جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص
المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

الممارسات الطبية الحديثة على الجسم البشري في ظل التطور القانوني

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص

من إعداد الطالب:
سعيدي محمد نجيب

تحت إشراف:
أ.د. تشوار جيلالي مشرفا ومقرّرا
أ.د علال أمال مشرفا مساعدا

لجنة المناقشة :

– أ.د حميدو زكية	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
– أ.د تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقرّرا
– أ.د علال أمال	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا مساعدا
–أ.د حمليل صالح	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	ممتحنا
– أ.د يقاش فراس	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران–2–	ممتحنا
– د. بلعباس أمال	أستاذة محاضرة –أ–	المركز الجامعي مغنية	ممتحنا

السنة الجامعية : 2023–2024

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي
وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلاَّ قَلِيلا﴾.

الآية 85 من سورة الإسراء.

شكر و تقدير

أتوجه أولاً بالشكر لله عزّ وجلّ الذي وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع والوصول إلى هذه المرحلة العلمية من البحث،ومهد لي الطريق لأكون اليوم بينكم أناقش أطروحة الدكتوراه والتي كانت حلما في الماضي وتحققت في الحاضر بتوفيق من الله.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذي المشرف "تشوار جيلالي" على قبوله الإشراف على هذا العمل وتشجيعه المتواصل طيلة فترة البحث من خلال التوجيهات والنصائح القيمة التي أنارت لي طريق البحث .

الشكر الموصول أيضا إلى الأستاذة المشرفة المساعدة "علال أمال" على قبولها الإشراف على هذا العمل فلها مني كل الشكر والتقدير .

كما أتقدم بالشكر الخالص والإحترام الكبير لأعضاء لجنة المناقشة كل باسمه ومقامه على قبولهم مناقشة هذه الإطروحة واثرائها بملاحظاتهم القيمة والتي ستزيد من قيمة هذا العمل المتواضع.

إلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة من قريب أو بعيد، فلهم مني جميعا كل الشكر والتقدير والإحترام .

والله ولي التوفيق

الإهـــــــــــــــــــــداء

عرفانا بالجميل أهدي ثمرة عملي هذا إلى أغلى وأحن شخصين قريبين إلي قلبي، إلى من لم يبخلا بشيء نحوي واحتملا أعباء الحياة من أجل راحتي،إلى منبع الحب والعطاء الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما حتى يحضرا معي هذه اللحظات الجميلة ويتحقق حلمهما في وصولي إلى هذا النجاح الذي طالما ساعداني في تحقيقه .

إلى الزوجة الكريمة التي ساندتني في السراء والضراء وشجعتني على تخطي الصعاب والمحن .

إلى ابنتي العزيزتين وقرتا عيني آية سلسبيل و فردوس.

إلى الأخوين الكريمين والأخت العزيزة وعائلتها.

إلى كل الأصدقاء و الزملاء.

قائمة أهم المختصرات :

1- اللغة العربية

ب.ت.ن. : بدون تاريخ النشر

ب.د.ن. : بدون دار نشر

ج.ر. : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ص. : الصفحة

ط. : الطبعة

ق.ص.ج. : قانون الصحة الجزائري

ق.إ.ج. : قانون الإجراءات الجزائية

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري

ق.ع.ج. : قانون العقوبات الجزائري

ق.م.ج. :القانون المدني الجزائري

م.ج.ع.ق.إ.س :المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية

2- اللغة الفرنسية

Liste des principales abréviations

Art. ou art . : Article.
Cass, 1civ. : Première chambre civile de la cour de cassation.
C.Cass. : Cour de cassation.
CSPf . : Code de la santé publique français.
Cf . :Confer.
Co.cf :Code civil français.
CEDH :Cour Européen de Droit de l'Homme
Ch.civ. : Chambre civile.
D. : Dalloz.
éd. : Edition.
JORF. : Journal Officiel de la république française .
L.G.D.J :Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.
N°,n° : Numéro.
Op. cit. : précité.
P. : Page (s).
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
T.G.I :Tribunal de Grande Instance

مقدمة

تشهد البشرية اليوم والعالم بأجمعه تقدما سريعا في كافة شؤون الحياة وفي مختلف جوانب النشاط البشري، هذا التطور العلمي والتقدم المعرفي يدفع إلى الواقع بمعطيات جديدة لم تكن معروفة سابقا، تفرض على الإنسان أن يتفاعل معها إما إيجابيا أوسلبا، باعتباره شخص طبيعي ومحور الدراسات القانونية،حيث تثبت شخصيته القانونية بتمام ولادته حيا ولحظة إنفصاله عن أمه طبقا للمادة 25 من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على أنه "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيّا وتنتهي بموته"[1].

وأمام ما تشهده العلوم الطبية من تقدم وتطور هائل يرقى إلى أسماعنا في فترات متعاقبة وسريعة،فرضت على رجال القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية مسايرة هذه التطورات العلمية، التي أضحت هي الأخرى من أهم صفات النظم القانونية الحديثة؛ وهو ما يقتضي ضرورة تعاونهم للبحث عن الآليات والسبل الكفيلة لتحقيق الحماية للجسم، حتى يتسنى وضع هذه الممارسة ضمن إطارها الشرعي والقانوني السليم، وكذا ضمان عدم حيادها عن غرضها النبيل الذي وجدت لأجله والمتمثل في تحقيق العلاج الفعّال وتخفيف الآلام والمعاناة عن المرضى.

إن حرمة الإنسان وسلامته البدنية من الحقوق اللصيقة بالشخصية ومن المبادئ الدستورية التي نص عليها الدستور الجزائري ضمن الحقوق الأساسية والحريات العامة [2] التي تتمتع بحماية خاصة، حيث يعاقب القانون على كل فعل يمسّه،إلا أن ذلك لم يمنع بعض الممارسات أوالتدخلات الطبية من الإعتداء على حرمة الكيان الجسدي بحجة حالة الإستعجال، مما يستدعي في الكثير من الأحيان الاستنجاد بالقواعد القانونية لضبط مجالها وتنظيمها مع ما يتوافق مع القيم الإجتماعية والأخلاقية حتى تحقق الحماية والنفع للبشرية.

كما اهتم القانون الدولي أيضا بموضوع حرمة الجسم البشري،حيث عنيت الاتفاقيات الدولية، العالمية منها والاقليمية بالنص على مبدأ احترام الكرامة الإنسانية وعدم المساس بالكيان الجسدي على غرار تقنين نورمبرغ ، إعلان هلسنكي وطوكيو، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

وقد كان من جملة الحقوق الأساسية التي أضحت محلاً للاهتمام الدولي والوطني،حق الإنسان في سلامة جسمه، وقد ظهرت الحاجة إلى الاهتمام بهذا الحق نتيجة للتطورات الطبية الحديثة، وكذا الوسائل التكنولوجية التي أضحت كأدوات تهدد الكيان الشخصي للإنسان .

---

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26،المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمّم.

