية والمساواة، ويتم تجسيد ذلك عن طريق آلية التسجيل بالسجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا، وتسيير وحفظ بطاقية المانحين والمستقبلين للأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لأغراض التتبع.

وتشرف الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء على ضمان تسيير السجل الوطني لمنح الأعضاء المنزوعة إعداد واقتراح قواعد توزيع ومنح الأعضاء المنزوعة، طبقا لمبادئ الإنصاف والقواعد الطبية والأخلاقية، حسب الطابع الاستعجالي الذي يمكن أن تكتسيه بعض دلائل الزرع. كما تكلف أيضا بإعداد واقتراح الممارسات الحسنة لانتزاع وحفظ وتحويل ونقل واستعمال الأعضاء والأنسجة والخلايا ومراقبة

---

[1] وتطبيقا لذلك، صدر قرار عن وزير الصحة مؤرخ في 2002/10/02 يحدد بمقتضاه المؤسسات الصحية المرخص لها تنفيذ عمليات نقل الأعضاء.

[2] مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 514.

[3] أشارت المادة 382 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة للضمانات الفنية والإدارية، التي من بينها إنشاء لجان على مستوى الهياكل الاستشفائية المرخص لها بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الموكلة لها مهمة الفصل في ضرورة عمليات الاقتطاع أو الزرع والترخيص للعملية. ونصت المادة 383 على إنشاء لجنة وطنية لزرع الأعضاء، مكلفة بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء وخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها، التي سوف تحدد عن طريق التنظيم.

احترامها بصرامة. وتشبه هذه القواعد الإجراءات المعمول بها في بعض الدول التي أخذت بمبدأ قرينة الموافقة على انتزاع الأعضاء من الجثث، ولعل المشرع من خلال تلك الإجراءات كان يسعى إلى تمهيد الطريق لتعديل الشروط الخاصة بالموافقة على الاقتطاع من الجثث[1].

خامسا: الشروط الخاصة بالاقتطاع من الجثة.

لقد أجاز المشرع نقل الأعضاء من جثث الموتى، تماشيا مع التوجهات الحديثة التي تشجع عمليات الاقتطاع من الأشخاص المتوفين دماغيا لتجب الأضرار الجسيمة التي تترتب على استئصال الأعضاء من متبرعين أحياء، فالمصلحة إذن أكثر بكثير من الضرر الناجم عن المساس بالجثث.

1- الشروط المتعلقة بإعلان الوفاة.

نصت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 فقرة 1 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية "[2]. كما نصت المادة 165 في فقرتها الأخيرة أنه: " لا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع ".

وأضافت المادة 167 على أنه:" تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتؤذن بإجراء العملية". كما تنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: " يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصاتهم الإثباتية في سجل خاص في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين ". وبحسب هذه المادة، لا يجوز أن يتم إعلان الوفاة إلا من قبل طبيبين مختلفين عضوين في اللجنة الطبية ويشاكهما في ذلك طبيب شرعي، كما تشترط المادة ضرورة تحرير محضر يثبت حالة الوفاة ويتم تدوين خلاصاتهم في سجل

[1] أنظر، المواد 05 و06 و07 من المرسوم التنفيذي 12 – 167 المؤرخ في 2012/04/05.

[2] قرار عن وزير الصحة بتاريخ 2001/1911 يحدد معايير الوفاة لغرض انتزاع الأعضاء من جثة المتوفى.

مخصص لذلك على مستوى إدارة المستشفى. ومن جهة ثانية، اشترط المشرع ألا تتم أي عملية نقل أعضاء من جثث الموتى إلا إذا بإذن من اللجنة المختصة[1].

ونصت على هذا المبدأ المادة 165 فقرة 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها ومفاده أن الأطباء الذين يقومون بالمعاينة الوفاة لا يجب أن يشكلون جزءا من الفريق الطبي الذي سيقوم باقتطاع الأعضاء، ولا من الفريق الطبي الذي سيقوم بزرع الأعضاء. وأن الهدف الذي يسعى من خلاله المشرع تحقيقه من خلال تبني هذا المبدأ، هو حماية الأطباء من أي شبهة قد تحوم حول إعلانهم وفاة شخص بشكل مبكر من أجل زرع أحد أعضاءه، كما يهدف أيضا إلى قطع أي شك حول المتاجرة بأعضاء جثث الموتى، كما أوجبت المادة المكورة أعلاه على منع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية المستفيد لعائلة المتبرع[2].

2- الوصية بالعضو من قبل المتبرع.

لقد اشترط قانون حماية الصحة وترقيتها الحصول على رضا المتبرع قبل إجراء أي عملية اقتطاع من جثث الموتى، ولم يأخذ بمبدأ قرينة الموافقة التي أخذ بها قانون الصحة العامة الفرنسي في حالة سكوت هذا الأخير وعدم التعبير عن موقفه[3]. كما أن المشرع منع المساس بالجثة إذا أعرب المتوفى عن رفضه ذلك أثناء حياته. ففي الحالة الأولى نصت الفقرة الثانية من المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها بأنه:" يجوز انتزاع الأعضاء إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك"[4]. وجاء في المادة

---

[1] وهي نفس الشروط التي جاءت في المادة 382 فقرة 2 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة التي جاء فيها بأنه: "في حالة نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين، يجب أن يتم إثبات الوفاة على الأقل من طرف طبيبين عضوين في اللجنة الطبية وطبيب شرعي، تسجل قراراتهم في سجل خاص".

[2] ورد في المادة 380 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع".

[3]- Art L1232-1.CSP « Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.
Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment.
Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés.
Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués.
L'Agence de la biomédecine est avisée, préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement à fins thérapeutiques ou à fins scientifiques ».

[4]- إن الصياغة التي استعملها المشرع في المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، تختلف عن الصياغة التي جاءت بها المادة L 1232-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي، والتي جاء فيها أنه:" يجوز مباشرة الاقتطاع من جثة الشخص طالما لم يعترض

378 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: ".. لا يمكن القيام بالنزع إلا إذا عبر الشخص المتوفى عن موقفه صراحة وكتابيا، خلال حياته". والشيء الذي يمكن استنتاجه من خلال النصين، أن المشرع لم يشترط في قانون حماية الصحة وترقيتها أية شكلية للتعبير عن إرادة المتبرع بالأعضاء بعد الوفاة، ولم يقيد هذا النوع من العمليات بإجراءات خاصة للموافقة، وهذا عكس عمليات الانتزاع من الأحياء التي قيدها المشرع بشروط شكلية وموضوعية صارمة. والغرض من ذلك هو المساهمة في تشجيع المواطنين على التبرع بأعضائهم بعد الوفاة، كون هذا النوع من العلميات حقق نجاحات باهرة على الصعيد الطبي، واستنادا على ذلك يمكن للشخص أن يعبر على قبوله بالتبرع بعضو من أعضاء جسمه كتابيا أو شفهيا[1]. لكن المشروع التمهيدي لقانون الصحة اتجه نحو تقييد التعبير عن الموافقة واشترط أن تكون كتابية وصريحة من جانب المتبرع، وبالتالي لا يعتد في هذا المجال بالتعبير الضمني عن الإرادة أو غير المكتوب، ولا يعتد كذلك بالسكوت الملابس الذي لا يعرف من خلاله اتجاه إرادة الشخص.

أما الحالة الثانية، المتمثلة في تعبير الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك، أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عميلة التشريح الطبي الشرعي، فقد منعت المادة 165 من قانون حماية الصحة وترقيتها القيام بعملية الاقتطاع وهو نفس الحكم الوارد في المادة 379 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة. والشيء الذي يفهم من ذلك، أن المشرع أراد تجسيد احترام إرادة المتوفى الذي يرفض صراحة المساس بجثته، وفي هذه الحالة لا يجوز لأي أحد الحلول محله للموافقة على الاقتطاع من جثته، وذلك خلافا للحالات التي لا يعرف فيها الطبيب موقف المتوفى من المسألة فيلجأ إلى استشارة أهله والحصول على موافقتهم.

3- حق الأسرة في التصرف في الجثة.

وهي الحالة التي عالجتها الفقرة الثالثة من المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي نصت على أنه: " إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة

هذا الأخير أثناء حياته على ذلك ". وواضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي أخذ بقرينة الموافقة بالنسبة إلى الشخص الذي لم يعبر عن موقفه تجاه عمليات نقل وزرع الأعضاء أثناء حياته، ومفاده أنه يجوز للطبيب مباشرة الاقتطاع من جثة المتوفى طالما لم يرفض أثناء حياته أي مساس بجثته والذي يجب أن يتم صراحة بالطرق التي حددها القانون، وأن الهدف الأساسي الذي يهدف من خلاله المشرع الفرنسي من خلال تبنيه لقرينة الموفقة في عمليات الاقتطاع من جثث الموتى، هو توفير الأعضاء البشرية اللازمة من أجل تغطية الأعداد المتزايدة من طلبات الزرع خلافا لمبدأ الموافقة الصريحة.

[1] بالنسبة إلى المعاملات المالية تضمن القانون المدني عدة طرق للتعبير عن الإرادة وفي هذا الصدد نصت المادة 60 منه على أن: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع مجال الشك في دلالته عن مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".

حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة ". وأكدت عليها المادة 378 فقرة 2 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة التي ورد فيها بأنه: "إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن إرادته، خلال حياته لا يمكن القيام بالنزع إلا بموافقة أحد أعضاء أسرته، حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الإبن أو الأخ أو الأخت أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة"[1].

يستنتج من خلال هذا النص، أن حق التصرف في الجثة ينتقل إلى الورثة بعد وفاة الشخص وأن أفراد الأسرة المذكورين أعلاه هم الذين خولهم القانون حق الموافقة على اقتطاع العضو من الجثة، شرط أن يكون الشخص قد سكت أثناء حياته ولم يبدي موقفه تجاه نقل عضو من أعضاء جسمه لفائدة مريض. أما إذا عبر المتبرع عن موقفه بشأن الاقتطاع من جثته يجب احترام إرادته، سواء أجاز الاقتطاع من جثته أو رفض ذلك. ولا يجوز في هذه الحالة لأعضاء الأسرة التصرف في جثته بما يخالف تلك الإرادة، وأن موافقة الأسرة في هذه الحالة تعتبر شرطا لمباشرة هذه العلمية على الجثة، ويشترط أيضا أن تكون موافقة أسرة المتوفى صريحة. غير أن المشرع لم يحدد الشكل الذي يجب أن تفرغ فيه الإرادة[2].

---

[1] مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 642.

[2] رتب القضاء الإداري بفرنسا مسؤولية مصالح المستشفى إثر قيام الأطباء بعملية اقتطاع عدة أعضاء لشخص توفي بالمستشفى، وفي هذه القضية لم يعبر المعني صراحة عن رفضه التبرع بالأعضاء بعد الوفاة، ولم يقم بتسجيل نفسه في السجل المخصص لذلك بالمستشفى، كما أن أفراد عائلته لم ينازعوا في عملية الاقتطاع في حد ذاتها صراحة ولم يعترضوا عليها، لكنهم دفعوا أمام المحكمة أن انتزاع القرنيتين أدى إلى تشويه الوجه، وقد أعابت المحكمة على المستشفى عدم قيامه بإعلام ذوي الحقوق بطبيعة عملية النقل التي استهدفت الأعضاء والقرنيتين معا، وأن الرضا المفترض للهالك عن عمليات نقل الأعضاء يكون في هذه الحالة محدودا، وبالتالي كان على المستشفى إعلام والديه قبل عملية نقل القرنيتين بحجم الأضرار التي يمكن أن تلحقها بالجثة، والتأكد من عدم اعتراض الهالك على نزعهما قيد حياته، واستبعدت المحكمة في الأخير تعويض ذوي الحقوق على أساس عدم مشروعية عمليات الاقتطاع في حد ذاتها، وقبلت منح التعويض عن الأضرار المعنوية على مخالفة المستشفى لالتزامه بإعلام أفراد العائلة.

TA. Amiens, 14 déc. 2000, *Tesnières c/ CHR Amiens, D. 2001, 3310, note Egéa.*

وأشارت محكمة الاستئناف الإدارية بليون أنه حتى في حال اقتطاع الأعضاء من جثة قاصر، فإن المستشفى كان ينبغي عليه أن يتأكد بأن هذا الأخير لم يكن مقيدا بالسجل الوطني الآلي إذا بلغ من العمر 13 سنة على الأقل، وكذا الاستماع لشهادة أفراد عائلته والتحقق من عدم رفضه لمثل هذا الاقتطاع.

Si l'art. L. 1232-1 (sous son ancienne rédaction) subordonne le prélèvement d'organe sur une personne mineure au consentement exprès des titulaires de l'autorité parentale, il ne dispense pas pour autant les praticiens de s'assurer, en outre, que la personne concernée, même mineure, n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, notamment en vérifiant qu'elle ne s'est pas inscrite sur le registre national automatisé si elle est âgée de treize ans au moins, ou en recueillant le témoignage de sa famille. CAA. Lyon, 3 nov. 2009, *M. et Mme A. c/ Hospices civils de Lyon, req. n° 06LY02462.*

4- الحالات التي لا يشترط فيها الحصول على الموافقة.

وهي الحالة التي نصت عليها المادة 164 الفقرتين 3 و4 من قانون حماية الصحة وترقيتها، التي تجيز للطبيب استثناء أن يقوم بانتزاع العضو من أجل زرعه في جسم المريض، دون الحصول على الموافقة المسبقة للمتبرع أو ذويه، في حالة الإستعجال التي لا تقبل التأخير[1]. غير أن المشرع علق إجراء هذا النوع من العمليات على شروط: أولها يتعلق بحالة الإستعجال، أما الثانية متعلقة بمعاينة اللجنة الطبية للحالة المرضية للمستفيد، كما حصر المشرع إجراء مثل هذه العمليات على أعضاء معينة دون الأخرى[2]. واستنادا على ذلك، فإن المشرع أجاز الاقتطاع بدون انتظار موافقة الأسرة عندما يتعلق الأمر باقتطاع القرنية أو الكلية، وأن هذا الحكم فرضته الضرورة العملية نظرا لخصوصية هذا النوع من الاقتطاع. فمن ناحية يتطلب نقل القرنية والكلى السرعة في التنفيذ وعلى سبيل المثال يجب أن يتم نزع الكلى في غضون ستة (06) ساعات الأولى من الوفاة وإلا تعرض العضو إلى التلف، ومن ناحية أخرى يعد هذا النوع من الاقتطاع الأكثر انتشارا ونجاحا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.

ووفقا لنص المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، فإنه لا يجوز للطبيب أن يقوم بنقل القرنية أو الكلية من الجثة إلا بتوافر حالة الإستعجال وتتطلب هذه الحالة أولا عدم إمكانية الاتصال بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين في الوقت المناسب، أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمستقبل التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته أو عندما يخشى فساد العضو المراد نقله. فإذا أمكن الإتصال بأسرة المتوفى في الوقت المناسب، كأن يكون أحد أفراد أسرته بالمستشفى قبل عملية النقل، فيتعين على الطبيب أخذ استشارته قبل إجراء العلمية، وإلا وقع تحت طائلة النص العقابي[3]. وفضلا على اشترطت المادة 164 فقرة 5 من قانون حماية الصحة وترقيتها كذلك أن تتم معاينة الحالة الصحية للمستفيد من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167، وهي ضمانة إضافية وضعها المشرع من أجل تجنب أي تجاوزات[4].

---

[1] إن تلك الحالة لم تكن منصوص عليها في قانون حماية الصحة ترقيتها، في صياغتها الأولى المؤرخة في 1985/02/26، وأنه تم استحداثها بموجب التعديل الذي طرأ عليه بموجب القانون 90 – 17 خ في 1990/07/31.

[2] تنص الفقرة الثالثة من المادة 164 المذكورة أعلاه أنه: " ... أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، أو كان تأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع".

[3] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 660.

[4] مصطفى عبد الحميد عدوى، المرجع السابق، ص 11.

والملاحظ أن المشرع لم يدرج تلك الاستثناءات في مشروع قانون الصحة الجديد لتشجيع عملية النقل من الموتى، وأن استقراء مجمل النصوص الواردة في هذه الوثيقة توحي بأن نية المشرع تتجه نحو التشدد في عمليات الانتزاع من الجثث، وليس تسهيل هذه الشروط وتجسيد قرينة الموافقة، عكس ما كان يتوقعا من قبل العديد من المتتبعين، وهو الشيء الذي يمكن أن يعرقل علميات زرع الأعضاء بالجزائر وعدم إعطاء دفع لها، وبالتالي إنقاذ الآلاف من الأشخاص المصابين بالأمراض المزمنة والقصور الكلوي، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار النقص الفادح المتبرعين نتيجة غياب ثقافة التبرع، رغم الفتاوى الفقهية والحملات الإعلامية الداعية إلى التبرع بالأعضاء بعد الموت، ولعل السبب يرجع بالأساس إلى تخوف المشرع من ردة فعل المجتمع وعائلة المتوفى من عمليات الاقتطاع دون استشارتهم، نظرا لتمسكهم بقدسية الجثة، ما يطرح عدة تساؤلات حول الجدوى من إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء والبطاقية الوطنية وغيرها من الإجراءات التنظيمية. هذا ويمكن القول في الأخير بأن وضع المشرع للشروط الصارمة في مجال زرع الأعضاء، لا يمكن إضفاء حماية فعالة لكرامة الإنسان من استغلال جسده كمادة لاقتطاع الأعضاء والأنسجة والخلايا، بل يتعين أن تتبع بذلك بحماية جزائية تردع هذه الجرائم، وهو ما أراد المشرع تحقيقه من خلال تجريم تلك الأفعال.

الفرع الثاني
الجرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء

رغم أن المشرع وضع الإطار القانونية لعمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها، إلا أنه لم يضع في المقابل نصوصا عقابية تردع المخالفات، و قد دفع الإحساس لدى رجال القانون والباحثين بخطورة هذا الأمر وما يمثله هذا النوع من العمليات من انتهاك لكرامة الإنسان[1]، وحثوا المشرع لإضفاء حماية جزائية فعالة تحمي رضا المتبرع عن عمليات نقل وزرع الأعضاء، وتحمي من جهة أخرى مبدأ المجانية،

[1] مع العلم أن الجرائم المرتبطة بعلميات زرع الأعضاء أخذت أبعادا خطيرة، حيث انتشرت ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية بشكل مخيف عبر العالم. وقد ساهم في انتشار هذه الأنواع الجديدة من الجرائم العديد من العوامل المعقدة. كما أخذت هذه الجريمة وجها أخرا في الفترة الأخيرة، بعدما أصبحت ترتكب من قبل جماعات إجرامية منظمة المنتشرة عبر أنحاء العالم مما استقطبت الاهتمام الدولي بها. وقد ساهم في انتشار تلك الظاهرة الإجرامية ازدياد حاجة الناس إلى عمليات الزرع الذي يقابله قلة المتبرعين بالأعضاء، مما فتح الباب أمام المساومات والاستغلال. بالإضافة إلى عوامل أخرى تتمثل في ضعف البيئة الاقتصادية والاجتماعية في بعض الدول، وعامل الفقر والبطاقة، وعدم الاستقرار السياسي، والنزاعات المسلحة عبر العالم، والهجرة السرية، كل هذه العوامل تساهم في دفع الأشخاص إلى بيع أعضاء. عبد القادر الشيخي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص 88.

وهما أهم مبدأين تقوم عليهما عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ورأى الفقه أن الأحكام التقليدية التي تحمي الحق في سلامة الجسم، لم تعد كافية في الوقت الراهن في مواجهة التطورات الطبية والقانونية[1].

وتبعا لذلك، أصدر المشرع القانون 09 – 01 المؤرخ في 2009/02/25 المعدل والمتمم لقانون العقوبات[2]، وجاء هذا القانون في إطار تحديث المنظومة التشريعية الوطنية لمواكبتها مع التطورات التي تشهدها العلوم الطبية و البيولوجية الحديثة[3]. ومن جانب آخر، تهدف التعديلات الأخيرة، إلى تكييف القوانين مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، لاسيما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية[4] والبرتوكول المكمل لها المتعلق بمنع وقمع الاتجار بالأشخاص[5]. ومحاربة الجرائم المتعلقة بالمتاجرة بالبشر والأعضاء البشرية، هذه الجرائم التي تجعل من الجسم الإنساني الذي قدسته الديانات السماوية مجرد سلعة. وعلى ضوء ذلك، سوف تتم دراسة تلك الجرائم المستحدثة، من خلال التعرض لجريمة نزع عضو دون رضا صاحبه ثم إلى جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية.

---

[1] على سبيل المثال، اقترح الدكتور ماروك نصر الدين، وضع أحكام جزائية خاصة تطبق في حالة مخالفة الشروط القانونية لعمليات زراعة الأعضاء البشرية؛ مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية، عدد 2، 2000، ص 58. ومن جانبه دعا الدكتور مأمون عبد الكريم، إلى ضرورة تدخل المشرع لوضع نصوص جديدة خاصة بالجرائم التي أفرزتها عمليات نقل وزرع الأعضاء ومنها جريمة اقتطاع عضو بدون موافقة صاحبه، مبرزا عجز القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا قانون العقوبات على مواكبة تلك التطورات، على غرار ما فعلته الكثير من التشريعات المقارنة، مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 674، 675، 856.

[2] القانون 09–01 المؤرخ في 2009/02/25، المعدل و المتمم للأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، (ج.ر 15).

[3] يعد المشرع الفرنسي الرائد في مجال وضع ضوابط وقيود قانونية تحكم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وكذا تحديد المسؤولية الجزائية عن مخالفة تلك الشروط، وقد قام هذا الأخير بتعديل قانون العقوبات بموجب القانون 94 – 653 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق باحترام الجسم البشري، الذي استحدث عدة جرائم تتعلق بالمتاجرة بالأعضاء والأنسجة البشرية، تم تعديلها بموجب القانون 2004–800 المؤرخ في 2004/08/06 المتعلق بأخلاقيات علوم الأحياء. وعلى الصعيد الأوربي، صدر عن المجلس الأوربي اتفاقية لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية بتاريخ 2015/03/25 بهدف التعاون للقضاء على هذه الظاهرة.
Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains, Saint-Jacques-de-Compostelle, 25/03/2015, Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 216.

[4] اعتمدت هذه الاتفاقية من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 2000/11/15، وقد صادقت الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بتحفظ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02 – 55، المؤرخ في 2002/02/05، (ج.ر 09).

[5] اعتمد البروتوكول من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 2000/11/15، وتم التصديق عليه بتحفظ من قبل الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03 – 417 المؤرخ في 2003/11/09، (ج.ر 69). أنظر، وزارة العدل، أهم اتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها من طرف الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2009، ص 479.

أولا: جريمة نزع الأعضاء دون الحصول على الموافقة.

وهي الجريمة المنصوص عليها بالمادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، التي تعاقب كل شخص يقوم بانتزاع عضو من أعضاء جسم إنسان على قيد الحياة دون الحصول على موافقة هذا الأخير، وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول. كما تعاقب أيضا كل من قام بانتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول[1].

وكما هو واضح من خلال هذه المادة، فإنها جاءت لتحمي رضا الشخص المنزوع منه العضو أو المتبرع، ومبدأ الموافقة المسبقة يعد من بين أهم المبادئ الذي نص عليه قانون حماية الصحة وترقيتها، لأنه مرتبط بحق الإنسان في تقرير مصيره الذي تعتبر من الحقوق الأساسية للإنسان. وتشترط المادة 303 مكرر 17 لقيام الجريمة أولا أن يتم انتزاع عضو من أعضاء جسم إنسان سواء كان هذا الأخير ميتا أو على قيد الحياة. كما يشترط أيضا عدم الحصول على الموافقة المسبقة للشخص المنتزع منه العضو[2].

---

[1] تعاقب المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، بالحبس من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج. والملاحظ أن المشرع سوى فيما يخص العقوبة بين الصورتين أي صورة الجريمة التي يكون ضحيتها شخص على قيد الحياة وصورة الجريمة التي يكون ضحيتها شخص متوفى، بالرغم من أن الجريمة في صورتها الأولى تخلف أضرار جسيمة بالنسبة إلى السلامة الجسدية للمجني عليه، بحيث ينتج عنها عادة عاهة مستديمة، وحرمان هذا الأخير بالانتفاع من عضوه الشيء الذي يؤثر بشكل كبير على مستقبله الصحي، وهذا عكس الحالة الثانية الذي يكون فيها المجني عليه ميتا. وتغلظ العقوبات في بعض الحالات، ويتعلق الأمر بحالة الضحية القاصر أو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية أو إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة أو إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص أو إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله أو إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

[2] ويتعين الأخذ في تطبيق هذه المادة بالمفهوم الضيق للعضو وليس بالتعريف الموسع له، وهذا لاعتبارين أولهما أن المشرع أصبح يفرق منذ صدور القانون 09 – 01 بين الأعضاء البشرية من جهة، ومشتقات الجسم من جهة أخرى، وأن مشتقات الجسم أصبحت لها أحكاما خاصة بها ضمن قانون العقوبات. ومن جهة أخرى فإن مبدأ التفسير الضيق للنص الجزائي، يقتضي كذلك عدم التوسع في هذا التعريف. لكن المشرع لم يعرف العضو البشري، وأن القليل من النصوص المقارنة أعطت تعريفا بهذا الخصوص، من بينها تعريف اتفاقية المجلس الأوربي لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية المؤرخة في 2015/03/25، المستمد من التعريف الذي ورد في التوجيه الأوربي رقم 53/2010 المؤرخ في 2010/07/07 المتعلق بمعايير جودة وسلامة الأعضاء البشرية الموجهة لعمليات الزرع. حيث عرفا العضو البشري بأنه جزء من جسم الإنسان متميز بذاته، يتكون من مختلف الأنسجة التي تسمح له بالمحافظة على قدر هام من البينة الذاتية والاستقلالية، وكذا القدرة على عمل الوظائف الفسيولوجية، ويأخذ كذلك حكم العضو البشري جزء من العضو، إذا تم تخصيصه لنفس الغرض الذي يقوم العضو المكتمل بجسم الإنسان.

« Organe humain » désigne une partie différenciée du corps humain, constituée de différents tissus, qui maintient, de façon largement autonome, sa structure, sa vascularisation et sa capacité à exercer des fonctions physiologiques ; une partie d'organe est également considérée comme un organe si elle est destinée à être utilisée aux mêmes fins que l'organe entier dans le corps humain, les critères de structure et de vascularisation étant maintenus.

1- التقاط الأعضاء من جسم إنسان على قيد الحياة.

وهي الحالة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 17، التي تعاقب كل من قام بانتزاع عضو من شخص على قيد الحياة دون الحصول على موافقة هذا الأخير[1]. ويشترط في هذه الحالة، أن يتم اقتطاع عضو غير ضروري للحياة وإلا كان فعل الطبيب الذي أجرى العملية الجراحية

وكانت المحكمة العليا قد حاولت إبراز تلك التفرقة، وجاء في قرارها بأن: " قضاة المجلس سببوا قضاءهم بالحيثية التالية، حيث أن البنكرياس أو الطحال يعتبر من الأحشاء الداخلية لجسم الإنسان ويعتبر جهازا وليس عضوا ...، وبالرجوع إلى قضية الحال يستخلص من الوقائع أن الضحية تعرض للضرب بركلة على مستوى أسفل ظهره، مما أدى إلى نقله إلى المستشفى أين أجريت عليه عملية جراحية أدت إلى استئصال الطحال. حيث أن قضاة المجلس بنو قضاءهم لتأييد الأمر الصادر عن قاضي التحقيق الرامي إلى إعادة تكييف الوقائع إلى جنحة الضرب والجرح العمدي، اعتبارا لكون الطحال هو جهاز وليس عضو لجسم الإنسان. حيث أن التسبيب غير كافي بحيث كان يتعين على قضاة المجلس الاستعانة بطبيب مختص ذات الخبرة في مسألة علمية لفحص الضحية، والقول فيما إذا استئصال الطحال يؤدي إلى عاهة مستديمة أم لا ذلك لإمكانهم تحديد الوصف القانوني الصحيح للفعل المتابع به المتهم المدعى عليه في الطعن. قرار غرفة الجنح والمخالفات مؤرخ في 2001/12/25، تحت رقم 254258، م.ق 2002، عدد 2، ص، 546.

ويلاحظ من خلال القرار المستأنف أنه استعمل عبارة أن الطحال هو جهاز وليس عضو لجسم الإنسان، وهو نفس المصطلح الذي استعمله المشرع في المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها، عندما نص على أنه: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية، إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"، بالرغم من أن الجسم البشري ينقسم إلى أعضاء ومشتقات الجسم.

ويشار هنا أيضا أن العضو الاصطناعي المثبت في الجسم يعد عضوا بالتخصيص أو بالاندماج، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 1992/08/28 إذ جاء في حيثياتها: " أنه لا يأخذ حكم الجسد إلا الأشياء الموجودة داخله، ويقصد بها كل جهاز أو آلة تم تثبيته داخل الجسم بغرض القيام مقام العضو في آداء وظيفته أو في المساعدة على أداء تلك الوظيفة أو معالجته". وبحسب هذا القرار، فإن العبرة بدرجة العلاقة التي تجمع بين الجهاز والجسد، في تحديد ما إذا كان العضو الاصطناعي يأخذ حكم العضو البشري أم لا. علما أن الأعضاء الاصطناعية قبل تثبيتها داخل الجسد تأخذ حكم الأشياء بالنسبة إلى المعاملات والعلاقة بين المنتج والمستهلك.

Cass. civ. 1 re, 28 août 1992, *note. S.Laporte*.

[1] وهي نفسها الحالة التي نصت عليها المادة 511 – 3 من قانون العقوبات الفرنسي، والتي تعاقب كل من قام بانتزاع عضو من شخص بالغ على قيد الحياة دون الحصول على رضا هذا الأخير، إلا أن المادة المذكورة أحالة صراحة على المادة L.1231-1 من قانون الصحة العامة في ما يخص الشروط المتعلقة برضا المتبرع، كما أضاف المشرع الفرنسي عبارة أخرى للنص بمناسبة التعديل الذي جاء به القانون 2004 – 800 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا وسع بموجبها من نطاق التجريم، حيث أصبحت المادة تطبق حتى ولو كان الهدف من التدخل تحقيق أغراض علاجية، وهي العبارة التي لم تكن موجودة في النص الأصلي الذي جاء به القانون 94 – 653 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق باحترام الجسم البشري.

Art. 511-3 du C. pén : « Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et cinquième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100. 000 Euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale, hormis les cas prévus aux articles L. 1241-3 et L. 1241-4 du code de la santé publique ».

جريمة قتل عمد المنصوص عليها في المادة 254 من قانون العقوبات[1]. وتشترط الفقرة الأولى أيضا أن يكون الشخص المنتزع منه العضو على قيد الحياة، غير أن تحديد المقصود بالشخص على قيد الحياة ليس بالأمر السهل، نظرا لارتباط تلك المسألة بإشكالية بدأ الحياة في حد ذاتها وانتهاءها التي أثارت خلافات كبيرة كما سبق التطرق إليه.

فلهذا يمكن القول بأن الجنين في رحم أمه لا يعتبر شخصا على قيد الحياة بمفهوم المادة 303 مكرر 17، وإنما له مركز قانوني خاص وحماية قانونية تختلف عن الحماية الجزائية لأعضاء جسم الإنسان ومكوناته الأخرى. لكن لا يجوز إجهاض الجنين إلا في حالات استثنائية عندما يكون ذلك ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو للحفاظ على توازنها الفسيولوجي أو العقلي المهدد بالخطر طبقا للمادتين 308 من قانون العقوبات و72 من قانون حماية الصحة وترقيتها. واستنادا على ذلك، فإن عملية الإجهاض الذي يكون هدفها الحصول على أعضاء الجنين من أجل إعادة زرعها في إنسان آخر أو الاستفادة منها في التجارب العلمية، يعتبر فعلا معاقب عليه قانونا طبقا للمادتين 304 و313 من قانون العقوبات. أما إذا كانت عمليات استئصال الأعضاء أو انتزاع خلايا حية من المخ أو الجهاز العصبي، فإن هذه الأخيرة تؤدي لا محال إلى إماتة الجنين وبالنتيجة سقوط الحمل، لذا تعتبر من أعمال الإجهاض المجرم قانونا ولا يعتد في هذه الحالة برضا الأم أو الزوج عن التدخل الطبي لإضفاء المشروعية عليه.

أما بالنسبة للجنين المجهض، فيتعين التفرقة في هذه الحالة بين فرضيتين، الأولى إذا كان الجنين قد تم إجهاضه لسبب مشروع وفقا للشروط المنصوص عليها في المادتين 308 من قانون العقوبات و72 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وبقي حيا بعد عملية الإجهاض فإنه يكتسب بذلك صفة الشخص الحي[2]. ولا يجوز انتزاع أعضاءه من أجل زرعها في إنسان آخر أو إجراء التجارب عليه، كما لا يجوز لوالديه أن يتبرعا بأعضائه وإلا عد فعلهما مجرم قانونا[3].

ومن جهة أخرى، تثير المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات إشكالية أخرى تتعلق بنطاق تطبيق النص الجزائي، فمن الواضح أن هذا الأخير قد أحال على الشروط المنصوص عليها في

---

[1] وهذا عكس الحالة الثانية التي نصت عليها المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، التي يمكن أن يكون فيها العضو المقتطع من الجثة من الأعضاء الضرورية للحياة لأن ذلك لا يؤثر على جسامة النتيجة.

[2] وما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2008/01/23 الذي جاء فيها أنه: " حيث من المقرر فقها وقضاء أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية مثل قضية الحال، ماعدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب التزام بتحقيق نتيجة، وأن الالتزام ببذل عناية هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية ".

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 127.

التشريع الساري المفعول فيما يتعلق بالموافقة وهو ما يعرف بطريقة التجريم عن طريق الإحالة[1]. غير أن المشرع لم يحدد القوانين والمواد المحال عليها[2]، وهي ذات المنهجية التي استعملها المشرع الفرنسي عندما تناول جريمة نزع عضو دون الحصول على رضا صاحبه بموجب المادة 511- 3 من قانون العقوبات. إلا أن المشرع الفرنسي أحال صراحة على الفقرة الثالثة من المادة L.1-1231 من قانون الصحة العمومية فيما يخص الأحكام المتعلقة بالموافقة المسبقة. وبالرجوع إلى تلك المادة، يتضح أنها تتناول الضوابط الخاصة بالموافقة التي يتعين احترامها في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء، وهي ضرورة إعلام المتبرع من قبل لجنة الخبراء بالمخاطر المحتملة والتأثيرات المستقبلية للعملية، وكذا ضرورة التعبير عن الإرادة أمام رئيس المحكمة الكبرى أو القاضي المكلف من قبله، بالإضافة إلى أن يكون الرضا حرا ومستنيرا. وكان المشرع الفرنسي في السابق قد حصر مجالات تطبيق المادة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[3]. ثم وسع من مجالات تطبيقها بمناسبة التعديل الذي أجراه بموجب القانون 800-2004 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا، بحيث جعل أركان الجريمة تتوافر حتى في حالة ما إذا كانت الغاية من العملية تحقيق أغراض علاجية لصالح المستفيد، وهو ما يقتضي في غالب الأحيان احترام الشروط القانونية الأخرى.

وبالرجوع إلى نص المادة 303 مكرر 17، فإن التساؤل الذي يطرح حول مجالات تطبيقها، أي هل يقتصر تطبيقها على جميع العمليات الجراحية التي تهدف بتر العضو دون الحصول على الموافقة المسبقة أم تشمل العمليات المرتبطة بنقل وزرع الأعضاء البشرية فقط؟

---

[1] لقد استعمل المشرع هذه الطريقة في صياغة النصوص العقابية ومنها بعض الجرائم المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها، أنظر على سبيل المثال، المواد: 234 و235 و236 و237 و238 و239.

[2] ولو أن المشرع أشار صراحة إلى القانون 85 - 05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ضمن النصوص التي اعتمد عليها في إعداد القانون رقم 09 - 01 المؤرخ في 2009/02/25.

[3] أحالت نفس المادة أيضا على الفقرتين الثانية والخامسة من المادة L. 1-1231 من قانون الصحة العمومية بالنسبة للحالة الثانية التي تناولتها، وهي حالة عدم الحصول على الترخيص المسبق من لجنة الخبراء المنصوص عليها في المادة L. 3-1231، بالنسبة إلى عمليات نزع الأعضاء التي لا تكون للمتبرع صفة الأب أو الأم. وقد انتقد الفقه المشرع الفرنسي من حيث إفراطه في استعمال هذه الطريقة وكذا الصياغة التي تم تحرير أغلب المواد التي تناولت الجرائم المتعلقة بالصحة العامة وبالأخلاقيات الحيوية على وجه الخصوص، لأن النصوص المحال عليها تكون غير واضحة أحيانا كما أنها تحيل بدورها على التنظيم، وهذا ما يشكل خرقا مبدأ الشرعية الذي يقتضي أن يكون التجريم بموجب قوانين وليس بموجب التنظيم أو قرارات إدارية، وانتقد الفقه الفرنسي أيضا إفراط المشرع الفرنسي في استعمال المصطلحات العلمية في صياغة النصوص العقابية المتعلقة بالأخلاقيات البيوطبية، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى صعوبة تفسير هذه النصوص، أنظر،

PROTHAIS Alain, *Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique*, RSC, 2000, p. 39 ; BENEJAT Murielle, *Les relations du droit pénal et de la bioéthique*, AJ pénal, 2012, p. 392.

لمزيد من التفاصيل حول موضوع وضوح القاعدة الجنائية كشرط لتطبيق مبدأ الشرعية الجنائية، أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 115.

وللإجابة على السؤال، يتعين العودة إلى عرض الأسباب الخاص بمشروع القانون 09-01 المؤرخ في 2009/02/25 المطروح على البرلمان، أين يتبين أن هذا الأخير تحدث عن المسعى المراد تحقيقه وهو تجريم الاتجار في الأعضاء البشرية، كما تحدث أيضا عن قدسية وكرامة الجسم البشري والأبعاد الوخيمة للجريمة، غير أنه لم يشر صراحة إلى الجريمة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 المتعلقة بنزع عضو دون موافقة صاحبه واكتفى إلى الإشارة لجريمة الحصول على عضو مقابل منعة مالية[1].

وإذا رجعنا إلى موقع المادة ضمن تقنين العقوبات، يتبين أيضا أن المشرع قد أدرجها ضمن القسم الخامس مكرر 1 تحت عنوان: "الاتجار بالأعضاء البشرية"، مما يوحي كقراءة سطحية أنها تطبق فقط على عمليات اقتطاع الأعضاء التي تهدف إلى تحقيق الربح، لكن عند التمعن جيدا في المادة يتبين أن النص جاء ليحمي قيمة قانونية معينة، وهي رضا المريض أو المتبرع من التدخلات الجراحية التي تستهدف الأعضاء البشرية أي عمليات بتر الأعضاء دون الحصول على موافقته المسبقة. وهو الشيء التي تؤكده الفقرة الثانية التي تنص على قيام الجريمة حتى بالنسبة إلى اقتطاع العضو من الجثة دون الحصول على موافقته أو موافقة ذويه. وهو ما تعززه كذلك طريقة صياغة المادة التي انتهجها المشرع بحيث جاءت عامة، ولم يتم الإحالة من خلالها على أي نص من نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها.

وبالتالي يمكن القول بأن المشرع قد ترك المجال واسعا في تطبيق المادة على جميع الحالات التي يتم بموجبها اقتطاع العضو دون رضا صاحبه. سواء كان ذلك بهدف علاجي مثل الزرع في جسم إنسان مريض أو بغرض آخر من غير الزرع، مثل الطبيب الذي يقوم ببتر عضو دون أن ينطوي ذلك على ضرورة علاجية أو خطورة من أجل استعماله في التجارب أو تحقيق أهداف غير مشروعة أخرى[2].

---

[1] لقد استعمل المشرع مصطلح الحصول على عضو عندما تناول جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية، بينما استعمل مصطلح انتزاع عضو عندما تناول جريمة نزع عضو دون رضا صاحبه.

[2] ومن التطبيقات القضائية التي توبع بها الطبيب الجراح على أساس جناية الجرح العمدي المفضي إلى بتر أحد الأعضاء لتخلف شرط الرضا لدى المريض، قضية فصلت فيها محكمة الجنايات بمجلس قضاء تيارت بتاريخ 2010/03/11 والتي تتلخص وقائعها في أن السيدة (ق ، ف) تقدمت بشكوى أمام النيابة ضد الطبيب الجراح (ع،ع)، مفادها أن هذا الأخير قام بإجراء عملية جراحية لها بالمستشفى خلال سنة 2001 تتمثل في نزع كيس مائي من بطنها بالجهة اليسرى، وبعد مرور ثمانية أشهر أحست بآلام إثرها قامت بإجراء فحوصات من أجل معرفة أسباب تلك الآلام، أين أخطرها الطبيب أن الطبيب الجراح الذي أجرى لها العملية نزع كليتها اليسرى. ولما أخبرت المشتكى منه عن الأمر صرح لها أنه سيرجع لها المصاريف الطبية، في حين نفى الطبيب الجراح ذلك وأكد أن الشاكية كانت تعاني من وجود كيس مائي ضخم بالكلية اليسرى بحسب التحاليل الطبية المجرات قبل العملية. كما أكد من جانب آخر أنه تم من خلال العملية الجراحية استئصال الكيس المائي وجزء من الكلية بسبب التعفن، وأن العملية تمت بحضور الطبيب المخدر

وبصفة عامة، فإن جريمة نزع عضو دون الحصول على موافقة صاحبه المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، تنطبق في حالة مخالفة الشروط الموضوعية للرضا المتمثلة في انعدام موافقة الشخص المنقول منه العضو كليا كأن يتم انتزاع العضو من جسمه وهو تحت تأثير مخدر، أو منوم أو كانت إرادته غير حرة كأن يكون مكرها أو أن يستعمل الجاني الطرق الاحتيالية من أجل انتزاع العضو. أما فيما يخص مسألة الرضا الناقص أي الرضا الذي يتم مخالفة للشروط المتعلقة بالتبصير، فمن الصعب الجزم بقيام الجريمة في حق الطبيب إذا لم يقم بتبصير المتبرع بالمسائل التفصيلية الدقيقة. غير أن الجريمة يمكن أن تقوم في حق هذا الأخير إذا لم يقم بتبصيره أصلا بالمخاطر الطبية للعملية أو كان الإعلام موجه لغير المتبرع، ويبقى للاجتهاد القضائي دور في الفصل في تلك المسألة.

2- التقاط الأعضاء من الجثة.

وهي الحالة التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات، التي تعاقب كل من قام بانتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول. والشيء الملاحظ من خلال الصياغة التي استعملها المشرع في هذه الفقرة بالمقارنة مع الفقرة الأولى التي تتحدث عن انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة، هو استعماله لمصطلح "دون مراعاة التشريع الساري المفعول"، بدلا من "الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول". وفي اعتقادنا، فإن لجوء المشرع لاستعمال تلك العبارة على عموميتها كان مقصودا، لأن المشرع أراد من

والجراح المساعد والممرضين وأنها كللت بالنجاح. مضيفا أن التحاليل اللاحقة، أكدت سلامة الكلية اليسرى التي أجريت عليها العملية. وتبعا لذلك طلب وكيل الجمهورية فتح تحقيق قضائي حول الوقائع موجها الاتهام ضد الطبيب الجراح (ع،ع)، على أساس جناية الجرح العمدي الفضي إلى بتر أحد الأعضاء الفعل المنصوص والمعاقب عليه بنص المادة 264-3 من قانون العقوبات، وأنه أثناء إجراءات التحقيق أمر قاضي التحقيق بإجراء خبرة طبية على الضحية أين تبين من خلالها أن هذه الأخيرة فقدت فعلا كليتها اليسرى، وبعد إنتهاء التحقيق قررت غرفة الإتهام إحالة المتهم على محكمة الجنايات على أساس جناية الجرح العمدي المفضي إلى بتر أحد الأعضاء المذكورة أعلاه، معللة قرارها "بوجود أعباء كافية لقيام المتهم ببتر الكلية اليسرى للضحية وهو الشيء الذي فنده هذا الأخير". غير أن محكمة الجنايات قضت بموجب حكمها المؤرخ في 2010/03/11 بتبرئة ساحة الطبيب من الأفعال المنسوبة إليه، وقد أجابت محكمة الجنايات على السؤال الرئيسي المتعلق بما إذا كان فعل الجرح الذي قام به المتهم قد أدى إلى بتر أحد الأعضاء أي الكلية اليسرى من جسم الضحية بالنفي. قرار غرفة الاتهام، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 2009/11/17، تحت رقم 09/00908، غير منشور. حكم محكمة الجنايات، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 2010/03/11، تحت رقم 10/00030، غير منشور. وواضح من خلال وقائع هذه القضية التي جرت أطوارها قبل تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 09-01 المؤرخ في 2009/02/25 أن قرار الإحالة استند على شرط الموافقة المسبقة لدى الضحية كأساس الاتهام، أي على أساس أن الطبيب الجراح قام ببتر الكلية اليسرى للضحية دون علمهما وإرادتها، وأن الضحية كانت تعتقد قبل إجراء العملية أن الطبيب سوف يقوم بإزالة الكيس المائي الذي كان عالقا بكليتها فقط.

خلالها التوسع أكثر في مجال الحماية القانونية للاقتطاع من جثث الموتى، نظرا لخصوصية هذا النوع من العمليات[1].

فمن جهة، أراد المشرع تجسيد احترام إرادة المتوفى في التصرف في جثته ما بعد الموت بما يضمن حرمة الجثة وحصانتها، كما أراد من جهة ثانية، تجسيد الضمانات القانونية التي يتعين على الطاقم الطبي مراعاتها في إثبات واقعة الوفاة سواء كانت فنية أو إدارية. وهما الشرطين الذين أكدا عليهما قانون حماية الصحة وترقيتها وحرص على مراعاتهما قبل أي تدخل جراحي على الجثة، وهذا لقطع الطريق أمام كل انحراف من شأنه فتح المجال أمام المتاجرة بالأعضاء البشرية للجثث. خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن هذا النوع من العمليات لا يخلف وراءه آلام أو آثار ظاهرة، لأن الشخص المنتزع منه العضو سوف يدفن بعد مدة قصيرة وتندثر بقاياه إلى الأبد، وبالتالي يسهل على الجاني طمس آثار الجريمة. كما يهدف المشرع من خلال النص، إلى تجنب ارتكاب جرائم خطيرة أخرى تصل إلى حد إزهاق الروح نتيجة التسرع في إعلان حالة الوفاة سواء عمدا أو عن غير قصد[2].

وتشترط المادة 303 مكرر 17 فقرة 2 من قانون العقوبات لقيام الجريمة، أن يتم أولا اقتطاع عضو من أعضاء إنسان ميت، ولا يثير السلوك المجرم صعوبات كبيرة من الناحية القانونية. بحيث يجوز انتزاع الأعضاء الضرورية للحياة من جثث الموتى مثل الاستفادة من زرع القلب أو الكبد لأن ذلك لن يؤثر على حياة المتبرع إذا ثبتت وفاته فضلا عن الأعضاء غير الضرورية للحياة. غير أن الإشكال الحقيقي الذي يطرح حول تحديد المقصود بالشخص الميت الذي يقع عليه السلوك الإجرامي، أي تحديد نقطة الفصل بين مرحلتي الحياة والموت، أو ما يعرف بتحديد لحظة الوفاة، التي سبق التطرق إليها في المبحث السابق[3].

---

[1] يعد الاقتطاع من جثث الموتى الأكثر انتشارا بالمقارنة مع الاقتطاع من الأحياء. وقد عمدت عدة تشريعات ضمن إستراتيجياتها الوطنية الخاصة بالتبرع بالأعضاء إلى تشجيع هذا النوع من الاقتطاع لتجنب الآثار السلبية لنزع الأعضاء من الأحياء.

[2] تنص المادة 154 من قانون العقوبات على أنه: " كل من خبئ أو أخفى جثة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة بين 20.000 دج و100.000 دج، وإذا كان المخفي يعلم أن الجثة لشخص مقتول أو متوفى نتيجة ضرب أو جرح فإن العقوبة تكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج ". وتطبيقا لذلك، فإن الشخص الذي يقوم بدفن جثة المجني عليه الذي تعرض لسرقة إحدى أعضاءه وهو يعلم بذلك مسبقا بذلك الفعل بنية طمس آثار الجريمة، يمكن متابعته على أساس المادة 154 المذكورة أعلاه، علاوة على متابعته على أساس جريمة عدم الإبلاغ عن جريمة المتاجرة بالأعضاء، المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات.

[3] لأكثر تفاصيل، أنظر، محمد إبراهيم النادى، موت الدماغ وموقف الفقه الإسلامي منه، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 16.

أما الفرضية الثانية وهي فرضية الجنين الذي يولد ميتا، ويمكن القول إنه من الناحية الطبية لا يمكن الاستفادة من أنسجة وأعضاء من الجنين الذي يولد ميتا في زراعة الأعضاء والأنسجة، لأن زراعة الأعضاء تستلزم من الناحية الطبية أن تكون أنسجة الجنين حية. أما بالنسبة إلى الأجنة المجهضة حديثا والتي تكون أنسجتها محتفظة بصلاحيتها البيولوجية، مثل الجنين الذي سقط من رحم أمه أو الجنين المجهض لأسباب علاجية، فإنه يأخذ حكم الميت أو حكم النفايات العلاجية حسب درجة النمو. وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها، فإنه لا يوجد أي نص يمنع استعمال تلك الأجنة في عمليات زرع الأعضاء البشرية أو استعمالها في الأبحاث والدراسات العيادية، شرط احترام الضوابط والشروط القانونية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء المتعلقة بجثث الموتى لاسيما الحصول على الموافقة المسبقة للوالدين، ومخالفة ذلك يعد فعلا مجرما قانونا بنص المادة 303 مكرر 17 فقرة ثانية من قانون العقوبات إذا بلغ درجة مهمة من النمو.

3- اقتطاع الأنسجة والخلايا وتجميع مواد الجسم.

لقد نظم المشرع الضوابط القانونية الخاصة باقتطاع الأنسجة ضمن الفصل الثالث الحامل لعنوان "انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها"، وبذلك ربط المشرع شروط اقتطاع الأنسجة بالشروط القانونية التي تخضع لها عمليات اقتطاع الأعضاء البشرية، بحيث تطبق هذه الأخيرة على عمليات التقاط الأنسجة كذلك[1]. ومن جانبه، جرم قانون العقوبات بموجب المادة 303 مكرر19 فعل التقاط الأنسجة والخلايا وتجميع مواد من الجسم دون الحصول على موافقة صاحبها[2]، وأحالة تلك المادة ضمنيا إلى قانون حماية الصحة وترقيتها بخصوص شروط الموافقة. وبالرجوع إلى أحكام هذا القانون يتبين أن المشرع اكتفى بذكر الأنسجة البشرية، ولم يتحدث على التقاط الخلايا وتجميع مواد الجسم الذي وردت في النص العقابي. مما يثير التساؤل حول شروط الموافقة التي يتعين الحصول عليها قبل اقتطاع الخلايا وتجميع مواد من الجسم، فيما إذا كان يخضع إلى القواعد العامة للموافقة أو تطبق عليه القواعد التي تضبط الموافقة المنصوص عليها الفصل الثالث المذكور أعلاه؟

---

[1] المواد 161 وما يليها من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2] يعاقب المشرع بعقوبة أخف عندما يتعلق الأمر بجريمة نزع أنسجة أو خلايا أو تجميع مواد من جسم المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات، التي تتراوح مدة الحبس فيها من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات والغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج. وقد سوى المشرع في العقوبة بين الصورتين، أي صورة الجريمة التي يكون ضحيتها شخص على قيد الحياة وصورة الجريمة التي يكون ضحيتها شخص متوفى.

وللإجابة عن هذا السؤال، يتعين أولا الرجوع إلى الخصائص البيولوجية لهذه العناصر، التي لا تخلف عادة آثار جسيمة على سلامة الشخص أو عاهة مستديمة عكس عمليات نقل الأعضاء، ومثاله نزع كمية من النخاع العظمي أو السائل المنوي فهذا لا يحدث تمزيقا أو وخزا بالجسم أو إخلالا واضحا بوظائفه. ومن جهة أخرى، تتميز تلك العناصر بقدرتها على الاحتفاظ بخصائصها البيولوجية لمدة طويلة[1]. ولعل الواقع العملي أثبت أن اقتطاع الخلايا ومواد الجسم أو الحصول عليها يتم بمجرد الرضاء البسيط للشخص سواء في مخابر التحاليل أو المستشفيات، إلا فيما يخص العمليات المعقدة أو التي تخلف آثار نافذة داخل الجسم. فالتبرع بالدم البشري مثلا أو الحصول على الخلايا الجلدية أو الأنسجة لا تحتاج إلى إتباع الشروط القانونية الصارمة التي وردت في قانون حماية الصحة وترقيتها[2].

والمرجح أن فعل الانتزاع الذي يشكل بأركانه جنحة انتزاع الخلايا أو الأنسجة أو تجميع مواد من الجسم، ينظر إليه حسب ظروف وملابسات كل قضية، مع الأخذ بعين الاعتبار نوع العملية وجسامة الأضرار التي تخلفها والهدف من الفعل في حد ذاته. وعلى سبيل المثال يمكن أن تقوم الجريمة في حق الطبيب الذي يقوم بنزع أنسجة أو خلايا أو تجميع مواد من الجسم دون الحصول على الموافقة مطلقا أو استعمل الطرق التدليسية أو الغش في الحصول على تلك المنتجات.

ثانيا: جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية.

وهي الجريمة المنصوص عليها بالمادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، التي تعاقب كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى، مهما كانت طبيعتها، كما تعاقب أيضا كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص[3].

---

[1] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 184.

[2] كان قانون حماية الصحة وترقيتها منذ صدوره سنة 1985، جرم بعض الأفعال المتعلقة بالمتاجرة بالدم البشري ومصله ومشتقاته من خلال المادة 263، التي تم تعديلها بموجب القانون 08 – 13 المؤرخ في 2008/02/16 التي جاء فيها أنه: " يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج، كل من يتاجر بالدم البشري ومصله ومشتقاته قصد الربح ".

[3] الأصل أن جريمة المتاجرة بالأعضاء جنحة، وتعاقب المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات مرتكبها بالحبس من خمس (03) سنوات إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، وهي عقوبة مخففة بالمقارنة مع جريمة نزع عضو دون رضا صاحبه من حيث الحد الأدنى لعقوبة الحبس والغرامة، بحيث يعاقب القانون على الجريمة الأخيرة من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج. والملاحظ أن المشرع سوّى فيما يخص العقوبة بين الصورتين أي الصورة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة، والمتمثلة في الحصول من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة، والصورة المنصوص عليها في الفقرة الثانية وهي التوسط في المتاجرة بالأعضاء. وغلظ المشرع العقوبة في بعض الحالات ويتعلق الأمر بـ: حالة الضحية القاصر أو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته إرتكاب الجريمة، إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص، إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله، إذا ارتكبت

والملاحظ أن المشرع جرم نفس الفعل بموجب نصين في قانون العقوبات، وهما المادة 303 مكرر 16 بالإضافة إلى المادة 303 مكرر 4 المستحدثة أيضا بالقانون 09 – 01 المؤرخ في 2009/02/25، والتي وردت ضمن القسم الخامس مكرر تحت عنوان "الاتجار بالأشخاص"، بحيث عددت تلك المادة الأفعال المشكلة لجريمة المتاجرة بالأشخاص وهي تجنيد ونقل والاختطاف الأشخاص واستغلالهم في الدعارة والاستغلال الجنسي والتسول والرق. وأضافت نزع الأعضاء البشرية ضمن أوجه المتاجرة بالبشر[1]. وفي اعتقادنا، فإن السبب يرجع إلى استنباط المشرع التعريف الخاص بالاتجار بالبشر حرفيا من التعريف التي وضعته المادة 03 من البروتوكول الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية[2].

وكما سبقت الإشارة إليه، فإن الهدف الذي يصبو إلى تحقيقه المشرع من خلال هذا النص هو إضفاء حماية جنائية لمبدأ المجانية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الذي تم تجسيده في قانون حماية الصحة وترقيتها منذ صدوره سنة 1985، كما يهدف النص الجزائي أيضا، إلى محاربة كل

الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية. وبالتالي يتغير الوصف القانوني للجريمة من جنحة إلى جناية. ويعاقب القانون بعقوبة أخف عندما يتعلق الأمر بجريمة المتاجرة بالأنسجة أو خلايا أو تجميع مواد من جسم المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات، التي تتراوح مدة الحبس فيها من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات والغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج. وهي نفس العقوبة قررها المشرع بالنسبة إلى جريمة نزع أنسجة أو خلايا أو تجميع مواد من جسم إنسان دون الحصول على الموافقة المسبقة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات، وهذا عكس جريمتي نزع الأعضاء والمتاجرة فيها المشار إليهما أعلاه، بحيث جاءت العقوبتين مختلفتين من حيث الحد الأدنى للحبس والغرامة. في حين جرم المشرع الفرنسي جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية من خلال المادة 511–2 من قانون العقوبات التي تنص،

L'art. 511-2 du C. pén., dispose que: « Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui. Les mêmes peines sont applicables dans le cas où 1' organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger ».

[1] تنص المادة 303 مكرر 4 من قانون العقوبات على أنه: " يعد اتجارا بالأشخاص تجنيد أو نقل أو تنقيل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمال، أو غير ذلك من أشكال الإكراه أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضافة أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال، و يشمل الاستغلال استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال الغير في التسول أو السخرة أو الخدمة كرها أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء. يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالحبس من ثلاثة سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1000.000 دج...".

[2] وهو نفسه التعريف الذي جاء به القانون العربي الاسترشادي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص، المعتمد بمجلس وزراء العدل العرب في دورته 21، قرار رقم 601/د، بتاريخ 2005/11/29.

أشكال المتاجرة بالأعضاء البشرية التي صنفتها الأمم المتحدة ضمن الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، والتي تعد انتهاكا خطيرا لحقوق الإنسان وكيان المجتمع[1].

وبقراءة المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، يتبين أن المشرع قسم السلوك المجرم إلى صورتين، أما الصورة الأولى جاءت بها الفقرة الأولى من المادة المتمثلة في الحصول من شخص على عضو من أعضاءه مقابل منفعة مالية. والصورة الثانية هي التي جاءت بها الفقرة الثانية، والمتمثلة في التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص[2].

1- الحصول على العضو.

استعمل المشرع استعمال في الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، مصطلح الحصول على عضو من الأعضاء وليس نزع عضو مثلما فعل في المادة 303 مكرر 17 من نفس القانون التي جرم من خلالها نزع الأعضاء دون الحصول على رضا صاحبها[3]. فمصطلح نزع أو بتر العضو يقتضي بالضرورة إجراء تدخل طبي جراحي على جسم المجني عليه، يتم من خلاله نزع

---

[1] تنتشر هذه الظاهرة بشكل أساسي في الصين والهند وروسيا وبعد دول أمريكا اللاتينية، ففي الصين مثلا يتم بيع أعضاء المسجونين المحكوم عليهم بالإعدام حيث ساعد انتشار الفقر وانخفاض مستويات المعيشة على بيع الأفراد لأعضائهم ليتمكنوا من العيش، وعادة ما تتم عملية البيع بواسطة سماسرة الذين يقومون بيعها للمريض. وقد يصل الأمر إلى قيام عصابات الجريمة المنظمة بقتل الضحايا من أجل بيع أعضاءهم. سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد الأول، 2004، ص 188.

أما في الجزائر، فقد تم الترويج لشائعات عبر وسائل الإعلام في الفترة الأخيرة مفادها وجود عصابات متخصصة تقوم بخطف الأطفال من أجل نزع أعضاءهم وبيعها، وقد نفى وزير الداخلية والجماعات المحلية تسجيل حالات متاجرة بأعضاء البشر في الجزائر، وقال في رده على أسئلة أعضاء مجلس الأمة حول ظاهرة اختطاف الأطفال وربطها بعمليات محتملة لتجارة الأعضاء، وأكد أن مصالح الأمن لم تسجل ولو حالة واحدة من المتاجرة بالأعضاء، سواء تعلق الأمر بالكبار أو الصغار، وانتقد ما وصفه بتضخيم بعض وسائل الإعلام لعمليات الاختطاف التي يتم تداولها بشيء من التهويل. أنظر، جريدة الأيام الجزائرية، بتاريخ 2011/04/23.

[2] كما أضاف المشرع الفرنسي للصورتين صورة ثالثة، وهي الصورة التي يحصل فيها الجاني على العضو بالطريقتين المذكورتين في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 511 – 2 من قانون العقوبات، حتى ولو كان العضو محل الجريمة مستورد من دولة أجنبية، وهذا من أجل قطع الطريق أمام سماسرة تجارة الأعضاء العابرة للحدود الوطنية، وتماشيا أيضا مع النصوص الواردة في قانون الصحة العمومية التي تنظم كيفية نقل الأعضاء ومشتقات الجسم من وإلى خارج التراب الفرنسي.

[3] وهما نفس المصطلحين الذين جاء بهما النص الفرنسي للمادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 17 من قانون العقوبات:

Art. 303 bis 16 : « Quiconque, en contrepartie d'un avantage financier ou de tout autre avantage de quelque nature qu'il soit, obtient d'une personne l'un de ses organes, est puni d'un emprisonnement de trois (3) ans à dix (10) ans et d'une amende de 300.000 DA à 1.000.000 DA… ».

Art. 303 bis 17 : « Est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans et d'une amende de 500.000 DA à 1.000.000 DA, quiconque prélève un organe sur une personne vivante sans obtenir le consentement conformément aux conditions prévues par la législation en vigueur… ».

العضو وفصله عن الجسم. أما فيما يخص المصطلح الثاني وهو الحصول على العضو فإنه أكثر اتساعا إذ يقتضي عادة وجود اتفاق بين الجاني والمجني عليه بموجبه يلتزم هذا الأخير بتمكينه من عضو من أعضاء جسه نظير منفعة يقدمها له، ولا يختلف الأمر إن كان العضو مستأصلا بالفعل أو سيتم استئصاله مستقبلا. ثم تأتي مرحلة نزع العضو لتنفيذ ذلك الاتفاق، ويكون ذلك عن طريق العمل الجراحي الذي يقوم به عادة الطبيب.

ومن ناحية أخرى، يتبين أن المشرع عندما جرم فعل المتاجرة في مشتقات الجسم بموجب المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات، عاد واستعمل مصطلح نزع الخلايا أو الأنسجة ولم يستعمل مصطلح الحصول على الخلايا أو الأنسجة كما فعل في جريمة المتاجرة بالأعضاء، إذ نصت المادة على أنه:" يعاقب كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها"[1]. وعلى العموم، فإن الحصول على عضو من أعضاء الجسم، يكون إما عن طريق الاتفاق المباشر بين الطبيب الجراح والضحية، وإما عن طريق الاتفاق بين المستفيد والضحية.

وبحسب الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 16 يتمثل السلوك الإجرامي في الحصول من شخص على عضو من أعضاءه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، لذا فإن هذا الفعل ينقسم بدوره إلى قسمين، الأول يتمثل في الحصول على عضو من شخص، والثاني يتعلق بالمنعة التي يقدمها الجاني نظير حصوله على ذلك العضو.

ففي الحالة الأولى، يمكن متابعة الطبيب الجراح، على أساس جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية فضلا على جريمة نزع عضو من دون الحصول على الموافقة التي يشترطها القانون. لأن الموافقة في هذه الحالة تكون معيبة، وأن المجني عليه قبل بإجراء العلمية تحت ضغط وإكراه مادي وأن الطبيب

---

[1] استعمل المشرع مصطلح انتزاع نسيج أو خلايا عندما جرم فعل نزع الأنسجة أو الخلايا أو تجميع مواد من الجسم دون الحصول على الموافقة المسبقة وكذا المتاجرة بالأنسجة البشرية من خلال المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19 من قانون العقوبات، هو نفسه المصطلح المستعمل في النص الفرنسي:

Art. 303 bis 18 : « Quiconque, procède à des prélèvements de tissus, de cellules ou à la collecte de produits du corps humain, contre le paiement d'une somme d'argent ou l'offre de tout autre avantage de quelque nature qu.il soit, est puni d'une peine d'emprisonnement d'.un (1) an à cinq (5) ans et d'une amende de 100.000 DA à 500.000 DA... ».

Art. 303 bis 19 : « Quiconque prélève un tissu ou des cellules ou collecte un produit sur une personne vivante sans qu'elle ait exprimé son consentement prévu par la législation en vigueur, est puni d'un (1) an à cinq (5) ans d'emprisonnement et d'une amende de 100.000 DA à 500.000 DA… ».

استغل تلك الحاجة المادية من أجل الحصول على العضو، ويمكن أيضا متابعة المستفيد عن جريمة المتاجرة في الأعضاء إذا قدم منفعة للطبيب من جراء استفادته من العضو طبقا للمادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات[1].

أما في الحالة الثانية، التي يحصل بموجبها المستفيد على العضو مباشرة من المجني عليه، بناء على اتفاق بينهما نظير المكافئة أو المنفعة المالية التي يستفيد منها الضحية، ثم يقوم الطبيب الجراح بإجراء عملية اقتطاع العضو وإعادة زرعه، فيمكن متابعة المستفيد على أساس جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية، طبقا للمادة 303 مكرر 16 فقرة أولى. في حين يتابع الطبيب الجراح على أساس جريمة نزع عضو من دون رضا صاحبه كون الرضا في هذه الحالة كان معيبا أيضا ومخالفا للشكليات المنصوص عليها قانونا[2].

وهناك إشكالية أخرى تطرحها المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، التي لم يوضح من خلالها المشرع ما إذا كان تطبيقها يقتصر على الحصول على الأعضاء أو الأنسجة من الضحايا الذين يكونون على قيد الحياة، أم تطبق أيضا على الجاني الذي يحصل على الأعضاء أو الأنسجة من الجثث، كما هو الشأن بالنسبة إلى جريمة نزع عضو دون رضا صاحبه المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات؟

وفي اعتقادنا يمكن تطبيق أحكام تلك المادة بالنسبة إلى الأفعال التي تهدف إلى المتاجرة بأعضاء الجثة وعناصرها الأخرى، لأن المغزى من تجريم الفعل الاتجار بالأعضاء البشرية التفرقة حماية كرامة الإنسان التي لا تنقضي بعد وفاة الوفاة وليس في هذا توسعا في تفسير النص. وتبعا لذلك تقوم الجريمة في حق الشخص الذي يسمح بانتزاع عضو أو خلايا من جثة أحد أقاربه بعد وفاته ويقبض مقابل ذلك مكافئة حتى ولم تم إتباع الشكليات التي نص عليها قانون حماية الصحة وترقيتها، أو الشخص الذي يتفق مع المجني عليه على أن يسمح هذا الأخير بأخذ عضو من أعضاءه بعد الوفاة نظير حصوله على مكافئة أو مزية أو منفعة، لأن الهدف الذي ابتغاه المشرع من خلال تجريم الفعل هو إضفاء حماية جزائية لبدأ المجانية أي خروج أعضاء الجسم على التعاملات المالية سواء كان صاحبه ميتا أو على قيد الحياة.

---

[1] وفي كل الأحوال يتعين مراعاة المادة 32 من قانون العقوبات التي تنص أنه: " يجب أن يوصف الفعل الواحد الذي يحتمل عدة أوصاف بالوصف الأشد من بينها ".

[2] المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات.

2- تحقيق المنفعة.

لا تكاد تخلو قوانين نقل وزراعة الأعضاء والتوصيات الدولية، التأكيد على ضرورة أن تكون عمليات نقل الأعضاء مرتبطة بالعمل الخيري النبيل أو الإيثار، مما يستتبع مجانية هذه العملية وعدم مشروعية وجود أي مقابل مادي لقاء العضو المتبرع به مما يحقق ضمانة وحماية لجسم المانح. وعلى العكس من ذلك، فإن وجود المقابل المادي لقاء التنازل عن أحد الأعضاء يعد أمرا منافيا للمبادئ الأخلاقية والكرامة الإنسانية، ووجود المقابل المادي يخرج عمليات نقل وزرع الأعضاء عن دائرة التضامن، التي تتسم بها فيصبح هدفها تحقيق الربح المادي. كما تصبح الصفقات التجارية هي الفيصل في قبول الحصول على عضو من الجسد، وسوى تكون الاحتياجات المادية دائما الباعث لقبول بيع جزء من جسده لسد احتياجاته، وتصبح أجساد الضعفاء محلا لاستثمار سماسرة تجار الأعضاء، والأثرياء من المرضى الذين يحتاجون إلى إجراء عمليات زراعة أعضاء، بحيث يصبح هذا العضو بالنسبة للمشتري والبائع هو الفرصة الأخيرة أو السلعة التي تحقق هدفه الأساسي[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، يتبين أن المشرع قد تحدث عن المنفعة التي يمكن أن يمنحها المتهم للضحية لقاء حصوله على عضو من أعضائه، بحيث جاء في هذه المادة أنه: "كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها". حيث يمكن أن تكون المنفعة التي يتحصل عليها الضحية منفعة مالية، وتشمل بذلك كل الأشياء المادية التي يمكن تقويمها بمال مثل النقود والمجوهرات والمعادن الثمينة والعقارات والمنقولات ذات القيمة المالية، ويمكن أن تكون المنافع أشياء أخرى كالمخدرات بحيث يستغل الجاني مثلا إدمان المجني عليه على تناول المخدرات فيتعهد بأن يضمن له سد حاجياته من هذه المادة وتزويده بها نظير حصوله على عضو من أعضاءه. كما تشمل المنافع المكافئات والخدمات مثل التسهيل للضحية الحصول على وظيفة أو عمل أو أية فائدة أو مزية أخرى سواء كانت مادية أو معنوية.

3- أعمال الوساطة في الاتجار بالأعضاء.

لم يكتف المشرع بتجريم فعل الحصول من شخص على عضو من أعضاء نظير مكافئة أو منفعة، وإنما وسع من مجال التجريم حتى يشمل جميع الأعمال التي تدخل في نطاق المتاجرة بالأعضاء البشرية، ومن بينها أعمال الوساطة. والهدف الذي يصبوا المشرع إلى تحقيقه هو سد جميع الثغرات أمام

[1] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص 154.

سماسرة متاجرة الأعضاء الذين يتوسطون في عمليات البيع والشراء، سواء كانوا أفرادا أو جماعات إجرامية منظمة أو مؤسسات صحية.

وقد وردت هذه الصورة بالفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات التي تنص على أنه:" تطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص". غير أن مفهوم الوساطة في المتاجرة بالأعضاء البشرية التي جاءت به المادة قد يختلط بمفهوم آخر نص عليه المشرع في القواعد العامة لقانون العقوبة، ألا وهو مفهوم الشريك في الجريمة[1]. ومن خلال الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات، يستنتج أن المشرع اشترط أن يكون الهدف من عملية التوسط في المتاجرة بالأعضاء هو التشجيع أو التسهيل من أجل الحصول على عضو من جسم شخص، ويتطلب ذلك أن يقوم الجاني بعمل إيجابي. ومن جانب آخر حصر المشرع هذا العمل في صورتين وهما التشجيع أو التسهيل قصد الحصول على العضو.

أما فيما يخص أعمال التشجيع، فقد تكون مادية وقد تكون معنوية، ومثال ذلك تحريض المجني عليه أو إقناعه على القيام بعملية نقل العضو لصالح المستفيد وإفادته بالمعومات اللازمة عن المزايا التي يمكن أن يستفيد منها جراء التنازل عن العضو، والتوسط بين المستفيد والضحية من أجل تمكين هذا الأخير من شراء العضو.

---

[1] بالرغم من التشابه في المصطلحات التي جاءت بها المادتين 42 و303 مكرر 16 فقرة ثانية من قانون العقوبات، غير أن هناك فارقا جوهريا بينهما، بحيث يعتبر الوسيط في المتاجرة بالأعضاء فاعلا أصليا للجريمة بحسب المفهوم الذي جاءت به المادة 41 من قانون العقوبات، ولا يعد بالتالي شريكا في الجريمة بحسب المادتين 42 و43 من نفس القانون، إذا ما تم ارتكاب الفعل بإحدى الصور المحددة على سبيل الحصر في المادة 303 مكرر 16 المذكورة أعلاه. أي إذا كان الفعل يهدف إلى تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص. وبذلك يكون المشرع قد وسع من نطاق الفاعل الأصلي للجريمة، وجعله يشمل أغلب الأعمال التي تدخل ضمن نطاق المشاركة في جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية. ومن جهة ثانية ضيق المشرع من مجال الاشتراك بالنسبة إلى هذه الجريمة، وهذا راجع حسب اعتقادنا إلى خصوصية هذه الجريمة، كون هذه الأخيرة تقوم على أساس الوساطة التي تحترفها عادة العصابات الإجرامية المنظمة، ورغبة من المشرع في قطع جميع السبل التي تؤدي إلى المتاجرة بالأعضاء البشرية. وقد سلك المشرع الجزائري نفس النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي، بحيث اعتبرت المادة 511 – 2 فقرة ثانية من قانون العقوبات الفرنسي، الوسيط في جريمة المتاجرة بالأعضاء فاعلا أصليا وليس شريكا في الجريمة. وبالرغم من ذلك، فإن نظرية الاشتراك لا يزال لها مجال للتطبيق في جريمة المتاجرة بالأعضاء، في غير الصور التي حددها المشرع على سبيل الحصر في الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 المذكورة أعلاه. حول التفرقة بين الوسيط في الجريمة والشريك، أنظر، قرار المجلس الأعلى الذي اعتبر أعمال الوساطة هي من قبيل أعمال الاشتراك في الجريمة، وقد جاء في حيثيات القرار:" أن الاشتراك أو المساهمة غير المباشرة لا يستلزم من الجاني إرتكاب الفعل المادي المكون لها كليا أو جزئيا، وإنما تتطلب منه القيام بتحريض الفاعل على تنفيذ الجريمة أو مساعدته على اقتراف الأعمال التحضيرية أو المسهلة أو المتممة لها. لذلك يعتبر شريكا في جنحة النصب، الوسيط بين الضحية والفاعل الأصلي الذي يساعد هذا الأخير على ارتكاب الأفعال المسهلة للجريمة بحضوره المساومة بين الطرفين ". قرار الغرفة الجنائية، بتاريخ 1969/01/07؛ أشار إليه، جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 220.

وفيما يخص الأعمال المسهلة في الحصول على العضو، فغالبا ما تكون هذه الأخيرة من الأعمال المادية تتمثل في توفير الوسائل أو الهياكل الصحية التي يتم بها العملية الجراحية، كما تشمل أيضا نقل الأشخاص من بلدانهم الأصلية إلى بلدان أخرى، تتم فيها عمليات النقل بصورة غير مشروعة وأعمال البحث عن الأشخاص المتسولين أو الأطفال أو المجانين أو العاجزين واختطافهم من أجل نزع أعضاءهم وبيعها بطريقة غير مشروعة. كما تشمل أيضا العديد من الأفعال التي لا يمكن حصرها[1]، وفي جميع الأحوال لا يهم إن كان الضحية الذي تم نزع العضو منه شخصا على قيد الحياة أو جثة، ولا يشترط أيضا وجود علاقة مباشرة بين المجني عليه أو أسرته والمستفيد.

وأعمال الوساطة لا تقتضي تقديم المنفعة بصفة مباشرة من المستفيد إلى الضحية، ولا يعتد لقيام الجريمة بموافقة المجني عليه عن إجراء العملية سواء قبل هذا الأخير بالعملية أن لم يقبل، ومن أهم صور الوساطة في مجال المتاجرة في الأعضاء، الأعمال تتم عن طريق الجماعات الإجرامية المنظمة وكذا الأعمال المرتكبة من قبل المؤسسات الصحية، إضافة إلى أعمال الوساطة التي تتم عن طريق وسائل الإعلام، والجمعيات الخيرية ووكلاء السفر الذين يشجعون سياحة زراعة الأعضاء ومختبرات الدم والأنسجة.

وبما أن عمليات نقل وزرع الأعضاء تحتاج إلى وسائل طبية متطورة وهياكل صحية تجرى فيها العملية. وفإنه يستحيل على الأشخاص الذي يتاجرون في الأعضاء البشرية أن يباشروا نشاطهم الإجرامي دون الاستعانة بأطباء مختصين وكذا هياكل صحية متطورة، وعادة ما يستعين مرتكبو الجرائم بعيادات خاصة لتسهيل المهمة، تمارس نشاطها في الخفاء بعيدا عن أعين الرقابة وبالتواطؤ مع العصابات الإجرامية، ويتمثل النشاط الرئيس لها في تنفيذ الأعمال الطبية لاسيما نقل الأعضاء من الضحايا وكذا زرعها لصالح المستفيدين منها[2].

من بين أعمال الوساطة في المتاجرة بالأعضاء البشرية المنتشرة بكثرة تلك التي تتم عن طريق وسائل الإعلام بمختلف أشكالها، وتدخل ضمن أعمال الوساطة المعاقب عليها قانونا جميع الإعلانات التجارية والإشهار، المتضمنة دعوى أو عرض لبيع الأعضاء البشرية وكذا نشر وتوزيع مثل هذه الإعلانات. ولا يشترط لتحقيق الجريمة توافر شكل معين في الإعلان، فقد ينشر عن طريق وسائل

---

[1] سوزي عدلي ناشد، المرجع السابق، ص 187.

[2] وهذا ما يفسر اشتراط التشريعات التي وضعت نظاما قانونيا لعمليات نقل وزرع الأعضاء، أن تجرى العملية داخل مؤسسات إستشفائية تابعة للقطاع العمومي أو مرخص لها فقط، ووضعها من جانب آخر لجان تقنية وإدارية على مستوى المستشفيات مكلفة بمهمة الرقابة، وذلك لتجنب أي انحراف من شأنه أن يؤدي إلى المتاجرة بالأعضاء.

الإعلام المرئية أو المسموعة أو المكتوبة أو عن طريق وسيلة إلكترونية أو معلوماتية، وقد ينشر الإعلان في الصحف والمجلات أو في ملصقات توضع على الجدران أو في العيادات الخاصة، أو في محطات وسائل النقل العام أو حتى بتوزيع منشورات مطبوعة في الطريق[1]. لهذا اقترح المشروع التمهيدي لقانون الصحة أحكام خاصة بهذه الأفعال، حيث تعاقب المادة 453 بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وبغرامة من 200.000 دج إلى 400.000 دج لكل من يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة.

غير أن أعمال الوساطة في المتاجرة بالأعضاء البشرية، التي ترتكب على هذا النحو يمكن أن تتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة مثل الإنترنيت، بحيث تعرض الشبكات الإجرامية وساطتها عن طريق الشبكة المعلوماتية، ويتم اللجوء إلى هذه الوسائل لعدّة اعتبارات أهمها، أن المواقع التي يتم فيها نشر تلك الإعلانات لا تكون خاضعة لرقابة الدولة لأنها تبث بطريقة غير شرعية من دول أخرى. ومن جانب آخر، تطرح الجرائم الإلكترونية مشاكل من الناحية القانونية فيما يخص القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي وكذا مسؤولية مقدمي الخدمات على الإنترنيت[2].

المطلب الثاني
إجراء التجارب العلمية على جسم الإنسان

بالإضافة إلى عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، أثارت التجارب العلمية الكثير من الشواغل الأخلاقية، نظرا لمساسها بكرامة الإنسان وحصانة الجسم، وتهدف التجارب الطبية بالدرجة الأولى إلى ترقية وتطوير الصحة العمومية والصناعات الصيدلانية، وتدخل بذلك ضمن إطار البحث

---

[1] تنص المادة 20 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه: " يجب ألا تمارس مهنة الطب وجراحة الأسنان ممارسة تجارية، وعليه يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بتجميع أساليب الإشهار المباشرة وغير المباشرة ". ومن جانبه، نظم قانون حماية الصحة وترقيتها، الإعلام الطبي والعلمي والإشهار في المواد 194 وما يليها، كما وضع أحكاما جزائية تعاقب على خرق تلك الأحكام. وهكذا نصت المادة 264 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:" يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يخالف الأحكام المتعلقة بالإعلام الخاص بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعلمة في الطب البشري". كما نصت المادة 265 من نفس القانون على أنه: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يخالف الأحكام المتعلقة بالإشهار الخاص بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري".

[2] أنظر، القانون 09 – 04 المؤرخ في 2009/08/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، (ج.ر 47).

العلمي والتطوير التكنولوجي، الذي يسعى إلى تحسين نوعية وفاعلية الخدمات الصحية[1]، فالطب إذن يتقدم كل يوم بفضل الأبحاث المستمرة التي يجريها علماؤه وصولا إلى علاج جديد للأمراض التي لم يوفق بعد إلى إيجاد علاج ناجع لها، فجميع الأعمال الطبية لم يتوصل إليها العلماء إلا بإجراء التجارب الطبية[2].

لكن التجارب الطبية هي أخطر ما يتعرض له الكائن البشري في مجال التقدم العلمي والتكنولوجي، لكونها غير مضمونة النجاح في كثير من الأحيان، بالإضافة إلى أن التجارب الطبية والبيولوجية بطبيعتها تحتمل الكثير من المخاطر التي قد تلحق بالخاضعين لها، بما فيما الضرر الجسيم الذي قد يلحق بجسم الإنسان وصحته العقلية[3]، بدليل الجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبها الأطباء النازيون إبان الحرب العالمية الثانية، وما يحدث اليوم في المختبرات من اتخاذ الإنسان حقلا للتجارب والاختبارات

---

[1] هذا ما أشارت إليه المادة 07 من القانون رقم 15 – 21 المؤرخ في 2015/12/30، المتضمن القانون التوجيهي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، بنصها على أن يهدف البحث العلمي والتطوير التكنولوجي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعلمية والتكنولوجية للبلاد. وأضافت الفقرة الثانية بأنه: " تتمثل الأهداف الأساسية للبحث العلمي والتطوير التكنولوجي في مجال الصحة إلى ترقية وتطوير الصحة والصناعة الصيدلانية في شتى ميادينها " (ج.ر 71). أما فيما يخص مصطلح التجارب من الناحية الفنية العلمية، ليس مرادفا بالضرورة لمصطلح الأبحاث، وذلك لأن البحث العلمي يعتبر أكثر اتساعا فالتجارب العلمية الطبية على الإنسان هي إذا جزء من الأبحاث العلمية التجريبية بصفة عامة.

[2] ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 37.

[3] عرف الدكتور العربي بلحاج التجارب الطبية بأنها: " تلك الأعمال العلمية أو الفنية الطبية التي يقوم بإجرائها الطبيب الباحث على مريضه أو الشخص المتطوع، بهدف تجريب أثر دواء معين، أو نجاح عملية جراحية معينة لم تعرف نتائجها من قبل، للحصول على معلومات جديدة، لخدمة الطب والبشرية ". العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان، المرجع السابق، ص 24. وعرفت المادة 395 فقرة 1 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة البحث في مجال طب الأحياء بأنه: "إجراء دراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية. وتدعى في هذا القانون الدراسات العيادية"، في حين عرفت المادة L. 1121-1 من قانون الصحة العمومية الفرنسي التجارب الطبية بأنها: " مجموعة الأبحاث والدراسات العلمية التي تجرى على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية أو الطبية". وعرفت المادة 02 من القرار الصادر عن وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات بتاريخ 2006/07/31 المتعلق بالتجارب العيادية بأنها: " جميع البحوث التي تجرى على الحالات البشرية بهدف الكشف عن التأثيرات الإكلينيكية والتأثيرات الصيدلانية للمنتجات الدوائية أو التحقق منها، وكذا رصد آثارها غير المرغوبة بهدف تقييم فعاليتها وسلامتها".

Art. 02 du l'Arrêté du Ministère de la santé de la population et de la réforme hospitalière n° 387 du 31 juillet 2006 relatif aux essais cliniques : « On entend par essai clinique toute investigation menée sur des sujets humains en vue de découvrir ou de vérifier des effets cliniques et pharmacologiques d'un produit pharmaceutique, d'identifier toutes réactions indésirables afin d'en évaluer l'efficacité et la sécurité. L'essai clinique porte notamment sur : les essais thérapeutiques, diagnostics et préventifs ; les études observationnelles ; les études de bioéquivalence. »

Art. L. 1121-1 du Code de la santé publique: *(L. n° 2004-806 du 9 août 2004, art. 88-II)* « *Les* recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisées dans les conditions prévues au présent livre et sont désignées ci-après par les termes "recherche biomédicale". »

وبعيدا عن الأخلاقيات الطبية، كما أنها تجرى حتى على المعوقين والميئوس من شفائهم والأجنة البشرية، بل إن بعضها يستغل أوضاع الناس الضعفاء، لإجراء مثل هذه التجارب الطبية في الدول الفقيرة، دون مراعاة لكرامة وحقوق وحياة الشخص التي تجرى عليه التجربة[1].

فالإشكالية التجارب الطبية والبحوث العلمية على الإنسان، تكمن من جانب آخر في محاولة إيجاد الموازنة بين طموحات العلماء في التقدم العلمي والوصول إلى نتائج علمية جديدة، وبين الضوابط القانونية والأخلاقية، بما يجلب النفع والمصلحة والصحة للإنسان. لهذا كان لزاما مناقشة موضوع مدى مشروعية التجارب الطبية ثم التطرق إلى الشروط القانونية لإجراء التجارب العلمية على الإنسان.

الفرع الأول
مشروعية التجارب الطبية على الجسم البشري

اختلفت المواقف حول إجراء التجارب العلمية على الإنسان، باختلاف طبيعة التجربة في حد ذاتها، وقد أعطى الفقه عدة مبررات أخلاقية وقانونية بشأنها، ثم كان للقوانين والصكوك الدولية موقفا من هذه المسألة.

أولا: المبررات الأخلاقية لإجراء التجارب العلمية على الإنسان.

تقسم التجارب العلمية المنصبة على الجسم البشري إلى نوعين من التجارب، فهناك التجارب التي تهدف إلى علاج المريض وتخفيف آلامه، وتسمى هذه الأخيرة بالتجربة العلاجية. أما إذا كان القصد منها الحصول على معارف جيدة في الحقل الطبي، دون أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن تجرى عليه التجربة، تكون التجربة علمية أو غير علاجية، وقد اختلفت المواقف بشأنهما[2].

---

[1] العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان، المرجع السابق، ص 16.

[2] فالغرض في النوع الأول يكون دائما علاج المريض باستعمال الطرق المستجدة في التشخيص والعلاج، بينما في التجارب الطبية غير العلاجية، فالغرض هو تطوير المعارف الطبية والحيوية، وتوسيع المعطيات العلمية التي تعود بالفائدة على المجتمع.

[2] Art. 3 : Un essai clinique est dit :

Avec bénéfice individuel direct (BID) lorsque les patients inclus dans l'essai profitent directement d'un éventuel bénéfice thérapeutique pour la prise en charge de leur pathologie.

1- بالنسبة للتجارب العلاجية.

تتجه جل الآراء الفقهية إلى القول بمشروعية التجارب العلاجية، بشرط احترام المبادئ الأخلاقية والقانونية التي تحكمها. ولا يمكن الاستغناء عن هذا النوع من التجارب نظرا لأهميتها العلمية والغاية منها المتمثلة في بشفاء المرضى، وذلك أن إباحة مزاولة الطب مرتبطة بقصد العلاج وباحترام الأصول العلمية. ومن ثم يجب على الطبيب أن يلتزم أثناء تدخله العلاجي بالأفعال الطبية الضرورية والملائمة للعلاج حسب المعايير التي يحددها أهل الطب وهي بطبيعتها متطورة. ويستفيد الطبيب في هذه الحالة بقدر من الاستقلال في تقدير العمل الطبي المناسب، وفقا لما يمليه عليه ضميره وفنه. فحرية اختيار الطبيب للوسائل العلاجية المختلفة هي إحدى المبادئ الأساسية التي ترتكز عليها ممارسات مهنة الطب[1].

واعتبر الفقه أيضا، أنه لا يجوز أن يختبر الطبيب أسلوبا جديدا في العلاج عند وجود طرق علاجية متفق عليها بين أهل الطب، خصوصا إذا ثبت نجاعة هذه الطرق في العلاج. إذ يلتزم الطبيب في هذه الحالة باحترام المعطيات العلمية الثابتة ويمنع عليه مباشرة التجريب مهما كان الغرض الذي يبتغيه من ذلك، لأن الإنسان ليس حقلا للتجارب العلمية أو الطبية. ومن ثمة، فإذا خالف الطبيب الطرق العلاجية المتفق عليها وجرب طرقا علاجية أخرى، وكانت نتائجها غير مؤكدة أو ترتب عنها مخاطر للمريض، يسأل الطبيب عن خطأ مهني مؤكد. غير أن ذلك لا يمنع الطبيب من تجريب الأساليب العلاجية الجديدة عندما تعترضه حالة مرضية لا يوجد بشأنها علاج معروف. فإذا كان من حق المريض الاستفادة من مزايا العلم والانتفاع من أوجه التقدم التي تحققت عن طريق أسلافه، فله أيضا أن يساهم من أجل مصلحة غيره بأن يكون محلا للتجارب الطبية.

هذا ويتعين التنويه أنه من الصعب أحيانا التمييز بين التجارب الطبية والممارسات الطبية العلاجية اليومية، لأن تشخيص الأمراض وخطورتها، ووصف الطرق العلاجية، تختلف من شخص لآخر، وهو ما يجعل الطبيب يباشر في الحقيقة عملا تجريبيا في كل مرة يقوم بفحص وعلاج أحد

[1] ويدخل في نطاق البحوث والتجارب على الإنسان أيضا، إجراء العمليات الطبية الجراحية غير المسبوقة، والتي تجرى لأول مرة في المؤسسات الصحية، باعتبارها أعمالا تجريبية مغايرة للممارسة والعرف الطبيين، غير مضمونة النجاح. مما يستوجب على الأطباء تقييم المخاطر المحتملة، ومقارنتها مع المنافع التي تعود على الشخص الذي يتعرض لها، وكذا مع الفوائد العلمية المرجوة، وضرورة مراعاة الأسس العلمية المتعارف عليها، والنواحي الشرعية والقانونية والأخلاقية المرتبطة بالعمليات غير المسبوقة، وبأن تجرى في المستشفيات التي تتوافر على الخبرات الكافية والقدرات اللازمة والتخصصات المطلوبة.

مرضاه. كما أن أي عملية جراحية، مهما كانت طبيعتها، تحتوي بالأساس على قدر من العمل الطبي التجريبي على الإنسان.

وكان القضاء الفرنسي قد رسم الحدود الفاصلة بين التجربة العلمية والأعمال الطبية الأخرى، وعلى سبيل المثال أوضح مجلس الدولة بأن القرار الإداري الذي رخص بإعطاء المرضى مستحضر Mifégyne (RU 486)، بوصفه من البدائل الدوائية التي تعوض الأطباء الالتجاء إلى العمليات الجراحية في الإجهاض، لا يعد بطبيعته تجربة طبية تنصب على الكائن البشري، ولا يمكن للجمعية التي طعنت في شرعية الترخيص بطرح هذا الدواء للتداول في الأسواق، أن تستند إذن على أحكام المادة L. 209-4 من قانون الصحة العمومية[1]. أما فيما يخص نطاق البحث العلمي، فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن البحث الطبي الحيوي يبدأ منذ قيام الطبيب بوصف العلاج بغض النظر عن قيام الشخص الخاضع للتجربة بابتلاع المادة، ويستلزم في كل الأحوال الحصول على الموافقة القبلية[2].

2- بالنسبة للتجارب العلمية.

على خلاف التجارب التي تهدف إلى تحقيق منفعة صحية، فإن إجراء البحوث في غير وجود منفعة صحية مباشرة تثير الكثير من التساؤلات[3]، والسبب في ذلك أن هذا النوع من البحوث لا يراد به علاج الشخص الخاضع للتجربة، وإنما فقط اكتساب معارف جديدة بخصوص مرض أو دواء جديد[4]. حيث يعتبرها البعض خروجا على القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في حياته وسلامة جسده. بالإضافة إلى ذلك، فإن تلك التجارب ينتفي فيها القصد العلاجي، الذي يعتبر شرطا أساسيا لإباحة المساس بالجسم. ثم إن رضا المجني عليه لا يعد سببا للإباحة، كما أن الكثير من التجارب العلمية لا تتوفر على حالة الضرورة لأنها تنصب على أشخاص أصحاء فتعرضهم للمخاطر وبالتالي فإنها تضر الإنسان دون أن تعود عليه بالنفع.

---

[1] CE, ass., 21 déc. 1990, *Conféd. nat. des assoc. familiales catholiques, req. n° 105743: D. 1991. 283, note Sabourin.*

[2] Paris, 1e mars 1996, D. 1999, 603*, note Roujou de Boubée.*

[3] Art. 3 : Un essai clinique est dit : avec bénéfice individuel direct (BID) lorsque les patients inclus dans l'essai profitent directement d'un éventuel bénéfice thérapeutique pour la prise en charge de leur pathologie.
Sans bénéfice individuel direct (SBID) lorsque les sujets sains inclus dans l'essai ne tirent aucun bénéfice thérapeutique direct.

[4] تسعى التجارب العلمية غير العلاجية إلى كسب معارف جديدة بخصوص التشخيص والعلاج، فهي تسمح للباحث من التحقق من صحة فرض معين من خلال إحداث تغيير في جسم الإنسان ويلجأ إليها العلماء دائما عندما تكون تجريبها على الحيوان غير كافية، أو عندما يتعذر إجراؤها على الحيوان، مما يستدعى إجراؤها على الإنسان لتكون أكثر دقة، وهذا يتطلب تهيئة ظروف ومعطيات ملائمة لتطور هذه التجارب.

وكان القضاء الفرنسي قديما يميل إلى رفض التجارب التي لا تهدف إلى غايات علاجية، في ظل انعدام نصوص قانونية آنذاك مستندا على المبررات الأخلاقية ذاتها. وعلى سبيل المثال، أدانت محكمة الجنح بليون في حكم مؤرخ في 1859/12/15 أحد الأطباء عن جريمة إلحاق الأذى بالسلامة الجسدية، بسبب إقدامه على تجريب تطعيم مضاد لمرض الزهري على طفل يبلغ من العمر 10 سنوات عن طريق حقنه بفيروس Syphilitique، ورغم أن الطبيب حاول إقناع المحكمة بأن الفعل لا يدخل ضمن نطاق النص الجزائي، وأن العملية لم تكن لتحقيق رغبة علمية خالصة، وإنما التجئ إليها بالدرجة الأولى لشفاء المريض، ولو أمكن الاستفادة من نتائجها بصفة ثانوية في الحقل العلمي، بالإضافة إلى انعدام النية الإجرامية السيئة في إحداث الأذى. لكن المحكمة ذكرت بأن واجب الطبيب تجاه العلم ليس مطلقا، وإنما يتوقف على احترام المريض، ومن هذا المنطلق يتعين أن يسعى الطبيب من خلال عمليات تجريب الأدوية الجديدة إلى علاج المرضى، ولو تحقق من ورائها اكتشافات في الميدان الطبي تسهم في نجاحاته الشخصية. لكن لما تبين للمحكمة أن الطفل كان مصابا بمرض القوباء الحلقية، فإن تحقيق العلاج للمريض لم يكن الهدف الرئيسي من التجربة، وإنما كنتيجة ثانوية محتملة لها، على خلاف ما زعم المتهم. وبذلك تكون المحكمة قد رسمت الحدود الأخلاقية لإجراء التجارب العلمية على البشر[1].

ثم صدر قرار آخر عن محكمة استئناف Aix بتاريخ 1906/10/22، إثر قيام الطبيب بإجراء فحوصات تجريبية بالأشعة على مريض بواسطة أجهزة طبية كان قد تحصل عليها، دون أن يأخذ بعين الاعتبار الحيطة والحذر، حيث عرض المريض للإضاءة الإشعاعية وفحوصات متتالية، وانتهت المحكمة بقيام المسؤولية عن الحريق الذي تعرض له الشخص الخاضع للتجربة، مشيرتا إلى عدم توافر عنصر الضرورة من وراء اللجوء إلى التجربة على الإنسان، فضلا على عدم تنبيه المريض بالتداعيات السلبية لتلك الفحوصات[2].

لكن اليوم، تغيرت النظرة تجاه التجارب العلمية، حيث أصبح الإدراك متزايد من قبل الباحثين والعلماء بأهمية التجارب غير العلاجية لتقدم العلوم الطبية، سواء في مجال التشخيص أو العلاج أو الوقاية، خاصة إذا استحال تجريبها على غير البشر. فالطب يتقدم كل يوم بفضل الأبحاث المستمرة التي

---

[1] Trib. correct. Lyon, 15 décembre 1859, *Bouyon c/Gynénot-Gailleton. DP, 1859, III, pp. 87-88.*

[2] CA. Aix 22 octobre 1906, *Dr Chini c/Coconni, D.P, 1907-II- 41, note Mérignac ; S. 1909,II, 321 note Perreau.*

أنظر كذلك، قرار محكمة النقض بتاريخ 1957/12/19 الذي أيد القرار الذي أدان طبيب عن جريمة الإيذاء العمد، بسبب إجرائه تجارب طبية جراحية خاصة بالعقم على مجموعة من الأشخاص الذين تطوعوا بقبول هذه التجارب. وكذا حكم محكمة السين بتاريخ 1935/05/16 الذي اعتبر أن الاتفاق الذي يهدف إلى إجراء تجربة علمية محضة على امرأة مسنة، يعد غير مشروع ومخالف للآداب العامة.

Crim. 19 déc. 1957, *S. 1958,41* ; Seine, 15 mai. 1935, *D 1936, 2, p. 9.*

يجريها علماؤه، وصولا إلى علاج جديد للأمراض التي لم يوفق بعد إلى إيجاد علاج ناجع لها، فجميع الأعمال الطبية لم يتوصل إليها العلماء إلا بإجراء التجارب الطبية. ولهذا يميل أغلب الفقه إلى الاعتراف بمشروعية التجارب والأبحاث العلمية التي يكون هدفها الأساسي تحقيق تقدم البشرية. ويستند هذا الاتجاه إلى قاعدة أساسية في الشريعة العامة مفادها أن رضا المتبرع بوقوع أي فعل على جسمه متى لم يترتب على الفعل أي ضرر جسيم، واقترن ذلك بموافقة المجني عليه المستنيرة. ويعتقد بأن هذه القواعد كفيلة بتحقيق التوفيق بين مقتضيات التقدم الطبي من جهة، والسلامة البدنية. ويستند الفقه في إجازة هذا النوع من التجارب إلى مشروعية السبب في الاتفاق القائم بين صاحب التجربة والشخص الخاضع لها، حيث أن الغرض من إجراء التجربة العلمية هو اكتساب المعارف وهي مصلحة مشروعة في حياة البشر، وليست مخالفة للنظام العام[1].

ثانيا: الأساس القانوني للتجارب العلمية على الإنسان.

حظيت التجارب العلمية باهتمام خاص من جانب القانون الدولي، لاسيما بعد الحرب العالمية الثانية التي شهدت ارتكاب جرائم فضيعة من طرف الأطباء الألمان تحت ذريعة التجارب الطبية. لكن المبادئ التي أقرتها تلك المواثيق ولو كانت أغلبها غير ملزمة، انعكست على القوانين الداخلية التي استلهمت منها بعض المبادئ. ومن جهة أخرى، لم يغفل فقهاء الشريعة الإسلامية إلى دراسة هذا الموضوع ووضع الأساس الشرعي له.

1- الصكوك الدولية والإقليمية.

لقد ارتبط أول تنظيم دولي للتجارب الطبية على الإنسان بالمحاكمة الدولية للأطباء النازيين على الجرائم ضد الإنسانية، التي ارتكبوها على أسرى الحرب إبان الحرب العالمية الثانية دون مراعاة الأخلاقيات الطبية، حيث أصدرت محكمة Nuremberg مجموعة من المبادئ التي يجب مراعاتها من قبل الأطباء أثناء إجراء التجارب الطبية على الإنسان. وقد ذهبت المحكمة أن ما ارتكبه المتهمون ليس تجارب طبية وإنما جرائم فضيعة في حق البشرية. وبعبارة أخرى، اعتبرت المحكمة تلك المبادئ الأساس الذي يبنى عليه شرعية التجارب على الإنسان[2].

---

[1] ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 211.

[2] تم الإعلان عن الاتفاقية الدولية الأولى بشأن آداب المهنة فى مجال البحوث الطبية، أو ما يعرف بمجموعة قواعد نورمبرج، فى عام 1947 عقب محاكمة الأطباء الذين قاموا بتجارب مروعة على السجناء والمعتقلين الذين لم يعطوا موافقتهم على مثل هذه التجارب

ويستخلص من القواعد التي وضعتها المحكمة أنها تعترف بالتجارب غير العلاجية أو التجارب العلمية التي تجرى على الإنسان، إلا أنها وضعت لها شروط بينها أن تكون التجربة بعد أخذ الموافقة من الشخص الخاضع للتجربة، وتجنب الأضرار والآلام الجسمانية والعقلية غير الضرورية وجميع الأخطار المحتملة، وأن يكون للتجارب فوائد عملية للإنسانية يستحيل الحصول عليها بدون التجريب على الإنسان، وأن تكون طريقة ممارسة التجربة محددة وأن تكون ضرورية.

ومن أهم الصكوك الدولية المرتبطة بحماية حقوق الإنسان، ما أصدرته الرابطة الطبية العالمية بشأن البحوث الطبية التي تجرى على البشر في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي سنة 1964[1]، من مبادئ متعلقة بإجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان. وتعتبر المبادئ والقواعد التي أصدرتها الجمعية الطبية العالمية بمثابة قانون أخلاقي يتعين على الأطباء الباحثين الالتزام به عند مباشرة التجارب الطبية على الإنسان. فقد ميز إعلان هلسنكي بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية، وأكد على وجود احترام حقوق الإنسان خاصة الحق في السلامة الجسدية والعقلية، الذي يجب أن يبقى فوق كل اعتبار[2]. وقد اشترط هذا الإعلان لشرعية التجربة، وجوب التناسب بين الغرض المراد بلوغه من إجراء التجربة والأخطار المتوقعة بالنسبة للشخص الخاضع لها. كما أولى من جهة أخرى، اهتماما خاصا بالموافقة المسبقة للشخص على التجربة الطبية، واعتبره شرط أساسي لشرعية التجربة من الناحية الأخلاقية والقانونية.

ثم صدر عن منظمة اليونسكو، الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، الذي اعترف بفضل حرية العلم والبحث في التطورات العلمية والتكنولوجية، التي ساهمت حسب الإعلان

خلال الحرب العالمية الثانية. وقد وضعت هذه القواعد التى تم تصميمها للحفاظ على سلامة حالة البحث، شروطا للسلوك الأخلاقي في البحوث المتضمنة لحالات دراسة بشرية وأكدت على موافقتهم على إجراء البحث بمحض إرادتهم.

[1] تم تعديله في الأعوام 1975 و1983 و1989 و1996 و2000.

[2] المبادئ التوجيهية الدولية لأخلاقيات البحوث الطبية البيولوجية التي تجرى على البشر الصادرة عن المنظمة الدولية للعلوم الطبية والتي اعتمدت في عام 1982 وعدلت عامي 1993 و2002.

ومنذ إصدار القواعد الإرشادية لمجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية فى عام 1993، قامت العديد من المنظمات الدولية بسن إرشادات لآداب المهنة فيما يخص التجارب التي تقوم على الملاحظة المباشرة. وشملت هذه ما أصدرته منظمة الصحة العالمية في عام 1995 من قواعد إرشادية تهدف إلى التطبيق السليم لأساليب الملاحظة المباشرة بالنسبة للتجارب التى تجرى على المنتجات الدوائية، وما أصدره المؤتمر الدولي عن توافق المتطلبات الفنية من أجل تسجيل الأدوية التي يستخدمها البشر فى عام 1996 من قاعدة إرشادية تهدف إلى الممارسة السليمة لأساليب الملاحظة المباشرة. أنظر، القواعد الإرشادية الأخلاقية العالمية لأبحاث الطب الحيوي المتعلقة بالجوانب الإنسانية رؤية إسلامية، أعدت من طرف CIOMS وWHO بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، جنيف 2002، ص 14.

V. en ce sens, Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains, CIOMS, 2003.

في إطالة متوسط العمر وتحسين نوعية الحياة. وأكد الإعلان على أن هذه التطورات ينبغي أن تسعى دائما إلى تحسين أحوال الأفراد والأسر والجماعات والبشرية ككل، في ظل الاعتراف بالكرامة الإنسانية وبأهمية حرية البحث العلمي والمنافع المستمدة من التطورات العلمية والتكنولوجية، مع التأكيد على ضرورة أن يندرج هذا البحث في إطار المبادئ الأخلاقية، وأن يحترما الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان والحريات الأساسية[1]، كما أوضح الإعلان بأنه لا يجوز إجراء بحث علمي إلا بعد إبداء الشخص المعني قبوله المسبق والحر والصريح والواعي، دون أن يلحقه ضرر وأذى، ولا يجوز إقرار استثناءات عن هذا المبدأ إلا وفقا لمعايير أخلاقية وقانونية تعتمدها الدول[2].

أما على الصعيد الإقليمي، فقد كرست اتفاقية Oviedo وبروتوكولها الإضافي المتعلق بالأبحاث البيوطبية، مبدأ حرية الأبحاث العلمية في مجال الطب والبيولوجيا، بشرط احترام الضوابط الأخلاقية والشروط القانونية التي نصت عليها الاتفاقية، وباقي الأحكام التي تحمي الكائن البشري[3]. وفي الأخير شدد قرار منظمة الوحدة الإفريقية لسنة 1996 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا، على التماس الموافقة المسبقة الحرة والمستنيرة، قبل إجراء الأبحاث البيوطبية على البشر.

2- القوانين الداخلية.

تجد التجارب الطبية التي تجرى على جسم الإنسان أساس مشروعيتها في التشريعات الوطنية أيضا، حيث كان المشرع الجزائري قد أشار لهذه المسألة في البداية بمقتضى الأمر 76 – 79 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن قانون الصحة العمومية، دون التطرق للتفاصيل القانونية أو الضوابط الأخلاقية، واكتفت المادة 230 منه بالنص على أنه: " مع مراعاة أحكام قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بالتشريح الطبي الشرعي، يرخص بالتشريح ذي الطابع العلمي و التشريح المتعلق بالتدريس الطبي و أخيذات الأعضاء، يتم ذلك وفقا للكيفيات التي تحدد بموجب قرار وزاري مشترك ".

وبصدور قانون حماية الصحة وترقيتها نضم المشرع المسألة من خلال المادتين 168 مكرر و168 مكرر 3، حيث جاء في المادة 168 فقرة 2 أنه: "يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية

---

[1] أنظر، ديباجة الإعلان.

[2] المواد، 04، 06 ،15 من الإعلان.

[3] Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale, Conseil de l'Europe, 2005 ; Directive 2001/20/CE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2001.

التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان، في إطار البحث العلمي". كما نصت المادة 168 مكرر 3 على أنه: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 168 أعلاه". وأشارت المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، وعند التأكد من أن هذا العلاج يعدو بفائدة مباشرة على المريض". وخصص المشروع التمهيد لقانون الصحة قسم يتعلق بالأحكام المتعلقة بالبحث في مجال طلب الأحياء[1]. ومن استقراء هذه المواد يتضح أن التشريع الجزائري يبيح صراحة التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية، التي تهدف إلى تحقيق المزيد من التقدم الإنساني في العلوم الطبية[2].

أما في التشريع المقارن، فإن المشرع الفرنسي كان قد أصدر أول قانون ينتظم التجارب الطبية على الكائن البشري ويتعلق الأمر بالقانون 88 – 1138 المؤرخ في 1988/12/20 المتضمن حماية الأشخاص الخاضعين للأبحاث الطبية والبيولوجية، الذي سد الفراغ القانوني والغموض الذي كان يكتنف الموضوع. في وقت كانت مدونة أخلاقيات مهنة الطب تتضمن بعض القواعد العامة التي تضبط الممارسات الطبية، ومنها التزام الطبيب العام بعدم تعريض صحة المريض أو حياته لمخاطر غير مبررة، التي كانت ضمن النصوص القليلة التي تحمي الكيان البدني للأشخاص الخاضعين للتجارب، فضلا على

---

[1] وجاء في المادة 395 فقرة 2 بأنه: "يمكن أن تكون الدراسات العيادية ملاحظتية أو تدخلية وتخص، لاسيما:

- الدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية.
- دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي.
- الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية..."

[2] وكانت وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات قد أصدرت مقرر مؤرخ في 1995/10/22 تحت رقم 1995 يتعلق بحسن الممارسات الإكلينيكية، ثم صدر مقرر آخر بتاريخ 2006/07/31 تحت رقم 387 يتعلق بالتجارب العيادية، تبعها المقرر الصادر في نفس التاريخ تحت رقم 388 المحدد للإجراءات التي يتعين اتخاذها لإنجاز التجربة الإكلينيكية، ثم مقرر مؤرخ في 2009/06/25 تحت رقم 200 يعدل المقرر الصادر سنة 1995 المتعلق بحسن الممارسات الإكلينيكية، تم إرفاقه بملحق يتعلق بحسن الممارسات الإكلينيكية المطبقة على التجارب الدوائية.

Arrêté du Ministère de la santé de la population et de la réforme hospitalière, n° 00200 du 25 Juin 2009 modifiant l'arrêté n° 112 du 22 Octobre 1995 Fixant les règles des Bonnes Pratiques Cliniques ; Arrêté n°387 du 31 juillet 2006 relatif aux essais cliniques ; Arrêté n° 388 du 31 juillet 2006 fixant les procédures de réalisation d'un essai clinique V. également, l'arrêté n°44 du 21 septembre 1998 portant formulaire de déclaration d'intention pour l'essai d'un médicament ou d'un produit assimilé ; l'arrêté n°48 du 07 octobre 1998 relatif au formulaire de déclaration d'un effet grave susceptible d'être du à une recherche biomédicale sur un médicament ou un produit pharmaceutique ; l'arrêté n°67 du 06 décembre 1998 portant création de l'unité des essais cliniques ; l'arrêté n° 37 du 23 août 1998 fixant les procédures d'expertises analytiques, pharmacotoxicologiques et cliniques appliquées aux produits pharmaceutiques.

بعض النصوص التنظيمية والقرارات التي تجيز إجراء التجارب في إطار تطوير البحث العلمي. ويدخل ضمن مفهوم التجربة وفقا للتشريع الفرنسي، كل بحث أو اختبار يقع على الكائن البشري بهدف تطوير المعطيات البيولوجية أو الطبية. والملاحظ أن المشرع الفرنسي استعمل مصطلح الكائن البشري. عندما نظم الأبحاث الطبية والبيولوجية، ولم يستعمل مصطلح الجسم البشري، وهذا من أجل إضفاء حماية أوسع لتشمل الإنسان في جميع مراحل تطوره البيولوجي. كما تعزز القانون المشار إليه، بصدور عدة قوانين أخرى فيما بعد نذكر منها القانون 94 – 630 المتعلق بحماية الجسم البشري، والقانون 2002 – 303 المتعلق بحقوق المرضى، ثم قوانين أخلاقيات البيولوجيا الصادرة سنتي 2004 و2011، وأخيرا القانون 2012 – 300 المؤرخ في 2012/03/05 المتعلق بالأبحاث العلمية على الشخص البشري.

3- الفقه الإسلامي.

اعترف الفقه الإسلامي بأهمية التجارب الطبية على الإنسان، مع ضرورة تكريم الإنسان، ورعاية حقوق المريض. فلا يجوز للطبيب أو الباحث التعدي على السلامة الجسدية أو الذهنية للإنسان الخاضع للتجربة أو تعذيبه دون مبرر أخلاقي. وقد عالج مجمع الفقه الإسلامي الدولي الضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان، في دورته السابعة عشر المنعقدة بعمان من 24 إلى 2006/06/28، وأكد المجمع على اعتماد المبادئ العامة والأسس التي بنيت عليها الضوابط المنظمة لأخلاقيات الأبحاث الطبية البيولوجية، التي ترتكز على احترام الأشخاص وتكريم الإنسان الذي يعد أصلا ثابتا مقرر في الشريعة الإسلامية، واحترام استقلالية الشخص الكامل الأهلية المتطوع لإجراء البحوث الطبية، وتمكينه من اختيار القرار المناسب له، كما ركز القرار على ضرورة تحقيق المصلحة الذي هو أصل في الشريعة الإسلامية، فضلا على تحقيق العدل والالتزام الأخلاقي[1].

وتمت دراسة موضوع الأبحاث الطبية المنصبة على الإنسان وضوابطها الشرعية، في الوثيقة الصادرة عن الندوة التي أقامتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في الفترة ما بين 11 إلى 2004/12/14 بالقاهرة، التي تمخض عنها صدور القواعد الإرشادية الأخلاقية العالمية لأبحاث الطب الحيوي المتعقلة بالجوانب الإنسانية رؤية إنسانية.

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي تحت رقم 161 (17/10) ، المتعلق بالضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان، الدورة السابعة عشر بعمان، المملكة الأردنية الهاشمية، من 24 إلى 2006/06/28.

الفرع الثاني
الشروط القانونية لإجراء التجارب العلمية على الجسم البشري

مثلما هو الشأن بالنسبة لعمليات نقل زراعة الأعضاء البشرية، وضع المشرع مجموعة من الشروط والضوابط للتجارب الطبية التي تجرى على جسم الإنسان، التي يجب على الأطباء والصيادلة المختصين مراعاتها. منها ما يتعلق بالتجربة في حد ذاتها، ومنها ما يتعلق بالشخص الخاضع للتجربة، ومنها ما يتعلق بالقائم بالتجربة الطبية.

أولا: الشروط الخاصة بالتجربة في حد ذاتها.

يشترط في التجربة أن تكون ذات منفعة، ويُقصد بالمنفعة الالتزام الأخلاقي بالحصول على أكبر قدر من الفائدة وتقليل الضرر الجسماني إلى أدنى حد. وهذا المبدأ يفسح المجال للقواعد التي تتطلب أن تكون مخاطر البحث معقولة في ضوء الفوائد المتوقعة. فضلا على ذلك، يتعين أن تكون التجارب الطبية على الإنسان خاضعة للرقابة من قبل اللجان الأخلاقية. وأخيرا يتعين أن تكون التجربة مجانية.

1- الجدوى من التجربة.

أشارت المواثيق الدولية المختلفة والقوانين إلى ضرورة وجود جدوى علمية من التجربة العلمية المنصبة على الإنسان، والتي تتطلب ضرورة مراعاة الموازنة بين حرية البحث العلمي، وبين حقوق الإنسان وكرامته وحرياته الأساسية، بحيث يتم إزالة التعارض بينهما ورسم الحدود الأخلاقية والإنسانية الفاصلة بينهما. وبمعنى آخر، وجوب الترجيح بين المزايا المنتظرة من التجربة والأخطار المقترنة بها، بحيث لا يجوز إجراء التجارب التي تفوق مخاطرها المنافع المنتظرة سواء بالنسبة للشخص الخاضع لها أو بالنسبة للبشرية[1]. ويستلزم ذلك أيضا بداهة عدم وجود بدائل أخرى لتحقيق نفس النتائج المتوقعة من هذه التجربة إلا بإجرائها على الإنسان، كالتجريب أولا على الحيوان مثلا قبل الانتقال على الإنسان، الذي لا يجوز اتخاذه حقلا ابتدائيا لتجربة العقاقير والطرق العلاجية الجديدة إذا توافر البديل[2].

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 168.

[2] V. Par exemple, Art. L. 1121-2 C. santé pub., Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée *(Abrogé par L. n° 2012-300 du 5 mars 2012, art. 1er-III-1°) «sur l'être humain»*:

— si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ;

فالحفاظ على الإنسان في جسمه وكرامته وحريته، هو غاية القانون، وهذا يستوجب تدعيم الحماية والقانونية للشخص الخاضع للتجارب الطبية العلاجية أو العلمية المحضة، أمام مخاطر التقدم العلمي والتكنولوجي[1]. وتطبيقا لذلك، نصت المادة 398 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة على أنه: " لا يمكن إجراء الدراسات العيادية على الكائن البشري إلا إذا: – كانت مؤسسة على آخر ما توصل له البحث العيادي والمعارف العلمية وتجربة ما قبل عيادية كافية، – كان معدل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المعني بالدراسة..."، ثم نصت المادة 09 فقرة 1 من القرار الوزاري المؤرخ في 2006/07/31 المتعلق بالتجارب الإكلينيكية، بأنه لا يمكن أجراء أية تجربة علمية على الكائن البشري إذا لم تكن قائمة على آخر المعطيات العلمية، وأن تسبقها تجارب معملية كافية. وبالنسبة للتجارب على المواد الصيدلانية، أضافت المادة الموالية بأنه يتعين على صاحب المشروع العلمي أن يصرح لوزارة الصحة بكل التفاعلات الخطيرة المحتملة، وفقا لما هو مبين في النموذج الملحق بالقرار[2].

— si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ;

— si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition ; — *[Anc. art. L. 209-2].*

(L. n° 2004-806 du 9 août 2004, art. 88-III) «— si la recherche biomédicale n'a pas été conçue de telle façon que soient réduits au minimum la douleur, les désagréments, la peur et tout autre inconvénient prévisible lié à la maladie ou à la recherche, en tenant compte particulièrement du degré de maturité pour les mineurs et de la capacité de compréhension pour les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement.

«L'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société.

«La recherche biomédicale ne peut débuter que si l'ensemble de ces conditions sont remplies. Leur respect doit être constamment maintenu. »

هذا وأكدت المادة 16 من اتفاقية Oviedo وكذا إعلان هلسنكي، بأنه لا يمكن إجراء بحث طبي حيوي يتناول حالات بشرية سليمة إلا إذا كانت أهمية الهدف المنشود متناسبة مع المخاطرة التي يتعرض لها الشخص موضوع البحث. فكل مشروع بحث حيوي يتناول حالات بشرية ينبغي أن يكون مسبوقا بتقويم دقيق للمخاطر المتوقعة بالمقارنة مع المنافع المتوقعة للشخص موضوع البحث أو لغيره، ويجب أن يسود الاهتمام دائما بمصالح الشخص موضوع البحث على مصالح العلم والمجتمع، وينبغي أيضاً للأطباء أن يكفوا عن أي بحث إذا وجدوا أن المخاطر المذكورة تفوق الفوائد المحتملة في أهميتها. إن الفوائد والمخاطر والمشقة المرتقبة من استخدام أسلوب منهجي جديد ينبغي أن يتم في تقديرها المقارنة بالمزايا المتاحة من أفضل الأساليب المنهجية التشخيصية والعلاجية السائدة.

Art. 16 de la convention d'Oviedo : « Aucune recherche ne peut être entreprise sur une personne à moins que les conditions suivantes ne soient réunies :
i. il n'existe pas de méthode alternative à la recherche sur des êtres humains, d'efficacité comparable ;
ii. les risques qui peuvent être encourus par la personne ne sont pas disproportionnés par rapport aux bénéfices potentiels de la recherche… »

[1] هذا ما أشارت إليه المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب بأنه يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحصوه الطبية أو علاجه. وأضافت المادة 18 بأنه: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، وعند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

[2] Art. 9 : Aucun essai clinique ne peut être effectué sur l'être humain s'il ne se fonde pas sur le dernier état de la recherche clinique, des connaissances scientifiques et sur une expérimentation pré clinique suffisante ; si le rapport bénéfice / risque prévisible n'est pas au profit du sujet inclus à la recherche.

وقد أثير موضوع الموازنة بين متطلبات التطور العلمي واحترام الشخص البشري، أمام القضاء الفرنسي، وفي هذه القضية التي فصلت فيها محكمة النقض بتاريخ 2010/01/14، كان أحد المرضى قد خضع لنوع جديد من العلاج الكيميائي بعد استئصال ورم سرطاني، تبعا لبروتوكول البحث العلمي الذي أمضى عليه هذا الأخير، لكن العلمية ترتب عليها مضاعفات صحية رغم عدة عمليات جراحية. لكن قضاة الموضوع رفضوا إلزام صاحب مشروع البحث والمركز الاستشفائي وشركة التأمين بدفع التعويضات. وقد أعاب الطاعن في القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس استبعاده لأية مسؤولية طبية، رغم وجود خلل في الموازنة بين المنفعة الطبية الضئيلة التي تحصل عليها بالمقارنة مع الأهداف العلمية للتجربة في حد ذاتها. وكانت محكمة الاستئناف ذهبت إلى أن صاحب المشروع استطاع إثبات عدم ارتكابه لأي خطأ ترتب عنه ضرر جسماني للمريض غير قابل للشفاء، وأيدتها في ذلك محكمة النقض التي أشارت بأن الدراسة التي تم إجرائها كانت تستهدف المرضى المصابين بداء السرطان عن طريق مقارنة نوعين من العلاجات الكيميائية المساعدة، وأن تركيبة الدواء المقترحة على المريض كانت تصبو إلى زيادة احتمال بقاء المريض على قيد الحياة بنسبة 10 %. ومن جهة أخرى، كانت الدراسة تهدف إلى التقليص من احتمال مخاطر عودة الأورام السرطانية بعد إجراء العملية الجراحية. وفضلا على ذلك، فإن تقدير مدى ملائمة فاعلية الدواء في علاج مثل هذه الحالات كان محل دراسات سابقة وتم التجاء إليه من طرف فرق طبية مختصة بصفة آلية. وبخصوص مبدأ الموافقة المسبقة، أوضحت محكمة النقض بأن ورقة القبول كانت مرفقة بملحق يحتوي معلومات مفصلة حول الوسائل العلاجية والتأثيرات الجانبية للدواء. وانتهت بأنه التجربة لم تكن مخالفة لأحكام المادة L. 1121-2 من قانون الصحة العمومية[1].

2- الرقابة على إجراء التجارب الطبية على الإنسان.

من المبادئ المستقرة اليوم في مجال التجارب الطبية على الإنسان، إخضاعها للرقابة التي تمارس من طرف جهات مستقلة، للتأكد من مطابقة بروتوكول التجربة للقواعد القانونية والأخلاقية. فالسعي إلى تحقيق التقدم العلمي من شأنه أن ينسي الطبيب الباحث الرعاية اللازمة للشخص الخاضع للتجربة ويعرضه لمخاطر قد لا تناسب الفائدة المنتظرة من التجربة. وتزداد أهمية هذه الرقابة إذا أخذ بعين الاعتبار ضرورة حماية الأشخاص الضعفاء من الاستغلال الذي يمكن أن يتعرضون له. لذلك فإن

Art. 11 : Tout effet grave susceptible d'être du à une recherche sur un produit pharmaceutique doit être déclaré par le promoteur, au Ministre de la santé, de la population et de la réforme hospitalière, conformément au formulaire joint en annexe D du présent arrêté.

[1] Civ. 1re, 14 janv. 2010, RCA, 2010, no 86, note Hocquet-Berg ; Gaz. Pal. 25 juin 2010, no 176,177, p. 22, note Matéi.

فرض الرقابة على التجارب الطبية يحقق منفعة عملية، تتمثل في تذكير الباحثين بضرورة تمحيص الجوانب القانونية والأخلاقية قبل الإقبال على التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان[1].

وعلى هذا الأساس لجأت الكثير من الأنظمة إلى فرض رقابة صارمة على إجراء هذه التجارب، من خلال تعيين جهات رقابية أسندت إليها مهمة دراسة مشاريع التجارب الطبية، بحيث لا تجيز إلا التجارب التي احترم أصحابها الضوابط العلمية والقانونية المعمول بها في هذا المجال[2]. وهذا ما أشارت إليه المادة 168 فقرة 1 و4 من قانون حماية الصحة وترقيتها بنصها على أنه: "يختص المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بتوجيه ومراقبة مختلف الأعمال الطبية، ومن بينها التجارب الطبية". وقد نص المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الثالثة على وجوب أخذ رأي المجلس المشار إليه بخصوص التجارب العلمية. بحيث لا يجوز إجراء هذا النوع من التجارب إلا إذا وافق عليه المجلس[3]. ويفرض الدور الرقابي للمجلس للتأكد من مدى احترام مشروع التجربة للمبادئ الأخلاقية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء التجريب على الإنسان خاصة في التجارب العلمية المحضة[4].

وزيادة على ذلك، عززت المادة 08 من القرار الوزاري المؤرخ في 2006/07/31 المتعلق بالتجارب الإكلينيكية الدور الرقابي للهيئات الإدارية، فضلا على المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة، يتعين على صاحب المشروع العلمي أو المرقي أن يتقدم مسبقا بطلب ترخيص لدى وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات[5]، يتضمن عدة بيانات حول التجربة وفقا للنموذج المرفق. وأشار القرار أيضا إلى السجل الوطني للتجارب العيادية يتم إمساكه على مستوى الوزارة المكلفة بالصحة تدون فيه

---

[1] مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 770.

[2] أنظر على سبيل المثال، المادة L. 1123-1 وما يليها من قانون الصحة العمومية الفرنسي، التي أسندت دور الرقابة لجان حماية الأشخاص.

[3] وهو الشرط الذي أكدت عليه المادة 35 فقرة 2 من القرار الوزاري المؤرخ في 2006/07/31 المتعلق بالتجارب الإكلينيكية، التي أكدت بأنه لا يمكن إجراء التجارب العليمة المحضة إلا بعد الرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة. ونصت المادة 168 فقرة 4 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسئوليته المدنية ". أنظر في هذا الصدد أيضا، المواد 398 و400 و401 و402 من مشروع القانون المتعلق بالصحة.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 96 – 122 المؤرخ في 1996/04/06 المتضمن إنشاء المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11 – 425 المؤرخ في 2011/12/08. وأشارت المادة 10 منه أنه: " يمكن أن يخطر المجلس أي شخص طبيعي أو معنوي بخصوص أية مسألة تدخل في إطار مهامه ".

[5] أشارت المادة 399 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة على ضرورة خضوع الدراسات العيادية لترخيص من الوزير المكلف بالصحة، وتعاقب المادة 459 بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 5.000.000 دج إلى 10.000.000 دج، كل من يخالف الشروط الواردة في المادة 399 أعلاه.

جميع طلبات تسجيل التجارب الإكلينيكية، ويمكن للسلطات الإدارية أن تطلب من صاحب المشروع العلمي معلومات إضافية حول التجربة، ويحق لها في جميع الأحوال أن تمنع أو توقف إجراء تلك التجربة في أية مرحلة[1]. ولا يقتصر الترخيص الإداري على صاحب المشروع، بل يمتد أيضا إلى مؤسسات تقديم الخدمات في مجال التجارب، الذين يجب أن يحصلوا على الترخيص من طرف المصالح الإدارية قبل مزاولتهم عملهم[2].

ثم جاءت المادة 25 من ذات القرار بنصها على ضرورة إنشاء لجان أخلاقية محلية على مستوى كل هيكل صحي مختص، وتعتبر هذه الأخيرة هيئة مستقلة تتكون من أطباء ومختصين في مجال الصحة وفي المجال القانوني بالإضافة إلى ممثلين جمعيات الدفاع عن حقوق المرضى، يكون مقرها المؤسسة العمومية للصحة، يناط بها دور الرقابة على التجارب الطبية ضمن نطاق اختصاصها، وألزمت المادة 24 أن يخضع كل مشروع تجربة عيادية للرقابة القبلية من طرف لجنة الأخلاقيات التي تبدي رأيها في غضون شهر من تاريخ تقديم الطلب. أما بالنسبة للهياكل التي تجرى فيها التجارب العلمية التي لا يرجى منها فائدة بالنسبة للشخص الخاضع لها، فلا يمكن إجرائها إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها من طرف وزارة الصحة[3].

---

[1] المادة 37 من القرار الوزاري المؤرخ في 2006/07/31 المتعلق بالتجارب الإكلينيكية.

[2] Art. 8 : « Tout promoteur d'un essai clinique sur l'être humain doit déclarer son intention de réaliser celui-ci, au Ministre de la santé, de la population et de la réforme hospitalière qui lui délivre une autorisation à cet effet.
La déclaration d'intention est formulée conformément au formulaire joint en annexe B du présent arrêté.
Le Ministre de la santé, de la population et de la réforme hospitalière peut, à tout moment, demander au promoteur des informations complémentaires sur l'essai clinique. Il peut également, à tout moment, suspendre ou interdire un essai clinique ».

[3] Art. 24 : « Tout projet d'essai clinique doit être soumis par le promoteur à l'avis préalable du comité d'éthique pour les essais cliniques créés à l'article 25 ci-dessous.
Le comité d'éthique pour les essais cliniques dispose d'un délai d'un mois, à compter de la date de réception du projet pour donner son avis ».
Art. 25 : « Le Ministre chargé de la santé crée, dans chaque région sanitaire, un ou plusieurs comité(s) d'éthique pour les essais cliniques.
Les comités d'éthique pour les essais cliniques ont leur siège au sein des établissements publics de santé.
Les modalités d'organisation et de fonctionnement des comités d'éthique pour les essais cliniques sont fixées par instruction ».

3- المجانية.

مما لا شك فيه أن المقابل المالي أثر مكره على الشخص المراد إخضاعه للتجربة، خاصة إذا كان في حاجة ماسة إلى المال. وقد تلجأ الكثير من المؤسسات الطبية المختصة بالبحث العلمي إلى إغراء الأشخاص المنتمين لبعض الطبقات الاجتماعية بمبالغ مالية من أجل إخضاعهم لتجاربهم.ومما لا شك فيه أيضا أن هذه الصفقات تعيب الموافقة من الناحية القانونية. كما أنه لا يجوز من الناحية الأخلاقية أن يعرض الشخص سلامته الجسدية للأضرار المحتملة في التجارب الطبية مقابل مبالغ مالية، لأن جسم الإنسان لا يعتبر من الأشياء التي يمكن التصرف فيها، لكن بعض التشريعات تجيز تعويض الشخص الخاضع للتجربة، عما يتحمله من أعباء ومتاعب من جراء الخضوع لهذه التجارب.

وفي التشريع الجزائري لم توضح المواد المنظمة للتجارب العلمية صراحة إلى هذا الشرط، حتى تكون التجربة خالصة للأغراض العلاجية أو العلمية، لكن المادة 16 من القرار الوزاري المشار إليه أعلاه، أكدت بأنه لا يمكن أن تكون التجارب الإكلينيكية مقابل منافع مالية، سواء مباشرة أو غير مباشرة بالنسبة للأشخاص الخاضعين لها، دون الإخلال التعويضات عن المصاريف الخاصة بإنجاز الأبحاث[1]. إذ أنه لا يجوز من الناحية الأخلاقية، أن يعرض الشخص سلامته الجسدية للأضرار المحتملة في التجارب الطبية والأبحاث البيولوجية، مقابل مبلغ مالي أو لتحقيق مصلحة فردية مباشرة لا غير، لأن الجسم البشري لا يدخل ضمن المعاملات المالية. هو ما أكدت عليه كذلك المادة 418 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة التي نصت على أنه: "لا يترتب على الدراسات العيادية أي مقابل مال مباشر أو غير مباشر للأشخاص الخاضعين لها باستثناء تعويض المصاريف التي دفعها هؤلاء الأشخاص"[2]. وفي هذا المعنى أشارت المادة 31 من البروتوكول الإضافي لاتفاقية Oviedo المتعلق بالتجارب البيوطبية، أنه يمكن للشخص الخاضع للتجربة الحصول على تعويض عادل عن الأضرار التي أصابته، وفقا للقوانين السارية المفعول[3].

---

[1] وفي هذا الإطار أجاز القرار بأن يتم الاتفاق بين الهيئة المشرفة على التجربة والباحث بموجب اتفاق مالي، مع مراعاة مبدأ الشفافية في مصادر تمويل الأبحاث التي يجب أن تكون واضحة في العقد المبرم بين مراكز البحوث والباحثين.

[2] نصت المادة 413 أيضا بأنه: "في حالة دراسة عيادية دون منفعة فردية مباشرة، يمكن المرقي أن يدفع للأشخاص المستعدين للخضوع لها تعويضا عن الصعوبات التي يتحملونها حسب شروط وكيفيات يحددها الوزير المكلف بالصحة".

[3] Art. 16 : « L'essai clinique ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais engagés par la personne qui se prête à l'essai clinique ».

Article 17 : « La réalisation de tout essai clinique fait l'objet d'une convention financière passée entre le promoteur et l'investigateur.

Le promoteur passe une convention financière avec l'établissement dans le cas où l'essai clinique engendre des surcoûts ».

ثانيا: الشروط الخاصة بالشخص الخاضع للتجربة.

يشترط في الشخص المشارك في التجربة أن يعبر عن رغبته في قبول أو رفض تلك المشاركة. لكن هناك بعض الفئات التي يفتقر فيها الأشخاص المتوقع مشاركتهم في الأبحاث إلى القدرة على إبداء موافقتهم. وهناك حالات خاصة تتعلق بالشخص الخاضع للتجربة، لا يجيز فيها القانون إجراء التجارب على الإنسان.

1- رضا الشخص الخاضع للتجربة.

عالجت المادة 168 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها شروط الموافقة، وأكدت بأنه يخضع التجريب للموافقة الحرة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي، وتكون هذه الموافقة ضرورة في كل لحظة[1]. وتطبيقا لذلك، يجب أن تستمر موافقة الشخص الخاضع للتجربة إلى آخر مرحلة منها، وهو ما يعني جواز العدول عن الرضا في أية مرحلة. وباستثناء هذه المادة لم يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها نصوص أخرى متعلقة بالموافقة على التجارب الطبية، لكن القرار الوزاري المؤرخ في 2006/07/31 المتعلق بالتجارب الإكلينيكية، أن يتم التعبير عن الرضا كتابتا، وفقا النموذج المحدد أو عن طريق وصية، وتدعيما لفكرة الرضا الحر اشترطت المادة وأن يكون الخاضع للتجربة مستقل عن صاحب المشروع أو القائم التجربة[2].

وأضافت المادة 21 للشروط القانونية للموافقة، أن ينصب الإعلام المسبق على موضوع التجربة والمنهج العلمي المتبع والمدة الزمنية التي تستغرقها والمنافع المتوقعة منها والمخاطر المحتملة

---

[1] ونصت المادة 404 من المشروع التمهيدي قانون الصحة بأنه:"لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسات العيادية، أو عند تعذر ذلك، ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرة والصريحة والمستنيرة كتابيا وبعد إطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله، لاسيما عن:

- الهدف من البحث ومنهجيته ومدته والمنافع المتوخاة والصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل الطبية المحتملة.
- حقهم في رفض المشاركة في بحث ما أو سحب موافقتهم في أي وقت دون تحمل أية مسؤولية ودون المساس بالتكفل العلاجي بهم".

وأضافت المادة 406 بأنه: "يجب إدراج في بروتوكول البحث موافقة الشخص المستعد للخضوع للدراسة العيادية تحت طائلة متابعات قضائية. تطبق موافقة الشخص حصريا وفقط على البحث الذي التمست من أجله". كما تعاقب المادة 460 من ذات الوثيقة الطبيب الباحث الذي شرع في الدراسة العيادية دون الحصول على موافقة الشخص المدرج في بروتوكول البحث بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000.

[2] المادة 23 من القرار.

والآثار الجانبية. وذكرت المادة 22 من القرار بإمكانية تراجع الشخص الخاضع للتجربة عن موقفه في أية مرحلة ودون تحمل المسؤولية أيا كان نوعه، وعلى هذا الأساس يجب أن يكون رضا الشخص الخاضع للتجربة مسبوقا بإعلام كاف وصادرا عن صاحبه بدون إكراه أو تحايل. ويشمل الالتزام بالإعلام إبلاغه بحقوقه والضمانات القانونية المكفولة له، والتي منها التأكيد على إمكانية رجوعه في الموافقة الخاصة بإجراء التجربة، في أي وقت يطلب ذلك. وكذا بيان كيفية الحصول على تعويض مناسب في حال تجاوز التجربة للأخطار المحددة لها[1].

وتطبيقا لتلك المبادئ، اعتبر القضاء في فرنسا بأن المريض الذي كان يعاني من مرض الهوس الاكتئابي، بإمكانه منح موافقته الكتابية بشأن بروتوكول البحث الذي يهدف إلى تجريب دواء جديد مضاد للاكتئاب، ما دام أن الشخص لم يكن في وقت الوقائع محل حجر قضائي[2]. أما فيما يخص عبء إثبات الرضا، اعتبر القضاء بأنه يقع على عاتق صاحب المشروع العلمي، الذي يتعين عليه إثبات موافقة المرضى عن مشاركة أطفالهم في بروتوكول التجربة العلاجية[3]. وجاء في حكم آخر، بأنه لا يعد من الأعمال المبررة نسيان القائم بالتجربة استشارة ابنة المريض الذي كان فاقدا لوعيه أثناء إدراجه في مشروع البحث[4]. وأضاف القضاء بأنه من حق أقارب الشخص محل تجربة في مجال الطب الحيوي، الحصول على التعويض عن الأضرار المباشرة الناتجة عن المعاناة التي أصابتهم جراء التجربة التي لم تحتم فيها شرط الموافقة المسبقة[5].

---

[1] La consentement éclairé en matière d'essais clinique est définie comme étant « Acceptation libre et formellement exprimée d'une personne en vue de participer à une recherche clinique . Le consentement est dit « éclairé » lorsque la personne a reçu de la part du médecin investigateur (ou d'un médecin qui le remplace) toutes les informations concernant : les objectifs de l'essai, les bénéfices, les risques et les contraintes ». Arrêté n° 387 du 31 juillet 2006 *relatif aux essais clinique.*

[2] « Un patient maniaco-dépressif, majeur capable et ne faisant à l'époque des faits l'objet d'aucune mesure de sauvegarde de justice, peut valablement donner son consentement par écrit à un protocole de recherche sur un nouveau médicament antidépresseur ». CAA Nancy, 6 avr. 2006, *Cts X. c/ Hôpital universitaire Strasbourg : req. n° 02NC01104.*

[3] « Il appartient au promoteur de rapporter la preuve du consentement des parents à la participation de leur enfant à un protocole thérapeutique ». Grenoble, 2 févr. 2009, *Centre Léon-Bérard c/ Caisse prévoyance SNCF, n° 07/03706.*

[4] « Ne saurait constituer un fait justificatif l'oubli de consulter la fille d'un patient hors d'état de consentir avant de l'inclure dans un protocole de recherche, alors que le praticien connaissait celle-ci pour l'avoir vue au chevet de son père ». TGI Paris, 15 sept. 2010, *Min. public c/ Docteur X et AP-HP, Gaz. Pal. 15 janv. 2011, n° 15, p. 23, note Matei.*

[5] « Les proches d'une victime d'une recherche biomédicale non consentie sont recevables à invoquer un dommage dont ils ont personnellement souffert et découlant directement des faits objet de la poursuite ». Crim. 6 nov. 2007, *pourvoi n° 06-85.821.*

2- إجراء التجارب على بعض الفئات الضعيفة والحالات الخاصة.

يقصد بالفئات الضعيفة فئة الأفراد الذين لا يستطيعون التعبير عن موافقتهم المبنية على وعيهم التام بالعواقب المترتبة عليها، بسبب صغر السن أو الضعف الجسدي أو الذهني، كالإصابة ببعض الاضطرابات العقلية أو السلوكية أو الشيخوخة. وعلى سبيل المثال، تعد مشاركة الأطفال في أبحاث الطب لا غنى عنها بالنسبة للأبحاث الخاصة بأمراض الطفولة، وكذلك التجارب القائمة على الملاحظة المباشرة والمتعلقة بالعقاقير المصممة للأطفال. وكقاعدة عامة هناك اتفاق على نطاق عريض بأن الجهة الراعية لأي منتج علاجي أو تشخيصي أو وقائي محتمل ترشيحه للاستعمال لدى الأطفال، ملزمة بتقييم سلامته وفعاليته للأطفال قبل السماح بالتوزيع العام له[1].

فيتعين السعي وراء التعاون الإرادي للطفل عقب تزويده بالمعلومات بالقدر الذي يسمح به نضجه وذكاؤه. ويختلف السن الذي يصبح عنده الطفل مؤهلا من الناحية القانونية لمنح الموافقة من نطاق سلطة لآخر على نحو جوهري، ويجوز لطفل يعاني مرضاً قد يؤدى إلى الوفاة أن يعترض على أو يرفض الموافقة على استمرار تدخل مرهق أو مؤلم. وفى مثل هذه الظروف يجوز للوالدين أن يدفعا الباحث إلى مواصلة التدخل القائم على الاستقصاء رغما عن رغبة الطفل. ويجوز للباحث الموافقة على ذلك إذا بشر التدخل بالحفاظ على الحياة أو إطالتها وإذا لم يكن هناك علاج بديل مقبول. وفى مثل هذه الحالات، يتعين على الباحث الحصول على موافقة خاصة أو ترخيص خاص من طرف لجنة الأخلاقيات قبل الموافقة على تجاوز رغبات الطفل[2].

وبالنسبة للأشخاص الذين يعانون من اضطرابات عقلية أو سلوكية أو مرضى العضال، كالسرطان أو الإيدز أو النساء الحوامل أو كبار السن، لا يصح إطلاقا نتيجة تدهور حالتهم الصحية إخضاع مثل هؤلاء الأفراد للبحث الذي يمكن أن يتم إجراؤه على أشخاص يتمتعون بكامل قواهم العقلية، ولكنهم في الوقت ذاته يمثلون الحالات الملائمة لجزء كبير من الدراسات التي يتم إجراؤها على أسباب

---

[1] نصت المادة 406 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "لا يمكن إخضاع القصر والأشخاص المقبولين في مؤسسة صحية أو اجتماعية لدراسات عيادية إلا إذا كان منتظر من ذلك منفعة مباشرة على صحتهم.

يمكن قبول النساء الحوامل والأمهات المرضعات بصفة استثنائية في الدراسات العيادية إذا لم يتعرضن لأي خطر جدي متوقع على صحتهن أو على صحة أطفالهن وإذا كان هذا البحث نافعا لمعرفة ظواهر الحمل أو الولادة أو الرضاعة وإذا استحال إنجاز الدراسة بغير ذلك.

غير أنه، لا يمكن الأشخاص سليبو الحرية بموجب قرار قضائي أو إداري الخضوع لدراسات عيادية".

[2] أنظر، القواعد الإرشادية الأخلاقية العالمية لأبحاث الطب الحيوي المتعلقة بالجوانب الإنسانية، رؤية إسلامية، المرجع السابق، القاعدة الإرشادية رقم 14، ص 110.

الإصابة ووسائل علاج بعض الأمراض السلوكية أو العقلية الحادة. وينبغي على الباحث أن يلتمس موافقة أحد أفراد عائلة المريض المقربين أو أي شخص آخر يرتبط به بعلاقة وثيقة على أن يضع نصب عينيه، أن أولئك الموكلين بأمر المريض قد يكون لهم مصالحهم الشخصية التي تضع موافقتهم موضع الريبة فقد لا يهتم بعض أقارب المريض بالحفاظ على حقوقه وحماية رفاهيته بالدرجة الأولى أو الحصول على ترخيص قضائي[1].

وتشدد القضاء في فرنسا على ضرورة احترام الضعف البشري و كرامة الإنسان في إجراء التجارب على الأشخاص غير قادرين على إبداء رضاهم بشكل حر، وهكذا أيدت محكمة النقض بتاريخ 2009/02/24 القرار الذي أدان الطبيب عن جريمة إجراء التجارب الطبية دون رضا الخاضع لها، إثر قيام أحد الأطباء بإجراء تجربة على مريض تم نقله على جناح السرعة للمستشفى بسبب معاناته من ضيق تنفسي حاد، وقد قام الطبيب بإعطاء المريض جرعات من دواء Ziracin الذي كان محل أبحاث صيدلانية لمقارنة التفاعلات الكيميائية مع الدواء المرجعي، وقد رفضت محكمة النقض الطعن الذي تقدم به الطبيب معللة أن المريض كان قد وصل للمستشفى في حالة ضعف شديد، ولا يقدر في تلك الظروف على إبداء موافقته الحرة والمستنيرة، وزيادة على ذلك لم يحصل الطبيب على رضاه لا بالكتابة أو بأية وسيلة أخرى[2].

ثالثا: الشروط الخاصة بالقائم بالتجربة.

من أولويات البحوث وأهدافها أن يتم الربط المحكم بين الطبيب وصحة المريض وعافيته، من أجل أجل الرعاية الصحية بأفضل السبل. فمن واجب الطبيب الحرص على حماية صحة ورفاه وحقوق المريض الذي يخضع للبحث العلمي، وهذا يعني أن يضع الطبيب كل معرفته وخبرته الطبية

---

[1] وهكذا نصت المادة 12 من القرار الوزاري المؤرخ في 2006/07/31 بأنه، لا يمكن للأطفال القصر أو المرضى نزلاء المستشفيات والمؤسسات العلاجية أو في مراكز للتضامن الاجتماعي، أن يكونوا محل تجارب علمية إلا في حالة تحقيق منفعة مباشرة، ويمكن استثناءا إجراء التجارب على النساء الحوامل والمرضعات شرط عدم وجود خطر جدي يهدد صحتها أو سلامة الجنين، وأن تهدف التجربة لتحسين المعارف المتعلقة بظاهرة الحمل والولادة والرضاعة.

[2] « Tombe sous le coup des dispositions de l'art. 223-8 C. pén. (CSP, art. L. 1126-1) le fait d'entreprendre une recherche biomédicale sur un patient arrivé dans le service depuis une heure environ, très affaibli et manifestement dans l'impossibilité de donner un consentement libre, éclairé et exprès, lequel n'a été recueilli ni par écrit ni d'une autre façon ». Crim. 24 févr. 2009, *Badiaga, Bull. crim. n° 45; D. 2009, 2087, note Delage; RDSS 2009. 561, note Cristol; JCP, 2009, 13, note Mistretta; LPA, 14 oct. 2010, n° 205, p. 4, note Depadt-Sebag; Gaz. Pal. 19 juin 2009, n° 170-171, p. 31, note Viriot-Barrial; GADS, 1re éd., Dalloz, 2010, n° 84.*

ومنعت المادة 13 القرار الوزاري المؤرخ في 2006/07/31 إجراء التجارب الطبية على الأشخاص المحرومين من حرياتهم، سواء بموجب أحكام قضائية أو قرارات إدارية، وكذا المرضى الذين ينقلون للمستشفيات في حالة استعجاليه.

لخدمة مريضه ويكرسهما لمنفعته، فالإنسان في النهاية هو الهدف وثم تطوير العلوم الطبية، لهذا اشترطت القوانين مراعاة الأصول العلمية والأخلاقية عند التجريب، وثانيا ضمان السلامة والأمن الصحي.

1- مراعاة الأصول العلمية وأخلاقيات الطب.

وهي التزامات التي حثت عليها المادة 396 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة التي جاء فيها بأنه: "يجب أن تراعي الدراسات العيادية، وجوبا، المبادئ الأخلاقية والعلمية والأخلاقيات والأدبيات التي تحكم الممارسة الطبية"، وهذا يعني أن تخضع البحوث لمقاييس وقواعد علمية وأخلاقية تعزز وتؤكد احترام إنسانية المريض، ويجب أن يسعى الطبيب من خلال التجارب في الحفاظ على سلامة المريض، وهي الغاية من تلك البحوث وليس مجرد أن تظل تمارين أكاديمية. ومن أهم واجبات الأطباء المتفرغين للبحوث الطبية حماية مرضاهم وحقوقهم والحفاظ على سلامتهم وكرامتهم وخصوصياتهم وسرية تلك الأبحاث. ولن يحدث هذا إذا لم يلتزم الطبيب بأخلاقيات مهنته[1].

ولهذا لا بد للأطباء الباحثين أن يعرفوا مسبقا المضاعفات المتوقعة لكي يتجنبوها. ولا بد من وضع تقييم دقيق لحالة المريض وإيقاف أي بحث يتبين انه يضر بالمريض. ويتعين أن يرتكز البحث الطبي أيضا على قواعد علمية معترف بها وتوفير الإمكانات المخبرية والأجهزة الدقيقة والكوادر الفنية المميزة. وهو ما تضمنه القرار الوزاري المؤرخ في 2009/07/25 المتعلق بالممارسة الإكلينيكية الحسنة، حيث ورد فيه ضرورة الحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بالشخص الخاضع للتجربة وخصوصيته، لاسيما عند تخزين المعلومات في السجلات أو في بنوك المعطيات. ولا يمكن إجراء التجربة الإكلينيكية إلا تحت إشراف ورقابة طبيب ذو تجربة معترف له بها، وأن يراعى فيها العوامل الشروط المادية والتقنية للمتوافقة مع موضوع التجربة والضوابط العلمية وأمن الأشخاص. أما فيما يخص المناهج العلمية المطبقة على التجارب الصيدلانية، فإنها تخضع للملحق المرفق بالقرار[2].

---

[1] ألزمت المادة 403 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأن تكون الدراسات العيادية موضوع بروتوكول يحرره ويوفره المرقي ويوقعه الطبيب الباحث بعد إبداء موافقته بالتعبير عن قبوله للبروتوكول والتزامه باحترام شروط الإنجاز.

[2] Art. 2 : « les acteurs des essais cliniques doivent veiller chacun en ce qui le concerne, au respect des bonnes pratiques cliniques définies par l'ensemble des dispositions à mettre en place pour assurer à l'essai la qualité et l'authenticité de leur données scientifiques d'une part et le respect de l'éthique d'autre part ».

وفي هذا السياق، عرضت على القضاء الفرنسي قضية الطبيب Alain Milhaud التي تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 1987/11/12 أصيب شخص بجروح خطيرة على مستوى الدماغ نتيجة حادث مرور ليتم نقله للمستشفى في حالة غيبوبة عميقة أين خضع لعملية جراحية لكن دون جدوى. وبتاريخ 1988/02/28 تم الإعلان رسميا عن حالة الوفاة بعد إجراء اختبارات الرسم الكهربائي لنشاط الدماغ، بعدها قام الطبيب بإجراء تجارب علمية على الجثة بغرض تمكين زملائه الذين تم تعيينهم كخبراء من طرف المحكمة بالعناصر المستخلصة من التجربة، ولما ورد شريط الفيديو الذي يظهر التجربة لعائلة المتوفى طرحوا شكوى جزائية ضد الطبيب أمام المحكمة الكبرى بـ Amiens. لكن قاضي التحقيق أصدر أمر بانتفاء وجه الدعوى بتاريخ 1989/11/14 على أساس أن الجرائم المتعلقة بحماية السلامة الجسدية لا يمكن تطبيقها على الجثة ولا يوجد في المقابل أحكام جزائية تحمي الجثة من تلك الاعتداءات[1]. بالموازاة مع ذلك، تم إيداع شكوى تأديبية ضد الطبيب انتهت بصدور قرار عن المجلس الوطني لمهنة الطب، انتهت بتسليط عقوبة تأديبية ضده على أساس خرق القواعد المتعلقة بأخلاقيات الطب المتعلقة بمبدأ الموافقة المسبقة لعائلة المريض واحترام الحياة الإنسانية وانعدام الحاجة العلمية. وبعد الطعن في قرار المجلس التأديبي أمام مجلس الدولة، قرر هذا الأخير بتاريخ 1993/07/02 بأن المبادئ الأساسية المتعلقة باحترام الإنسان لا تنقضي بعد وفاة المريض، واعتبر أن الطبيب خرق قواعد أخلاقيات الطب لعدم احترامه الشروط القانونية بإجراء التجارب على الإنسان[2]. وذهب القضاء أيضا في قضية أخرى، أنه يتعين تفسير الشروط العقدية الخاصة بتطبيق بروتوكول التجربة العلاجية تفسيرا ضيقا ولمصلحة المريض ويتعلق الأمر بتجربة علاجية لمواد صيدلانية لم تحصل بعد على الترخيص بطرحها للتداول[3].

1- قبل تعديل قانون العقوبات الفرنسي سنة 1994، لم يكن هذا الأخير يتضمن أحكاما صريحة تعاقب على انتهاك حرمة الجثة أو التجارب العلمية على الإنسان، بل كانت النصوص تعاقب فقط على انتهاك حرمة المدافن.

2 « Les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci; spécialement ces principes font obstacle à ce qu'il soit procédé à une expérimentation sur un sujet après sa mort alors que d'une part la mort n'a pas été constatée dans des conditions analogues à celles qui sont définies par les articles 20 à 22 du décret n° 78-501 du 31 mars 1978, que d'autre part cette expérimentation ne répond pas à une nécessité scientifique reconnue, et qu'enfin l'intéressé n'a pas donné son consentement de son vivant, ou que l'accord de ses proches, s'il en existe, n'a pas été obtenu ». CE 2 juill. 1993, *Milhaud: D. 1994, 74, note Peyrical; JCP, 1993, II, 22133, note Gonod; RDSS, 1994. 52, concl. Kessler.*

3 « Les conditions contractuelles d'application d'un protocole doivent être d'interprétation stricte dans l'intérêt même des patients ». TGI. Paris, 4 oct. 1995 : *D. 1996, 28, note Gromb ; JCP, 1996,II, 22615, note Laude.*

2- ضمانات السلامة والأمن الصحي.

تؤكد المادة 397 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "يجب إجراء الدراسات العيادية بالتطابق مع قواعد الممارسات الحسنة للمخبر والممارسات الحسنة الوبائية وقواعد الممارسات العيادية الحسنة في الهياكل المعتمدة لهذا الغرض حسب الكيفيات المحددة من طرف الوزير المكلف بالصحة"، ويمكن استخلاص أهم الضمانات الطبية التي يجب توافرها في الباحث القائم على التجربة أو المؤسسة الصحية التي تجرى فيها الأبحاث، وهذا من أجل التقليل من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة، وتتمثل خاصة في الحرص على حماية صحة الشخص الخاضع للتجربة، ومراعاة المتطلبات العلمية الحديثة والالتزام بالجدية العلمية في البحث، وضرورة تفادي المخاطر التي قد تنتج عنها والوقاية منها أو التقليل منها. ومن بين قواعد السلامة، أن تجرى التجارب الطبية في أماكن محددة تخضع لرقابة وإشراف الجهات الإدارية المعينة، كالمستشفيات الجامعية أو مراكز الأبحاث المعترف لها، والتي تكون مزودة بالأجهزة والوسائل المادية والفنية الحديثة، والتي تكون حائزة على رخصة من الجهات الإدارية المعنية[1].

وهكذا نصت المادة 14 من القرار الوزاري المؤرخ في 2006/07/31 المتعلق بالتجارب الإكلينيكية، أنه في حال التجارب التي لا يرجى منها منفعة شخصية للخاضع لها، فإن صاحب المشروع العلمي يتحمل التعويضات عن الأضرار تجاه المضرور أو ذوي حقوقه حتى بدون وجود خطأ، ويكون خطأه مفترضا إذا كانت التجربة علاجية[2]. وألزمت المادة 30 من نفس الوثيقة أن تكون التجارب الإكلينيكية ذات الطابع العلمي خالية من الأخطار الجدية التي تهدد صحة الأفراد، ويجب قبل إجرائها إخضاع المعني لفحص طبي يتم تبليغ نتائجه قبل إبداء قبوله للتجربة، وأضاف القرار بأنه لا يمكن إخضاع الشخص لعدة تجارب طبية متتالية، وفي كل الأحوال تضع شروط السلامة والوسائل المستعملة والتأهيل العلمي للقائمين بها لرقابة لجنة الأخلاقيات، مع إلزامية التامين[3].

ولم يفوت القضاء الفرنسي الفرصة للتذكير بأنه في مجال المسؤولية عن التجارب الطبية، فإن المشرع أسس من خلال المادة L. 1121-7 من قانون الصحة العمومية، قرينة بسيطة لفائدة المريض

---

[1] ألزمت المادة 15 من القرار الوزاري المؤرخ في 2006/07/31 صاحب المشروع أن يؤمن على المسؤولية المدنية على نشاطه.

[2] نصت المادة 414 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "يتحمل المرقي بالنسبة للدراسات العيادية دون منفعة فردية مباشرة، وإن انعدم الخطأ، تعويض الآثار المسببة للضرر بسبب الدراسات لصالح الشخص الخاضع لها ولذوي حقوقه".

[3] أنظر، المادة 417 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة، وكذا المواد: 14 و15 و30 و31 و33 من القرار الوزاري المؤرخ في 2006/07/31 المتعلق بالتجارب الإكلينيكية.

تفترض قيام المسؤولية التعاقدية لصاحب المشروع البحثي، إلا إذا أثبت هذا الأخير أن الضرر لم يتسبب فيه. وأنه وفي ظل غياب إجراءات رقابية، فإن صاحب المشروع لم يثبت عدم وجود الخطأ ومن ثمة يتحمل المسؤولية[1]. ومن جهة أخرى، فإن القضاء أوضح بأن على المريض عبئ إثبات بأن الضرر الذي أصابه سببه التجربة التي شارك فيها[2].

وبصفة عامة، يمكن القول بأن المشرع من خلال مشروع القانون التمهيدي المتعلق بالصحة حاول سد جميع الفراغات التي تكتنف قانون حماية الصحة وترقيتها بشأن إجراء التجارب على الإنسان، وعدم الاكتفاء بالشروط الواردة في القرارات والتعليمات الصادرة عن وزارة الصحة، التي لم تكن كافية من حيث القوة القانونية للتوائم من المعايير الدولية، كما أضفى المشرع من خلال هذا النص عقوبات جزائية على مخالفة شرط الموافقة المسبقة للخاضع للتجربة، وكذا الشروط المتعلقة بالترخيص الإداري المسبق، وهو ما كان يسجل نقصا في المواد الواردة في قانون حماية الصحة وترقيتها، ومن شأن ذلك حتما إضفاء حماية للسلامة الشخصية للإنسان وكرامته. والملاحظ بأن الأعمال الطبية الحديثة لم تعد تقتصر على أخذ الأعضاء وإجراء التجارب على الجسم البشري فقط، وإنما أيضا تحاول تغيير الصورة الطبيعية للجسم، وهو ما أثار الكثير من الجدل بشأنها والذي سوف نقوم دراسته في الفصل الموالي.

[1] Dijon, 23 mars 2004, *Axa France Iard c/ AP-HP : n° 02/01449.*
[2] Paris, 16 sept. 2011, *Axa France Iard c/ CPAM Val-d'Oise : n° 09/07216.*

الفصل الثاني

احترام الصورة الطبيعية للجسم البشري

يفرض مبدأ احترام كرامة الإنسان الحفاظ على مظهره الطبيعي أيضا[1]، وتجد فكرة احترام الصورة الجسدية للإنسان سندها في الديانات السماوية[2]. كما تجد سندها أيضا في نظرية التطور التي تؤكد أن الإنسان هو حصيلة ملايين السنوات من الارتقاء الطبيعي، بحيث يظهر أكثر الكائنات ذكاء وتطورا، وتجد مدلولاتها في الفلسفة الجمالية التي أبرزت حسن الخلق البشري وتميزه عن المخلوقات الأخرى. ويفهم من ذلك أن عدم احترام صورة الإنسان يعني عدم احترام لقدسية الفرد[3]. ولا يقتصر تكريم

---

[1] من الجانب القانوني، ينظر إلى الحق في الصورة على أنه من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وتحديدا الحق في الخصوصية، لهذا أقرت محكمة النقض الفرنسية في عدة مناسبات الحق لعائلة المتوفى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم جراء المساس بالاحترام اللائق للموتى والكرامة الإنسانية، على أساس الضرر المعنوي الذي أصابهم، لأن الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تنتقل للورثة بعد وفاة صاحبها. وأن بقاء الشخص الهالك يكون في الذاكرة فقط، وقد اعتبرت محكمة النقض في قضية نشر صور الرئيس الفرنسي السابق فرانسوا ميتران في فراش الموت، أنه من حق ذوي الحقوق المتوفى المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابهم مباشرة عن نشر الصور بالكتاب دون الحصول على موافقتهم المسبقة.

Civ. 1e, 14 déc.1999, *Héritiers de François Mitterrand*, Bull. civ. I, n° 345; D. 2000, Jur. p. 372, note B. Beignier; RTD civ. 2000, p. 291, obs. J. Hauser ; JCP 2000, II, 10241, concl. Petit ; LPA, 22 mai 2000, note Prieur.

وفي قرار آخر أكدت محكمة النقض هذا الموقف، واعتبرت أن نشر تلك الصورة للشخص المتوفى دون الموافقة المسبقة لذويه، يعتبر مساسا بذاكرة الميت والاحترام الواجب له، ولا يمكن في هذه الأحوال التذرع بالحرية الإعلامية، ما دام أن الفعل يمس الكرامة الإنسانية الشيء الذي يعد خطأ يرتب المسؤولية على أساس الضرر المعنوي لأقاربه.

La Cour de cassation décide que : « Si les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, c'est à la condition d'en éprouver un préjudice personnel établi, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou respect dû au mort ». Civ. 1e, 22 oct. 2009, F-P+B, n° 08-10.557, note Vincent ÉGÉA, *Publication de l'image du défunt et opposition de ses proches,* Dalloz actualité 24 novembre 2009

ورفض القضاء الإداري بفرنسا كذلك تحميل المسؤولية للمستشفى، نتيجة قيام الطبيب بأخذ صور فوتوغرافية لرضيع مزداد في 23 أسبوع، والذي كان قد خضع لعملية جراحية لاستئصال ورم سرطاني ثم توفي، رغم تمسك والدة الطفل بأنها لم تبدي الموافقة المسبقة على أخذ تلك الصور، غير أن المحكمة الإدارية أكدت بأنه لا يوجد أي انتهاك لمبدأ احترام الكرامة الإنسانية، ما دام أن الغرض من التقاط تلك الصور إدراجها بالملف الطبي فقط، ورفضت المحكمة بالتالي منح التعويضات للمدعية.

CAA Nantes, 23 févr. 2012, *Florence A. c/ CHRU Tours*, req. no 10NT01752.

لأكثر تفاصيل حول حماية صورة الشخص، أنظر، سعيد جبر، الحق في الصورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986. فهيد محسن الديحاني، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، ص 199.

[2] اعتبرت الديانتين المسيحية واليهودية بأن الإنسان خلق على صورة الله والصورة، هو اللفظ الأساسي والمفتاح لفهم التفكر، يقول سفر التكوين أن الإنسان خلق صالحاً وكاملاً: "وَقَالَ اللهُ: نَعْمَلُ الانْسَانَ عَلَى صُورَتِنَا كَشَبَهِنَا...فَخَلَقَ اللهُ الإنسان عَلَى صُورَتِهِ. عَلَى صُورَةِ اللهِ خَلَقَهُ. ذَكَرا وَانْثَى خَلَقَهُمْ". (تكوين 1: 26-27).

[3] لقد اعتبر الجسد في مختلف التصورات الميتافيزيقية القديمة وفي الفلسفة اليونانية موطنا للشرور وبؤرة للدنس والرذيلة، لهذا تمت معاملته باحتقار وعلى سبيل المثال اعتبر سقراط أن الجسد متعفن وأن الروح طاهرة، وفضل أفلاطون الروح والعقل على الجسد والحس، وسعى تلميذه أرسطو إلى المفاضلة بينهما، بل اعتبر أنهما جوهرا الإنسان. في حين ذهب فلاسفة الأنوار فيما بعد إلى إقامة علاقة ما بين الجسد والنفس كعلاقة بين جوهرين مستقلين ومتميزين، وهو تصور لا يخرج عن النظرة الأخلاقية، أما في الفكر المعاصر فنجد نوعا من التعاطي الإيجابي مع الجسد، الذي لاق اهتماما كبيرا في الدراسات الإنسانية. رشيد عوبدة، الجسد شرارة

الجسم الإنساني في حال الحياة، ولكنه يتعدى ذلك إلى ما بعد الموت، فالجثة تمثل ذاكرة الميت واستمرار لكيانه المادي وروحانيته.