[2] راجع المادة 39 من الدستور الجزائري الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 20-442،المؤرخ في 15 جمادى الأول عام1442 الموافق 30 ديسمبر2020، يتعلّق بإصدار التعديل الدستوري ،المصادق عليه في إستفتاء أول نوفمبر سنة 2020 ،ج.ر 2020،عدد 82،ص.02.

ولما كانت السلامة الجسدية من مقتضيات التقدم ومواكبة متطلبات الحياة، نتج عنها ظهور وسائل طبية وفنية حديثة تخطى من خلالها الطب حدود الأعمال الطبية التقليدية، ليدخل في مرحلة جديدة من خلال تبسيط طرق التشخيص والمعالجة واختصار الطريق وربح الوقت،وفتح المجال أمام البحث القانوني لوضع قواعد قانونية للمسؤولية الطبية التي تحكم هذه الإكتشافات الجديدة والتي تتعلق بالكيان الجسدي، خاصة أمام عجز القواعد القانونية السابقة في مواكبة وضبط الأمور المستجدة.

ولأن البحوث الطبية لا تعرف الحدود ولا حتى القوانين التي تحكمها لأنه غالبا ما تتعلق بأمور تقنية وفنية، مما يؤدي إلى ايجاد عدة أساليب طبية حديثة لم تكن معروفة في الماضي، ساهمت في شفاء الإنسان من الأمراض المستعصية التي كان علاجها ضربا من المستحيل، لكن في المقابل رتّبت آثارا بالغة الأهمية خاصة منها في الجانب القانوني عندما تُنتهك حرمة الكيان الجسدي[1].

ثم إن طرح هذه الممارسات للكثير من الإشكالات القانونية يجعل من غير المنطقي القول والجزم بعدم وجود صلة بين هذا الموضوع وفروع القانون الأخرى، بل على العكس من ذلك فإن هذا المجال الحيوي يرتبط ارتباطا وثيقا بالكثير من الفروع القانونية كالقانون المدني والقانون الجنائي وقانون الأسرة،مما يستدعي ضرورة وجود منظومة قانونية متكاملة ومحيّنة حتى لا يكون هناك تضارب في الأحكام .

لكن الإنسان استغل نتائج هذا التقدم العلمي في مجال الطب في غير هدفه المقصود،ليجعل من جسمه حقلا خصبا للتجارب العملية والطبية، ليصل به الأمر إلى حد التدخل والمساس في شكل جسده، ولون بشرته، وتقاسيم وجهه بتدخل جراحي بسيط، بل وإلى أكثر من ذلك حيث يمكن لكل من لم يرض بجنسه الأصلي أن يُغيره ليكتسب بذلك الجنس الذي يرغب فيه[2].وذهب الأمر إلى أبعد من ذلك عندما صار الأطباء يتدخلون إن صحّ القول في "تحديد حياة" الإنسان ونهايتها، وهذا بفضل الإمكانيات المستحدثة، فكما يمكن "تمديد الحياة" بفضل أجهزة الإنعاش الإصطناعي ولو لأيام، يمكن بالمقابل "إنهاء حياة" المريض الميؤوس من شفائه، باستفادته من رحمة يد الطبيب للتخفيف من معاناته بل إنهائها كليا، وتسهيل موته بكرامة سواء بإعطائه حقنة أو توقيف الأجهزة المرتبط بها.

---

[1] أنظر، سعيد محمّد الحفار،البيولوجيا ومصير الإنسان، سلسلة شهرية تصدر عن المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، الكويت ،ص، 14 ،منشورة على الموقع الإلكتروني :http://ia801404.us.archive.org/12/items/aalam_almaarifa/083.pdf ،

[2] أنظر،إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء،دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ،الإسكندرية ،2009 ، ص08.

وفي هذا الصدد قال الفقيه SAVATIER في تصوره "الطبيب يظهر دائما كما لو كان مكتسبا امتيازا منفردا من نوعه وهو العمل على الجسم الانساني لمريضه فالطب مهما كانت ممارسته، فردية أو جماعية، فإنه ليس فن الشفاء فقط ولكن هو بالأكثر مرتبط بامتياز العمل حتى على جسم الإنسان"[1].

كما أن هذا التصرف لا يقتصر على إنهاء حياة الإنسان البالغ فحسب، بل يمكن أيضا إنهاء حياة الجنين بقطع سبل إنجابه، وذلك بالتعقيم سواء كان ذلك بتعبير الإرادة الحرة لطرفي العلاقة مهما اختلفت الأسباب والدوافع، أو كان ذلك مفروضا على الأفراد، ويتعلق الأمر بالتعقيم الإجباري[2].

غير أن هذا التطور العلمي في المجال الطبي الذي تحقق لحد الآن لم يأت من العدم، وإنما جاء بعد عملية مخاض عسيرة تطلبت التضحية بالعديد من الأشخاص عبر مختلف الأزمنة التي مرّت عليها البشرية، بداية من العصور البدائية مرورا بالحرب العالمية الأولى والثانية والتي مورست فيهما مجموعة من التجارب الطبية على الأسرى بدون رضاهم، إلى أن اكتشف العالم الحقيقة التي كانت تمارس في معسكرات الموت الألمانية،مما أدى إلى التنديد بهذه الأعمال الوحشية ونتج عن ذلك تشكيل محكمة نورمبرغ العسكرية لمحاكمة الأطباء النازيين على أفعالهم،وصدور أول تقنين عالمي يحدد مجال اجراء التجارب الطبية على الإنسان[3].

ونشير إلى أن الإنسان كان منذ القدم محوراً للعديد من الدراسات الشرعية والقانونية، وقد ترتب عن هذا تفاوت التشريعات في تحديد نطاق الحماية المقررة له، وذلك بحسب اختلاف الزمان والمكان،ولقد اعتبر جسم الإنسان قديما محلا لحق مالي، يتم بموجبه تسوية النزاعات بين الدائن والمدين، كما كان الإنسان إذا ارتكب جريمة معينة في النظام القبلي، أنه يسلم إلى أهل الضحية يفعلون به ما يشاؤون،فكان في الأزمنة

[1] R .SAVATIER, La responsabilité médicale, éd. M- LETHILLEUX, 1948,Paris, p.13.

[2] أنظر، محمّد حسن قاسم، الطب بين الممارسة و حقوق الإنسان، دار محمّد الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،2012، ص.25 .

[3] Le « code de Nuremberg » est la première synthèse à valeur internationale (le jugement de Nuremberg est une jurisprudence internationale) des règles de l'expérimentation licite. Son ancrage est celui du point de vue pénal ; pour autant, les qualités intrinsèques du texte contribuèrent ce qu'il circulât comme une liste de préceptes déontologiques (au point que furent souvent oubliées l'origine du texte et les conditions exactes de son élaboration).
Le jugement de Nuremberg consacre des principes connus, mais il les fait découler du droit international plutôt que d'une universalité vague. C'est que réside la grande innovation de Nuremberg. La puissance historique du « code de Nuremberg » fut de consacrer un mode d'encadrement normatif particulier de l'expérimentation humaine, fondé sur l'idée d'une vulnérabilité telle des sujets potentiels que leur protection, et celle de l'humanité en ces matières, ne peut être assurée que par des normes impératives contraignant les expérimentateurs au nom de l'ordre public et, en l'espèce, de l'ordre public international. Le « modèle de Nuremberg », qui organise la protection « de victimes potentielles contre des bourreaux éventuels », s'impose durablement dans le droit international dont dérivent, sur ces questions, les réglementations nationales. AMIEL philippe, expérimentation sur l'être humain, article publie sur le site internet : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00867312/document, p.7.