لهذا أولى القرآن الكريم اهتماما بصورة الإنسان وهيئته، حيث وصف خلق الإنسان بأنه تم على أحسن وجه وأفضله، يقول الله سبحانه: ﴿خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ بِالْحَقِّ وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ﴾[1]، ويقول أيضاً: ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾[2]. ومن مظاهر تكريم الإنسان في الإسلام خلقيا أن الله تعالى خلقه في صورة حسنة يتميز بها عن غيره، إذ قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾[3]. ومن أعظم مظاهر التكريم للجنس البشري هو خلق الله تعالى الإنسان بيديه في شخص سيدنا آدم أبو البشر – عليه السلام – خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون. ومن هنا ارتبطت صورة الإنسان بمكانة هذا الإنسان، ولم تعد مكانته مقصورة على عقله وفكره، وبالتالي لا يصح اختزال الإنسان لمجرد العقل أو لمجرد حرية الإرادة والاختيار[4].

وتحاول التكنولوجيا الطبية اليوم تغيير الجسد وإعادة تصميم بنيته وتحريره من قوانين الطبيعة واللاهوت، بدعوة الرغبة في الجمال والبحث عن المثالية أو لأغراض ثقافية وفنية[5]. لكن في المقابل لا يمكن

حراك... الجسد إيقونة تغيير، مقال منشور بموقع مركز آفاق للدراسات والبحوث، بتاريخ 2013/02/13. /http://aafaqcenter.com

[1] سورة التغابن، الآية 03.

[2] سورة التين، الآية 04.

[3] سورة آل عمران، الآية 06.

[4] تتميز الرؤية الإسلامية بإعلاء الجسم الإنساني، وفي الوقت ذاته لا تقبل باختصار الإنسان في مجرد الجسم، فهي تعترف بجسم الإنسان وروحه وعقله وفكره، وإنزاله منزلته، ويعد ذلك ركيزة أساسية لمفهوم الكرامة الإنسانية من المنظور الإسلامي. ويتجلى هذا بالحفاظ على العقل والجسم، واعتبار كل منهما من الكليات الخمسة التي تجب المحافظة عليها، وهي الدين والعقل والنفس والمال والنسل. كما يتجلى بالنظرة المتميزة للجسم، من ناحية الحرص على العناية به ورعايته والمحافظة عليه. حيث يقول صلى الله عليه وسلم: "وإن لجسدك عليك حقا"، بل إن الإسلام بتشريعاته قد احتاط للحفاظ على صورة الجسد، من خلال المحافظة عليها ما أمكن، ومنع تشويهه والاعتداء عليه، غير أن خلق الله سبحانه للإنسان في حسن الصورة، يحمل تحديا كبيرا من حيث المحافظة على نقاء تلك الصورة، وأن يحيوا حياة الطهر والعفة على الوجه الذي أراده الله. مقتبس من، غياث حسن الأحمد، الكرامة الإنسانية وتطبيقاتها في القضايا الطبية، الجزء الثالث، مركز دراسات التشريع الإسلامي والأخلاق، جامعة حمد بن خليفة، قطر، مقال منشور بتاريخ 2016/01/17. / http://www.cilecenter.org

[5] شكل الجسد في مختلف الثقافات تمثلات أنتروبولوجية وإثنية وروحانية تتحكم فيها ثقافات الشعوب. وقد سعى الباحثون إلى فهم الإنسان والوقوف على المؤثرات في شخصيته والبيئية والاجتماعية. وقد اتفقت اغلب التحليلات على أن كل ثقافة تؤسس لمفهومها عن الجسد، كما أن كل ثقافة تختزن مفاهيم وتصورات فلسفية عن موضوعة الجسد وما يتميز به وتحدد مقاييس التعامل معه لهذا تعتبر عمليات التجميل والختان سلوكات ثقافية الغرض منها إضفاء طابع الثقافة حتى على الجسد بما هو معطى طبيعي في الإنسان. صباح الأنباري، فلسفة الجسد، مقال منشور في الموقع الالكتروني، http://www.sabahalanbari.com/

الإنكار بأن التطورات في مجال الجراحة وتقويم العضلات حققت مكاسب كبيرة للمرضى الذين تشوهت أجسادهم أو بترت منها أعضاء ليستعيدوا صورتهم الطبيعية. غير أن الشعور بالخطر أصبح يهدد الإنسان من طرف التقنية عندما تتدخل هذه الأخيرة في عمق الكيان المادي للشخص لتعيد تصميم شكله متجاوزة الحدود الأخلاقية[1]، فالصورة البشرية كما تشير إلى ذلك المقاربة البيولوجية تفرز عدة تساؤلات: فعلى أي صورة يمكن أن يبني عليها الإنسان؟ ولماذا نريد التغيير في بنيته الطبيعية؟ وما الحدود الفاصلة بين الآمال التي يسمح للتقنيات الطبية بتحقيقها لتخفيف البؤس الجسدي والتخلص من العيوب الخلقية؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات، سوف يتم تقسيم الفصل إلى مبحثين، يتمحور المبحث الأول حول دراسة التغيير الجراحي لخلقة الإنسان، ويخصص المبحث الثاني إلى تشريح الجثة واستعمالها لأغراض فنية وثقافية.

المبحث الأول
التغيير الجراحي لخلقة الإنسان

لقد أصبحت الأعمال الجراحية تغير ظاهر الجسد الإنساني، محاولة بناء الجسم من جديد بجمالية خاضعة لرغبة الذات، وهذه العملية نلحظها دائما في حالة المريض المشمئز من جسده وعند فئة النساء أكثر من فئة الرجال، وهي جراحة تستجيب للرغبات الصعبة أحيانا لتغيير الجلد أو الشكل كالترهل والوزن الوراثي والأنف إلى غير ذلك. ولقد بلغت الجرأة في الجراحة التجميلية إلى تغيير جلد الوجه باستعمال الأنسجة المسلوخة من الأموات المتبرعين بأعضائهم. لكن البحث عن الجمال ليس هو الدافع الأساسي دائما، إذ يمكن أن تجرى تلك العمليات لأغراض طبية، لاسيما بالنسبة للمبتورين أو المحروقين للقيام بعمليات تعيد لهم العضو أو الهيئة التي كانوا عليها أو التي تقترب من الواقع[2].

ويمكن أن يكون الدافع من وراء اللجوء إلى هذه العمليات الرغبة في تأكيد الهوية وإبرازها، وفي هذا الإطار ظهرت عمليات تحويل الجنس، وهي في حقيقتها تغيير ظاهري للأعضاء لتصبح شبيهة بأعضاء الجنس الآخر، بحيث يصبح الرجل أنثى أو العكس. كما برزت عمليات تصحيح الجنس بالنسبة للأشخاص المختلطين جنسيا، ورغم أن الشكل الخارجي للشخص المختلط جنسيا قد يخدع الإنسان فيظنه

[1] سمية بيدوح، فلسفة الجسد، المرجع السابق، ص 92.

[2] سمية بيدوح، فلسفة الجسد، المرجع السابق، ص 45.

بالفعل أنثى إلا أن التركيب البيولوجي لا يزال ذكرا، وإن كان ممسوخا تماما. فالعامل النفساني أو الهرموني هو المؤثر دائما في مثل هذه العمليات.

ولقد أصبحت عمليات التجميل وتغيير الجنس في صلب نقاشات المرتبطة بالأخلاق الطبية، نظرا للمخاوف من تشويه الصورة الطبيعية للإنسان، التي تعد انحرافا عن مهام الطبيب التي أشار إليها ميثاق هلسنكي الصادر عن الجمعية الطبية العالمية في عام 1964 ومدونة أخلاقيات مهنة الطب، المتمثلة في حماية الصحة، فضلا على انتهاك مبدأ عدم الإيذاء والحفاظ على السلامة البدنية[1]. وعليه، كان لا بد من التطرق من خلال المبحث إلى أهم الأعمال الطبية الرامية إلى تغيير خلقة الإنسان المتمثلة في جراحة التجميل ثم تغيير الجنس.

المطلب الأول
الحدود الأخلاقية للجراحة التجميلية

تعرف الجراحة التجميلية بأنها: "الجراحة التي تعنى بتحسين – تعديل – شكل جزء أو أجزاء من الجسم البشري الظاهرة، أو إعادة وظيفته إذ طرأ عليه خلل مؤثر"[2]. أو "تلك الأعمال الجراحية التي يستهدف تحسين مظهر أو وظيفة أعضاء الجسم الظاهرة"[3]. وتعد الجراحة التجميلية من الفروع المهمة في المجال الطبي الجراحي، ورغم أنها قديمة النشأة، إلا أنها تطورت كثيرا بعد الحرب العالمية الثانية واستعملت لمعالجة حالات التشوه الجسماني للجنود والمدنيين. وقد أسهمت بعض المستجدات التكنولوجية في هذا التطور كاستخدام أشعة الليزر وترقيع الجسم من مصادر اصطناعية متعددة، لكن الجراحية التجميلية لم تعرف كتخصص طبي وأكاديمي في فرنسا منذ سنة 1988 عندما تم استحداث شهادة الدراسات الطبية المتخصصة[4]، ليتم تنظيم هذا النشاط الطبي بموجب القانون المتعلق بحقوق المرضى

---

[1] ورد في ديباجة الميثاق بأن: "رسالة الطبيب تتمثل في حماية صحة الإنسان، ويجب عليه تكريس معرفته ووجدانه لتحقيق ذلك الهدف، وتماشيا مع ميثاق جينيف الذي ألزم الطبيب بأن يكون لصحة مريضه الاعتبار الأول، والدليل العالمي للأخلاقية الطبية الذي ألزمه بعدم الإتيان بأي فعل أو نصيحة من شأنها إضعاف مقاومة جسم أو عقل الإنسان إلا إذا كان ذلك لمصلحته..."

[2] تعريف ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي حول الجراحة التجميلية وأحكامها، الدورة الثامنة عشر، جاكارتا، من 09 إلى 14 يوليو 2007.

[3] صالح بن حمد الفوزان، الجراحة التجميلية – دراسة فقهية –، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1427 هـ، ص 48.

[4] Arrêté du 4 mai 1988 n° RESK 8800536 ; n° RESK 8800538A et n° RESK 8800539A *fixant la réglementation de diplômes d'études spécialisées de médecine*, (J. O. p. 6710 et s).

وجودة النظام الصحي[1]. أما في الجزائر، فإنه بالرغم من انتشارها في السنوات الأخير لكن هذا النوع من الجراحة ليس منظم بالشكل الكافي رغم الإقبال الواسع عليها من طرف الراغبين في تغيير ملامح الجسم[2].

وللجراحة التجميلية دوافع كثيرة أهمها علاج التشوهات الخلقية والرغبة في تحسين المظهر أو وظيفة بعض الأعضاء، ومحاولة تجديد الشباب وإخفاء آثار الشيخوخة، فضلا عن الدافع النفسي المتمثل في الخوف من المظهر غير المقبول اجتماعيا. ويقسم الأطباء الجراحة التجميلية إلى قسمين رئيسيين، الجراحة التجميلية التحسينية والجراحة التقويمية أو البلاستكية[3]. وقد أصبح هذا النوع من الأعمال

---

[1] قبل هذا التاريخ كان الأطباء الجراحون يقومون بتكوين متخصص إضافي في الجراحة التقويمية، لكن بصدور القانون المؤرخ في 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، تم إضافة قسم مخصص للجراحة التجميلية لقانون الصحة العمومية، ليتماشى مع التطورات الكبيرة التي عرفها هذا النوع من الجراحة، في حين لم يكن يفرق القانون بين الجراحة التكميلية والجراحة التحسينية الصرفة، التي لها هدف واحد وهو تحسين المظهر بواسطة عمل طبي وبدون دوافع علاجية أو الأخذ بعين الاعتبار العوامل المتعلقة بالصحة الجسدية للشخص، فأحكام هذا الفصل جاءت لتنظيم النوع الثاني من العمليات، وقد اشترط القانون مجموعة من الشروط العلمية والإدارية من أجل ممارسته من طرف الأطباء والعيادات الجراحية المتخصصة.

V. CORMIER Christine, *La chirurgie esthétique*, RDSS, 2002, p. 724.

[2] OSSOUKINE Abdelhafid, *La chirurgie esthétique, pratique « hors la loi »* ?, El Watan, 02/12/2007, p. 22.

حول إمكانية متابعة الأطباء جزائيا بسبب ممارسة الجراحة التجميلية دون الحصول على التأهيل العلمي المطلوب في التخصص، وتوافر أركان جريمة استعمال لقب متصل بمهنة منظمة قانونا أو شهادة رسمية أو صفة حددته السلطة العمومية شروط منحها، أنظر المادة 272 من المشروع التمهيدي المتعلق بالصحة التي تشير إلى وجود توافر شروط الممارسة القانونية والتنظيمية، وكذا قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2011/11/15 التي جاء فيه:

« …D'une part, ne peut constituer le délit d'usurpation de titre prévu par l'art. 433-17 C. pén. que l'usage, sans droit, d'un titre attaché à une profession réglementée par l'autorité publique ou d'un diplôme officiel ou d'une qualité dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique; d'autre part, selon l'art. 593 C. pr. pén., tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision, et l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence; M. X., docteur en médecine, chirurgien spécialisé en chirurgie thoracique et vasculaire, a proposé à Mme Y. une abdominoplastie associée à une liposuccion; à l'issue de la consultation, il lui a remis un devis comportant, sous l'indication de son nom, les mentions «chirurgie vasculaire et thoracique, chirurgie endocrinienne, chirurgie esthétique»; à la suite de la plainte de Mme Y., reprochant à M. X. d'avoir fait état de la qualification de chirurgien esthétique qu'il ne possédait pas, celui-ci a été cité à comparaître devant le tribunal du chef d'usurpation de titre, de diplôme ou de qualité; pour déclarer le prévenu coupable de ce délit, l'arrêt attaqué retient notamment que le choix de faire figurer dans le devis, sous le nom du chirurgien, la mention «chirurgie esthétique» était de nature à conforter l'idée d'une particulière compétence du docteur X. dans cette spécialité alors même que le titre «chirurgien esthétique» n'était pas explicitement employé; mais en prononçant ainsi, sans caractériser l'usage, sans droit, d'un titre, d'un diplôme ou d'une qualité protégés par des dispositions répressives, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision; d'où il suit que la cassation est encourue. » Crim. 15 nov. 2011: Gaz. Pal. 2012. 1. 302, note Dreyer.

[3] Depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 14 octobre 1988, la chirurgie esthétique se définit comme « la chirurgie plastique reconstructrice et esthétique ». CE, 14 oct. 1988, *Arnaud : req. n° 60986.* En définissant par le décret n° 2005-776 du 11 juillet 2005 la "chirurgie esthétique" comme "les actes chirurgicaux tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice", le gouvernement n'a pas méconnu la portée de la loi, notamment de

الجراحية يطرح عدة إشكالات أخلاقية وقانونية تتعلق أولا بالضرورة العلاجية، وثانيا باحترام الإرادة. وبمعنى آخر، إلى أي مدى يمكن احترام رغبة الشخص الخاضع للعملية وإرادته في تغيير صورته الجسدية وحجم التغييرات التي يسمح له بإجرائها؟

الفرع الأول
الضرورة العلاجية في الجراحة التجميلية

تجد الجراحة التجميلية حدودها الأخلاقية في الضرورة العلاجية التي تعد شرط قانوني وأخلاقي تقليدي في إباحة العمل الطبي، لكن شرط الغرض العلاجي بدأ ينحصر تدريجيا في مواجهة التقدم العلمي. ويظهر ذلك جليا من خلال القوانين الطبية الحديثة التي بدأت تتحدث عن مفاهيم أكثر توسعا كالغرض الطبي بدلا من الغرض العلاجي. وتقتضي الضرورة العلاجية في الجراحة التقويمية إزالة التشوهات الجسدية التي تعيق وظائف الجسم الطبيعية أو تخرج الشخص عن الصورة الطبيعية للكائن البشري. لكن بعض الممارسات لا زالت تطرح العديد من الإشكالات من حيث توافر هذا الشرط أهمهما تشويه الأعضاء التناسلية للأنثى، وعمليات زرع الوجه.

أولا: إزالة التشوهات الجسدية.

تهدف الجراحة التقويمية أو البلاستكية إلى إصلاح العضو أو الأنسجة التي يعتريها عيب وتقسم تلك التشوهات إلى نوعين: العيوب الخلقية أو الوراثية، حيث تعمل الجراحة البلاستيكية على هذا المستوى بتجميل العضو الذي ولد عليه الإنسان لوجود عيب فيه بأن ولد على غير خلقته المعهودة. أما النوع الثاني من العيوب فيتمثل في العيوب الناشئة عن الحوادث العرضية، كالتشوهات الناتجة عن الحوادث والحروق الكبرى والأمراض الجلدية.

5- المنفعة من وراء إعادة خلقة الإنسان إلى أصلها.

يسعى الأطباء فيمن خلال الجراحة الترميمية إلى تحقيق العديد من المنافع ذات الصلة بالجانب الإنساني للمريض وإزالة الضرر، حيث تعمل الرعاية الصحية الترميمية والتأهيل الوظيفي للأعضاء إلى إعادة التوازن للإنسان في أبعاده الثلاثة الجسمانية والنفسية والاجتماعية. فهي تحاول أولا

---

l'article L. 6322-1 du code de la santé publique, qui n'a pas explicité cette notion. CE, 21 mars 2007, n° 284951 ; D. 2008, 1435, spéc. 1444, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat.

التقليل من الضرر البدني أو الجمالي للشخص المصاب، وهذا بإعطاء للعضو المشوه أو المعيب شكله الطبيعي، كإزالة التشوهات الناتجة عن أمراض السرطان والأمراض الجلدية أو الناتجة عن الآثار الجانبية لعلاج مرض معين كتساقط الشعر أثناء العلاج الكيميائي أو إزالة الثدي أو جزء منه أو استئصال الخصية. وبالطبع تصحب هذه الحالات معاناة نفسية وتتطلب متابعة نفسية تساعد على التأقلم والتعامل مع هذه النتائج الضارة[1].

لهذا السبب تسعى الجراحة البلاستيكية إلى علاج الحالة النفسية الناتجة عن قبح الشكل الجسدي الناتج عن حادث أو عملية البتر، لاسيما إذا كان التشوه ظاهرا للعيان، كأن يكون في الوجه مثلا. ويرى المختصون في الطب النفسي أنه متى كانت التشوهات الجسدية ظاهرة للعيان كانت نتائجها النفسية أكبر. وعلى سبيل المثال، فإن إصلاح العيوب الطارئة المكتسبة يؤدي إلى حالة مرضية من آثار الحروق والحوادث والأمراض وغيرها مثل زراعة الجلد وترقيعه، وإعادة الثدي كليا في حالة استئصاله، وكذلك الحال بالنسبة لزراعة الشعر في حالة سقوطه خاصة للمرأة. وبالتالي، فإن الجراحة التقويمية تلعب دورا جوهريا في التخفيف من المعاناة النفسية للمريض[2].

وهناك تشوهات جسدية تكون مصحوبة بوصمة اجتماعية، فمثلا الشخص الذي يعاني من فقدان السمع نتيجة حادث قد لا يعاني اجتماعيا مثل الشخص المصاب بحروق شديدة في الوجه. فالحروق لها وقع أقوى في نفوس الناس وقد تثير الرعب عند البعض، والأمراض الجلدية لها وقع أقوى من فقدان الشعر نتيجة العلاج الكيميائي لمعالجة السرطان. أما الأمراض الجلدية، قد تثير شكوكا حول سلوك الشخص الجنسي أو نظافته الشخصية، وقد تثير أيضا مخاوف من العدوى. وفي مثل هذا الحالات سيعاني المريض من الوصمة الاجتماعية والرفض والعزلة، خاصة إذا تم الأخذ بعين الاعتبار رسوخ فكرة الربط بين الشر والقبح الجسدي، بمعنى أن الشخص السيئ أو الشرير على أنه مشوه أو قبيح الشكل[3].

وتوفر الجراحة الترميمية بدائل للأشخاص الذين تعرضوا لإعاقات أو تشوهات جراء حوادث من أجل استعادة الوظائف العادية للبدن أو لعلاج المرض أو التخفيف من آثاره. وبالتالي، فإن إزالة

---

[1] ولو أنه من الصعب أحيانا التفرقة بين الجراحة الترميمية أو الجمالية المحضة، غير أن الجراحة قد يتغير تكييفها بالنظر إلى النتيجة. فنتحدث عن جراحة التقويم أو الإصلاح العيوب الخلقية في حالة وضع ثدي اصطناعي بعد مرض السرطان الذي يعد في هذه الحالة علاجيا، ونكون أمام جراحة التجميل إذا قررت المرأة تغيير حجم ثديها من أجل اللياقة أو التوائم ذاتي.

[2] جريدة الحياة العربية، التشوهات الخلقية حقيقة مرة تقابلها نظرة المجتمع الساخطة، مقال منشور بتاريخ 2013/06/15.

[3] ماجد عبد العزيز عشي، الحروق والتشوهات الجسدية وأثارها النفسية، مقال منشور بتاريخ 2010/10/13، بالموقع الالكتروني، /http://dr-majed-ashy.blogspot.com

العيوب الجسدية يجب أن ينظر إليها أيضا كعلاج لعطل وظيفي اجتماعي بالقدر الذي يمكن للمريض المشاركة في نطاق أوسع من الأنشطة الاجتماعية وشؤون الحياة. ولا يقول أحد أن هذا لا يمثل توفير منفعة صحية. ويبين هذا التوسع في تعريف المنافع الصحية أو مجرد توسيع النموذج المرضي للصحة ليشمل الوظائف الفسيولوجية، فالسياق الاجتماعي لحالة بدنية يصبح مهما في هذه الحالة[1].

6- الموقف القانوني من إزالة العيوب الجسدية.

يرى أغلب الفقه بأن إزالة التشوهات الجسدية يدخل ضمن نطاق الأعمال الطبية الضرورية، وبالتالي فإن الشخص الخاضع للعملية يعتبر من الناحية القانونية مريضا، وتنطبق عليه جميع القواعد القانونية المرتبطة بحقوق المرضى، بالإضافة إلى تغطية الضمان الاجتماعي[2]. لهذا يتعين على الطبيب أولا تحديد الحالة المريضة للشخص، من أجل معرفة مدى احتياجاته الصحية، فإذا وجد مرض أو إعاقة أو تشوه فإن ذلك يعني أن هناك حاجة للعلاج وإمكانية العلاج تؤدي إما إلى الشفاء أو إلى التخفيف من آثر المرض، وأن كل منهما يعد منفعة صحية.

ويفهم من ذلك أن إعادة خلقة الإنسان إلى أصلها تدخل ضمن أحكام المادة 08 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تشمل العلاج الصحي الكامل الوقاية من الأمراض وتشخيص المرض وعلاجه. وهو ما أشارت إليه كذلك الفقرة الثانية من المادة 20 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأن: "لكل شخص الحق في الحماية والوقاية والعلاج والمرافقة التي تتطلبها حالته الصحية"، بالإضافة إلى المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب التي تخول للطبيب القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج.

أما من الناحية الشرعية، فقد عالج مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثامنة عشرة المنعقدة بماليزيا من 09 إلى 2007/07/14 الأحكام الشرعية للجراحة التجميلية، وأوصى في هذا الصدد بضرورة أن تحقق الجراحة مصلحة تعتبر جائزة شرعا، كإعادة الوظيفة، وإصلاح العيب، وإعادة الخلقة إلى أصلها. وبالتالي يجوز شرعا إجراء الجراحة التجميلية الضرورية والحاجية التي يقصد منها إعادة شكل أعضاء الجسم إلى الحالة التي خلق الإنسان عليها، لقوله سبحانه: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ

---

[1] وهنا يظهر الجانب الاجتماعي للحق في السلامة البدنية، وقد أشارت المادة 97 من المشروع التمهيدي للقانون المتعلق بالصحة، على حماية صحة الأشخاص في وضع صعب بما فيهم الأشخاص المعوقين أو الذين يعيشون في ظروف نفسية هشة، وضمان العلاج لهم وإعادة التأهيل اللذين تتطلبهما حالتهم الصحية قصد التمكين من إدماجهم وإعادة إدماجهم في الحياة الاجتماعية.

[2] تشمل تغطية التأمينات الاجتماعية على المرض أعمال الرعاية الصحية للمرضى المشوهين خلقيا نتيجة إعاقة مكتسبة أو حوادث، وفقا للمادة 02 و08 من القانون رقم 83 – 11 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، بما في ذلك إعادة التأهيل والأجهزة والأعضاء الاصطناعية.

تَقْوِيمٍ﴾. وجاء في قرار مجمع الفقه كذلك بأنه يجوز إعادة الوظيفة المعهودة لأعضاء الجسم، وإصلاح العيوب الخلقية مثل الشفة المشقوقة، واعوجاج الأنف الشديد والوحمات، والزائد من الأصابع والأسنان، والتصاق الأصابع إذا أدى إلى وجودها أذى مادي أو معنوي مؤثر[1].

ثانيا: تشويه الأعضاء التناسلية للأنثى وحقوق المرأة.

تشير عبارة تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية إلى جميع الإجراءات المنطوية على إزالة الأعضاء التناسلية الأنثوية الخارجية والداخلية جزئيا أو كليا أو على أي ضرر آخر يلحق بالأعضاء التناسلية الأنثوية لأسباب غير طبية. ومن المعروف أن تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية يلحق أضرار بالفتيات والنساء، هذا لأن إزالة أنسجة تناسلية أنثوية سليمة وطبيعية أو إتلافها أمران يتدخلان مع وظيفة الجسم الطبيعية، وتنجم عنهما عدة عواقب بدنية ونفسية وجنسية فورية وطويلة الأجل[2]. ويتزايد عدد الأشخاص الذين يلجئون إلى مقدمي الرعاية الصحية لممارسة تشويه الأعضاء التناسلية على أمل الحد من خطر المضاعفات المتعددة[3]، رغم ما يشكله أي شكل من أشكال تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية انتهاكا لحقوق الفتيات والنساء الإنسانية، ما استدعى وضع إستراتيجية من أجل الحد من تلك الظاهرة.

1- تشويه الأعضاء التناسلية كقاعدة اجتماعية وثقافية ودينية.

تنطوي الأسباب الكامنة وراء تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية على مجموعة من العوامل الثقافية والدينية والاجتماعية السائدة داخل الأسر والمجتمعات المحلية، عندما يكون تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية أحد الأعراف الاجتماعية تصبح الضغوط الاجتماعية للتقيد بما يفعله الآخرون أو ما ألفوا فعله من الحوافز القوية لتأييد هذه الممارسة. فكثيرا ما ينظر إلى تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية كإحدى الممارسات الضرورية لتنشئة الفتاة بطرق سليمة، وأحد السبل لإعدادها لمرحلة البلوغ والزواج[4].

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة العاشرة، السابق الإشارة إليه.

[2] منظمة الصحة العالمية، التخلص من تشويه الأعضاء التناسلية للأنثى، بيان مشترك بين الوكالات، فرنسا، 2008، ص 11.

[3] تشير تقديرات منظمة الصحة العالمية عن أن ما يتراوح بين 100 و140 مليون فتاة وامرأة في العالم خضعن لهذه الإجراءات، وما يقدر بـ 03 ملايين فتاة يتعرضن لخطر الخضوع لها سنويا. وتبين التقارير أن تشويه الأعضاء التناسلية للأنثى يحصل في كل أرجاء العالم، لكنه أشد انتشارا في المناطق الغربية والشرقية والشمالية – الشرقية من أفريقيا، وفي بعض بلدان آسيا والشرق الأوسط، وفي صفوف جماعات معينة من المهاجرين في أمريكا وأوربا، منظمة الصحة العالمية، المرجع السابق، ص 01.

[4] تطرح في مجتمعها إشكالية أخلاقية مشابهة تتعلق بالعذرية، فالأعراف السائدة تكرس أهمية بالغة واعتبار كلي لوجود غشاء البكارة عند الفتاة، وتجعله برهانا على عفتها، وبالمقابل يكون تمزقه قبل الزفاف دليلا على سوء خلقها، لكن ومع التطورات الطبية والجراحية أصبح بالإمكان رتق العذرية بالطرق الجراحية ما يعيد للمرأة فرصة استرجاع عذريتها، الشيء الذي أثار خلاف حول مشروعية هذه العمليات الجراحية من الناحية القانونية والشرعية. لمزيد من التفاصيل، أنظر، تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه،

وعادة ما يجري تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية بدواع المعتقدات التي تحدد السلوكيات الجنسية السليمة، وتربط بين هذه الممارسة وبين العذرية السابقة للزواج والإخلاص بين الزوجين. ويرى البعض أن هذه الممارسة تحد من غريزة المرأة وتساعدها على مقاومة الاتصال الجنسي غير الشرعي. ويميل البعض إلى الربط بين تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية وبين المثل الثقافية العليا للأنوثة، التي تشمل مفاهيم الطهارة والجمال بعد أن استئصال من أجسادهن أجزاء على الرغم من عدم وجود أحكام دينية تدعو إلى إتباع هذه الممارسة، فإن من يمارسونها يعتقدون، في كثير من الأحيان أن لها أساسا دينيا[1].

من جانب آخر، يرفض معارضو ختان الإناث إصدار نفس الحكم ختان الذكور الذي يعد أمر متفق عليه دينيا وطبيا واجتماعيا، حيث يأمر به الدين وتوجبه الأصول الطبية، ويلزم به العرف الاجتماعي. فضلا على، ذلك فإنه عامل وقاية من الإصابة بالأمراض وانتشار العدوى. ومن ثم فإذا قام به طبيب توافر بالنسبة له سبب من أسباب الإباحة، فلا يجوز عقابه لأن الفعل أصبح مباحا وخارجا عن دائرة التجريم. أما ختان الأنثى، فلا يوجد عرف ملزم يفرض إتيان هذا الفعل، ولا يوجد إجماع طبي علمي على ضرورة ختان الأنثى. ومؤدى ذلك أنه لا يقوم سبب الإباحة الذي توافر بالنسبة لختان الذكور، فإذا قام الطبيب باستئصال أعضاء الأنثى التناسلية بصورة كلية أو جزئية فإنه يعد في التطبيق القانوني الصحيح جرما عمديا تنشأ عنه الجزائية والمدنية للطبيب[2].

2- محاولة إضفاء الطابع الطبي على تشويه الأعضاء التناسلية.

يجرى تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية على يد ممارسي الطب الشعبي في معظم الحالات، غير أن الآباء الذين يخضعون بناتهم لهذه الممارسات يفضلون في الغالب أن يضطلع مقدمو الرعاية الصحية في المجتمع المحلي بهذا الإجراء، إن رأوا في ذلك احتمال الحد من المخاطر المرتبطة بالإجراء

الرتق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان –، عدد 2008 – 6، ص 61.

[1] وقد يتعرض أي شخص ينحرف عن هذه القاعدة للإدانة والمضايقات، لذا فإن تشويه الأعضاء التناسلية للأنثى يشكل تقليدا اجتماعيا عرضة للمكافئة والعقاب اللذين يشكلان دافعا قويا لاستمرار هذه الممارسات، وقد تدعم هذه الممارسات بعض المعتقدات المتصلة بالدين في العديد من المجتمعات ورغم أنها طبقت في أوساط المسيحيين واليهود والمسلمين، فإنه ما من نص مقدس في أية واحدة من هذه الديانات يقضي بشرعيتها. لأكثر تفاصيل، أنظر، سامي عوض الذيب أبو ساحلية، ختان الذكور والإناث عند اليهود والمسيحيين والمسلمين: الجدل الديني والطبي والاجتماعي والقانوني، مركز القانون العربي والإسلامي، سويسرا، 2012، ص 381.

[2] سامي عوض الذيب أبو ساحلية، المرجع السابق، ص 597.

بالمقارنة مع اللجوء إلى ممارسي الطب الشعبي[1]. وأكدت الدراسات أن بعض مقدمي الرعاية الصحية في بعض البلدان يرون أن تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية هو ممارسة ضرورية لمعظم النساء من الناحية الطبية في حين أن بعضهم الآخر يعتبر أن هذه الممارسات مؤذية. وما زال بعض مقدمي الرعاية الصحية الذين لا يؤيدون شخصيا تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية يرون أن من واجبهم دعم طلب المريض الداعي إلى إجراء التشويه على أسس اجتماعية وثقافية[2]. ويعتبر بعضهم الآخر أن إضفاء الطابع الطبي على تشويه الأعضاء التناسلية هو طريقة للحد من الأضرار لأن اللجوء إليها يساعد على الحيلولة دون مخاطر أكبر يتوقع ظهورها في حال إجراء التشويه على يد ممارسي الطب الشعبي. وهناك بعض مقدمي الرعاية الصحية الذي يتصرفون أيضا بدافع الفرص المتاحة لهم لتحقيق مكاسب مالية[3].

ويشير البعض إلى أنه يمكن اعتبار الختان عملية تجميلية ولا يحق للمجتمع إيقاف الناس عن إجراء عمليات التجميل التي تعد مباحة في نظر القانون. وهناك حالات عند الإناث يعتبر التدخل الجراحي لإرجاع الأعضاء إلى حجمها الطبيعي أمرا مشروعا[4]. في حين يرى جانب آخر أن عملية الختان وهي في كل صورها تعتبر تغييرا للشكل الطبيعي للعضو التناسلي للأنثى حسب فطرته التي خلقه الله عليها. ومن ثم فلا تكون هذه العملية بمثابة تجميل، بل هي في حقيقتها انتهاك لجسد الأنثى[5].

---

[1] شددت التعليمة الصادرة عن وزير الصحة بتاريخ 2006/06/05 المتعلقة بختان الأطفال على ضرورة احترام الأطباء الشروط الواردة في التعليمة، من بينها أن تتم عمليات الختان داخل مؤسسة استشفائية عمومية أو خاصة تستوفي شروط السلامة اللازمة، وأن تجرى العملية من قبل طبيب جراح، وألا يستعمل بأي حال من الأحوال المشط الكهربائي أو المكواة الحرارية. وقد نشرت الصحافة الكثير من الأخبار مفادها وقوع حالات وفاة أطفال نتيجة بتر أعضائهم التناسلية أو الحروق التي يتعرضون لها، نتيجة استعمال المشط الكهربائي أو ممارسة تلك العمليات الجراحية من أشخاص غير مؤهلين في المجال الطبي، خاصة أثناء عمليات الختان الجماعي. أنظر على سبيل المثال، جريدة الخبر اليومي، بتاريخ 2008/09/23، ص 10.

[2] لهذا يرى الدكتور عبد الحفيظ أوسكين بأن العوامل المرتبطة المجتمع والعادات والدين، جعلت من الطبيب وسيلة لتحقيق هذا الغرض، رغم عدم إثبات المنافع الطبية للختان بشكل قطعي، سوى في بعض الحالات المرضية أو الوقائية التي تبرر الحاجة إلى الجراحة.

OSSOUKINE Abdelhafid., *L'Ethique biomédicale*, op. cit., p. 197.

[3] أنظر، منظمة الصحة العالمية، الإستراتجية العالمية لمنع مقدمي الرعاية الصحية من تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية، جنيف، 2010، تحت رقم: WHO/RHR/10.9.

[4] سامي عوض الذيب أو ساحلية، المرجع السابق، ص 599.

[5] ويشار هنا إلى أنه عندما طرحت مشكلة منع ختان الإناث في الولايات المتحدة أمام الكونجرس الأمريكي، تبين ضرورة احترام مبدأ المساواة أمام القانون. فتغيير الجسم لأسباب دينية وثقافية يجب ألا يعامل بصورة مختلفة عن عملية تغيير الجسم لأسباب تجميلية. ولهذا السبب لا يعاقب قانون حظر البتر الجنسي للإناث الفدرالي على ختان الإناث الذي يتم على البالغين، سامي عوض الذيب أو ساحلية، المرجع السابق، ص 600.

وحقيقة الأمر أن الأكثرية الساحقة من عمليات تشويه الأعضاء التناسلية للإناث تجرى دون سبب طبي. فهي تتم على عضو سليم، وليس فيها أية فائدة علاجية أو وقائية. فالجهاز التناسلي للأنثى في شكله الطبيعي لا يعتبر مرضا، ولا يعتبر سببا مباشرا لإصابتها بمرض ميعن، ولا يعد سببا مباشرا لإحساسها بآلام مبرحة أو بآلام بسيطة.

3- انتهاك الحقوق الأساسية للمرأة.

ينتهك أصحاب المهن الصحية حق الفتيات والنساء في الحياة وحقهن في السلامة البدنية وحقنهن في الصحة عندما يشوهون أعضاءهن التناسلية. كما ينتهكون مبدأ عدم الإيذاء الأخلاقي الأساسي في الممارسات الطبية. فتشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية يعد خرقا للأخلاقيات المهنية الطبية والمسؤولية الأخلاقية. وأشارت الوثائق الدولية أن أي شكل من أشكال تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية يعتبر انتهاكا لحقوق الفتيات والنساء الإنسانية، بما فيها الحق في عدم التمييز على أساس الجنس، والحق في الحياة عندما يسفر هذا الإجراء عن الموت، والحق في التحرر من التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، بالإضافة إلى انتهاك الحقوق الأساسية للطفل[1]. ويعد أيضا اعتداء على حق المرء في التمتع بأعلى مستويات الصحة التي يمكن بلوغها إذ تلحق هذه الممارسة أضرارا بأنسجة تناسلية سليمة، لأن ذلك يمكن أن ينجم عنه عواقب وخيمة على صحة الفتيات والنساء البدنية والعقلية. وقد أقرت عدة بلدان في الوقت الحالي عقوبات قانونية على تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية على هذه الانتهاكات لحقوق الإنسان[2].

وبموجب تلك القوانين تم التسليم بأن تشويه الأعضاء التناسلية للأنثى يشكل ضربا من التمييز القائم على الجنس، وشكل من أشكال العنف ضد الفتيات والنساء تترتب عليه عواقب بدنية ونفسية. ويحرم تشويه الأعضاء التناسلية للأنثى الفتيات والنساء من حقهن في اتخاذ أية قرارات مستقلة بشأن أي تدخل يترك أثرا مستديما على أجسادهن وينتهك استقلالهن وتنظيم حياتهن[3]. ويوفر القانون

---

[1] تمنع المادة 02 من القانون 15 – 12 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل، سوء معاملة الطفل، لاسيما تعريضه للتعذيب والاعتداء على سلامته البدنية. (ج.ر 39).

[2] منظمة الصحة العالمية، الإستراتجية العالمية لمنع مقدمي الرعاية الصحية من تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية، المرجع السابق، ص 06.

[3] بعد جدل واسع قام المشرع المصري بتجريم ختان الإناث بموجب القانون رقم 126 لسنة 2008، وأصبحت المادة 242 مكرر من قانون العقوبات تعاقب صراحة على ختان الإناث. وتعد السويد أول دولة غربية تحظر ممارسة ختان الإناث على أراضيها منذ سنة 1982، وسرعان ما سارت على نهجها عدة دول أوربية مثل بلجيكا وبريطانيا. أما في أمريكا الشمالية، فقد قام المشرع الكندي في سنة 1997 بتعديل المادة 268 من قانون العقوبات، لتشمل تشويه الأعضاء التناسلية على الفتيات القاصرات، وفي الولايات المتحدة

الدولي الحماية لحق المشاركة في الحياة الثقافية وحرية الديانات لكنه ينص على أن حرية الفرد في إشهار ديانته أو معتقداته يمكن أن تخضع للقيود الضرورية لحماية الحقوق والحريات الأساسية للآخرين والكرامة الإنسانية، وعليه لا يمكن التذرع بأسباب اجتماعية وثقافية لتبرير تشويه الأعضاء التناسلية. وفي هذا الإطار اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 2012 قرارا بشأن القضاء على تشويه الأعضاء التناسلية للإناث[1]. وفي عام 2010 نشرت منظمة الصحة العالمية إستراتيجية عالمية لوقف إجراء عمليات تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية من قبل مقدمي خدمات الرعاية الصحية، وذلك بالتعاون مع وكالات الأمم المتحدة الرئيسية الأخرى والمنظمات الدولية[2].

ولم يتوان القضاء الفرنسي بمتابعة الأشخاص المتسببين في ختان الأطفال من أطباء وأولياء على إحداث الجروح، وكانت المتابعات الجزائية تتم في البداية على أساس الجروح غير العمدية، ويتشدد في الحصول على الموافقة المسبقة للأبوين معا تحت طائلة مسؤولية الطبيب[3]، وبسبب ضغط الجمعيات المهتمة بحماية حقوق المرأة، أصبحت النيابة العامة تقوم بمتابعة المتهمين على أساس الجروح العمدية خاصة إذا كانت الضحية طفلة لا يتعدى عمرها 15 سنة أو تؤدي عملية البتر إلى الوفاة دون قصد إحداثها. ولم يعتد القضاء بالضغوطات الاجتماعية والأسرية التي يمكن أن تؤثر على حرية الإرادة لدى الشخص في الإتيان بالفعل أو الإكراه المعنوي، رغم أن المتهم قد يجد نفسه أمام نظامين قانونيتين، النظام العرفي الذي يحكمه نتيجة انتمائه الإثني لتلك القبيلة والنظام العام[4]، وهكذا قضيت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1983/08/20 بإدانة والدة طفلة تبلغ من العمر ثلاثة سنوات كانت قد أخضعتها لعملية ختان أجراها طبيب، أدت إلى الوفاة جراء النزيف المستمر بعد استئصال البظر، معتبرة أن هذا

الأمريكية صدر قانون إتحادي سنة 1996 يمنع تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية. أما في إفريقيا أين تنتشر فيها هذه الظاهرة بشكل كبير، فإن العديد من الدول تسعى إلى سن قوانين رادعة لتلك الممارسات.

[1] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، مؤرخ في 2012/12/20 تحت رقم 67 – 146.

[2] ألزمت المادة 285 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة المكلفين بتقديم الرعاية الصحية بأن يبلغوا المصالح المختصة عن حالات العنف التي يطلعون عليها والتي تعرض لها، لاسيما النساء والأطفال والمراهقين القصر خلال ممارساتهم مهامهم، وأضافت الفقرة الأولى من 286 منه بأنه يتعين على الطبيب إثبات الأضرار والجروح وإعداد شهادة وصفية، كما أضافت الفقرة الثانية منها بأنه يتعين الإبلاغ عن كل جرح مشبوه. ونصت المادة 54 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر، أو بشخص معوق، إذا لاحظ أنهما ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان، أن يبلغ بذلك السلطات المختصة". وتعاقب المادة 442 من مشروع القانون على عدم التبليغ عن تلك الممارسات.

[3] V. Par exemple ; Paris, 29 sept. 2000, D. 2001. 1585, note C. Duvert ; RTD civ. 2001,126, obs. J. Hauser ; RDSS, 2001. 151, obs. F. Monéger ; Lyon, 25 juill. 2007, RTD civ. 2008, 99, obs. J. Hauser ; sur la responsabilité du médecin pour les préjudices d'une patiente, préjudices découlant de façon directe, certaine et exclusive d'une intervention chirurgicale mutilante, non justifiée et non adaptée. Civ. 1e, 28 janv. 2010, *Bull. civ. I, n° 20; D. 2010, 1522, note Sargos. 2011. Pan. 2565, obs. Laude; RJPF, 2010-4/13, note Putman; RCA, 2010, n° 85, obs. Radé; RLDC, 2010/69, n° 3737, obs. Bugnicourt; RDSS, 2010, 375, note Arhab-Girardin.*

[4] OSSOUKINE Abdelhafid, *L'Ethique biomédicale,* op. cit., p. 207.

العمل بمثابة عنف من قبل أم شرعية ضد بنتها القاصرة أدى إلى بتر، يقع تحت طائلة الفقرة الثالثة من المادّة 312 من قانون العقوبات[1].

ويمكن القول أيضا بأن العنف على أساس الجنس بما في ذلك تشويه الأعضاء التناسلية للأنثى، يمكن أن يشكل اضطهادا في نطاق تعريف المهاجرين وفقا لاتفاقية اللاجئين لعام 1951 والبروتوكول الملحق بها عام 1967. وتقتضي القرارات الإقليمية واللوائح الوطنية المحددة أن تمنح الفتيات والنساء اللائي يتعرض لخطر الخضوع لتشويه أعضائهن التناسلية في البلدان الأخرى، وضع اللاجئات أو أشكال الحماية التكميلية[2]. زد على ذلك أنه يتعين على سلطات الهجرة في بعض الحالات تقديم المعلومات للمهاجرين عن الأثر الضار المترتب على تشويه الأعضاء التناسلية والعواقب القانونية المترتبة على تلك الممارسات[3]. لهذا أقرت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بأن تشويه الأعضاء التناسلية الذي يتم دون إرادة الشخص البالغ أو الحدث تدخل ضمن المعاملة المنحطة واللاإنسانية[4]، لكن دون إقرار حماية فعالة تجاه هذا النوع من الممارسات[5]، حيث قضت المحكمة في عدة مناسبات بعدم قبول الدعوى إدانة الدول التي ترفض طلب اللجوء[1].

---

[1] Cass. Civ.1 er, 14 juin 1983, 82-13.247, Bull. civ. I, n° 174.

[2] يرى معارضو ختان الإناث ضرورة إعطاء حق اللجوء السياسي للنساء اللائي يهربن من بلادهن خوفا من إجراء الختان عليهن أو على فتياتهن. وإذا لم تتحقق شروط اللجوء السياسي، فعلى الأقل يجب إعطاء تلك النساء وفتياتهن حق الإقامة الإنسانية وعدم الطرد إلى بلدهن الذي يمارس ختان الإناث. سامي عوض الذيب أو ساحلية، المرجع السابق، ص 629.

[3] Le Conseil d'Etat Français a considéré qu'une jeune fille née en France pouvait, sous certaines conditions limitatives, se voir reconnaître la qualité de réfugiée « à raison du risque d'être exposée à la pratique de l'excision dans le pays dont elle a la nationalité ». CE, Ass., 21 décembre 2012, Mlle E. F., n°332492 ; Mme F., n°332491 ; OFPRA c/ Mme B C, n° 332607
Pour une analyse plus détaillée de la jurisprudence du Conseil d'Etat de ses conséquences, voir : CHOLET Guillaume, « Droit d'asile : Le Conseil d'Etat aux prises avec les mutilations génitales féminines », in Lettre « Actualités Droits Libertés » du CREDOF, 18 février 2013.

[4] la CEDH affirme qu'« il n'est pas contesté qu'exposer un adulte, contre sa volonté, ou un enfant à une MGF serait constitutif d'un mauvais traitement contraire à l'article 3 de la Convention » *Omeredo c. Autriche*, n° 8969/10, 20, septembre 2011.

[5] وقد تعاملت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بنوع من الحذر فيما يخص طلبات اللجوء المبررة على أساس مخاطر تعرض النساء في دولهم الأصلية لعملية تشويه الأعضاء التناسلية، فلا يكفي إذن الخوف من الاضطهاد للحصول على اللجوء السياسي، بل يجب أيضا أن يكون الشخص مضطهدا بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، رغم أن مفوضية الأمم المتحدة للاجئين طالبت عدم تفسير هذه الاتفاقية تفسيرا حرفيا، فكثير من النساء يهربن من بلدهن لأسباب خاصة مثل الاغتصاب، والتعذيب الجنسي، وختان الإناث، والتمييز الجنسي، والإجهاض والتعقيم الإجباريين، وتقترح هذه المفوضية إعطاء اللجوء السياسي للنساء المضطهدات على أساس انتمائهن إلى فئة اجتماعية معينة، أي بسبب انتمائهن الجنسي، إلا أن أكثر الدول الغربية ترفض هذا التفسير. وعلى سبيل المثال رفضت محكمة ستراسبورغ طلب لاجئة غينية كانت قد تعرضت لعملية بتر جزئي للأعضاء التناسلية، وقد رفضت السلطات البلجيكية طلب اللجوء الذي تقدمت به واستندت أنها تخشى تعرضها للعملية مجددا مثل أختها التي توفيت جراء عملية مماثلة ببلدها الأصلي.

ثالثا: تغيير صورة الوجه واضطراب الهوية الشخصية.

عملية زراعة الوجه هو إجراء طبي تجميلي يسعى من خلاله الأطباء إلى استبدال كل أو جزء من وجه الشخص نتيجة مرض أو حدوث نهش أو تهشيم أو حروق للوجه[2]. قد أثارت قضية زرع الوجه جدلا كبيرا في الأوساط العلمية والقانونية، وهذا راجع أولا إلى خصوصية وجه الإنسان الذي يرتبط بالهوية الشخصية[3]، الشيء الذي جعل بعض المهتمين بالأخلاقيات الطبية يتساءلون حول مدى

La Cour estimant que « la requérante n'a pas démontré qu'elle courrait un risque réel d'être réexcisée en cas de renvoi vers la Guinée. Partant, il n'y aurait pas violation de l'article 3 de la Convention si la requérante était expulsée vers son pays d'origine » CEDH, 2e sect., 19 janv. 2016, n° 27081/13, *Sow c/ Belgique ;* note, Diane Roman, *Le droit d'asile pour les victimes de mutilations génitales féminines*, Recueil Dalloz 2016 p.1215.

[1] V., par ex., CEDH 25 sept. 1997, n° 23178/94, *Aydin c/ Turquie*, D. 1998. 205, obs. J.-F. Renucci ; RSC 1998. 380, obs. R. Koering-Joulin ; 4 déc. 2003, n° 39272/98, *M. C. c/ Bulgarie*, RSC 2004. 441, obs. F. Massias ; RTD civ. 2004. 364, obs. J.-P. Marguénaud.CEDH 9 sept. 2009, n° 33401/02, *Opuz c/ Turquie*, RSC 2010. 219, obs. J.-P. Marguénaud ; 28 mai 2013, n° 3564/11, *Eremia et autres c/ République de Moldavie*, D. 2014. 954, obs. M. Möschel. CEDH 28 juin 2012, n° 14499/09, *A. A. et autres c/ Suède* ; 20 juill. 2010, n° 23505/09, *N. c/ Suède*.

[2] يتم إجراء عملية الزرع الكلي أو الجزئي للأنسجة وعضلات الوجه للأشخاص الذين تعرضوا للتشوه جراء الأمراض أو الحوادث الخطيرة، مثل الإصابة بالأورام السرطانية الجلدية والعيوب الخلقية أو الحروق الكبرى والإصابة بالشظايا النارية والنهش من طرف الحيوانات المفترسة، الشيء الذي يخلف أضرار جمالية جسيمة يفقد بموجبها المرء صورة وجهه، وتعبر هذه العمليات معقدة جدا وحديثة في المجال الطبي، حيث تتطلب عدة عمليات زراعة الجلد وصل الكثير من الأوردة والشرايين والخلايا العصبية والعضلات. ولعمليات زرع الوجه جانب يتعلق بزرع الأعضاء والأنسجة، وجانب آخر يدخل في تخصص الجراحة التجميلية. ويستعمل الأطباء في عملية الزرع النقل الذاتي لأنسجة المريض نفسه أو أنسجة شخص متبرع متوفى دماغيا، وتتم هذه العمليات نقل الطعم الخيفي للأنسجة المركبة L'allotransplantation de tissus composites التي استعملها الأطباء في بادئ الأمر في زرع الأطراف المبتورة وتشجيع التئام الجروح الكبيرة أو لعلاج الحروق، ولها عدة أنواع: الطعم الذاتي، وفيه يكون مصدر النسيج من جزء آخر من جسم الشخص نفسه، والطعم الخيفي أو المغاير، ويكون فيه النسيج من جسم شخص متبرع، الطعم الأجنبي، وفيه يكون مصدر النسيج حيوانا هو الخنزير. لأكثر تفاصيل حول هذه التقنية الجراحية، أنظر،

CARIOU J-L, *Allotransplantation de tissus composites (ATC)*, in « Les Annales de Chirurgie Plastique Esthétique », Vol 52, n° 5, éd. ELSEVIER, 2007, pp. 387-392.

[3] حدثت أولى المحاولات الطبية لإعادة وجه إنسان إلى طبيعته في الهند عام 1994 أين أعيد وجه طفلة كانت قد تعرضت لحادث بواسطة آله الحرث، مما جعل جلدة وجهها وفروة رأسها تنفصل تماماً عن جمجمتها، فأسرع بها والدها إلى المستشفى وهو يحمل وجهها في كيس بلاستيكي، أين تمكن الجراحون من إعادة زرع الشرايين والجلد، لكن الملامح لم تكن لشخص آخر. وخلال سنة 2005 دخلت عمليات زراعة الوجه مرحلة ثورية، وذلك عندما تمت في فرنسا أول عملية زراعة لنصف الوجه السفلي لسيدة كانت قد تعرضت للعض من كلبها وهو يحاول إيقاظها من غيبوبة. ثم تتالت العمليات. ففي عام 2006 تمت عملية زراعة وجه لرجل في الصين تعرض لهجوم وحشي من دب ترك له وجها مشوها، حيث فقد جزءا كبيرا من الأنسجة في جانب وجه الأيمن ما جعله يبدو بنصف وجه. وفي عام 2009 خضعت امرأة أمريكية لزراعة وجه بديل عن وجهها الذي تلفت ملامحه جراء إصابته برصاصة، حيث تلف الأنف والخدان وسقف الفم وإحدى عينيها. ولقد تمت زراعة هذا الوجه من متبرع متوفى دماغيا، إذ استأصل الأطباء من المتبرع أنفه، وشفته السفلى، وعظام خديه لتزرع في وجه هذه السيدة. في عام 2010 تمت لأول مرة زراعة وجه بالكامل لرجل في إسبانيا كان قد تعرض وجهه بالكامل لتشوهات جراء إطلاق ناري، ما أدى إلى تلف ملامحه. وخلال سنة 2011 تم زرع وجه بالكامل بفرنسا لرجل

مشروعية هذا النوع من العلميات الجراحية؟ وإن كانت هذه العملية تمس بكرامة الميت والمريض؟ ومن جهة أخرى ألا تولد زراعة الوجه في حقيقة الأمر العديد من الآمال للمرضى المشوهين وتخليصهم في الآلام النفسية والوصم الاجتماعي؟

1- ارتباط صورة الوجه بهوية الشخص.

ترتبط السمات الفسيولوجية بالهوية الشخصية للإنسان، فمعلوم أن الهوية الشخصية لا تنحصر فقط في الأبعاد البيولوجية التي من طبيعتها التغير، بل هي مجموعة الصفات التي تميز الشخص عن الآخرين وتجعله متفردا، وتشمل بذلك كل جوانبه الجسدية والنفسية والاجتماعية والثقافية، كما ترتبط الهوية الشخصية بالذاكرة والوعي والإرادة المبنية على التضامن والكرامة الإنسانية. لكن من الصعب أن تتعرف على الإنسان كجوهر من دون المرور عبر الجسد، بل إن الجسد هو من يمنح الوجود الإنساني حضوره المادي، بدليل أن هناك من أصبح مهووسا بالبحث في هويته بإحداث تغييرات على جسده، أما من الناحية القانونية فإن مفهوم الهوية ترتبط بحالة الشخص المدنية التي تتحدد ببعض العناصر الموضوعية والذاتية (الاسم، النسب، السن، الجنس، المظهر أو صورة الوجه ...)[1].

ومن الناحية الفسيولوجية فإن الوجه منطقة خاصة واستثنائية في الجسم، حيث هو طرف الجسم الذي تجتمع فيه كل الحواس تقريبا، والعضو البارز في الجسد والذي يمكن أن نختزل بالنظر إليه الجسم[2]، أما إذا نظرنا إليه في بعده الاجتماعي والثقافي، من حيث هو عنوان الفرد والدليل عليه أخلاقيا،

أصيب بخلل جيني نتج عنه تشوهات في الوجه، وكان الوجه الجديد قد فصل بالكامل من متبرع ميت بكل ملامحه، وفي نفس السنة تمت زراعة وجه كامل لرجل إطفاء في الولايات المتحدة الأمريكية، كانت قد تعرض لحروق كبرى أدت إلى إتلاف ملامح وجهه بالكامل ثم توالت العمليات التي تشهد نجاحات طبية متتالية. أنظر، جريدة الوسط، تاريخ عمليات زراعة الوجه، 2014/02/25؛ الشرق الأوسط، زراعة الوجه قد تسمح في المستقبل باستبدال وجه امرأة بوجه رجل أو العكس، 2004/07/04؛ الشرق الأوسط، جراحون إسبان ينجحون في زراعة وجه جديد، 2015/04/01.

[1] Sur cette question, V. BERNARD Alain, *L'identité des personnes physiques en droit privé. Remarque en guise d'introduction,* in « L'identité politique », PUF, 1994, p. 127 ; AÏDAN Géraldine, DEBAETS Émilie, *L'identité juridique de la personne humaine*, Edi. L'Harmattan, Paris, 2013, p. 16.

[2] يوجد العديد من الآيات القرآنية ورد فيها لفظ "الوجه"، ووصفته الله تعالى بعدة أوصاف، ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَبْيَضُّ وُجُوهٌ وَتَسْوَدُّ وُجُوهٌ﴾، سورة آل عمران، الآية 106. وقوله تعالى: ﴿تَعْرِفُ فِي وُجُوهِهِمْ نَضْرَةَ النَّعِيمِ﴾، سورة المطففين، الآية 24. وقال تعالى: ﴿وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ مُّسْفِرَةٌ ضَاحِكَةٌ مُّسْتَبْشِرَةٌ﴾، سورة عبس، الآيتين 37 و38. وفى سورة الغاشية قال: ﴿وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاعِمَةٌ لِسَعْيِهَا رَاضِيَةٌ فِي جَنَّةٍ عَالِيَةٍ﴾، الآيات 07 و08 و09. أما في سورة يونس قال: ﴿لِّلَّذِينَ أَحْسَنُواْ الْحُسْنَى وَزِيَادَةٌ وَلاَ يَرْهَقُ وُجُوهَهُمْ قَتَرٌ وَلاَ ذِلَّةٌ أُوْلَئِكَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾، الآية 26. وقال تبارك وتعالى كذلك: ﴿كَأَنَّمَا أُغْشِيَتْ وُجُوهُهُمْ قِطَعًا مِّنَ اللَّيْلِ مُظْلِمًا أُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾، وجاء في القرآن الكريم: ﴿وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ مُسْفِرَةٌ ضَاحِكَةٌ مُسْتَبْشِرَةٌ﴾، سورة يونس، الآية 27. وقال تعالى أيضا: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنْثَى ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ﴾، سورة النحل، الآية 58. إلى غير ذلك من الآيات.

إذ بالوجه يواجه الفرد باقي الأفراد ويظهر أمامهم. وحتى في اللغات اللاتينية، فإن تسمية الوجه تعود لكلمة vis, visum التي تفيد ما يرى، وبسبب هذا البعد الاجتماعي والثقافي الذي يميز الوجه قرر أرسطو قديما بأن الوجه كلمة لا تقال إلا على الإنسان، فلا يقال إن للدواب أو الطيور وجها مثلا، بل وحده الإنسان، من حيث هو الحيوان القادر على المواجهة، أي على أن يبني إمكانا سياسيا واجتماعيا[1]. وهذا ما نجد نموذجه في أعمال الفيلسوف الفرنسي Emmanuel LEVINAS، الذي سعى للبحث في علاقة الوجه بمفاهيم الأخلاق والمجتمع[2].

ومن الناحية السيكولوجية، فإن الوجه البشري هو ما يعطي معنى لكمال الجسد والعنوان النفسي للإنسان، ويعبر الوجه أيضا عن خصوصية الشخص، وهنا يبرز الدور الرئيس للفضاء البصري في بناء صورة الجسد، ويصبح الوجه مركز لتلك الصورة ومصدر لجلب انتباه الأشخاص له. كما أن للوجه مكانة طبيعية في مجموع صورة الجسم بل أنها الجزء الأكثر تعبيرا في الجسد. ويستنتج من ذلك أن تشوه الوجه يعني فقدان المرء لهويته، حيث يرفض هيئته القديمة ويتحتم عليه يتقبل واقعه الحالي، فتحت أنظار الآخرين سوف يشعرون المشوهون بالتأكيد بأنهم منحصرون وراء هذه الإصابات أو التشوهات[3].

2- المعضلات الأخلاقية لعمليات زرع الوجه.

يناقش المعارضون لعمليات زرع الوجوه الأمر على انه خروج على المألوف من القيم الأخلاقية، إذ أن الوجه هو هوية الشخص والواجهة المهمة التي يطل بها على المجتمع ويعرفه الناس من خلالها، وكذلك الحال بالنسبة للقانون وحالة الأشخاص المدنية. وهذا يعني بأن عملية استبدال وجه مشوه حي بوجه شخص ميت أمر يصعب قبوله من ناحية المريض المستقبل للوجه الجديد وأهله ومعارفه من ناحية، وكذلك أهل ومعارف المتبرع الذين يرون وجه قريبهم المتوفى يحمله شخص آخر له اسم وانتماء عائلي مختلفين. ومن ناحية أخرى، وليس من السهولة قطعا أن ينظر الشخص إلى نفسه في المرآة ليرى وجها آخر يحمله لم يعتد عليه وان هذا الوجه يعود لشخص ميت لم يعد له وجود، فالعامل

---

[1] عادل حدجامي، لا لباس للوجه، مجلة الأوان الالكترونية، بتاريخ 2010/06/06.

[2] يمثل الوجه عند LEVINAS أساس كل علاقة إنسانية ممكنة، ولهذا فهو رهان وجودي للإنسان، ناهيك عن كونه رهانا سياسيا وأخلاقيا، فلا إنسان إلا بوجه، بل إن الوجه – إضافة إلى اللغة– هو عنوان الإنسانية فينا، فالوجه يعطيني فرادتي وهويتي كشخص، ويمنحني ذاتية، وبهذه الهوية والذاتية أستطيع أن أتحرر من جنسي العام، وأن أبني علاقات مع الأخرين من موقع الأنا، وأنه الحركة التي لا تختزل في أي صورة جامدة، فالوجه هو ما لا ينفك عن الانفعال والتعبير، ولهذا كان توقف الوجه عن تعبيريته رديفا للموت، إذ لا يكف الوجه عن التعبير إلا عند الموت. مقتبس من، عادل حدجامي، المرجع السابق.

[3] LE BRETON David, *De la défiguration à la greffe du visage*, Études, 2010, n° 6, Tome 412, p. 761-772. URL : www.cairn.info/revue-etudes-2010-6-page-761.htm.

النفسي يعد مؤثرا بالنسبة إلى حالة المريض المشمئز من العضو أو الجلد الذي سيزرع له بحكم أنه جزء من جسد ميت فيمثل ذلك هولا محققا، وسوف يعاني هذا الشخص لا محالة من مشاكل نفسية لشعوره أن وجهه الحقيقي يختفي تحت قناع هو وجه شخص ميت[1].

ومن الناحية الطبية، تتعارض الأخلاق الطبية مع أية ممارسة ينجم عنها أذى نفسي أو عضوي يزيد من تعاسة المريض أو يساهم في تفاقم حالته الصحية بشكل دائم. كما أن المنتقدين يرون أن هذه العمليات ليست للمحافظة على الحياة، وإنما فقط لتحسين الوضع. ولعل من أهم آثار عملية زرع الوجوه هي حالة الرفض المناعي التي يستقبل بها الجسم الأنسجة والأعضاء المزروعة، فيضطر الطبيب إلى استعمال أدوية فعالة تقلل من هذا الرفض وتؤهل المريض إلى قبول الأجزاء المزروعة. ولكن هذه الأدوية التي تستخدم مدى الحياة، ذات تأثيرات سمية وقد تؤدي إلى اختلالات عضوية ونفسية خطيرة. كما وفي حالة فشل هذه الأدوية، فإن عملية الرفض المناعي تؤدي إلى التشوه الكامل للوجه وربما الموت ناهيك عن الآلام المبرحة[2].

وعلى الرغم من حال الترقب والحذر الشديدين التي تسود الأوساط الطبية المهتمة بالتقنيات الجراحية الحديثة لزرع أنسجة الوجه، يبدو أطباء آخرون أكثر تفاؤلا واندفاعا، ويرى هؤلاء الأطباء إن هذه العمليات ستكون الأمل الوحيد للمرضى الذين يعانون من حروق بليغة في الوجه أو أورام سرطانية أو إصابات ميكانيكية. فالمصاب بتشوهات في الوجه يعتبر نفسه مجرد شخص على قيد الحياة ولكن لا يعرف طعم الحياة، فاستبدال الإنسان لصورة وجهه لن يكون في كل الأحوال أكثر بشاعة من انعدام الوجه أو تشوهه جزئيا وأفضل حتى من عمليات التجميل المتواصلة. ويتوقع بعض الأطباء في زراعة الوجه الجزئي أن تبقى صورة الوجه قريبة مما كان قبل الحادث وليس قريبا من شكل وجه المتبرع[3]، وعلى سبيل المثال، فإن إحدى التقنيات الممكنة تتمثل في نقل غلاف دهني يشمل الجلد والأوعية الدموية إلى عظام المرضى مما يسهم في الحفاظ على الملامح الخاصة بهم، ويبقى الكثير من المرضى مشوهي الوجه يحدوهم الأمل بتطور هذه الجراحة لتعيد إليهم مظهر مقبول اجتماعيا وتجنب الخروج والتخلص من الأقنعة التي يستعملونها في إخفاء وجوههم، رغم جدلية العلم والأخلاق التي لا تزال تخيم على هذه التقنيات الجراحية.

---

[1] محمد الشيخلي، عمليات نقل الوجوه.. هل يعود المرء هو ذاته من بعدها ؟، جريدة المستقبل اللبنانية، 2005/12/18، عدد 2130، ص 16.

[2] DUMONT Martin, MORELON Emmanuel, *Greffes de main et de visage : quels sont les enjeux éthiques*, Laennec, 1/2015, Tome 63, p. 41-52. URL : www.cairn.info/revue-laennec-2015-1-page-41.htm. DOI : 10.3917/lae.151.0041.

[3] LE BRETON David, *Greffe du visage, greffe de sens*, in Libération, 6 décembre 2005.

3- الموقف القانوني من عمليات زرع الوجه

لا يوجد في التشريع الجزائري أو القوانين المقارنة التي تم الاطلاع عليها أحكام قانونية صريحة تضبط عمليات زرع الوجه، ما عدى بعض الأحكام العامة المتعلقة بالجراحة الترميمية وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية. وفي هذا الصدد يمكن القول بأن زراعة الوجه يمكن أن تتعارض مع بعض المبادئ القانونية كمبدأ الاحترام اللائق لكرامة الميت، التي يترتب عليها حظر تشويه الجثة وعدم انتحال هوية الشخص المتوفى والعبث بصورته، ومبدأ حظر التصرف في حالة الأشخاص الذي يعتبر من النظام العام. ومن جهة أخرى، يمكن لهذا النوع من العمليات الجراحية أن يخالف بعض الأحكام القانونية المتعلقة بعمليات نقل وزرع والأنسجة والخلايا، لاسيما إمكانية التبرع بالأنسجة الخاصة بالوجه، وتطبيق مبدأ ضرورة مراعاة قواعد السلامة والأمن الصحي، بالنظر إلى مخاطر التقنية الطبية المستعملة لهذا النوع من الجراحة والموازنة بين المنافع والأضرار المترتبة عنها، التي تتطلب أن يكون المريض في حالة خطر يهدد صحته لكي يستفيد من عملية الزرع، ومبدأ الموافقة الحرة والمستنيرة للشخص المستفيد من عملية الزرع وأقارب المتوفى[1].

هذا وكانت اللجنة الاستشارية الفرنسية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة قد درست في رأيها الصادر بتاريخ 2004/02/06 تحت رقم 82، الإشكالات الأخلاقية والقانونية التي تثيرها إعادة تشكيل صورة الوجه البشري بالتقنيات الطبية الحديثة، وبالتحديد عملية الزرع الكلي أو الجزئي للأنسجة المركبة للوجه. وقد صدر هدا القرار في خضم النقاش الذي كان قائم آنذاك حول محاولة الأطباء الفرنسيين إجراء أول عملية زرع جزئي لوجه امرأة[2]. وأوضحت اللجنة أن رأيها ينصب على عمليات إعادة التشكيل

---

[1] أنظر، قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1993/07/02 السابق الإشارة إليه، الذي جاء فيه بأن: "المبادئ الأساسية المتعلقة باحترام الإنسان لا تنقضي بعد وفاة المريض".

[2] تعرضت امرأة فرنسية تدعى Isabelle DINOIRE البالغة من العمر 38 سنة إلى جروح بليغة في أنفها وفمها وفكها الأسفل، عندما هاجمها كلبها أثناء فترة غيبوبة، وقد عاشت هذه السيدة منذ ذلك التاريخ حالة من الألم الجسدي والنفسي غاية في الصعوبة، إذ تعسر عليها طوال تلك الفترة أن تتكلم أو تأكل، وكان وجهها مشوها لدرجة أن ابنتيها لم تقوى على النظر إليه، كما كان الناس يقفون في الطريق ليحدقوا إليها بتقزز ثم ينفرون منها ما اضطرها إلى ارتداء قناع يخفي وجهها بالكامل. وقد أدت معاناتها هذه إلى إقدامها على الانتحار بتناول جرعة كبيرة من الحبوب المنومة. لذلك، قرر الفريق الطبي بمستشفى Amiens إجراء عملية زرع جزئية لوجهها من مريضة ميتة دماغيا، تبرعت بعدة أعضاء. واقتضت عملية زرع الوجه التي وصفت بأنها جزئية بتر شفتي المريضة، وكذلك مقدمة انفها وجزء من فكها السفلي، ثم بعدها نقل مقدمة الوجه الحاوي على الأنف والشفتين والفك السفلي قطعة واحدة من المرأة الميتة. وأكد الأطباء أن السيدة لن تشبه المتبرعة، كما أنها لن تبقى بنفس الشكل الذي كانت عليه من قبل، وبدلا من ذلك سيكون لها وجه هجين. وخلفت العملية الجراحية ردود أفعال مختلفة حول أخلاقية العملية وأثرها على المريض والمجتمع، كما حظيت بتغطية إعلامية واسعة، وفتحت هذه العملية إشكالية حادة بين الانجاز العلمي الذي تتطلبه الضرورة وبين أخلاقيات المهنة والمجتمع التي يؤدي اختراقها إلى مشاكل اجتماعية وقانونية مختلفة. أنظر، محمد الشيخلي، المرجع السابق، ص 16.

الكلي أو الجزئي لأنسجة الوجه التي يتم انتزاعها من شخص متوفى دماغيا لأسباب طبية فقط، أي في حال التشوهات الناتجة عن الحوادث أو الحروق الكبيرة أو الإصابة بمرض، وتستثنى بالتالي العمليات التجميلية التحسينية التي تهدف إلى تغيير المظهر الجسدي لأغراض جمالية محضة. كما ذكرت اللجنة بخصوصية الوجه البشري وقيمته المعنوية والأخلاقية وتأثيرات التشوهات التي تصيبه على حياة الفرد وعلاقاته الاجتماعية.

في هذا الإطار نبهت اللجنة من جهة إلى صعوبة اتخاذ القرار من جانب المريض الذي يكون عادة في حالة نفسية هشة ولا يقدر على التعبير عن إرادته الحرة والمستنيرة حتى لو تم بالاستعانة بمختص نفساني أو توضيح الصورة المحتملة لوجهه المستقبلي باستعمال تقنيات رسم الملامح بجهاز الكمبيوتر، لهذا يتطلب أن يكون المريض مقتنعا تماما بماهية العملية ونتائجها لأن نجاح عملية الزرع مرتبطة بالقدرة النفسية للمريض، وأن يكون الجراح كذلك قد استنفد كافة الإجراءات البديلة.

ومن الجهة الأخرى، أبرزت اللجنة صعوبة اتخاذ القرار الطبي من قبل الفريق المشرف على العملية، لأن العملية ليست مضمونة بالشكل الكافي وأن التطبيقات السريرية لتقنيات زرع الطعم الخيفي للأنسجة المركبة على مستوى الوجه لا تزال في بدايتها بالمقارنة مع عملية النقل الذاتي للأنسجة أو استعمال المستلزمات الطبية الصناعية البديلة التي أثبتت نجاعتها في الجراحة الترميمية، فضلا على مخاطر الرفض المناعي للصدمات الهيكلية العضلية وفقدان الأنسجة الذي يستدعي في كل الأحوال تثبيط مناعي ومراقبة بالأدوية مدى الحياة، الشيء الذي يجعل المريض في حالة إعاقة مستديمة.

بالإضافة إلى ذلك أشارت اللجنة إلى الموازنة الصعبة من حيث الأهداف لأن العملية في النهاية لا يرجى منها إنقاذ حياة المريض، وإنما إلى التخفيف من درجة الإعاقة التي يعاني منها عن طريق إعادة وظيفة العضو المصاب إلى حالته الطبيعية، كما أنها تسعى إلى إعادة التركيب المورفولوجي للوجه على نحو يقترب من صورة الوجه البشري أين يظهر من خلاله المريض بمظهر جمالي مقبول اجتماعيا.

لكن الإشكال الرئيسي التي طرحته اللجنة يتمثل في الخشية من ردة فعل أقارب المتوفى نظرا الأهمية التي يوليها المجتمع وعائلة الميت بمظهر الجثمان، لاسيما صورة الوجه التي تمثل البعد الإنساني للشخص الميت التي تبقى راسخة أذهانهم بعد دفنه، وهو ما لا يثير إشكال في حال انتزاع عضو داخلي من الجسم. وقد يقابل هذا الأمر برفض قاطع من قبل الأقارب ما يحتم إجراء عمليات النقل من طرف

شخص متبرع أو شخص ميت بدون أسرة أو من عائلة مجهولة[1]. ونصحت اللجنة في الأخير بعدم التسرع في إجراء العمليات، وحثت على إجراء المزيد من التجارب والأبحاث العلمية حول هذه التقنية الطبية وتطبيقاتها المستقبلية ومعرفة مخاطرها، لأنه في حالة الفشل الطبي سوف نجد أنفسنا أمام وضعية أصعب من الوضعية التي كان يعيشها المريض المشوه. ويستشف من خلال رأي اللجنة أنها لم تكن متحمسة للتطبيقات المحتلمة لهذه التقنيات الطبية الجديدة، وأن نظرتها كانت حذرة تجاه المصاعب الاجتماعية والنفسية التي يمكن أن تثيرها مستقبلا[2].

أما من الناحية الشرعية، فقد أشار مجمع الفقه الإسلامي بإجازة إعادة الوظيفة المعهودة لأعضاء الجسم مثل إصلاح العيوب الطارئة (المكتسبة) من آثار الحروق والحوادث والأمراض وغيرها مثل: زراعة الجلد وترقيعه، وإعادة تشكيل الثدي كليا أو جزئيا في حالة استئصاله دون ذكر احتمال انتزاع أنسجة الوجه من الجثة. لكن بعض الاجتهادات الفقهية الفردية حرمت إجراء عملية زرع الوجه مطلقا[3].

والواقع أن تقنيات زرع الأنسجة المركبة بوجه المريض الذي تعرض لتشوهات كبيرة يجب النظر إليها أولا من جانب أنها جراحة تهدف إلى إعادة وظيفة الأعضاء الطبيعية للإنسان وإزالة العيوب الجسدية الجسيمة، أي إعادة خلقة الإنسان إلى أصلها الطبيعي، فهي لا تثير إشكالات أخلاقية من حيث التقنية الطبية المستعملة في حد ذاتها إذا اتبعت فيها الأصول العلمية المتعارف عليها. لكن مصدر الأنسجة والعظام والأوعية المستعملة في عملية الزرع هي التي تطرح الإشكالات أخلاقية إذا كان مصدرها وجه إنسان آخر ميت، حيث ينتقل معها المظهر المورفولوجي والملامح الشخصية إلى المريض وتكون في هذه الحالة مخالفة للنظام العام وكرامة الإنسان. أما الأنسجة الأخرى التي لا تؤدي إلى نقل تلك

---

[1] تتطلب التبرع مثلما يحدث في عمليات زراعة القلب في حال وفاة المتبرع، فمن غير المنطقي أن يمنح شخص وجهه وهو على قيد الحياة، بخلاف أن في حاله التبرع بالوجه فإن الشخص المريض يمنح ملامح ظاهرة من المتبرع المتوفى، ما يسبب الضيق لأهل المتبرع ومعارفه.

[2] Le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) écrivait:

« Le traitement immunosuppresseur à vie fait passer la personne d'une situation de handicap majeur à celle d'un authentique risque vital. Dans les situations où il existerait cependant un consensus sur l'épuisement des possibilités d'autogreffe ou de prothèse, avec une demande très forte, et donc la possibilité d'une telle greffe, l'idée même d'un consentement informé est illusoire (…) Le traitement immunosuppresseur à vie, immédiatement toujours parfaitement accepté, risque de devenir à long terme insupportable, à l'occasion par exemple d'une maladie intercurrente ou du vieillissement. Qu'en sera t-il alors du prix à payer, c'est à dire d'une destruction rapide inéluctable de son visage ? » Avis n° 82 du 06/02/2004, *L'allotransplantation de tissu composite (ATC) au niveau de la face (Greffe totale ou partielle d'un visage).*

[3] أنظر على سبيل المثال، صالح محمد الفوزان، الجراحة التجميلية، دراسة فقهية، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، رسالة دكتوراه، 2007.

الصفات والملامح أي تحافظ على هوية المستفيد، فإنها لا تثير مشاكل شرط احترام كرامة الميت ومراعاة الشروط القانونية لنقل وزرع الأنسجة والأعضاء والمكونات العرقية للطرفين كلون البشرة ونوع الجنس وغيرها.

الفرع الثاني
احترام الرغبة في تغيير الصورة الجسدية

لقد تبين من خلال ما سبق بأن الجراحة التي تهدف إلى إعادة تشكيل مظهر الجسم يجب أن تحقق أغراض علاجية بالدرجة الأولى، تتمثل في إعادة هيئة الإنسان إلى حالتها الطبيعية، وهو ما يتوافق مع الشروط القانونية المتعلقة بإباحة العمل الطبي. غير أن الجراحة التجميلية أصبحت اليوم تستعمل من قبل أشخاص أصحاء من أجل تغيير خلقة الإنسان السوية تبعا للهوى وحب التزين أو والرغبة بتقليد الآخرين، حيث أصبح لإقبال عليها متزايدا لأسباب نفسية واجتماعية وثقافية مختلفة. أما من الناحية القانونية فقد أعادة هذه الجراحة طرح الإشكالات المتعلقة بمدى أحقية الشخص في التصرف في جسده، واحترام إرادته في تغيير صورته الجسدية، وكذا حجم التغييرات التي يسمح له بإجرائها ضمن المنظور الجديد للحق في الصحة.

أولا: حق الشخص بالتصرف في جسده.

يثير موضوع احترام الرغبة في تغيير الصورة الجسدية إشكالية حق الشخص بالتصرف في جسده التي تعتبر في الحقيقية إشكالية قانونية قديمة، لكنها لا تزال تثير نقاشات فقهية واسعة تبعا للتطورات الطبية الحديثة، وبروز الأفكار التي تنادي باستقلالية الشخص وحريته في تقرير مصيره ولا بأس في التذكير أولا بأهم النظريات الفقهية المطروحة، ثم إلى موقف القضاء من حرية الشخص في إحداث التشوهات بجسمه.

1- الآراء الفقهية حول طبيعة علاقة الشخص بجسده.

تذهب نظرية الحقوق العينية أن للشخص حق عيني على جسده، بمعنى أن العلاقة التي تجمع الشخص بجسمه هي علاقة ملكية، ويترتب على ذلك أن الشخص يستطيع أن يتصرف فيه كما

يشاء مثل تصرفه في باقي الأشياء الأخرى، كما يحتج بملكيته تجاه الغير[1]. وقد انتقد هذا الرأي على أساس استحالته تطبيقه من الناحية القانونية والتقنية، لأن القول بوجود حق ملكية يستلزم أن يكون هناك مالكا وصاحب حق مستقلا عن موضوع الحق وطبيعة جسم الإنسان تتعارض مع ذلك، بحيث يتحد في تلك العلاقة صاحب الحق ومحل الحق. ومن ناحية أخرى، فإنه من المتفق عليه أن الإنسان لا يستطيع أن يتصرف في جسمه كما يشاء[2]، وأن إطلاق حرية الشخص في التصرف في جسمه كصاحب حق الملكية لا يؤدي إلى حماية الجسم من تصرفات الشخص ذاته، ومن ذلك التشويه الإرادي الذي يتصادم مع القواعد التي تحمي الحق في سلامة الجسم[3].

نظرا للانتقادات التي وجهت للنظرية الأولى، ظهر اتجاه آخر يرى أن العلاقة القانونية بين الشخص وجسمه ليست حق ملكية وإنما هو حق انتفاع فقط[4]، وذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار الجسم مملوك ملكية رقبة لله أو للمجتمع ويتعين على الشخص أن يحافظ على جسمه بجميع عناصره ومكوناته، وألا يقوم بأي فعل من شأنه المساس بسلامة جسده مثل إجراء عملية جراحية غير ضرورية[5]. ولم تسلم هذه النظرية من النقد أيضا، فالخطورة الأساسية لهذه النظرية تتمثل في التهديد الذي يمكن أن يتعرض له جسم الإنسان لو افترضنا أن الدولة أو المجتمع مالك الرقبة للجسم، فإنها تستطيع أن تتصرف فيه كما

---

[1] تعرف المادة 674 من القانون المدني الملكية أنها:" حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

[2] يعتبر القانون ملكية الجسد مخالفة لطبيعة الإنسان والذي هو الأصل والوحدة، فالكائن البشري لا يمكن أن ينقسم في ذاته بين صاحب الحق ومحل الحق، وأن علاقة الذات في الواقع هي نتاج نظام الطبيعة وليس النظام القانوني، ويضيف إمانويل كانط برهان آخر يتمثل في أن الإنسان ليس مالكا لجسده لأنه مسئول عن الإنسانية انطلاقا من شخصه، بحيث تعامل دائما الإنسانية التي في شخصك والتي في أي شخص آخر لا كوسيلة بل كغاية، وأن نعامل الإنسان كغاية هي علاقة من علامات الكرامة الإنسانية، حيث نولي الجسد البشري قيمة في حد ذاته، خلافا لما فعل الأطباء في مدينة أميان الفرنسية في قضية Alain MILHAUD – السابق الإشارة إليها – ، عندما استغلوا حالة مرضية في مراحلها الأخيرة وأجروا عليها التجارب الطبية، وبذلك يكون الطبيب قد استخدم مريضه كوسيلة لا كغاية. سمية بيدوح، المرجع السابق، ص 47.