الماضية كل شيء يقاس بالمال ولاتوجد كرامة للإنسان.

ومن هنا تمّت إعادة النظر من جديد في المفهوم التقليدي لمبدأ حرمة الكيان الجسدي، وأصبحت أعضاء ومكونات الجسم محلا للإنتفاع على غرار الدم والخلايا وغيرها، وبذلك أصبح الجسم البشري بمثابة مخزون "قطاع غيار"،مما جعل مبدأ حرمة الكيان الجسدي يتخد شكلا جديدا يتميز بالمرونة ويعطي الحق للشخص في التصرف ببعض أعضاءه من أجل انقاذ غيره بدافع الإنسانية وذلك برضا صريح منه،وأحيان حتى هذه الإرادة لا تُحترم بدواعي المصلحة الاجتماعية أو حق الدولة في تأميم الجثث[1].

ولقد كانت بداية دخول جسم الإنسان في دائرة القانون الوضعي في عام 1992، وذلك بعد جهود رجال القانون،أي بعد صدور القانون الفرنسي رقم(653/94)[2] الصادر بتاريخ 29 يوليو 1994، والذي جاء ليضع نظامًا خاصا لجسم الإنسان ضمن القانون المدني،حيث أنه في البداية اهتم فقط بتنظيم العلاقات وحماية المال،أما فيما يتعلق بحماية السلامة الجسدية فقد عالجها من خلال قواعد المسؤولية المدنية[3].

وعليه فالجسم لم يكن في حد ذاته يثير مشاكل قانونية تستحق أن تكون موضوعًا من موضوعات القانون المدني، لأن القانون لم تكن لديه سياسة عامة أونظرة واضحة يُعالج من خلالها المسائل المتعلقة بالتعامل في الجسم، بل كان يكتفي بحل المشاكل المستعجلة حسب الحالة والمعطيات المتوفرة،لأنها لم تكن تثير إشكالات كبيرة،لذلك فإنه من الناحية القانونية، فيمكن أن نُطلق مجازا على الدراسات المتعلقة بجسم الإنسان وصف الظاهرة القانونية، حيث بدا جليا اهتمام القانون مؤخرا بهذا الجسم وأولاه من الرعاية الكثير.

وإذا كان التفكير في جسم الإنسان يُطرح اليوم على الساحة القانونية، فذلك يرجع سببه بالتأكيد إلى الطفرة الحاصلة في مجال العلوم الطبية الحيوية، فالعلم يدفع بالقانون لإعادة النظر في نصوصه، ومراجعة مواده وذلك بصفة دائمة ومستمرة لمسايرة التطورات.ولأن ممارسة الأعمال الطبية العلاجية والجراحية بمختلف أنواعها تتطلب المساس بجسد الإنسان لكن هذا المبدأ يحتمل الاستثناء في مجال العمل الطبي على جسد الإنسان لكن تحت ظوابط محددة تكفل حرمة الشخص وتحد من اندفاع الأطباء في تحقيق انجازاتهم.

---

[1] أنظر، مروك نصر الدين،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، رسالة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر،1996 ،ص.38.

[2] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, jorf n°175 du 30 juillet 1994, publié sur le site :https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000549619/

[3] مُحَمَّد حسن قاسم،المرجع السابق،ص.27.

وبما أن موضوع بحثنا يتمحور حول الممارسات الطبية[1] على الجسم البشري من خلال بعض العمليات كنقل وزرع الأعضاء البشرية وتقنية التلقيح الإصطناعي بالإضافة إلى التغيير الجنسي والإستنساخ البشري،كل ذلك جعل الجسم البشري ليكون مجالا خصبا لمثل هذه التصرفات التي تهدد أحيانا مبدأ حرمة الكيان الجسدي، وبالمقابل أصبح القانون في خدمة الإنسان ولم ينظر إليه فقط أنه صاحب الحق في هذا الجسد وإنما نظر إليه نظرة قانونية محضة لحمايته في كيانه المادي ضد أي اعتداء يقع عليه من الغير أو حتى من الشخص ذاته هذا من جهة، ومن جهة أخرى امتدت الحماية حتى إلى الجانب المعنوي، ومشاعره وعواطفه وصورته وحياته الخاصة.

كما أن هذه الممارسات لم تأت صدفة في العصر الحديث بل كان مخططا لها،حيث نجد أحد المفكرين تطرق لها من وجهت نظره،حيث قال" سيكون علينا أن نعيد ما نعنيه بالأمومة والأبوة والحمل.سيصبح بعض النساء أمهات بيولوجيات دون أن يحملن،بل يستأجرون أما تلد لهن،ستختار أخريات لأن يحملن متأخرا بعد أن يتوقفن مثلا عن العمل أو بعد سن اليأس،... ستحمل بعض النسوة دون أن يقابلن الأب،سيصبح الآباء بيولوجيين دون أن يقابلوا الأم... أي حق للعلم والطب في أن يتطفلا على أكثر عمليات حياتنا طبيعية ،فيحيلانها لتصبح مصطنعة وفظيعة"[2].

وعليه، وبخصوص نقل وزرع الأعضاء فقد أصبحت الأعضاء البشرية تنقل إلى المرضى لإنقاذ حياتهم، وتثير إشكالات طبية وقانونية ودينية سواء تعلقت بنقل الأعضاء بين الأحياء أو من جثث الموتى، ولذا كان من الضروري وضع نظام شرعي وقانوني واضح يبين ضوابط وشروط عمليات النقل، وذلك حماية للمتبرعين بأعضائهم سواء كانوا أحياءً أو أمواتا، لأن ترك هذه العمليات دون نظام قانوني صارم يفتح الباب أمام تجارة الأعضاء البشرية التي تقوم على استغلال فقر الأفراد لبيع أعضائهم وبذلك تخرج عن بعدها الإنساني المحض، الذي غالبا ما يتم دون مقابل، فتتحول إلى تجارة عالمية وبصفقات باهضة" [3] .

---

[1] الممارسات الطبية تشمل الأعمال والتدخلات التشخيصية والوقائية والعلاجية التي يقوم بها الأطباء والممارسون الصحيون المؤهلون بهدف الحفاظ على صحة الأفراد وفقًا لأحدث الأبحاث والتقنيات في مجال الطب،حيث تتنوع حسب التخصصات الطبية المختلفة (الرعاية الصحية الوقائية،التشخيص الطبي،العلاج الطبي،التأهيل الطبي) .