[3] تدعم فكرة ملكية الجسد مفهوم آخر وهو الحرية، فإذ ما اقتنع الشخص بأنه مالك لجسده، فتصبح له الحرية بالتصرف فيه كما يحلو له، والحرية مفهوم اشتغل عليه الفيلسوف الفرنسي جون بول سارتر، الذي يقوم منهجه على إبراز الحرية كمصدر حيوي للقيم الإنسانية، ذلك ما حدا بالبعض إلى تريد شعارات مثل: "إنه جسدي وأنا حر أن أتصرف فيه"، و"حر في أن أضع له حدا"، بمفهوم القتل الرحيم، و"حر في تحوير وتجميل أو ترقيع أو تغيير لوجهي بوجه ميت". سمية بيدوح، المرجع نفسه، ص 50.

[4] أنظر، المواد، 844 وما يليها من القانون المدني.

[5] وفي هذا يقول القديس توماس الأكويني: "إن للإنسان على الجسد حق الانتفاع فقط وأن ملكية الرقبة لله، لذلك وجب على الإنسان المحافظة عليه بالصورة التي تلقاها من عند الله". مقتبس من، سمية بيدوح، المرجع السابق، ص 48.

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

في حين ذهبت نظرية أخرى للقول بأن جسم الإنسان مملوك ملكية مشتركة بين الفرد والمجتمع، إلا أن أنصار هذا الرأي اختلفوا فيما يخص الحد الفاصل بين جانبي الحق، فمنهم من أخذ بفكرة المصلحة الاجتماعية ومنهم من أخذ بفكرة الوظيفة الاجتماعية، وعليه إذا كانت المصلحة التي يحميها القانون مباشرة وكان التصرف المراد إجراءه يشكل خطورة كبيرة على سلامة الجسم، فإنه في هذه الحالة يكون غير مشروعا ولا يجوز له إجراءه لأنه يمس بحق المجتمع. أما إذا كانت المصلحة غير مباشرة ولا يؤدي التصرف إلى ضرر كبير بالسلامة الجسدية، فيكون جائزا بشرط الموافقة المسبقة[2]. وقد ينظر إلى تصرف الشخص على جسمه بمعيار درجة الإنقاص من صلاحية الإنسان للقيام بوظيفته داخل المجتمع، فإذا كان التصرف له جانب فردي مثل التبرع بالدم الذي لا يؤدي إلى الإخلال بالوظيفة الاجتماعية فإنه يكون مباحا. لكن أعيب على هذه النظرية أيضا عدم دقتها وصعوبة تطبيقها من الناحية العملية، بحيث بصعب التفريق بين ما هو مملوك للفرد وما هو مملوك للمجتمع[3].

لكن أغلب الفقه يرى أن العلاقة التي تجمع الشخص بجسده لا ينظر إليها من جانب الحقوق المالية وإنما من جانب حقوق الشخصية، وذلك بسبب سمو ورفعة الإنسان وعدم إمكانية فصل الجسد عن الشخصية، حيث ينظر إلى العلاقة التي تجمع الشخص بجسده من جانب الحق في السلامة البدينة، وأن الحق في السلامة لجسدية يعتبر من بين حقوق اللصيقة بالشخصية، كما أن ذلك الحق ليس مطلقا وإنما ترد عليه قيود تتعلق بالمصلحة العامة، فلا يجوز للشخص التصرف في جسمه كما يشاء[4].

---

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

[2] وينظر إلى ذلك، حسب المصلحة التي يحميها القانون فيما إذا كانت مصلحة مباشرة أو غير مباشرة. وتكون المصلحة مباشرة إذا كان التصرف المراد إجراءه يشكل خطورة كبيرة على سلامة الجسم، فإنه في هذه الحالة يكون غير مشروعا ولا يجوز له إجراءه لأنه يمس بحق المجتمع. أما إذا كانت المصلحة غير مباشرة ولا يؤدي التصرف إلى ضرر كبير بالسلامة الجسدية فيكون جائزا شرط توافر الرضا، رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 19.

[3] صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 160.

[4] تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، المرجع السابق، ص 69.

2- موقف القضاء من التشويه الإرادي للجسم.

يلجئ الأشخاص إلى التشويه الإرادي للجسم لعدة أسباب نفسية وثقافية واجتماعية، ويحاول القضاء الموازنة بين الاعتراف لحق الشخص في التصرف في جسمه من جهة واحترام كرامة الإنسان والمحافظة على النظام العام والآداب العامة من جهة أخرى[1]. لهذا اهتدت المحاكم إلى تلك المعايير في منع انتهاك حصانة الجسم بإيذائه حتى لو كانت بإرادة الضحية، وكان القضاء الفرنسي مثلا يستند إلى نص المادتين 1128[2] و1131 من القانون المدني[3]، لترتيب البطلان على كل التزام يكون سببه غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة. وفي هذا الإطار، قضت محكمة المرافعات الكبرى بباريس بأن عملية الوشم على جسد قاصر بناء على اتفاق بينه وبين منتج الفيلم، الذي بموجبه يمكن القاصر المنتج من الحصول على صور له وهو عاري الجسد، مع ظهور الوشم بدبره نظير مبلغ مالي يعد غير مشروع لانتهاكه حصانة الجسم ومخالفته للآداب العامة[4]. وقضت محكمة النقض المصرية بقيام جريمة الجرح المفضي إلى عاهة مستديمة في حق الطبيب الذي قام بإجراء عملية ببتر عضو من جسم الضحية بقصد تخليصه من أداء الخدمة العسكرية، ولو أن العملية تمت برضا هذا الأخير[5]. كما قضت محكمة المرافعة الكبرى بالسين بأن التغييرات الاصطناعية بالجسم البشري يمكن أن تشكل مساس بالسلامة البدنية يعاقب عليها القانون[6].

وطرحت على المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان موضوع حرية الفرد في إحداث تشوهات بجسمه والضوابط الأخلاقية التي يتعين مراعاتها لحماية سلامة الأشخاص البدنية، وهذا عندما نظرت في مدى مطابقة بعض الممارسات السادية الماشوزية Pratiques sadomasochistes لمبدأ الحرية

---

[1] لا توجد أحكام قانونية صريحة تجيز أو تمنع الشخص من التصرف في جسمه، ما عدى بعض الأحكام المرتبطة بالأعمال الطبية كالتبرع بالدم والأعضاء والأنسجة وإجراء التجارب العلمية، ومن بين الأحكام القانونية الصريحة التي تعاقب صراحة على التشويه الإرادي للجسم ما ورد في قانون القضاء العسكري، حيث يعاقب جزائيا الشخص الذي يقوم عمدا ببتر أحد الأعضاء بنية التهرب من واجب الخدمة العسكرية. الأمر 71 – 28 المؤرخ في 1971/04/22 المتضمن قانون القضاء العسكري، (ج.ر 38).

[2] المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي، تقابلها المادة 682 من القانون المدني الجزائري.

[3] المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي، تقابلها المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

[4] TGI. Paris 3 juin 1969, D. 1970. 136, note J. P. ; Gaz. Pal. 1969, 2, 57, note A. T. ; RTD civ., 1970, 347, obs. Y. Loussouarn.

[5] محكمة النقض المصرية، بتاريخ 1974/03/11، أشار إليه، محمد القبلاوى، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص 30.

[6] TGI. Seine, 18 janv. 1965, *JCP,* 1965, II, 14 421, concl. Fabre.

الجنسية[1]. وقد ورد في قرار المحكمة بأن قضاة الموضوع عندما أدانوا الأشخاص الذين قاموا بإلحاق الأذى الجسدي لبعضهم أثناء إقدامهم على ممارسات جنسية ماشوزية عن جريمة الضرب والجرح العمد، لم يخرقوا الأحكام المنصوص عليها في المادة 08 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، التي تحمي الحياة الخاصة للأفراد، وتوصلت أيضا بأن الدولة لم تخرق هامش التقدير المخول لها من أجل حماية مواطنيها من مخاطر التعرض للإصابات الجسمانية أو إحداث الجروح[2]. رغم إقرار المحكمة في مواضع أخرى بأن القانون الجزائي لا يجب أن يتدخل في العلاقات الجنسية التي تعد من الحريات الفردية، باستثناء الحالات التي لا يتم فيها احترام إرادة الضحية وحقها في الاختيار مع مراعاة حق الشخص في الطريقة التي تمكنه من إشباع رغبته الجنسية[3].

والواضح أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لم ترغب في الذهاب بعيدا للإقرار بمشروعية بعض الممارسات الشاذة التي تلحق الأذى بالسلامة البدنية على أساس موافقة الشخص الذي يخضع لها وسلطته على أن يفعل ما يشاء بجسمه، وقد رفضت إدانة الدول على أساس استقلالية الفرد في اتخاذ القرارات وحرية الإرادة. لكن الفقه عندما انتقد الحل الذي توصلت إليه المحكمة في تبرير موقفها، فضل التأسيس على مبدأ احترام الكرامة الإنسانية، لاسيما إذا كانت الآلام والتشوهات الجسمانية غير جسيمة لكنها تمس بقيمة الإنسان[4].

---

[1] عمليات تعذيب الذات منتشرة في كل المجتمعات البدائية مثل المتحضرة، وأن الحد بين ما هو مقبول وبين ما هو شاذ يصعب تحديده ويختلف حسب المجتمعات والثقافات. وهناك علاقة بين الجنس والتعذيب، ويصنف علماء النفس ظاهرة التعذيب للوصول إلى الشهوة الجنسية ضمن الأمراض النفسية، ومن أهم الانحرافات الجنسية العروفة:

أ. السادية: ويتميز هذا الاضطراب في السلوك الجنسي بالحصول على اللذة الجنسية من خلال إيقاع الألم البدني أو النفسي على الشخص الآخر أو الشريك، وذلك للحصول على الإثارة الجنسية. والسادية تشجع على الاغتصاب والإقدام على الجريمة.

ب. المازوخية الجنسية: فتعني الحصول على اللذة الجنسية من خلال الإحساس بالألم، وإيقاع القسوة على الذات بالإهانة أو الضرب. لأكثر تفاصيل، أنظر، أحمد محمد الزغبي، أسس علم النفس الجنائي، سلسلة المكتبة التربوية، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 141.

[2] Des juges du fond peuvent condamner des individus pour coups et blessures infligés entre adultes consentants dans le cadre de pratiques sado-masochistes, nonobstant les dispositions de l'art. 8 Conv. EDH sur le respect de la vie privée, l'État n'outrepassant pas sa marge d'appréciation en protégeant ses citoyens d'un risque réel de dommages corporels ou de blessures. CEDH 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, D. 1998, 97, note J.-M. Larralde ; RSC, 1998, 385, obs. R. Koering-Joulin.

[3] CEDH sect. I, 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*: D. 2006. Pan. 1206, obs. Galloux; JCP 2005. I. 159, n° 12, obs. Sudre; RTD civ. 2005, 341, obs. Marguénaud.

[4] V. FABRE-MAGNAN Muriel, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*, D, 2005, p. 2973.

ثانيا: الاستناد إلى العوامل النفسية لتبرير إجراء العمليات التحسينية.

يعاني الكثير من الأشخاص الذين يلجون إلى الجراحة التجميلية من مشكل نفسي يتمثل في البحث عن الكمال، ولديهم شعور دائم بالنقص أو أنهم مصابين باضطراب التشوه الوهمي للجسد[1]، مما يجعلهم يركضون دون هوادة وراء عمليات التجميل وينفقون أموالا باهظة بغرض الظهور بمظهر معين أو التخلص من الكآبة والعزلة الاجتماعية التي يعود السبب فيها إلى قبح الجسد[2]. لكن بعض الممارسات الطبية لم تكتف عند هذا الحد بل تجاوزت جميع الحدود الأخلاقية إلى حد أصبح فيه البعض يتشبه بالحيوانات كالخنازير وما شابهها، بداعي احترام رغبتهم في تغيير الصورة البدنية، وهو ما يعد إهدارا لكرامة الإنسان التي تقتضي الحفاظ على الصورة الطبيعية[3]. وعلى العموم، فإن المواقف حول العمليات التحسينية انقسمت إلى اتجاهين رافض ومؤيد لها.

1- الموقف الرافض لإجراء العمليات الجراحية التحسينية.

لم يكن القضاء الفرنسي في بداية القرن العشرين يقر بمشروعية الأعمال الجراحية التي لا تحقق أغراض علاجية، استنادا إلى القاعدة الأخلاقية والدينية التي مفادها أنه لا يمكن تغيير خلقة الإنسان التي هي من صنع الله، واعتبرت الأعمال الطبية التي تسعى إلى تحقيق أهداف جمالية محضة مخالفة للنظام العام، ولو تمت برغبة من الشخص الخاضع للعملية وإرادته الحرة[4]. وزيادة على ذلك كان القضاء يحمل الأطباء المسئولية عن النتائج الضارة حتى في حالة إتباع الأصول العلمية المتعارف عليها في مجال الجراحة. ومن جهة أخرى، كان القضاء يلزم الأطباء بعدم الانسياق وراء الرغبات والأهواء الشخصية[5]، وقد ظهر ذلك خاصة في قرار قديم لمحكمة النقض التي أوضحت فيه بأنه لا يمكن إجراء

---

[1] يقصد باضطراب التشوه الوهمي للجسد بأنه اضطراب نفسي يتميز بوجود انشغال زائد عن الحد بتخيل عيب شكلي أو حتى عند تضخيم بعض العيوب الموجودة في الجسد مما يدفع الشخص بالانزواء والتعطل عن حياته الاجتماعية. عبد الحفيظ خوجة، وسواس الجمال القهري، جريدة الشرق الأوسط، 2006/09/14، عدد 10152.

[2] يتم ذلك عادة بطلب من المرء الذي يكون غير راض عن صورته الجسدية إلى جراح التجميل، الذي يقدم له النصائح المتعلقة بمدى فعالية هذه الجراحة وبمدى أمانها أيضا. ويبصره بالتوقعات المنطقية والواقعية فيما يخص النتائج التي تستطيع الجراحة التجميلية تحقيقها. وعليه أن يفهم أيضا المخاطر والمضاعفات المحتملة.

[3] En définissant par le décret n° 2005-776 du 11 juillet 2005 la "chirurgie esthétique" comme "les actes chirurgicaux tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice".

[4] ARNOUX Irma, op. cit., p. 254.

[5] Trib. Civil, la Seine 25 février 1929, G.P. 1929, « le fait même d'avoir pratiqué une opération comportant des risques d'une réelle gravité sur un membre saint dans le seul but d'en corriger la ligne et sans que cette opération soit imposée par une nécessité thérapeutique ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opéré constitue à lui seul une faute de nature à engager la responsabilité du chirurgien » ; Trib. Civil de Lyon 3 janvier 1936, D. 1939, p. 127 – 128.

العمل الطبي سوى لعلاج المريض[1]. واعتبرت محكمة استئناف باريس بأن رغبة الشخص لا تكفي لتبرير العملية الجراحية التجميلية[2]. وقد واصلت محكمة النقض فيما بعد تحميل الأطباء الجراحة التقويمية المسؤولية عن الأخطاء الطبية التي يرتكبونها لكن دون التطرق لمدى شرعيتها العمل الطبي في حد ذاته[3].

ومن الناحية الشرعية، اتخذ أغلب الفقه الإسلامي موقفا رافضا للجراحة التحسينية ورفضوا الاعتداد برغبة وإرادة المرء فقط في إحداث التغييرات على صورة الجسم بل يتعين توافر مجموعة من الأحكام الشرعية من أبرزها ألا يكون في الجراحة تغيير لخلق الله تعالى أي إحداث تغيير دائم في خلقة معهودة. ويشمل ذلك تغيير الجسم أو بعض أعضائه لطلب زيادة الحسن أو التنكر أو التعذيب، وألا يكون في الجراحة غش أو تدليس بإظهار الشخص بخلاف واقعه، وألا يكون في الجراحة تشبه الرجال بالنساء أو العكس، وألا يترتب على الجراحة ضرر أو تشويه أشد من الضرر أو التشويه المراد علاجه أو إزالته[4].

ولخص مجمع الفقه الإسلامي المذكور أعلاه الضوابط الشرعية للجراحة التي لا يجب أن تكون مخالفة للنصوص الشرعية، وذلك مثل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله بن مسعود: "لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنامصات والمتنمصات، والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله"، وحديث ابن عباس: "لعنت الواصلة والمستوصلة، والنامصة والمتنمصة، والواشمة والمستوشمة من غير داء". ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن تشبه النساء بالرجال، والرجال بالنساء. وكذلك نصوص النهي عن التشبه بالأقوام الأخرى أو أهل الفجور والمعاصي. وان تراعى في الجراحة قواعد التداوي وخلص المجلس بأنه لا يجوز إجراء جراحة التجميل التحسينية التي لا تدخل في العلاج الطبي، ويقصد منها تغيير خلقة الإنسان السوية تبعا للهوى والرغبات بالتقليد للآخرين، مثل عمليات تغيير شكل الوجه للظهور بمظهر

---

[1] Cass. Civ. 20 n° 1920, G.P. 1921, 1er.

[2] La Cour d'Appel de Paris avait proclamé le devoir du médecin de refuser son concours à la cliente qui sollicite une intervention dans le seul but de faire disparaitre une imperfection. CA Paris, 22 Javier 1913, D. 1913, 2, 73; G.P. 1913, 1, p. 260.

[3] Civ. 1er, 22 sept. 1981, n° 80-16.256, Bull. civ., I, n° 268; Civ. 1er, 17 nov. 1969, n° 68-12, 225, Bull. civ., I, n° 347.

[4] إن تغيير صورة الجسم تتصادم مع فلسفة القرآن الذي يؤكد في آيات عدّة على كمال خلق الله نذكر منها: قوله تعالى: ﴿وَخَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ فَقَدَّرَهُ تَقْدِيرًا﴾، سورة الفرقان، الآية 02. وقول أيضا: ﴿فَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا﴾، سورة المؤمنون، الآية 115. وقال عز وجل في كتابه الكريم: ﴿فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾، سورة الروم، الآية 30. وجاء في القرآن الكريم أيضا: ﴿وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ﴾، سورة غافر، الآية 40. وقال الله جل شأنه: ﴿وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ﴾، سورة التغابن، الآية 64. وقال أيضا في سورة آل عمران: ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ﴾، الآية 06. كما جاء في قوله الكريم: ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾. سورة التين، الآية 04. إلى غير ذلك من الآيات الكريمة.

معين، أو بقصد التدليس وتضليل العدالة، وتغيير شكل الأنف، وتكبير أو تصغير الشفاه، وتغيير شكل العينين، وتكبير الوجنات، ولا يجوز إزالة التجاعيد بالجراحة أو الحقن ما لم تكن حالة مرضية[1].

2- الموقف المؤيد لإجراء العمليات الجراحية التحسينية.

أمام التطورات التي عرفتها الجراحة التحسينية وانتشارها بشكل متسارع، بدا القضاء والقوانين في الدول الغربية تقر تدريجيا بحق الشخص في أحداث تحسينات على شكله، لكي يظهر بمظهر أكثر جمالا ما يحقق السعادة والراحة للإنسان. وقد بدأت بوادر تلك التحولات تظهر بفرنسا من خلال قرار محكمة استئناف ليون الصادر بتاريخ 1935/05/27 الذي جاء فيه بأن: "التوازن الداخلي للشخص يعوض على المستوى القانوني الدافع العلاجي المحض". كما صدر قرار عن محكمة استئناف باريس يقضي بمنح التعويض عن الضرر الناتج عن عملية جراحية مهما كان نوع العملية التي أجريت، ومهما كان الغرض الذي قصد منها. ولا يعتبر خطأ مرتبا للمسؤولية مجرد قيام الجراح بإجراء عملية جراحية قد تعرض للخطر الشديد عضوا سليما وذلك بقصد تعديله، ودون أن يكون من وراء هذه العملية أي فائدة خاصة لمصلحة من أجريت له[2].واعتراف القضاء صراحة بالعوامل النفسية للشخص الخاضع للعملية

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي العالمي، المؤرخ في 2007/07/14.

[2] تتلخص وقائع تلك القضية في أن عارضت أزياء كانت تعاني من تضخم في إحدى ساقيها، فقررت إزالة ذلك العيب وإعادة التوازن إلى ساقيها للحفاظ على جمالها، أين ذهبت إلى طبيب مختص في الغدد وبعد إجراء الفحوصات اللازمة نصحها بالعدول عن إتباع أي علاج من هذا الشأن، لأنه يؤثر على صحتها في المستقبل وكذا سلامتها الجسدية، وبعد إلحاح منها تم توجيهها إلى طبيب جراح مختص في عمليات التجميل وبعد تردد قرر هذا الأخير إجراء العملية، غير أن العملية لم تكلل بالنجاح وعجز الطبيب عن خياطة الجروح الناجمة عن العملية بسبب طبيعة الأنسجة، واستحال بالتالي إنقاذها فقرر الطبيب بتر ساقها. إثر ذلك قامت السيدة برفع دعوى قضائية ضد الطبيب الذي أجرى لها العملية، فقررت محكمة السين بمسؤولية هذا الأخير كما اعتبرت التدخل الجراحي في حد ذاته غير مشروع لأنه انصب على عضو سليم من أعضاء الجسم ولم يكن هدفه علاجي وإنما تصحيح تشوه جسماني دون ضرورة. كما أن التدخل ينطوي على مخاطر كبيرة بالمقارنة من النتائج المرجوة منه، ومن جانب آخر رفضت المحكمة تعيين خبير من أجل تقدير الخطأ الفني للطبيب، واعتبرت أن الخطأ ثابت من خلال تطبيب القواعد العامة التي تحكم إباحة العمل الطبي. وبعد استئناف الحكم قررت محكمة الاستئناف بباريس تأييد الحكم المستأنف فيه، غير أن التسبب كان مغايرا إذا جاء فيه أنه: "حتى يباشر عملا جراحيا سواء بقصد العلاج أو التجميل، يتعين الطبيب أن ينبه المريض قبل إجراء التدخل الجراحي إلى ما ينطوي عليه هذا التدخل من مخاطر، حتى يكون رضائه بها عن علم بحقيقة الأمر". كما رفضت المحكمة هي الأخرى تعيين خبير واعتبرت أن: "ذلك غير ضروري ما دام أن الطبيب اعترف بأن الهدف من العملية لم يكن تخفيف ألم المريضة أو لعلاج علة مرضية محددة. كما أقر أيضا أن الجراحة لم تجرى لتصحيح تشوه خلقي جسيم ولكنها أجريت فقط لتحقيق التناسق بين ساقي المريضة، ولذلك فإن مجرد إجراء عملية تنطوي على هذه المخاطر البالغة تجسد خطورة حقيقية على عضو سليم من أعضاء الجسم لمجرد تصحيح عيب جمالي دون هدف علاجي ذا منفعة لمصلحة المريض، هذا التدخل الجراحي في حد ذاته يكون خطأ من شأنه انعقاد مسؤولية طبيب الجراحة التجميلية، وأن هذا الخطأ يستنبط من مجرد تطبيق القواعد العامة دون التعرض للاعتبارات المتعلقة بالأصول الطبية أو بأعمال الخبرة

لتبرير هذه العمليات الجراحية، ثم طور نظام المسؤولية الناتجة عن الأخطاء الطبية وتحديد التزامات الطبيب، موضحا بأنه التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، مع التشدد في تبصير الشخص المقبل على إجراء العملية كحماية إضافية لإرادته بالمقارنة مع باقي العمليات الجراحية[1].

لكن التشريع الفرنسي لم يواكب في البداية تلك التطورات، ولم ينظم إجراء العمليات الجراحية التحسينية، وقد أغفلت القوانين المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا سنة 1994 تناول الموضوع رغم أن عمليات تحسين المظهر يمكن أن تصطدم بأحكام بالمادة 16 – 3 من القانون المدني، وانتظر المشرع الفرنسي إلى غاية صدور القانون المؤرخ في 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، حيث أضاف قسم في قانون الصحة العمومية مخصص للجراحة التجميلية، تماشيا مع التطورات الكبيرة التي عرفها هذا النوع من الجراحة، وتعتبر المرأة الأولى التي تكون فيها هذا التخصص تحت إطار قانوني منظم يضمن السلامة الصحية وحماية حقوق الشخص الخاضع للعملية – المستهلك –، وبموجب هذا القانون تم استبدال مصطلح الغرض العلاجي بالغرض الطبي ليشمل أكبر عدد من الأعمال الطبية بما في ذلك العمليات التي لا تدخل ضمن الصحة الجسدية للشخص[2].

ولا يخفى هنا التنويه بالجدال القوي الدائر بين المهتمين في مجال الصحة بشأن تطبيق مفهوم الصحة على الحالة العقلية أو النفسية أو اقتصارها على الاعتلال أو المرض البدني. فثمة قبول عام بأن الكثير من أشكال السلوك والظواهر النفسية تندرج تحت مظلة الصحة، والواقع أن الصحة النفسية تمثل قطاعا رئيسيا من تقديم الرعاية الصحية. لهذا عرفت منظمة الصحة العالمية الصحة بأنها حالة من السلامة البدنية والعقلية والاجتماعية السليمة تماما وليس مجرد غياب المرض أو العجز، حيث يمكن استخدام نطاق أوسع من أمثلة الأنشطة العلاجية السليمة لبيان مدى ضيق أي تعريف للمنافع الصحية على أساس المرض. وفي الوقت نفسه، كثيرا ما ينتقد تعريف منظمة الصحة العالمية لكونه فضفاضا

الفنية"، قرار محكمة استئناف باريس مؤرخ في 1931/03/12 أشار إليه، أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافية للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 328.

[1] Dans un arrêt du 8 janvier 1981, la cour d'appel de Lyon avait estimé que « le chirurgien esthéticien doit, plus que tout autre, informer très exactement son client de tous les risques inhérents à l'opération qu'il conseille et des séquelles pouvant en résulter […], le devoir d'information ne cessant pas avec l'achèvement de l'acte opératoire » ; et dans un autre arrêt du 13 janvier 1959, la cour d'appel de Paris a considéré que cette obligation particulière d'information devait conduire le praticien à refuser certaines interventions au regard des risques encourus ; dans un arrêt du 17 février 1998, la Cour de cassation a imposé au chirurgien d'informer son patient sur les risques graves de l'intervention ainsi que sur tous les inconvénients qui pourraient en résulter. Dans le même ordre d'idées, la cour d'appel de Paris a rappelé, dans un arrêt du 1er octobre 1998, la nécessité pour le chirurgien esthétique d'informer son patient sur les difficultés de cicatrisation et la survenance de complications postopératoires, et, dans un arrêt du 2 avril 1999, de préciser à son patient toutes les circonstances liées à la cicatrisation d'un lifting et notamment sa durée.

[2] CORMIER Christine, op. cit., p. 724.

بدرجة كبيرة، فهو يشمل حالات كثيرة لا تتصل بالمرض ويمكن أن توسع نطاق عمل الأطباء، ومن المؤكد أن هذا التعريف يراعي اتساع مفهوم الصحة إلى ما وراء الحدود التي تفرضها التصورات المتصلة بالمرض وباختلال الوظائف الفسيولوجية، وهو ما يأخذ مأخذ الجد البعدين النفسي والاجتماعي[1].

ويبدوا أن محكمة النقض الفرنسية سايرت هذه الأفكار المستحدثة في مجال الصحة وحاولت تطبيقها في الجراحة التحسينية، وقد ظهر ذلك في قرار صدر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2014/02/05 الذي أكد بأن الأعمال الجراحية التجميلية الصرفة التي يتم إجرائها وفقا للشروط المشار إليها في المادتين L. 6322-1 et L. 6322-2 من قانون الصحة العمومية، وكذلك العمليات الطبية التحضيرية لها تدخل جميعها ضمن نطاق الرعاية الصحية المنصوص عليها في المادة L. 1142-1 من ذات القانون، وبذلك تشملها تغطية الضمان الاجتماعي[2] .

وبخصوص الحدود التي يمكن أن تتوقف عندما رغبة الشخص وإرادته في إحداث التغييرات بالصورة البدنية، فيجب أن يتم الأخذ بعين الاعتبار أحد المبادئ الأخلاقية المهمة في أخلاقيات الطب وهو "قبل كل شيء لا تتسبب في ضرر". ولا تزال هذه الفكرة مستخدمة كمبدأ أخلاقي مهم في مجال الرعاية الصحية المعاصرة. ومن ثمة يتعين على جراح التجميل تحديد أوجه الضرر وتجنبها ولا يقتصر ذلك على عدم إلحاق الأذى بسلامة الشخص، وإنما الحفاظ على مظهر الكائن البشري، وهو الضابط الرئيسي الذي يحدد حجم التغييرات التي يمكن أن يجريها الطبيب على جسم الإنسان، التي لا يجب أن تخرج عن الطبيعة البشرية، وألا تنحرف عن طابعها الجمالي المحض تجنبا لأية إنزلاقات أخلاقية خطيرة تمس بكرامة الإنسان.

3- موقف المشرع الجزائري.

لم يتطرق المشرع بشكل صريح للجراحة التحسينية، ولم يبين موقفه حيال إمكانية الشخص اللجوء لهذا النوع من الجراحة أو الحدود التي مكن للشخص بإجراء التحسينات على جسمه، ما عدى

---

[1] حول المفاهيم الجديدة للصحة، أنظر، عادل يحي، المرجع السابق، ص 32؛ اليونسكو، المنهاج العام لتعليم أخلاقيات البيولوجيا، المرجع السابق، ص 23.

[2] Les actes de chirurgie esthétique, quand ils sont réalisés dans les conditions prévues aux art. L. 6322-1 et L. 6322-2, ainsi que les actes médicaux qui leur sont préparatoires, constituent des actes de soins au sens de l'art. L. 1142-1 CSP. Civ. 1re, 5 févr. 2014, no 12-29.140: *D. 2014. 697, note Porchy-Simon; JDSAM 2014, no 2, p. 70, note Bacache; RCA mai 2014. Comm. 166, note Hocquet-Berg ; RTD civ., 2014, 394, note Jourdain.* Les actes à finalité esthétique ont toutefois été exclus de la solidarité nationale par la L. no 2014-1554 du 22 déc. 2014, de financement de la sécurité sociale pour 2015.

الأحكام العامة الواردة في قانون العقوبات وقانون حماية الصحة العمومية وترقيتها المرتبطة بشرط الغرض العلاجي لتبرير الأعمال الجراحية المنصبة على الجسم، ورضا المريض. كما أن مشروع قانون الصحة جاء خاليا من أية أحكام تنظم الجراحة التجميلية، وحسب تصريح رئيس عمادة الأطباء فإن هذا التخصص من الطب غير معترف به من الناحية الأكاديمية بالجزائر، وأن وزارة الصحة لا تمنح تراخيص من أجل فتح عيادات، رغم انتشار العيادات الخاصة التي تمارسه الجراحة التجميلية فعليا، ووجود الإشهار لها في وسائل الإعلام، وأن الكثير من أنشطة الجراحة التجميلية تنشط حاليا تحت غطاء تخصصات أخرى، بما فيها الجراحات الترميمية أو أمراض الجلد التي تملك ترخيص من وزارة الصحة بفتح عيادات بالطب والجراحة التكميلية أو الترميمية[1].

وفي هذا يمكن القول بأن أية محاولة لتنظيم المسألة يجب أن تراعى فيها المحاذير الشرعية وأن يؤخذ بعين الاعتبار الأمن والسلامة الصحية، هذا لأن الأشخاص العاديين الذين يحبذون إجراء عمليات تجميلية إما أنهم لا يعانون من أية أمراض عضوية وأن دوافعهم غريزية تتمثل في حب التزين أو أنهم يعانون حقيقة من مرض نفسي يتجسد في البحث عن الكمال أو لديهم وسواس حول شعورهم بوجود عيوب في مظهرهم الخارجي، حيث يمكن أن يكون علاجهم بسيط وهو إخضاعهم لتأهيل نفسي أما العبث بصورة الإنسان فيعد أمرا غير مقبول أخلاقيا ودينيا لتعارضه مع كرامة الإنسان.

المطلب الثاني
جراحة تغيير الجنس

لم يتوقف الأطباء عند حد تغيير الصورة الفسيولوجية للشخص بهدف إشباع رغبات الناس في التزين وتحسين الصورة الجمالية للجسم، بل تعدوا ذلك إلى تغيير الأعضاء الجنسية للإنسان فيما أصبح يعرف بعمليات تغيير الجنس أو تحويله. وتؤدي هذه العمليات حتما إلى تبديل حالة الشخص البيولوجية من ذكر إلى أنثى أو العكس. وقد أثارت هذه العمليات الجراحية جدلا واسعا حول أخلاقيتها وجدواها من المنظور الطبي، وأعادت طرح الإشكاليات الفلسفية والسيكولوجية والاجتماعية المرتبطة بالهوية الجنسية للإنسان. أما من الناحية القانونية، فقد ترتب على عمليات التحول الجنسي مشاكل عويصة تتعلق بحالة الأشخاص المدنية ونظام الزواج والحريات الفردية واحترام الجسم البشري، انقسمت الآراء حول مشروعيتها بين مؤيد ومعارض.

[1] أنظر، جريدة المسار العربي، بتاريخ 2011/02/05؛ جريدة الحياة، بتاريخ 2015/03/11.

الفرع الأول
إشكالية الهوية الجنسية

من المعروف أن تباين الجنس البشري بين ذكر وأنثى من ضروريات الحياة، وأنه من العوامل الهامة للتكافؤ والحفاظ على النوع واستمرارية الحياة على وجه الأرض، وتجد هذه الفكرة سندها في القرآن الكريم، حيث قال تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾[1]، وتعد هذه الفكرة من أساسيات الدين المسيحي أيضا استنادا إلى قول يسوع: "لَكِنْ مِنْ بَدْءِ الْخَلِيقَةِ، ذَكَرًا وَأُنْثَى خَلَقَهُمَا اللهُ"[2]. لكن النظرة الطبيعية للاختلاف بدأت تنحصر، وبرزت تيارات فكرية حداثية تنادي بضرورة الاعتراف بجميع مكونات الهوية الجنسية للإنسان، بما فيها الجوانب النفسية والاجتماعية بدعوى استعادة التوازن الداخلي للنفس البشرية، واحترام توجهات الشخص الجنسية لتمكينه من العيش في حياة كريمة ومحترمة. لهذا يتعين أولا تحديد مفهوم الهوية الجنسية (أولا)، ثم إلى جراحة الخنوثة وتغيير الجنس (ثانيا).

أولا: مفهوم الهوية الجنسية.

الهوية الجنسية بصورة مبسطة هي أن يعرف الشخص أنه ذكر أو أنثى وينتمي لجنسه[3]، ويلاحظ بأن العلماء اهتموا بدراسة الجنس وتعرفوا على العوامل المؤثرة في هوية الإنسان الجنسية. وأثبتت الأبحاث النفسية بأن شعور الشخص بالانتماء للجنس البيولوجي لا يكون مستقرا في حياته دائما، فقد يصاب هذا الأخير باضطراب الهوية الجنسية التي تعد حالة باثولوجية ذهنية تجعل الشخص يميل إلى الجنس المضاد ويطمح في التخلص من صورته الجسدية الظاهرة. ومن الناحية القانونية، فإن للهوية الجنسية أهمية بالغة بالنسبة للحالة المدنية للشخص والتكاليف القانونية والشرعية.

1- مكونات الهوية الجنسية.

انقسمت الآراء الفكرية حول الهوية الجنسية للإنسان إلى تيارين رئيسيين، حيث تذهب المدرسة الحتمية أو البيواجتماعية إلى القول بأن الفرق بين الذكر والأنثى محكوم بقوانين الطبيعة، وهذا يكفي لتحديد مكونات الهوية الجنسية للشخص. وقد استندت هذه النظرية إلى مجموعة من البراهين

---

[1] سورة الحجرات، الآية 13.

[2] إنجيل مرقس، 10: 6

[3] فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، المجلد 19، 2013، العدد 2، ص 50.

والحجج العلمية التي تبرز الفروق بين الجنسين بما هو فسيولوجي وبيولوجي[1]. وتعززت هذه النظرية بمجموعة من التجارب العلمية التي أجراها العلماء في القرن العشرين والتي أوضحت الفوارق التشريحية بين الأجهزة التناسلية الخارجية والداخلية الذكر والأنثى. وعلى سبيل المثال، توصل عالم البيولوجيا Wilson إلى أن الكائن البشري كائن عضوي جيني خاضع لإكراهات بيولوجية، وزادت نسبة صحة الفرضية المذكورة سلفا في سبعينات القرن الماضي مع تطور العلوم الوراثية والبيولوجية التي أكدت بأن البشر يولدون كذكور أو إناث، بحيث يكون هناك تلاؤم بين الوضع الوراثي والوضع الهورموني[2]، باستثناء حالات من الأشخاص الذين يولدون باختلافات عضوية أو كروموزومية أو اختلافات في الخصائص الجنسية الثانوية، التي قد لا تحدد بشكل قاطع كذكر أو أنثى حسب المعايير المقبولة طبيا وقانونيا واجتماعيا[3].

وانتقدت هذه النظرية على أنها لم تستطع تفسير العلاقات بين الجنسين بمنطق متكامل، ولم تشر إلى الكيفية التي تبنى بها الذكورة والأنوثة اجتماعيا وثقافيا. وتبعا لذلك ظهرت المدرسة التطورية الحديثة التي رأت بأن الصيغ الذكورية والأنثوية هي صيغ تم بناءها من خلال العوائد والممارسات والوحدات التصورية الموجودة في كل مجتمع، وهي محددة بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أكثر من كونها محددة بعوامل بيولوجية. وأبرز علماء النفس والاجتماع قيمة التمايزات غير الجسدية،

---

[1] ظهرت بوادر هذه النظرية الأولى في عهد اليونان مع أرسطو، الذي رأى بأن الفرق بين الذكر والأنثى هو فرق طبيعي وبيولوجي، بحجة أن عملية التناسل قائمة على مبدأ مساهمة المرأة بالمادة "الجسد"، ومساهمة الرجل بالروح العاقلة. وحاول اليونان مع أرسطو تحديد هوية الشخص الجنسية بإبراز الفروق بين الجنسين، وتبررها بما هو فسيولوجي وبيولوجي. ثم تطورت الأبحاث الطبية في هذا المجال محاولة تدعيم النظرة البيواجتماعية، أمغار مولود، الاختلاف من الجنس إلى النوع، المناظرة القائمة بين الحتمية البيولوجية والبناء الثقافي: مناظرة الطبيعة والتنشئة، مقال منشور بمجلة الأوان الالكترونية، بتاريخ 2012/06/23.

[2] كشفت الأبحاث الطبية والبيولوجية الحديثة بأن الجنين يتشكل من اتحاد نطفة الأب وبويضة الأم، ويحتوي كل منهما 23 صبغا منها 22 صبغا جسميا، إضافة إلى صبغ جنسي واحد هو المسئول عن تحديد جنس الجنين. ففي البويضة يكون الصبغي الجنسي من نوع معين يرمز له بـ X، أما في النطفة فالصبغي الجنسي يكون إما من النوع المذكور نفسه X، أو من نوع آخر يرمز له بالرمز Y، فإذا لقحت البيوضة نطفة الصبغي الجنسي فيها من نوع X نتج المولود أنثى، وإذا كان الصبغي الجنسي في النطفة الملقحة من نوع Y خرج المولود ذكر، وكشفت الأبحاث أيضا بأن هرمون التيستسترول هو المسئول عن تحديد الصفات والسلوكات الذكورية، وأن الأستروجينات هي المسئولة عن تحديد الصفات والسلوكات الأنثوية. لمزيد من التفاصيل راجع، تمام محمد اللودعمي، الجينات البشرية وتطبيقاتها، دراسة فقهية مقارنة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى، 2011، ص 39.

[3] يعرف هؤلاء الأفراد بالمختلطين جنسيا أو الخنثى Intersexuel، والتفسير الطبي لهذه الحالة يتمثل في حمل الإنسان الأعضاء التناسلية الذكرية والأنثوية نتيجة لخلل يظهر أثناء التكوين الجنيني، ويكون على في غالب الأحيان نتيجة لخلل في الكروموسومات التي تحدد جنس الجنين أو اختلافات في الخصائص الجنسية الثانوية أو غيرها من الاختلافات. لأكثر تفاصيل حول اختلاط الجنس، راجع، وليد سعيد البياتي، حقيقة الجنين – دراسة إبستمولوجية تحليلية في شريعة الجنين عند الفقيه الكرباسي – ، بيت العلم للنابهين، بيروت، الطبعة الأولى، 2014، ص 391؛ تمام محمد اللودعمي، المرجع السابق، ص 247.

وخلصوا إلى أن مكونات الهوية الجنسية لا يمكن أن تستند إلى عوامل طبيعية أو مفروضة. وهو ما يعني بشكل مبسط أن الرجل مثلا لا يعتبر نفسه رجلا بسبب خصائصه العضوية الجنسية بل إن الفرد نفسه والمجتمع هما من يقرران فيما بعد ما إذا كان يريد أن يكون ذكرا أم أنثى. كما يرى منظرو التحول الجنسي أن التقسيمات والأدوار المنوطة بالرجل المرأة، وكذلك الفروق بينهما سببها ثقافة المجتمع وأفكاره السائدة، وبالتالي يمكن تغيير هذه الأدوار وإلغاؤها تماما[1].

أما من الناحية الشرعية، فقد ورد في القرآن الكريم خلق الله البشر على جنسين لا ثالث لهما، حيث قال تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً﴾[2]، وقال تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾[3]، وقال كذلك: ﴿فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى﴾[4] وقال أيضا: ﴿وَمَا خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى﴾[5]، وقال تعالى: ﴿فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعَتْ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَى﴾[6]، إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة، التي تفيد حصر خلق البشر في هذين الجنسين. وعليه، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قالوا بأن تحديد الجنس إنما ينبني على الأمارات والعلامات الظاهرة المنضبطة التي تصلح لبناء الأحكام والتكاليف الشرعية عليها، وحددوها حسب المتاح في زمانهم، لذا لم يختلف العلماء في تحديد جنس من اكتملت صفاته العضوية واستبان خلقه، ولم يعتبروا في ذلك شعوره النفسي لضعف دلالته حتى في حالة الخنثى المشوه خلقيا[7].

---

[1] أمغار مولود، المرجع السابق. وتوصلت أبحاثهم إلى أن الهوية الجنسية للإنسان تتكون من خمسة عناصر: الجنس البيولوجي، النوع الاجتماعي، الدور الاجتماعي، الميول الجنسي، وأخيرا السلوك الجنسي. ويتحدد الجنس البيولوجي بواسطة الجينات الوراثية والهرمونات والأعضاء الجنسية الظاهرية والباطنية. أما النوع الاجتماعي أو الجندر فيتجسد في النظرة الموضوعية لدى الذات بتعريفها فيما إذا كانت رجل أم امرأة، أين يوجد في حالات معينة تنافر بين الجنس البيولوجي والنوع الاجتماعي. أما الدور الاجتماعي فيظهر من خلال نظرة المجتمع للذات وتحديد تصرفها وسلوكها. ويعني الميول الجنسي الانجذاب الجنسي الأساسي والفطري عند المرء من الناحية الغريزية والعاطفية الحسية، ويتضمن الميول الجنسي صور مختلفة للجنسية المختلطة التي تحمل مجمل ممارسة التجارب الجنسية والعاطفية الحسية مع أفراد الجنس ومع الجنس الآخر. وبخصوص السلوك الجنسي يتمثل في العلاقات الجنسية التي تفضلها الذات وتمارسها مع الآخر، حيث يختلف السلوك الجنسي من فرد إلى آخر.

[2] سورة المائدة، الآية 04.

[3] سورة الشورى، الآية 49.

[4] سورة القيامة، الآية 39.

[5] سورة الليل، الآية 03

[6] سورة آل عمران، الآية 36.

[7] عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية، مقال منشور بمجلة المسلم الالكترونية، بتاريخ 1428/10/11 هـ، http://www.almoslim.net/

أما الديانة المسيحية، فلا تعترف بدورها بهوية النوع، لهذا انتقد بابا الفاتيكان فرنسيس في معرض حديثه حول المخاطر التي تتهدد الإنسانية في جانبها الأخلاقي، بمناسبة الزيارة التي قادته إلى أذربجان بتاريخ 2016/10/02 المناهج التعليمية الفرنسية، واتهمها

2- اضطراب الهوية الجنسية.

يشعر الإنسان في الحالات العادية بنفسه كذكر أو أنثى، ولكن هناك حالات لا يرتبط فيها شعور الإنسان بخصائصه العضوية، ولا يكون هناك توافق بين الصفات العضوية وهويته الجندرية، ويقصد باضطراب هوية النوع Transidentité التي عرفها عالم النفس الأمريكي Robert STOLLER "اعتقاد فرد سليم من الناحية البيولوجية بانتمائه إلى الجنس الآخر، ويصاحب هذا الاعتقاد عند الفرد البالغ طلب إجراء عملية جراحية وغدية لتغيير المظاهر الجسمية في اتجاه ما يتميز به الجنس الآخر"[1]. وعرفت مبادئ يوغياكارتا حول تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالتوجه الجنسي وهوية النوع، هذه الأخيرة بأنها: "تجربة النوع الاجتماعي الداخلية الفردية كما يحس بها كل شخص في

بنشر وتعليم نظرية الجندر للتلاميذ في المدارس. وقال البابا إن هذه النظرية تخالف قوانين الطبيعة والفطرة الإلهية وأنها تهدد مستقبل الأبناء والأطفال، ودعا إلى ضرورة التوعية السليمة في المدارس، كي لا تكون نظرية التحول الجنسي أساس التعليم، حيث إن ذلك يعد استعمارا إيديولوجيا ستكون له عواقب وخيمة على الأجيال الصاعدة وعلى استمرار التناسل البشري في هذا الكون. وقال البابا فرانسيس "إن صورة الله ليست في الرجل فقط بل في المرأة أيضا، وهو الذي خلقهما لبعضهما بعضا وقد تكلف بحمايتهما". وليست هذه هي المرة الأولى التي ينتقد فيها البابا نظرية التحول الجنسي ففي شهر يوليو الماضي صرح قائلا: "إن هناك من يريد تعليم الأطفال في المدارس بأن كل الناس يمكنهم اختيار وتغيير جنسهم. إننا نعيش في زمن يسعى فيه البعض إلى تدمير الإنسان كصورة لله ". ووصف البابا أن الذين يعادون مفهوم الأسرة يريدون "الفساد وإفساد قيم الطبيعة والفطرة التي خلقها الله في كل من الرجل والمرأة". وجدير بالتذكير أن بابا الفاتيكان كان قد طالب في 2015 أثناء خطاب له في الأمم المتحدة بسن قانون أخلاقي يعترف بالفوارق الطبيعية الموجودة بين الرجل والمرأة، واستنكر ما أسماه سعي بعض القوى والأطراف التي تريد فرض قيم غير أخلاقية ومنافية للطبيعة البشرية على الشعوب. وقد أثارت تصريحات البابا جدل في الأوساط السياسية الفرنسية. وادعت حينئذ وزارة التعليم الفرنسية بأن الهدف منه الحد من الصور النمطية حول الفوراق بين الرجل والمرأة، ومن أجل تعليم التلاميذ المساواة بين الجنسين. كما عبرت وزيرة التعليم عن أسفها لتصريحات البابا، وأكدت بأن المدرسة الفرنسية لا تدرس نظرية التحول الجنسي ولا تدرس قط بأنه بإمكان الطفل أن يتحول جنسيا، وفي وقت سابق كانت جمعيات ومؤسسات تعليمية كاثوليكية قد عبرت عن رفضها القاطع للبرنامج التعليمي واعتبرته سابقة خطيرة تهدف إلى نشر نظرية الجندر أو التحول الجنسي، ثم التحقت بها عدد من الجمعيات الإسلامية، كما أدان علماء اجتماع وأطباء ومدرسون البرنامج التعليمي، وتم بالمناسبة تنظيم مظاهرات تحت عنوان: "لا لتعليم نظرية التحول الجنسي لأطفالنا". مقتبس من، جريدة القدس العربي، بابا الفاتيكان ينتقد المناهج التربوية الفرنسية لتدريسها الأطفال نظرية «الجندر»، مقال منشور بتاريخ 2016/10/06.

Le Monde, *Critiques après les propos du pape sur la « théorie du genre » dans les manuels scolaires*, 03/10/2016 ; La Croix, *La mise en garde contre « la théorie du genre » du pape François*, 02/10/2016.

[1] وقد ظهر هذا المصطلح سنة 1980 في رابطة الطب النفسي الأمريكية، وصنف ضمن الاضطرابات النفسية الجنسية، ومن مجمل ما وصف به الفرد الذي يعاني من هذا الاضطراب، عدم الراحة، وعدم الرغبة في جسمه الحالي، ورغبة ملحة في التخلص من تلك الصورة والعيش كفرد من الجنس المقابل، على أن يستمر هذا الاضطراب وبصورة غير متقطعة لمدة عامين كاملين، وفي غياب أي إيهام جنسي عضوي أو اضطراب عقلي كالفصام. وفي عام 1987 تم استبدال كلمة اضطراب نفسي جنسي لتحل محلها كلمة اضطراب جنسي، وفي عام 1994 أدمج النزوع إلى تغيير الجنس ضمن اضطرابات هوية الجندر، وفيه يتماثل الفرد بقوة بالجندر الآخر. هدى كشرود، أثر علاقة الآباء والأبناء في النزوع إلى تغيير الجنس، مجلة شبكة العلوم النفسية العربية، 2007، العدد 14، ص 59.

قرارة نفسه، وهي ما قد تتفق مع النوع عند ولادته، بما في ذلك الإحساس الشخصي بجسده (وهو ما يمكن أن يشمل، لو كان حرا في اختياره، تعديلا على مظهر الجسد أو وظائفه بوسائل طبية أو جراحية أو بوسائل أخرى)، وغير ذلك من أشكال التعبير عن نوع الاجتماعي كاللباس وطريقة الكلام والسلوكيات". وبذلك تختلف هوية النوع على التوجه الجنسي التي عرفته ذات الوثيقة بأنه "استطاعة كل شخص للانجذاب العاطفي والوجداني والجنسي العميق إلى أشخاص من نوع اجتماعي آخر أو من ذات النوع الاجتماعي، أو مع أكثر من جنس واحد وإقامة علاقة حميمية وجنسية معهم"[1]. فهوية النوع ليست ثابتة إذن بالولادة، بل تؤثر فيها العوامل النفسية.

لكن الأفراد الذين تكون هويتهم الجنسية في حالة تناقض وصراع مع تلك المتعارف عليها تقليديا، لا نجد عندهم عادة الحاجة الملحة لإجراء العملية الجراحية لتحويلهم إلى النوع الآخر. وغالبا ما يبدأ هؤلاء طريقهم بممارسة التنكر اللباسي لينتهي بهم الأمر بتقبل شعورهم كمغيرين لجندرهم، وهم بالتالي في حاجة إلى هوية جديدة من الجنس المقابل. كما أن البعض منهم يبدأ تحولاته بأخذه كميات قليلة من الهرمونات ما يكفي لإظهار وتأكيد الجانب الأنثوي لديهم كالتخلص من شعر الوجه، ويمرون بعد ذلك إلى نمط من الحياة يمارسون فيه أنوثتهم فيغيرون من طريقة كلامهم وحركاتهم ويطلقون على أنفسهم أسماء أنثوية، وهم بذلك يحققون تحولهم من دون اللجوء إلى عمليات جراحية، وهو عكس ما نجده لدى من ينزعون إلى تغيير الجنس. كما يختلف النازعون إلى تغيير جنسهم من أولئك الذين يرغبون في تثبيت جنسهم وتصحيحه نتيجة اختلافات فسيولوجية بين الصفات الذكورية والأنثوية، ليصل الفرد إلى الجنس الحقيقي له في النهاية ويثبت هويته الجنسية[2].

---

[1] مبادئ يوغياكارتا حول تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالتوجه الجنسي وهوية النوع، وثيقة صادرة عن الفريق الدولي لخبراء القانون الدولي لحقوق الإنسان المعني بالتوجهات الجنسية وهوية النوع التابع للأمم المتحدة، إندونيسيا، من 06 إلى 2006/11/09.

Selon la commission française consultative des droits de l'homme le terme de « transidentité » exprime le décalage que ressentent les personnes transidentitaires entre leur sexe biologique et leur identité psychosociale ou « identité de genre ». Cette notion englobe plusieurs réalités, parmi lesquelles celle des transsexuels qui ont bénéficié d'une chirurgie ou d'un traitement hormonal de réassignation sexuelle, celle des transgenres pour lesquels l'identité de genre ne correspond pas au sexe biologique et qui n'ont pas entamé de processus médical de réassignation sexuelle ; celle enfin des queer qui refusent la caractérisation binaire homme/femme. Pour désigner l'ensemble de ces personnes, la CNCDH a choisi d'employer les termes génériques de « transidentité » et de « personnes transidentitaires », sauf quand sont cités des documents officiels (décisions de la cour de Cassation, circulaires, textes européens ou rapport de la Haute Autorité de Santé) qui emploient eux-mêmes les termes plus spécifiques de « transsexuels » ou « transgenres.« CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, Assemblée plénière du 27 juin 2013.

[2] هدى كشرود، المرجع السابق، ص 59.

ومن الناحية القانونية، يعتبر اضطراب هوية الجندر كحالة باثولوجية عقلية وأن الشخص المصاب به يعد مريضا، لهذا تم إدراج اضطراب الهوية الجنسية من طرف المنظمة العالمية للصحة ضمن التصنيف العالمي للأمراض[1]، وصنفته الجمعية الأمريكية للطب العقلي كذلك من الاضطرابات الذهنية. وفي فرنسا تم تصنيف اضطراب الهوية الجنسية ضمن الإعاقات طويلة المدة. لكن هذا التوجه بدأ في التغير، حيث ورد في مبادئ Yogyakarta حول تطبيق القوانين الدولية في مجال الانحرافات الجنسية واضطراب الهوية الجنسية بأنه: "لا يجوز اعتبار توجه الشخص الجنسي وهوية النوع في حد ذاتهما أو بسبب منهما من بين الأوضاع الصحية المرضية ولا يخضعان للعلاج أو الشفاء"[2]. أما بفرنسا فقد أصدرت وزارة الصحة بتاريخ 2009/05/18 بيان تؤكد فيه بأن التقاطع الجنسي لا يمكن اعتباره من الإعاقات الذهنية، ليتم بعدها إخطار الهيئة العليا للصحة لدراسة الموضوع تمهيدا لتبني مرسوم يحدد ما إذا الشخص المصاب بتلك الاضطرابات يستفيد من التكفل الصحي الاجتماعي[3]، وتعبه صدور المرسوم مؤرخ في 2010/02/08[4]، ورغم ذلك فإن الأكاديمية الفرنسية للطب لا تزال في تعريفها لاضطراب الهوية الجنسية تشير بأنه حالة عقلية باثولوجية[5].

3- الهوية الجنسية وحالة الشخص المدنية.

يعتبر الجنس عنصرا ضروريا لحالة الأشخاص، وترتبط الهوية الجنسية بحالة الشخص المدنية، ويلاحظ هذا في التسجيل في سجلات الحالة المدنية، أين يجب ذكر طبقا لأحكام قانون الحالة المدنية جنس المولود، وقد عالجت المادتين 49 و50 من هذا القانون تصحيح وتعديل التسجيلات، وأشارت بأنه لا يتم التعديل إلا بموجب حكم يصدره رئيس المحكمة ما لم يتم الأمر بالتصحيح الإداري للأخطاء المترتبة عن إغفال أو غلط بين. وفي حالة تغيير الجنس، فإن الأمر لا يتعلق بالتغيير الذي

---

[1] Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes, CIM-10: Chapitre V. F64.0 « Troubles de l'identité sexuelle, Il s'agit d'un désir de vivre et d'être accepté en tant que personne appartenant au sexe opposé. Ce désir s'accompagne habituellement d'un sentiment de malaise ou d'inadaptation par rapport à son sexe anatomique et du souhait de subir une intervention chirurgicale ou un traitement hormonal afin de rendre son corps aussi conforme que possible au sexe désiré. »

[2] أنظر، المبدأ الثامن عشر من مبادئ يوغياكارتا، تحت عنوان: "الحماية من الإساءة الطبية".

[3] Rapport de la Haute Autorité de Santé de novembre 2009 relatif à la situation actuelle et perspective d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France. http://www.has-sante.fr/

[4] Décret n° 2010-125 du 8 février *2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée »*, JORF, n° 0034 du 10 février 2010, p. 2398.

[5] Dictionnaire médical de l'Académie de Médecine – version 2016-1. http://dictionnaire.academie-medecine.fr/

نصت عليه المادة 49 من قانون الحالة المدنية، بل يتعلق الأمر بشخص يطلب إثبات بأنه أصبح من الجنس المضاد.

والاعتراف بهوية الجندر يؤدي إلى جعل قانون الحالة المدنية في مواجهة تركيبة الهوية الفردية المعقدة. فسجلات الحالة المدنية تهدف إلى تعريف الشخص. ولقد كان هذا التعريف من الأمور السهلة بحيث يتم بالاستناد إلى معايير حددتها الطبيعة وعرفتها مسبقا، وهي في حالة الجنس معطيات بيولوجية موضوعية. لكن على إثر المطالب الموجهة للقانون لدفعه بالأخذ بمعايير أخرى مركبة ترتكز على نظرة الفرد لنفسه وعلى تصرفاته في المجتمع ونظرة المجتمع له، فإن هذا الأخير سوف يدخل إلى دائرة الغموض والالتباس، وأمام حرج القانون في محاولات التمييز ما بين الهوية الموضوعية والهوية الذاتية، فالاستجابة لتلك المطابق سوف تؤدي إلى تكريس واقع متحول لا يقتصر على الحتمية البيولوجية المحدد عند الولادة بل يتعداه ليشمل تطور الحالة النفسية بتعقيداتها المتعددة[1].

ويتضح جليا أن المشرع الجزائري لا يزال موقفه متشددا حيال هذا الموضوع ويأخذ فقط بمعيار الجنس الوراثي أو الفوارق التشريحية لتحديد الهوية الجنسية للشخص، بما يتطابق مع فطرة الإنسان وحالته الطبيعية. ولا يوجد أي نص قانوني يفيد بالأخذ بالنظريات التي تدعم الجنس السيكولوجي أو السيكواجتماعي، ولم يحاول المشرع بالتالي الدخول في الجدل الفقهي والنظريات الفلسفية لتحديد حالة الأشخاص التي تعتبر من النظام العام، أو الأخذ بالمعايير الذاتية والمرنة في تطبيق مختلف الأحكام القانونية المرتبطة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والقواعد القانونية الأخرى التي تطبق على الرجل والمرأة.

ثانيا: تغيير طبيعة الجنس البيولوجية وتصحيحه.

يقصد بعمليات التغيير الجنسي، هي العمليات الجراحية التي تهدف إلى تغيير جنس الشخص الخاضع للعملية من ذكر إلى أنثى أو العكس، بحيث تتم هذه العمليات بتغيير الأعضاء التناسلية للشخص. وتختلف تلك العمليات عن عمليات تصحيح الجنس الذي يخضع لها الشخص المختلط الجنس. لذا سوف يتم دراسة عمليات تصحيح الجنس أولا، ثم عمليات تغيير الجنس.

[1] يمى مخلوف، تغيير الجنس في حكم قضائي جديد: احترام حق الفرد في تغيير حاله، مجلة المفكرة القانونية، بيروت، مقال منشور بتاريخ 2016/01/11، العدد 34، ص 10. http://www.legal-agenda.com/

1- عمليات تصحيح الجنس.

تجرى عمليات تصحيح الجنس بالنسبة إلى الأشخاص الذين يولدون بأعضاء تناسلية غير واضحة، بحيث لا يمكن تحديد جنسهم بسهولة عكس الأشخاص العاديين الذين يكسبون أعضاء تناسلية طبيعية. ويسمى هذا الصنف من الأشخاص بالخنثى. ويعرف الخنثى بأنه:" شخص شاذ في تكوينه لا يعرف إذا كان ذكرا أو أنثى" وقد لا يتضح أمره، إلا بعد مضي السنين وذلك بظهور علامات الرجولة أو الأنوثة، فإذا أمكن ترجيح جانب الذكورة فيه على جانب الأنوثة، اعتبر ذكرا ومثال ذلك خروج اللحية والاحتلام. أما إذا أمكن تغليب جانب الأنوثة على جانب الذكورة، اعتبر أنثى ومثالها الثدي والحيض وإمكانية الوطء.

غير أن الأمور ليست بهذه السهولة لدى بعض الأشخاص، فقد تتعقد حينما يتعذر تحديد ذكورة الشخص من أنوثته بأية علامة مميزة له. وفي هذه الحالة نكون أمام حالة الخنثى المشكل، وأن حل مشكلة هذا الشخص لا تتم إلا عن طريق التشخيص الطبي والبيولوجي والنفسي لحالته والتي يتبعها التدخل الجراحي، بحيث أصبح بالإمكان تصحيح الأعضاء التناسلية للشخص المختلط الجنس ووضع حد لمعاناته النفسية والاجتماعية[1].

وتجرى عملية التصحيح الجنسي من طرف أطباء مختصين، وتهدف إلى تعديل الأعضاء التناسلية للشخص الذي يعاني من هذه الحالة سواء كانت أعضاء داخلية أو أعضاء خارجية، وذلك تغليب سمة عضو الذكورة أو سمة عضو الأنوثة فيه بحسب الحالة، فيصبح الخنثى خاضعا لنفس الأحكام التي يخضع لها الشخص العادي من حيث تكوينه الجنسي وكذا النتائج المترتبة عن ذلك.

وبصفة عامة تكون عمليات تصحيح الجنس من العمليات الجراحية المباحة طبيا، وبالتالي فإن التدخل الجراحي لا يشكل اعتداءا على السلامة الجسدية للشخص، حتى ولو أدى إلى تبر عضو أو أكثر من الأعضاء التناسلية غير الضرورية. لأن الغرض من العملية يبقى علاجيا محضا، كونه ينصب على شخص مريض عضويا بعد إجراء بعض الفحوصات الطبية المعمقة، وكذا التحاليل البيولوجية والنفسية المسبقة من أجل الكشف عن الحقيقة الجنسية للشخص وتحديد معطياته الجسمية التي تخوله الانتماء إلى جسم معين كما يتم تصحيح هوية الشخص في عقد الحالة المدنية[2].

---

[1] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 16.

[2] المرجع نفسه، ص 33. أنظر في هذا المعنى أيضا، فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، المرجع السابق، ص 57.

2- عمليات تغيير الجنس.

تهدف عمليات التغيير الجنسي إلى تغيير الأعضاء التناسلية للشخص من أعضاء ذكرية إلى أعضاء أنثوية أو العكس. وقد ظهر هذا النوع من العمليات الجراحية مؤخرا نتيجة التطور الطبي والبيولوجي وأنه يمارس في البلدان الغربية وحتى الدول العربية. وتدخل هذه الجراحة ضمن تخصص الجراحة البلاستيكية وتجرى عادة بالطلب الملح من الشخص الذي يشعر بأنه ضحية الطبيعة، وأن جنسه المورفولوجي يختلف عن جنسه السيكولوجي، ويبحث باستمرار عن تغيير الحقيقة المخالفة لمعتقداته أي تغيير ظاهرته الجنسية، وتحسين الانخراط في النسيج الاجتماعي ولا يتحقق ذلك إلا بواسطة إجراء عدة عمليات جراحية معقدة يتم من خلالها تغيير جنسه بحسب ميولاته النفسية.

والحقيقة أن عمليات التحول الجنسي ليست من الجراحة الضرورية من الناحية الطبية على خلاف جراحة الخنوثة، لأنها لا تهدف إلى علاج حالات فسيولوجية، وأن الأشخاص الذين يلتجئون إليها ليس لديهم أي مرض خلقي أو بيولوجي أو هورموني، ولديهم أعضاء جنسية طبيعية لكنهم لا يتحملون البقاء في الجنس الذي ولدوا به. لكن البعض يعتقد أنها تشكل حلا لفئة كبيرة تعاني من مشكلات نفسية من جراء التخبط في تحديد الميول الجنسية للفرد. كما تطرح هذه الجراحة من الناحية الطبية العديد من المخاطر والمضاعفات الصحية للشخص المتحول جنسيا وبقدرته على ممارسة العلاقات الجنسية والإفرازات البولية وغيرها[1].

وتتطلب جراحة تغيير الجنس مدة زمنية طويلة من التقييم النفسي ثم العلاج بالهرمونات، وأخيرا إجراء عمليات تغيير الجنس تدريجيا. وتختلف جراحة تغيير الجنس من المرأة إلى الرجل حيث يخضع الرجل المتحول إلى عملية استئصال البويضتين، وتصغير حجم كيس الصفن، ويجري إفراغ عضو التذكير واستعمال الجلد الزائد منه لتحويله إلى مهبل، وبالإمكان زرع ثديين اصطناعيين عن طريق وضع كيس تحت الجلد في منطقة الثدي، ونفخه تدريجيا للتخلص من الشعر الزائد. ويخضع أيضا الرجال إلى عمليات جراحية تجميلية على الرقبة والوجه، لتغيير الملامح الذكورة. أما عند المرأة، تخضع هذه الأخيرة لعملية استئصال الرحم والمبيضين، واستئصال الثديين، ثم تجري زراعة عضو تناسلي ذكري باستعمال عضل من الفخذ أو الذراع، وبإمكان الرجل والمرأة الاستعانة بمدرب للصوت، لتعلم كيفية تغيير

[1] منى صبرا، التحول الجنسي واضطراب الهوية الجنسية، موقع إيلاف، حوار منشور بتاريخ 2013/09/09. http://elaph.com/Web

طبقة الصوت لكي يتناسب مع الجنس الجديد[1]. لكن إقدام منذ إقدام الأطباء على عمليات تحويل الجنس، أثير نقاش حاد حول مشروعية هذا النوع من التدخلات الجراحية على الجسم، انقسمت الآراء بشأنه.

الفرع الثاني
مشروعية التحول الجنسي

على عكس الشخص المختلط جنسيا الذي يتم علاجه عن طريق عمليات التصحيح الجنسي التي قوبلت بترحيب من قبل رجال الدين والفقهاء، بحكم أنها تهدف إلى استعادة صورة الإنسان الأصلية التي تتطابق وهويته الجنسية البيولوجية الحقيقية، اختلفت الآراء الفقهية والمواقف القضائية حول مدى شرعية عمليات تحويل الجنس، بالنظر إلى القيم المعتقدات التي تحكم كل مجتمع بين مؤيد ورافض لها.

أولا: الموقف الرافض لإجراء عملية التحول الجنسي.

يرى هذا الاتجاه أن عمليات التغيير الجنسي هي عمليات غير مشروعة من الناحية القانونية، ويتعين على الشخص المتقاطع جنسيا أن يتحمل حالته الطبيعية وجنسه مهما كانت الظروف، وإن إجراء العملية من قبل الطبيب الجراح يعد سلوكا منافيا لأخلاقيات الطب ويمس بالصورة الطبيعية للجسم البشري وكرامة الإنسان. وقد تبنى هذا الاتجاه رجال الدين وجانب من الفقه والقضاء المقارنين واستند هذا الاتجاه إلى عدة حجج أهمها:

1- المساس بسلامة الجسم.

يستند هذا الاتجاه لتبرير موقفه إلى مبدأ عدم المساس بسلامة الجسم، الذي يقتضي ببطلان أي اتفاق بين الطبيب والشخص المتقاطع جنسيا بهدف إجراء عملية التغيير الجنسي الذي يعتبر غير مشروع ومخالف للنظام العام حتى ولو تم برضاء المجني عليه، لأنه يمس بالحق في السلامة الجسدية لهذا الأخير. فعملية تحويل الجنس تؤدي بالضرورة إلى بتر أو تشويه الأعضاء التناسلية الأصلية للمجني عليه، وكذا تغييرها إلى أعضاء مخالفة للطبيعة مما يؤدي حرمان الضحية من الإنجاب، وتدخل جراحة تغيير الجنس إذن ضمن الوصف القانوني لجريمة الخصاء التي يقصد بها استئصال أو قطع عضو من الأعضاء التناسلية للإنسان بقصد حرمانه من الإنجاب سواء كان الشخص الخاضع للعملية رجلا أو

[1] منى صبرا، المرجع السابق.

امرأة، أو تدخل ضمن التكييف الجزائي لجريمة الجروح المفضية إلى بتر أحد الأعضاء أو تعطيل وظيفته أو الحرمان من استعماله أو إحداث عاهة مستديمة[1].

وجرم المشرع فعل الخصاء بموجب المادة 275 من قانون العقوبات، ويشترط القانون لقيامها توافر الركن المادي أي حصول فعل التعدي على أحد الأعضاء التناسلية للإنسان، بحيث يؤدي إلى اقتطاع ذلك العضو التكاثري، ويتحقق السلوك المجرم عن طريق التدخل الجراحي غير المبرر طبيا، ولا يهم إن كان العضو محل الاعتداء من الأعضاء التناسلية الداخلية أو الخارجية. بالإضافة إلى ذلك، فإن جريمة الخصاء هي من الجرائم العمدية يشترط فيها توافر القصد الجنائي لمرتكبها متى ثبت علمه بكافة عناصر الجريمة واتجهت إرادته في إحداث الفعل وتحقيق النتيجة المترتبة عليه المتمثلة في بتر العضو التناسلي أي حرمان المجني عليه من إمكانية الإنجاب. وتغلظ العقوبة إلى أدت الجريمة لوفاة الشخص الخاضع للعملية[2].

هذا وقد استند القضاء الفرنسي إلى مبدأ عدم المساس بحصانة الجسم البشري لإدانة الطبيب الذي أجرى عملية استبدال للأعضاء التناسلية لمريض دون مصوغات علاجية، وأكد بأن ذلك يشكل انتهاكا للسلامة البدنية للإنسان يعاقب عليه القانون. وكانت محكمة النقض الفرنسية في هذه القضية قد رفضت الطعن الذي تقدم به الطبيب المختص في جراحة الكلى والمسالك البولية ضد قرار محكمة استئناف Aix-en-Provence الذي أدانه بجريمة الجرح العمد مع سبق الإصرار نتيجة إقدامه على استئصال الجهاز التناسلي الخارجي الذكري لمريض كان يعاني من اضطراب الهوية الجنسية، رغم أن المريض كان يرغب في جعل صورة جسده تتواءم مع إحساسه بالانتماء إلى الجنس الأنثوي. لكن بعد إجراء العملية الجراحية خاب ضنه بنتائجها ثم دخل في حالة إحباط نفسي شديد، ورغم عدة محاولات لإعادة صورة جسمه الطبيعي لكنها لم تفلح الشيء الذي أدى به فيما بعد إلى الانتحار. وقد توصل قرار الإدانة بأن العملية الجراحية التي أجراها الطبيب على جسم المريض لم تكن الغاية الفعلية منها تحقيق المصلحة العلاجية للمجني عليه، وإنما بداعي الفضول العلمي، ما يجعل العمل الجراحي يخرج من دائرة الأعمال الطبية المباحة. وأوضحت الهيئة القضائية العليا بأن استخلاص توافر أركان الجريمة المتابع بها المتهم يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع. علما أن محكمة الاستئناف كانت قد رفضت إعادة

---

[1] حول جريمة الخصاء، أنظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 58.

[2] Les exemples d'application de l'article 316 du code pénal Français sont fort rares ; V. cependant, Crim. 1er sept. 1814 cité par Blanche, IV, n° 614 ; Crim. 1er mars 1929, DH 1929.301, S. 1930.1.36. Crim. 1er juill. 1937, Gaz. Pal. 1937.2.358, S. 1938.1.193, note Tortat, affaire des stérilisés de Bordeaux.
Sur les dispositions relatives à la stérilisation d'une personne handicapée, V. CE 26 sept. 2005, req. n° 248357, D. 2005. IR, 2550 ; JCP A 2005, Act. 620, obs. M.-Ch. Rouault.

تكييف الوقائع إلى جناية الخصاء، وتمسكت بتكييف الإحالة على أساس جريمة الإيذاء بالسلامة الجسدية التي تعد عقوبتها مخففة بالمقارنة مع الجريمة الأولى[1].

2- مخالفة أخلاقيات الطب.

يضيف أصحاب هذا الاتجاه بأن عملية تحويل الجنس تخالف أخلاقيات مهنة الطب، لأن الشخص المتقاطع جنسيا لا يعاني من أي مرض عضوي أو هرموني، بل له جنس مورفولوجي مميز ومحدد تماما، وأن حالته هذه لا تستدعي إجراء مثل هذه العمليات حتى لو كان الشخص يشعر بميول نفسي تجاه الجنس الأخر. فإذا انحرف الطبيب عن هذا الهدف وقام بإجراء العملية، يعد تدخله مخالف لأخلاقيات الطب[2]، ومتعارضا مع المادة 34 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب التي تحظر على الطبيب القيام بعملية بتر عضو من أعضاء جسم الإنسان إلا إذا كان الغرض من تلك العملية علاجيا، حيث نصت على أنه:"لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة وما لم تكن ثمة حالة إستعجالية أو استحالة". واقترحوا كبديل للجراحة في مثل هذه الحالات إتباع العلاج النفسي. وتبعا لذلك أكدت محكمة النقض الفرنسية بأن التغييرات المحدثة على الثديين كانت نتيجة تعاطي الأدوية الهرمونية وأن الاضطرابات العقلية المزمنة ليست مبررا كافيا لإجراء عملية التغيير الجنسي، ولا يعد ذلك مخالفة لأحكام المادة 08 و12 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان أو عدم احترام التبيان بين الجنسين[3].

وكان القضاء في تونس قد رفض صراحة الإقرار بمشروعية عملية تحويل الجنس أين ذهبت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها المؤرخ في 1993/02/08، إلى رفض دعوى المدعي تأسيسا على أن الاضطراب النفسي أدى بالمدعي إلى القيام بعملية جراحية لتغيير جنسه، وان ذلك العمل إرادي، وبموجبه وقع تغيير اصطناعي في الجسم، وكان بالإمكان تدارك ذلك بالعلاج النفسي، وان العملية الجراحية لا تؤدي إلى اكتساب المظاهر المورفولوجية للجنس المعاكس، مع الإبقاء على المقومات

---

[1] Dans les cas autorisés par la loi, le chirurgien qui pratique une intervention chirurgicale dans l'exercice normal de sa profession jouit d'une impunité légale, dans la mesure où son intervention est justifiée par un intérêt thérapeutique; mais lorsqu'un chirurgien pratique une opération qu'il sait interdite (castration d'un transsexuel), il n'est pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi, et les blessures qu'il cause à son patient, par le fait même de son intervention, sont volontaires de sa part. Aix-en-Provence, 23 avr. 1990: Gaz. Pal. 1990. 2. 575, note Doucet; JCP 1991. II. 21720, note Mémeteau; RSC 1991. 565, obs. Levasseur Confirmé par Crim. 30 mai 1991, Bull. crim., n° 232; Dr. pénal 1991, 255, obs. Véron; Gaz. Pal., 1992, 1, 17 ; RSC 1992, 74, obs. Levasseur.

[2] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص18.

[3] Cass. 1ère civ., 10 mai 1989, n° 87-17111, *Bull. Civ., I, n° 189, p. 125.*

البيولوجية والتناسلية للجنس الذي ينتمي إليه منذ ولادته. وتأيد ذلك بقرار محكمة الاستئناف الذي استند إلى القول بأن القانون التونسي لم يتعرض إلى إشكالية جواز أو عدم جواز تغيير شخص لجنسه من ذكر إلى أنثى بواسطة عملية جراحية، وأن ما قام به المستأنف لا يعتبر حالة من حالات الضرورة التي تخول له تغيير جنسه، وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته، أما والأمر خلاف ذلك، وتسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جنسه، يكون قد خالف المورث الحضاري والأخلاقي لهذه الأمة، وهو ما يعبر عنه قانونا بالنظام العام، والأخلاق الحميدة"[1].

أما في لبنان، فقد اهتدى القضاء الابتدائي إلى نفس المبررات الأخلاقية، ويتضح ذلك من خلال حكم القاضي المنفرد ببيروت بتاريخ 2014/12/03 الذي رد طلب تصحيح عقد الحالة المدنية معتبرا " أنه لا يمكن الاستجابة له في ظل الازدواج الحاصل بين قيود الأحوال الشخصية وواقع الفرد الناتج عن إرادته المنفردة"، حيث أن "العلاج الهرموني والنفسي والجراحي المتمثل بالعمليات الجراحية التي خضعت لها المستدعية بسعي وتصميم منها، لم يكن يهدف في الأساس إلى تصويب العيب الخلقي أو حالة اختلاط أو ازدواج جنسي كانت تعاني منه، لا بل أن جميع هذه العلاجات والعمليات الجراحية هي التي أدّت إلى خلق هذا الواقع الجديد المستحدث"[2].

3- التنافي مع مبدأ حظر التعامل في حالة الأشخاص.

من جانب آخر، استند الاتجاه الرافض لجراحة تحويل الجنس إلى مبدأ حظر التعامل في حالة الأشخاص، إذ أوضحوا بأن التغيير الإتفاقي للجنس يتنافى مع هذا المبدأ، وبالتالي لا يجوز تغيير أو تبديل الحالة الجنسية للشخص مهما كانت المبررات. وهذا ما ذهب إليه مثلا القضاء الفرنسي قبل أن يتراجع عن موقفه. وفي هذا الصدد قضت محكمة لانس في حكمها المؤرخ في 1965/01/18 برفض دعوى تعديل الحالة المدنية للشخص، وذلك بحجة أنه يتبين لها أن تعديل الجنس قد تم بوسائل اصطناعية، وعلى هذا فالتغيير الذي يتم عن طريق الاتفاق لا يمكن طبقا لهذا القضاء أن يؤخذ بعين الاعتبار لأن الجنس بصفته معطية طبيعية لا يمكن تغيير طبيعته[3]. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف في قرارها الصادر بتاريخ 1975/12/16 وقالت فيه أن:" مبدأ عدم جواز التصرف في حالة

---

[1] قرار محكمة استئناف تونس، بتاريخ 1993/12/22، أشار إليه، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 72.

[2] حكم أشار إليه، يمى مخلوف، المرجع السابق، ص 11.

[3] قرار أشار إليه، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص 21 و22.

الأشخاص والذي بمقتضاه يتعلق أيضا احترام النظام العام يمنع الأخذ بعين الاعتبار التغييرات الجسدية المحصول عليها بهذه الطريقة أي بطريقة الاتفاق"[1].

ورغم محاولة المحاكم مواكبة الحركية الفكرية في العالم الغربي التي كانت تنادي باحترام حقوق هذه الفئة من الأشخاص وحريتهم في تغير صورة جسدهم، ظلت محكمة النقض الفرنسية متمسكة بموقفها المتشدد ورفضت في عدة مناسبات الاعتراف بمشروعية أي عمل جراحي يؤدي إلى تغيير شكل الأعضاء التناسلية للشخص، مؤكدتا بأن التبديل الظاهري للأعضاء الجنسية الخارجية لا يغير حقيقة الجنس البيولوجي الذي يتحدد بالتركيب الصبغي للرجل أو المرأة حتى إذا تبعه علاج هرموني. ويفهم من ذلك بأن الذكورة أو الأنوثة وإن أخفيت تحت مسخ على صورة امرأة أو رجل لا تعد حجة كافية لتغيير حالة الشخص المدنية أو استبدال اسمه وهويته.

وقد ظهرت ذلك في قرارات متتابعة، ففي إحدى القضايا طلبت امرأة بتصحيح عقد الحالة المدنية بعدما أجرى لها عملية تغيير الجنس، حيث أكدت في عريضتها بأنها كانت مقتنعة تماما بالظهور في صورة مخالفة لجنسها الفسيولوجي، وأنها عانت كثيرا من حالة الإحباط النفسي. لكن محكمة النقض أوضحت بأنه لا توجد مصلحة مشروعة تسمح لتلك المرأة بإجراء تعديل في حالتها، ورأت بأن المدعية قبل إجراء العمليات الجراحية لم تكن من جنس ذكر الذي يعد المبرر الوحيد في إجراء العملية[2]. وفي قضية أخرى تتعلق هذه المرة بشخص متزوج كان قد أجرى عملية جراحية لبتر أعضائه التكاثرية تبعها تثبيت مهبل وخضوعه للعلاج الهرموني، ثم تقدم بطلب أمام المحكمة من أجل التأشير في عقد ميلاده بأنه أصبح أنثى واستبدال اسمه. وقد قبلت محكمة الموضوع طلبه مستندة إلى الخبرة الطبية التي أفادت بأن المعني يحمل السمات الذكرية والزيجات الجينية الذكرية، لكن مظهره أصبح أنثويا بعد إجرائه العملية الجراحية، كما أن تصرفاته تميل إلى الأنثى أي أصبح إنسان مختلط جنسيا. وقد توصل القرار المطعون فيه بأن تغيير حالته المدنية سوف يعكس فقط التطورات التي طرأت على شخصه، وأن الاعتراف بهويته الجنسية الجديدة تمكنه من استرجاع توازنه السيكولوجي وممارسة حياته بشكل طبيعي، لكن محكمة النقض رفضت تلك المبررات، وأشارت بأن التحول الجنسي لم يكن خارج إرادة الشخص ما يشكل خرق للأحكام القانونية[3].

---

[1] Cass. 1ère civ., 16 décembre 1975, n° 73-10615. *Bull. civ., I, n° 374, p. 312 , n° 376, p. 313 ; D. 1979, p. 397., note lindo; DS, 1976, p. 397. note J. Panneau.*

[2] Cass. 1ère civ., 30 novembre 1983, n° 82-13808. *Bull. civ. I, n° 282, p. 253; DS, 1984, p. 165, note Edelmann; JCP 1984, II, 20222, concl. Sadon, note J. Panneau.*

[3] Cass. 1ère civ., 03 mars 1987, n° 84-15691, *Bull. civ., I, n° 79, p. 59* .

ثم بدأت محكمة النقض الفرنسية تغير الأساس القانوني لقراراتها الرافضة لتغير حالة الأشخاص، معترفة ضمنيا بالمكونات الأخرى للهوية الجنسية. ففي قضية مماثلة ادعى من خلالها شخص بأن هويته الجنسية لا يمكن أن تنحصر في العناصر الجسدية بل في العوامل السيكولوجية، معيبا عدم قيام قضاة الموضوع بالتحري حول المسألة يجعل قرارهم يفتقد للأساس القانوني. غير أن محكمة النقض ذهبت هذه المرة إلى أن قضاة الموضوع عندما استنتجوا أن المعني خلافا لما ادعى لا يزال يحمل السمات الذكرية وأن وضعيته الحالية لم تكن بتأثير عوامل أخرى وإنما تمت بإرادته فقط[1]. وقد اتضح هذا التحول خاصة في قرار محكمة النقض المؤرخ في 1988/06/07 الذي أكد بأن قضاة الموضوع توصلوا إلى أن المدعية لا تزال تحمل الخصائص الوراثية والسيكولوجية والاجتماعية للأنثى، لذا فإن العاملين النفسي والاجتماعي المتذرع بهما لا يكنهما تبرير إجراء تحويل الجنس الذي يكون في هذه الحالة متعارضة مع تلك الحقيقة التي أكدتها الخبرة، وخلصت بأنه لا يوجد أي خرق للمادة 08 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[2].

4- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.

يرى أغلبية الفقه الإسلامي بأن عمليات تحويل الجنس تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ويستندون إلى عدة مبادئ شرعية أولها أن تبديل الجنس يعد تغيير لخلق الله تبارك وتعالى وتبديلا لفطرته، حيث قال تعالى مبينا فعل إبليس ببني آدم: ﴿وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيباً مَفْرُوضاً وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيّاً مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَاناً مُبِيناً﴾[3]، حيث جعل الله تبارك وتعالى تغير خلق الله من مولاة الشيطان ومن أسباب الخسران المبين. ولم يختلف الفقهاء أن خصاء بني آدم لا يحل ولا يجوز؛ لأنه مثلة وتغيير لخلق الله. بالإضافة على ذلك، فإن تبديل الجنس يخالف قاعدة عدم تشبه من الرجال بالنساء ومن النساء بالرجال، فعن حديث ابن عباس: " لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال"[4]. كما أن تبديل الجنس يفضي حتما إلى اللواط والسحاق لأن الجنس لا يتغير بتغير الظاهر حينها يكون استمتاع الرجل بالرجل المبدل جنسه من قبيل اللواط المستحق للعنة الله وسخطه لما في الحديث الذي أخرجه النسائي "لعن الله من عمل قوم لوط".

---

[1] Cass. 1ère civ., 31 mars 1987, n° 85-14176, *Bull. Civ., I, n° 116, p. 87 ; D. 1987, p. 445., note P. Jourdain; JCP 1988, II ,21000, note Agostini.*

[2] Cass. 1er civ., 07 juin 1987, n° 86-13698. *Bull. civ. I, n° 176, p. 12; Gaz. Pal. 1989, 1, p. 417, note Agostini.*

[3] سورة النساء، الآية 118.

[4] رواه البخاري (5885).

ويفضي تبديل الجنس إلى اضطراب الأحكام الشرعية وكذا مبادئ الشريعة الإسلامية المبنية على أسس الأخلاق الفاضلة، وأن مثل هذه السلوكيات تؤدي لا محالة إلى تغيير المفاهيم التي تبنى عليها الأسرة والمجتمع، وذلك أن الأحكام الشرعية مبناها الاستقرار فيحظر ما شأنه إحداث الاضطراب والفوضى في الحكم الشرعي، كما أن تبديل الجنس يعد إفساد في الأرض وهدم لمقاصد الشرع[1]. حيث قال تبارك وتعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً﴾[2]، وقال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[3]، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لا يُحِبُّ الْفَسَادَ﴾[4]، وقال أيضا: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ أَلا إِنَّهُمْ هُمُ الْمُفْسِدُونَ وَلَكِنْ لا يَشْعُرُونَ﴾[5].

وكان المجمع الفقهي الإسلامي قد نظر في مدى مطابقة عمليات تحويل الجنس لأحكام الشرع، وتوصل إلى أن الذكر الذي كملت أعضاء ذكورته، والأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلي النوع الآخر، وأن محاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة؛ لأنه تغيير لخلق الله، وقد حرم سبحانه هذا التغيير، بقوله تعالى، مخبرًا عن قول الشيطان: ﴿وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾. أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيا، بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء أكان العلاج بالجراحة، أم بالهرمونات، لأن هذا مرض، والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييرا لخلق الله عز وجل[6].

ثانيا: الموقف المؤيد لإجراء عملية التحول الجنسي.

وخلافا للاتجاه الأول، ظهر اتجاه ثاني خلال سنوات ستينيات القرن الماضي يقر بحق الشخص في تغيير جنسه. وتمخض هذا الاتجاه عن الحركية الاجتماعية والسياسية والثقافية الداعية إلى التحرر الجنسي وإلغاء التعصب المرتبط بالسلوك الجنسي، أو ما أصبح يعرف فيما بعد بالثورة الجنسية.

---

[1] عمر عبد الله حسن الشهابي، المرجع السابق.

[2] سورة النساء، الآية 01.

[3] سورة الروم، الآية 21.

[4] سورة البقرة، الآية 205.

[5] سورة البقرة، الآية 12.

[6] قرار مجمع الفقه الإسلامي، في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة الممتدة بين 1989/02/19 إلى 1989/02/26.

وعززت تلك التوجهات الدراسات النفسية والاجتماعية حول اضطراب هوية الجندر، وقد أخذت جل تشريعات الدول الغربية بهذا الموقف، بل أن تلك الأفكار بدأت تمتد حتى في قضاء الدول العربية والإسلامية[1]. ويستند هذا التوجه أيضا إلى مبادئ حقوق الإنسان، التي تشير إلى أن جميع البشر من مختلف التوجهات الجنسية وهوية النوع يولدون أحرار متساوين في الكرامة، ويحق لهم إذن التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان، أهمها مبدأ احترام الحياة الخاصة والعائلية والحق في التمتع بأعلى مستويات من الصحة والاعتراف بالشخصية القانونية وحرية التصرف في الجسم.

1- احترام الحياة الخاصة والعائلية.

وفقا لهذا الموقف، فإن شرعية عمليات التغيير الجنسي تجد أساسها القانوني في مبدأ احترام الحياة الخاصة للأشخاص، التي تعتبر من المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، وهو المبدأ الذي أسست عليه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان موقفها مستندة على نص المادتين 8 – 1 و12 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان المتعلقة بالحق في احترام الخصوصية. وهكذا قررت المحكمة في قرار صادر بتاريخ 2002/07/11 بإدانة بريطانيا بسبب رفضها تصحيح عقود الحالة المدنية في حالة التغيير الجنسي، بناء على المادة 8 – 1 السالفة الذكر[2]. وتبعت هذا الموقف محكمة النقض الفرنسية التي عدلت

---

[1] ومن التشريعات التي أجازت صراحة اللجوء إلى مثل هذه العمليات الجراحية، القانون الألماني، الإيطالي، الإسباني، البلجيكي، التركي، الهولندي، السويدي، أما في انجلترا فإن تحويل الجنس مباح بموجب اجتهاد قضائي، وفي الولايات المتحدة الأمريكية لا يوجد قانون فدرالي ينظم الموضوع لكن أغلب الولايات تجيزه.

V. Par exemple : **Allemagne** ،**Loi** du 10 Septembre 1980 sur le changement de prénom et la constatation de l'appartenance à un sexe dans des cas particuliers « loi sur les transsexuels », dite loi TSG ; **Belgique,** Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, qui modifie le code civil. Dispositions jurisprudentielles (décisions du Tribunal de Première Instance de Bruxelles des 08/01/1986) ; **Italie,** Loi n°164 du 14 avril 1982 modifiée le 3 novembre 2000 sur la « rectification de l'attribution de sexe » ; **Pays-Bas,** Loi du 21 décembre 2000 Section 13 du livre 1er du code civil, consacrée à « la décision judiciaire tendant à la modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance » (articles 28 à 28 c) ; **Royaume-Uni,** *Gender Recognition Act 2004* (arrêt Cour d'appel 1999: *A.D.& G. vs North West Lancashire Health Authority*) ; **Suède,** Loi sur la détermination du sexe (1972 :119) ;**Turquie,** Article 40 du code civil (loi 4721 du 22 novembre 2001) pour le changement de sexe et Article 29 du code civil (loi n°3444 du 4 mai 1988) pour la modification de l'état civil. Ministère de la Justice, France, SG - SAEI - Bureau du droit comparé, Le transsexualisme: changement de sexe et d'état civil, http://www.justice.gouv.fr/

[2] La Cour a conclu à la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention, en raison d'une tendance claire et continue internationalement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels et vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés. « Aucun facteur important d'intérêt public n'entrant en concurrence avec l'intérêt de la requérante en l'espèce à obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle, la Cour conclut que la notion de juste équilibre inhérente à la Convention fait désormais résolument pencher la balance en faveur de la requérante » (§ 93 de l'arrêt). La Cour a conclu également à la violation de l'article 12 (droit de se marier et de fonder une famille) de la Convention. Elle n'était notamment « pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que [les termes de l'article 12]

عن موقفها السابق الرافض لإجراء هذا النوع من العلميات تحت ضغط التوجه القضائي الأوربي بعد إدانتها[1]، بحيث قضت في قرارها المبدئي المؤرخ في 1991/12/11 بشرعية عمليات تغيير الجنس الذي خضع لها شخص كانت تظهر عليه أعراض توحي بميوله إلى الجنس الأخر. واعتبرت المحكمة أن العلاج الطبي الجراحي الذي تم إجراءه كان يهدف إلى تحقيق أغراض علاجية، لأن الشخص الخاضع للعملية لم يكن يحمل جميع الصفات المرتبطة بجنسه الأصلي، وأن جنسه الظاهر لم يكن يتوافق مع تصرفاته في الوسط الاجتماعي. كما استندت محكمة النقض في قرارها إلى مبدأ احترام الحياة الخاصة للأشخاص[2].

ولم تكتف المحكمة الأوربية في دعم الحريات بالنسبة للأشخاص الذين يعانون من اضطراب هوية النوع، وتمكينهم من الحق في التمتع الشامل بالحقوق الأساسية المنصوص عليها في الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، فأعطت الحق مثلا للمحول جنسيا في الزواج، وأدانت بالتالي الدولة التي لا يعتد قانونها الداخلي في إبرام عقد الزواج سوى بجنس الميلاد ما يؤدي إلى حرمان الأشخاص الذين خضعوا لجراحة تغيير الجنس من حقهم في الزواج، ويعد ذلك حسب اجتهاد المحكمة تمييزيا مبني على عوامل بيولوجية، ويخالف حق الشخص في التمتع بالحياة العائلية[3].

---

impliquent que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques » (§ 100). Elle a ajouté qu'il appartenait à l'État de déterminer les conditions et formalités concernant le mariage des transsexuels, mais qu'elle « ne voyait aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier » (§ 103). CEDH 11 juill. 2002, Goodwin: D. 2003, 2032, note Chavent-Leclère; Somm. 525, obs. Birsan, obs. Lemouland; JCP 2003, I, 101, nos 1 s., obs. Favier. 109, n° 16 et 22, obs. Sudre ; Defrénois 2003, 1077, obs. Massip ; RJPF 2002-11/20, étude Leborgne ; Dr. fam. 2002, n° 133, note Gouttenoire-Cornut ; Dr. et patr. févr. 2003, p. 102, obs. Putman ; RTD civ., 2002, 782, obs. Hauser; 862, obs. Marguénaud; Europe 2002, n° 395, obs. Deffains. Dans le même sens : CJCE 7 janv. 2004, n° C-117-01 : D. 2004, 979, note Icard ; JCP 2004. I. 159, n° 4, obs. Poillot-Peruzzetto; Dr. fam. 2004, n° 62, note Gouttenoire; RTD civ., 2004, 266, obs. Hauser, et 373, obs. Raynard (caractère discriminatoire d'un législation qui a pour effet de rendre impossible le mariage d'un transsexuel vivant en couple, privant ainsi le couple des droits reconnus aux conjoints).

[1] CEDH, 25 mars. 1992, n° 13343/87, *B. c/ France* D. 1993, jur., p. 101, note J.P. Marguénaud ; JCP, 1992, II, 21955, Th. Garé ; RTD civ., 1992, p. 540, obs. J. Hauser.

[2] Cass. ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91, 11900 et 91-12973. *Bull.ass. plén., n° 13, p. 27; JCP 1993, II, 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau ; Gaz. Pal., 1993, 1, p. 180 ; RTD civ., 1993, p.325, obs. J. Hauser.*

[3] أما فيما مجال علاقات العمل فقد ذهبت المحاكم الأوربية بأن قرار تسريح العامل الذي خضع لعملية تحويل الجنس لهذا السبب يعد تعسفيا وخرقا لمبدأ المساواة، وكذلك الحال بالنسبة للشخص الذي حرم من الاستفادة من سن التقاعد الخاص بالمرأة بعدما أصبحت صورته الجسدية أنثوية، وأقرت للشخص المتقاطع جنسيا للعيش مع خليلته وطفلها الذي أنجبته بواسطة المساعدة الطبية على الإنجاب بواسطة التبرع بالسائل المنوي.

V. CEDH 11 juill. 2002, Goodwin, préc; CEDH 22 avr. 1997, D. 1997. 583, note Grataloup; D. 1997, Somm. 362, obs. Fricero; JCP 1998, I, 107, n° 36, obs. Sudre; Defrénois 1998. 311, obs. Massip ; Dr. fam., 1998, n° 47, obs. de Lamy; RTD civ., 1998, 92, obs. Hauser. – Evain, JCP 1997, I, 4071 ; CJCE

2- حق المتقاطع جنسيا بالتمتع بأعلى مستويات الصحة.

تجد مبررات تحويل الجنس أساسها أيضا في حق الشخص بالتمتع بالصحة، فرغم أن الشخص المتقاطع جنسيا لا يعاني من أي غلط في أعضائه التناسلية الظاهرة، غير أن هذا الأخير يعاني من مرض نفسي وميولات شديدة تجاه الجنس الآخر، بحيث لا يستطيع مقاومتها والعيش في الوسط الاجتماعي بتلك الصفات. وبالتالي، فإن عمليات التغيير الجنسي التي تجرى في مثل هذه الحالات لا تهدف في حقيقة الأمر إلى تغيير الجنس وإنما إلى الكشف والإعلان عن الجنس الحقيقي للشخص. فإذا اكتشف المختصون من رجال الطب عن حقيقة الجنس الفعلي للشخص، فإن تغيير أعضاءه التناسلية يصبح أمرا مباحا من الناحية القانونية، ومن ثم يخضع هذا الشخص لنفس الحكم الذي يخضع له الشخص العادي من حيث أنوثته وذكورته.

وقد استندت محكمة النقض المصرية على الأغراض العلاجية لتبرير موقفها المؤيد لعمليات تحويل الجنس[1]، وجاء في حيثيات محكمة النقض أنه:" تبين من قرار الأطباء المختصين في ميادين مختلفة بأن سالي كان يعاني حقا من اضطرابات في ذاتية جنسه وتأنث نفسي وأن الطب قد عبر عن عجزه في هذه الحالة على شفائه، مما جعل التغيير مفروضا بحكم الطبيعة والاعتراف به أمرا ضروريا"، وقد علق القضاء المصري الاعتراف بالتغيير الجنسي في هذه القضية على عدة شروط و هي: أن يكون الشخص بالغا سن الرشد، ولم يسبق له الزواج، وأن يكون عقيما، وأن يتم إدخاله مسبقا إلى مركز خاص بالأمراض العصبية و النفسية"[2].

وهو نفس التبرير الذي اعتمدت عليه محكمة الاستئناف المدنية في بيروت بتاريخ 2015/09/03، الذي نظر في مدى إمكانية تحويل الجنس لجعله متطابقا مع الحالة النفسية والعاطفية للفرد في ظل الفراغ القانوني، معتبرتا بأن الازدواج بين الواقع المستمد من حالة طبية ضرورية وقيود الأحوال الشخصية في خانة الخطأ القابل للتصحيح أولا وحق الفرد في احترام حياته الخاصة ثانيا. وذهب القرار أيضا على ضوء الخبرة الطبية المبرزة في الملف أن تحول جنس المستأنف عبر العلاجات

---

30 avr. 1996: D. 1996. IR 137 ; CJCE 27 avr. 2006, n° C-423-04 : D. 2006. Point de vue 1628, par Bugada ; D. 2007, Pan. 1107, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; RDSS, 2006, 757, obs. Lhernould.

[1] عندما طرحت عليها قضية الشاب سالي خلال سنة 1989، هذا الأخير الذي طلب تغيير إسمه وطبيعة جنسه في سجلات الحالة المدنية بعدما أجريت له عملية جراحية لتغيير الجنس من طرف فريق من الأطباء الإيطاليين والمصريين، والتي تبين من خلال الفحوصات التي أجروها قبل مباشرة العملية أن سالي يشعر فعلا بأنه امرأة في جسم رجل ويصعب عليه تحمل جنسه الظاهر في المستقبل، وأنه يظهر بصفات الأنوثة في أخلاقه وتصرفاته وميوله، على الرغم من بروز ميزات الذكورة في جسمه.

[2] حكم أشار إليه، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 29.

الهرمونية والعمليات الجراحية هو عمل طبي ضروري لشفاء وتخليص المستدعي من المعاناة التي رافقته طيلة حياته، معاناة نتجت عن مرض الاضطراب في الهوية الجنسية منذ طفولته، دون أن يكون هناك ما يدل على أنه تسبب لنفسه بهذا المرض بفعل إرادي منه. ودحضت بذلك القرار الابتدائي الذي اعتبر أن الواقع المستحدث هو نتيجة الإرادة المنفردة. وقد ذهبت محكمة الاستئناف أبعد من ذلك، بتأكيدها على أن حق الشخص في تلقي العلاج اللازم لما يعانيه من أمراض جسدية ونفسية هو حق أساسي وطبيعي ولا يمكن لأحد أن يحرمه منه، وعلى ضوء ذلك، بدا التحول الحاصل في جنس الشخص المعني على أنه نتيجة طبيعية لممارسة حق طبيعي هو حق العلاج من مرض نفسي، نتيجة جديرة بالاحترام[1].

وفي دولة الكويت حدثت حالة مشابهة لهذه القضية، حيث أقام المدعي دعواه بطلب ندب أحد الأطباء الشرعيين للكشف الطبي على المدعي، والاطلاع على جميع التقارير الطبية الخاصة به لفحص حالته، وتحديد نوع الجنس الذي يحمله حاليا، ومدى أحقيته في تعديل وتصحيح اسمه ونوع جنسه، بما يتفق مع حالته الراهنة، حيث انه ولد ولديه شعور نفسي وطبيعي للميل نحو الجنس الآخر، وقدم كدليل على ذلك شهادة طبية تفيد بان الشكل الخارجي أنثى، حيث تم إجراء عملية تجميل جراحية لتحيله إلى أنثى، ولا يوجد رحم أو مبيض أو غدد تناسلية. وأحيلت الدعوى للطب الشرعي الذي وضع تقريره، وخلص فيه إلى أن المذكور من الوجه الجينية – الصبغية – ذكر يحمل الصفات الجينية كما في الذكور، إلا انه من الناحية النفسية، وبعد العلاج الهرموني، والتداخلات الجراحية، واستئصال الأعضاء التناسلية الذكورية الرئيسية المميزة، واستبدالها بأعضاء خارجية أنثوية النمط، فقد الصفات الجسمية الخارجية، وكذا الإحساس الجنسي الرجولي، وإمكان الإنجاب، بينما طغت المواصفات الأنثوية، خاصة الخارجية منها على مظهره الجسماني، بالإضافة إلى ما يعاني منه من هم في مثل حالته من ميل جارف للسلوك الأنثوي. وقضت المحكمة بأحقية المدعي في تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى، تأسيسا على خلو نص تشريعي لحكم هذه الحالة، ويتعين القضاء بأحقية المدعي في تغيير جنسه، وان ذلك الإجراء علاج لحالة مرضية تقتضيها الضرورة[2].

---

[1] محكمة الاستئناف المدنية ببيروت، الغرفة الثالثة، تحت الرقم 2015/1123. والملفت للانتباه في هذا القرار أنه استشهد في حيثياته باجتهاد المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان وكذا اجتهاد محكمة النقض الفرنسية حول التحول الجنسي.

[2] القضية رقم 2003/861 تجاري مدني كلي حكومة /1. لكن الحكم تم إلغاءه بموجب قرار محكمة الاستئناف ثم قرار محكمة التمييز على أساس مخالفته لأحكام القانون والشريعة والفطرة الإنسانية. (الطعن بالتمييز رقم 2004/674 مدني / 2).

3- الحق في الاعتراف بالشخصية القانونية.

من المقرر أنه لكل إنسان أينما وجد الحق في أن يعترف بشخصيته القانونية، ويدخل كل ذلك ضمن احترام الكرامة الأصيلة في الشخص، ويشير مؤيدو تحويل الجنس لمضطربي الهوية الجنسية بأن هوية النوع والتوجه الجنسي للإنسان جزء من الكرامة الإنسانية، ويترتب على ذلك الإقرار للأشخاص المتقاطعين جنسيا بالأهلية القانونية في جميع ميادين الحياة. بالإضافة إلى هذا، فإن كل توجه جنسي أو هوية جنسانية يحددهما المرء بنفسه يكونان جزءا لا يتجزأ من شخصيته. وهذا أهم مظاهر تقرير المصير والكرامة والحرية. ويترتب عليه عدم جواز إجبار أحد قبول هوية جنسية معينة[1].

لكن السؤال الذي يطرح في الأذهان يتعلق بمدى إمكانية تكريس هذه الهويات الذاتية من دون اعتماد أي معيار موضوعي كان، بمعنى هل يمكن لنظام الحالة المدنية أن يكرس الهويات الذاتية بمعزل عن أي تطابق بيولوجي موضوعي لتحديد حالة الجنس؟ وهل يمكن تكريس جنس مغاير لجنس الإنسان عند ولادته بمعزل عن أي علاج هرموني أو عملية جراحية والاكتفاء بواقع مستحدث نفسيا؟ وهل يتوجب أن يثبت المعني خضوعه لعمليات جراحية أدت إلى استئصال الأعضاء التناسلية للجنس عند الولادة وتزويده بالأعضاء التناسلية للجنس المطالب بالاعتراف به؟ واستتبع هذا التكريس فتح الأبواب أمام تغيير الجنس المسجل للأفراد بناء على طلب منهم يقدم إلى الجهات الإدارية من دون فرض أية شروط كانت لناحية خضوعهم إلى علاج نفسي أو هرموني أو عمليات جراحية من أي نوع كان، وقد آل هذا الموقف المتقدم للاعتراف بحق الفرد باحترام هويته الجندرية. في حين فرضت دول أخرى قيود على ذلك، هذه هي أطر النقاشات المتداولة حاليا على المستوى الدولي والتي لاقت أجوبة متغايرة بين الدول.

والملاحظ أن تطبيقات تلك المبادئ كانت مرتبكة واقعيا، ويتضح ذلك من خلال الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي كان يشترط دائما لتصحيح عقود الحالة المدنية بالإضافة إلى إثبات الأعراض المرضية لاضطراب الهوية الجنسية، إثبات حالة التغيير الفعلي على مظهر الجسد غير القابل للرجوع عليه، ويكون ذلك عادة بموجب الخبرة الطبية أو الشهادة الطبية. بمعنى أن يقوم المريض فعلا بإجراء العمليات الجراحية على أعضائه التناسلية ما يجعل حالة العقم أو الخصاء مؤكدة طبيا، وإلا لم يتم

---

[1] أنظر، مبادئ يوغياكارتا حول تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالتوجه الجنسي وهوية النوع، البند السابع عشر، الحق في الاعتراف بالشخصية القانونية. راجع أيضا، المذكرة الصادرة عن وزارة العدل الفرنسية بتاريخ 2013/07/23 التي شددت على ضمان محاربة العنف والتمييز بسبب التوجه الجنسي وهوية النوع.

Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, BOMJ n°2013-08 du 30 août 2013 - JUSD1319893C - Page 1/13.

الاعتراف له بهويته التي يرغب فيها[1]. واعتبرت المحاكم أن تعاطي المريض للدواء الهرموني غير كافي لتبرير الطلب. وبصدور منشور وزارة العدل المؤرخ في 2010/05/14 المتعلق بطلبات تغيير الجنس في الحالة المدنية ازدادت الأمور تعقيدا، حيث أكد المنشور على إلزامية تغيير المظهر الجسدي لتصحيح وثائق الحالة المدنية[2]. وقد استندت المحاكم لهذا المنشور لرفض الطلبات في الحالات غير المؤكدة طبيا المتمثلة في استحالة عودة المرء إلى جنسه الفسيولوجي الأصلي[3]، وتم تأييد هذا الاجتهاد القضائي من قبل محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارات صدرت سنتي 2012 و2013 التي أضافت إثبات الحالة من قبل المدعي[4].

لكن هذا الاجتهاد تعرض للنقد من قبل الفقه، من حيث تعارضه مع القواعد القانونية المتعلقة بحقوق المرضى التي كرسها المشرع بموجب القانون المؤرخ في 2002/03/03 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، الذي يعطي للمريض الحق في رفض العلاج ويجسد مبدأ احترام استقلاليته وإرادته[5]. لكن البعض فسر بأن الإشكالية هي في حقيقة الأمر طبية وليست قانونية، وعلق بعض الفقه بأن هذا الاجتهاد حاول إيجاد التوازن بين احترام الحريات الشخصية من جهة، وحظر التعامل

---

[1] فيتوجب على الفرد الذي يطلب تغيير جنسه أن يخضع لعمليات جراحية إخصائية أو أن يكون قد أثبت أنه لا يمكنه الانجاب، وفي المقابل تعتمد بعض الدول الأخرى كإسبانيا والمملكة المتحدة حلا وسطا بحيث تشترط خضوع الفرد لعلاج طبي من دون أن تستوجب أن يتضمن هكذا علاج عملية جراحية. والجدير ذكره في هذا الصدد التوجه العام في مختلف الدول الأوربية لاستبعاد الشرط المتمثل بخضوع الفرد لعمليات جراحية أو علاج هرموني من شأنه الاطاحة بقدرة الفرد على الإنجاب.

[2] Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil au vu de ces éléments, vous pourrez donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux. BOMJL n° 2010-03 du 31 mai 2010

[3] Nancy, 3 janv. 2011, JCP, 2011, n° 480, note Reigné ; Nancy, 11 oct. 2010, JCP, 2010, n° 1205, note Reigné ; Nancy, 2 sept. 2011, JCP, 2012, n° 122, note Vialla ; Dr. fam., 2012, n° 38, obs. Reigné.

رغم أن بعض الاجتهاد ذلك عكس ذلك مؤكدا على ضرورة احترام إرادة الشخص واستقلاليته، وأن إجباره على الخضوع للعملية يمكن أن يؤدي إلى المساس بسلامته الجسدية.

V. CA Versailles, 22 mars 2012, n° 11/03116, juris-data n° 2012 – 005712.

[4] Civ. 1ère, 7 juin 2012: Bull. civ. I, n° 123; D. 2012. 1648, note Vialla; AJ fam., 2012, 405, obs. Vial; RDSS, 2012, 880, note Paricard; RTD civ., 2012, 502, obs. Hauser; JCP, 2012, n° 753, note Reigné; Dr. fam., 2012, n° 131, note Reigné; Gaz. Pal., 2012, 1444, note Sarcelet; Civ. 1ère, 13 févr. 2013, Bull. civ., I, n° 14; D. 2013, 499, obs. Gallmeister, obs. Lemouland et Vigneau, obs. Galloux et Gaumont-Prat; AJ fam., 2013, 182; RTD civ., 2013, 344, obs. Hauser; Dr. fam., 2013, n° 48, note Reignié ; Civ. 1ère, 13 févr. 2013, Bull. civ., I, n° 13 (absence de preuve, de nature intrinsèque à la personne, du caractère irréversible du processus de changement de sexe, qui ne peut résulter du seul fait que l'intéressé appartenait au sexe féminin aux yeux des tiers), rejetant le pourvoi

[5] HAMMARBERG Thomas, *Droit de l'homme et identité de genre, document thématique*, Conseil de l'Europe, oct. 2009.

في حالة الأشخاص ومتطلبات الأمن القانوني، والاعتراف بالهوية الجنسية للشخص دون تغيير المظهر الجسدي سوف يؤدي بالضرورة إلى مشاكل قانونية، وخلط في المراكز القانونية واضطراب اجتماعي وأسري كبير، ولا تصبح بالتالي الحاجة في التأشير على جنس المولود في عقود الحالة المدنية ضرورية[1]، على سبيل المثال إذ لا يمكن تصور امرأة محتفظة بأعضائها التناسلية الأنثوية ثم تصبح أم بيولوجية لطفل وهي تحمل هوية جنسية لذكر في وثائق الحالة المدنية، لاسيما إذا سلمها أن هؤلاء الأشخاص مصابين باضطرابات ذهنية ؟

والحقيقة أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان كان لها موقف مخالف حول هذه المسألة، حيث حاولت في قرار حديث لها بتاريخ 2015/03/10 تجسيد مبدأ احترام الشخصية القانونية لفئة الأشخاص المتقاطعين جنسيا، واحترام حق الشخص في سلامته البدنية، فألزمت الدولة بعدم وضع شرط تعديل مظهر الجسد بالوسائل الطبية والجراحية نظير الاعتراف بهويته الجنسية. كما ألزمتها بعدم إجبار المعني على الخضوع لأي علاج بسبب هوية النوع، بما في ذلك جراحة تغيير الجنس أو التعقيم أو العلاج الهرموني، أو إحداث تغيير على المظهر الجسدي لا يمكن الرجوع عليه[2]. في حين بقيت المحاكم الفرنسية تضع تلك القيود، وعلى سبيل المثال قضت محكمة المرافعة الكبرى بـ Montpellier بتاريخ 2016/03/24 بعدم كفاية العلاج الهرموني لتبرير تحويل الجنس في ظل غياب تغيير المظهر الجسدي[3]، وقد توقع العديد من المتتبعين للموضوع بإدانة أخرى سريعة لفرنسا من قبل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، عندما تنظر في ثلاثة طعون تم طرحها أمامها، تتعلق بهذه النقطة القانونية على أساس انتهاكها لقوانين حقوق الإنسان الأوربية[4].

---

[1] HAUSER Jean, *Transsexualisme : où en est-on des conditions du changement de sexe ?*, RTD civ, 2014, p. 855 ; VIALLA François, *Transsexualisme : l'irréversibilité en question*, D, 2012, p. 1648.

[2] La Cour a conclu à la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention jugeant que, en déniant au requérant, pendant de nombreuses années, la possibilité d'accéder à une opération de changement de sexe, l'État turc avait méconnu le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée. La Cour a réitéré en particulier que la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée. Elle a considéré qu'à supposer même que le rejet de la demande initiale du requérant d'accéder à la chirurgie de changement de sexe reposait sur un motif pertinent, ce rejet ne saurait être considéré comme fondé sur un motif suffisant. L'ingérence qui en résulta dans son droit au respect de sa vie privée ne saurait passer pour avoir été « nécessaire » dans une société démocratique. CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c/ Turquie*, n° 14793/08, note PARICARD Sophie, *La fin de la stérilité du transsexuel ?*, RDSS, 2015, p.643.

[3] TGI. Montpellier, 1ère chambre B – chambre de la famille, 24 mars 2016, n° 15/03425.

[4] La Croix, *Le droit des transexuels à changer d'identité fait débat*, 19/14/2016.

4- حرية الشخص في التصرف في جسده.

بالإضافة إلى العناصر المذكورة أعلاه، يستطيع الشخص أن يتصرف بحريته في جسمه إذا اقتضى ذلك حكم الطبيعة ومصلحة الشخص الخاصة وذلك بالإنماء إلى جنس معين دون الآخر. وأن مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص قد أصبح في الوقت الحالي محل نقد. فالإجراءات الطبية الخاصة بمعالجة المقاطع جنسيا تثبت بأن التغيير قد تم نتيجة عوامل خارجية ودوافع تخرج عن إرادة الشخص الحرة. وأسس القضاء الفرنسي موقفه على هذه الفكرة عندما أضفى الشرعية على عمليات التغيير الجنسي. وهكذا قضت محكمة تولوز في حكمها الصادر بتاريخ 29 يناير 1976 بقبول طلب التعديل مستندة إلى أن الشخص الذي رضي على أثر تطور سماته الجنسية، إما بسبب طبيعته وإما بسبب عناصر خارجية بالتغيير كون أن ليس له القدرة دون إنزعاج على تحمل نظامه الاجتماعي الموافق لجنسه الأصلي، فله الحق بعد الكشف الطبي في تعديل حالته المدنية فيما يتعلق بدلالة الجنس[1].

ويمكن الاستنتاج أنه رغم تلك المبررات، فإن الإقرار بمشروعية عمليات التغيير الجنسي ينطوي على مخاطر كبرى تمس العنصر البشري في حد ذاته، الذي أصبح كقيمة محمية قانونيا في العديد من التشريعات العقابية. كما يعد مخالفا للكرامة الإنسانية التي يتعين على الطبيب أخذها بعين الاعتبار في كل عمل يقوم بإجرائه على الجسم البشري. وكما تعد عملية التغيير الجنسي مخالفة لرسالة الطبيب التي تتمثل في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية وحياة الفرد وكرامته الإنسانية، كما هو منصوص عليه في المادة 07 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب. ومن جانب أخر، فإن عمليات التغيير الجنسي تعد مخالفة للحقائق العلمية والطبية المتوصل إليها في هذا المجال، لأنها تؤدي إلى حدوث مخاطر كبرى لمخالفتها الطبيعة البشرية. إن عمليات التغيير الجنسي وتعد أيضا منافية لقيم ومبادئ المجتمع الجزائري.

هذا بالنسبة إلى الأعمال الطبية الماسة بالكيان الجسدي للإنسان أثناء حياته، التي من شأنها إلحاق الأذى بصورة الجسد. غير أن الممارسات الطبية الحديثة لم تقتصر على المساس بحرمة الإنسان أثناء حياته، بل امتدت حتى إلى جثث الموتى، التي أصبحت تتعرض للتشويه ما يؤدي إلى إلحاق الأذى بكرامة الأشخاص في مثواهم الأخير، ويضر كذلك بمشاعر العائلة. وأهم الأعمال الطبية المستحدثة تقنيات تشريح الجثة وتحنيطها وتجميلها من أجل استعمالها في الأغراض الفنية والثقافية.

[1] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 24.

المبحث الثاني
تشريح الجثة واستعمالها لأغراض فنية وثقافية

إن احترام الصورة الطبيعية للجسم البشري لا تتوقف عند الإنسان الحي، وإنما يمتد إلى جثته، فبمجرد خروج الروح من الجسد يكون الإنسان عبارة عن مادة جامدة، رغم ذلك تمثل الجثة ذكرى الشخص واستمرارا لروحانيته الذي يترتب عنها واجب احترام الإنسان الذي كانت تمثله[1]. وفي هذا الصدد أقرت الشريعة الإسلامية الغراء مبدأ حرمة الجثة، حيث ورد الكثير من الآيات الكريمة[2]، فضلا عن الأحاديث النبوية الشريفة التي من بينها قوله صلى الله عليه وسلم: "أن كسر عظم الميت ككسره حيا"، ما يدل دلالة واضحة على حظر التعدي على الجثة أو الحط منها. كما حرمت الشريعة الإسلامية نبش القبور إلا لضرورة شرعية أو مصلحة، وأوجبت من جهة أخرى غسل الميت وتكفينه والتعجيل بدفنه إكراما له[3].

وللجثة قدسية خاصة في معتقدات مجتمعنا الذي يستمد قيمه وثقافته ومثله العليا من الدين الإسلامي الحنيف، لذلك كرس المشرع مبدأ حرمة الجسم البشري بعد الموت. وقد تم تجسيد ذلك في مختلف النصوص القانونية، منها قانون العقوبات الذي أفرد قسما خاصا يتعلق "بالجرائم المتعلقة بالمدافن وبحرمة الموتى"، تضمن العديد من النصوص العقابية التي تردع أعمال التدنيس وتخريب القبور وانتهاك حرمة المدافن وكذا إخراج الجثث وتشويهها أو التنكيل بها[4].

---

[1] GRIDEL Jean-Pierre, *L'individu juridiquement mort***,** Recueil Dalloz, 2000, p. 266-6.

[2] أشار الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم إلى عملية الدفن، حيث قال تعالى: ﴿ فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ فَبَعَثَ اللَّهُ غُرَابًا يَبْحَثُ فِي الْأَرْضِ لِيُرِيَهُ كَيْفَ يُوَارِي سَوْءَةَ أَخِيهِ قَالَ يَا وَيْلَتَا أَعَجَزْتُ أَنْ أَكُونَ مِثْلَ هَذَا الْغُرَابِ فَأُوَارِيَ سَوْءَةَ أَخِي فَأَصْبَحَ مِنَ النَّادِمِينَ ﴾، سورة المائدة، الآية 30.

[3] بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، على ضوء القانون الطبي الجزائري والفتاوى الطبية المعاصرة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 105.

[4] و في ما يخص الحماية القانونية المقررة للجثة يقول البروفيسور Jean SAVATIER :

« Après le décès, l'intégrité physique du corps humain n'est pas protégée de la même manière que s'il s'agissait d'une personne vivante. L'élément matériel des infractions d'homicide ou de coups et blessures a disparu. Le cadavre n'est pas une personne. S'il doit être protégé, c'est seulement par respect pour l'esprit qui l'a animé et qui avait, sur le destin de l'homme après sa mort, des croyances impliquant une certaine attitude envers sa dépouille, ou encore par respect pour tous ceux qui aimaient la personne disparue, et dont l'affection demeure attachée à ses restes. Mais la société n'est pas aussi intéressée à la protection des cadavres qu'à la protection de la vie et de l'intégrité physique des personnes ». *Les prélèvements d'organes après décès*, in *Problèmes juridiques, médicaux et sociaux de la mort*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas 1979, p. 30.

لكن التطور المذهل التي عرفته العلوم الطبية والبيولوجية في مطلع القرن العشرين تمخض عنه من استخدامات مختلفة للجثة، كاستعمالها في عمليات نقل الأعضاء والأنسجة والتجارب العلمية وقد أخذ المشرع بالعديد من التقنيات الطبية الحديثة التي تنصب على الجثة، محاولا مواكبة التطورات الحاصلة في مجال الصحة[1]. ومن بين الأعمال الطبية التي تؤدي إلى تشويه صورة الجثة عمليات التشريح، وقد أثارت عمليات التشريح إشكالية تطبيق قواعد أخلاقيات الطب ما بعد الموت، ومدى التزام الطبيب بالحفاظ على الجسد مراعاة لكرامة الميت ومشاعر عائلته، أما الإشكالية الثانية تتمثل في استعمال تقنيات التحنيط الحديثة التي نتج عنها عرض الجثث الآدمية المسلوخة في المعارض والمتاحف الفنية، التي أصبحت تجوب مختلف العواصم العالمية ويراها الملايين من الناس بداعي الثقافة، ما أثار جدلا واسعا في الأوساط العلمية والثقافية حول أخلاقياتها. لكن قبل التطرق لموضوعي تشريح الجثة واستعمالها لأغراض فنية وثقافية لا بد أولا من توضيح بعض المسائل المرتبطة بحرمة الجسم البشري بعد الموت.

المطلب الأول
حرمة الجسم البشري بعد الموت

لقد حرص المشرع على تنظيم كيفية التعامل مع الجثة ليس فقط لحماية الصحة العمومية، وإنما حرصا منه على ضمان الاحترام اللائق لاعتبار الموتى، وجعل المشرع شعائر الدفن وحفلات المآتم من الحريات الدينية التي يتعين مراعاتها مهما كان طابع الجنازات وأوعز للسلطات العمومية مسؤولية المحافظة على المقابر والأضرحة والسهر على تنظيمها وحمايتها[2]. كما وضع المشرع قواعد عقابية تهدف إلى حماية كرامة الميت وأماكن الدفن وتردع أعمال التدنيس والتشويه المتعمد للجثمان.

---

[1] لقد تم تناول بعض المواضيع ذات الصلة بالموت كمعايير تحديد لحظة الوفاة، واحترام جثة الإنسان تجاه بعض الممارسات الطبية الحديثة كالاستفادة من أعضاء الميت وأنسجته لأغراض طبية، واستعمال الجثة لإجراء التجارب الطبية، وكذا انتزاع العينات البيولوجية من الجثة لإجراء اختبارات الحامض النووي للتعرف على الهوية، وغيرها من المواضيع الأخرى التي لا داعي إلى تكرارها مجددا ضمن هذا المبحث.

[2] لقد نظم المشرع شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين بموجب الأمر رقم 06 – 03 المؤرخ في 2006/02/28 الذي يحدد شروط وقواعد الشعائر الدينية لغير المسلمين، تجسيدا لمبدأ حرية المعتقدات بحيث نصت المادة 02 فقرة 1 من الأمر بأنه: "تضمن الدولة الجزائرية التي تدين بالإسلام حرية ممارسة الشعائر الدينية في إطار احترام الدستور وأحكام هذا الأمر والقوانين والتنظيمات السارية المفعول واحترام النظام العام والآداب العامة وحقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية". الأمر 06 – 03 بتاريخ 2006/02/28، (ج.ر 12).

الفرع الأول
الوضع القانوني للجثة

لقد أصدر المشرع العديد من النصوص القانونية التي تحدد كيفية التعامل مع الجثة دون التمييز من حيث الجنس أو العرق أو الدين أو الانتماء، ويتعلق بالأمر رقم 75 – 78 المؤرخ في 1975/12/15 المتعلق بدفن الموتى والأمر رقم 75 – 79 المتعلق بالجنازات ثم المرسوم رقم 75 – 152 المتضمن تحديد قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة دفنها[1] ثم المرسوم التنفيذي رقم 16 – 77 المؤرخ في 2016/02/24 المحدد للقواعد المتعلقة بالدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة الدفن[2]. وأن تلك النصوص وضعت ضمانات كفيلة باحترام كرامة الإنسان بمثواه الأخير، لهذا يتعين أولا تحديد مفهوم الجثة ثم المسؤولية عن انتهاك حرمة الجثة.

أولا: مفهوم الجثة.

إن معرفة طبيعة الشيء له أهمية في تحديد النظام القانوني المطبق عليه، وقد أثارت الجثة بصفتها استمرارا للكيان المادي للإنسان الكثير من الجدل حول طبيعتها القانونية، والعلاقة بين الجثمان وأقارب الميت ومدى جواز تطبيق الأحكام المرتبطة بالجثة على بعض المفاهيم المشابهة.

1- الجثة وبقيا الجسم والأجنة المجهضة.

لقد انقسم الفقه حول مدلول الجثة إلى اتجاهين رئيسيين: الأول يعطي تعريفا ضيقا للجثة، بحيث يعرفها بأنها "جسم الإنسان المتوفى". أما الاتجاه الثاني يعطي مدلولا موسعا للجثة وأدخل ضمن نطاقها الأجزاء والأشلاء البشرية المنفصلة عنها وكذا رفات الشخص وبقاياه مهما كانت قديمة[3]. لكن المتصفح لمجمل القواعد التي تحمي الجثة، يلاحظ أن الحماية القانونية لا تنصب حول الجثة في حد

---

[1] صدرت هذه النصوص بالجريدة الرسمية المؤرخة في 1975/12/26 عدد 103.

[2] الجريدة الرسمية المؤرخة في 2016/02/28 عدد 12.

[3] Cadavre: « ensemble des restes mortels de l'individu sous quelques forme que se soit, qu'il s'agisse de la débouille en elle-même, des cendres résultant d'un incinération, d'ossements très anciens.. ». OSSOUKINE Abdelhafid, *L'ABCdaire du droit de la déontologie médical*, Publications de l'agence nationale pour le développement de la recherche en santé, Oran, 2006, p .67.

ذاتها، بل تشمل الحماية أيضا جميع الأجزاء البشرية المنفصلة عنها وكذا بقيا الجسم وأعضائه ومشتقاته التي يتعين التعامل معها باحترام[1].

وقد أثيرت كذلك إشكالية مدى إمكانية تطبيق مفهوم الجثة على بقايا الجسم والأجنة المجهضة والقواعد القانونية المطبقة على تلك المكونات الجسدية؟ وبصفة عامة يمكن القول بخصوص الجنين أنه لا جدل في اكتسابه الشخصية القانونية إذا ولد حيا، وما يترتب عليها من آثار قانونية. وبالتالي، فإن كيانه الجسدي يكتسب صفة الجثة بعد الوفاة، وتنطبق عليه جميع الأحكام القانونية المتعلقة الخاصة بها، بما فيها التسجيل في الحالة المدنية وأحكام الدفن والميراث[2]. لكن الإشكال الحقيقي المطروح حول الأجنة أو المضغ البشرية التي تولد ميتة، فهل تأخذ حكم الجثة أم لا؟

يفرق الفقه في هذه الحالة بين نوعين من الأجنة تبعا لتطورها البيولوجي، أما النوع الأول فهي الأجنة التي تكون في مرحلة نمو متقدمة بحيث تكون قابلة للحياة وتظهر على الجنين الملامح والصفات الآدمية وقد يستدل في ذلك بمعيار الوزن أو مدة الحمل[3]. ففي هذه الأحوال، يكتسب المولود صفة الجثة رغم عدم اكتسابه الشخصية القانونية، ومن الأفضل أن تقوم المؤسسات الإستشفائية ودور الولادة بتسليمه لوالديه من أجل التكفل بدفنه[4]. أما فيما يخص النوع الثاني من الأجنة، فهي المضغ البشرية التي لا تظهر عليها الملامح والصفات الآدمية وتكون عادة غير قابلة للحياة. فهذا النوع من الأجنة لا يكتسب صفة الجثة ولا يتمتع بالحماية القانونية المقررة لها، ولكن هذا لا يحول دون التعامل معها باحترام وفقا للتنظيمات المتعلقة بالنفايات العلاجية[5]، التي نظمها المشرع بموجب المرسوم التنفيذي

---

[1] « Tout élément du corps humain en état de désagrégation, qui provient d'une sépulture, fût-elle abandonnée, est digne de protection. » TGI Lille, ord. 5 déc. 1996, D. 1997, 376.

[2] أنظر، المادة 25 من القانون المدني.

[3] ROUX J-M, *Un sujet en quête de son personnage, l'embryon humaine*, in « Le droit de la biologie humaine », sous la direction d'Alain Sériaux, édi. Ellises, 2000. pp.7 - 9.

[4] وفي هذا الصدد أصدرت وزارة الداخلية والجماعات المحلية تعليمة بتاريخ 1995/10/03 تحت رقم 2391، تسمح بتسجيل المولود الذي يولد ميتا في سجلات الوفيات بناءا على طلب والديه ، وبعد الصدى الإعلامي الذي خلفه اكتشاف عدد معتبر من الأجنة الميتة في مصلحة حفظ الجثث التابعة لأحد المستشفيات العمومية بفرنسا سنة 2005، أصدر المشرع الفرنسي مرسوم بتاريخ 2006/08/01 تحت رقم 965/2006 يسمح بتسليمهم لذويهم من أجل دفنهم، و قد اعتمد المرسوم على معياري الوزن و مدة الحمل أي يجب أن يعادل أو يزيد وزن الجنين عن 500 غرام أو تزيد مدة حمله برحم أمه 22 أسبوع.

V. Avis du comité consultatif national d'éthique n° 89 du 22 septembre 2005 à propos de la conservation des corps des foetus et enfants mort.

I. CORPART, *Décès et devenir des corps : clarification des consignes*, Gazette du Palais, 17 août 2006, n° 229, p. 2.

[5] وبالتالي لا يجوز في أي حال من الأحوال تشويهها أو رميها في المفرغات أو المزابل العمومية، وأن ارتكاب هذا الفعل يعد خرقا للقواعد المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب ولأحكام الشريعة الإسلامية.

رقم 03 – 478 المؤرخ في 2003/12/09 المحدد لكيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، التي نصت المادة 05 منه على أنه:" توصف بالنفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية، كل النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية والنفايات الناجمة عن عمليات الخطيفة البشرية الناتجة عن قاعات العمليات الجراحية وقاعات الولادة"[1].

وتتكون مخلفات العمليات الجراحية أيضا من البقايا والمخالفات الجسدية التي تدخل من ضمن إطار الأعضاء البشرية التي يتم بترها لضرورة علاجية أو منتجات الجسم المستخدمة في التشخيص أو العلاج مثل الدم والجلد والخلايا والحبل السري. ويرى الفقه أن المخلفات بعد انفصالها عن الجسم تصبح أشياء غير أنها لا تأخذ حكم الجثة، ويتعين التصرف فيها كعناصر بشرية وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه[2].

2- الطبيعة القانونية للجثة.

لم يحدد المشرع صراحة الطبيعة القانونية للجثة، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني نقع في نفس الإشكالية المتعلقة باعتماد التقسيم الروماني بين الأشياء والأشخاص متجاهلا الجسم البشري، بحيث لم يحدد طبيعة وعلاقته بالشخص ولم يضع له قواعد قانونية صريحة تحميه، عكس ما فعل المشرع الفرنسي عندما أضاف فصل ضمن الكتاب الأول للقانون المدني تحت عنوان: "احترام الجسم البشري"، بموجب القانون 94 – 653 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق باحترام الجسم البشري وكذا القانون 08 – 1350 المؤرخ في 2008/12/19 المتعلق بالتشريع الجنائزي[3].

وقد ذهب الفقه إلى أن جسم الإنسان حاملا للشخصية القانونية ووعائها أما بالنسبة للجثة اعتبرها ضمن الأشياء المادية غير قابلة للتعامل فيها بحكم طبيعتها، بعد انتهاء الشخصية القانونية بالوفاة. ويفهم من ذلك الجثة ليست كالأشياء العادية ولا يمكن أن تكون محلا للتصرفات القانونية أو المعاملات المالية، استندا على فكرة القدسية والقيم الأخلاقية التي تمثلها وارتباطها بالبعد الإنساني للشخص الذي كانت تمثله[4]. وبالتالي، فإن أي تصرف يجعل من الجثة محلا للمعاملات المالية يكون

---

[1] المرسوم التنفيذي 03 – 478 المؤرخ في 2003/12/09، المحدد لكيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية. (ج. ر 78).

[2] أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 14 و62.

[3] Loi n^{o} 2008-1350 du 19 décembre 2008 *relative à la législation funéraire*. JORF n°0296 du 20 décembre 2008, p. 19538.

[4] استلهمت الجثة هذه القدسية والحصانة من الشعائر الدينية عبر الحضارات، حيث يوجد إحساس عند كل الحضارات أن الموت ليس نهاية، وإنما مرحلة أو اختبار يجب أن يجتازه الكائن المكون من جسد وروح عند وجوده قيد الحياة، ثم إن مفهوم الأمور المقدسة

باطلا لمخالفته النظام العام[1]. فلا يمكن أن تكون الجثة مثلا محلا للحبس من طرف الدائن لضمان تسديد المصاريف الطبية للعيادة[2]، ولا يمكن أن تكون محل عقد النقل للجثمان، ورفضت محكمة النقض الفرنسية أيضا وصف الجثة بالشيء الذي يكون محل الاختلاس المشكل للركن المادي لجريمة السرقة[3].

لكن بعض الاجتهاد القضائي ذهب إلى خلاف ذلك، إذ اعتمدت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها على الأحكام العامة المتعلقة بعقد الوديعة التي يكون محله الأشياء المنقولة في ترتيب المسؤولية المدنية للعيادة الطبية الخاصة، واعتبرت أن هذه الأخيرة أخلت بالتزاماتها تجاه أفراد عائلة المتوفى بتقصيرها في السهر على حفظ الجثة المودعة في غرفة الموتى مما أدى إلى تعفنها، الشيء الذي يعد خطأ يرتب المسؤولية، ومن ثم تعويض ذوي الحقوق عن الأضرار المعنوية[4]. وقد ذهبت محكمة استئناف باريس أيضا في قرارها المؤرخ في 2009/01/28 إلى أبعد من هذا، عندما صرحت بأن تعفن الجثة التي مكثت عدة أيام بالمنزل الذي فارقت فيه الحياة يدخل ضمن مضار للجوار غير المألوفة، التي تنشأ الحق في التعويض للجار المتضرر يقع على عاتق الوريثة الوحيدة التي انتقلت إليها ملكية المسكن بقوة القانون بمجرد الوفاة، ولم تعتد المحكمة في جبر الضرر على مسؤولية حارس الشيء[5].

كالجنازات والقبر وفكرة الاحترام الواجب للموت، فكرة موجودة عند كل الحضارات، فالقانون الروماني عندما قسم الأشياء إلى أشياء تدخل نطاق التعامل القانوني، وأشياء تخرج عن نطاق التعامل القانوني، فإن هذه الأخيرة لا يستطيع الأشخاص إبرام الاتفاقيات القانونية بصددها، لأنها خارج نطاق التعامل، إما لأن طبيعتها تتعارض مع التعامل فيها، وإما لأن الغرض الذي خصصت له يتنافى مع هذا التعامل، أو لأن حظر التعامل يرجع إلى تعليق هذه الأشياء بالحقوق الإلهية، أو ما يسمى بالأشياء المقدسة، والمقصود بها في القانون الروماني المقابر والجنازات، وذلك يرجع إلى الحرمة التي يتمتع بها الكيان الإنساني عموما والجثة بشكل خاص. مقتبس من، أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 187.

[1] DUPRAT Jean-Pierre, *Le statut juridique du corps humain, Une construction progressive*, Petites affiches, 03 juillet 1996, n° 80, P. 4.

[2] Sur la rétention de cadavre, Voir, Tribunal civil de la Seine, 20 décembre 1932. Gaz Pal, 1932, p. 323.

[3] C. cass, 17 mai 1882, S, 1882, 1, 297 ; Tribunal correctionnel de Nice, 22 décembre 1952, Gaz Pal, 1953, D. 1953, p. 139.

[4] Civ. 2e, 17 juill. 1991, note P. Gautier, *Triomphe du matérialisme : le cadavre humain est un « meuble » à conserver*, RTD civ., 1992, 412.

5 CA Paris, 16 janv. 2007, note, D. Thibault, *Où un cadavre provoque un trouble anormal de voisinage,* L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 01 juillet 2009, n° 4, p. 2.

وقد تعرض هذا القرار للنقد الشديد من قبل الفقه الذي اعتبر أن عناصر مضار الجوار غير المألوفة غير متوافرة في قضية الحال وأعاب الفقه الطريقة التي تجنب من خلالها القضاة الخوض في الجدل المتعلق بالتكييف القانوني للجثة، رغم اعتبار الجثة من الأشياء التي يمكن أن تسبب ضررا للغير، أنظر في هذا المعنى،

BERT Daniel, *La reconnaissance d'un trouble anormal de voisinage à raison de la décomposition d'un cadavre,* Recueil Dalloz, 2009, p. 1804.

هذا وكانت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان قد رفضت في قرارها المؤرخ في 2007/02/27 إعطاء صفة الكائن البشري على الجثة، مشيرتا بأن المفهوم القانوني للكائن البشري ينتهي بمجرد الوفاة، وبالتالي لا يمكن اعتبار التعدي الذي طال الجثة ضمن المعاملات القاسية أو غير الإنسانية التي نصت عليها المادة 03 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[1].

3- العلاقة بين الجثة وأقارب المتوفى.

لم يحدد القانون صراحة الطبيعة القانونية التي تجمع بين الجثمان وأقارب المتوفى، بالرغم من منحهم حقوق مباشرة على الجثة تتمثل في الحق في استلامها واختيار مراسيم الدفن وإبداء موافقتهم المسبقة عن عملية اقتطاع الأعضاء والأنسجة أو إجراء التجارب العلمية تبعا لدرجة القرابة، وكأن المشرع أعطى حقوق أفضلية للعائلة للتصرف في الجثة وحمايتها نظرا لاعتبارات معنوية بالدرجة الأولى لارتباطها بذاكرة العائلة[2].

وفي هذا يرى جانب من الفقه الفرنسي أن جثمان الشخص المتوفى يعتبر ملكية مشتركة للعائلة، غير أن نظام الملكية المطبق عليها من نوع خاص، ويختلف في طبيعته عن النظام المعروف في الأشياء العادية، لأنه يرتكز مبادئ أخلاقية وقانونية تتمثل في مبدأ الكرامة الإنسانية التي يتطلب احترام الجسم البشري. فالجثة لا تدخل في الذمة المالية أو التركة لكن يخول لمجلس العائلة حمايتها أمام الجهات القضائية والمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابهم جراء التعدي عليها[3]. غير أن الدكتور العربي بلحاج يرى عكس ذلك، وأشار بأن حق الأسرة على الجثة هو حق معنوي يجد أساسه في صلة الدم التي تربط جميع أفراد الأسرة، وأن احترام الجثة باعتبارها قيمة معنوية تمثل ذاكرة الميت يقتضي عدم المساس بحرمتها والتمثيل بها مراعاة لمشاعر الأحياء من أفراد العائلة من جهة وللعقائد الدينية من جهة ثانية[4].

---

[1] La qualité d'être humain s'éteint à la mort et l'interdiction des mauvais traitements ne s'applique plus aux cadavres. CEDH sect. II, 27 févr. 2007, *Akpinar et Altun c/ Turquie*, n° 56760/00 (mutilation post-mortem des oreilles : absence de violation de l'art. 3 Conv. EDH).

[2] على سبيل المثال، نصت المادة 24 فقرة 2 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "لا يمنع السر الطبي من إعلام أسرة المتوفى طالما يسمح لها ذلك بمعرفة أسباب الوفاة من أجل الدفاع عن ذاكرة المتوفى أو المطالبة بحقوقه، ما لم يعبر الشخص، قبل وفاته، عن خلاف ذلك".

[3] LABBEE Xavier, *La dépouille mortelle est une chose sacrée*, Recueil Dalloz, 1997, p. 376.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 151.

وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية برأي الفقه القائل أن الجثة تدخل ضمن الأملاك المشتركة للعائلة[1]، وأقرت محكمة النقض الفرنسية في عدة مناسبات الحق لعائلة المتوفى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم جراء المساس بالاحترام اللائق لاعتبار المتوفى، ليس بالاستناد إلى الحقوق اللصيقة بالشخصية كالحق في الخصوصية أو الصورة، وإنما على أساس الضرر المعنوي الذي أصابهم مباشرة لأن الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تنتقل للورثة بعد وفاة صاحبها. وأن بقاء الشخص الهالك يكون في الذاكرة فقط[2].

وجاء في قرار آخر لها أنه من حق ذوي الحقوق المتوفى المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابهم مباشرة عن فعل إفشاء الأسرار المنشورة بالكتاب دون الحصول على موافقتهم المسبقة، طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية[3]. وفي قرار آخر مؤرخ في 2009/10/22 أكدت محكمة النقض هذا الموقف، واعتبرت أن نشر تلك الصورة للشخص المتوفى دون الموافقة المسبقة لذويه، يعد مساسا بذاكرة الميت والاحترام الواجب له ولا يمكن في هذه الأحوال التذرع بالحرية الإعلامية، ما دام أن الفعل يمس الكرامة الإنسانية الشيء الذي يعد خطأ يرتب المسؤولية على أساس الضرر المعنوي لأقاربه[4].

ثانيا: حفظ الجثث ودفنها وحفلات المآتم.

من حق الإنسان أن يدفن جثمانه بصفة لائقة ودون تمييز للدين أو المعتقد، ووضع المشرع من مجموعة من الضوابط التي تحكم الممارسات المتعلقة بالدفن ونقل الرفات وحفظها وإعادة استخراجها. ونظم أيضا الحفلات الجنائزية.

1- حفظ الجثث ودفنها وإعادة استخراجها.

قبل دفن الجثة يتعين أولا التصريح بوفاة الشخص أمام ضابط الحالة المدنية من طرف أفراد عائلته أو شخص آخر حصلت عنده الوفاة أو من قبل مدير المستشفى، ثم الحصول على الترخيص

---

[1] « La dépouille mortelle d'un individu fait l'objet d'un droit de copropriété familial, inviolable et sacré, rendant recevable une demande de constat sur le fondement de l'art. 16-2 C. civ. » TGI Lille, ord., 5 déc. 1996, *D. 1997, 376.*

[2] نصت المادة 182 من القانون المدني أنه: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة."، أضيفت هذه المادة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 (ج.ر 44).

[3] Civ. 1ère, 14 déc.1999, *D. 2000, J. 372*, note, J. Hauser, *Droit à l'image, vie privée, cadavre et nécessités de l'information*, RTD Civ., 2000, p. 291.

[4] Civ. 1ère, 22 oct. 2009, *F-P+B, n° 08-10.557*, note, V. Egea, *Publication de l'image du défunt et opposition de ses proches,* Dalloz actualité, 24 novembre 2009.

بالدفن يسلم من قبل الهيئات الإدارية أو القضائية المختصة[1]. ثم تأتي المرحلة الثانية المتعلقة بحفظ الجثة، إذ يتم حفظ الجثة قبل دفنها مؤقتا في مصلحة حفظ الجثث. كما يمكن أن يودع جثمان المتوفى مؤقتا في مبنى ثقافي أو في مستودع أو في زجاج مؤقت أو في مسكن المتوفى إذا حدثت الوفاة خارج مسكنه. وتمنح رخصة الإيداع من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، يمكن أيضا قبول إدخال الجثمان في غرفة جنائزية بطلب مكتوب من رب العائلة أو كل شخص مؤهل بتحضير الجنازة بعد أخذ الموافقة من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو محافظ الشرطة أو وكيل الجمهورية إذا كانت الوفاة مشكوك فيها[2].

يفرق المشرع في نقل الجثث بين حالتين: الحالة الأولى، تتمثل في نقل الجثة داخل التراب الوطني أي إلى منطقة غير التي حدثت فيها الوفاة التي تتم بناء على رخصة من السلطات الإدارية المختصة حسب الحالات، ويتعين أن يوضع الجثمان في تابوت مغلق بصفة محكمة المصنوعة وفقا للمعايير القانونية، ثم في نعش مصنوع من خشب وتتم عملية النقل وفقا للأديان مع مراعاة طبعا الاحتياطات المتعلقة بحماية الصحة العمومية إذا كان الشخص المتوفى مصاب بأمراض معدية. أما الحالة الثانية تتعلق بنقل الجثمان من وإلى خارج التراب الوطني فإن نقل الجثة يتم بناء على رخصة تسلمها الممثليات الدبلوماسية[3].

وحظر المشرع دفن الموتى في الأماكن المخصصة للعبادة مثل المساجد والمعابد والكنائس، ومن جهة أخرى ألزم القانون السلطات الإدارية تخصيص مقابر لدفن الموتى في المدن والقرى تكون تابعة للأملاك الوطنية وغير قابلة للتنازل عليها، وسمح المشرع أيضا أن يدفن جثمان الشخص في ملكية، وكما وضع المشرع مجموعة من الأحكام الخاصة بتنظيم المقابر[4].

2- حفلات المآتم.

اعتبر القانون بالمراسيم الخاصة بالمآتم من الحريات الدينية، ويكون ذلك تبعا لاختيار عائلة المتوفى مع مراعاة النظام العام والآداب العامة. أما إذا رفض ممثل الدين تقديم خدماته يتعين على

---

[1] أنظر، المادة 78 من قانون الحالة المدنية. وأشارت المادة 293 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه لا يمكن منح الترخيص بالدفن إلا بناءا على شهادة طبية تثبت الوفاة. أنظر في هذا الصدد أيضا، المرسوم التنفيذي رقم 16 – 80 المؤرخ في 2016/02/24 الذي يحدد نموذج الشهادة الطبية للوفاة. الجريدة الرسمية المؤرخة في 2016/02/28 عدد 12.

[2] المادة 02 من المرسوم التنفيذي 16 – 77 المحدد للقواعد المتعلقة بالدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة الدفن.

[3] المادة 22 و23 من الأمر 75 – 79 المتعلق بدفن الموتى.

[4] المواد من 01 إلى 19 من الأمر 75 – 79 المتعلق بدفن الموتى.

رئيس المجلس الشعبي البلدي اختيار رجل أخر من نفس الدين للقيام بمهامه، وفي حالة وقوع نزاع بين أفراد العائلة حول شروط الجنازة يتم اللجوء إلى قاضي الاستعجال الذي يبت في نفس اليوم في الدعوى ويبلغ قرار القاضي إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي لتنفيذه، وكل شخص يضفي فيما بعد طابعا مخالفا لحق القضاء تطبق عليه العقوبات الجزائية المنصوص عليها قانونا[1].

وأجاز استخراج الرفات الذي يعتبر مساسا خطيرا بكرامة الميت، غير أن هذا الفعل يكون ضروريا في بعض الحالات شرط إتباع الإجراءات القانونية، بحيث لا يتم استخراج الجثة من القبر إلا بأمر من السلطات القضائية أو الإدارية المختصة سواء من أجل القيام بعملية التشريح أو لصالح الذاكرة الوطنية مثل إخراج رفات الشهداء لنقلها إلى مقابر أخرى، وقد يتم الاستخراج بطلب من أفراد العائلة لإعادة الدفن أو لدواعي مرتبطة بالصحة العمومية[2].

الفرع الثاني
المسؤولية عن انتهاك حرمة الموتى

يترتب على انتهاك حرمة المدافن والتنكيل بالجثث أو تدنيسها مسؤولية قانونية ودينية، وتقسم المسؤولية في مجال المدافن والجنائز إلى مسؤولية مدنية والإدارية ومسؤولية جزائية التي تعد أقوى أنواع المسؤولية.

أولا: المسؤولية المدنية والإدارية.

تقع على السلطات العمومية مسؤولية ضمان احترام كرامة الأموات في الأماكن المخصصة للدفن وحفظ الجثث، كما يقع على عاتق العاملين في مجال الصحة العمومية مسؤولية تجاه الجثة من أجل الحفاظ عليها من التلف والتشوه. وهما المسألتين التين نتطرق إليهما بدأ بمسؤولية المستشفى في حفظ الجثة ثم مسؤولية مصالح البلدية.

[1] المادة 03 من الأمر 75 – 78 المتعلق بالجنائز، المادة 20 وما يليها من الأمر 75 – 79 المتعلق بدفن الموتى.

[2] المواد 19 وما يليها من المرسوم 75 – 79 وكذا المادة 14 من المرسوم التنفيذي 16 – 77.

1- مسؤولية الهيئات الاستشفائية.

يقع على عاتق المستشفى مسؤولية حفظ الجثة وهذا بوضعها في أماكن مخصصة لذلك تعرف باسم غرف الموتى Chambres mortuaire، وتخضع تلك الأماكن لمعايير فنية بالتبريد والغلق. كما يقع على عاتق المؤسسات الإستشفائية التزام بضمان حسن سير مصلحة حفظ الجثث لتفادي تعريض الأجساد الآدمية للإهمال مما يؤدي إلى تعفنها أو تشويهها في انتظار تسليمها لذويها. ويتعين الإشارة في هذا السياق أنه يمكن أن تستغل غرف الموتى كغرف جنائزية Chambres funéraires بطلب من أفراد العائلة وترخيص السلطات الإدارية المختصة، ويمكن تسخيرها أيضا من قبل السلطات الإدارية أو القضائية إذا كانت الوفاة مشكوك فيها أو لدواعي التشريح مثلا.

ومن الأمثلة القضائية لمسؤولية المستشفى، ما قضت به محكمة Nice الإدارية بتاريخ 2007/01/05 عندما رتبت المسؤولية الإدارية للمستشفى الجامعي، بسبب ارتكاب خطأ في تدوين هوية المرأة المتوفاة بالغرفة المخصص لوضع جثتها مما أدى إلى استبدالها بجثة امرأة أخرى كان مقررا ترميدها. الشيء الذي اعتبرته المحكمة إهمالا وتقصيرا من قبل مصالح المستشفى في تنظيم غرف الموتى، وقد منحت بذلك تعويضا لذوي الحقوق عن الأضرار المعنوية التي أصابتهما جراء تفحم جثة ذويهما وبالتالي حرمانهما من تشييعها في جنازة دينية وحرمانهما أيضا من تشريح الجثة لمعرفة أسباب الوفاة[1].

2- مسؤولية الهيئات الإدارية.

تقع على رئيس المجلس الشعبي البلدي مسؤوليات بصفته مكلفا بضبطية الجنائز والمقابر حفظ النظام العام والصحة وضمان الحفاظ على كرامة الموتى في جميع مراحل الدفن. كما يلتزم أيضا بتخصيص الأراضي الضرورية للدفن وصيانتها والعمل فورا على دفن كل شخص متوفى بصفة لائقة طبعا للعادات وحسب مختلف الشعائر الدينية. ويلزم رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفتها ممثلا للدولة

[1] TA. Nice, 5 janvier 2007, note, f. Dieu, *La responsabilité de l'hôpital à raison de la gestion des chambres mortuaires,* Revue de droit sanitaire et social, 2007, p. 484. V. en ce sens, CAA Nantes, 23 févr. 2012, « La prise de photographies pré, per et postopératoires d'un enfant présentant une tumeur, extrait par césarienne à 23 semaines et décédé peu après, ne permet pas de caractériser une atteinte au droit à la dignité malgré le refus de la mère, s'agissant de documents uniquement versés au dossier médical. », préc.

أيضا بوضع التدابير اللازمة من أجل الحفاظ على السكينة بالمقابر ونظافتها وتنظيم الدخول إليها وحراستها لتجنب التعدي على الأضرحة ونبش القبور والسرقة ومنع تشرد الحيوانات المؤذية فيها[1].

ثانيا: المسؤولية الجزائية.

تعتبر الحماية الجزائية أقوى أنواع الحماية المقررة للإنسان بمثواه الأخير، رغم ذلك فإن الجثة ليست بمنأى عن شتى أنواع التدنيس والتعدي تكون دوافعها مختلفة. وقد خصص قانون العقوبات قسم يتعلق بالجرائم المتعلقة بالمدافن وبحرمة الموتى. يمكن تقسيمها إلى صنفين الأولى تتعلق بحرمة الجثة، والثانية تتعلق بجرائم الاعتداء على المقابر.

1- جريمة انتهاك حرمة الجثة وتدنيسها.

وهي الجريمة المنصوص عليها في المواد 152 و153 و154 من قانون العقوبات، بحيث يتعين أولا لتطبيق النص الجزائي وجود جثة أي جسم إنسان ميت. وكما هو الشأن في أغلب الجرائم يفترض لقيام الجريمة توافر الركن المادي وكذا الركن المعنوي.

ويتمثل الركن المادي في جريمة انتهاك حرمة الجثة في أعمال التعدي والتدنيس أيا كانت الوسيلة المستعملة، وقد أعطى المشرع بعض صور الاعتداء التي تقع على الجثة مثل تدنيس الجثة وتشويهما وممارسة الأعمال الوحشية أو الفحش عليها، كما يعتبر حرق الجثة عملا مشينا وفقا للقيم الأخلاقية والدينية لمجتمعنا ومخالفا للآداب الواجبة تجاه الموتى رغم إجازته في بعض القوانين المقارنة التي تجعله من الحريات الدينية. ومن جهة أخرى، اعتبر المشرع قيام الشخص بدفن الجثة أو إخراجها من القبر خفية أو دون ترخيص من السلطات فعلا معاقبا عليه قانونا[2].

---

[1] المادة 19 من الأمر 79/75 المتعلق بدفن الموتى.

[2] على سبيل المثال، يجيز القانون الفرنسي ترميد الجثة في أفران معدة خصيصا لهذا الغرض بترخيص مسبق من السلطات الإدارية المؤهلة، ويعتبر هذا الفعل مشروع منذ صدور القانون الخاص 1887/12/15 المتعلق بحرية المدافن من الحريات الدينية، على عكس عمليات تجميد الجثة في الثلاجات – كما سوف يتم شرحه لاحقا –، وبدورها فإن الكنيسة الكاثوليكية لم تعارض بدورها إتباع تلك الإجراءات في حرق الجثث.

Loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles**,** Recueil Duvergier p. 451. Art. 3 « tout majeur ou mineur émancipé de régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture », « [...] toute personne en état de tester peut régler l'ensemble de ses funérailles de son vivant et comme elle le souhaite, l'expression de sa volonté ayant une valeur testamentaire ». V. BERCHON Pierre, *Sépulture*, Répertoire de droit civil, janvier 2009, pp. 69 – 78.

ومن الأمثلة القضائية لجريمة انتهاك حرمة الجثة، قيام الجاني بالتقاط صور فوتوغرافية فاضحة لجثة فتاة ثم نشرها في مجلة[1]. كما اعتبرت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية أن تجريد الجثة من الحلي التي كانت ترتديها أو نزع أسنانها المصنوعة من الذهب تعديا على حرمة الجثة[2]. وقضت أيضا في عدة مناسبات بأن ممارسة الفاحشة على الجثة لا يشكل بأركانه جريمة اغتصاب وإنما يشكل جريمة انتهاك حرمة الجثة، لان الجريمة الأولى تفترض لقيام أركانها أن يقع فعل الوطء الجنسي على إنسان حي[3].

بالإضافة إلى ذلك، تعتبر جريمة انتهاك حرمة الجثة من الجرائم العمدية التي تقتضي توافر القصد الجنائي، المتمثل في علم الجاني وانصراف إرادته في تحقيق النتيجة المتمثلة في فعل الاعتداء على الجثة أو تشويهها أو تدنيسها أو إلحاق الضرر بها، وفي هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن عنصر القصد الجنائي يستخلص من خلال مشاركة الجاني طواعية في الفعل الذي يعد تعديا مباشرا للاحترام اللائق للموتى[4].

2- جريمة الاعتداء على المقابر والمدافن.

وهي الجريمة التي تحمي المقابر والأضرحة وأماكن الدفن وكذا النصب والمعالم والشواهد التي تخلد ذكرى الأموات وأرواحهم، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمواد 150 و151 و160 مكرر 6 من قانون العقوبات، ويتعين لقيام الجريمة توافر الركنين المادي والمعنوي.

---

[1] TGI Arras, 27 oct. 1998, *D. 1999, 511*, note X. Labbée, *La jeune défunte face à son violeur*, Recueil Dalloz, 1999, p. 511.

[2] Crim. 25 oct. 2000, n° 00-82.152*, Bull. crim. n° 318, D. 2001*, 1052, note, T. Garé.

[3] Crim. 30 août 1877*, Bull. Crim., n° 212*; Crim. 10 janv. 1902, *Bull. crim., n° 19*; Crim. 13 juill. 1965*, Bull. crim., n° 175.*

[4] Crim. 25 oct. 2000, n° 00-82.152*, Bull. crim., n° 318.*

توصف جريمة انتهاك حرمة الجثة بأنها جنحة، غير أن القانون يفرق من حيث الجزاء بين عدة حالات:

الحالة الأولى: دفن الجثة أو إخراجها خفيتا، وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 152 من قانون العقوبات، التي يعاقب عليها المشرع بالحبس بثلاثة أشهر إلى سنة وغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج.

الحالة الثانية: تدنيس أو تشويه الجثة، وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 153 من قانون العقوبات، التي يعاقب عليها بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج.

الحالة الثالثة: إخفاء الجثة، وهي الحالة المنصوص عليها وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 154 من نفس القانون، التي يعاقب عليها المشرع بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة بين 20.000 دج و100.000 دج.

ويتطلب الركن المادي للجريمة قيام الجاني بفعل مادي ينصب على الأماكن والرموز المتعلقة بالدفن أو حفلات المآتم يؤدي بطبيعته إلى المساس بالاحترام اللائق للموتى، وقد أعطى المشرع بعض صوت الاعتداء منها تهديم وتخريب وتدنيس القبور أو نبشها بأية طريقة كانت وبصفة عامة كل عمل من شأنه المساس بحرمة الموتى بالمقابر. وقد اعتبار القضاء مثلا أن أركان الجريمة تتوافر في حق الشخص الذي قام بالتحطيم العمدي للمزهريات الموضوعة على القبور[1]، وكذا الشخص الذي قام برشق الأضرحة الحجارة كما ذهب القضاء الفرنسي أيضا إلى أن الجريمة تقوم في حق الجاني الذي قام بتدنيس المقامات والجداول المدون عليها أسماء الموتى بالمقبرة العسكرية[2]، وتقوم الجريمة أيضا في حق الشخص الذي قام بتدنيس الشارات والرموز الدينية بالقبور[3].

وليس الهدف من النصوص العقابية حماية المجسمات والشواهد والأحجار في حد ذاتها، وإنما الغرض من التجريم حماية الاحترام اللائق للموتى وذكراهم، لذا فإن القضاء اشترط دائما في قيام الركن المعنوي للجريمة توافر القصد الجنائي لدى الفاعل المتمثل في نية انتهاك حرمة الأموات الذين يرقدون في تلك المقابر والتقليل من شأن الاحترام الواجب لهم بغض النظر عن الدافع لارتكاب الجريمة[4].

هذا ويستخلص من خلال مجمل المبادئ والأحكام العامة التي تم التطرق إليها، والتي تحمي الإنسان في مثواه الأخير، تبين بأن المشرع يحرص على حماية كرامة الشخص البشري حتى بعد الموت، ولو أن الجسم البشري لم تتمتع بصفة الكائن البشري بعد خروج الروح منه، وأن وصفها بالأشياء ذات الطابع الإنساني، يعطي لها الحق في هذه الحماية القانونية، وهذا يعد امتداد منطقي لمبدأ الكرامة الإنسانية، الذي يترتب عليه منح الجثة حرمتها الخاصة، غير أن بعض الأعمال الطبية التي أصبحت تجرى على الجثث وتؤدي أحيانا إلى تشويهها، والتي أضحت تطرح التساؤلات حول مدى مطابقتها لمبدأ

---

[1] Crim. 8 févr. 1977*, Bull. crim., n° 52, RSC, 1977, 580.*

[2] T. Enfants Caen, 5 mai 1966, D. 1966, Somm. 100, Gaz. Pal., 1966, 2, 24

[3] Crim. 8 févr. 1977*,* préc.

[4] LACROIX Caroline, *Sépulture*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, septembre 2009, p. 05.

يفرق المشرع بين ثلاثة حالات أيضا:

الحالة الأولى: تدنيس أو تخريب القبور: الفعل المنصوص عليها في المادة 150 من قانون العقوبات، ويعاقب عليها بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

الحالة الثانية: الأعمال الأخرى الماسة بالحرمة الواجبة للموتى بالقابر وأماكن الدفن: الفعل المنصوص عليها في المادة 151 من قانون العقوبات، ويعاقب عليها بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج.

الحالة الثالثة: تدنيس مقابر الشهداء: الفعل المنصوص عليه بالمادة 160 مكرر 6 من نفس القانون، ويعاقب عليه بالحبس من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج.

احترام الجسد الإنساني، ومن بينها عمليات التشريح الطبي التي تطرح التساؤلات المستمرة حول ضوابطها وأخلاقياتها؟

المطلب الثاني
تشريح الجثة بين حالة الضرورة وحرمة الميت

تشريح الجثة أو الفحص ما بعد الوفاة، هو إجراء طبي يقوم فيه الطبيب بفحص دقيق للجثة لتحديد سبب وطريقة الوفاة وظروفها أو تقييم أي مرض أو إصابة قد تكون حدثت للشخص. ولا يقتصر تشريح الجثة في الكشف عن الحقيقية، وإنما تستعمل أيضا لدراسة حالات باثولوجية معينة أو إجراء دراسات علمية. والأكيد أن هذا العمل الجراحي يعد ضروريا في مساعدة القضاء في الكشف عن الحقيقة أو تطوير البحث العلمي. لكن من جهة أخرى، تؤدي عمليات التشريح إلى تشويه المظهر الخارجي للجثة، ما يعد مساسا بحرمة الميت. لهذا حاول التشريع والقضاء إيجاد نوع من التوازن بين متطلبات المصلحة التي تسعى إلى تحقيقها عملية التشريح، وعدم المساس بالجثمان، ووضع ضوابط أخلاقية لعمليات التشريح مراعاة لمشاعر أقارب الميت.

الفرع الأول
أهمية التشريح وتأثيره على مظهر الجثة

رغم أهمية عملية التشريح الطبي أو الجنائي، فإنها تؤدي في النهاية إلى إلحاق الضرر بجسد الميت، لكن تلك التشوهات التي تطال مظهر الجثة تختلف بين الحالات التي يكتفي فيها الطبيب الشرعي بالفحص الخارجي، إلى الحالات التي تتطلب إجراء الفحوص الداخلية. وعلى العموم، يتعين قبل اتخاذ قرار تشريح الجثة الأخذ بعين الاعتبار ثلاثة مبادئ أساسية، الأولى تتمثل تحقيق المصلحة العامة وثانيا مبدأ عدم انتهاك سلامة الجسد، وأخيرا مبدأ الموافقة المسبقة للشخص أو لأقاربه تجاه أي عمل جراحي يمس بجثمانه. وتبعا لذلك يتعين أولا تحديد أهمية تشريح الجثة، ثم آثار عملية التشريح على مظهر الجثة، وأخيرا التنظيم القانوني لعملية التشريح.

أولا: أهمية تشريح الجثة.

تهدف عمليات تشريح الجثة إلى تحقيق المصلحة العامة وليس المصلحة الشخصية للأفراد، وتتمثل تلك الفائدة في مساعدة في الكشف عن الحقيقة أو التعرف على هوية الأشخاص، ولعملية التشريح فائدة كبيرة في مجال البحوث الأكاديمية في العلوم الصحية والوبائية.

1- مساعدة القضاء في الكشف عن الحقيقة.

تعد عملية تشريح الجثة من الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات التي يلتجئ إليها القضاء في الكشف الحقيقة إذا اقتضت مصلحة التحقيق الجنائي ذلك وتحديد العلاقة السببية بين الفعل المجرم والنتيجة المتمثلة في إزهاق الروح أو في حالة وجود شبهة جنائية وراء الموت المشبوه. وغالبا ما ينصب هذا النوع من التشريح على الجثث التي توفي أصحابها حديثا، كما يمكن أن يجرى على الجثث التي يتم إعادة استخراجها من القبر بعد مدة من عملية الدفن[1].