[2] أنظر،والتر تروت أندرسون W.T.Anderson،عصر الجينات والإلكترونات(الإنسان المزيد وشبكة العالم أجمع)،ترجمة أحمد مستجير،الطبعة الأولى،الهيئة المصرية العامة للكتاب ،القاهرة،2008،ص.141.منشور على الموقع الإلكتروني :
https://ia903109.us.archive.org/24/items/altroander/altroander.pdf،

[3] مُحَمَّد حسن قاسم،المرجع السابق، ص.31.

في حين أن رغبة الإنسان في الإنجاب وتحقيق الهدف من الزواج بفضل التقنيات الطبية الحديثة التي قدمت له حلولا طبية تمكنه من الحصول على طفل، وتخلصه من مركب النقص الاجتماعي الذي كان يشعر به، وذلك بإحداث الإخصاب بالطرق الإصطناعية، ليس بين الزوجين فقط، بل يمتد إلى إدخال طرف ثالث خارج العلاقة الزوجية.

ولما أصبح العلم يبتعد عن هدفه النبيل والمتمثل في خدمة الإنسان، من خلال فتحه المجال وتمكين الشخص من تغيير خلقه وفطرته ومساعدته في تغيير جنسه الأصلي لمجرد الرغبة في ذلك بذلا من علاجه وتقديم المساعدة له من خلال اكتشاف طرق علاجية سريعة.وكذلك الأمر بالنسبة للإستنساخ عندما فتح العلم الباب من أجل تحقيق الأمنيات والحصول على أشخاص يشبهون غيرهم في كل شيء أن نسخة طبقة الأصل.

فإن كانت حرمة الجسد ومعصوميته مبدأ شرعيا وقانونيا يتمثل في حق الإنسان في الحياة وفي سلامته الجسدية فإن ذلك يقتضي أن تظل أعضاء الجسم وأجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي وطبيعي، فكل إخلال بالسير العادي والطبيعي لهذه الأعضاء أو أجهزة الجسم يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم وحرمته.

وتماشيا مع ما تمّ ذكره، وبالرغم من أن مبدأ حرمة الجسم البشري عرف نوعا من التراجع من حيث الحماية والكرامة،إلا أنه بالمقابل ظهر فكر آخر ذو صلة بالموضوع يُعنى بضبط الممارسات الطبية والمتمثل في أخلاقيات علوم الأحياء (Bioéthique) والذي يهتم بدراسة وأساليب الممارسات الطبية الحديثة في مجال الطب،ومحاولة وضعها في قالب قانوني حتى لا تنحرف عن هدفها الأساسي.

ومما تقدم يظهر لنا جليا أنه من بين الأسباب التى دفعتنا للخوض في هذا الموضوع هو معالجة قضايا حساسة،ولها مساس مباشر بالإنسان،ومحاولة معرفة مدى تأثر الجسم البشري بالتطور الطبي من خلال عرض بعض الصور أو التصرفات التي يمكن تصوّرها أن تقع عليه وفتح الباب أمام الدراسات القانونية والفقهية لتغيير المسار القانوني التقليدي، ووضع حد للانتهاكات المتكررة على الإنسان تحت غطاء خدمة العلم والبشرية، وحق الشخص بالتمتّع بصحة جيدة ،وغياب نصوص قانونية صريحة

تزداد أهمية الموضوع خاصة إذا كان حديث الساعة ويتطلب قوانين جديدة أو على الأقل تعديل بعض التوجهات أو الأحكام القديمة،مما يدفعنا إلى ابراز النقاط الأساسية التي يتوجب علينا معالجتها عند

تطرّقنا لمثل هذه المواضيع،لأن معرفة الحقيقة الطبية والقانونية للممارسات الواردة على جسم الإنسان والتفصيل فيها، تمكننا من فهم موقف التشريعات سواء المؤيدة أو الرافضة وترجيح الأنسب منها .

كما لا يخفى على أحد أنه رغم توفر المراجع المتعلقة بالموضوع بشكل عام،إلا أنه تكتنفه عدة صعوبات بالنظر إلى تعدد الإختصاصات المتصلة به من علوم الطب والبيولوجيا، فضلا عن ضرورة استيعاب الصور العلمية والفنية للكثير من التقنيات الحديثة المستعملة في التدخل الطبي مما يستدعي الرجوع لأهل الإختصاص من خلال المراجع المتخصصة لتوضيح الرؤى .

تأتي أهمية هذا البحث في إبراز مدى أهمية النصوص القانونية واستحداث القوانين التي تتلاءم مع الإكتشافات الحديثة في المجال الطبي، ومدى فعاليتها في وفير الحماية اللازمة،ومن هنا يمكننا طرح الإشكالية الرئيسية والمتمثلة في:

ما هي الطبيعة القانونية للممارسات الطبية الواقعة على الجسم البشري؟

وتتفرع عنها مجموعة من التساؤلات يمكن حصرها في :

- ما هي الأسس والمبادئ التي تحكم هذه التدخلات؟
- هل ما زالت القواعد العامة قادرة على توفير الحماية للجسم البشري؟
- ما هو التوجه القانوني الحديث إزاء الأعمال الطبية؟

وللإجابة على هذه التساؤلات،سنتبع المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية والفقهية، من أجل استنباط موقف كل من القانون والقضاء والفقه والشريعة الإسلامية في ضبط هذه التدخلات الطبية، وتوفير الحماية للكيان الجسدي،وتبيان آليات الحماية المقررة للوقوف على مدى نجاعتها. ونظرا لارتباط الموضوع بالمسائل الطبية فإنه يتوجب علينا بيان المواقف القانونية والشرعية وفق منهج مقارن وإن كان ذلك ليس من باب بيان الراجح وإنما على أساس بيان أوجه الحماية التي يضيفها كل منهما للجسم البشري،وتتوسع المقارنة بين القوانين العربية وبالخصوص القانون المصري والغربية كالقانون الفرنسي والاستئناس بالاتفاقيات الدولية مع التركيز على القانون الجزائري لأن هذا الموضوع يعتبر حديثا بالنسبة للتشريع الجزائري لأنه لم ينظمه بعد بقوانين خاصة،فلا تزال هناك مواد مبعثرة بين قانون الصحة وقانون الأسرة و قانون العقوبات .أما المنهج الوصفي فتّم استعماله لتوضيح بعض المفاهيم العلمية المتعلقة بالموضوع وذكر بعض أشكال الإنتهاكات التي تمس حرمة الجسم البشري.

ومن أجل الإحاطة بجميع عناصر الموضوع ، سيتم تقسيم هذه الدراسة لبابين :
سنتناول بالدراسة في الباب الأول الأعمال الطبية على الجسم البشري قبل الولادة .
وفي الباب الثاني:التدخلات الطبية على الجسم البشري بعد الولادة.

الباب الأول

الأعمال الطبية على الجسم البشري

قبل الولادة

يعرف العصر الحالي تطورات علمية وتقنية كبيرة في كل المجالات خاصة منها الطبية والبيولوجية، التي لها علاقة مباشرة بالجسم البشري،ولأن العلم في تقدمه لا يعرف الحدود ويتجاهل أحيانا حتى القوانين التي تحكمه، من أجل تحقيق أهدافه التي ترتكز على أمور تقنية وفنية، أدت إلى ايجاد أساليب طبية حديثة لوقاية الإنسان من الأمراض المستعصية التي كان علاجها في الماضي مستحيلا. لكن في المقابل رتّبت آثارا بالغة الأهمية خاصة منها في الجانب القانوني عندما تمس وتنتهك حرمة الكيان الجسدي.

وبظهور هذه الوسائل الطبية الفنية الحديثة دخل الطب مرحلة جديدة من خلال تبسيط طرق وأساليب التشخيص والمعالجة واختصار الطريق وربح الوقت، وفي المقابل فتح المجال أمام البحث القانوني لوضع قواعد قانونية جديدة تحكم هذه الإكتشافات، وتضبط مجالها وتنظيمها بما يتوافق مع القيم الأخلاقية والمبادئ الطبية التي تتعلق بحرمة الكيان الجسدي.

ولما كانت السلامة الجسدية لجسم الإنسان من مقتضيات التقدم ومواكبة متطلبات الحياة، فإن الحقيقة التي أثبتتها التطورات العلمية والطبية من خلال توصلها إلى تشخيص ومعالجة الكثير من الأمراض المستعصية، بطرق علاجية حديثة التي تعتبر آخر تطورات العلم الحديث، قد غيرت المفاهيم القديمة وجعلت من مبدأ الحرمة الجسدية مبدأ نسبيا،يتوقف على الحالة الصحية للشخص والتي تحدد مدى امكانية التدخل على الجسم البشري، والذي غالبا ما يتطلب المساس بسلامته الجسدية في حالات الجراحة أو التشريح.

وعليه فقد ظهرت بعض التدخلات والممارسات الطبية التي يمكن أن تكون قبل ولادة الجنين والتي أثارت العديد من التساؤلات حيث تسمح بإمكانية التحكم في اللقاحات البشرية والخلايا الجدعية وحتى تعديلها ومعالجتها لتجنب الأمراض الوراثية .

للتفصيل أكثر سنقسم هذا الباب من الدراسة إلى فصلين،حيث نتطرق في الفصل الأول إلى تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب وما تقدمه من حلول علاجية لعلاج العقم،وفي الفصل الثاني إلى عملية الإستنساخ البشري وما يثيره من إشكالات أخلاقية وقانونية في ظل النتائج التي يمكن أن يحققها.

الفصل الأول

المساعدة الطبية على الإنجاب كآلية طبية لمعالجة العقم

إن المساعدة الطبية على الإنجاب هي تقنية غير قديمة غير أن التطور العلمي في هذا المجال كان سريعا جدا، فمنذ زمن ليس ببعيد لم تكن توجد أي طرق لمساعدة الأزواج على الإنجاب، أما اليوم فقد صار بالإمكانه تحقيق ذلك في إطار طب المساعدة على الإنجاب، وهذا راجع إلى سرعة تطور العلوم حيث صار بالإمكان بفضل الطب البيولوجي من متابعة حركة الحيوانات المنوية والبويضات وتطورها في الجسم،وبالتالي تحديد المشكل أوالعائق الذي يحول دون حدوث الحمل،مع اختيار العلاج الأنسب لكل حالة.

وعليه، فإن تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب تعتبر ثورة في المجال الطبي العالمي،حيث لازالت تعرف تطورا مستمرا بفضل تطور التقنيات والآليات المستعملة حيث أصبح اليوم مثلا طفل الأنبوب عملية أسهل في القيام بها ومتداولة بكثرة ونسب نجاحها كبيرة.

وعليه، ومن خلال هذا الفصل سنعالج هذه التقنية الطبية من خلال ثلاث مباحث،نتطرق في الأول إلى التلقيح الإصطناعي وأثره على حرمة الكيان الجسدي،وفي المبحث الثاني إلى الطرق الطبية والعلمية للتلقيح الإصطناعي الداخلي،وفي الأخير إلى التلقيح الإصطناعي الخارجي.

المبحث الأول

التلقيح الإصطناعي وأثره على حرمة الكيان الجسدي

تعتبر علاقة الزواج من أنبل وأقدس الروابط التي مجدتها الشريعة الإسلامية وأحاطتها بعناية بالغة،فهي السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والمحافظة على الأنساب عن طريق الإنجاب الذي يعتبر من الكليات الخمس الواجبة الحفظ؛ لكن يحدث وأن يكون أحد الزوجين أو كلاهما عقيما مما يضطران للعلاج،حيث يُعد التلقيح الإصطناعي من الوسائل الطبية المتوفرة التي توصل إليها العلماء لحل مشكلة هذا العقم المؤقت عند الزوحين وضعف الخصوبة،ولما كان الإنجاب غريزة فطرية يصعب الإستغناء عنها كونها تحقق استمرار الأسرة وتحافظ عليها كمؤسسة اجتماعية،فإن فشل الأزواج في انجاب الذرية يؤدي إلى مشاكل وهواجس تهدد الحياة الزوجية واستقرارها.فهل سيكون التلقيح الإصطناعي هو السبيل الوحيد أمام الأزواج لكي ينعمو بالذرية ويتحقق هدفهم من الزواج ؟.

لذلك سوف نبحث هذا الموضوع بداية ببيان مفهوم التلقيح الإصطناعي (المطلب الأول)،ثم نتعرض لشروطه ومشروعيته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التلقيح الإصطناعي

بعد فشل الطرق الطبيعية في التلقيح أصبحت بعض الفئات في المجتمع تعاني من مشكلة العقم رغم مرور مدة زمنية على الزواج، هذه المشكلة وإن كانت في القديم مستعصية ولا يوجد علاج نهائي لها، فالأمر أصبح مختلف في الآونة الأخيرة، حيث مكنت الاكتشافات الحديثة وخاصة في مجال الطب من اكتشاف طرق علمية لمعالجة هذا الإشكال والقضاء نهائيا على العقم.

سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على عملية التلقيح الإصطناعي[1]، باعتباره أحد الحلول الناجعة لمعالجة مشكل الإنجاب التي تؤرق الكثير من الناس وتعكر الحياة الزوجية، من خلال التطرق لتطور فكرة التلقيح الإصطناعي (الفرع الأول)،وتحديد مفهومه (الفرع الثاني)، وتمييزه عن بعض الصور المشابهة له (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

التطور التاريخي للتلقيح الإصطناعي

إنّ التلقيح بصفة عامة يكون في النبات والحيوان والإنسان، غير أن القصد منه يختلف حسب النوع ،حيث أن التلقيح في النبات والحيوان هدفه الحصول على نسل نباتي أو حيواني أحسن وأجود، بينما استعماله مع الإنسان هو وسيلة طبية لتحقيق الحمل للزوجة و معالجة مشكل العقم.