ويبحث الطبيب الشرعي أيضا عن الوسائل المستخدمة في القتل، وفحص الجثة للوقوف على التغيرات التي تطرأ عليها بعد الوفاة، بالإضافة إلى تحديد كيفية حدوث الموت وتاريخها، والمدة التي انقضت من تمام الجريمة إلى تاريخ الكشف عليها، ويبحث كذلك عن الظروف التي صاحبت الوفاة وحجم الأضرار التي لحقت بالضحية، كما يبحث الطبيب على وجود علامات بجسم المجني عليه تدل على حالة الدفاع عن النفس أو وجود جروح يرجع سببها إلى طلقات نارية وتحديد نقاط خروج الطلقات ومسافة الرمي ومسار العيار الناري، وعلامات الاختناق أو والندبات الناتجة عن الاعتداء الجسدي بالسلاح الأبيض والأدوات الحادة وغيرها.

بالإضافة إلى ذلك، يعد هذا النوع من التشريح مهم في حالات التعرف على هوية الأشخاص المتوفين لأسباب مختلفة، كحالة الغرق في عرض البحر والبرك المائية والأشخاص المفقودين في الكوارث الطبيعية الكبرى أو حالات الانتحار. وقد يشمل للتشريح الطبي الشرعي الحصول على العينات البيولوجية من الميت لاختبار التسمم، بما في ذلك محتويات المعدة، أو انتزاع عينات بيولوجية

[1] تتعرض الجثة خلال بعد عملية الدفن للتفسخ الذي تختلف شدته باختلاف الأحوال البيئية المحيطة بالجثة من حرارة ورطوبة إضافة إلى نوع التربة التي دفنت فيها الجثة، ويؤدي التفسخ إلى تخرب الأنسجة الرخوة في الجثة وانتفاخها بالغازات العفنة مما يفقد الجثة معالمها الأصلية ويجعل التعرف على هوية المتوفى اعتمادا على المظهر الخارجي صعبا، إلا أن العظام التي تقاوم التفسخ تحتفظ بشكلها وقد تكون مفيدة في القضايا الطبية الشرعية أو في التعرف عندما تكون الجثة مجهولة الهوية.

لاختبار الحامض النووي. ويلجئ إلى عملية التشريح الجنائي في حالات الموت المفاجئ، حيث لا يتمكن الطبيب من كتابة شهادة وفاة لعدم معرفة المسبب، أو عندما يعتقد أن الموت هو لسبب غير طبيعي.

ولذلك رأى الفقه بأن التشريح الجنائي يصون حكم القاضي من الخطأ، لأن القاضي قد يخطئ في الحكم في ظل عدم وجود الدليل، ومع التشريح فإن القاضي يهتدي إلى الحقيقة، ويظل تقرير الطبيب الشرعي بنتيجة التشريح من أقوى القرائن التي تساهم في حل كثير من القضايا كدليل إثبات أو نفي مع ما فيها من أخطاء شخصية أو علمية ومثلها في ذلك مثل أي تخصص طبي آخر. ولا شك أن في هذا النوع من التشريح يحقق مصلحة الجاني من نفي الجريمة عنه ولمصلحة ذوي حقوق المجني عليه لمعرفة الفاعل، ولمصلحة المجتمع في الوصول للحقيقة ومتابعة مرتكبي الجرائم[1].

2- الفوائد الطبية والعلمية.

فضلا على التشريح الجنائي، هناك نوع آخر من تشريح الجثث وهو التشريح الطبي، ويقسم هذا الأخير إلى تشريح سريري وتشريح علمي. أما النوع الأول يتمثل في قيام الطبيب المختص بتشريح الجثة المصابة لدراسة التغيرات المرضية التي طرأت على بنية الخلية والأنسجة والأعضاء والأسباب المؤدية إلى ذلك، ومعرفة مدى تأثير ذلك المرض على المتوفى، والقول ما إذا كان وباء أو غير ذلك، حتى تتمكن المصالح المكلفة بالصحة من اتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة للحد من انتشار ذلك الوباء الذي قد يهدد الصحة العمومية وسلامة الأشخاص وتحسين مستوى الرعاية الصحية، لاسيما إذا كان المرض الذي سبب الوفاة لا يزال مجهولا[2].

ويتم إجراء التشريح المرضي عادة من قبل الفريق الطبي المعالج أو الأطباء المختصون في الأمراض الوبائية، لرفع الملاحظات التي تمت أثناء المرض لمعرفة الأسباب الطبية للوفاة، وحدة انتشارها وتأثيرها، والتشريح الإكلينيكي يساعد الأطباء على التعرف على المرض ليوجهوا عناية المسئولين عن الصحة إلى الخطر المحدق، ومن ثم فإن هذا النوع من التشريح، يدخل ضمن التدابير الاحتياطية لمعرفة الأوبئة التي تهدد صحة وحياة الإنسان، فهو بذلك من الأعمال الوقائية في مكافحة الأمراض.

---

[1] خالد الوهابي، تشريح الميت يكشف الوفيات الطبية والجنائية، جريدة الرياض، بتاريخ 2015/08/21، عدد 17224.

[2] فضل الله ممتاز، الأحكام الفقهية المتعلقة بتشريح جثة المقتول، مقال منشور في موقع الملتقى الفقهي، بتاريخ 2012/12/11. /http://fiqh.islammessage.com

ويساهم هذا النوع من التشريح كذلك في معرفة الأخطاء الطبية سواء في التشخيص أو العلاج، وهذا في سبيل التحسين المستمر للمنهاج الصحية. فالدراسات أظهرت بأن نسبة كبيرة من شهادات الوفاة لم يتوصل الأطباء فيها لكشف الأسباب الحقيقية للموت، وأن عمليات تشريح الجثث أظهرت عدم صحية الكثير من استنتاجات الأطباء حول أسباب الوفاة. ومن جانب آخر، فإن الوفاة قد تكون حدثت نتيجة لخطأ طبي حقيقي ولكن مجريات الأحداث والتفاصيل المدونة بالملف لا تكشف ذلك بشكل دقيق فعند وفاة أي مريض في مستشفى[1].

أما النوع الثاني، فهو التشريح التعليمي أو الأكاديمي، الذي يدخل ضمن البحث العلمي ويهدف هذا النوع من التشريح إلى معرفة تركيبة الجسم وأعضائه لتعليم طلبة الطب، وتتم عملية التشريح تحت إشراف الأطباء الأستاذة. ويشكل هذا النوع من التشريح الركيزة الأساسية لتقدم العلوم الطبية، فكلما امتلك الطب معرفة تشريحية أوفر، كان نصيبه من النجاح في معالجة الأمراض أكبر، ففي التشريح التعليمي تجرى دراسات دقيقة لتركيبات أعضاء البدن ووظائفها والعلاقات بينها[2].

ثانيا: عملية التشريح تؤدي إلى تشويه الجثة.

تصنف عمليات التشريح من الأعمال الجراحية التي تنصب على الجثة أو أجزاء من جسم الميت، ومهما بلغت مهارة الطبيب المشرف على عملية التشريح، فإن العملية سوف تؤدي في النهاية إلى تمزيق الجثة وتشويه مظهرها الطبيعي. لكن الأضرار التي تلحق بجسد الميت تختلف في جسامتها بالنظر إلى حجم عملية التشريح في حد ذاتها التي تقسم بين التشريح الخارجي والتشريح الداخلي، وللطبيب السلطة التقديرية في اختيار طريقة الفحص خاصة إذا كان الأمر يتعلق بالتشريح الجنائي، طبقا لمبدأ الاستقلال المهني.

1- الفحص الخارجي للجثة.

لا يؤثر الفحص الظاهري أو الخارجي للجثة على الصورة الجسدية، ولا يحدث في الغالب أي تقطيع أو تشويه للجسد، حيث يقتصر فيه الطبيب على إجراء فحوصات سطحية أو بواسطة الأشعة أو المنظار، وتدوين أهم الملاحظات حول الحالة العامة للجثة مع انتزاع بعض العينات البيولوجية أو الأجسام الغريبة اللاصقة بالجسم التي يكن أن تشكل دليل إقناع.

---

[1] خالد الوهابي، المرجع السابق.

[2] فضل الله ممتاز، المرجع السابق.

ويأخذ الفحص الخارجي أهمية بالغة في القضايا الطبية الشرعية لاسيما في الوفيات الناجمة من تدخل خارجي، وذلك خلافا لما هو الأمر في تشريح جثث المتوفين بسبب إصابتهم بإحدى الحالات المرضية. وعلى سبيل المثال، إذا تطلب تشريح الجثة في القضايا الطبية الشرعية التعرف على هوية المتوفى، وجب أن يتناول الفحص الظاهري ملابس الجثة وظاهر الجثة، وما فيها من تبدلات تحدث عادة بعد الوفاة كالزرقة الموتية وأماكن توضعها والصمل الموتي، وكيفية توزعه ودرجة التفسخ الذي أصاب الجثة ودرجة الحرارة، ويسجل المعلومات التي تساعد في التعرف على جنس المتوفى وطول قامته ولون جلده وشعره وعينيه، وعمره التقريبي وحالته الفسيولوجية من بدانة أو نحافة، إضافة إلى العلامات الفارقة التي قد توجد على جسمه من وشوم وندبات أو تشوهات خلقية أو مكتسبة.

ثم ينتقل الطبيب بعد ذلك إلى وصف علامات العنف الخارجية كالجروح الرضية والجروح القاطعة والكدمات والسحجات والحروق والكسور، مبينا أماكن وجودها وأبعادها وصفاتها الشكلية التي تساعد على تعيين الآلة أو السلاح الذي أحدثها. ويسجل الطبيب مواقع هذه الآفات وقياساتها واتجاهاتها على رسم تخطيطي يمثل الوجه الأمامي وآخر يمثل الوجه الخلفي لجسم الإنسان ويلحق هذه المخططات بتقريره النهائي. ويوجه الطبيب عناية خاصة لفحص بعض النواحي ذات الأهمية الطبية الشرعية كفروة الرأس والعنق واليدين والعينين والناحية الشرجية والأعضاء التناسلية الظاهرة والفوهات الطبيعية كالفم والأنف والأذنين التي قد تكون مقراً لأذيات رضية أو تبدلات مرضية بالغة الأهمية في تعرف سبب الوفاة وتدل على طبيعة العنف الذي قد يكون الشخص تعرض له قبيل وفاته[1].

2- الفحص الداخلي للجثة.

يعتبر الفحص الداخلي للجثة أكثر تأثيرا على المظهر الجسدي، وينبغي أن يؤدي الفحص الداخلي بحثا عن أدلة داخلية للإصابة، وإلى توضيح الفحص الخارجي وتعزيزه. ولهذه الغاية يقوم الطبيب المكلف بعملية التشريح بفتح الجسم بواسطة المعدات الجراحية المخصصة لهذا الغرض، إما حسب باحات الجسم أو حسب أجهزته التي تشمل الجهاز القلبي الوعائي والجهاز التنفسي والجهاز البولي التناسلي وغيرها، وتنتزع الأعضاء الضرورية للعملية.

وقد لا يكشف فحص الجثة عن سبب الوفاة وهو الغاية الرئيسية من هذا الإجراء، مما يستدعي اللجوء إلى بعض الفحوص المخبرية المتممة التي تساعد على توضيح الرؤية. ولعل أهم هذه

[1] زياد درويش، الموسوعة العربية، المجلد السابع، طب شرعي، الجثة (فتح –)، ص 487. https://www.arab-ency.com

الفحوص في القضايا الطبية الشرعية هو الفحص السمي. تؤخذ لهذه الغاية عينات من الدم والبول ومحتويات المعدة إضافة إلى أجزاء من الأحشاء المختلفة، ولاسيما الكبد والرئتين والقلب والدماغ والكلى لتحري السموم فيها. كما تؤخذ عينات من الأحشاء للفحص النسجي والكشف عما فيها من آفات مرضية مجهرية لا يكشفها الفحص وتكون هي السبب في حدوث الوفاة. أما في حالات الوفاة التي تتم في المستشفيات، فكثيرا ما تؤخذ عينات من الدم والرئتين والدماغ وغيرها من الأعضاء للتفتيش عما فيها من آفات جرثومية أو فيروسية كانت السبب في الوفاة[1].

3- التشريح الافتراضي للجثة لتجنب تشويه الجسم.

التشريح الافتراض للجثة Autopsies virtuelles ou virtopsy هو أسلوب حديث يستخدم في مجال الطب الشرعي أو الدراسات الأكاديمية، تم ابتكاره سنة 1998 من قبل طبيب التشريح الأمريكي Gil BROGDON، وتم استعماله لأول مرة من طرف الدكتور Richard DIRNHOFER رئيس معهد الطب الشرعي في جامعة برن السويسرية سنة 2007، ثم بدأت في الانتشار في العديد من الدول المتطورة، وأصبح يحتل مكانة مهمة في تخصص الطب الشرعي، ويحل تدريجيا محل الأساليب الجراحية التقليدية. ويعتمد التشريح الافتراضي بالأساس على استعمال التكنولوجيا الطبية المتطورة في فحص الجثث بواسطة التصوير بالأشعة أو التنظير الداخلي والتصوير الحراري. وتصنف تلك الأساليب من إجراءات النفاذ الطفيفة بالجسم، وتتم العملية باستخدام جهاز مسح للحصول على وثائق ثلاثية الأبعاد بالألوان، كما يتم التصوير الأشعة المقطعي على عينات لإجراء التحليلات التشريحية، لتعويض العمليات العادية لجمع وتخزين العينات البيولوجية.

ولهذه التكنولوجيا الجديدة عدة مزايا فهي تمكن الأطباء من الحفاظ على الجثة وتجنب تشويهها وانتزاع الأعضاء والأحشاء والأنسجة منها، كما يتمكن الأطباء من تجميع النتائج بصورة كاملة في وسائط الكترونية، والحصول على بيانات من أجزاء يصعب تشريحها والوصول إليها بالجراحة التقليدية أو في حالة تحلل متقدمة، وكذا الحصول على صورة كاملة للأعضاء والأجهزة الجسدية تتطابق مع الفحص الظاهري للجثة. وتعد إجراءات التشريح الافتراضية مهمة في ربح الوقت وقياسية لتجميع البيانات، وتمكن أيضا من الحصول على عينات عالية الدقة وغير ملوثة، بالإضافة إلى الحصول على وثائق ثلاثية الأبعاد لإعادة تمثيل دقيق للطب الشرعي، وتبسيط عملية تقييم الأدلة، وتمكن المعطيات المحفوظة من إعادة فحص مجموعة البيانات الكاملة في أي وقت، حتى بعد دفن الجثة لتجنب إعادة

[1] زياد درويش، المرجع السابق، ص 488.

استخراج الرفات من القبر أو إجراء خبرة مضادة. وبصفة عامة، تساهم هذه الطريقة في تجنب التشوهات التي تلحق بالجسم البشري، لذا فإنها تعد أكثر تقبلا من طرف العائلات، وسوف تحدث بلا شك ثورة في مجال الطب الشرعي، لهذا بدأ البعض ينادي بضرورة دعم استعمال الوسائل الطبية الحديثة في مجال الطب الشرعي، التي تجنب المساس بحرمة الجثة[1].

ثالثا: مشروعية عمليات تشريح الجثة.

المتصفح لمختلف القوانين التي تحدثت عن عملية التشريح يلاحظ بأن المشرع حاول الموازنة بين المنافع التي تحققها عملية التشريح في التحقيقات الجنائية والأبحاث الطبية، ونتائجها السلبية على الكيان الجسدي للإنسان رغم أن مآلها الدفن، وقام بضبط عمليات التشريح بشروط قانونية، وكان للفقه الإسلامي موقف من عمليات تشريح الجسد.

1- موقف التشريع.

يجد التشريح الجنائي سنده القانوني في المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها، التي أشارت بأنه يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية، بناء على طلب من السلطات العمومية في إطار الطب الشرعي أو طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي. ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 من المادة 164 من هذا القانون. وأضافت المادة 165 من قانون الصحة العمومية بأنه يمنع انتزاع الأعضاء البشرية، في الحالة التي تؤدي إلى إعاقة عملية التشريح. وواضح من خلال قراءة المادتين أن المشرع اعتد بالتشريح الجنائي وكذا بالتشريح العلمي وفقا للشروط الخاصة بالتجارب الطبية على الجثة المتمثلة خاصة في موافقة الأقارب والترخيص من اللجنة المختصة.

وتضمن مشروع القانون التمهيدي المتعلق بالصحة عدة أحكام خاصة في إطار ممارسة الطب الشرعي، وأخذت هذه الوثيقة بالأنواع الثلاثة للتشريح، ويتعلق الأمر بالتشريح الجنائي الذي يكون في حالة الوفاة المشكوك فيها أو باستعمال العنف أو العثور على الجثة في الأماكن العمومية. والتشريح العيادي الذي يكون في حالة وفاة شخص نتيجة إصابة بمرض معدي يهدد بشكل خطير الصحة

[1] Le Figaro, Santé, *La révolution des autopsies virtuelles*, 29/01/2016 ; La Croix, *Pratiquer l'autopsie avec le respect dû au mort*, 02/11/2010.

العمومية[1]. والتشريح العلمي أو البيداغوجي[2]. ويفهم من هذه النصوص بأن المشروع المقترح خول للسلطات القضائية إجراء تشريح الجثة إذا كانت الوفاة مشكوك فيها، وأعطى للسلطات المكلفة بالرعاية الصحية صلاحية تشريح الجثة لأغراض طبية ومعرفة الأسباب الحقيقية للوفاة وظروفها، وأزال مشروع القانون بذلك الغموض الذي كان يكتنف عمليات الإكلينيكي التي لم يتطرق إليها قانون حماية الصحة وترقيتها.

كما أشارت المادة 82 من قانون الحالة المدنية إلى أنه: "إذا لوحظت علامات أو آثار تدل على الموت بطرق العنف أو بطرق أخرى تثير الشك، فلا يمكن إجراء الدفن إلا بعد أن يقوم ضابط الشرطة بمساعدة طبيب بتحرير محضر عن حالة الجثة والظروف المتعلقة بهذه الوفاة وكذا المعلومات التي استطاع جمعها حول أسماء وألقاب الشخص المتوفى وعمره ومهنته ومكان ولادته ومسكنه"، بحيث يمارس الطبيب الشرعي مهامه في هذه الحالة بناءا على تسخيره أو أمر بندب خبير من السلطات القضائية المختصة، وجاء في المادة 62 من قانون الإجراءات الجزائية: "...ينتقل وكيل الجمهورية إلى المكان إذا رأى لذلك ضرورة ويصطحب معه أشخاصا قادرين على تقدير ظروف الوفاة..."، فالشخص القادر على تقدير ظروف الوفاة هو الطبيب الشرعي. وقد تنصت المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية كذلك بأنه يجوز لقاضي التحقيق ندب خبير أو خبراء.

ومن جانبه، أجاز المشرع الفرنسي بموجب المادة 230 – 28 من قانون الإجراءات الجزائية إجراء التشريح على الجثة بغرض الكشف عن الحقيقية في إطار التحريات الأولية أو التحقيق القضائي، مع إمكانية انتزاع عينات بيولوجية إذا اقتضت ضرورة التحقيق ذلك[3]، كما أجاز المشرع الفرنسي من خلال قانون الصحة العمومية إجراء التشريح لأغراض علمية، وسمح بصفة استثنائية بإجراء التشريح الإكلينيكي لدواعي تتعلق بحماية الصحة العمومية، حتى في حال رفض الشخص إجراء عملية التشريح،

[1] تنص المادة 287 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "في حالة وفاة مشبوهة أو عنيفة أو وفاة في الشارع وفي حالة وفاة بمرض متنقل يمثل خطرا كبيرا على الصحة العمومية، لا يسلم الطبيب المعني إلا شهادة لإثبات الوفاة ويخطر السلطات المختصة للقيام بالفحص الطبي الشرعي للجثة مع احترام الإجراءات التنظيمية المعمول بها".

[2] تنص المادة 291 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "يمكن القيام لغايات بيداغوجية وعلمية، بتشريح الجثث غير المتعرف عليها وغير المطلوبة من طرف أسرها في الآجال المحددة والتي يمكن، قانونا، أن يضعها النائب العام المختص إقليميا تحت تصرف المراكز المرجعية".

[3] Art. 230-28 C. *proc* pén «-Une autopsie judiciaire peut être ordonnée dans le cadre d'une enquête judiciaire en application des articles 60,74 et 77-1 ou d'une information judiciaire en application des articles 156 et suivants ».
« Elle ne peut être réalisée que par un praticien titulaire d'un diplôme attestant de sa formation en médecine légale ou d'un titre justifiant de son expérience en médecine légale.
« Au cours d'une autopsie judiciaire, le praticien désigné à cette fin procède aux prélèvements biologiques qui sont nécessaires aux besoins de l'enquête ou de l'information judiciaire.

إذا لم توجد طريقة أخرى يمكن من خلالها تشخيص الحالة المرضية التي أدت للوفاة[1]. وكانت محكمة Nantes الإدارية قد أكدت بأن عملية تشريح الجثة التي تم إجرائها وفقا للقواعد القانونية المنوه عليها في قانون الصحة العمومية، لا تعد اعتداء على حصانة الجثة ولا على حرمة الجنس البشري[2].

2- موقف الفقه الإسلامي.

رغم عدم ورود نص قطعي في القرآن الكريم والسنة النبوية، يفيد تحريم التشريح أو إباحته فإن أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية يرون بجواز إجراء تشريح الجثة من أجل مساعدة القضاء في الكشف عن الحقيقة[3]. وقد أفتى المجمع الفقهي الإسلامي بدورته العاشرة بجواز تشريح جثث الموتى للتحقيق في دعوى جنائية لمعرفة أسباب الموت أو الجريمة المرتكبة، وذلك عندما يشكل على القاضي معرفة أسباب الوفاة ويتبين أن التشريح هو السبيل لمعرفة تلك الأسباب، وكذلك تشريح المرضى للتحقق من الأمراض التي تستدعي التشريح، ليتخذ على ضوئه الإجراءات الواقية والعلاجات المناسبة، وكذلك لغرض التعليم كما في كليات الطب.

ووضع المجمع الضوابط الشرعية لعملية التشريح لأغراض التعلم، تتمثل في أن تكون الجثة لشخص معلوم وان يأذن هو قبل موته أن يأذن ورثته بعد وفاته، وأن يقتصر التشريح على قدر الضرورة وان تتولى مختصات تشريح النساء إلا إذا لم يتوفر ذلك، كما اشترط المجمع أن يتم دفن جميع الأعضاء بعد الانتهاء من التشريح[4].

---

[1] « Les autopsies sont dites médicales lorsqu'elles sont pratiquées, en dehors du cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire, dans le but d'obtenir un diagnostic sur les causes du décès. Elles doivent être pratiquées conformément aux exigences de recherche du consentement ainsi qu'aux autres conditions prévues au chapitre II du titre III du présent livre. Toutefois, à titre exceptionnel, elles peuvent être réalisées malgré l'opposition de la personne décédée, en cas de nécessité impérieuse pour la santé publique et en l'absence d'autres procédés permettant d'obtenir une certitude diagnostique sur les causes de la mort. Un arrêté du ministre chargé de la santé précise les pathologies et les situations justifiant la réalisation des autopsies médicales dans ces conditions.»

[2] «.. L'autopsie réalisée dans le respect des règles de l'art. L. 671-9 [devenu art. L. 1232-3] CSP ne saurait être regardée comme une atteinte à l'intégrité du cadavre ou à l'intégrité de l'espèce humaine. » TA Nantes, 6 janv. 2000, *D. 2000, IR 101 ; JCP, 2000, II, 10396, note S. Prieur*.

[3] العربي بلحاج، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، 87.

[4] قرار مجمع الفقه الإسلامي، بشأن تشريح جثث الموتى، الدورة العاشرة، مكة المكرمة، من 1987/10/17 إلى 1987/10/21، تحت رقم 48 (19/10).

ورأت هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية أن مفسدة انتهاك حرمة الجثة مغمورة في جنب المصالح الكثيرة المتحققة بالتشريح، سواء كان الشخص معصوما أم لا، ولذلك أجازت إجراء التشريح للغرض الجنائي والمرضي، أما من ناحية التشريح لغرض التعليم فقد أجازها من ناحية إجرائها على جثث أموات غير معصومة[1].

الفرع الثاني
أخلاقيات تشريح الجثة

رغم مشروعية عمليات التشريح من الناحية القانونية والدينية، لكن المساس بالجثمان لا تحظى دائما في مجتمعنا بتقبل سهل من طرف عائلات المتوفين وذويهم، لإدراكهم بأن عملية التشريح قد تتسبب في تغيرات فسيولوجية للجثة أو تشوهات هامة، حتى لو كان الغرض تحقيق المصلحة العامة، وهذا راجع لاعتبارات ثقافية واجتماعية التي تسيطر عليها فكرة قدسية جسم الإنسان، فعائلة الميت ترغب دوما بالحفاظ على الحالة الطبيعية لجسد فقيدهم.

ومن أجل التخفيف من حدة الأضرار المعنوية التي قد يسببها مظهر الجثة المشوه لأهل الميت، أصبحت التوجهات القانونية والقضائية الحديثة تسعى إلى تكريس التزامات أخلاقية للطبيب، من أجل المحافظة على سلامة الجسم، وضمان الاحترام اللائق لاعتبار الموتى وكرامتهم، بالإضافة إلى ذلك تسعى هذه النظرة الجديدة إلى إعطاء أقارب المتوفى حقوق إضافية على الجثمان احتراما لمشاعرهم.

أولا: التزامات الطبيب تجاه الجثة.

لقد تبين فيما سبق بأن الجثة لها علينا مطلب أخلاقي يلزمنا باحترامها، فرغم أنها لم تعد حضورا بشريا فهي تذكرنا مع ذلك في الروح التي كانت تخللها ذات مرة، وتبحث الأخلاق الطبية المعاصرة في كيفية مواجهة المشاكل الناجمة عن عملية التشريح، في ظل غياب أحكاما واضحة تتعلق بالتزامات الأطباء المكلفين بهذه العملية، فمن الناحية الأخلاقية يتعين على الطبيب إجراء عملية في أسرع وقت، حتى لا تبقى الجثة قابعة في بغرف حفظ الجثث بالمستشفيات لمدة طويلة، ويتعين عليه الالتزام بأخلاقيات الطب وأصول المهنة، وأخيرا ضمان أحسن ترميم ممكن للجثة.

[1] قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، بتاريخ 1396/8/20 هـ، تحت رقم 47.

1- الإسراع في عملية التشريح.

من أهم حقوق الميت التعجيل في دفنه، ويجد هذا المبدأ تبريره في مجال الصحة العمومية لتجنب تعفن الجثة وانتقال الأمراض المعدية، لهذا أوصى الدين الإسلامي الحنيف بذلك الأمر وجعل من حقوق الميت هو الإسراع بتجهيزه والصلاة عليه ودفنه، وألا يؤخر تأخيرا كثيرا، لما روى البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قام : "وأسرعوا بالجنازة، فإن تك صالحة فخير تقدمونها إليه، وإن تك غير ذلك فشر تضعونه عن رقابكم"[1]، ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "إذا مات أحدكم فلا تحبسوه وأسرعوا به إلى قبره"[2]، والمراد بالإسراع بالجنازة ما يعم غسلها وتكفينها وحملها والمشي معها.

ورغم أن القانون لم يحدد مدة زمنية معينة لدفن الميت وترك الأمر بيد بأفراد العائلة، ولم يلزم أيضا الطبيب الشرعي بمدة زمنية محددة لإنجاز عملية التشريح، فإن المدة الزمنية التي تستغرقها عملية التشريح تختلف بحسب أهمية ونوعية التشريح المراد إجرائه، وبالنظر إلى عدد عمليات التشريح التي تنتظر الطبيب. لكن يتعين على الطبيب أخلاقيا ألا يعطل في إجراء عملية تشريح الجثة وألا يتركها طويلا في مصلحة حفظ الجثث، حتى يمكن أفراد عائلته من توديع جثمان المتوفى ودفنه في أسرع وقت، وأن التزامه هذا نابع أولا من أخلاقيات المهنة.

فمن غير المقبول الاحتفاظ بالجثث لأشهر طويلة وسنوات عديدة دون تسليمها لذويها أو دفنها إذا كانت مجهولة الهوية، ما يعرضها للتعفن، لهذا السبب دعا البعض إلى ضرورة إيجاد حل لهذه المعضلة بإصدار نصوص قانونية واضحة تلزم الجهات المعنية بالتصرف في الجثث المكدسة بثلاجات الموتى، وتحديد مدة غير طويلة تسمح بالاحتفاظ بها إلى حين استكمال الإجراءات، مع توضيح آلية التعامل مع هذه الجثث. وإذا انتهت الفترة المتاحة، يخول للجهات المختصة بمنح الترخيص بالدفن، خاصة مع وجود البدائل للاحتفاظ بالجثث كالبصمة الوراثية، لأن بقائها تنتظر دون دفن يشكل انتهاكا لكرامة الميت[3].

---

[1] رواه البخاري (1315)، ومسلم (944).

[2] رواه الطبراني، المعجم الكبير، (13195).

[3] أنظر على سبيل المثال، جريدة الفجر، جثث في قاعات الانتظار، 2009/10/06؛ الشروق، قصص غريبة لجثث تنتظر الدفن منذ سنوات، 2014/01/09.

لهذا السبب تقرر بموجب مشروع القانون التمهيدي للصحة، عدم الاحتفاظ بجثمان المتوفى على مستوى مصلحة حفظ الجثث لمؤسسات الصحة أكثر من خمسة عشر يوما، ويمكن لوكيل الجمهورية المختص إقليميا تمديد هذا الأجل بخمسة عشر يوما آخر، وبعد انقضاء هذا الأجل، يقرر بشأن مآل الجثمان[1]. فيما سيكون بإمكان مصالح الطب الشرعي استعمالها لغاية علمية وبيداغوجية، بتشريح الجثث غير المتعرف عليها وغير المطلوبة من طرف أسرها في الآجال المحددة والتي يمكن أن يضعها رئيس المحكمة العليا تحت تصرف المراكز المرجعية[2].

2- الالتزام بأخلاقيات الطب.

إن المتصفح لأحكام المرسوم التنفيذي 92 – 276 المتعلقة بأخلاقيات الطب، يتبين أنه ركز على تنظيم العلاقات التي تجمع الطبيب بالمريض، دون أن يتضمن أحكام صريحة تعنى بعملية تشريح الجثث سواء تمت العملية بطلب من السلطات القضائية أو في إطار البحث العلمي أو لأسباب طبية. ولا توجد نصوص تؤكد بصفة صريحة ما إذا كانت أحكام أخلاقية الطب تسري على عمليات التشريح وتنظم العلاقة التي تجمع الطبيب بالأموات، لم يحدد المرسوم التنفيذي رقم 16 – 77 المؤرخ في 2016/02/24 المحدد للقواعد المتعلقة بالدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة الدفن، الضوابط الأخلاقية لعملية التشريح ما عدى شروط التبريد الملائمة عند نقل الجثة تجنبا لتعفنها، وفي هذا يمكن القول بأن أخلاقيات الطب التي تشمل مجموعة المبادئ والقواعد والأعراف التي يتعين على كل طبيب أن يراعيها وأن يستلهمها في ممارسة مهنته، تطبق كذلك على الجسم البشري بعد الوفاة.

وكان مجلس الدولة الفرنسي السباق في إيضاح تلك القاعدة بموجب قراره المبدئي المؤرخ في 1993/07/02 أين صرح بأن: "المبادئ الأخلاقية المتعلقة باحترام الإنسان التي تحكم العلاقة التي بين الطبيب والمريض لا يتوقف تطبيقها بعد وفاة هذا الأخير"[3]. وعلى غرار المشرع الجزائري، لم يضع المشرع الفرنسي آنذاك قواعد قانونية صريحة تحمي الجثة، كما أغفل القانون 94 – 653 المؤرخ في 1994/07/29 المتعلق باحترام الجسم البشري التطرق للموضوع، وانتظر إلى غاية صدور القانون رقم 1350 – 2008 المؤرخ في 2008/12/19 المتعلق بالتشريع الجنائزي، أين استحدثت فقرة أخرى للمادة

[1] جاء في المادة 292 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "لا يمكن الاحتفاظ بجثمان المتوفى على مستوى مصلحة حفظ الجثث لمؤسسة الصحة أكثر من خمس عشر يوما. ويمكن النائب العام المختص إقليما تمديد هذا الأجل بخمسة عشر يوما. وبعد انقضاء هذا الأجل، يجب عليه أن يقرر بشأن مآل الجثمان وفق كيفيات تحدد عن طريق التنظيم".

[2] أنظر، المادة 291 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة.

[3] CE, ass., 2 juill. 1993, *Milhaud,* req. n° 124960 : Recueil Lebon - Recueil des décisions du conseil d'Etat 1993.

16 – 1 من القانون المدني المتعلقة باحترام الجسم، ويتعلق الأمر بالمادة 16 – 1 – 1 التي أكدت صراحة أن احترام الجسم البشري لا يتوقف بوفاة الشخص، وأنه يجب أن يتم التعامل مع بقايا الموتى ورفاتهم باحترام وكرامة وآداب، بما في ذلك الرماد الناتج عن حرق الجثث[1]. ثم أكدت محكمة النقض الفرنسية في قررها الصادر بتاريخ 2014/10/29 بأن احترام الجسم البشري بعد الوفاة يجد سنده كذلط في مبدأ الحفاظ على النظام العام، وأن ذلك المبدأ يطبق حتى على الوقائع التي حدثت قبل صدور القانون رقم 1350 – 2008 المشار إليه أعلاه[2].

ويستنتج منه ذلك على الطبيب المقدم على عملية تشريح الجثة أن يؤخذ بعين الاعتبار أثناء قيامه بعمله القواعد الأخلاقية والقانونية المطبقة على الأشخاص الأحياء، لأن حرمة الشخص الميت كحرمته وهو حي، وأن يتعامل مع الجثة بآداب قدر المستطاع، ويلتزم أيضا بإتباع الأصول العلمية والمنهجية في عملية التشريح. كما يتعين عليه الحفاظ على السر الطبي في كل ما يكشف عن الجثة، وفقا للمادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب، ويشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب وكل ما يؤتمن عليه خلال أدائه مهامه[3].

3- التزام بضمان أحسن ترميم ممكن للجثة.

يلتزم الطبيب أخلاقيا بعدم إحداث جروح أو تشوهات على الجثة تزيد عن القدر الضروري من عملية التشريح، وأن تتلاءم العملية مع الهدف من وراء إجراء تشريح الجثة مهما كان نوعها، وأن يلتزم الطبيب بعد انتهاءه من عملية التشريح بضمان تجميع أجزاء الجثة وأعضائها وردها إلى موضعها، وأن هذا الالتزام يرتب المسؤولية القانونية للطبيب الشرعي تجاه أفراد عائلة المتوفى عن الأضرار المعنوية التي قد تصيبهم من بشاعة مظهر الجثة وصورتها التي صارت عليها بعد عملية التشريح. أما إذا كان التدنيس أو التشويه متعمدا، فيمكن متابعة الطبيب جزائيا على جريمة انتهاك حرمة الجثة.

Art. 16-1-1 (*L. n° 2008-1350 du 19 déc. 2008, art. 11*) « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence.1 Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 *relative à la législation funéraire,* JORF, n°0296 du 20 décembre 2008. p. 19538.

[2] Civ. 1ère, 29 oct. 2014, n° 13-19.729 P, D. 2015, 242, note Solveig-Epstein;, note Mainguy; obs. Amrani-Mekki et Mekki; obs. Galloux et Gaumont-Prat; RTD civ., 2015, 102, note Hauser; Gaz. Pal., 2014, 3685, obs. Prieur ; JCP, 2014, n° 1170, obs. Loiseau ; ibid. n° 306, obs.Loiseau ; RGDA, 2015, 16, note Kullmann.

[3] وأكدت المادة 23 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به، باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون"، وأضافت المادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب بأنه: "لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق الحقوق".

فيجب إذن على الطبيب المكلف بعملية التشريح أن يضع في الحسبان أثناء قيامه بتشريح كبر الأمانة الملقاة على عاتقه، مع الرحمة والإنسانية، في ظل التزامه بالتعليمات المنظمة لعلمه كطبيب شرعي بالإضافة إلى ما ورد في مراجع الطب الشرعي، حيث لا يتجاوز ما ورد فيها من طرق تشريحية ليس فيها أي تمثيل بالجثة أو تقطيع عشوائي أو رمي أو تخزين أحشائه، بل يتم التشريح وفق الأصول العملية، ثم تعاد كامل أعضائه لتجويف بطنه وصدره، ثم خياطته بطريقة جيدة لا تسمح بنفاذ أو خروج الأحشاء منها، مثلها في ذلك مثل الشقوق الجراحية في العمليات، حتى يتم بعد ذلك تغسيل المتوفى وتكفينه بنفس الطريقة فيما لم يتم تشريحه. كما يسعى الطبيب إلى إعادة تركيب الجمجمة وخياطة فروة الرأس، دون المساس بالوجه أو تعمد تشويهه أو تقطيعه[1].

واستنادا على ذلك تضمن المشروع التمهيدي لقانون الصحة مادة جديدة تصب في هذا المغزى، حيث ألزمت المادة 288 بأن تتم عملية تشريح الجثة في الهياكل الصحية العمومية، وأن تتم عملية التشريح من طرف الطبيب الشرعي نفسه الذي يعد الشخص المؤهل فنيا للتعامل مع الأجساد البشرية الميتة، وهذه ضمانة من الضمانات القوية في الحفاظ على الصورة الجسدية للإنسان بعد الوفاة وعدم التسبب في تشوه الجسد[2]. وأضافت المادة 289 بأنه حتى بالنسبة إلى عملية التشريح لأسباب علمية فيجب أن تتم من قبل الطبيب الشرعي بطلب من الطبيب المختص. ثم جاءت المادة 290 لتضع قاعدة أخلاقية جديدة تلزم من خلالها الطبيب الذي يقوم بعملية الاقتطاع من الجثة أثناء الفحص الطبي الشرعي أو التشريح العلمي بضمان ترميم لائق للجسد[3]. وتواكب هذه الأحكام التطورات العصرية في تعامل الطبيب مع الجثة بما يضمن كرامة الميت وهو التزام لا يخرج عن الالتزامات العامة للطبيب ببذل العناية. وكان المشرع الفرنسي من خلال المادة L. 1232-5 من قانون الصحة العمومية قد ألزم بدوره الطبيب المكلف بعملية التشريح بأن يضمن أحسن تجميع وترميم ممكن للجثة، أي إعادتها إلى حالتها الطبيعية قدر المستطاع، ويطبق هذا النص بالنسبة إلى عمليات التشريح التي تتم في إطار الدراسات العلمية. وبشأن عمليات التشريح الجنائي، فقد ألزمت المادة 230 – 29 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الطبيب الشرعي الذي يشرف على عملية التشريح الجنائي أن يضمن بدوره أحسن تجميع لها قبل تسليمها لأقارب المتوفى[4].

---

[1] سعيد بن غرم الله الغامدي، لماذا وكيف يتم تشريح الجثمان ؟، جريدة الرياض، بتاريخ 2005/07/22، عدد 13542.

[2] ورد في المادة 288 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "يقوم بالتشريح الطبي الشرعي في الهياكل الاستشفائية العمومية طبيب شرعي تعينه السلطات القضائية المختصة".

[3] نصت المادة 290 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "عند القيام بأي نزع على جثة في إطار التشريح الطبي الشرعي أو لغرض علمي، يجب أن يتحقق الطبيب الذي قام بالنزع من إعادة الجثة بصفة لائقة إلى ما كانت عليه".

[4] Art. 230-2 C. proc. pén., « Lorsqu'une autopsie judiciaire a été réalisée dans le cadre d'une enquête ou d'une information judiciaire et que la conservation du corps du défunt n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité, l'autorité judiciaire compétente délivre dans les meilleurs délais l'autorisation de

ثانيا: حقوق أقارب المتوفى على الجثة.

لقد تم التوصل إلى أن لأقارب المتوفى حقوق على الجثمان بالنظر إلى الروابط الأسرية وما تمثله الجثة من ذكرى للشخص المتوفى، وألزم المشرع المكلفين بالرعاية الصحية باستشارتهم عن أي عمل طبي من شأنه المساس بكيان الجثة كانتزاع الأعضاء وإجراء التجارب العلمية، لكن عمليات التشريح تثير إشكاليات تتعلق بقبول أفراد العائلة بعملية التشريح، والحق في استلام الجثة وبقايا الجسم.

1- موافقة الأقارب على تشريح الجثة.

إن شرط الموافقة المسبقة لأقارب المتوفى ضروري في أي عمل طبي أو جراحي ينصب على الجثة، وكانت المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها قد أكدت هذه القاعدة بالنسبة إلى عمليات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية ومواد الجسم[1]. أما بالنسبة إلى عملية التشريح الطبي للجثة التي تدخل ضمن التجارب العلمية، فإن موافقة أقارب الميت على عملية التشريح أمر ضروري أيضا وفقا للقواعد العامة التي تحدد شروط التجارب الطبية على الإنسان. وقد أكدت تلك القاعدة المادة 289 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأن عملية التشريح التي تتم بدواعي علمية أو لتحديد أسباب الوفاة، لا يمكن أن تتم إلا بناء على طلب من الطبيب المختص، وبعد أخذ الموافقة المسبقة الكتابية من ذوي الحقوق، وفقا لترتيب درجة القرابة: (الأب، الأم، الزوج، الأبناء، الأخوة، الأخوات، أو الممثل الشرعي)[2].

لكن الإشكالية تطرح خاصة بالنسبة إلى عمليات التشريح القضائي، وكذا عملية التشريح السريرية، وفي هذا يمكن القول إنه بالنسبة إلى التشريح الجنائي فإن المصلحة التي تقتضيها معرفة أسباب الوفاة والوصول إلى الطريقة التي تم بموجبها ارتكاب الجريمة، ترجح على الحق في الحفاظ على مظهر الجثة، وبالتالي إذا رأت الجهات القضائية بأنه من الضروري إجراء عملية التشريح، فليس لأقارب المتوفى أي حق في الاعتراض على القرار، لاسيما إذا كانت الوفاة ناتجة عن فعل إجرامي أو كانت تبدوا

---

remise du corps et le permis d'inhumer. Le praticien ayant procédé à une autopsie judiciaire est tenu de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps avant sa remise aux proches du défunt ».

[1] حيث جاء فيها أنه: " إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة ". وكان قانون العقوبات قد وضع جزاءات على مخالفة هذا الشرط كما سبق توضيحه.

[2] Art 289 de l'avant projet de loi relative à la santé : « L'autopsie dans un but scientifique, à la recherche des causes de décès, s'effectuedans les structures hospitalières publiques par un médecin légiste, à la demande d'un médecin spécialiste avec le consentement écrit des ayants droit du défunt : père, mère, conjoint, enfants, frères, sœurs ou représentant légal ».

عليها آثار الاعتداء. ومن جهة أخرى، يمكن لأفراد العائلة يطلبوا من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بأنفسهم إجراء الفحص الطبي على الجثة إذا راودتهم شكوك حول ظروف الوفاة.

وتطبيقا لذلك جاء في قرار المحكمة الإدارية بـ Nantes أن عملية التشريح التي تمت بغرض التحقق من أسباب الوفاة لا يشترط فيها الحصول على الموافقة المسبقة لعائلة المتوفى أو حتى إعلامهم مسبقا بالقرار المتخذ بشأن تشريح جثة ذويهم[1]. لكن المشرع الفرنسي خفف فيما بعد من تجاهل أفراد العائلة في هذا النوع من التشريح، بمناسبة إصداره للقانون رقم 525 – 2011 المؤرخ في 2011/05/17[2]، وأصبحت المادة 230 – 28 فقرة أخيرة من قانون الإجراءات الجزائية تعطي الحق لزوج المتوفى ولأصوله وفروعه في إخطارهم في وقت ملائم بشأن تشريح الجثة أو انتزاع العينات البيولوجية منها، إلا إذا دعت ضرورة التحريات أو سرية التحقيق الجنائي خلاف ذلك[3].

وبخصوص عمليات التشريح العيادية، فإن المشرع لم يحدد موقفه فيما إذا كانت هذه الأخيرة تخضع لنفس الشروط الخاصة بالتجارب الطبية على الإنسان، على عكس المشرع الفرنسي الذي أشار بأنه تطبق عليها القواعد العامة للموافقة الخاصة بالأبحاث الطبية. ولكن بصفة استثنائية أجاز المشرع الفرنسي عملية التشريح لأسباب طبية حتى في حال اعتراض الشخص المتوفى عليها في حال استدعت الضرورة الملحة للصحة العمومية، إذا لم توجد طرق تشخيصية أخرى لأسباب الوفاة وأحالت المادة بالنسبة إلى شروط تطبيق النص على قرار يصدره وزير الصحة يحدد فيه الحالات الباثولوجية التي تستدعي علمية التشريح دون الموافقة المسبقة[4]. ويفهم ضمنيا من خلال المادة 289 من مشروع القانون

---

[1] TA Nantes, 6 janv. 2000, préc.

[2] Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, JORF n°0115 du 18 mai 2011, p. 8537.

[3] « Art. 230-28.-Une autopsie judiciaire peut être ordonnée dans le cadre d'une enquête judiciaire en application des articles 60,74 et 77-1 ou d'une information judiciaire en application des articles 156 et suivants.
Elle ne peut être réalisée que par un praticien titulaire d'un diplôme attestant de sa formation en médecine légale ou d'un titre justifiant de son expérience en médecine légale.
Au cours d'une autopsie judiciaire, le praticien désigné à cette fin procède aux prélèvements biologiques qui sont nécessaires aux besoins de l'enquête ou de l'information judiciaire.
Sous réserve des nécessités de l'enquête ou de l'information judiciaire, le conjoint, le concubin, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité, les ascendants ou les descendants en ligne directe du défunt sont informés dans les meilleurs délais de ce qu'une autopsie a été ordonnée et que des prélèvements biologiques ont été effectués ».

[4] Art. L. 1211-2 du code de la santé publique dispose que: «… Les autopsies sont dites médicales lorsqu'elles sont pratiquées, en dehors du cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire, dans le but d'obtenir un diagnostic sur les causes du décès. Elles doivent être pratiquées conformément aux exigences de recherche du consentement ainsi qu'aux autres conditions prévues au chapitre II du titre III du présent livre. Toutefois, à titre exceptionnel, elles peuvent être réalisées malgré l'opposition de la personne décédée, en cas de nécessité impérieuse pour

المتعلق بالصحة بأن شرط موافقة الأقارب على عملية التشريح، يطبق كذلك بالنسبة للتشريح السريري الذي يهدف إلى معرفة أسباب الوفاة[1]. لكن المادة 40 من نص المشروع خولت السلطات المكلفة بالرعاية الصحية اتخاذ جميع التدابير اللازمة من أجل حماية صحة السكان في حالة وجود وباء العمومية[2]. والمرجح منطقيا في هذه الحالة حماية الصحة العمومية من الأوبئة الفتاكة والأمراض المتنقلة الخطيرة جدا التي تهدد الناس، على حرمة الجثة ومبدأ الموافقة المسبقة للأقارب على عملية التشريح التي تكون في هذه الأحوال ذات منفعة عمومية.

2- حق الأقارب في استلام الجثة وبقيا الجسم.

يحق لأقارب المتوفى كأصل عام الحصول على الترخيص بدفن الجثمان بعد إجراء عملية التشريح، وبموجب تلك الرخصة يتم استلام الجثة من المستشفى ودفنها. غير أنه يمكن أن ترفض السلطات القضائية تسليم الجثمان حتى بعد إجراء عملية التشريح القضائي، وأن يتم التحفظ على الجثة في مصلحة الطب الشرعي لضرورة سير إجراءات التحقيق أو تحسبا لإجراء خبرة مضادة، ما يطرح إشكالية حق أفراد عائلة الميت بالتوصل بجثمان ذويهم كما يطرح أيضا إشكالية أحقية أفراد العائلة من استرجاع بقايا الجسم التي تم انتزاعها أثناء عملية التشريح من أجل إعادة تجميع الجثة، لاسيما إذا كانت هذه الأخيرة تؤثر على المظهر اللائق للجسم بعد عملية انتزاعها؟

وكانت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان قد أكدت في إحدى قراراتها على حق أفراد العائلة بالتوصل بالجثمان، وأدانت فرنسا لانتهاكها الحق في الحياة والعائلية بسبب تأخر السلطات القضائية في تسليم جثمان الطفلة لوالديها حتى يتمكنا من دفنها. وفي هذه القضية كان قاضي التحقيق قد أمر بإجراء تشريح لجثة الضحية لتحديد أسباب الوفاة، لكنه لم يسمح للأبوين باستلام الجثمان إلا بعد عدة أشهر من إنجاز الخبرة الطبية، وهي مدة حسب المحكمة الأوربية مبالغ فيها مهما كان السبب من وراء التأخير في

---

la santé publique et en l'absence d'autres procédés permettant d'obtenir une certitude diagnostique sur les causes de la mort. Un arrêté du ministre chargé de la santé précise les pathologies et les situations justifiant la réalisation des autopsies médicales dans ces conditions ».

[1] نصت المادة 289 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "يجري الطبيب الشرعي تشريح الجثة في الهياكل الاستشفائية العمومية لغايات علمية للبحث عن أسباب الوفاة، بطلب من طبيب مختص وبعد الموافقة الكتابية لذوي حقوق المتوفى: الأب، الأم، الزوجة، الأبناء، الإخوة، الأخوات أو الممثل الشرعي".

[2] جاء في المادة 40 من المشروع التمهيدي لقانون الصحة بأنه: "في حالة وجود خطر انتشار وباء و/أو في حالة حماية بعض الأشخاص المعرضين لخطر، تنظم السلطات الصحية حملات التلقيح وتتخذ كل تدبير ملائم لفائدة المواطنين أو الأشخاص المعنيين".

التسليم. ويفهم من خلال قرار المحكمة بأن التوصل بالجثة من طرف أقارب الميت يعد من الحقوق الأساسية للإنسان، كما يحق للأقارب في استلام الرفات في آجال معقولة احتراما لمشاعرهم[1].

ورغم الإدانة القضائية الأوربية، فإن المشرع الفرنسي لم يقم بإحداث تعديلات جوهرية على أحكام قانون الإجراءات الجزائية، بشكل يعطي أفراد العائلة الحق في التوصل بالجثة في آجال معقولة، ولم يفصل في موضوع استرجاع عناصر الجسم المنتزعة أثناء عملية التشريح، خاصة الأعضاء والأنسجة التي تبرز هوية الشخص التي كانت تمثله ومعالمه. كما أن القانون رقم 2004 – 800 المؤرخ في 2004/08/06 المتعلق بأخلاقيات البيولوجية لم يتطرق إلى التشريح القضائي، واكتفى بالمادة L. 1232-5 من قانون الصحة العمومية المتعلقة بإعادة تجميع الجثة التي تطبق فقط على التشريح الطبي، وأمام الفراغ القانوني طرحت المسألة أمام القضاء في قضية أثارت الكثير من الجدل نظرا لطابعها الإنساني وكانت بداية التحول القانوني في هذا المجال.

وقد بدأت وقائعها تلك القضية بتاريخ 2005/10/19 إثر العثور على جثة شخص مقتول ليأمر وكيل الجمهورية محكمة المرافعات الكبرى بـ Foix بتشريح جثة الضحية لمعرفة أسباب الوفاة، وأثناء عملية التشريح قام الطبيب باقتطاع مجموعة من الأعضاء تتمثل في الرئتين والحنجرة والقلب والبنكرياس والكبد وأجزاء من الكلية والدماغ وأعضاء أخرى من أجل إخضاعها للخبرة الباثولوجية، ثم أمر قاضي التحقيق فيما بعد بتسليم الجثمان لوالدة المجني عليه ما عدى العناصر المنتزعة التي بقيت محجوزة بأختام، الشيء الذي أثار حفيظة والدة الضحية وزوجها الذين لم يتقبلا الأمر واعتبراه تسليما مؤقتا للجثة التي بقيت تنتظر تشييع جنازتها[2]. وتبعا لذلك تقدما بطلب استرجاع الأعضاء المقتطعة على أساس المادة 99 من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة باسترداد الأشياء المحجوزة، غير أن قاضي التحقيق رفض الطلب على أساس أن بقاء المكونات البيولوجية تحت يد القضاء يعد إجراء ضروري لحسن سير إجراءات التحقيق، وكما أن هذا التدبير يضمن حقوق كافة الأطراف بتمكينهم من استعمال حقهم في طلب إجراء الخبرة المضادة مستقبلا[3].

---

[1] Constitue une violation de l'art. 8 Conv. EDH le retard excessif à restituer à sa famille le corps d'un enfant autopsié, quelle qu'en soit la cause. CEDH 30 oct. 2001, *Pannullo c/ France : BICC* 15 janv. 2002, n° 2 ; Dr. fam., 2002, no 16, obs. de Lamy; Europe 2002, n°78, obs. Deffains; RTD civ., 2002, 393, obs. Marguénaud.

[2] Le Monde, *Le vide juridique des autopsies judiciaires*, 04/08/2009.

[3] Le 10 octobre 2006, les requérants présentèrent une première requête en restitution, fondée sur l'article 99 du code de procédure pénale, des organes prélevés et placés sous scellés auprès du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Foix. Le 24 octobre 2006, le juge d'instruction rendit une ordonnance de refus de restitution aux motifs qu'il apparaissait nécessaire de conserver les scellés contenant les organes de William H. jusqu'à la fin de l'instruction, que cette mesure permettait de conserver les droits des parties en matière notamment de contre-expertise et que cette précaution se

وبعد إحالة القضية على محكمة الجنايات، قضت هذه الأخيرة بإدانة المتهم بجريمة القتل[1]، لتجدد والدة الضحية طلب استرداد الأجزاء البشرية المنتزعة أمام النائب العام بمحكمة استئناف Toulouse، لكن هذا الأخير رفض بدوره طلبها مبررا بأن عملية الاقتطاع التي تمت أثناء الإجراءات القضائية بغرض إجراء التحاليل لا تسري عليها الأحكام المتعلقة باسترجاع الأشياء المحجوزة، بالإضافة إلى أن الجثة تم تسليمها لوالدة المتوفى بموجب أمر قاضي التحقيق[2]. وبعد ذلك توصلت تلك السيدة برسالة من الطبيب الذي قام بفحص الأعضاء، يخطرها بأن العينات البيولوجية المنتزعة من جثة ابنها تم حرقها وفقا للإجراءات المتبعة في المستشفيات والمخابر الخاصة بالأمن الصحي، لتضطر المدعية إلى رفع طلبها أمام المحكمة، التي رفضت الطلب وأيدت بذلك وجهت نظر النائب العام، مبرزة خصوصية الأخيذات البشرية في النظام القانوني التي لا تعد من الأشياء العادية، فضلا على المخاطر الصحية لعمليات حفظ الأعضاء البشرية ومعالجتها. وذكرت في هذا الخصوص باجتهاد محكمة النقض الفرنسية التي أشارت فيه إلى أن العينات البيولوجية التي يتم أخذها من جسم الإنسان الحي أو من الجثة لا تعد من الأشياء القابلة للاسترجاع تبعا للإجراءات المنوه عليها في المادة 99 من قانون الإجراءات الجزائية. لكن المحكمة اعترفت من جانب آخر بالآلام والمعاناة التي ألمت بعائلة الضحية التي كانت ترغب في أن تظهر جثته متكاملة من جميع أجزائها، وأن يحظى فقيدهما بمأتم ملائم، وخلصت بأنه يتعذر وفقا للقواعد القانونية الحالية التوفيق بين ضروريات الكشف عن الحقيقة ومراعاة مشاعر عائلة المتوفى[3].

---

justifiait d'autant plus qu'il s'agissait de scellés biologiques. CEDH, 9 octobre 2012, Mauricette BOURSON et Serge BOURSON contre la France, Requête n° 44794/10.

[1] Par un arrêt du 14 juin 2007, la cour d'assises de l'Ariège condamna D.L., l'agresseur de William H., à vingt ans de réclusion criminelle. Et par un arrêt du 11 avril 2008, la cour d'assises d'appel de la Haute-Garonne condamna D.L. à dix-huit ans de réclusion criminelle pour le meurtre de William H. En l'absence de pourvoi en cassation, cette condamnation devint définitive. CEDH, 9 octobre 2012, BOURSON c. France, préc.

[2] le procureur général leur répondit que le corps de William leur avait été restitué le 24 octobre 2005 et que les prélèvements effectués aux fins d'analyse dans le cadre d'une procédure judiciaire n'étaient pas susceptibles de restitution au sens de l'article 99 du code de procédure pénale. CEDH, 9 octobre 2012, BOURSON c. France, préc.

[3] Par un arrêt du 28 avril 2009, la cour d'appel de Toulouse confirma cette décision du procureur général. Elle releva la particularité de la demande des requérants concernant la restitution de prélèvements humains qui ne sauraient être considérés comme des objets ordinaires. En l'absence d'une règle de droit spécifique à ce sujet, la cour d'appel rappela la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle les prélèvements effectués dans le cadre d'une procédure judiciaire sur une personne vivante ou décédée ne sont pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 99 du code de procédure pénale. Ayant pris connaissance des explications du professeur F. eu égard au risque sanitaire généré par le traitement et la conservation des prélèvements, la cour d'appel conclut que, bien que la douleur de la famille de William H. soit incontestable et que leur souci de donner une sépulture décente au corps de leur fils, dans son intégralité, soit légitime, « il n'a pas été possible, dans l'état actuel de la loi, de concilier à la fois la nécessaire recherche de la vérité, et le souhait ultime de cette famille meurtrie » ,CEDH, 9 octobre 2012, BOURSON c. France, préc.

وبعد الطعن في القرار أمام محكمة النقض، قررت هذه الأخيرة بتاريخ 2010/02/03 برفض الطعن، وتمسكت بالتالي باجتهادها السابق[1]، مؤكدة بأن العينات المنتزعة من الجسم البشري في إطار الخبرة الطبية الشرعية التي استدعتها ضرورة التحريات الأولية لا يمكن أن تكون محل للحقوق العينية طبقا للمادة 16 – 1 من القانون المدني، ولا يمكن أن تكون من الأغراض القابلة للاسترجاع وفقا للمادة 41 – 4 من قانون الإجراءات الجزائية[2]. ولم تكتف المدعية عند هذا الحد، بل تقدمت بشكوى ضد مجهول على أساس جريمة إتلاف أشياء موضوعة بأختام، لكن الشكوى تم حفظها من طرف وكيل الجمهورية، الذي كتب في مقرر الحفظ بأنه: "لا يمكن إنكار أن بعض العائلات تجد صعوبات متعددة أثناء إجراء تشريح الجثة التي تجرى بمناسبة التحقيقات الجنائية"[3].

بعدها التجأت تلك السيدة إلى وسيط الجمهورية الذي درس إشكالية استحالة حصول أقارب الميت على الأعضاء المنتزعة من الجثث في إطار علمية التشريح الجنائي، وقد اقترح إحداث تعديلات على القانون ينصب في مصلحة أفراد الأسرة على أن يتم إعلامهم قبل إتلاف الأختام، ويسمح لهم أيضا باسترجاع الأعضاء المنتزعة من الجثة إذا كان ذلك ممكنا دون الإخلال بشروط الأمن والنظافة الصحية[4]. وقد استجاب المشرع لتلك الاقتراحات وانتقادات الفقه، وأحدث عدة تعديلات على قانون الإجراءات الجزائية، بموجب القانون 525 – 2011 المؤرخ في 2011/05/1 أين تم تعزيز حقوق العائلة أثناء عملية التشريح الجنائي، بشكل يضمن التوازن بين مصلحة المجتمع والحياة الخاصة والعائلية للأفراد.

---

[1] Les prélèvements effectués sur le corps humain, à des fins de recherches médico-légales pour les nécessités d'une information, ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 99 du Code de procédure pénale. Chambre criminelle, 3 avril 2002 *(Bull. n 75)*.

[2] Par un arrêt du 3 février 2010, la Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que « les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherches médico-légales pour les nécessités d'une enquête ou d'une information, qui ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial aux termes de l'article 16-1 du code civil, ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 41-4 du code de procédure pénale », Crim. 3 févr. 2010, n° 09-83.468, publié au Bulletin ; AJ pénal 2010, p. 250, obs. G. Royer ; Dalloz.fr, 11 mars 2010, obs. S. Lavric.

[3] le procureur ayant considéré qu'aucune poursuite pénale n'était possible car « s'il est indéniable que certaines familles rencontrent de nombreuses difficultés à l'occasion d'autopsies ordonnées dans le cadre d'enquêtes pénales, il est néanmoins établi que les prélèvements réalisés sur le corps du défunt aux fins d'analyse ne sont pas, conformément à l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 3 avril 2002 (...) des objets susceptibles de restitution, au sens de l'article 99 du code de procédure pénale ». Cette décision de classement sans suite fut confirmée par le procureur général près la cour d'appel de Paris par une décision du 2 juin 2010. CEDH, 9 octobre 2012, BOURSON c. France, préc.

[4] "Elles ne font l'objet d'aucune disposition particulière dans le code de procédure pénale", écrit le médiateur. "L'autopsie est déjà une atteinte à l'intégrité du cadavre, on ne peut pas ajouter de l'insulte à la blessure",

وقد اشترط المشرع الفرنسي بموجب النصوص الجديدة أن يكون الطبيب الذي يشرف على عملية التشريح متخصص في الطب الشرعي وذو خبرة وتأهيل علميين، من أجل ضمان أحسن ترميم ممكن للجثة والحفاظ على صورتها الطبيعية، وكرس القانون حق الأقارب في إعلامهم المسبق بعملية الاقتطاع البيولوجية وتمكينهم من استرجاع الجثة في أقرب الآجال الممكنة. ووضع هذا القانون حدا للفراغ القانوني المتعلق بمعالجة حالات الانتزاع من الجسم البشري. ووفقا للمادة 230 – 28 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن للطبيب المكلف بعملية تشريح الجثة أن يقوم بعملية اقتطاع بيولوجية لضرورة التحقيق القضائي أو في إطار التحريات الأولية. وأضافت المادة 230 – 29 منه بأنه إذا تمت إجراءات تشريح الجثة ولم يعد الاحتفاظ بالجثة ضروريا لإظهار الحقيقة، يتعين على السلطات القضائية المختصة أن تمنح لعائلة المتوفى الترخيص باستلام الجثمان والترخيص بالدفن في أحسن الآجال. وأعطى القانون لأقارب المتوفى الحق في الوصول إلى جثة ذويهم، إلا إذا اقتضت ضرورة الحفاظ على الصحة العمومية خلاف ذلك مع ضمان الاحترام اللائق للكرامة الإنسانية. وحدد القانون أجل شهر من تاريخ إجراء التشريح لكي يتمكن أقارب المتوفى أن يطلبوا استرجاع الجثمان من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق الذي يتعين أن يرد على طلبهم في غضون 15 يوم. وأضافت المادة 230 –30 منه أنه إذا تم إجراء عملية انتزاع بيولوجية أثناء تشريح الجثة وأصبحت هذه الأخيرة غير ضرورية للكشف عن الحقيقة، يمكن للسلطات القضائية المختصة أن تأمر بإتلافها على أن تراعى الأحكام المنوه عليها في قانون الصحة العمومية، وعندما تشكل تلك العناصر الوحيدة للتعرف على الميت، فإن السلطات القضائية المختصة يمكنها أن تسمح باسترجاع بغرض الدفن أو الترميد[1].

وبخصوص القانون الجزائري، فإن المادة 290 من المشروع التمهيدي المتعلقة بقانون الصحة المذكورة أعلاه أكدت على واجبات الطبيب في إعادة تجميع الجثة بعد عملية التشريح لكنها لم تفصل في إمكانية استرجاع الأعضاء المنتزعة. ومن جهة ثانية، نصت المادة 123 من ذات الوثيقة على ضرورة مراعاة شروط النظافة والأمن الصحيين في الهياكل والمؤسسات الاستشفائية، وهو ما نظمه كذلك المرسوم التنفيذي رقم 03 – 478 المؤرخ في 2003/12/09 المحدد لكيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، الذي حدد كيفية التعامل مع بالنفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية[2]. واستنادا على ذلك، إذا كانت تلك الأخيذات تشكل خطرا على الأمن والسلامة الصحيين فيتعين إتلافها وفقا للمادة 22 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه.

---

[1] ALLAIN Emmanuelle, *Loi de simplification du droit : aspects pénaux*, Dalloz actualité, 31 mai 2011.

[2] المادة 05 و22 من المرسوم التنفيذي رقم 03 – 478 المؤرخ في 2003/12/09 المحدد لكيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية.

وفي الوقت الذي توجه فيه التفكير الأخلاقي نحو إيجاد الحلول اللازمة للتشريح الطبي، بما يضمن كرامة الميت، وفي الوقت الذي تسعى فيه التشريعات والاجتهادات القضائية إلى وضع الشروط والالتزامات على الطبيب الشرعي للحفاظ قدر المستطاع على حرمة الجثة من أعمال التشويه مراعاة لمشاعر أقارب المتوفى وحرمة بقايا الإنسان، ظهرت أساليب علمية أكثر خطورة وجسامة على الجسم لتجعل منه مادة للنحت وللتجميل، ويتعلق الأمر بتقنيات التحنيط التي كشف عليها علم الكيمياء والتشريح الحديث، والتي تمخض عنها استعمال الجثث الآدمية لأغراض فنية وكذا عرضها في الفضاءات العامة للناس بداعي تعليم الناس وتثقيفهم حول بنية الجسم البشري.

المطلب الثالث

استعمال الجثث لأغراض فنية وثقافية

إلى جانب تقنيات تشريح الجثة، برزت معضلة أخلاقية أخرى تتعلق باحترام الجسد الإنساني بعد الموت ألا وهي استعمال الجثمان الآدمية لأغراض فنية وثقافية. ولقد ظهرت هذه الإشكالية مع تطور تقنيات التحنيط الطبية التي نجحت في حفظ جسم الميت من التلف والتفسخ لأوقات متفاوتة، وإكسابه مقاومة ضد العوامل الطبيعية كي لا يتحلل، وذلك بواسطة عملية التجفيف والتعقيم واستخدام مواد كيميائية ونباتية، فيحافظ الجسم بذلك على مظهره العام فيبدو وكأنه حي.

ويستعمل الطب الحديث تقنيات حفظ الأعضاء البشرية والأنسجة لأغراض متعددة. فهي تستخدم في مجال التجارب العلمية لاكتشاف البنية التشريحية للجسم البشري أو تستعمل في علاج الأمراض والإصابات كالحروق والتشوهات، ويستعملها الطب التقويمي وطب الأسنان، ويمكن أن تستعمل تقنيات التحنيط الحديثة لأغراض أخرى كتنظيم الجنائز أو نقل الجثمان إلى مكان آخر. واستعملت تلك تقنيات التحنيط كذلك للاحتفاظ بجثمان القادة والزعماء السياسيين التاريخيين لتخليد ذاكرتهم[1].

[1] تقديرا من الزعيم السوفييتي جوزيف ستالين لسلفه مؤسس الاتحاد السوفييتي فلاديمير لينين الذي توفِّي في عام (1924)، قرر تحنيطه ووضع جثته في ضريحٍ فخم بالساحة الحمراء في العاصمة موسكو، وجعله مزارا لكل من لم يتمكن من حضور مأتم الدفن. كما جرى أيضا تحنيط الزعيم الفيتنامي الشيوعي هوتشي منه عقب وفاته في عام (1969)، الذي يحتل مكانة كبيرة في نفوس الفيتناميين باعتباره قائدا تارخيا للبلاد، وجثمانه مسجى في ضريحٍ خاص في العاصمة هانوي، ويزوره الفيتناميون والزوار الأجانب بشكلٍ دائم، واستعملت نفس التقنية في تحنيط جثمان الزعيم الصيني الشيوعي ماوتسيتونغ الذي توفي في عام (1976)، وسجي جثمانه في ضريحٍ يقع في ساحة السلام السماوي بالعاصمة بكين، ويزوره مئات الصينيين والأجانب يوميا. نبيل تللو، التحنيط من ماضيه إلى حاضره، الباحثون، عدد 72 – 73، بتاريخ 2011/03/03.

ومؤخرا استعملت الجثث المحنطة كأدوات عرض في المتاحف الفنية لأغراض ثقافية، ويتعلق الأمر بأجساد آدمية مسلوخة تكشف عن العضلات والأعضاء والأوردة والعظام لتظهر جوانب التشريح كاملة للبنية البشرية بصورة جمالية فريدة، ما يطرح العديد من التساؤلات حول أخلاقية هذه الممارسات، ومدى مطابقتها لقوانين الدفن والجنائز وإن كانت تتعارض مع مبدأ احترام كرامة الميت؟ وللإجابة على تلك الإشكالية لا بد أولا من إبراز الأبعاد التاريخية والفنية والثقافية للجثة، ثم إلى مشروعية عرض الجثث الآدمية في المتاحف الفنية والثقافية.

الفرع الأول
الأبعاد التاريخية والفنية والثقافية للجثة

ليس للجثة أبعاد روحية ودينية فقط، بل لها أبعاد تاريخية وفنية وثقافية أيضا. فقد استعملت الشعوب القديمة تقنيات تحنيط الجثث البشرية كممارسة للطقوس الدينية، واليوم أصبحت تلك الأجساد المحنطة تدخل ضمن الموروث الثقافي للعديد من البلدان، حيث أنها تحمل قيمة إنسانية وتاريخية وأنثروبولوجية عظيمة، وساهمت أيضا في تنشيط الحركة السياحية وأعطها قيمة إضافية، ونتيجة بذلك تطورت تقنيات التحنيط في العصر الحديث، أصحبت الجثث تدخل ضمن مختلف الميادين الفنية والثقافية فأقيمت لها دور للعرض أمام الجمهور.

أولا: تحنيط الجثث من الطقوس الدينية إلى الميادين الفنية.

لقد كشفت عنها الأبحاث الأنثروبولوجية والحرفيات الأثرية إلى وجود العديد من الجثث المحنطة التي ترجع إلى الأزمنة الغابرة، تم حفظها بتلك الطريقة من قبل الأفراد احتراما لموتاهم وإيمانا منهم بخلود النفس الإنسانية ووجود حياة ثانية بعد الموت الأول، ولهذا أعطوها من التقدير المكانة المطابقة لهذا الاعتقاد. لكن مع تطور تقنيات التحنيط أصبحت الجثث كمادة للفن التشريحي والأعمال الإبداعية[1].

[1] لا يقتصر على التحنيط على الطريقة الاصطناعية، وينطبق مفهوم التحنيط كذلك على التحنيط الطبيعي (التحول الطبيعي إلى مومياء)، وتحدث هذه الظاهرة بدلا من التعفن في الجثث الموجودة في وسط شديد الجفاف والحرارة مثل الصحراء، فتتبخر السوائل من الجثة وتموت البكتيريا وتتحول الجثة إلى مومياء بان يصبح جل الجثة جافا رقيقا وصلبا ومتجعدا ويتلون بلون بني غامق وتصبح الجثة اقل وزنا وحجما، كما تصبح قاسية قابلة للكسر إن لم يحافظ عليها من المؤثرات الخارجية، وإن حفظت تبقى كما هي لسنين طويلة. زياد درويش، المرجع السابق، ص 488.

1- تحنيط الجثث في الحضارات القديمة.

لقد لجئت الشعوب القديمة إلى تحنيط الأموات كممارسة للطقوس الدينية، حيث آمن المصريون القدماء بأن الجسد هو أحد العناصر الخمسة التي يتكون منها الإنسان، وبأن الشخص عندما يموت تظل روحه تتداخل مع الأحياء، الأمر الذي جعل من حفظ الجسد ضروريا من أجل الحياة الأخرى الأبدية التي ينتقل إليها عند وفاته. وعلى الرغم من أن المصريين كانوا أشهر الشعوب القديمة التي مارست التحنيط، لكنهم لم يكونوا الوحيدين في هذا المجال، إذ انتشر في أماكن عديدة حول العالم. فقد اكتشفت مومياوات محنطة بدرجات مختلفة من الجودة والمهارة في بعض المواقع الأثرية بأمريكا الجنوبية وآسيا، ذلك أن الجثث التي عثر عليها كانت قد جففت قبل دفنها. وحسب معتقدات قدماء المصريين الذين آمنوا بعقيدة الحياة بعد الموت، فقد مارسوا التحنيط لكي تتمكن الروح من العودة في الحياة الآخرة إلى جسدها، وبالتالي التنعم بالحياة كما هو الحال قبل الموت، وكانت تمارس على الجثامين الطقوس قبل الدفن وكان يدفن مع الميت الطعام والشراب والحلي وكل ما سيحتاجه ليعيش حياة هنيئة بعد الموت[1].

وتتم عمليات التحنيط القديمة بإعادة بناء جسم الميت بعدما ينتزع منه المخ عن طريق فتحة الأنف، ويفرغ الأحشاء من البطن والصدر، ثم ينقع الجسم المفرغ في الملح، ويتم تجفيف العظام بالرماد الساخن، وكان الجلد الجاف يعالج بخليط من الزيوت، وهذا ما يساعد على احتفاظ بالجثة بملامح صاحبها في أثناء حياته. وكانت هذه الطريقة من أبسط طرائق التحنيط التي مارسوها وطبقوها، بخلاف دفن الجثة في المقابر الحجرية أو في التوابيت حيث تتعرض للتحلل. وفي أوقات لاحقة طور أخصائيو التحنيط عملهم بقدر ما أرشدت إليه التجارب والاكتشافات العلمية، وأضافوا لها مكونات قاتلة للجراثيم للمساهمة في حفظ الجثة، وطوروا مواده وطرائقه من جيل إلى جيل، ولكن الخطوط الرئيسة بقيت كما هي تقريبا، مما لا شك فيه هو أن عملية التحنيط قد ساعدت الأطباء القدامى على دراسة الأعضاء الداخلية لجسم الإنسان، ومعرفة أسباب الأمراض التي كانت سائدة آنذاك[2].

2- الجثة كمادة للفن التشريحي والعمل الإبداعي والثقافي.

لقد حاول علماء التشريح عبر العصور تطوير المعارف الطبية وتعليم طلبة الطب درجة تعقيد البنية التشريحية للجسم البشري من خلال الملاحظة المباشرة على الإنسان، وكانت التجارب الطبية

---

[1] نبيل تللو، المرجع السابق؛ محمد عبد الحميد أحمد، المومياء، الموسوعة العربية، المجلد العشرون، التاريخ والجغرافيا والآثار، ص https://www.arab-ency.com.112

[2] نبيل تللو، المرجع السابق.

على الجثث تطرح دائما مشاكل في دراسة بعض الوظائف الفسيولوجية كالدورة الدموية وترابط وظائف الأعضاء. وقد واجهة الأطباء مشكلة أخرى ألا وهي ضرورة أن تكون الأعضاء والأنسجة البشرية لينة ومرنة بشكل يقترب إلى الأعضاء والأنسجة الحية كي يسهل استخدامها. كما كان الأطباء في عصر النهضة بأوربا يقومون بعملية تشريح الجثث أمام الجمهور لتعريف العامة تركيبة الجسم البشري فانزاحت بذلك القداسة على الجسد وأصبحت عمليات تشريحه تتم على الملأ في الساحات أمام جماهير غفيرة من البشر، لكن الجثة كانت سريعة التحلل والتفسخ، لهذا كان من الضروري إيجاد طريقة من أجل الحفاظ على الخصائص الفسيولوجية للجثة لعدة أيام. وبالتالي بدأ الاهتمام في بداية القرن الثاني عشر إلى نهاية القرن السادس عشر بعمليات التحنيط، حيث أجريت عدة تجارب علمية لتحنيط للجثث وحفظها، ونجح العالم الهولندي Frederik RUYSH في القرن السابع عشر أخيرا في إيجاد طريقة في التحنيط باستعمال بودرة الطلق Le talc. وسمحت هذه التقنية بتطوير العوامل المادية للتشريح، ومن جهة أخرى، سمحت هذه الطريقة إلى تحويل الجثة إلى نوع جديد من القطع الفنية التشريحية أي قطعة فنية أكثر منها مادة للتجارب العلمية[1].

وفي عصر النهضة الأوربية دائما سمح لطلاب الطب بحق الممارسة على الجسم البشري، لكن القوانين التي صدرت خلال القرن السابع عشر والثامن عشر كانت تضع قيود مشددة في الحصول على الجثث لأغراض علمية[2]، ما جعل العلماء يبحثون على صناعة مجسمات تتشابه من حيث الخصائص مع الجسم البشري. وبدأ الصانعون في ابتكار دمى طبية للتدريب تمت صناعتها من الشمع الطبيعي مع إضافة بعض الأعضاء والأنسجة البيولوجية، وقد وجد فيها بعض الفنانين مادة دسمة للنحت والإبداع الفني، الشيء الذي جعل الطلب عليها يتزايد من طرف أشخاص لا علاقة لهم بعالم الطب، وتحولت بذلك من مجال التكوين الطبي إلى تحف فنية شخصية، كما تم استعمالها فيما بعد في العروض الثقافية والتربوية[3].

ومع تطور علم الكيمياء في نهاية القرن الثامن عشر ساهم ذلك في إيجاد مكونات جديدة تساعد في حفظ المواد البيولوجية، ما أدى إلى تحقيق قفزة نوعية في الدراسات الطبية، في وقت لم تصبح فيه المشارح مفتوحة للجمهور، بل ظلت بين جدران المستشفيات والمخابر. وخلال القرن التاسع عشر

---

[1] MENENTEAU Sandra, *L'autopsie judiciaire Histoire d'une pratique ordinaire au XIXe siècle,* Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 22.

[2] CORINNE Pieters, *L'anatomie entre art et science au XVIe siècle : autopsie d'un regard.* in « Communication et langages », n°127, 1er trimestre, 2001. Dossier : Le corps saisi par l'image, pp. 61-77.

[3] Van DIJCK Jose, BASZANGER Chloé, *La plastination : le corps anatomique comme art post-moderne*, Alliage, n° 50-51, Décembre 2000, p 43 – 62. URL : http://revel.unice.fr/alliage/index.html?id=3733

بدأت أولى البوادر عرض أجزاء من الجسم البشري للجمهور، حيث كانت هذه الأخيرة تعرض في أوعية زجاجية، وتم التركيز فيها على أعضاء معينة مثل الأعضاء التناسلية التي توضح مدى تأثير الإصابة بالأمراض المتنقلة جنسيا أو تبيان التشوهات في الكبد نتيجة الإدمان على تناول الكحول. وبلا شك كان لهذه المعارض فوائد بيداغوجية، لكنها كانت تهدف خاصة في تعليم أفراد المجتمع قواعد السلوك الأخلاقية، في وقت شهدت فيه تلك الحقبة انتشار فلسفة الأخلاق التي لا تزال تخيم على عروض البنية التشريحية إلى يومنا هذا، لكن تلك العروض لم تكن ذات طابع فني أو جمالي[1].

وفي بداية القرن العشرين تم تعويض الأعضاء البشرية المحفوظة في وسائط زجاجية بأجساد بشرية كاملة، ومن بين الهياكل الشهيرة في هذا المجال "الرجل الشفاف"، الذي عرض في بادئ الأمر بمعرض تطهير العرق بمدينة Dresde الألمانية سنة 1911[2]، ثم في المعرض العالمي بباريس وشيكاغو، ويحتوي هذا الرجل على هيكل عظمي حقيقي وأعضاء اصطناعية وكان مغلف بشريط بلاستيكي يسمح برؤية الأعضاء للجمهور، واللافت أن وضعية الهيكل ترمز بوضوح إلى الرجل القوي المثالي الذي هو رمز لحركة تحسين النسل التي كانت في أوج انتشارها، وكرمز لانتصار العلم على الضعف البيولوجي للإنسان[3].

لكن تلك العروض كانت دائما كان يطبعها الجانب الذاتي الجمالي في التصميم لكن تحول التركيز على الجانب الموضوعي العلمي البحت وبدأ ذلك مع تطور تقنيات التصوير بالأشعة للجسم وكان العلماء يأملون أن يتم ذلك بواقعية إشكالية كيف يمكن تقديم وعرض الجسم البشري وعلى أية مظهر.

3- التقنيات الطبية الجديد لحفظ الجثث.

لقد ابتكر علماء الكيمياء طرائق جديدة لتحنيط الجثث، وأتاح بذلك الفرصة للباحثين في الميدان الطبي إلى تحسين مهارات إجراء العمليات الجراحية والتعرف على الجوانب التشريحية للجسم البشري بصفة أدق. وسنحت تلك التقنيات إلى زيادة العمر الافتراض للجثة، وحتى أواخر القرن التاسع عشر، كانت الأجسام تحفظ باستخدام الزرنيخ، وهي مادة شديدة السمية، ليتم استبدلت فيما بعد بمادة

[1] في المتاحف التي عرفها القرن التاسع عشر، تم عرض بعض النماذج الحقيقية لحالات تعاني من تشوهات طبية، وتضم أيضا مجموعة من أجنة وأطفال رضع ولدوا بأعضاء داخلية مكشوفة وهياكل العظمية وأعضاء بشرية مشوهة، تم وضع بعضهم فى أوعية وبرطمانات زجاجية تحتوي على سائل للحفاظ عليهم.

[2] Dresde, Deutsches Hygiene-Museum.

[3] Pour une histoire détaillée de l'« homme transparent », V. ROTH Martin, *L'homme de verre*, Terrain, 1992, n° 18, pp. 103-115.