[1] من الجانب التاريخي، طُبق التلقيح الإصطناعي بداية على الحيوان والنبات وكان الهدف منه هو ضمان تحسين النسل بالنسبة للحيوان، وتحسين الإنتاج بالنسبة للنبات، فالتلقيح الإصطناعي المستخدم في الحيوانات موجود منذ القدم، حيث يروى أن العرب عرفوه في القرن الرابع عشر، إذ كان هناك شيخين يتنافسان في إقتناء الخيول الأصيلة، و كان أحدهما يفوق خصمه في كل سباق، فاغتاظ منافسه وأوعز إلى بعض رجاله أن يلقحوا في جنح الليل فراس خصمه بمني حصان من صعاليك الخيل ، وقيل إن أولى محاولات التلقيح على الحيوانات كانت عام 1781 عن طريق البيولوجي الإيطالي SPALA NAZALI والذي أجرى تجربة على أنثى الكلب و كللت بالنجاح، أما أول عملية تلقيح اصطناعي للإنسان قام بها الدكتور JEAN HUNTER الإنجليزي الأصل عام 1791 وأجريت على زوجة أحد تجار الأقمشة باستعمال نطفة عن طريق الحقن مباشرة، و في فرنسا أجريت أول عملية تلقيح اصطناعي سنة 1804 و في سنة 1869 أصدر الكاتب JULES GOUTIER مؤلفة الشهير تحت عنوان "الإخصاب الصناعي و استعماله ضد العقم" . أنظر، أحمد محمد لطفي أحمد ، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ، ص.54.

ويمكن القول أن أول تجربة للتلقيح الإصطناعي على البشر قام بها الجراح الإنجليزي (جون هابتر) سنة1781 حيث أجريت العملية لزوجة أحد التجار الذي امتنع عليه الاتصال الجنسي بزوجته نظرا لوجود تشوه خلقي في فتحة الرحم. ولم تعلن عن هذه الخطوة في ذلك الوقت لعدم تطور الأفكار الدينية والخلقية بما يسمح بكشف النقاب عن حدوثها إلا بعد فترة من الزمن،وتكللت هذه العملية بالنجاح معتمدة على تجربة سالاتزاني التي سبقتها بسنة واحدة.وفي عام 1932 تنبأ الدكتور وهو المفكر الأول في مسألة التلقيح المخبري وتكوين الأجنة في كتابه الذي سماه(العالم الجديد الممتاز) بإمكانية الحفاظ على البويضة الملقحة حية وسليمة خارج جسم الأم وفي درجة حرارة ملائمة بفضل التقنيات الحديثة[1].

وتجدر الإشارة إلى أن البياطرة هم أول من مارسوا عمليات التلقيح الاصطناعي وتقنيات الإنجاب والخصوبة بصفة عامة من أجل تحسين السلالات الحيوانية والحصول على أصناف أفضل صحة،ليأتي من بعدهم الأطباء ويستلهموا منهم الأفكار والتقنيات ليباشروا بحوثهم وأعمالهم على البشر لإيجاد الحلول لمشكلة العقم[2].

وفي فرنسا اكتشفوا عمليات التلقيح الصناعي سنة 1865 م ولم يكن الأمر مقبولاً بغير نقد في هذه الأزمنة خاصة من جانب رجال الدين. ومع أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، ظهر الاتجاه واضحاً في الدول الغربية من جانب رجال الدين ضد وسائل الإنجاب، بل وصل الاعتراض بين رجال الدين المسيح حد الإجماع في ذلك الوقت، فقد كان العداء هو موقف الكنيسة الكاثوليكية سنة 1897 م وكذلك موقف الكنيسة البروتستانتية سنة 1948.وأصدرت الأكاديمية الفرنسية للعلوم والأخلاق السياسية في نهاية الأربعينات بياناً يدين الإنجاب الصناعي، لذلك كانت هذه العمليات تتم في الخفاء في الفترة المشار اليها سابقاً، مما جعل من الصعب الحصول على إحصائيات في هذا الموضوع.غير أن كثرة الحالات التي بدأ الأطباء يمارسونها لمصلحة أناس حرموا من الإنجاب الطبيعي لسبب أو لآخر وبدأت في التأثير على الرأي العام الذي بدأ بتقبلها.

---

[1] أنظر، حسيني هيكل، النظام القانوني للانجاب بين القانون الوضعي و الشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر،ط1، 2006،ص.113.

[2] العقم : هو عدم القدرة على الإنجاب للرجل و المرأة أو هما معا مطلقا ، و هو غير قابل للعلاج و لا يبرأ منه الإنسان .

العقر: هو عدم القدرة على الإنجاب نسبيا لأسباب عرضية يمكن علاجها، لذلك لا يجوز للأطباء الإدعاء بعلاج العقم و لذلك يجب العدول عن تسمية المراكز المتخصصة في علاج وعدم القدرة على الإنجاب من **مراكز علاج العقم** إلى مراكز **علاج العقر** لأن ذلك أصح من الناحية اللغوية ، أنظر فرج مُحَّد سالم ، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وظوابطه –دراسة مقارنة– بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية ،الإسكندرية، الطبعة الأولى،2012 ، ص.65.

وقد أعلن مركز دراسة وحفظ السائل المنوي (CECAS) بفرنسا أن هناك حوالي عشرين ألف حالة أعلن عن ولادتها عن طريق التلقيح الصناعي ،بالإضافة إلى خمس وعشرين ألف حالة في الولايات المتحدة الأمريكية، ومع هذا عدد الكبير بدأ يستقر في الأذهان أن هذه العملية أصبحت حلا و طريقة سهلة للإنجاب[1].

وفي ايطاليا يعد الدكتور (دانيل بتروشي) أول من قام بإجراء تجارب وأبحاث في مجال القضاء على المشاكل التي يسببها انسداد المبيض. وفي عام 1961 بدأ في تطبيق أبحاثه عملياً في عيادة خاصة في بولونيا إلى أن منعته إحدى الراهبات،التي كانت مسؤولة عن غرفة العمليات حيث كانت هناك مريضة تنتظر تلقيحها بالبويضة المخصبة .وبعد تدخل الأسقف ستيازي أسقف ايفيريا شمالي ايطاليا لصالحه، استمر بتروشي في أبحاثه ولكن في إطار السرية. وفي عام 1966حقق انجازاً علمياً على طريقة طفل الأنابيب وذلك عن طريق تلقيح البيضة بالسائل المنوي في وعاء خاص يعد بمثابة رحم صناعي لفترة من الزمن[2] .

وبحلول عام 1976 أعلن كل من الباحثين البريطانيين باتريك ستبتو وزميله روبرت ادوارد عن نجاحهما في تحقيق الإخصاب للبويضة في قناتي الاختبار ونجاح الحمل لكن الحمل جاء خارج جوف الرحم بعد أن

كان قد أشيع في أواخر الستينيات عن توصلهما معا على تكوين جنين إنساني في وعاء اختبار .وبعد جهود مضنية تكلل عملهما بالنجاح ونتج عنه ولادة طفلة الأنبوب الأولى (لويزا براون) بتاريخ 1978/07/25 بمدينة أولد هام بريطانيا كأول طفلة ولدت عن طريق الأنابيب في العالم للسيد جلبرت جون براون وزوجته السيدة إيرلي براون اللذان كان قد مضى على زواجهما تسع سنوات ولم ينجبا طفلا طيلة هذه المدة لعقمهما هذه العملية ذاع صيتها في جميع أرجاء العالم حيث جاءت لمعالجة حالات العقم الناشئة عن انسداد قناتي فالوب عند المرأة [3].

وفي 1978/10/03 ولدت طفلة الأنبوب الثانية دورجو بعملية قيصرية أجراها للسيدة بلا، الطبيب الهندي اتا شاريا في مدينة كلتا الهندية،وفي 1978/02/14 ولد طفل الأنبوب الثالث الأستير مونتغمري وكان ذكرا في بريطانيا أيضا. ثم توالت هذه العمليات بعدئذ لتشمل حالات عدّة ودولا كثيرة وبطرق علمية مختلفة في قارات العالم الخمس، حيث أعلن كل من ستبتو وادوارد عن استقبال المولود الألف في مركزهما منذ

[1] أنظر، محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الاسلامي منها،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2010 ،ص89-90.

[2] حسيني هيكل،المرجع السابق،ص.113.

[3] أنظر، عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، الدار العلمية الدولية، عمان، الأردن، 2001 ، ص.20.

ولادة الطفلة لويزا براون منهم مجموعة من التوائم، دون أن يدخل ضمن هذا عدد بالطبع الحالات الأخرى الموجودة في بقية أرجاء العالم[1].

وكان العلماء المسلمون الأوائل الذين عالجوا هذه الفكرة،حيث استعملوا مصطلح "الإستدخال" وهو ما يعبر عنه حاليا بالتلقيح الإصطناعي،حيث جاء في حاشية ابن عابدين "إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزل،فأخدت الجارية ماءه في شيئ،فاستدخلته في فرجها في حدثان ذلك،فعلقت الجارية وولدت فالولد ولده والجارية أو ولد له".وذكر أيضا في حاشية البيجرمي علي الخطيب "كالوطأ"-في وجوب الإعتداد-استدخال المني المحترم حال خروجه ولو باعتبار الواقع فيها يظهر كما لو خرج المني ،بوطأ زوجته ظانا أنها أجنبية ،فاستدخلته زوجة أخرى أو أجنبية اعتبارا بالواقع دون اعتقاده "[2].

وحدث ابن خلدون في مقدمته قائلا «واعتمادا ما ذكره ابن سينا والفرابي،أنه يمكن تخليق إنسان من المني في بيئته الطبيعية أي الرحم»، يضيف قائلا «وإذا سلمنا له بالإحاطة بأجزائه ونسبته وأطواره وكيفية تخليقه في رحمه وعلم ذلك علما مفصلا بتفاصيله حتى لا يشد منه شيء عن علمه سلمنا له تخليق هذا الإنسان»[3].فابن خلدون يسلم بإمكانية التخليق غير أنه استبعد ذلك في عصره لعدم تمكن العلماء من تقنيات التلقيح الإصطناعي.

ويرى الدكتور حسين هيكل أن تقنية التلقيح الاصطناعي ليست معجزة خارقة في حد ذاتها، فلقد تفطن لها العقل البشري منذ مئات السنين،بدليل أنها وجدت في القرن الرابع عشر حيث قام العرب بإجرائها على الخيول،وقام بعد ذلك الغرب بتطويرها في مخابرهم في القرن 18،وانتشرت بعد ذلك انتشارا واسعا إلى الحد الذي وصلت إليه حاليا ليس هذا وحسب، بل أن الفكرة تطورت فيما يسمى بإنشاء بنوك لحفظ النطف الإنسانية من أجل خدمة تقنية التلقيح الاصطناعي وفي مرحلة أخرى للتطور أصبحت تقنية التلقيح الاصطناعي تتم خارج الرحم في بيئة مصطنعة ثم تنقل البويضة الأمشاج إلى رحم المرأة التي أخذت منها أو إلى غيرها من النساء [4].

ومع مرور السنوات، بدأ الرأي العام يتقبل الموضوع، ولكن فيما بين المتزوجين فقط لأن الأمر لم يخل من إساءة الاستعمال، حيث جنح البعض الى التفكير في مد نطاق التلقيح الإصطناعي ليستفيد منه غير

[1] عامر أحمد القيسي ،المرجع نفسه ،ص.21.

[2] أنظر،أسماء فتحي عبد العزيز شحاته،الحكم الشرعي في اسقاط عدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا،مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني،القضايا الطبية المعاصرة،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،المملكة العربية السعودية،المجلد الثالث،2010،ص.2098.

[3] أنظر ،عبد الرحمن ابن خلدون،المقدمة،دار ومكتبة الهلال،بيرت،1983،ص.513 .

[4] حسيني هيكل،المرجع السابق،ص113.

المتزوجين، حيث يمكن لإمرأة أن تسعى للإنجاب بدون زواج وامتناعها أن يتصل بها أي رجل وهذا مظهر غريب وشاذ، ومرفوض خاصة في البلاد الإسلامية،ومع ذلك يمكن حدوثه لدى الغرب وتقنينه ليصبح مباحا

بعد اعطاء فكرة ولو موجزة عن المرحلة التاريخية التي مرّ بها التلقيح الإصطناعي،سنتعرض في الفرع الموالي إلى تعريفه

الفرع الثاني

تعريف التلقيح الإصطناعي

تعاني بعض الفئات في المجتمع من مشكلة العقم، رغم مرور مدة زمنية على الزواج، هذه المشكلة وإن كانت في القديم مستعصية ولا يوجد علاج نهائي لها، فالأمر أصبح مختلف في الآونة الأخيرة، حيث مكنت الاكتشافات الحديثة وخاصة في مجال الطب من اكتشاف طرق علمية لمعالجة هذا الإشكال والقضاء نهائيا.

سنحاول في هذا الفرع تحديد المفهوم اللغوي أولاً والإصطلاحي ثانيا والقانوني ثالثا لعملية التلقيح الإصطناعي، من خلال عرض مجموعة من التعريفات،للوصول لتعريف جامع .

كما نشير لملاحظة مهمة بخصوص المصطلحات،حيث نشير إلى أن بعض الباحثين والمراجع تستعمل مصطلح التلقيح الصناعي بدلا من التلقيح الإصطناعي لإعتقادهم بعدم وجود فرق،لكن إذا قمنا بترجمة المصطلحين إلى الفرنسية نجد الفرق واضح بين Industriel وartificiel وبالتالي فإن استعمال مصطلح التلقيح الصناعي يوحي باستعمال آلات في المصانع لصنع الإنسان، بينما الأمر في الحقيقة غير ذلك فالتلقيح الإصطناعي يقوم به الإنسان في مخابر وبوسائل صغيرة دون الحاجة للآلات الصناعية، وبالتالي فمصطلح الإصطناعي هو الأقرب للصواب والذي سنستعمله في بحثنا.