Formaldéhyde الذي اكتشفه عالم الكيمياء الألماني August Wilhelm von Hofmann عام 1867. وتستعمل تلك المادة في عملية التحنيط وكمادة حافظة للأنسجة، لكن تلك المادة تجعل الجسم هشا ومتيبسا وتعقد بالتالي فهم الطريقة التي يستجيب بها الجسم لجراحة معينة[1]. وفي أوائل ستينيات القرن الماضي بدأ عالم التشريح النمساوي Walter Thiel، البحث عن بديل واخترع طريقة تحنيط جديدة التي يطلق عليها تسمية Thiel وجرى ابتكار هذه التقنية بعد تجارب علمية استغرقت عقود. وتتميز هذه الطريقة بأنها تحافظ على هيئة وملمس الجثة كأنها جسم طبيعي، وبفضل التقنية المبتكرة يظل جلد وعضلات الجثث في حالة مرونة على نحو يسمح بتحريك الأطراف، بينما يمكن أن يحدد المتدربون على الجراحة بوضوح أعضاء الجسم الداخلية، التي تستجيب لمشرط الجراح، وكأنهم يجرون جراحة لجسم حي طبيعي وتعزيز فهم النواحي التشريحية[2].

وبلا شك تعد الممارسة خطوة بالغة الأهمية في تعلم إجراء الجراحات، وتمكن الجراحين من تجربة التقنية الجراحية على جثة قبل إجراء عمليات لمرضى أحياء، فضلا عن تقليل الخسائر المحتملة والتدريب على التقنية قبل تجربتها في الواقع، وهو ما كان يعني اضطرار الجراحين إلى ممارسة مهاراتهم على نماذج اصطناعية أو على جثث حيوانات أو استخدام أجزاء مجمدة من الجسم وهي طريقة كانت تجعلهم لأكثر عرضة لمخاطر الإصابة بالعدوى، فضلا عن تحلل هذه الأجزاء في غضون يوم أو يومين.

لكن التطور العلمي في عالم حفظ الجثث جاءت على يد عالم التشريح الألماني Gunther von Hagens الذي ابتكر طريقة التطرية La plastination سنة 1978، وتحصل بذلك على براءة الاختراع الألمانية وأنشئ معهد التطرية، وهي تقنية تستخدم في الحفاظ على الجثث أو أعضاء الجسم أو الأنسجة عن طريق استبدال المياه والدهون بمواد بلاستيكية معينة، وذلك للسماح للعينات القابلة للمس بعدم التحلل أو التعفن، وحتى الحفاظ على خصائص الشكل الأصلي للجثة. واستخدمت التطرية في الأعوام العشرين الأولى للحفاظ على عينات بيولوجية صغيرة وأعضاء بشرية للدراسة الطبية، وقد تقدم معهد التطرية على إظهار أول الهيئات تحت عنوان "عوالم الجسد" في اليابان في عام 1995.

بالإضافة على ذلك، لجأ بعض الناس في السنوات الأخيرة بأوروبا والولايات المتحدة الأمريكية إلى عمليات تجميد أجسادهم بعد الموت، على أمل إنعاشهم ثانية عندما تتيح التقنيات الأحدث ذلك، ويتم ذلك بغمر الجثة في مغطس ممتلئ بالنيتروجين السائل، ثم حفظها وتخزينها بدرجة حرارة

---

[1] تعد المكون العضوي ميثانال من المواد الفعالة التي يحظر استعمالها حاليا بموجب توجيهات الاتحاد الأوربي،

[2] بي بي سي عربية، الموتى الأحياء طريقة تحنيط جديدة تحسن مهارات الجراحة، 2013/06/18. http://www.bbc.com/arabic

متدنية جدا. وتقوم بذلك العمل معاهد وشركات تجارية تساعد الراغبين بتجميدهم بعد موتهم بدلا من دفنهم، وهؤلاء غالبا ما يعتمدون على وثيقة التأمين لدفع نفقات الحفظ والصيانة الدائمة، وبذلك انتقلت فكرة التجميد من عالم الخيال إلى التطبيق العملي[1].

ثانيا: عرض الجثث الآدمية في المتاحف الفنية.

لم يعد جسم الإنسان كمادة حيوية ولم يصبح مصدرا لأخذ الأعضاء والأنسجة أو إجراء التجارب الطبية والعلمية، بل أصبح أيضا كمادة فنية وثقافية تعرض في المتاحف الفنية، ويدافع أنصار هذه المعارض إلى أنها تهدف إلى اكتشاف البنية التشريحية للجسم الإنساني، في حين يرى المعارضين بأن استعمال الجثث الغرض الحقيق فني جمالي، وهو النقاش العام حول أخلاقيات هذا النوع من المعارض التي قد يدخل ضمن أعمال تدنيس الجثث البشرية.

1- اكتشاف البنية التشريحية للجسم الإنساني.

يهتم المجتمع دائما بالطب ويطلع إلى اكتشاف خفايا وأسرار الجسم البشري، لكن بعض المعارض التشريحية الطبية لم ترقى إلى هذا النجاح والسبب طابعها العلمي المحض الذي لا يستقطب سوى المختصين في العلوم الطبية، الشيء الذي جعل البعض يفكر في إيجاد طريقة تمكن الجمهور من اكتشاف معالم الجسد عن قرب مع إضفاء الطابع الفني عليها. ويشار هنا إلى أن المتحف هو مخصص في الأصل لخدمة المجتمع وتطويره، وهو عادة ما يكون مفتوحا للعامة، ويقوم المسئولون عنه بأعمال جمع وحفظ وعرض التراث الإنساني وتطوره، سواء لأغراض التعليم والدراسة والترفيه. وهناك العديد من المتاحف في جميع أنحاء العالم تهتم بجمع أشياء ذات قيمة علمية أو فنية أو ذات أهمية تاريخية وجعلها متاحة للجمهور، من خلال المعارض التي قد تكون دائمة أو مؤقتة. واقترح العلماء أيضا فكرة نشر المعرفة عن طريقه، فنشأت المتاحف العلمية التي تعتبر اندماجا بين العلم والفن، حيث لا يلقى العلم ذلك الإقبال من الناس إذا لم يكن ممزوجا بنشاط يحقق المتعة والنشاط الجماعي، ومن المتاحف العلمية أنواع كثيرة منها ما يخص جسم الإنسان[2].

---

[1] يعود الفضل لابتكار تلك التقنية لعالم الفيزياء الأمريكي روبرت إبتنغر في عام 1962، وتعتمد على تطهير الجسم من البكتيريا والجراثيم التي تتسبب في تفسخ الأنسجة قبل تجميد الجسم بالنتروجين السائل داخل كبسولات، لكن عملية تجميد الموتى لا معنى لها لأن تجميد الروح مستحيل تحقيقه وإن كان بالإمكان تجميد الجسد، نبيل تللو، المرجع السابق.

[2] Pus de détail sur les musées scientifiques, V. SCHIELE Bernard, *Les musées scientifiques*, Revue internationale d'éducation de Sèvres, 14/1979, pp. 105-121.

ومن أشهر متاحف المهتمة بجسم الإنسان، متحف Body Worlds التي أشرف عليه العالم الألماني Gunther von Hagens، وتم من خلاله عرض جثث مسلوخة عن طريق التليين بعد معالجتها بواسطة السيلكون المطاطي، وجعلت الأجساد بوضعيات مختلفة تمثل حركة الجسم البشري، وأعضاء آدمية تظهر منها الأنسجة العضلية والعصبية، وتعتبر زيارته فرصة كبيرة لمشاهدة العالم الداخلي الذي يقوم بالعمليات اللازمة لحياتنا، وخاصة العضلات التي عرضت بطريقة فنية مثيرة للإعجاب، وقد لقي المتحف إقبالا واسعا من طرف الجمهور في عدة بلدان أوربية[1].

ومن جانب المدافعين عن فكرة إنشاء تلك المعارض، فإنهم يتمسكون بالطابع العلمي لأعمالهم ويشيرون بأن عرض الجثث في هذه الفضاءات يعد أداة تعليمية مفيدة جدا، الشيء الذي يسمح لطلاب الطب بأن يشرحوا للزوار بعض المفاهيم حول عمل الجسم والإجابة على تساؤلاتهم العلمية، ما من شأنه أن يدعم الثقافة الصحية لدى العامة من الناس، حيث يمكن أن تؤخذ مقاطع عرضية في أجهزة الجسم، أو على طول الجسم كله، فيساعد ذلك على رؤية صورة واضحة واقعية للجهاز أو العضو، كما أن المتحف يقدم للزائرين أجسادهم ونمط حياتهم من منظور تشريحي جديد.

ولتبرير موقفهم أيضا يرون بأن عرض جسم الإنسان ليس بجديد بل يعد امتداد للممارسات الطبية التي كانت سائدة في عصر النهضة، لكن بجسد حقيقي وأصيل من حيث القيمة التشريحية، وان المعارض التشريحية في أوربا في القرن التاسع عشر كانت تخصص هي الأخرى للأغراض التعليمية والأخلاقية، وتركز على اكتشاف تأثير الأمراض الوراثية والسرطانية والعلل التي تصيب الإنسان بعد الولادة، لزيادة التوعية والوقاية الصحية. وساهمت تلك العروض فعلا في إنشاء تقاليد أخلاقية واقعية، رغم ارتباطها بمفاهيم العقاب الإلهي والسلوكيات غير الأخلاقية للإنسان. أما اليوم، يتم التركيز على قدرات الجسم البشري، ومفاهيم الحياة والموت، وتأثير التكنولوجيا الطبية، وتقييم الجسم البشري ضمن منظور الرعاية الصحية التقويمية التي ساهمت في الاندماج بين الآلة والإنسان، وإبراز فضل التكنولوجيا في زيادة العمر الافتراضي للجثة[2].

2- إبراز الجانب الفني والجمالي للجسم البشري.

أصبحت الجثة بفضل تدخل التكنولوجيا قطعة فنية عضوية أو مزيج بين البنية الجسدية والتقنية وليس نتاج الطبيعة، فالجسم البلاستيكي هو تماثل للجسم الطبيعي مثل الدمى المصنوعة من

[1] أسامة فاروسي، المتاحف العلمية ودورها في الاندماج الرائع بين العلم والفن، مقال منشور بتاريخ 2014/10/23، بالموقع الالكتروني: http://www.arageek.com/

[2] Jose Van DIJCK, Op. cit. p. 62.

الشمع الطبيعي التي كانت يعمل عليها الأطباء في عصر النهضة. وتهدف عروض الأجساد إلى تسليط الضوء على التغييرات الكيميائية التي تطرأ على الجثة وتجعلها تتميز بالأصالة. ونتج عن إجراء عمليات تجميل الجثث على أنها صارت قطعة نحتية أو ثقافية، وأطلق على تلك العمليات بالفن التشريحي الذي يرمي إلى عرض الجانب الخفي من الجسم البشري بصورة جمالية لأغراض تربوية. لهذا تم تصنيف هذا النوع ضمن العروض العلمية التثقيفية الذي لقيت رواجا واسعا لم تحققه وحتى معارض الرسم الشهيرة التي لا تستقطب هذا الكم الهائل من الزوار.

ورغم أن مؤيدي تلك عرض الجثث للجمهور يرون بأن علمية تربوية قبل أن تكون فنية فإن بعضها يوحي بميل نحو الإبداع الفني، بدليل أن خبير التشريح الألماني كان قد شرح كيف أنه يقوم بصبغ الأجساد وتشكيلها في وضعيات مختلفة من وحي خياله وكيف أنه يستعين بمخرج مختص في المهرجانات الفنية لتنظيم معارضه. وبالتالي، فإن ما فعله يعد جمع بين الدقة العلمية والزخرفة الفنية اللذان لا يتناقضان في نظره، فالجثث المحنطة تحمل سمة فسيولوجية منحوتة بدقة متناهية تظهر من خلالها جميع الأعضاء الجهاز الهضمي والنظام التنفسي لكن اللمسة الإبداعية ظاهرة بالطريقة التي تم من خلالها نحت الجثة ما اعتبروه امتداد لما فعله القدماء[1]. ويؤكدون بأن الطابع الجمالي للجثث المعروضة يمكن أن ينسينها الخوف من الموت وتجسيد الفن التشريحي الجسدي بنظرة كلاسيكية جديدة[2].

ويتعين التوضيح هنا إلى أن الفن التشريحي ارتبط بدوره بتطور الحركة الفنية والثقافية على مدار العصور، ويظهر ذلك من خلال التماثيل الإغريقية القديمة التي تعرض الصورة الجمالية للجسم الإنساني[3]. كما أبدع الرسامون خلال القرن السادس عشر في توضيح البنية التشريحية للجسم البشري بغرض إجراء الدراسات الطبية، ولم تكن تخلوا تلك الرسومات تخلوا من اللمسة الفنية الجمالية كرسومات الأطلس الطبي التشريحي لـ Vésale[4].

فالجدل الدائر إذن حول عرض الجثث الآدمية في المتاحف الفنية، يعود بالدرجة الأولى إلى مفاهيم العلم والفن ومدى أخلاقية هذا التصرف، حيث أن أغلب المعارضين كانوا من رجال الدين والمذهب الأخلاقي الذين صدموا بطريقة تدنيس الجثث البشرية، وأنهم لم يترضوا بجعل الجثث كقطع فنية رغم أنهم لم يعارضوا استعمالها لأغراض عملية محضة. والفئة الثانية من المعارضين تتمثل في الأطباء

[1] BERNARD-FAIVRE Dominique, *Gunther von Hagens ou la mort de la mort organique*. In « La mort en questions, Approches anthropologique de la mort et du mourir », ERES, 2003, pp. 326-392.
[2] Jose Van DIJCK, op. cit., p. 48.
[3] فيء ناصر، الجسد كقطعة فنية في منحوتات الحضارة الإغريقية، الشرق الأوسط، بتاريخ 2015/08/10، عدد 13404.
[4] Les dessins de De humani corporis fabrica (1543) de Vésale, par exemple les gravures en cuivre d'organes internes de Bidloo dans Anatomia humani corporis (1685).

والمختصين في مجال التشريح، الذي رأوا بأن ذلك مخالف لأخلاقيات المهنة والتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية بعد الموت، ومخالف لآداب التعامل مع جسم الإنسان، معتبرين بأن العروض لا تحمل أية قيمة علمية أو تربوية إضافية، ونبهوا بأنه يجب أن يكون الجسم في خدمة العلم وليس في خدمة الفن، بغض النظر عن الجدل القائم حول طبيعة الأجساد المحنطة المعروضة في المتاحف من حيث أنها أصلية أو معدلة، لأن تلك التفرقة بين الطبيعي وغير الطبيعي، لم يصبح لها معنى مع تطور العلوم التكنولوجية والطبية، مثلها تماما مثل الكائنات المستنسخة أو المعدلة وراثيا[1].

الواضح أن الاعتبارات الأخلاقية لا تزال تخيم على العروض، فالإشكالية كما تلاحظ الدكتورة José van Dijck لا تكمن فقط في التفرقة بين العلم والفن أو حدود الفعل الأخلاقي وإنما الوضع القانوني للجسد الإنساني في عصرنا هذا الذي لم يصبح نتاج الطبيعة، وإنما تدخلت فيه عوامل بيولوجية وتكنولوجية أدى إلى إمكانية تحسين قدراته وتغيير من طبيعته وتحسينه[2].

الفرع الثاني
مشروعية استعمال الجثث لأغراض فنية وثقافية

إن عرض الجثث الآدمية في المعارض الفنية يطرح العديد من الإشكالات القانونية ويتعلق الأمر إمكانية التبرع بالجثة وأجزاء الجسم لأغراض فنية وثقافية، وكذا إجراء العمليات الجراحية التجميلية على الجثة بغرض تغيير ملامحها الطبيعية لجعلها مادة للإبداع الفني والثقافي، كما يطرح التساؤل أيضا فيما إذا كان استعمال الجثمان لأغراض ثقافية تتعارض مع قوانين الصحة وأخلاقيات الطب، وقد ركز القضاء في معالجة هذه الإشكاليات على فكرة الكرامة الإنسانية.

أولا: التبرع بالجثة وأجزاء الجسم لأغراض فنية وثقافية.

أجاز المشرع التبرع بالجثث لأغراض علمية، وسمح أيضا بهبة الأعضاء البشرية بعد الموت، لكنه لم يتحدث عن إمكانية الاستفادة من الجثة لأغراض ثقافية وفنية. والوقائع أن الاستفادة من الجثث لأغراض فنية وثقافية تتعارض مع قوانين الدفن والجنائز، كما أنها تتعارض مع قوانين الصحة وأخلاقيات الطب.

[1] Jose Van DIJCK, op. cit., p. 51.
[2] Jose Van DIJCK, op. cit., p. 52.

1- التعارض مع قوانين الدفن والجنائز.

لقد حرص المشرع على ضمان الاحترام اللائق لاعتبار الموتى، كما وضع المشرع قواعد عقابية تهدف إلى حماية كرامة الميت، ويستنتج من خلال تلك الأحكام أنه لا يجوز الاحتفاظ بالجثة لاستعمالها في أغراض ثقافية وفنية، لأن ذلك يتعارض مع قوانين الدفن والجنائز وأحكام الشريعة الإسلامية، فدفن الإنسان بعد موته سنة جارية في الخليقة منذ أول ميت على وجه الأرض وهو مما أكرم الله عز وجل به بني آدم، ولا يمكن في حالة الضرورة حفظ الجثة إلا في الأماكن المخصصة لذلك، وهو ما نصت عليه المادة 08 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 16 – 77 المؤرخ في 2016/02/24 المحدد للقواعد المتعلقة بالدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة الدفن بأنه: "يودع جثمان المتوفى في بيت العزاء، ويمكن أن يودع مؤقتا وبصفة استثنائية، في مبنى ثقافي، أو في مبنى ديني أو في مكان وضع اجتماعي". وأجاز المشرع حفظ الجثة قبل دفنها مؤقتا في مصلحة حفظ الجثث بالمستشفيات.

وبدوره استند القضاء الإداري الفرنسي لنفس المبررات لمنع حفظ الجثث لمدة طويلة، عندما نظر في قضية الدكتور Martinot التي بدأت وقائعها بتاريخ 1985/02/28 عندما قام هذا الأخير بوضع جثمان خليلته داخل جهاز تبريد تحت درجة حرارة متدنية (– 80 درجة)، ثم أوصى أبنائه بأن توضع رفاته بثلاجة بعد موته، وكان ذلك الشخص ينتمي إلى طائفة تعتقد أن عملية تجميد الأموات يرجى منها إعادة الحياة في المستقبل، ويزعم بأن العلم سيتوصل بدون شك إلى علاجات شافية. وبعد وفاته بتاريخ 2002/02/22 قرر ابنيه تنفيذ وصيته ووضع جثمانه في ثلاجة بمبنى عمومي، لكن السلطات الإدارية المحلية أخطرت المعني بضرورة اتخاذ إجراءات الدفن الخاصة بوالديهما، لكنهما رفضا واقترحا نقل الرفات إلى ملكية خاصة، وطعنا بعدم الشرعية في القرار الإداري أمام المحكمة التي أكدت بأن القرار شرعي[1] وأيدها في ذلك مجلس الدولة، الذي أفاد بأن القانون يحدد طريقتين للتعامل مع الموتى، إما الدفن أو الحرق، ولا يمكن في هذه الأحوال التذرع بحرية المعتقد واحترام إرادة الأشخاص[2].

[1] CAA Nantes, 27 juin 2003, AJDA, 2003, p. 1871, concl. J.-F. Millet.

[2] CE 6 janv. 2006, *Martinot*, AJDA, 2006, 757, note L. Burguorgue-Larsen ; J. Michel, Hibernatus, Le droit, les droits de l'homme et la mort, D. 2005, 1742. Le Conseil d'Etat a considéré en 2002 que la cryogénisation n'est pas un mode légal d'inhumation, V. CE, 29 juill. 2002, D. 2002, IR p. 2583 ; V. également sur l'interdiction de la congélation du corps, CAA Bordeaux, 29 mai 2000, AJDA, 2000, p. 896, obs J.-L. Rey ; Dr. adm. 2000, Comm. n° 236, note Exposta ; JCP, 2001, I, 336, n° 23, obs. C. Byck ; TGI Saumur, ord. réf., 13 févr. 2002, D. 2002, IR p. 1182. V. aussi, J. Michel, Hibernatus, *le droit, les droits de l'homme et la mort*, D. 2005, Chron. p. 1742 ; Laurence Burgorgue-Larsen, De l'inhumation à la crémation, en passant par la congélation : le mode de sépulture en question, AJDA, 2006, 757 ; Isabelle Corpart, Feu la cryogénisation, D. 2006, 1875.

ومن جهة أخرى، تشير المادة 50 من القانون 98 – 04 المؤرخ في 1998/06/15 المتعلق بحماية التراث الثقافي إلى أنواع الممتلكات الثقافية المنقولة، وحددت على وجه الخصوص الاستكشافات والأبحاث الأثرية العناصر الناجمة عن تجزئة المعالم التاريخية والمعدات الأنتروبولوجية والإثنولوجية والممتلكات ذات الأهمية الفنية، ولا تشير صراحة إلى بقايا العظام أو الجثث حتى لو كانت قديمة وذات قيمة تاريخية أو أثرية. ولم يشر أيضا المرسوم التنفيذي 11 – 352 المؤرخ في 2011/10/05 المتضمن القانون الأساسي النموذجي للمتاحف ومراكز التفسير ذات الطابع المحتفي، إلى إمكانية عرض الأجساد لأغراض تربوية، حيث نصت المادة 03 بأنه: " تكلف المتاحف بإحدى أو بعدد من المهام الآتية:

- المحافظة على المجموعات أو التحف المكونة لمجموعات وترميمها ودراستها واقتنائها وإثرائها.
- مسك جرد للتحف المكونة لمجموعات وإنجاز كتالوجات عن التحف والمجموعات.
- ضمان حماية المجموعات أو التحف المكونة لمجموعات، جعل المجموعات أو التحف المكونة لمجموعات في متناول الجمهور ".

2- التعارض مع قوانين الصحة وأخلاقيات الطب.

وضع المشرع من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها حالات الاستفادة من الجثة على سبيل الحصر، وحدد مجالات حرية الشخص في التصرف في جسده بعد الموت، ويتعلق الأمر بعمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا التي لا تتم سوى لتحقيق أغراض علاجية، وسمح أيضا بإجراء التجارب العلمية على جثة الإنسان لتحقيق التقدم في مجال الطب. ومن جانب آخر، أجاز المشرع إجراء عمليات تشريح الجثة سواء بداعي الكشف عن الحقيقة أو لتحقيق التقدم العلمي يتعين أن تحتفظ بطابعها السري أي أن تبقى بين جدران المستشفيات بما يكفل ستر الميت، وأن جميع تلك القواعد آمرة وتتعلق بالنظام العام. ويفهم من ذلك أنه لا يمكن للشخص التبرع بجسده بعد الموت أو بأجزاء من الجسم لتحقيق أغراض ثقافية أو فنية، كما لا يسمح باستغلال الجثث حتى لو كانت لأشخاص مجهولي الهوية لعرضها في الفضاءات الفنية والمتاحف المخصصة للجمهور، وإلا اعتبر هذا الفعل مخالف للنظام العام والآداب العامة[1].

[1] ويتعارض حفظ الجثث مع مقتضيات الأمن الصحي، لهذا أشار مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 2006/01/06 بأن عملية حفظ الجثث داخل الثلاجة بداعي المعتقدات يخالف مقتضيات الأمن والنظام الصحيين.
CE 6 janv. 2006, *Martinot*, préc.

فحفظ أو تحنيط الجثث الآدمية لاستعمالها في التظاهرات الثقافية والفنية يعد فعل مخالف لأخلاقيات الطب، وكذلك الحال بالنسبة للعمليات الجراحية على الجثة التي تهدف إلى تزيينها أو استعمال المساحيق الطبيعية والاصطناعية التي تهدف إلى تحقيق هذا الغرض، وأن ذلك لا يتعارض مع ما أشارت إليه المادة بالنسبة للجثة المشوهة نتيجة عملية التشريح، التي يتعين أن يسعى الطبيب لترميمها وردها إلى حالتها الطبيعية حفاظا على مظهرها الطبيعي.

ثانيا: استناد القضاء إلى فكرة الكرامة الإنسانية.

استند القضاء في فرنسا إلى فكرة الكرامة الإنسانية في معالجة المعضلات الأخلاقية المتمخضة عن عرض الجثث الآدمية في المتاحف الفنية، وكانت محكمة النقض الفرنسية قد نظرت في قضية أحد المعارض غير التقليدية المسمى Our body الذي طاف العالم وشاهده أكثر من 30 مليون زائر في أكبر المدن والعواصم، قد طرح لدى وصوله إلى فرنسا مشكلة أخلاقية، وقسم الوسط الثقافي بين مؤيد ومعارض، إلى أن انتهى به المطاف إلى قاعات المحاكم[1]، وبدوره أوضح القضاء الإداري الفرنسي وجهة نظره في ما يتعلق بالاحتفاظ بالجماجم البشرية بالمتاحف الفنية.

1- موقف محكمة النقض الفرنسية في قضية Our body.

لقد أصدرت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية قرار مبدئي بتاريخ 2010/09/16 كرست فيه مبدأ احترام الكرامة الإنسانية، أثناء نظرها في مدى قانونية عرض الجثث الآدمية المحنطة في المتاحف الفنية، وقد بدأت وقائع تلك القضية بتاريخ 2009/02/12 عندما قامت شركة Encore Events بتنظيم معرض بباريس تحت تسمية Our body تم من خلاله عرض جثث وأعضاء بشرية محنطة بطريقة التطرية، قيل أنها لمواطنين صينيين تم إعدامهم ثم بيعت أجسادهم دون علم ذويهم أو موافقتهم، بحيث يظهر العرض أجسادا بشرية في وضعيات رياضية مختلفة بشكل يسمح بمعرفة كيفية عمل الأعضاء الداخلية لجسم الإنسان تبعا الجهد العضلي المبذول، إثر ذلك قامت جمعيتي "معا لمناهضة عقوبة الإعدام" و"التضامن مع الصين" برفع دعوى استعجاليه تطالبان من خلالها بوقف العرض، لكونه يشكل انتهاكا صارخا لأجساد الموتى التي مثلت كقطع فنية، بالإضافة إلى مخالفة القواعد القانونية التي تحمي حق الإنسان في احترام جسده ورفاته، المنوه عليها في المادة 16 من القانون المدني،

[1] جريدة الشرق الأوسط، الفن التشكيلي يستخدم الجثث البشرية في معارض يشاهدها الملايين، بتاريخ 2010/11/21، عدد 11681.

وكذا المادتين L.1-1232 من قانون الصحة العمومية، و225 – 17 من قانون العقوبات، كما تشكل من جهة أخرى متاجرة في جثث الرعايا الصينيين.

وانتهت الدعوى بصدور قرار محكمة الاستئناف بباريس مؤرخ في 2009/04/30 يقضي بإلزام الشركة المنظمة للتظاهرة الثقافية بوقف العرض. إثر ذلك قامت شركة Encore Events بالطعن في القرار المذكور أعلاه أمام محكمة النقض[1]، مثيرة في عريضتها عدة أوجه للطعن أهمها، أنه لا يمكن لقضاء الاستعجال أن يتخذ إلا التدابير التحفظية أو وقف الأعمال غير الشرعية التي تشكل إخلالا واضحا بالنظام العام، معتبرة أن قضاة الموضوع خالفوا تلك القاعدة بمناقشتهم مسألة شرعية عرض الجثث، وأعطوا تفسيرا لنص المادة 16 – 1 من القانون المدني وتطبيقها في الحالات المماثلة، بالرغم من أن المسألة كانت محل شك وتباين في وجهات النظر بين الطرفين. حيث اعتبروا أن احترام الجسم البشري لا يتوقف بمجرد وفاة الشخص، وإنما يمتد أيضا إلى بقايا الشخص المتوفى ورفاته التي يتعين التعامل معها باحترام وكرامة وآداب، وخلاف ذلك فإن الشركة الطاعنة عرضت المومياء البشرية لأغراض علمية بطريقة تسمح بتعريف الجمهور بالتقنيات العلمية الحديثة في التشريح والتحنيط. كما تسمح لهم أيضا بالتعرف على كيفية عمل أعضاء الجسم مما يساهم في رفع المستوى المعرفي للزوار، وهو ما يدخل في إطار الاستثناءات الواردة على القاعدة التي استند عليها القرار المنتقد، والمتمثلة في استعمال الجثث وأجزاء الجسم الأخرى لأغراض علمية أو بيداغوجية. مؤكدة من جهة أخرى بأن مبدأ احترام الجسم لا يمنع الشركة من طرح وجهة نظرها تجاه الموت والشعائر الدينية التي تختلف باختلاف الثقافات، وبالتالي فإن عرض الأجزاء البشرية لا يشكل عملا يمس بالطقوس الدينية أو إخلالا بالنظام العام.

وأعابت الشركة المنظمة للعرض أيضا على قضاة الاستئناف كيفية مناقشتهم لشرط الموافقة المسبقة، بحيث قلبوا عبئ إثبات هذا الشرط، وفي هذا الإطار أكدت الطاعنة أن استعمال الجثث كان بموافقة أصحابها قبل وفاتهم أو ذويهم الذين تبرعوا بها لفائدة كليات الطب التابعة لإحدى الهيئات العلمية بالصين، وأن الهيئة أحاطهم علما مسبقا بكيفية استعمال الجثث، وكذا بالطريقة التي سوف يتم حفظها وتشريحها. ومن جهة أخرى، أكدت الشركة الطاعنة احترامها للقواعد المتعلقة بالسرية وعدم الكشف عن هوية أصحاب الجثث، والتمست في الأخير قبول الطعن مع إلغاء القرار المطعون فيه.

[1] TGI Paris, ord. réf., 21 avr. 2009, n° 09/53100, AJDA, 2009. 797 ; D. 2009, 1278 ; JCP, 2009, Actu. 225, obs. G. Loiseau ; CA Paris, 30 avr. 2009, n° 09/09315, AJDA, 2009, 910 ; D. 2009, 2019, obs. C. Le Douaron et note B. Edelman, et 2010. 604, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; Constitutions 2010. 135, obs. X. Bioy ; RTD civ., 2009, 501, obs. J. Hauser ; JCP, 2009, n° 25, p. 23, note G. Loiseau.

لكن محكمة النقض اعتبرت الأوجه التي أثارتها شركة Encore Events غير مؤسسة قانونا، وردت عليها بحيثية جاء فيها أنه: "يتعين وفقا لنص المادة 16 – 1 – 1 فقرة 2 من القانون المدني أن يتم التعامل مع بقايا الأشخاص الموتى باحترام وكرامة وآداب، وأن عرض جثث لأغراض تجارية يخالف تلك المقتضيات. ولما ثبت في القضية الراهنة أن الأجساد البشرية تم عرضها من قبل الشركة الطاعنة لأغراض تجارية، فإن قضاة الاستئناف بمنعهم استمرار العرض يكونون قد طبقوا صحيح القانون واستعملوا سلطاتهم المخولة لهم بمقتضى المادة 16 – 2 من القانون المدني[1].

ولم تتوقف القضية عند هذا الحد، وطرح النزاع مجددا حول شرعية عقد التأمين المنصب على الجثث المحنطة، أين اعتبرت محكمة استئناف باريس بأن عقد التأمين باطل بطلانا مطلقا لتعارض سبب الالتزام مع النظام العام[2]، وأيدتها في ذلك محكمة النقض في قرارها المؤرخ في 2014/10/29 التي أفادت من خلاله بأن مبدأ احترام الجسم البشري لا يتوقف بعد وفاة الشخص الذي يعد من النظام العام، وأن تلك القاعدة تسري حتى على التصرفات التي وقعت قبل صدور القانون 1350 – 2008 الذي أضاف المادة 16 – 1 – 1 للقانون المدني[3].

ومن الواضح أن هذا القرار كرس مبدأ الحماية القانونية لبقايا الأموات في إطار احترام الجسم البشري وجعلها خارج التعامل التجاري، كما اعتبر القضاة أن أي عمل من شأنه أن يجعل الأعضاء البشرية حتى ولو كانت لأشخاص موتى محل معاملة تجارية غير مشروع ويمس بالنظام العام، وأن مفهوم القدسية الذي كان سائدا في ظل القانون الروماني قد استبدل بمفهوم الكرامة الإنسانية، تبعا للتوجهات الفكرية والتشريعية الحديثة.

---

[1] « Mais attendu qu'aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence ». Civ. 1ère, 16 sept. 2010, n° 09-67.456, Bull. civ. I, n° 174; D. 2010, 2157, obs. Le Douaron; D. 2010, 2750, note G. Loiseau; D. 2010, 2754, note Edelman; D. 2011, Pan. 780, obs. Dreyer ; JCP, 2010, n° 1239, note Marrion ; CCE, 2010, n° 112, note Lepage ; RLDC, 2011/80, n° 4188, obs. Parance ; RJPF 2010-11/12, obs. Putman ; RTD civ., 2010, 760, obs. Hauser.

Art. 16-2 du Code civil: « Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci *(L. n° 2008-1350 du 19 déc. 2008, art. 12),* y compris après la mort ».

Voir à ce sujet, l'Avis n°111 du Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé : *Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale*, 07 janvier 2010.

[2] Paris, 5 févr. 2013, JCP, 2013, n° 195, obs. Byk ; note Loiseau.

[3] Civ. 1ère, 29 oct. 2014, n° 13-19.729, D. 2014, 2242 ; JCP, 2014, 1170, obs. G. Loiseau ; LEDC, 2014, n° 11, p. 1, obs. O. Sabard.

2- موقف القضاء الإداري من استرجاع رؤوس القبائل الماوية Les têtes maories.

وفي قضية مشابهة كانت مطروحة أمام محكمة الاستئناف الإدارية بـ Rouen، حول شرعية القرار الإداري الصادر عن رئيس البلدية المتضمن إرجاع الرؤوس البشرية المحنطة لمحاربي القبائل الماوية التي تحتوي على زخارف إبداعية صممت عن طريق الوشم، والتي تم جلبها من بلدها الأصلي زيلندا الجديدة خلال الحقبة الاستعمارية ومنحها للمتحف على شكل هبة. ورفضت المحكمة في قرارها المؤرخ في 2008/07/24 الاستناد إلى مبدأ عدم قابلية عناصر الجسم للتصرف وعدم جواز أن تكون محلا للحقوق العينية المنصوص عليه في المادة 16 من القانون المدني من أجل التصريح بشرعية القرار، معتبرتا أن تصنيف المومياء ضمن التراث التابعة للأملاك الوطنية يحضر التنازل عليها إلا بموجب ترخيص من الهيئات العلمية المختصة الذي لم تحصل عليه البلدية. كما أن القانون المتعلق بالتراث يضع تلك المصنفات في نظام قانوني يختلف تماما عن نظام حقوق الملكية المنصوص عليه في القانون المدني[1]. ونظرا للجدل التي أثارته القضية اعتمد المشرع قانونا يرخص بموجبه باسترجاع تلك الجماجم إلى بلدها الأصلي ويتعلق الأمر، ويتعلق الأمر بالقانون 2010 – 501 المؤرخ في 2010/05/18[2].

[1] CAA Douai, 24 juill. 2008, D. 2010, Pan. 604, obs. Galloux ; AJDA, 2008, AJ, 1896, concl. Lepers ; JCP, 2008, II, 10181, note Saujot.

[2] Loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 *visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections*, RTD civ., 2010, 626, obs. Bacache; AJDA, 2010, 1419, note Pontier.

تجدر الإشارة إلى أنه يوجد ضمن 18 ألف جمجمة بشرية بمتحف الإنسان في باريس 36 تعود لمقاومين جزائريين بعضهم قادة بارزون في المقاومة ضد الاستعمار الفرنسي في أواسط القرن التاسع عشر، قتلوا ثم قطعت رؤوسهم ونقلت إلى العاصمة الفرنسية لدوافع سياسية وأنثروبولوجية. ونظرا للجدل حاد قائم بين فرنسا والجزائر حول حقبة الاستعمار والأرشيف المتعلق بها، حفظت هذه الجماجم في قاعة منعزلة في المتحف بعيدا عن مرأى العموم. وعلى الرغم من أنها تعتبر أجساما علمية، إلا أن لديها أيضا قيمة أخلاقية إذ تتعلق بسلالة من الأبناء والأحفاد. ولم يكشف سر وجودها في مارس 2011، وأن المساعي متواصلة من أجل استرجاعها. فرانس 24، جماجم مقاومين جزائريين قطعت رؤوسهم مخبأة في متحف الإنسان بباريس، بتاريخ 2016/09/28، http://www.france24.com/ar/

خـاتمـة

في الأخير يمكن الاستنتاج من خلال هذه الدراسة، بأن الأبحاث في مجال علوم لصحة والأحياء فتحت بما لا يدع مجالا للشك آفاق واعدة للإنسانية، وحققت نتائج علمية هائلة. لكنها بالمقابل أدت إلى وقوع مخاطر كبيرة تهدد سلامة الإنسان والجنس البشري، وأن الأخلاق الطبية التقليدية لم تعد وحدها كافية لمواجهتها. والواقع أن المشرع الجزائري حاول مواكبة هذا المسعى عن طريق دعم القطاع الصحي وجعله يتكيف مع متطلبات التطورات الطبية الحديثة والاستفادة من منجزات العلم، وبالموازاة مع ذلك، سعى المشرع إلى إيجاد حلول عقلانية تسمح بمعالجة القضايا الأخلاقية التي يطرحها تطبيق الطب وعلوم الحياة والتكنولوجيا المرتبطة بهما على البشر، من أجل تجسيد المبدأ الدستوري الرامي إلى حماية كرامة الإنسان وتطبيقاته في مجال الصحة، ويستخلص من مجمل الأحكام التي تعالج القضايا الطبية بأن المشرع الجزائري يميل إلى النظرة المحافظة، مع الأخذ بعين الاعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية، والقيم المثلى للمجتمع الجزائري.

.

وتبعا لذلك، تم الاستنتاج في بداية هذه الدراسة بأن القانون حظر معظم الممارسات الطبية غير الأخلاقية التي تهدد السلالة البشرية وهوية الكائن البشري، بدأ بالاستنساخ التناسلي الذي يفقد الإنسان لأهم ما يميزه وهو التفرد والخصوصية، ومنع أيضا انتقاء الجنس الذي يندرج ضمن نظرة تحسين النسل. وأضفى مشروع القانون التمهيدي للصحة حماية جزائية فعالة لكرامة الإنسان في مواجهة التطبيقات الحيوية الجديدة، حيث وضع أحكام جزائية تردع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس، وسد بذلك الفراغ القانوني الذي يكتف النصوص المطبقة حاليا.

وعلى غرار العديد من التشريعات المقارنة، حاول المشرع الجزائري ضبط الممارسات الطبية الحديثة المنصبة على الجينات البشرية التي تحمل أسرار الحياة بما يخدم صحة الإنسان، حيث أخذ ببعض أساليب تحسين النسل، كالتشخيص الجيني قبل الزواج والتشخيص قبل الولادة، وقطع الطريق أمام أي تلاعب بالرصيد الوراثي للإنسان. لكن المشرع لا يزال متخوف من الخوض في بعض المسائل الطبية ذات الصلة بتحسين النسل، خاصة إجهاض الأجنة المشوهة خلقيا، التي أبرزت تناقضات تطبيق مبدأ الكرامة الإنسانية، رغم أن إجهاض الأجنة المشوهة أو المصابة بمرض خطير أصبح أمرا يقره الفقه الإسلامي المعاصر والعديد من القوانين المقارنة، وهذا خارج إجراءات قطع الحمل بداعي الحفاظ على صحة الأم وحياتها، ونقترح في هذا الإطار إباحته صراحة على أن يكون ذلك في مرحلة معينة من نمو الجنين.

من جانب آخر، تم التوصل بأن الممارسات المنصبة على الجينات البشرية أصبحت ذات أهمية جوهرية، ويتعلق الأمر بجمع البيانات الوراثية ومعالجتها واستخدامها وحفظها، ولم تعد هذه الأخيرة تقتصر على البحوث التطبيقية في مجال الطب البيولوجي أو البحوث الوبائية، بل أصبحت لها عدة استخدامات في ميادين شتى، مما طرح إشكاليات الخصوصية والسرية الطبية وبراءات الاختراع والتمييز العنصري وغيرها. وينبغي أن تتفق تلك الممارسات عموما مع مبادئ أخلاقيات مهنة الطب وحقوق الإنسان والكرامة الإنسانية.

وهو ما أراد المشرع تحقيقه من خلال القانون 16- 03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، الذي يعد خطوة جديرة بالتثمين في مجال حماية حقوق الإنسان واحترام الحريات الأساسية في مجال تطبيقات الهندسة الوراثية. غير أنه يتعين مع ذلك مواصلة هذا المسعى، وتوضيح الرؤية بشأن حماية الأشخاص من استغلال البيانات الوراثية في المجالات الطبية والعلمية الأخرى، التي أغفل عنها مشروع القانون الجديد للصحة، ولم يبين شروطها رغم أهميتها البالغة. كما تم تسجيل في هذا الصدد، عدم تطرق المشرع إلى إشكالية براءة الاختراع في الأبحاث الوراثية، التي تتعارض مع منع امتلاك الجينات البشرية. وبما أن التمييز بين الأشخاص على أساس رصيدهم الجيني يعد أيضا إساءة لاستخدام علم الوراثة البشرية، ويهدد في نفس الوقت المساواة بين البشر، فإننا نقترح أيضا إضافة هذا الوجه الجديد في النصوص التي تقمع أعمال التمييز، سواء في قانون العقوبات أو القوانين ذات الصلة بالمجالات الاقتصادية والاجتماعية المختلفة.

وقد توصلنا من خلال تطرقنا للمشاكل الأخلاقية التي تثيرها استعمال المواد التناسلية البشرية في المجالات الطبية، بأن هذه الأخيرة تعد من العناصر الأكثر خطورة وحساسية، لأنها تتعلق بإنشاء الحياة لدى الإنسان، وكذا بحرمة الأعراض والأنساب. ومنذ ظهور تقنيات التلقيح الصناعي، ازدادت المخاوف حول الانحرافات الأخلاقية، لاسيما أمام إمكانية دخول طرف ثالث في العملية، سواء أكان متطوعا بالسائل المنوي أو متطوعة بالحمل كالأم البديلة، الشيء الذي قد يؤدي إلى منزلق أخلاقي خطير ويقلب القيم في المجتمعات ويحطم المعتقدات الراسخة منذ نشأة الإنسان، كمعنى الأبوة والأمومة والوحدة البيولوجية للأسرة، ويعمل أيضا على إعادة الأفكار القديمة للرق والعبودية واستغلال جسم المرأة. فضلا على المساس بالحقوق الأساسية للطفل، والاتجار بالأمشاج والأجنة البشرية واستعمالها لأغراض صناعية.

والجدير بالملاحظة بأن المشرع حاول تأطير هذه الأعمال في البداية بموجب قانون الأسرة ثم اقترح مشروع قانون الصحة أحكام تفصيلية أخرى، وعدم الاكتفاء بما ورد في التعليمة الوزارية، في

مسعى يرجى من خلاله تشجيع لجوء الزوجين العقيمين إلى المساعدة الطبية للإنجاب، لهذا حظر المشرع اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، وكذا الاتجار في الأمشاج والمضغ البشرية. وأخذ المشرع كذلك برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بإجراء علمية التلقيح الاصطناعي أو نقل المضغ بعد الوفاة، وكضمانة أكثر اشترط أن يمارس أعمال المساعدة الطبية على الإنجاب أشخاص مؤهلين وفي مؤسسات ومخابر بيولوجية معتمدة من طرف الدولة. واقترح المشروع التمهيدي لقانون الصحة عقوبات جزائية صارمة على كل مخالفة للشروط القانونية المتعلقة بالتلقيح الصناعي، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات التي لم تعد تصلح لمعالجة هذه المستجدات الطبية.

ورأينا بأن البحوث التي أجريت في مجال علم الأجنة والطب الإنجابي أضافت إلى المعضلات الأخلاقية للإجهاض، مشكلات أخرى أكثر تعقيدا تتعلق بالإتلاف المتعمد للأجنة المبكرة أي في مرحلة تمايز الخلايا، سواء من أجل التخلص منها لأنها فائضة لا حاجة إليها في عملية الزرع، أو من أجل استغلالها في البحث العلمي، وتبين بأن النظرة الفلسفية والدينية والقضائية اختفت حيال موضوع بداية الحياة، والوضع القانوني للجنين المستكن بالأنبوب.

ويستخلص من خلال النصوص أن المشرع أراد إعطاء الحرية للطبيب والمريضة في تحديد عدد المضغ المعدة للنقل إلى الرحم في إطار المشورة الطبية، على ألا يزيد عددها على ثلاثة، كما سمح بعض الحالات المبررة طبيا بأن يقوم الطبيب بتلقيح المزيد من المضغ. لكنه لم يتحدث عن إمكانية التجميد وطريقة الإتلاف أو الاستفادة من الأمشاج الملقحة في الدراسات العلمية، التي تعتبر مسائل مهمة يتعين استدراكها. وقد خلصنا بأن المشرع كأصل عام يحمي الجنين البشري منذ لحظة التلقيح، وبالتالي يحظر القانون ضمنيا استحداث الأجنة في المختبر بغرض إجراء دراسات وأبحاث عيادية أو تخليق مضغ بغرض انتزاع الخلايا الجنينية، كما يمنع أيضا الالتجاء إلى تقنيات الاستنساخ العلاجي لأنه أمر مخالف للكرامة البشرية وقد يلتبس مع الاستنساخ التكاثري.

واعتبارا لضرورة التقدم العلمي أو لدواعي علاجية، فإنه لا حرج في الانتفاع من الأنسجة المضغية أو الجنينية المتأتية من عمليات الإجهاض التلقائية أو من خلايا الحبل السري، بحكم أن الاقتطاع من أجنة ميتة لا يثير مشاكل أخلاقية، على أن تراعى الأحكام المتعلقة بالتبرع بالدم أو الأنسجة والخلايا وتجميع مواد الجسم البشري. أما بالنسبة إلى الخلايا الزائدة للمضغ المجمدة في إطار المشروع الأسري، فمن الأفضل أن يرخص المشرع استغلالها لفائدة الصحة العمومية، نظرا لخصائصها

البيولوجية ومنافعها الطبية بدل إتلافها، ما دام أن فقهاء الشريعة الإسلامية يجيزون انتزاع الخلايا الجنينية من هذا النوع من المضغ، مع مراعاة الضوابط الأخلاقية في البحث العلمي.

وعند دراسة موضوع حماية كرامة الإنسان من الممارسات الطبية الماسة بكيانه الجسدي، تبين بروز الأفكار الجديدة في مجال أخلاقيات البيولوجيا، منها مبدأ احترام الضعف البشري والسلامة الشخصية للإنسان، الذي يشير إلى جوانب أساسية في حياة الإنسان ينبغي احترامها. ثم فكرة احترام الصورة الطبيعية للجسم البشري التي أصبحت مهددة بالعبث والتشويه. واتضح هنا بأن احترام الضعف البشري يستدعي معالجة الألم الذي يؤثر على نوعية حياة المريض، حيث لا يمكن لهذا الأخير القيام بالنشاطات الحياتية اليومية، ويواجه مشقات متعددة، وينجم عنه مشاكل نفسية وذهنية. الأمر الذي يضع ضرورات الحد من تأثيراته ضمن أولويات مخططات الصحة العمومية، وأصبح التكفل بالآلام والرعاية التلطيفية من الحقوق الأساسية للمرضى، التي أدرجها المشرع في المنظومة الصحية ويستحق ذلك الدعم الإضافي بالنصوص القانونية وتوفير الهياكل الصحية المتخصصة. أما استخدام العقاقير المسكنة للمريض المتحضر بغرض إحداث حالة من النوم الذي يفقد من خلالها المريض الوعي أو ما يعرف بالقتل بدافع الرحمة غير المباشر، فقد تبين بأن بعض التشريعات المقارنة بدأت تتبنى هذه المقاربة في إنهاء المعاناة بالنسبة للحالات الميئوس منها، خلافا للقتل بدافع الشفقة الإيجابي والمساعدة على الانتحار التي عارضتها معظم التشريعات لتعارضها مع الحق في الحياة.

ويرتبط احترام الضعف البشري كذلك باستعمال تقنيات الإنعاش الصناعي بالنسبة للمريض في حالة حياة نباتية أو الطفل حديث العهد بالولادة لإطالة مدة الحياة، وكذا رفض الإصرار الطبي وعدم قبول العلاج من قبل المريض. وهنا ظهر مرة أخرى استعمال مبدأ الكرامة الإنسانية كمبرر أخلاقي في الحالات المتناقضة، وظهر بأنه في بعض حالات الميئوس من شفائها يستحسن عدم الاستمرار في وضع أجهزة التغذية الصناعية احتراما للشخص، دون تكريس الحق في الموت بكرامة التي تنادي به بعض الجمعيات في الدول الغربية.

وطرحت الممارسات الطبية الماسة بالكيان الجسدي مدى مشروعية بعض الأعمال الطبية التي أصبحت تخرج عن الضرورة العلاجية، كعمليات زرع الأعضاء وإجراء التجارب الطبية على الجسم، وهو الأمر الذي أثار انشغال المهتمين بالأخلاقيات الطبية، وتبين بأن التشريع ظل لوقت طويل متمسكا بمبدأ احترام السلامة البدنية، الذي جعله واحدا من أهم المبادئ في العلاقة بين الطبيب والمريض. لكن المبادئ التي بنية عليها القواعد القانونية التقليدية بدأت تنحصر تدريجيا أمام حتمية التقدم الطبي.

فالمشرع أقر بمشروعية عمليات زرع الأعضاء، لكنه كان متخوفا منذ البداية من مسألة الاتجار بالأعضاء والأنسجة الذي تجعل الجسم الذي قدسته الديانات مجرد سلعة، لذا وضع شروط صارمة لعمليات الاقتطاع. وفي المقابل، لم يضع أحكاما جزائية تضمن احترام كرامة الإنسان من الاستغلال، ولكن تدارك الأمر بموجب القانون رقم 09 – 01، الذي استحدث جريمتي نزع عضو دون الحصول على الموافقة والاتجار في الأعضاء. ورغم ذلك لازلنا نشعر بتخوف المشرع في المضي قدما في هذا النوع من العمليات، وهو ما يستشف من خلال احتفاظه بنفس شروط الاقتطاع من الموتى في مشروع قانون الصحة، ولم يجسد بالتالي قرينة الموافقة على الاقتطاع من الجثث. وهذا عكس ما كان متوقعا، ثم وضع المشرع شروط صارمة للدراسات العيادية، وأضاف مشروع القانون عقوبات جزائية على مخالفتها لسد الفراغ القانوني.

ويفرض مبدأ احترام كرامة الإنسان من جانب آخر، الحفاظ على بنية الجسم وصورته، حيث لوحظ أن التكنولوجيا الطبية الحديثة تحاول اليوم تغيير الجسد وإعادة تصميم بنيته وتحريره من قوانين الطبيعة، بدعوة الرغبة أو البحث عن المثالية، فالخطر أصبح يهدد الإنسان من طرف تلك التقنيات الجراحية. وتم التوصل من خلال بعض الأمثلة التي عرضت في المتن بأن بتر الأعضاء التناسلية للمرأة يشكل ضربا من الاضطهاد، إذ ينتهك أصحاب المهن الصحية حق النساء والفتيات في الحياة وحقهن في السلامة البدنية والصحة عندما يشوهون أعضاءهن التناسلية، كما ينتهكون مبدأ عدم الإيذاء الأخلاقي الأساسي.

وهو ما نجده كذلك في عمليات التغيير الجنسي التي أصبحت تجرى في بعض البلدان بداعي الاعتراف بهوية الجندر، ورأينا بأن مثل هذه العمليات تنطوي على مخاطر كبرى تمس السلامة البدنية، ويعد عملا مخالفا للكرامة الإنسانية وقيم المجتمع، بالتالي يتعين على الطبيب أن يأخذ في حسبانه تلك الاعتبارات أثناء قيامه بكل عمل جراحي ينصب على جسم الإنسان. أما تقنيات زرع الأنسجة المركبة بوجه المريض الذي تعرض لتشوهات كبرى، فيجب النظر إليها أولا من جانب أنها جراحة تهدف إلى إعادة وظيفة الأعضاء الطبيعية للإنسان وإزالة العيوب الجسدية، أي إعادة خلقة الإنسان إلى أصلها الطبيعي، فهي لا تثير إشكالات أخلاقية من حيث التقنية الطبية المستعملة في حد ذاتها. لكن مصدر الأنسجة والعظام والأوعية المستعملة في عملية الزرع هي التي تطرح إشكاليات أخلاقية إذا كان مصدرها وجه إنسان ميت، حيث ينتقل معها المظهر المورفولوجي والملامح الشخصية إلى المريض، وتكون في هذه الحالة مخالفة للنظام العام. وبصفة عامة، فإن أية محاولة لتنظيم جراحة التجميل في الجزائر يجب أن تراعى فيها المحاذير الشرعية وحماية الصحة العمومية، وعدم الانسياق وراء الهوس بالمظهر الخارجي.

وبالنسبة للجثة اتضح بأنها تحمل بدورها قدسية خاصة في معتقدات مجتمعنا الذي يستمد قيمه وثقافته من الدين الإسلامي الحنيف، لذلك كرس النظام القانوني الجزائري مبدأ حرمة الجسم البشري بعد الموت. وقد تم تجسيد ذلك في مختلف النصوص القانونية منها قانون العقوبات الذي أفرد قسما خاصا يتعلق "بالجرائم المتعلقة بالمدافن وبحرمة الموتى". لكن التطور المذهل التي عرفته العلوم الطبية والبيولوجية في مطلع القرن العشرين، تمخض عنه استخدامات مختلفة للجثة، وقد أخذ المشرع بالعديد من التقنيات الطبية الحديثة التي تنصب على الجسد بعد الوفاة.

ومن بين الأعمال الطبية التي تنطوي على تشويه صورة الجثة عمليات التشريح التي تعد ضرورية في بعض الحالات، ومن أجل التخفيف من حدة الأضرار المعنوية التي قد يسببها مظهر الجثة المشوه لأهل الميت، أصبحت التوجهات الفقهية والقضائية والقانونية الحديثة، تسعى إلى تكريس التزامات أخلاقية للطبيب في ميدان تشريح الجثث من أجل المحافظة على سلامة الجسم قدر المستطاع وترميمه وتجميعه. بالإضافة إلى ذلك تسعى هذه النظرة الجديدة إلى إعطاء أقارب المتوفى حقوق إضافية على الجثمان احتراما لمشاعرهم، وهو ما ذهب إليه مشروع قانون الصحة الجديد. وفي هذا الإطار نقترح تشجيع ودعم التقنيات الجديد المرتبطة بعملية التشريح، خاصة استعمال التشريح الافتراضي تجنبا لتشويه الجسم. أما عن إمكانية الاستفادة من الجثة لأغراض ثقافية وفنية، فإن ذلك يتعارض مع قوانين الدفن والجنائز كما أنها تتعارض مع أخلاقيات الطب وكرامة الميت. وفي جميع الحالات، يتعين التأكيد بأن الجثة يجب أن تكون في خدمة العلم والطب وليس في خدمة الفن والثقافة والإبداع.

هذا ويمكن القول أخيرا، بأن حجم الأخطار التي تهدد كرامة الإنسان يتعاظم باستمرار نتيجة الانحرافات الأخلاقية المتعلقة بتطبيقات علوم الصحة والحياة، لذا من المستحسن أن يستمر المشرع في تحديث المنظومة التشريعية الوطنية وتدارك النقائص المسجلة، مع تفعيل دور المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة للقيام بالدور الهام المنوط به في ضبط الموازنة بين المنفعة والضرر الخاصة بالممارسات الطبية، وإنشاء هيئات للإفتاء الديني متخصصة يكون لها دور فاعل في توضيح الموقف الشرعي للمجتمع والمهنيين في قطاع الصحة. وأن هذه الفكرة تدعمها الصعوبات التي واجهها القضاء المقارن ولجان الأخلاقيات في تلك البلدان لإيجاد حل للمشاكل الطبية العويصة وتضارب وجهات النظر بشأنها، ما يؤكد بشكل قاطع قوة مبدأ احترام الكرامة وتجذره عميقا في الذات الإنسانية وفي المعتقدات الدينية والاجتماعية. فالإشكالية في نهاية الأمر ليست قانونية فقط، وإنما هي أيضا دينية وفلسفية واجتماعية.

قائمة المراجع

أولا: المراجع العامة.

أ- باللغة العربية:

1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2006.
2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
3- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية، منشورات بيرتي، الجزائر، 2011.
4- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، مكتبة فهد بن عبد العزيز، الرياض، 2001.
5- أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي، دراسة مقارنة، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004.
6- أحمد محمد الزغبي، أسس علم النفس الجنائي، سلسلة المكتبة التربوية، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.
7- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
8- بيتر هـ. ريفن، جورج ب. جونسون، جوناثان ب. لوسوس، كينيث أ. ماسون، سوزان ر. سنجر، علم الأحياء، سلسلة الكتب الجامعية المترجمة – العلوم الأساسية، العبيكان، المملكة العربية السعودية، 2014.
9- جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2002.
10- حسن كيرة، المدخل للعلوم القانونية، المعارف، الإسكندرية، 1993.
11- سعيد جبر، الحق في الصورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
12- ضاري رشيد السامراتي، الفصل والتمييز العنصري في ضوء القانون الدولي العام، دار الحرية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1983.
13- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، الجزء الثامن، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2000.
14- عبد القادر البقيرات، مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

15- عبد الله الدبوبي، حنان خمش، علي بدوي، عصام منصور، الإنسان والبيئة، دراسة اجتماعية تربوية، دار المامون للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة، 2012.
16- عبيدي حسن مجيد، تلخيص السياسة لأفلاطون، المحاور الكبرى للجمهورية، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، 1998.
17- عصام بن حسن حسين عويضة، التغذية العلاجية، مكتبة العبيكان، الرياض، 2015.
18- علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1992.
19- علي فيلالي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2011.
20- ف. فولغين، فلسفة الأنوار، ترجمة، هنرييت عبودي، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، 2006.
21- كامل محمد محمد عويضة، فريديريك نيشه، نبي فلسفة القوة، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1993.
22- ماري كلود دولاهاي، العقم أسبابه وعلاجه، دار الفراشة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2001.
23- محمد حسين منصور، نظرية الحق، المعارض، القاهرة، 1998.
24- محمد سعيد جعفور وفاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002.
25- محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف، الرياض، 1995.
26- مختار عريب، الفلسفة السياسية من المنظور الكلاسيكي إلى البيواتيقا، كنوز الحكمة، الجزائر، 2009.
27- مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، 1987.
28- نبيل عبد الحميد عبد الجبار، توماس هوبز ومذهبه في الأخلاق والسياسة، دار دجلة، عمان، 2007.
29- وزارة العدل، أهم اتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها من طرف الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2009.
30- وليد حميد البطانية يوسف، علم بيولوجيا الإنسان (التناسل، الوراثة، الشيخوخة، السرطان)، الأهلية للنشر والتوزيع والطباعة، لبنان، 2002.

ب- باللغة الأجنبية:

1- AÏDAN Géraldine, Émilie DEBAETS *L'identité juridique de la personne humaine*, Edi. L'Harmattan, Paris, 2013.
2- CANGUILHEM Georges, *Études d'histoire et de philosophie des sciences*, édi. augmentée, Paris, 2002.
3- CAROL Anne*, Histoire de l'eugénisme en France : Les médecins et la procréation, XIXe-XXe siècle*, éd. du Seuil, Paris, 1995.
4- CORNU Gérard, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 11e éd., 2003.
5- FOURNIER Gérald, *Évolution et civilisation : de l'anthropologie de Charles Darwin à l'économie étendue*, éd. The Book Edition, 2011.
6- Marie SAINT-DIZIER, CHASTANT-MAILLARD Sylvie, *La reproduction animale et humaine*, Edi. Quae, Paris, 2014.
7- MENENTEAU Sandra, *L'autopsie judiciaire Histoire d'une pratique ordinaire au XIXe siècle,* Presses Universitaires de Rennes, 2003.
8- MISSA Jean-Noël, SUSANNE Charles, *De l'eugénisme d'État à l'eugénisme privé*, éd. De Boeck Université, Paris, 1999.
9- NYSTEN Pierre Hubert, LITTRÉ Émile, ROBIN Charles, *Dictionnaire de médecine, de chirurgie, de pharmacie, des sciences*, libraire de l'académie impérial de médecine, Paris, 1855.
10- Philippe PEDROT (dir.), *le Dictionnaire de droit de la santé et da la biomédecine*, Ellipse, Paris, 2006.
11- PICHOT André, La *société pure : de Darwin à Hitler*, éd. Flammarion, Paris, 2000.
12- PRADEL Jean, *Procédure pénale*, 12e éd., Cujas, Paris, 2004.
13- STIEGLER Barbara, *Nietzsche et la biologie*, PUF, Paris, 2001.
14- VIALLA François*, Les grandes décisions du droit médical*, 2e édition, LGDJ, 2014.
15- WATSON James et HOCHSTEDT Barbara, *ADN, le secret de la vie*, ouvrage traduit avec le concours du Centre national du livre, édi. Odile Jacob Sciences, Paris, 2003.

ثانيا: المراجع المتخصصة.

أ- المؤلفات.

1- باللغة العربية:

1- إبراهيم صادق الجندي، الموت الدماغي، أكادمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، الطبعة الأولى، 2001.

2- أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، بيروت، 2007.

3- أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.

4- إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2009.

5- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافية للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

6- أميرة عدلى أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

7- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2012.

8- بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، على ضوء القانون الطبي الجزائري والفتاوى الطبية المعاصرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

9- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

10- تمام محمد اللودعمي، الجينات البشرية وتطبيقاتها، دراسة فقهية مقارنة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى، 2011.

11- رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005.

12- زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010.

13- سامي عوض الذيب أبو ساحلية، ختان الذكور والإناث عند اليهود والمسيحيين والمسلمين: الجدل الديني والطبي والاجتماعي والقانوني، مركز القانون العربي والإسلامي، سويسرا، 2012.
14- سعيد محمد الحفار، البيولوجيا ومصير الإنسان، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1984.
15- سمية بيدوح، فلسفة الجسد، دار التنوير للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 2009.
16- سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004.
17- سيزاوري علي الموسوي، الاستنساخ بين التقنية والتشريع، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 1998.
18- شريف يوسف حلمي خاطر، الحماية الدستورية لمبدأ الكرامة الإنسانية، دار النهضة العربية، بيروت، 2006.
19- صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
20- صفاء حسين العجيلي، الأهمية الجنائية لتحديد لحفظة الوفاة، دراسة مقارنة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
21- عادل عوض، الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
22- عادل يحي، الحماية الجنائية للحق في الصحة، بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010،
23- عبد الباسط محمد الجمل، مروان عادل عبده، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، الجزء الأول، بصمة الحامض النووي المفهوم والتطبيق، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.
24- عبد القادر الشيخي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
25- علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009.
26- علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
27- فرانسيس س. كولينز، لغة الحياة، الحمض النووي والثورة في الطب الشخصي، ترجمة سامي عبد الحافظ، العبيكان للتعليم، الرياض، 2012.

28- ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد – في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2003.
29- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
30- محسن حسن أبو يحي، حكم التحكم في صفات الجنين في الإسلام، سلسلة دراسات إسلامية، دار يافا العلمية، عمان، 2011.
31- محمد إبراهيم النادى، موت الدماغ وموقف الفقه الإسلامي منه، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
32- محمد القبلاوى، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
33- محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
34- محمد صادق محمد، شريعة الاستنساخ، بيت العلم للنابهين، بيروت، 2012.
35- محمد علي البار، المواقف الفقهية والأخلاقية من قضية زرع الأعضاء، دار الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994.
36- مفتاح محمد أقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، 2006.
37- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
38- ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
39- ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، المجلس الوطني الكويتي للثقافة والآداب، عالم المعرفة، الكويت، 1993
40- هيام إسماعيل السحماوي، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

2- باللغة الأجنبية:

1- ARNOUX Ima, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Univ. de Bordeaux, 2003.
2- AUBRY Régis, DAYDÉ Marie-Claude, *Soins palliatifs, éthique et fin de vie,* 2ème édition, éd. Lamarre, Paris, 2013.
3- BAERTSHI Bernard, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, éd. Labor et Fides, Genève, 2005.

4- BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, *Contrats et vivant, le droit de la circulation des ressources biologique*, édi. delta, Paris, 2006.
5- CALLU Marie-France, *La dignité de la personne humaine*, in « Les grandes décisions du droit médical », sous la direction de François VIALLA, 2e édition, LGDJ, Paris, 2014.
6- CLEMENT Jean-Loup, *Mon père, c'est mon père, L'histoire singulière des enfants conçu par Insémination Artificielle avec Donneur*, éd. L'Harmattan, Paris, 2006.
7- DELFOSSE M-L, BERT C, *Bioéthique, droit de l'homme et biodroit*, Recueil de textes annotés internationaux - régionaux - belge et français, éd. LACIER, Bruxelles, 2005.
8- DURAND Claude, *Les biotechnologies au feu de l'éthique*, édi. L'Harmattan, Paris, 2007.
9- FRYDMAN René, *Dieu, la médecine et l'embryon*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999.
10- HOTTOIS Gilbert, MISSA Jean-Noël, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique : médecine, environnement, biotechnologie privé*, De Boeck université, Paris, 1er édit., 2001.
11- MILLIEZ Jacques, *L'euthanasie du foetus : médecine ou eugénisme ?,* éd. Odile Jacob, Paris, 1999.
12- OSSOUKINE Abdelhafid*, L'ABCdaire du droit de la déontologie médical*, Publications de l'agence nationale pour le développement de la recherche en santé, Oran, 2006.
13- OSSOUKINE Abdelhafid, *L'Ethique biomédicale*, 2e édition, OPU, Alger, 2007.
14- PERBAL Laurence, *Gènes et comportements à l'ère post-génomique*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 2011.
15- PUTALLAZ François-Xavier, SALAMOLARD Michel, *Le sens de l'homme : au coeur de la bioéthique*, éd. Saint-Augustin, Saint-Maurice, 2006.
16- ROMMELAERE Claire, RAVEZ Laurent, *La maternité autrement : un bébé pour une autre, un bébé toute seule, un bébé avec une autre femme*, édi. Presses Universitaires de Namur, Bruxelles, 2013.
17- SERRYN, D. HOEBEN, N. ; PIGEOTTE, H. *Les soins palliatifs en France*. Centre National de Ressources Soin Palliatif, Paris, 2012.
18- SKLOOT Rebecca, *The Immortal Life of Henrietta Lacks*, Pan Macmillan, London, 2011.
19- SUSANNE Charles, *Les manipulations génétiques : Jusqu'où allé ?*, De Boeck université, 2e éd., 1997.
20- THOMAS Louis-Vincent, *Mort idéale ? Mort maîtrisée ?, La mort*, PUF, «Que sais-je ? », Paris, 2003.
21- TOBELEM Gérard, BRIAND Pascale, *Biotechnologies : le droit de savoir*, éd. Eurotext, Paris, 1998.

ب-أطروحات الدكتوراه.

1- باللغة العربية:

1- صالح بن حمد الفوزان، الجراحة التجميلية – دراسة فقهية –، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1427 هـ.
2- محمد تقية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، دكتوراه الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

2- باللغة الأجنبية:

1- DEBIEN Valérie, La catégorie pénale des infractions d'atteinte à la dignité de la personne : analyse critique, thèse, Université de Cergy-Pontoise, sept. 2002.
2- PY Bruno, recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale، Thèse Droit Nancy, 1993.

ثالثا: المقالات.

أ- باللغة العربية:

1- أحمد شرف الدين، الحدود الشرعية والقانونية والإنسانية للإنعاش الصناعي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة 1981، عدد 2.
2- أحمد شرف الدين، مدي شرعية التحكم في معطيات الوراثة، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، الكويت، 1983.
3- أسامة فاروسي، المتاحف العلمية ودورها في الاندماج الرائع بين العلم والفن، مقال منشور بتاريخ 2014/10/23، بالموقع الالكتروني: http://www.arageek.com/
4- أشرف توفيق شرف الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات

العربية المتحدة، من 5 إلى 2002/05/08، منشور بالموقف الالكتروني للمركز العربي للدراسات الجينية بدبي، http://cags.org.ae/.

5- إلياس حسن، إغراءات تحسين النسل: سلسلة داروين والثروة الداروينية، الحلقة 13، مجلة الألوان الثقافية، بتاريخ 2009/03/26. http:// alawan.org

6- أمغار مولود، الاختلاف من الجنس إلى النوع، المناظرة القائمة بين الحتمية البيولوجية والبناء الثقافي: مناظرة الطبيعة والتنشئة، مقال منشور بمجلة الأوان الالكترونية، بتاريخ 2012/06/23. http:// alawan.org

7- أنيسة مخالدي، الفن التشكيلي يستخدم الجثث البشرية في معارض يشاهدها الملايين، جريدة الشرق الأوسط، ، بتاريخ 2010/11/21، عدد 11681.

8- إيهاب عبد الرحيم محمد، الإطار الأخلاقي لأبحاث الجينوم والهندسة الوراثية البشرية، مجلة عالم الفكر، الكويت، 2006، عدد 2.

9- بدرية عبد الله الغامدي، موقف الإسلام والأديان الأخرى من الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتقنية، المرجع السابق.

10- بلعزوز بن علي، إستراتيجية إدارة المخاطر في المعاملات المالية، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، 2010، عدد 07.

11- بن قانة إسماعيل، التحليل الديمغرافي، مطبوعة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، دون سنة الطبع.

12- بي بي سي عربية، الموتى الأحياء طريقة تحنيط جديدة تحسن مهارات الجراحة، 2013/06/18. http://www.bbc.com/

13- تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان –، 2008، عدد 6.

14- ج .ستيكس، تملك مادة الحياة، ترجمة هاني رزق وعبد القادر رحمو، مجلة العلوم، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، المجلد 22، 2006 عدد 8.

15- جمعية آدم لسرطان الطفولة، التعامل مع الألم لدى مرضى السرطان، http://www.adamcs.org/

16- حسام الدين الصغير، الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية: من اتفاقية باريس إلى اتفاقية تريبس، حلقة من تنظيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية، من 29 إلى 2007/01/31. http://www.wipo.int/

17- حميد زناز، الطبيعة البشرية، تلك الفرية الكبرى، ضمن ملف البيوطيقا، سلطة التقنية وتنافر القيم، مقال منشور في مجلة الأوان الالكترونية. بتاريخ 2010/01/30. http://alawan.org

18- خالد الوهابي، تشريح الميت يكشف الوفيات الطبية والجنائية، جريدة الرياض، بتاريخ 2015/08/21، عدد 17224.

19- خالد بن عقيل العقيل، حقوق ملكية الجينات ومنتجاتها، نظام حقوق ملكية الجينات في الدول المتقدمة، مداخلة ألقيت في حلقت النقاش المنظمة من طرف اللجنة الوطنية السعودية للأخلاقيات الحيوية والطبية.https://www.kacst.edu.sa/arb
20- الدليل المخبري لمنظمة الصحة العالمية لفحص المني البشري والتفاعل بين المني والمخاط العنقي، المكتب الإقليمي لشرق البحر المتوسط، الإسكندرية، 1989.
21- رشيد عوبدة، الجسد شرارة حراك... الجسد إيقونة تغيير، مقال منشور بموقع مركز آفاق للدراسات والبحوث، بتاريخ 2013/02/13. /http://aafaqcenter.com
22- زياد درويش، الموسوعة العربية، المجلد السابع، طب شرعي، الجثة (فتح -)، ص 487. https://www.arab-ency.com
23- سامر نمرود عزيز، كرامة الإنسان في المفهوم المسيحي، مجلة مدارك، /http://www.madarik.net
24- سعيد بن غرم الله الغامدي، لماذا وكيف يتم تشريح الجثمان ؟، جريدة الرياض، بتاريخ 2005/07/22، عدد 13542.
25- سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد الأول، 2004.
26- سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، المجلة القضائية، عدد خاص بالملتقى الدولي حول "المسؤولية الجزائية للطبيب في ضوء القانون والاجتهاد القضائي"، قسم الوثائق، 2011.
27- الشرق الأوسط، جراحون إسبان ينجحون في زراعة وجه جديد، بتاريخ 2015/04/01، عدد 13273.
28- الشرق الأوسط، علماء مسلمون يختلفون حول مشروعية الإنجاب من الزوج المتوفى عن طريق التلقيح الصناعي، بتاريخ 2002/05/03، عدد 8557.
29- الشروق، قصص غريبة لجثث تنتظر الدفن منذ سنوات، بتاريخ 2014/01/09، عدد 11793.
30- صباح الأنباري، فلسفة الجسد، مقال منشور في الموقع الالكتروني، /http://www.sabahalanbari.com
31- طارق الشدي، معلوماتية الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتقنية، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، 2010، عدد 94.
32- عادل حدجامي، لا لباس للوجه، مجلة الأوان الالكترونية، بتاريخ 2010/06/06، http://alawan.org

33- عادل حدجامي، مسألة التحسين الجيني في الفلسفة الألمانية المعاصرة: سلوترداياك ضد هابرماس، مجلة الأوان الالكترونية، ملف البيوطيقا سلطة التقنية وتنافر القيم، بتاريخ 2009/12/22، http:// alawan.org
34- عباس أحمد الباز، تجميد الحيوانات المنوية والبويضات رؤية فقهية طبية، مجلة كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلد 41، العدد 01، 2014.
35- عبد الحفيظ خوجة، وسواس الجمال القهري، جريدة الشرق الأوسط، 2006/09/14، عدد 10152.
36- عبد الحفيظ يحي خوجة، الرعاية التلطيفية وأهميتها لمرضى الأمراض المستعصية، جريدة الشرق الأوسط، بتاريخ 2008/10/19، عدد 10918.
37- عبد العزيز السويلم، عبد المحسن الحجيلي، الخلايا الجذعية، اللجنة الوطنية السعودية للأخلاقيات الحيوية والطبية، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، الرياض، 1423 هـ.
38- عبد العزيز بن عثمان التويجري، الكرامة الإنسانية في ضوء المبادئ الإسلامية، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة، الرباط، الطبعة الثانية، 2015.
39- عبد الله بن عبد الله الوهيبي، حول الاستشراف الجديد، مقدمات أولية، مجلة البيان، مركز البحوث والدراسات، الرياض، الطبعة الأولى، 2014.
40- عدلان بن محمد الدقيلان، مقاصد الزواج في الإسلام، بحث مقدم لمؤتمر تمكين الأسرة في الشريعة الإسلامية، جامعة دمشق، كلية الشريعة، الفترة من 12 إلى 2008/07/13.
41- عدنان عباس موسى، المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الاستنساخ، مجلة العلوم والسياسة، جامعة بغداد، كلية الحقوق، عدد 43.
42- عدنان عباس موسى، المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الاستنساخ، مجلة العلوم السياسية، جامعة بغداد، العدد 43، ص 85.
43- العربي بلحاج، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد 42، السنة 11.
44- العربي بلحاج، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، المجلة القضائية السعودية، العدد السادس، جمادى الأولى 1434 هـ، ص 297.
45- علي الشنقيطي، العلاج بالخلايا الجذعية، الحقائق والأوهام، مجلة العلوم والتقنية، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، 2010، عدد 94.
46- عمار سليمان علي، الإشكاليات الأخلاقية للخلايا الجذعية، سلسلة البيوطيقا: سلطة التقنية وتنافر القيم، مجلة الأوان الالكترونية، بتاريخ 2010/02/16، http:// alawan.org

47- عمر بوفتاس، الأخلاقيات التطبيقية ومسألة القيم، سلسلة الندوات العلمية الدولية للرابطة المحمدية للعلماء، دار أبي رقراق، الرباط، الطبعة الأولى، 2012، مقال منشور بموقع مجلة الإحياء، http://www.alihyaa.ma/

48- عمر بوفتاس، موقع البيوتيقا في إطار المعرفة المعاصرة، القسم الثاني، مقال منشور بالموقع، http://www.aljabriabed.net/، فهرس 31-41.

49- عمر عبد الله حسن الشهابي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية، مقال منشور بمجلة المسلم الالكترونية، بتاريخ 1428/10/11 هـ، http://www.almoslim.net/

50- غياث الحسن الأحمد، الكرامة الإنسانية وتطبيقاتها في القضايا الطبية، مركز دراسات التشريع الإسلامي والأخلاق، جامعة حمد بن خليفة، قطر، مقال منشور بتاريخ 2016/01/17، بالموقع الالكتروني للمركز، http://www.cilecenter.org/

51- فرانس 24، جماجم مقاومين جزائريين قطعت رؤوسهم مخبأة في متحف الإنسان بباريس، بتاريخ 2016/09/28، http://www.france24.com/ar/

52- فضل الله ممتاز، الأحكام الفقهية المتعلقة بتشريح جثة المقتول، مقال منشور في موقع الملتقى الفقهي، بتاريخ 2012/12/11. http://fiqh.islammessage.com/

53- فهيد محسن الديحاني، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56.

54- فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، 2004، العدد 01.

55- فواز صالح، الجوانب الأخلاقية والدينية والقانونية لإجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية (خلايا المنشأ) ، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2006، العدد 25.

56- فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، المجلد 19، 2013، العدد 2.

57- فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 27، العدد 01.

58- فواز صالح، منح براءات الاختراع في مجال البحث على الخلايا الجذعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، 2009، العدد 01.

59- فيء ناصر، الجسد كقطعة فنية في منحوتات الحضارة الإغريقية، الشرق الأوسط، بتاريخ 2015/08/10، عدد 13404.

60- ماجد عبد العزيز عشي، الحروق والتشوهات الجسدية وأثارها النفسية، مقال منشور بتاريخ 2010/10/13، بالموقع الالكتروني، http://dr-majed-ashy.blogspot.com/
61- ماهر محمد شحاتة، مستجدات الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتقنية، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، 2010، عدد 94.
62- محسن بن علي الحازمي، تعريف الفحص الوراثي، حلقة نقاش حول موضوع الفحص الوراثي ودلالاته، نواحي أخلاقية، اللجنة الوطنية السعودية للأخلاقيات الحيوية والطبية، بتاريخ 15 شعبان 1425، مداخلة منشورة بالموقع الالكتروني http://www.Kacst.edu.sa/
63- محمد الحيدر، كبار العلماء يجيزون عدم إنعاش خدج أقل من 06 أشهر، جريدة الرياض، بتاريخ 2009/02/16، عدد 14847.
64- محمد الشيخلي، عمليات نقل الوجوه.. هل يعود المرء هو ذاته من بعدها ؟، جريدة المستقبل اللبنانية، 2005/12/18، عدد 2130.
65- محمد بروجي الفقيه، تعريف الجينات ودورها، الحلقة العلمية المنظمة من طرف اللجنة الوطنية السعودية للأخلاقيات الحيوية والطبية حول موضوع الجينات البشرية، بتاريخ 2003/10/01، منشورة في الموقع الالكتروني الخاص باللجنة، http://bioethics.kacst.edu.sa/
66- محمد بن علي الجمعة، بنوك دم الحبل السري، مجلة العلوم والتقنية، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، 2010، عدد 94.
67- محمد زهير القاوي، الجوانب الأخلاقية في أبحاث الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتنقية، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، 2010، عدد 94.
68- محمد عبد الحميد أحمد، المومياء، الموسوعة العربية، المجلد العشرون، التاريخ والجغرافيا والآثار، https://www.arab-ency.com
69- محمد علي البار، التداوي قرب نهاية الحياة والإنعاش القلبي الرئوي، ورقة بحث مقدمة للمجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية والعشرون، مكة المكرمة.
70- مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية، عدد 2، 2000.
71- منتصر الحملي، حوار مع الفيلسوفة آن فاقو – لارقو، مجلة الأوان، بتاريخ 2009/12/27. http:// alawan.org
72- منظمة الصحة العالمية، الأسلوب المعياري لاستقصاء وتشخيص العقم عند الزوجين، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، القاهرة، 2001.
73- منظمة الصحة العالمية، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، منظمة التجارة العالمية، تعزيز النفاذ إلى التكنولوجيا والابتكارات الطبية، 2012، منشورات منظمة التجارة العالمية، جنيف، http://onlinebookshop.wto.org

74- المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اللجنة المعنية بالتنمية والملكية الفكرية، مواطن المرونة المتعلقة بالبراءات في الإطار القانوني متعدد الأطراف وتنفيذها التشريعي على الصعيد الوطني والإقليمي، الجزء الثالث، جنيف، 2011، رقم CDIP/7/3.

75- منى صبرا، التحول الجنسي واضطراب الهوية الجنسية، موقع إيلاف، حوار منشور بتاريخ 2013/09/09. http://elaph.com/Web

76- نبيل تللو، التحنيط من ماضيه إلى حاضره، الباحثون، 2011، عدد 72 – 73.

77- هدى كشرود، أثر علاقة الآباء والأبناء في النزوع إلى تغيير الجنس، مجلة شبكة العلوم النفسية العربية، 2007، العدد 14، 2007.

78- هشام حصحاص، بابا الفاتيكان ينتقد المناهج التربوية الفرنسية لتدريسها الأطفال نظرية «الجندر»، القدس العربي، بتاريخ 2016/10/06، http://www.alquds.co.uk /

79- واصف عبد الوهاب البكري، الحكم الشرعي في استخدام الخلايا الجذعية، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة الوطنية للخلايا الجذعية، الجامعة الأردنية، عمان، من 05 إلى 2011/11/06.

80- يمى مخلوف، تغيير الجنس في حكم قضائي جديد: احترام حق الفرد في تغيير حاله، مجلة المفكرة القانونية، بيروت، 2016 العدد 34.

81- اليونسكو، المنهاج العام لتعليم أخلاقيات البيولوجيا، قسم أخلاقيات العلوم والتكنولوجيا، 2008، تحت رقم SHS/EST/EEP/2008/PI/1.

82- اليونسكو، قسم أخلاقيات العلم والتكنولوجيا، دليل تعليم أعضاء أخلاقيات البيولوجيا، الدليل الثالث، مطبوعة صادرة سنة 2007، تحت رقم N. Job 31273 -SHS/EST-2007/03.

83- اليونسكو، قسم أخلاقيات العلم والتكنولوجيا، دليل يتعلق بإنشاء لجان أخلاقيات البيولوجيا، فرنسا، 2005، تحت رقم SHS/B10-2005/01.

84- اليونيسكو، الاستنسال قضايا أخلاقية، شعبة أخلاقيات البيولوجيا، وثيقة تحت رقم SHS-2006/WS/19، 2004.

ب- باللغة الأجنبية:

1- ALFANDARI Elie et PEDROT Philippe, *La fin de vie et la loi du 22 avril 2005*, RDSS, 2005.
2- ALLAIN Emmanuelle, *Loi de simplification du droit : aspects pénaux*, Dalloz actualité, 31 mai 2011.
3- ALLART Henri, *Traité des brevets d'invention, des inventions brevetables*, 2ème éditions, librairie nouvelle droit et de jurisprudence, Paris, 1896.

4- BAERTSCHI Bernard, *L'homme et son espèce: l'espèce humain est-elle menacée par les progrès des biotechnologies ?,* in « La bioéthique au pluriel : l'homme et le risque biomédical », sous la direction de Gérard HUBER et Christian BYK, édi.John Libbey Eurotext, Paris, 1996.
5- BAUZON Stéphane, *L'acharnement procréatif*, in « La personne biojuridique », Presses Universitaires de France, «Quadrige», Paris, 2006, p. 192. URL : http: //cairn.info/la-personne-biojuridique -9782130555919-page-155.htm.
6- BENEJAT Murielle, *Les relations du droit pénal et de la bioéthique*, AJ pénal, 2012.
7- BENEJAT-GUERLIN Murielle, *Droit pénal et fin de vie*, AJ pénal, 2016.
8- BERCHON Pierre, *Sépulture*, Répertoire de droit civil, janvier 2009.
9- BERNARD Alain, *L'identité des personnes physiques en droit privé. Remarque en guise d'introduction,* in « L'identité politique », PUF, Paris, 1994.
10- BERNARD-FAIVRE Dominique, *Gunther von Hagens ou la mort de la mort organique*. in « La mort en questions, Approches anthropologiques de la mort et du mourir », ERES, 2003.
11- BERT Daniel, *La reconnaissance d'un trouble anormal de voisinage à raison de la décomposition d'un cadavre,* Recueil Dalloz, 2009.
12- BOSSE-PLATIERE Hubert, *Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française*, Informations sociales, 3/2006, n° 131, p. 88-99 URL : www.cairn.info/revue-informations-sociales-2006-3-page-88.htm.
13- BYK Christian, *Le protocole portant interdiction du clonage d'êtres humains*, Journal International de Bioéthique, 2001.
14- BYK Christian, *Tests génétiques et preuve pénale*, Revue internationale de droit comparé. Vol. 50, n°2, Avril-juin, 1998.
15- CARIOU J.-L, *Allotransplantation de tissus composites (ATC)*, in « Les Annales de Chirurgie Plastique Esthétique », Vol 52, n° 5, éd. ELSEVIER, 2007.
16- CASSIERS Léon, *La dignité de l'embryon humain*, Rev. trim. dr. h., n° 54, 2003.
17- CATTO Marie-Xavière, *La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ?*, La Revue des droits de l'homme [En ligne], 2013/3, URL : http://revdh.revues.org/201.
18- CAYLA Jean-Simon, *Interdiction du clonage humain par le Conseil de l'Europe*, RDSS, 1998.
19- CHARTIER Yves, *Etat végétatif et réparation du préjudice*, D, 1996.
20- CHAUVEAU Sophie, « *Les espoirs déçus de la loi Neuwirth* », Clio. Histoire, femmes et sociétés [En ligne], 18 | 2003, mis en ligne le 04 décembre 2006, URL : http://clio.revues.org/623 ; DOI : 10.4000/ clio.623.
21- CHOUX Alain, *La loi anti-Perruche*, Recueil Dalloz, 2002.
22- CORINNE Pieters, *L'anatomie entre art et science au XVIe siècle : autopsie*

d'un regard. in « Communication et langages », n°127, 1er trimestre, 2001.
23- CORMIER Christine, *La chirurgie esthétique*, RDSS, 2002.
24- CORPART, *Décès et devenir des corps : clarification des consignes*, Gazette du Palais, 17 août 2006, n° 229.
25- COUSTET Thomas, *Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France*, Dalloz actualité, 30 juin 2014.
26- David LE BRETON, *Greffe du visage, greffe de sens*, in « Libération », 6 décembre 2005.
27- DE BEAUPRE Aline Cheynet, *Le bébé du double espoir*, D. 2011.
28- DE MONTERA Béatrice, *la génétique et l'illusion d'immortalité*, in « Vers la fin de l'homme ? », sous la direction de Christian HERVE et Jacques J-ROZENBERG, éd. De Boeck Université, Bruxelles, 2006.
29- DECAMPS-MINI Dominique, *La question de la transmission d'une information génétique à caractère familial*, in « Questions éthiques en médecine prédictive », Coordonné par Armelle DE BOUVET, Pierre BOITTE et Grégory AIGUIIER, éd. John Libbey Eurotext, Paris, 2006.
30- DESFORGES Yves, *L'évolution de l'administration de la preuve pénale face aux défis scientifiques*, AJ pénal, 2014.
31- DIJCK Van Jose, BASZANGER Chloé, *La plastination : le corps anatomique comme art post-moderne*, Alliage, 2000, n° 50-51 URL : http://revel.unice.fr/alliage/index.html?id=3733
32- DUMONT Martin, MORELON Emmanuel, *Greffes de main et de visage : quels sont les enjeux éthiques*, Laennec, 1/2015, Tome 63, p. 41-52 URL : www.cairn.info/revue-laennec-2015-1-page-41.htm. DOI : 10.3917/lae.151.0041.
33- DUPRAT Jean-Pierre, *Le statut juridique du corps humain, Une construction progressive*, Petites affiches, 03 juillet 1996, n° 80.
34- ELKBIR Fatima Zouhra, *L'état de la bioéthique en Algérie*, in « Bioéthique, bioéthiques », sous la direction de Laurence AZOUX-BACRIE, édi. Bruylant, Bruxelles, 2003.
35- FABRE-MAGNAN Muriel, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*, D, 2005.
36- GALLMEISTER Inès, *L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : quelles conséquences sur le droit de la filiation ?* D, 2015.
37- GALLOUX Jean-Christophe, *Brevetabilité des inventions biotechnologiques et principes éthiques de respect des droits de la personne et de sa dignité*, D. 1998.
38- GALLOUX Jean-Christophe, *La brevetabilité de fragments d'ADN humain sous la Convention sur le brevet européen,* D. 1996.
39- GALLOUX Jean-Christophe, *La Cour suprême des Etats-Unis revient sur la brevetabilité des gènes humains*, Recueil Dalloz, 2013.

40- GALLOUX Jean-Christophe, *Les dispositions de la loi du 6 août 2004 relatives aux inventions biotechnologiques*, RDSS, 2005.
41- GALLOUX Jean-Christophe, *L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ?*, Recueil Dalloz, 1999.
42- GAUMON-PRAT Hélène, *Les tribulations en France de la directive n° 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, D. 2001.
43- GAUMONT-PRAT Hélène, *Etude génétique des caractéristiques d'une personne et assurances*, Recueil Dalloz, 2001.
44- GAUMONT-PRAT Hélène, *Les aspects éthiques des tests génétiques dans le cadre du travail,* Recueil Dalloz, 2004.
45- GOURINAT Valentine, *Le corps prothétique : un corps augmenté ?,* Revue d'éthique et de théologie morale, 2015, n° 286.
46- GRIDEL Jean-Pierre*, L'individu juridiquement mort,* D. 2000, p. 266.
47- GRIDEL Jean-Pierre, *L'individu juridiquement mort***,** Recueil Dalloz, 2000.
48- GUÉRY Christian, *Instruction préparatoire,* Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2013.
49- GUIOMARD Pascal, *Hiérarchie des normes, jurisprudence Perruche et assurance des obstétriciens*, Dalloz actualité, 05 novembre 2006.
50- HALPERN Catherine, *Rencontre avec François Dagogn,* Sciences Humaines, Mensuel, Octobre 2003.
51- HAMMARBERG Thomas, *Droit de l'homme et identité de genre, document thématique*, Conseil de l'Europe, oct. 2009.
52- HAUSER Jean, *Définition de l'embryon humain et brevetabilité : l'embryon, une cellule qui a de l'avenir* ?, RTD civ, 2015.
53- HAUSER Jean, *Transsexualisme : où en est-on des conditions du changement de sexe ?*, RTD civ, 2014, p. 855 ; VIALLA François, *Transsexualisme : l'irréversibilité en question*, D, 2012.
54- HENRION R et BERGOIGNAN-ESPER C, *La gestation pour autrui*, in « La gestation pour autrui», sous la direction de Georges David Roger, Académie nationale de Médecine, édi. Lavoisier, Paris, 2011.
55- HOGEDEZ Isabelle, *Contours et limites de l'obstination déraisonnable dans la réanimation néonatale*, AJDA, 2015.
56- HOUSSIN Didier, *Le secret médical dans les nouvelles pratiques et les nouveaux champs de la médecine*, Recueil Dalloz, 2009.
57- JORION Benoît, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, Revue du droit public, 1999.
58- KLEINPETER Édouard, *Entre réparation et augmentation : corps vécu et corps perçu chez les agénésiques*, Hermès, La Revue, 2014, n° 68.
59- L'Académie des sciences, *La connaissance du génome est-elle brevetable ?,* Prise de position à propos de la directive 98/44/CE sur la propriété industrielle dans le domaine des biotechnologies. Document publié sur le site, http://www.academie-sciences.fr/.

60- La Croix, *L'infirmière acquittée, le médecin condamné au procès de Périgueux*, 16 mars 2007.
61- La Croix, *La mise en garde contre « la théorie du genre » du pape François*, 02/10/2016.
62- La Croix, *Le droit des transsexuels à changer d'identité fait débat*, 19/14/2016.
63- La Croix, *Pratiquer l'autopsie avec le respect dû au mort*, 02/11/2010.
64- LABBEE Xavier‹ *Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine*, Recueil Dalloz, 1999.
65- LABBEE Xavier, *La dépouille mortelle est une chose sacrée*, Recueil Dalloz, 1997.
66- LABRUSSE-RIOU Catherine*, Filiation,* Répertoire de droit civil, septembre 2009.
LACROIX Caroline, *Sépulture*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, septembre 2009.
68- LACUB Marcela, *La construction de la mort en droit français*, Enquête [En ligne], 7 | 1999, mis en ligne le 15 juillet 2013, URL : http://enquete.revues.org/1564.
69- LAMARCHE Marie, LEMOULAND Jean-Jacques, *État de santé des futurs époux*, Répertoire de droit civil, Dalloz**,** janvier 2014.
70- LE BRETON David, *De la défiguration à la greffe du visage*, Études, 2010, n° 6, Tome 412, URL : www.cairn.info/revue-etudes-2010-6-page-761.htm.
71- Le figaro, *Cherche spermatozoïde grand et diplômé*, 21 mai 2015.
72- Le Figaro, *Des scientifiques chinois modifient génétiquement des embryons humains*, 24/04/2015.
73- Le Figaro, *Fin de vie : Nicolas Bonnemaison condamné à deux ans de prison avec sursis,* 24 octobre 2015.
74- Le Figaro, Santé*, La révolution des autopsies virtuelles*, 29/01/2016 ;
75- Le Monde, *Critiques après les propos du pape sur la « théorie du genre » dans les manuels scolaires*, 03/10/2016 ;
76- Le Monde, *Le premier embryon humain transgénique a vu le jour aux Etats-Unis*, 13/05/2008.
77- Le Monde, *Le vide juridique des autopsies judiciaires*, 04/08/2009.
78- Le Monde, *Les personnes nées d'un don de sperme veulent connaître leur géniteur*, 08 juin 2010.
79- Le Monde, *Non-lieu général dans l'affaire du tétraplégique Vincent Humber*, 28/02/2006.
80- Le Parisien, *On manque de donneurs de sperme*, 12 novembre 2013.
81- LECOURT Dominique, *la technique la vie et la nature humaine*, in « L'être humain, l'animal et la technique », sous la direction de Georges CHAPOUTHIER, Presses Université, Laval, 2007.
82- LEONETTI Jean, *Fin de vie : autonomie et vulnérabilité*, Le Débat, 5/2014, n° 182, URL : www.cairn.info/revue-le-debat-2014-5-page-132.htm.

83- Libération, *Sperme de luxe*, 20 janvier 2007.
84- M. Patrick, *Interruption volontaire de grossesse*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, septembre 2009.
85- MATHIEU Bertrand, *La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire*, Recueil Dalloz, 1996.
86- MATHIEU Bertrand, *La dignité, principe fondateur du droit*, Journal International de Bioéthique, 2010, vol. 21, n° 3.
87- MAUBERNARD Christophe, *Le "droit fondamental à la dignité humaine" en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Rev. trim. dr. h. 2003, n° 54.
88- MAZIAU Nicolas, *Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale française*, RDSS, 1999.
89- MOLFESSIS Nicolas, *La dignité de la personne humaine en droit civil*, in « La dignité de la personne humaine », sous la direction de Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET, ECONOMICA, Paris, 1999.
90- OLSON Terry, *L'indemnisation d'un patient en état végétatif*, AJDA, 2005.
91- OSSOUKINE Abdelhafid, *La chirurgie esthétique, pratique « hors la loi »* ?, El Watan, 02/12/2007.
92- OULD-KADA Med, Recueil de Textes Réglementaires relatifs à la Gestion des Etablissements de Santé, Décembre 2010, Publie sur le site, www.ands.dz.
93- PARICARD Sophie, *La fin de la stérilité du transsexuel ?*, RDSS, 2015.
94- PARIZEAU Marie-Hélène, *Catégorisation éthno-raciale et recherches génétiques: analyse éthique. L'exemple paradigmatique du projet HapMap*, in « Néoracisme et dérives génétiques », Presses Université, Laval, 2006.
95- PEDROT Philippe, *La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales*, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian BOLZE », Economica, 1999.
96- PEIS-HITIER Marie-Pierre‹ *Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine*, Recueil Dalloz, 2005.
97- PENNEAU Jean, *Corps humain – Bioéthique***,** Répertoire de droit civil, Dalloz**,** septembre 2012.
98- POLLAUD-DULIAN Frédéric, *L'adieu au brevet et le retour à la Nature des séquences d'ADN : l'arrêt Myriad Genetics de la Cour suprême des Etats-Unis*, D. 2013.
99- POMART C, *Examen des empreintes génétiques sur le cadavre du père supposé*, Recueil Dalloz, 2001.

100- POTHIER François, *Ya – t – il une limite a la modification biotechnologique de l'être humain ?*, in « L'homme biotech: humain ou post humain », sous la direction de Jean-Pierre Béland, Presses Université, Laval, 2006.
101- POULANTZAS Ariane, *« La question du statut de l'embryon est devenue centrale ». Rencontre avec Anne Fagot-Largeault*, Sciences Humaines, La moralisation du monde, Grands Dossiers - Mars - Avril - Mai 2006. n°2.
102- PROTHAIS Alain, *Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique*, RSC, 2000.
103- PULMAN Bertrand, *Les enjeux du clonage*, Revue française de sociologie, 2005, n° 3, Vol. 46.
104- QUENTIN Bertrand, *Euthanasie : vrai pouvoir sur soi donné aux vieux ou simple angoisse des jeunes devant la douleur ?*, Gérontologie et société, 4/2012, n° 143, URL : www.cairn.info/revue-gerontologie-et-societe1-2012-4-page-173.htm.
105- RAVILLON Laurence, *Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique*, RDSS, 1999.
106- ROTH Martin, *L'homme de verre*, Terrain, 1992, n° 18.
107- ROUX J-M, *Un sujet en quête de son personnage, l'embryon humaine*, in « Le droit de la biologie humaine », sous la direction d'Alain Sériaux, édi. Ellises, 2000.
108- SAVATIER Jean : *Les prélèvements d'organes après décès*, in *Problèmes juridiques, médicaux et sociaux de la mort*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas 1979.
109- SCHIELE Bernard, *Les musées scientifiques*, Revue internationale d'éducation de Sèvres, 1979, n° 14.
110- SEUVIC Jean François, *Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées*, in « Ethique, droit et dignité de la personne : mélanges Christian BOLZE » sous la direction de Phillipe PEDROT, Economica, Paris, 1999.
111- SEUVIC Jean-François, *Crimes contre l'espèce humaine, eugénisme, clonage reproductif, infractions complémentaires article 214-1 à 215-4 du Code pénal,* RSC, n° 4, 2004.
112- STOYANOVITCH K, *La légitimité des enfants nés par suite de l'insémination artificielle en France et aux Etats-Unis d'Amérique*, Revue internationale de droit comparé. Vol. 8 n° 2, Avril-juin 1956.
113- TABUTEAU Didier, *Le secret médical et l'évolution du système de santé*, Recueil Dalloz, 2009.
114- TABUTEAU Didier, *Où un cadavre provoque un trouble anormal de voisinage,* L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 01 juillet 2009, n° 4.
115- THUILLIER Pierre, *La tentation de l'eugénisme*, La Recherche, vol. 15, n° 155, 1984.

116- VACARIE Isabelle, *Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques*, RDSS, 2005.
117- VERGES Etienne, *Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux*, RDLF, 2014, n° 25.
118- VIRIOT-BARRIAL Dominique, *Dignité de la personne humaine*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2014.

رابعا: النصوص القانونية والوثائق الرسمية.

أ- النصوص القانونية والوثائق الوطنية:

1- الدستور، الإعلان المؤرخ في 1996/12/01، يتعلق بنتائج استفتاء تعديل الدستور المجرى بتاريخ 1996/11/28، (ج.ر 76).
2- القانون 16 – 01 المؤرخ في 2016/03/06، يتضمن التعديل الدستوري، (ج.ر 14).
3- القانون العضوي 12 – 05 المؤرخ في 2012/01/12، المتعلق بالإعلام (ج.ر 02).
4- الأمر 66 – 155 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، (ج.ر 49)، المعدل والمتمم.
5- الأمر 66 – 156 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، (ج.ر 49)، المعدل والمتمم.
6- الأمر 71 – 28 المؤرخ في 1971/04/22، المتضمن قانون القضاء العسكري، (ج.ر 38).
7- الأمر 75 – 58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، (ج.ر78)، المعدل والمتمم.
8- الأمر 75 – 78 المؤرخ في 1975/12/15، المتعلق بدفن الموتى، (ج.ر 103).
9- الأمر 75 – 79 المؤرخ في 1975/12/15، المتعلق بالجنازات، (ج.ر 103).
10-الأمر 76 – 79 المؤرخ في 1976/10/23، المتضمن قانون الصحة العمومية، (ج.ر 101).
11- القانون 83 – 11 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، (ج.ر 28).
12- القانون 84 –11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 2005/02/27، (ج.ر15).
13- القانون 85 – 05 المؤرخ في 1985/02/16، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، (ج.ر 08). المعدل والمتمم بالقانون 90 – 17 المؤرخ في 1990/07/31، (ج.ر 35)، والقانون 98 – 09

المؤرخ في 1998/08/19، (ج.ر 61)، والأمر 06 – 07 المؤرخ في 2006/07/15 (ج.ر47)، والقانون 08 – 13 المؤرخ في 2008/07/20، (ج.ر 44).
14- القانون 88 – 07 المؤرخ في 1988/01/26، المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، (ج.ر 04).
15- القانون 90 – 11 المؤرخ في 1990/04/21، المتعلق بعلاقات العمل، (ج.ر 17).
16- الأمر 95 – 07 المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، (ج.ر 13).
17- القانون 02 – 09 مؤرخ في 2002/05/08، المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، (ج.ر 34).
18- القانون 03 – 07 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق ببراءات الاختراع، (ج. ر 44).
19- القانون 04 – 18 المؤرخ في 2004/12/25، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، (ج.ر 83).
20- القانون 05 – 04 المؤرخ في 2005/02/06، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين (ج.ر 12).
21- الأمر 06 – 03 المؤرخ في 2006/02/28، المحدد لشروط وقواعد الشعائر الدينية لغير المسلمين، (ج.ر 12).
22- القانون 09 – 01 المؤرخ في 2009/02/25، المعدل والمتمم للأمر 66 – 156 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، (ج.ر 15).
23- القانون 09 – 04 المؤرخ في 2009/08/05، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، (ج.ر 47).
24- القانون 10 – 12 المؤرخ 2010/12/29، المتعلق بحماية الأشخاص المسنين، (ج.ر 62).
25- القانون 14 – 07 المؤرخ في 2014/08/09، المتعلق بالموارد البيولوجية، (ج.ر 48).
26- القانون 15 – 12 المؤرخ في 2015/07/15، المتعلق بحماية الطفل، (ج.ر 39).
27- القانون 15 – 19 المؤرخ في 2015/12/30، المعدل والمتمم لقانون العقوبات، (ج.ر 71).
28- القانون 15 – 21 المؤرخ في 2015/12/30، المتضمن القانون التوجيهي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، (ج.ر 71).
29- القانون 16 – 03 المؤرخ في 2016/06/19، المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، (ج.ر 5).
30- المشروع التمهيدي لقانون الصحة، وثيقة صادرة عن وزارة الصحة، غير منشور.
31- المرسوم 75 – 152 المؤرخ في 1975/12/15، المتضمن تحديد قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة دفنها، (ج.ر 103).

32- المرسوم التنفيذي 92 – 276 المؤرخ في 1992/07/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، (ج.ر 52).
33- المرسوم التنفيذي 96 – 122 مؤرخ في 1996/04/06، يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه وعمله، (ج.ر 22).
34- المرسوم التنفيذي 03 – 478 مؤرخ في 2003/12/09، الذي يحدد كيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، (ج. ر 78).
35- المرسوم التنفيذي 05 – 438 مؤرخ في 2005/11/10، يتعلق بتنظيم طب فترة ما قبل الولادة وما بعدها وطب المواليد حديثي الولادة وممارسة ذلك، (ج. ر 75).
36- المرسوم التنفيذي 06 – 154 المؤرخ في 2006/05/11، المحدد لكيفية تطبيق المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، (ج. ر 31).
37- المرسوم التنفيذي 07 – 288 المؤرخ في 2007/07/30، يحدد كيفيات منح الترخيص باستعمال المخدرات والمؤثرات العقلية لأغراض طبية أو علمية، (ج.ر 49).
38- المرسوم التنفيذي 11 – 122 المؤرخ في 2011/03/20، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية، (ج.ر 17).
39- المرسوم التنفيذي 11 – 425 المؤرخ في 2011/12/08، المتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه وعمله، (ج.ر 68).
40- المرسوم التنفيذي 12 – 167 المؤرخ في 2012/04/05، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، (ج.ر 22).
41- المرسوم التنفيذي 14 – 204 المؤرخ في 2014/07/15، المحدد للإعاقات حسب طبيعتها ودرجتها، (ج.ر 45).
42- المرسوم التنفيذي 16 – 77 المؤرخ في 2016/02/24 المحدد للقواعد المتعلقة بالدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة الدفن، (ج.ر 12).
43- المرسوم التنفيذي 16 – 80 المؤرخ في 2016/02/24 المحدد للقواعد المتعلقة لنموذج الشهادة الطبية للوفاة، (ج.ر 12).
44- القرار الصادر عن وزير الصحة 2001/11/19، يحدد معايير الوفاة لغرض انتزاع الأعضاء من جثة المتوفى.
45- القرار الصادر عن وزير الصحة بتاريخ 2002/10/02، يحدد بمقتضاه المؤسسات الصحية المرخص لها تنفيذ عمليات نقل الأعضاء.

46- القرار الصادر عن وزارة التشغيل والعمل والضمان الاجتماعي بتاريخ 2012/12/19، الذي يحدد قائمة الأدوية المسكنة للألم الأفيونية المورفينية القابلة للتعويض من قبل الضمان الاجتماعي، (ج.ر 02).

1- Arrêté du Ministère de la santé de la population et de la réforme hospitalière, n° 112 du 22 Octobre 1995, Fixant les règles des Bonnes Pratiques Cliniques.
2- Arrêté du Ministère de la santé de la population et de la réforme hospitalière, n° 44 du 21 septembre 1998, portant formulaire de déclaration d'intention pour l'essai d'un médicament ou d'un produit assimilé.
3- Arrêté du Ministère de la santé de la population et de la réforme hospitalière, n° 48 du 07 octobre 1998, relatif au formulaire de déclaration d'un effet grave susceptible d'être du à une recherche biomédicale sur un médicament ou un produit pharmaceutique.
4- Arrêté du Ministère de la santé de la population et de la réforme hospitalière, n° 67 du 06 décembre 1998, portant création de l'unité des essais cliniques ; l'arrêté n° 37 du 23 août 1998 fixant les procédures d'expertises analytiques, pharmacotoxicologiques et cliniques appliquées aux produits pharmaceutiques
5- Arrêté du Ministère de la santé de la population et de la réforme hospitalière, n° 387 du 31 juillet 2006, relatif aux essais cliniques.
6- Arrêté du Ministère de la santé de la population et de la réforme hospitalière, n° 388 du 31 juillet 2006, fixant les procédures de réalisation d'un essai clinique.
7- Arrêté du Ministère de la santé de la population et de la réforme hospitalière, n° 200 du 25 Juin 2009, modifiant l'arrêté n° 112 du 22 Octobre 1995 Fixant les règles des Bonnes Pratiques Cliniques.
8- Instruction du Ministère de la santé et de la population, n° 300 du 12 mai 2001, fixant les bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation.
9- Instruction du Ministère de la Santé, de la Population et de la Réforme Hospitalière, n° 01 du 02 mai 2006, relative à la prise en charge des malades vivant avec le VIH/SIDA.
10- Instruction du Ministère de la santé et de la population, n° 06 du 05 juin 2006, relative à la prise en charges des circoncisions.
11- Ministère de la santé, de la population et de la réforme hospitalière, Plan national, CONCER, nouvelle vision stratégique centrée sur le malade, 2015 – 2019, Octobre 2014.

ب- الصكوك والمواثيق الدولية والإقليمية.

1- باللغة العربية:

1- اتفاقية جنيف الدولية الخاصة بالرق، المؤرخة في 1927/03/09، مصادق عليها من قبل الجزائر، بموجب المرسوم المؤرخ في 1963/09/11، (ج.ر 66).
2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، الجلسة العامة الثالثة والثمانين بعد المائة، باريس، بتاريخ 1948/12/10، تحت رقم 217 أ (III)، مصادق عليها بموجب المادة 11 من الدستور 1963، (ج.ر 64).
3- اتفاقية جنيف التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق، مؤرخة في 1957/04/30، مصادق عليها بموجب المرسوم المؤرخ في 1963/09/11، (ج.ر 66).
4- الاتفاقية الدولية الوحيدة المتعلقة بالمخدرات المؤرخة في 1961/03/30، المصادق عليها بتحفظ بموجب المرسوم رقم 63 – 343 المؤرخ في 1963/09/11، (ج.ر 64).
5- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2106 ألف (د-20)، بتاريخ 1965/12/21، مصادق عليها بتاريخ 1966/12/15 (ج.ر 110).
6- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، تحت رقم 2200 ألف (د-21)، المؤرخ في 1966/12/16، مصادق عليها بتاريخ 1989/05/16، (ج.ر 20).
7- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، تحت رقم 2200 ألف (د-21)، بتاريخ 1966/12/16، مصادق عليها بتاريخ 1989/05/16، (ج.ر 20).
8- اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 1979/12/18، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1981/09/03، مصادق عليها بتحفظ بتاريخ 1996/01/22، (ج.ر 06).
9- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، المؤرخة في 1988/12/20، المصادق عليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95 – 41 المؤرخ في 1995/01/28، (ج.ر 07).
10- اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 1989/11/20 تحت رقم 44 – 25، مصادق عليها بتاريخ 1992/12/23، (ج.ر 91).

11- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المؤرخة في 2000/11/12، اعتمدت من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 2000/11/15، مصادق عليها بتحفظ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02 - 55 المؤرخ في 2002/02/05، (ج.ر 09).
12- بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المؤرخ 2000/11/15، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 03-417 المؤرخ في 2003/11/09، (ج.ر 69).
13- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، منظمة الوحدة الإفريقية، الدورة 18 بنايروبي (كينيا)، بتاريخ 1981/06/27، دخل حيز التنفيذ في 1986/10/21، مصادق عليها بتاريخ 1987/02/04، (ج.ر 06).
14-الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الجامعة العربية، الدورة العادية 102، بتاريخ 15/09/ 1994 تحت رقم 5437، وتم تحديثه في 2004/05/23، مصادق عليها بتاريخ 2006/02/11، (ج.ر 08).
15- الإعلان الخاص باستخدام التقدم العلمي والتكنولوجي لصالح السلم وخير البشرية، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، بتاريخ 1975/11/10، تحت رقم 3304 (د-30).
16- الإعلان الخاص باستنساخ البشر، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، بتاريخ 2005/03/07، تحت رقم 59 - 280.
17- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن القضاء على تشويه الأعضاء التناسلية للإناث، مؤرخ في 2012/12/20، تحت رقم 67 - 146.
18- منظمة العمل الدولية، الاتفاقية الدولية الخاصة بالتمييز في مجال الاستخدام والمهنة، الدورة 42، بتاريخ 1958/06/25، تحت رقم 111.
19- اليونسكو، إعلان بشأن العنصر والتحيز العنصري، الدورة العامة 20، بتاريخ 1978/11/27.
20- اليونسكو، الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، الجلسة العامة 06، بتاريخ 1997/11/11.
21- اليونسكو، الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، الجلسة العامة 20، بتاريخ 2003/10/16.
22- اليونسكو، الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، الجلسة العامة 18، بتاريخ 2005/10/19.

23- اليونسكو، المذكرة التفسيرية للمشروع الأولي للإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، قسم أخلاقيات العلوم والتكنولوجيا، دار اليونسكو، باريس، بتاريخ 2003/06/06، رقم SHS/EST/03/CONF.203/4.

24- منظمة الصحة العالمية، استنساخ البشر لأغراض الإنجاب: حالة النقاش الدائر في الجمعية العامة للأمم المتحدة، وثيقة معلومات، بتاريخ 2004/12/16، تحت رقم EB115/INF/.DOC. /2.

25- منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، الدستور الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية، الدورة الثانية والخمسون، البند 08، تحت رقم ش م/ل إ7/52، سبتمبر 2005.

26- منظمة الصحة العالمية، التخلص من تشويه الأعضاء التناسلية للأنثى، بيان مشترك بين الوكالات، فرنسا، 2008.

27- منظمة الصحة العالمية، الإستراتجية العالمية لمنع مقدمي الرعاية الصحية من تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية، جنيف، 2010، تحت رقم: WHO/RHR/10.9.

28- منظمة الصحة العالمية، مبادئ المنظمة التوجيهية بشأن زرع الخلايا والنسج والأعضاء البشرية، تقرير الأمانة العامة حول زرع الأعضاء والنسج البشرية، جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون، بتاريخ 2010/03/25، وثيقة رقم A63/24.

29- منظمة الصحة العالمية، تعزيز الرعاية الملطفة كعنصر من عناصر العلاج المتكامل طيلة العمر، توصية بشأن اعتماد قرار من طرف جمعية الصحة العالمية السابعة والستون، البند 15 – 5 من جدول الأعمال المؤقت، بتاريخ 2014/04/04 تحت رقم ج 31/67.

30- المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اللجنة المعنية بالتنمية والملكية الفكرية، مواطن المرونة المتعلقة بالبراءات في الإطار القانوني متعدد الأطراف وتنفيذها التشريعي على الصعيد الوطني والإقليمي، الجزء الثاني، جنيف، 2011/03/18، رقم CDIP/7/3.

31- المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، قضايا جوهرية ناشئة عن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 2000/14 المتعلق بالحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه (المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، جنيف، بتاريخ 2000/08/11، وثيقة تحت رقم E/C.12/2000/4.

32- المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الخصوصية الجينية وعدم التمييز، تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي لسنة 2001.

33- المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة المخدرات، قرار يتعلق بتعزيز توافر العقاقير المشروعة الخاضعة للمراقبة الدولية بكميات كافية للأغراض الطبية والعلمية مع العمل في الوقت نفسه على منع تسريبها وتعاطيها، المؤرخ في 2010/03/12 تحت رقم 53 – 04.
34- المجلس الاقتصادي والاجتماعي، مجلس حقوق الإنسان، علم الطب الشرعي الوراثي وحقوق الإنسان، بتاريخ 2010/09/29، تحت رقم A/HRC/15/L.29.
35- منظمة مؤتمر العالم الإسلامي، إعلان حول حقوق الإنسان في الإسلام، القاهرة، بتاريخ 1990/08/05.
36- جامعة الدول العربية، القانون العربي الاسترشادي لمواجهة جرائم الاتجار بالأشخاص، المعتمد بمجلس وزراء العدل العرب في دورته 21، قرار رقم 601/د، بتاريخ 2005/11/29.
37- المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، القواعد الإرشادية الأخلاقية العالمية لأبحاث الطب الحيوي المتعلقة بالجوانب الإنسانية رؤية إسلامية، أعدت من طرف CIOMS و WHO بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، جنيف 2002.
38- مبادئ يوغياكارتا حول تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالتوجه الجنسي وهوية النوع، وثيقة صادرة عن الفريق الدولي لخبراء القانون الدولي لحقوق الإنسان المعني بالتوجهات الجنسية وهوية النوع التابع للأمم المتحدة، إندونيسيا، من 06 إلى 2006/11/09.

2- باللغة الأجنبية:

1- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 entrée en vigueur : le 1er décembre 2009, JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000 ; C 303, 14 décembre 2007.
2- Convention de Munich sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973, Publication Office européen des brevets 15e éditions, septembre 2013, ISBN 978-3-89605-113-4.
3- Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (STE n° 164) a été ouverte à la signature le 4 avril 1997 à Oviedo (Espagne), Conseil de l'Europe, Oviedo, 4 Avril 1997.
4- Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains, Saint-Jacques-de-Compostelle, 25/03/2015, Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 216.
5- Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, 27

novembre 2008. Conseil de l'Europe, Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 203.
6- Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale, 25 janvier 2005, Conseil de l'Europe, Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 195.
7- Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. Journal officiel des Communautés européennes n° L 213.
8- Directive 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Journal officiel des Communautés européennes n° L 121/34.
9- Directive 2010/45/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation, Journal officiel de l'Union européenne, JOCE, L 207/14.
10- Directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains. JOCE, L. 102.
11- Résolution du Parlement européen du 16 mars 1989 : Fécondation artificielle in vivo et in vitro, JO, C96, 17-04-1989, p. 173, §11.
12- Résolution sur la bioéthique, Adoption par la conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine, réunie en sa 32e session ordinaire du 8 au 10 juillet 1996 à Yaoundé (Cameroun).
13- Résolution du Parlement européen n° B5-0710, n° 0751, n° 0753 et n° 0764/2000 du 7 mai 2001, sur le clonage des êtres humains,JOCE n° C 135, 7 mai 2001.
14- Résolution du Parlement européen du 17 décembre 2015 sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière. P8_TA (2015) 0470.
15- Recommandation 1418 (1999) relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 1999.
16- Recommandation (2003) 24 du Comité des Ministres aux États membres sur l'organisation des soins palliatifs, Conseil de l'Europe, CM 2003, 130.

17- UNESCO, Comité international de bioéthique (CIB), Bioéthique et recherches en génétique des populations humaines, CIP/BIO/95/CONF.002/5, Paris, 15 novembre 1995.
18- Bureau international du Travail, Egalité au travail : relever les défis, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 96e session, Rapport I (B), Genève, 2007.
19- Organisation mondiale de la santé (OMS), sur les conséquences éthiques, scientifiques et sociales du clonage dans le domaine de la santé humaine, WHA 51.10 du 16 mai 1998.
20- Rapport explicatif à la Convention Pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, STCE n° 164.
21- Déclaration de Madrid de l'AMM sur l'Autonomie et l'Auto Régulation Professionnelles Adoptée par la 39e Assemblée Médicale Mondiale, Madrid, Espagne, Octobre 1987 et révisée par la 170e Session du Conseil, Divonne-les-Bains, France, mai 2005.
22- Déclaration de Venise de l'AMM sur la Phase Terminale de la Maladie Adoptée par la 35e Assemblée Médicale Mondiale Venise, Italie, Octobre 1983 et révisée par la 57e Assemblée générale de l'AMM, Pilanesberg, Afrique du Sud, Octobre 2006.
23- Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains, CIOMS, 2003.

ج- النصوص القانونية المقارنة.

1- باللغة العربية:

1- البوندستاغ الألماني، دستور ألمانيا الصادر عام 1949 مع التعديلات إلى غاية عام 2012، مترجم إلى اللغة العربية، منشور بالموقع https://www.constituteproject.org.
2- القانون التونسي رقم 93 المؤرخ في 2001/08/07، المتعلق بالطب الإنجابي، (ج.ر 63).
3- القانون اللبناني رقم 625 المؤرخ في 2004/11/20، المتعلق بالفحوصات الجينية البشرية، (ج.ر 62).

2- باللغة الأجنبية:

1- *Code pénal,* édition Dalloz, 2009.
2- *Code procédure pénal*, édition Dalloz, 2009.
3- Loi du 15 novembre 1887 *sur la liberté des funérailles*, Journal officiel, Chambre, séance du 27 décembre 1904, p. 3335.
4- Loi n°49-890 du 7 juillet 1949 *permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donneurs d'yeux volontaires*, JORF du 8 juillet 1949, p. 6702.
5- Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 *relative à la régulation des naissances*, (dite loi Neuwirth). JORF du 29/12/1967, p. 12861.
6- Loi n° 68 – 1 du 2 janvier 1968 sur *les brevets d'invention*, JORF, du 3 janvier 1968, p. 13.
7- Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 *relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, JORF du 18 janvier 1975, p. 739, abrogé par la loi n° 2001-588 du 4 juill. 2001, JORF n°156 du 7 juillet 2001, p. 10823.
8- Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 *relative aux prélèvements d'organes* (dite loi Caillavet). JORF du 23 décembre 1976, p. 7365.
9- Loi n° 78 – 742 du 13 juillet 1978 modifiant et complétant la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 *tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention*, JORF, 14 juillet 1978, p. 2803.
10- Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*, JORF n°169 du 23 juillet 1992, p. 9875.
11- Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 *relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé* et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier *1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, JORF, 2 juillet 1994, p. 9559.
12- Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*, JORF, 30 juillet 1994, p. 11056.
13- 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, 30 juillet 1994, p. 11060.
14- Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 *relative à l'adoption*, JORF, n°156 du 6 juillet 1996 p. 10208.
15- Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 *visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs*, JORF, n°132 du 10 juin 1999, p. 8487.
16- Ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000, *relative à la partie législative du code de la santé publique,* JORF du 22 juin 2000, p. 9340.
17- Loi n° 2002-303 du 05 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, JORF, du 5 mars 2002 p. 4118.

18- Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique***,** JORF, n°182 du 7 août 2004, p. 14040.
19- Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 *relative aux droits des malades et à la fin de vie*, JORF, n°95 du 23 avril 2005, p. 7089.
20- Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 *relative à la simplification du droit*, JORF, n°0296 du 21 décembre 2007, p. 20639.
21- Loi n*°* 2008-1350 du 19 décembre 2008 *relative à la législation funéraire.* JORF n°0296 du 20 décembre 2008, p. 19538.
22- Loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 *visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections*, JORF, n°0114 du 19 mai 2010, p. 9210.
23- Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, JORF n°0115 du 18 mai 2011, p. 8537.
24- Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 *relative à la bioéthique*, JORF, n°0157 du 8 juillet 2011 p. 11826.
25- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JORF, n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253.
26- Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 *relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires*. JORF n°0182 du 7 août 2013, p. 13449 .
27- Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 *créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, dite loi Claeys-Leonetti, JORF, n° 0028 du 3 février 2016.
28- Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996 *relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique*, JORF n°282 du 4 décembre 1996, p. 17615.
29- Décret n° 2010-125 du 8 février *2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée »*, JORF, n° 0034 du 10 février 2010, p. 2398.
30- Décret n° 2012-125 du 30 janvier 2012 *relatif à la procédure extrajudiciaire d'identification des personnes décédées*, JORF, n° 0026, du 31 janvier 2012, p. 1766.
31- Arrêté du 4 mai 1988 n° RESK 8800536 ; n° RESK 8800538A et n° RESK 8800539A *fixant la réglementation de diplômes d'études spécialisées de médecine*, JORF, du 8 mai 1988 p. 6709.
32- Circulaire du 24 avril 1968 n° 27, relative aux autopsies et aux prélèvements, (dite circulaire Jeanneney) , Bulletin Officiel du Ministère de la Santé, 24 April 1968.

33- Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010, *relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil*, BOMJL n° 2010-03 du 31 mai 2010.
34- Circulaire du 23 juillet 2013, *portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre*, BOMJ n°2013-08 du 30 août 2013 - JUSD1319893C - Page 1/13.
35- Sénat, Les documents de travail du Sénat - Série Législation comparée : La gestation pour autrui, janvier 2008, n° LC 182, p.11. Disponible sur : www.senat.fr/lc/lc182/lc182.pdf.
36- Cour de cassation, Rapport annuel, 2000, publié sur le site de la Cour de cassation, https://www.courdecassation.fr/.
37- Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique,* Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009, La Documentation Française, Paris, 2009.
38- Ministère de la Justice, France, *La transplantation d'embryon post-mortem (Allemagne, Belgique, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni),* Paris, le 6 janvier 2010.
39- Ministère de la Justice, France, *Le transfert d'embryons post mortem en droit comparé Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Grèce, Italie, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suisse*, Paris, le 6 janvier 2010.
40- Ministère de la Justice, France, SG - SAEI - Bureau du droit comparé, Le transsexualisme : changement de sexe et d'état civil, http://www.justice.gouv.fr/.
41- Commission française consultative des droits de l'homme, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, Assemblée plénière du 27 juin 2013.
42- Rapport de la Haute Autorité de Santé relatif à la situation actuelle et perspective d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, novembre 2009. http://www.has-sante.fr/.

د- قرارات الهيئات الفقهية والدينية واللجان الأخلاقية.

1- باللغة العربية:

1- المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الدراسات الإنمائية، الإنجاب في ضوء الإسلام، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، الندوة الثانية، الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها، الكويت، 1985.
2- المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، زراعة بعض الأعضاء البشرية، الندوة السادسة، الكويت، 1989.

3- توصيات الندوة الطبية الفقهية المنعقدة بين المجمع والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حول الهندسة الوراثية والعلاج الجيني من المنظور الإسلامي، الكويت، بتاريخ 10 إلى 1988/10/13.
4- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بشأن أطفال الأنابيب، دورة المؤتمر الثالث، عمان، رقم 16 (3/4)، بتاريخ 11 إلى 1986/10/16.
5- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بشأن أجهزة الإنعاش الصناعي، دورة المؤتمر الثالث، عمان، رقم 17 (3/5)، بتاريخ 11 إلى 1986/10/16.
6- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بشأن البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، دورة المؤتمر السادس، جدة، رقم 55 (6/6)، بتاريخ 14 إلى 1990/03/20.
7- قرار مجمع الفقه الإسلامي، بشأن إشكاليات استخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء، دورة المؤتمر السادس، جدة، رقم 56 (6/7)، بتاريخ 14 إلى 1990/03/20.
8- قرار مجمع الفقه الإسلامي، بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، دورة المؤتمر السادس، جدة، رقم 57 (6/8)، بتاريخ 14 إلى 1990/03/20.
9- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بشأن العلاج الطبي، دورة المؤتمر السابع، جدة، رقم 67 (5/7)، بتاريخ 09 إلى 1992/05/14.
10- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بشأن الاستنساخ البشري، دورة المؤتمر العاشر، جدة، رقم 94 (2/10)، بتاريخ 1997/06/28 إلى 1997/07/03.
11- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بشأن استفادة المسلمين من علم الهندسة الوراثية، دورة المؤتمر الخامسة عشر، مكة المكرمة، رقم 83 (1/15)، بتاريخ 1998/10/31.
12- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي، بشأن استعمال الخلايا الجذعية، الدورة السابعة عشرة، مكة المكرمة، بتاريخ 13 إلى 2003/12/17.
13- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بشأن ضمانات الطبيب، دورة المؤتمر الخامس عشر، مسقط، رقم 142 (8/15)، بتاريخ 06 إلى 2004/03/11.
14- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بشأن الضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان، دورة المؤتمر السابع عشر، عمان، رقم 161 (17/10)، بتاريخ من 24 إلى 2006/06/28.
15- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بشأن الجراحة التجميلية وأحكامها، دورة المؤتمر الثامنة عشر، ماليزيا، رقم 173 (11/18)، بتاريخ 09 إلى 2007/07/14.
16- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بشأن الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري (المجين)، دورة المؤتمر الحادية والعشرين، الرياض، رقم 203 (9/21)، بتاريخ 18 إلى 2013/11/22.

17- مجمع الفقه الإسلامي، في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة الممتدة بين 1989/02/19 إلى 1989/02/26.
18- الكنيسة الكاثوليكية، مجمع عقيدة الإيمان، كرامة الشخص البشري، تعليم حول بعض المسائل المتعلقة بأخلاقيات علم الحياة، روما، 2008.
19- قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، بشأن إنعاش الأطفال حديثي الولادة قليلي الوزن وصغيري العمر الحملي (الخدج)، بتاريخ 1429/02/27هـ، تحت رقم 231.
20- قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، بشأن إجراء عملية جراحية على ميت مسلم وذلك لأغراض مصالح الخدمات الطبية، بتاريخ 1396/8/20 هـ، تحت رقم 47.
21- اللجنة الوطنية التونسية للأخلاقيات الطبية، رأي حول الاستنساخ، بتاريخ 1997/05/22 تحت رقم 03.
22- اللجنة الوطنية التونسية للأخلاقيات الطبية، رأي حول الاستنساخ العلاجي، بتاريخ 2002/07/05، تحت رقم 05.

2- باللغة الأجنبية:

1- Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, avis n° 20 du 16 mars 2005 sur les aspects éthiques des implants TIC dans le corps humain. JO C 364 du 18.12.2000.
2- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis 3 du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle.
3- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 05 du 13 mai 1985 sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal.
4- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 21 du 13 décembre 1990 sur la non-commercialisation du corps humain.
5- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 22 du 13 décembre 1990 sur la thérapie génique.
6- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 27 du 02 décembre 1991 sur la non-commercialisation du génome humain.
7- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 36 du 22 juin 1993 sur l'application des procédés de thérapie génique somatique.

8- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 46 du 30 octobre 1995 sur "Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention".
9- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 52 du 03 novembre 1997 sur la constitution de collections de tissus et organes embryonnaires humaines et leur utilisation à des fins scientifiques.
10- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 54 du 22 avril 1997 sur le clonage reproductif.
11- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 56 du 10 février 1998 sur les problèmes éthiques posés par le désir d'enfant chez des couples où l'homme est séropositif et la femme est séronégative.
12- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 62 du 14 septembre 2000, Réflexions éthiques autour de la réanimation néonatale.
13- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 63 du 27 janvier 2000 sur la Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie.
14- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 64 du 08 juin 2000 sur l'avant-projet de loi portant transposition, dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.
15- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 67 du 18 janvier 2001 sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique.
16- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 77 du 20 mars 2003 sur les problèmes éthiques posés par les collections de matériel biologique et les données d'information associées.
17- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 82 du 06 février 2004 sur L'allotransplantation de tissu composite (ATC) au niveau de la face (Greffe totale ou partiale d'un visage).
18- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 89 du 22 septembre 2005 à propos de la conservation des corps des fœtus et enfants mort.
19- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 90 du 24 novembre 2005 sur l'accès aux origines, anonymat et secret de la filiation.
20- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 93 du 22 juin 2006 sur la commercialisation des cellules souches humaines et autres lignées cellulaires.

21- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 97 du 11 janvier 2007 sur les questions éthiques posées par la délivrance de l'information génétique néonatale à l'occasion du dépistage de maladies génétiques.
22- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 107 du 15 octobre 2009 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI).
23- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 110 du 01 avril 2010 sur les problèmes éthiques soulevés par la gestion pour autrui (GPA).
24- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 111 du 07 janvier 2010 1997 sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale.
25- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 113 du 10 février 2011 sur la demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple.
26- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 116 du 22 mars 2012 sur l'« Enjeux éthiques de la neuroimagerie fonctionnelle ».
27- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 121 du 12 juin 2013 sur la Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir.
28- Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, avis n° 122 du 12 décembre 2013, recours aux techniques biomédicales en vue de « neuro-amélioration » chez la personne non malade : enjeux éthiques, 12 décembre 2013.
29- Comité Commission Consultative Nationale d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé - Grand-Duché de Luxembourg -Avis 1996.1, concernant l'acharnement thérapeutique.
30- Comité Consultatif de Bioétique de Belgique, avis n° 31 du 05 Juliette 2004 relatif à la gestation-pour-autrui (mère porteuse).
31- Agence de la biomédecine, Encadrement international de la bioéthique, édi. PARIMAGE, Paris, 2010.
32- L'Académie suisse des sciences médicales, Directives médico- éthiques sur l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes, n° 3, Bâle, 1995.

فهرس المواضيع

الموضوع **الصفحة**

مقدمة.....01

الباب الأول

حماية كرامة الإنسان من الممارسات الطبية المرتبطة بمنتجاته البيولوجية.....20

الفصل الأول: الأعمال الطبية المرتبطة بالجينات البشرية.....23

المبحث الأول: الأبحاث الطبية الماسة بالجنس البشري.....25

المطلب الأول: الاستنساخ البشري التكاثري.....27

الفرع الأول: مفهوم الاستنساخ البشري.....28

أولا: تعريف الاستنساخ. 28

1- المعنى البيولوجي للاستنساخ. 29

2- المعنى القانوني للاستنساخ.....30

ثانيا: التطور التاريخي للاستنساخ. 31

1- المرحلة الأولى. 31

2- المرحلة الثانية. 32

ثالثا: بعض المفاهيم المشابهة للاستنساخ.....33

1- الاستنساخ والخلق.....33

2- الاستنساخ والتلقيح الصناعي.....34

رابعا: أنواع الاستنساخ البشري.....35

1- الطريقة العلمية المستعملة: (الاستنساخ بالتشطير، الاستنساخ بالنقل النووي).....36

2- الهدف البيولوجي: (الاستنساخ التكاثري، الاستنساخ العلاجي).....37

الفرع الثاني: القضايا الأخلاقية التي يثيرها الاستنساخ التكاثري.....38

أولا: مسألة الهوية والتنوع البيولوجي للجنس البشري.....38

1- المحافظة على وجود السلالات البشرية وتحسينها.....38

2- تغيير طبيعة الجنس البشري والإخلال بمقومات التوازن الطبيعي للحياة.....39

ثانيا: المسائل المتصلة بالأسرة والتناسل.....40

1- حق الإنسان في الإنجاب.....40

2- تقويض فكرة التناسل البشري والأسرة.....41

ثالثا: المسائل المتصلة بالأمن التقني الطبي.....42
1- حق الإنسان في الصحة.....42
2- المخاطر الطبية والسيكولوجية للاستنساخ.....43
رابعا: المسائل المتصلة بالكرامة الإنسانية.....44
1- حق الإنسان في الحرية والاستقلالية.....44
2- الاستنساخ إهدار للكرامة الإنسانية.....45
الفرع الثالث: موقف التشريعات من الاستنساخ البشري التكاثري.....46
أولا: الصكوك والمواثيق الدولية.....46
1- موقف المنظمات الدولية.....46
2- موقف المنظمات الإقليمية.....48
ثانيا: موقف التشريعات الوطنية.....49
1- موقف بعض القوانين المقارنة.....49
2- موقف التشريع الجزائري.....52
ثالثا: موقف بعض الشرائع الدينية.....54
1- موقف الفقه الإسلامي.....54
2- موقف الكنيسة الكاثوليكية.....54
المطلب الثاني: التحسين الوراثي للنسل البشري.....55
الفرع الأول: مفهوم تحسين النسل البشري.....57
أولا: تعريف تحسين النسل.....57
1- التعريف العلمي.....57
2- التعريف القانوني.....58
ثانيا: أنواع تحسين النسل البشري.....59
1- معيار الهدف من تحسين النسل: (السلبي، الإيجابي).....59
2- معيار نطاق الممارسة: (الفردي، الجماعي).....60
ثالثا: التطور التاريخي لتحسين النسل.....61
1- المرحلة الأولى: (مرحلة التنظير).....61
2- المرحلة الثانية: (مرحلة التطبيق).....63
الفرع الثاني: القضايا الأخلاقية التي يطرحها التحسين الوراثي للنسل البشري.....65
أولا: حتمية التطور البيولوجي للإنسان.....65
1- إسهام التكنولوجيا الطبية والوراثية في تطوير الكائن البشري.....65

2- ضرورة الحفاظ على الرصيد الوراثي للكائن البشري.....66
ثانيا: حرية الاختيار والاستقلالية.....67
1- حق الأسرة وحريتها في اختيار صفات المولود.....67
2- الاستقلالية الفردية وانتقاء الجنس.....68
ثالثا: إسهام تحسين النسل في حماية الصحة العمومية وترقيتها.....69
1- العبرة بحسن استخدام تقنيات الهندسة الوراثية.....69
2- الوقاية من الأمراض الوراثية والقضاء عليها.....70
الفرع الثالث: مشروعية التحسين الوراثي للنسل البشري.....70
أولا: التشخيص الوراثي قبل الزواج.....71
1- التشخيص الوراثي قبل الزواج في القانون الفرنسي.....71
2- التشخيص الوراثي قبل الزواج في القانون الجزائري.....72
ثانيا: التشخيص الوراثي قبل الزرع وانتقاء الجنس. 73
1- التشخيص الوراثي قبل الزرع في الصكوك الدولية.....73
2- التشخيص الوراثي قبل الزرع في القانون الفرنسي.....76
3- التشخيص الوراثي قبل الزرع في بعض الشرائع الدينية.....78
4- التشخيص الوراثي قبل الزرع في القانون الجزائري.....79
ثالثا: التشخيص الوراثي قبل الولادة.....80
1- التنظيم القانوني للتشخيص الوراثي قبل الولادة.....80
2- التعامل مع الأجنة المصابة بعيوب وراثية.....81
رابعا: العلاج الجيني وتجارب التهجين.....85
1- مشروعية العلاج الجيني.....86
2- التهجين الوراثي للكائن البشري.....87
المبحث الثاني: الأبحاث الطبية الماسة بالبيانات الوراثية 88
المطلب الأول: الضوابط الأخلاقية لجمع البيانات الوراثية ومعالجتها.....90
الفرع الأول: الموافقة على انتزاع العينات البيولوجية ذات الأصل البشري.....90
أولا: إجراء الاختبارات الوراثية لأغراض طبية أو علمية.....91
1- الشروط العامة للموافقة على الاختبار الجيني.....91
2- طبيعة المعلومات التي ينبغي توفيرها للشخص.....93
3- تغيير الغرض أو الهدف من البحوث الطبية والعلمية.....94
ثانيا: تحديد هوية الشخص عن طريق البصمة الوراثية.....95

1- الموافقة على إجراء تحاليل البصمة الوراثية في القضايا المدنية.....96
2- الموافقة على إجراء تحاليل البصمة الوراثية في القضايا الجزائية.....99
3- استخدام البصمة الوراثية في المجالات غير القضائية.....102
الفرع الثاني: حرمة الحياة الشخصية وسرية البيانات الوراثية.....103
أولا: حماية الخصوصية أثناء مرحلة معالجة البيانات الوراثية.....104
1- الضمانات العامة المتعلقة بالسر الطبي.....104
2- إمكانية إفشاء المعلومات الوراثية للغير.....105
3- الأشخاص المؤهلين لمعالجة البيانات الوراثية.....107
ثانيا: حماية الخصوصية أثناء مرحلة حفظ البيانات الوراثية.....108
1- نظام إدارة البيانات الوراثية وأمنها.....108
2- الحق في الوصول إلى البيانات الوراثية وإتلافها.....111
المطلب الثاني: الضوابط الأخلاقية في استخدام البيانات الوراثية.....113
الفرع الأول: عدم الوصم والتمييز القائم على السمات الوراثية.....113
أولا: التمييز بين المجموعات البشرية القائم على السمات الوراثية.....113
1- موقف القوانين من التمييز القائم على السمات الوراثية.....114
2- الدراسات الوراثية للمجموعات السكانية.....117
ثانيا: التمييز القائم على السمات الوراثية في بعض المجالات الاقتصادية والاجتماعية.....120
1- التمييز القائم على السمات الوراثية في مجال التأمينات.....121
2- التمييز القائم على السمات الوراثية في مجال العمل.....124
الفرع الثاني: براءات الاختراع في الأبحاث العلمية الوراثية.....128
أولا: الشروط العامة للابتكار في مجال التكنولوجيا الحيوية.....129
1- مبدأ عدم قابلية المواد البيولوجية الطبيعية أن تكون محلا لبراءة الاختراع.....130
2- الاختراعات المنصبة على منتجات الجسم البشري.....133
3- موقف القضاء من منح براءة الاختراع على المنتجات ذات الأصل البشري.....134
ثانيا: استخدام الجينات البشرية في أبحاث التكنولوجيا الحيوية.....136
1- موقف التوجيه الأوربي (98/44/CE) المتعلق بالاختراعات البيوتكنولوجية.....137
2- موقف المحكمة العليا الأمريكية في قضية Myriad Genetics.....140
3- موقف المشرع الفرنسي.....143
4- موقف القانون الجزائري.....145
الفصل الثاني: الأعمال الطبية المرتبطة بالمواد التناسلية.....147

المبحث الأول: الانحرافات الأخلاقية لتقنيات التلقيح الاصطناعي.....151
المطلب الأول: استئجار الأرحام، إهدار لكرامة الأم والطفل.....153
الفرع الأول: القضايا الأخلاقية التي يثيرها استئجار الأرحام.....154
أولا: المقاربة بين استغلال جسم المرأة واحترام حريتها الشخصية.....155
1- استئجار الأرحام استغلال غير أخلاقي لجسم المرأة واتجار في وظائفها التكاثرية.....155
2- ضرورة احترام حرية المرأة إرادتها.....156
ثانيا: المقاربة بين حماية القيم الرمزية للأمومة وفكرة التكافل الاجتماعي.....157
1- استئجار الأرحام تغيير لمعنى الأمومة وضياع لقيمتها.....158
2- استئجار الأرحام تجسيد لفكرة التكافل الاجتماعي.....159
ثالثا: مسألة هوية الطفل والمخاطر السيكولوجية.....160
1- حق الطفل في التعرف على هويته البيولوجية.....160
2- المقاربة بين حالتي التبني وإنجاب الطفل بواسطة الأم البديلة.....161
الفرع الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.....162
أولا: موقف القضاء والتشريع الفرنسيين.....162
1- الموقف القضائي أثناء فترة الفراغ القانوني.....163
2- التدخل التشريعي بموجب القانون 654/94 المؤرخ في 1994/07/29.....165
3- الإشكالات العملية الجديدة التي تطرحها السياحة الإنجابية.....166
ثانيا: التوجهات التشريعية والقضائية المقارنة الأخرى.....169
1- التشريعات الرافضة لفكرة استئجار الأرحام.....170
2- التشريعات التي لم توضح موقفها حيال مسألة استئجار الأرحام.....171
3- التشريعات التي تجيز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.....173
ثالثا: موقف بعض الشرائع الدينية.....174
1- موقف الكنيسة الكاثوليكية.....174
2- موقف الفقه الإسلامي.....175
رابعا: موقف المشرع الجزائري.....176
1- الأحكام الواردة في قانون الأسرة.....177
2- الأحكام الواردة في قانون الصحة.....177
3- الأحكام الواردة في قانون العقوبات.....178
المطلب الثاني: المشاكل الناجمة عن تداول المنتجات التناسلية البشرية وحفظها.....179
الفرع الأول: استعمال المواد التناسلية المجمدة في التلقيح بعد الوفاة.....182

أولا: موقف القضاء من التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة.....183
1- الاجتهاد القضائي المؤيد لاستخدام النطف المجمدة بعد الوفاة.....183
2- الاجتهاد القضائي الرافض لاستخدام النطف المجمدة في عملية التلقيح بعد الوفاة.....185
3- موقف القضاء من نقل المضغ بعد الوفاة لاستكمال المشروع الأسري.....187
ثانيا: موقف التشريعات من التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة.....189
1- التشريعات الرافضة لفكرة استخدام المضغ المجمدة بعد الوفاة.....189
2- التشريعات المؤيدة لفكرة استخدام البويضات الملقحة المجمدة بعد الوفاة.....191
3- موقف الفقه الإسلامي.....192
4- موقف التشريع الجزائري.....194
الفرع الثاني: التبرع بالمواد التناسلية واستعمالها لأغراض تجارية وصناعية.....195
أولا: التبرع بالأمشاج البشرية.....195
1- مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي بإسهام الغير من الناحية الشرعية والقانونية.....195
2- الإشكالات التي يطرحها مبدأ كتمان هوية المتبرع في القوانين المقارنة.....198
3- التخوف من امتداد عمليات التبرع للزوجين المثليين أو تكوين أسر أحادية الوالد.....201
4- صعوبات تحديد المسؤولية الجزائية وفقا القواعد العامة لقانون العقوبات.....204
ثانيا: الاتجار في الأمشاج البشرية واستعمالها لأغراض صناعية.....205
1- الاتجار في الأمشاج البشرية.....206
2- استعمال الأمشاج البشرية لأغراض صناعية.....208
المبحث الثاني: استخدام المضغ البشرية في الأبحاث العلمية والعلاجية.....209
المطلب الأول: رهانات استخدام المضغ البشرية في الأبحاث الطبية.....210
الفرع الأول: بداية الحياة البشرية وحماية الجنين في مراحل تكونه الأولى.....210
أولا: الآراء الدينية والفلسفية المتعلقة ببداية الحياة البشرية.....211
1- الحياة البشرية تبدأ منذ لحظة التحام الجرثومة المنوية بالبويضة.....211
2- الحياة البشرية تبدأ بعد مرحلة معينة من تكوين الجنين.....213
3- العبرة باحترام الحياة البشرية وتقديسها وليس ببداية تكونها.....214
ثانيا: مدى فعالية الآليات القانونية والقضائية في حماية حياة الجنين.....216
1- الأحكام القانونية المتعلقة بحماية حياة الجنين.....216
2- تضارب الإجتهاد القضائي بشأن الحماية الجزائية المقررة للجنين.....219
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمضغ البشرية المستكنة بالأنبوب.....223
أولا: الآراء المختلفة حول طبيعة المضغ البشرية المستكنة بالأنبوب.....224

1- المضغ البشرية المستنبتة خارج الجسم مجرد كتلة من الخلايا غير المتمايزة.....224
2- المضغ البشرية المستكنة بالأنبوب شخصا إنسانيا محتمل الوجود.....226
3- المضغ البشرية المستكنة بالأنبوب شخصا بشريا.....228
ثانيا: التصرف في البويضات الملقحة الزائدة من عمليات التلقيح الاصطناعي.....229
1- موقف الفقه الإسلامي من التصرف في البويضات الملقحة الزائدة.....229
2- موقف القوانين في التعامل مع البويضات الملقحة الزائدة.....230
المطلب الثاني: الاستفادة من الخلايا الجذعية في الأبحاث العلمية والعلاجية.....232
الفرع الأول: بعض الجوانب العلمية الخاصة باستخدام الخلايا الجذعية.....233
أولا: أنواع الخلايا الجذعية.....234
1- معيار التطور البيولوجي للخلايا (الخلايا الجنينية والخلايا الكهلة).....234
2- معيار القدرة التمايزية للخلايا.....236
ثانيا: مصادر الخلايا الجذعية.....237
1- المضغ البشرية الفائضة أو المستنبتة خصيصا لأغراض البحث العلمي.....237
2- الاستنساخ العلاجي.....238
3- مصادر أخرى للخلايا الجذعية (الحبل السري والمشيمة وبقايا الأجنة المجهضة). 240
ثالثا: بعض التطبيقات الطبية للخلايا الجذعية.....241
1- أهم إنجازات الأبحاث العلمية في مجال الخلايا الجذعية.....241
2- الطموحات العلمية في مجال الخلايا الجذعية.....242
الفرع الثاني: مشروعية استخدام الخلايا الجذعية في المجالات الطبية والعلمية.....243
أولا: موقف الفقه الإسلامي من استخدام الخلايا الجذعية في الأبحاث الطبية.....244
1- تخليق مضغ بشرية لإجراء الأبحاث العلمية والعلاجية.....244
2- الاستنساخ العلاجي.....245
3- انتزاع الخلايا الجذعية من اللقائح الفائضة عن عمليات التلقيح الاصطناعي.....245
4- استعمال المصادر البيولوجية الأخرى في انتزاع الخلايا الجذعية.....247
ثانيا: موقف القوانين المقارنة من استخدام المضغ البشرية في الأبحاث العلمية والعلاجية.....247
1- الأنظمة القانونية التي تبيح إجراء الأبحاث العلمية والعلاجية على المضغ البشرية.....248
2- الأنظمة القانونية تشترط استعمال المضغ البشرية الفائضة فقط في الأبحاث الطبية.....250
3- الأنظمة القانونية التي تقيد إجراء الأبحاث العلمية على المضغ البشرية.....253
4- الأنظمة القانونية التي تمنع إجراء الأبحاث العلمية على المضغ البشرية.....254
5- موقف المشرع الجزائري.....255

الباب الثاني

حماية كرامة الإنسان من الأعمال الطبية الماسة بكيانه الجسدي.....257

الفصل الأول: احترام الضعف البشري والسلامة الشخصية للإنسان.....261
المبحث الأول: الرعاية الملطفة للمريض المحتضر أو في حالة حياة نباتية.....263
المطلب الأول: الإنعاش الصناعي للمريض.....267
الفرع الأول: إنعاش المريض في حالة حياة نباتية.....268
أولا: الوضع القانوني للمريض في حالة حياة نباتية.....268
1- المعايير العلمية لتحديد لحظة الوفاة.....269
2- موقف التشريع من تحديد لحظة الوفاة.....270
3- موقف القضاء من تحديد لحظة الوفاة.....273
4- الحياة النباتية والشخصية القانونية.....274
ثانيا: التزام الطبيب بإنعاش المريض في حالة حياة نباتية.....276
1- الموقف المؤيد لاستمرار إنعاش المريض في حالة حياة نباتية.....277
2- الموقف المعارض لإبقاء أجهزة الإنعاش على المريض في حالة حياة نباتية.....278
الفرع الثاني: رفض المريض العلاج لاجتناب الإصرار الطبي.....279
أولا: حق المريض في رفض العلاج.....280
1- التكريس القانوني لحق المريض في رفض العلاج.....280
2- مناقشة القرار الطبي المتعلق بالإنعاش مع المريض أو أهله.....283
ثانيا: رفض المريض إطالة مدة الاحتضار بوسائل الإنعاش الصناعية.....285
1- موقف التشريع والقضاء الفرنسيين.....286
2- موقف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان.....290
3- موقف القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية.....292
الفرع الثالث: استعمال أجهزة الإنعاش في بعض الحالات الباثولوجية.....293
أولا: إنعاش الطفل اللادماغي أو الجنين المولود في المراحل المبكرة من النمو.....293
1- صعوبة ضبط معايير علمية واضحة بشأن إنعاش الطفل حديث الولادة.....294
2- موقف القضاء من الإصرار الطبي في إنعاش الطفل حديث الولادة.....296
ثانيا: الحالات المرضية الأخرى التي لا تستدعي الإنعاش الصناعي.....297
1- رفض تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي بسبب طبيعة المرض.....298
2- إنعاش المريض المتوفى دماغيا.....299

المطلب الثاني: التسكين الملطف للمريض.....300
الفرع الأول: التكفل الطبي بالآلام حق للمريض في نهاية الحياة.....301
أولا: تخفيف الآلام والمعاناة مسؤولية أخلاقية للنظام الصحي والمهنيين.....301
1- التوجهات القانونية الحديثة الرامية لتحسين نوعية حياة المريض.....302
2- بعض التطبيقات القضائية المتعلقة بحق المريض المحتضر في تخفيف آلامه.....304
ثانيا: توفير الأدوية الخاضعة للرقابة الدولية واستخدامها..... 306
1- التوصيات الدولية بشأن توفير الأودية الخاضعة للمراقبة وإتاحتها للمرضى.....307
2- الأحكام القانونية المتعلقة بضبط استعمال العقاقير المخدرة.....308
الفرع الثاني: التسكين الملطف للمريض والموت الرحيم.....309
أولا: الموقف المتشدد إزاء استعمال الأدوية المسكنة بغرض إنهاء حياة المريض.....310
1- تجريم قتل المريض المحتضر باستعمال الأودية المسكنة.....310
2- استعمال التسكين النهائي للمريض لتحاشي الموت الرحيم.....314
ثانيا: الموقف المؤيد لقتل المريض أو مساعدته على الانتحار.....316
1- القتل بدافع الشفقة الإيجابي.....316
2- المساعدة على الانتحار.....318
المبحث الثاني: نزع الأعضاء وإجراء التجارب الطبية على الجسم البشري.....322
المطلب الأول: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....323
الفرع الأول: الشروط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء.....325
أولا: حالة الضرورة العلاجية.....326
1- بالنسبة إلى المريض.....326
2- بالنسبة للمتبرع.....327
ثانيا: الموافقة المسبقة لإجراء العملية.....328
1- الموافقة الحرة والمستنيرة.....328
2- حق المتبرع في التراجع على الموافقة.....330
3- الشروط الشكلية في التعبير عن الإرادة.....330
4- اقتطاع أعضاء القصر والأشخاص الخاضعين لتدابير الحماية القانونية.....331
ثالثا: أن يكون التبرع بدون مقابل.....332
1- التكريس القانوني لمبدأ المجانية.....332
2- مسألة تعويض المتبرع.....333
رابعا: توافر الضمانات الفنية والإدارية.....334

1- الضمانات الفنية.....334
2- الضمانات الإدارية.....335
3- مبدأ الشفافية والمساواة في الاستفادة من الأعضاء.....336
خامسا: الشروط الخاصة بالاقتطاع من الجثة.....337
1- الشروط المتعلقة بإعلان الوفاة.....337
2- الوصية بالعضو من قبل المتبرع.....338
3- حق الأسرة في التصرف في الجثة.....339
4- الحالات التي لا يشترط فيها الحصول على الموافقة.....341
الفرع الثاني: الجرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء.....342
أولا: جريمة نزع الأعضاء دون الحصول على الموافقة.....344
1- التقاط الأعضاء من جسم إنسان على قيد الحياة.....345
2- التقاط الأعضاء من الجثة.....349
3- اقتطاع الأنسجة والخلايا وتجميع مواد الجسم.....351
ثانيا: جريمة المتاجرة في الأعضاء البشرية.....352
1- الحصول على العضو.....354
2- تحقيق المنفعة.....357
3- أعمال الوساطة في الاتجار بالأعضاء.....357
المطلب الثاني: إجراء التجارب العلمية على جسم الإنسان.....360
الفرع الأول: مشروعية التجارب الطبية على الجسم البشري.....362
أولا: المبررات الأخلاقية لإجراء التجارب العلمية على الإنسان.....362
1- بالنسبة للتجارب العلاجية.....363
2- بالنسبة للتجارب العلمية.....364
ثانيا: الأساس القانوني للتجارب العلمية على الإنسان.....366
1- الصكوك الدولية والإقليمية.....366
2- القوانين الداخلية.....368
3- الفقه الإسلامي.....370
الفرع الثاني: الشروط القانونية لإجراء التجارب العلمية على الجسم البشري.....371
أولا: الشروط الخاصة بالتجربة في حد ذاتها.....371
1- الجدوى من التجربة.....371
2- الرقابة على إجراء التجارب الطبية على الإنسان.....373

3- المجانية.....376
ثانيا: الشروط الخاصة بالشخص الخاضع للتجربة.....377
1- رضا الشخص الخاضع للتجربة.....377
2- إجراء التجارب على بعض الفئات الضعيفة والحالات الخاصة.....379
ثالثا: الشروط الخاصة بالقائم بالتجربة.....380
1- مراعاة الأصول العلمية وأخلاقيات الطب.....381
2- ضمانات السلامة والأمن الصحي.....383
الفصل الثاني: احترام الصورة الطبيعية للجسم البشري.....385
المبحث الأول: التغيير الجراحي لخلقة الإنسان.....388
المطلب الأول: الحدود الأخلاقية للجراحة التجميلية.....389
الفرع الأول: الضرورة العلاجية في الجراحة التجميلية.....391
أولا: إزالة التشوهات الجسدية.....391
1- المنفعة من وراء إعادة خلقة الإنسان إلى أصلها.....391
2- الموقف القانوني من إزالة العيوب الجسدية.....393
ثانيا: تشويه الأعضاء التناسلية للأنثى وحقوق المرأة.....394
1- تشويه الأعضاء التناسلية كقاعدة اجتماعية وثقافية ودينية.....394
2- محاولة إضفاء الطابع الطبي على تشويه الأعضاء التناسلية.....395
3- انتهاك الحقوق الأساسية للمرأة.....397
ثالثا: تغيير صورة الوجه واضطراب الهوية الشخصية.....400
1- ارتباط صورة الوجه بهوية الشخص.....401
2- المعضلات الأخلاقية لعمليات زرع الوجه.....402
3- الموقف القانوني من عمليات زرع الوجه.....404
الفرع الثاني: احترام الرغبة في تغيير الصورة الجسدية.....407
أولا: حق الشخص بالتصرف في جسده.....407
1- الآراء الفقهية حول طبيعة علاقة الشخص بجسده.....407
2- موقف القضاء من التشويه الإرادي للجسم.....410
ثانيا: الاستناد إلى العوامل النفسية لتبرير إجراء العمليات التحسينية.....412
1- الموقف الرافض لإجراء العمليات الجراحية التحسينية.....412
2- الموقف المؤيد لإجراء العمليات الجراحية التحسينية.....414
3- موقف المشرع الجزائري.....416

المطلب الثاني: جراحة تغيير الجنس.....417
الفرع الأول: إشكالية الهوية الجنسية.....418
أولا: مفهوم الهوية الجنسية.....418
1- مكونات الهوية الجنسية.....418
2- اضطراب الهوية الجنسية.....421
3- الهوية الجنسية وحالة الشخص المدنية.....423
ثانيا: تغيير طبيعة الجنس البيولوجية وتصحيحه.....424
1- عمليات تصحيح الجنس.....425
2- عمليات تغيير الجنس.....426
الفرع الثاني: مشروعية التحول الجنسي.....427
أولا: الموقف الرافض لإجراء عملية التحول الجنسي.....427
1- المساس بسلامة الجسم.....427
2- مخالفة أخلاقيات الطب.....429
3- التنافي مع مبدأ حظر التعامل في حالة الأشخاص.....430
4- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.....432
ثانيا: الموقف المؤيد لإجراء عملية التحول الجنسي.....433
1- احترام الحياة الخاصة والعائلية.....434
2- حق المتقاطع جنسيا بالتمتع بأعلى مستويات الصحة.....436
3- الحق في الاعتراف بالشخصية القانونية.....438
4- حرية الشخص في التصرف في جسده.....441
المبحث الثاني: تشريح الجثة واستعمالها لأغراض فنية وثقافية.....442
المطلب الأول: حرمة الجسم البشري بعد الموت.....443
الفرع الأول: الوضع القانوني للجثة.....444
أولا: مفهوم الجثة.....444
1- الجثة وبقيا الجسم والأجنة المجهضة.....444
2- الطبيعة القانونية للجثة.....446
3- العلاقة بين الجثة وأقارب المتوفى.....448
ثانيا: حفظ الجثث ودفنها وحفلات المآتم.....449
1- حفظ الجثث ودفنها وإعادة استخراجها.....449
2- حفلات المآتم.....450

الفرع الثاني: المسؤولية عن انتهاك حرمة الموتى.....451
أولا: المسؤولية المدنية والإدارية.....451
1- مسؤولية الهيئات الاستشفائية.....452
2- مسؤولية الهيئات الإدارية.....452
ثانيا: المسؤولية الجزائية.....453
1- جريمة انتهاك حرمة الجثة وتدنيسها.....453
2- جريمة الاعتداء على المقابر والمدافن.....454
المطلب الثاني: تشريح الجثة بين حالة الضرورة وحرمة الميت.....456
الفرع الأول: أهمية التشريح وتأثيره على مظهر الجثة.....456
أولا: أهمية تشريح الجثة.....457
1- مساعدة القضاء في الكشف عن الحقيقة.....457
2- الفوائد الطبية والعلمية.....458
ثانيا: عملية التشريح تؤدي إلى تشويه الجثة.....459
1- الفحص الخارجي للجثة.....459
2- الفحص الداخلي للجثة.....460
3- التشريح الافتراضي للجثة لتجنب تشويه الجسم.....461
ثالثا: مشروعية عمليات تشريح الجثة.....462
1- موقف التشريع.....462
2- موقف الفقه الإسلامي.....462
الفرع الثاني: أخلاقيات تشريح الجثة.....465
أولا: التزامات الطبيب تجاه الجثة.....465
1- الإسراع في عملية التشريح.....466
2- الالتزام بأخلاقيات الطب.....467
3- التزام بضمان أحسن ترميم ممكن للجثة.....468
ثانيا: حقوق أقارب المتوفى على الجثة.....469
1- موافقة الأقارب على تشريح الجثة.....470
2- حق الأقارب في استلام الجثة وبقيا الجسم.....472
المطلب الثالث: استعمال الجثث لأغراض فنية وثقافية.....477
الفرع الأول: الأبعاد التاريخية والفنية والثقافية للجثة.....478
أولا: تحنيط الجثث من الطقوس الدينية إلى الميادين الفنية.....478

1- تحنيط الجثث في الحضارات القديمة.....479
2- الجثة كمادة للفن التشريحي والعمل الإبداعي والثقافي.....479
3- التقنيات الطبية الجديد لحفظ الجثث.....481
ثانيا: عرض الجثث الآدمية في المتاحف الفنية.....483
1- اكتشاف البنية التشريحية للجسم الإنساني.....484
2- إبراز الجانب الفني والجمالي للجسم البشري.....484
الفرع الثاني: مشروعية استعمال الجثث لأغراض فنية وثقافية.....486
أولا: التبرع بالجثة وأجزاء الجسم لأغراض فنية وثقافية.....486
1- التعارض مع قوانين الدفن والجنائز.....487
2- التعارض مع قوانين الصحة وأخلاقيات الطب.....488
ثانيا: استناد القضاء إلى فكرة الكرامة الإنسانية.....489
1- موقف محكمة النقض الفرنسية في قضية Our body.....489
2- موقف القضاء الإداري من استرجاع رؤوس القبائل الماوية Les têtes maories.....492
خاتمة.....493
قائمة المراجع.....500
فهرس المواضيع.....538

الملخص :

تعتبر الكرامة من القيم المتأصلة في الكائن البشري والسمة الثابتة بين جميع الناس، وقد تطورت مدلولاتها عبر تاريخ الأفكار وتعددت. لكن الكرامة الإنسانية ظلت لفترة طويلة من الزمن حبيسة النظريات الفلسفية والمفاهيم الدينية، ليتم تجسيدها بعد الحرب العالمية الثانية في النظام القانوني، وارتبطت هذه المرة بمرجعية حقوق الإنسان.

ثم برزت أهميتها مع التطور العلمي والطبي الهائل في العصر الحديث، وأصبحت الجوهر الذي ترتكز عليه أخلاقيات البيولوجيا. وقد انتبه المجتمع الدولي للأخطار التي يمكن أن تنجم عن الأبحاث والمنجزات في مجال الطب وعلم الأحياء، وصدرت العديد من المواثيق التي تحاول الموازنة بين حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وتشجيع البحث العلمي.

وعليه، تحاول هذه الدراسة توضيح أثر الأساليب الطبية المستحدثة التي أفرزتها الثروة العلمية على كرامة الإنسان، في ظل المسعى الشامل الذي اعتمدته بلادنا نحو دعم حقوق الإنسان ووضع المنظومة الصحية في طريق التنمية والحداثة.

الكلمات المفتاحية: كرامة إنسانية – أخلاقيات - هندسة وراثية - تلقيح اصطناعي – سلامة جسدية - رعاية ملطفة – جثة.

Résumé :

Considérée comme une valeur profonde de l'être humain et une estampille invariante au sein de tous les peuples, la dignité a connu une certaine évolution quant à son sens au fil de l'histoire, d'où la diversité de sa notion. Ceci dit, la dignité humaine, s'étant confinée pendant une longue période dans des théories philosophiques et des concepts religieux, se trouve incarnée après la deuxième guerre mondiale dans le système juridique pour qui cette notion rentre dans le cadre des droits de l'homme.

Chemin faisant, son importance s'est illustrée avec le développement contemporain tant scientifique que médical, mieux encore, elle est devenue l'essence de la bioéthique. Or, la communauté internationale a prêté une grande attention aux dangers qui pourraient découler de la recherche et des réalisations dans le domaine de la médecine et de la science des animés. Cette exigence l'a conduit à adopter une panoplie de conventions internationales visant à tenir un équilibre entre les droits de l'homme et ses libertés fondamentales et l'aiguillonnement à la recherche scientifique.

Face à ce développement scientifique, cette étude tente à élucider les effets des nouvelles méthodes biomédicales issues de la révolution scientifique sur la dignité de l'être humain et ce, dans le cadre de la démarche adoptée par notre pays pour soutenir les droits de l'homme et le développement de notre système de santé et de sa modernisation.

Mots-clés : dignité humaine - éthique - génie génétique - insémination artificielle – intégrité corporelle - soins palliatifs – cadavre.

Abstract :

Considered a deep value of the human being and an invariant stamp in all peoples, dignity has evolved certain as to its meaning over the history, where the diversity of its term. That said, human dignity, if being confined for a long time in philosophical theories and religious concepts, is embodied, after the second world war, in the legal system to which this notion is part of human rights.

This way, his importance is illustrated with contemporary scientific and medical development, better yet, it has become the essence of bioethics. However, the international community paid much attention to the dangers that could result from the research and achievements in the field of medicine and the science of anime. This requirement led him to adopt a wide range of international conventions designed to keep a balance between the human rights and fundamental freedoms and the encouragement for scientific research.

Faced with scientific development, this study attempts to elucidate the effects of new biomedical methods adopted by our country to support the human rights and the development of our healthcare system and of its modernization. of the scientific revolution on the dignity of human being and that, under the approach.

Key words: human dignity - ethics - genetic engineering - artificial insemination - body integrity - palliative care - corpse.