أولاً: التعريف اللغوي

يعرف لغةً بأنه" ما تلقح به النخلة ولقح الزرع أي هاجت بعد سكون فهي لاقح وألقحت الشجرة أي انبتت الزرع وألقحت الريح، السحابة أي خالطتها ببرودتها فهي ملقحة"[1] ،ومنه قوله تعالى «**وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ**[2]»، ويقال "ألقحت الريح الشجر والنبات أي نقلت اللقاح من عضو التذكير الى عضو التأنيث. واللقاح هو ماء الفحل من الإبل أو الخيل وغيرها وتلقيح النخل معروف يقال :لقح النخلة تلقيحاً، والملاقح هي الفحول وهي أيضاً الإناث التي في بطونها الأولاد،والملاقيح ما في بطون النوت من الأجنة الواحدة.

[1] أحمد بن محمّد علي الفيومي المقري، المصباح المنير،معجم عربي عربي،مكتبة لبنان ،لبنان (د.ت)، ص.212.

[2] سورة الحجر ،الأية 22.

واللقاح هو اسم لماء الفحل والإبل والخيل، وأصل اللقاح في الإبل ثم استعير في النساء، فيقال :لقحت اذ حملت و اللقح أيضاً، ويقال :إمرأة سريعة للقح ولقح جسم الإنسان أو الحيوان بمعنى أدخل فيه اللقاح"[1].

ثانيا: التعريف الفقهي

اختلف مفهوم التلقيح الطبيعي عن مفهوم التلقيح الإصطناعي، فالتلقيح الطبيعي يتم بطريقة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة ويتحقق بالتقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضة المرأة داخل الجهاز التناسلي الأنثوي في قناة فالوب أثناء حالة الجماع الطبيعي، وبمفهوم المخالفة فكل عملية تلقيح بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي هي عملية تلقيح اصطناعي.

التلقيح الإصطناعي (L'insémination artificielle)هو "عبارة على إلتقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضة المرأة بطريقة صناعية بغرض الحمل، ويكون بدون اتصال جنسي مباشر" . ويعرف أيضا بأنه "عملية إدخال مني رجل في رحم إمرأة بطريقة آلية، ويتمثل هذا الإدخال بأخذ السائل المنوي وإيصاله إلى الرحم سواء ثم عن طريق وضعه في وعاء مخبري تلقح فيه البويضة أو قذفه مباشرة في رحم المرأة بواسطة حقنة"[2].

كما يعرفه الدكتور أحمد مُحَّد لطفي أحمد " التلقيح الصناعي هو تعبير يطلق على عملية نقل الحيوانات المنوية بعد تنقيتها إلى داخل الجهاز التناسلي للزوجة عن طريق الحقن، وهذا الإجراء يجب أن يتم في وقت التبويض لدى المرأة الذي يحدده الطبيب عن طريق جهاز الموجات فوق الصوتية المهبلي "[3].

ومن بين تعريفات الفقه القانوني الذي جاء جامع ومانع هو« أنه عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها أو بخلية جسدية وبويضة مفرغة النواة في ظل علاقة زوجية قائمة سواء ثم هذا الإلتقاء داخل رحم الزوجة أو خارجه ثم تعاد للرحم بعد تخصيبها بغرض الإنجاب الذي لم يتيسر انجابه بالطريق الطبيعي »[4].

ثالثا: التعريف القانوني

إن دراسة الجانب القانوني يتمثل في تحديد نظرة التشريعات لهذه التقنية وكيف عالجتها،من خلال المواد القانونية وهل حاولت هذه الأخيرة حصر وتحديد المفهوم القانوني لعملية التلقيح الإصطناعي؟

---

[1] أنظر، مُحَّد بن جلال الدين ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، دار المعارف، بيروت،1988 ص.4057.

[2] أنظر،بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا –دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة تلمسان، 2013/2012 ص.180.

[3] أنظر،أحمد مُحَّد لطفي،التلقيح الإصطناعي ....،المرجع السابق ،ص. 58.

[4] أنظر، حسيني هيكل ، النظام القانوني...،المرجع السابق ، ص. 118.

نجد أن معظم المشاكل التي يثيرها الإنجاب الاصطناعي هي مشاكل قانونية من شأنها المساس بالدعائم التقليدية للنسب Filiation والمساس بالوحدة البيولوجية L'unité biologique للأسرة.وفي سياق هذا التقدم المذهل يخشى بعض علماء الفقه أن يبقى القانون جامدا، لذا يجب على رجال القانون الاعتراف بهذه المسألة (التلقيح الإصطناعي) ومعرفة كيفية التعامل معها عن طريق التدخل التشريعي لتنظيمها، ووضع الحدود الفاصلة بينها، وبين الأنظمة الأخرى التي تتشابه معها في الوسيلة ولكنها تختلف من حيث المشروعية[1].

بالرجوع إلى المشرع الفرنسي،نجد أنه وضع تعريفا للتلقيح الإصطناعي،لكن تحت مصطلح " **المساعدة الطبية على الإنجاب**"، وذلك من خلال القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية للإنجاب الإصطناعي الصادر في 1994/07/29 المعدل لقانون الصحة العامة، حيث كانت تنص المادة 152-1 منه قد على أنه " المساعدة الطبية على الإنجاب هي كل تصرف سريري أو حيوي يسمح بالحمل في المختبر، ونقل الجنين، والتلقيح الإصطناعي بالإضافة إلى كل وسيلة تتمتع بنفس الخاصية وتسمح بالإنجاب خارج الإطار الطبيعي"[2] .

أما المشرع الجزائري، فقد نص عليه في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة في تعديل 2005 ، لكن لم يقدم لنا تعريفا، بل نص على شروطه فقط، وبالرغم من أن هذه الوسيلة قد ساعدت في التغلب على مشكلة العقم عند الأزواج، إلا أنها اثارت بعض المشاكل القانونية والدينية خاصة في طريقة العمل وحدود تدخل الطبيب.لكنه تدارك الأمر في قانون الصحة الجديد لسنة 2018،بموجب المادة 370 [3] والتي تنص على أن « المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبّي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبّيا.وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الإصطناعي».من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري حدا حذو المشرع الفرنسي باستعماله مصطلح **المساعدة الطبية على الإنجاب** بدل **التلقيح الإصطناعي** ولم يعط تعريفا دقيقا

[1] أنظر، حسين عبد الكريم السعدي، الخصوبة والتلقيح الاصطناعي، جامعة الموصل، العراق، ب س ط،ص.11.

[2] «L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel» Art 152-1, 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 (1), JORF n°175 du 30 juillet 1994 ,abrogée par Ordonnance 2000-548 2000-06-15 art. 4 I JORF 22 juin 2000

[3] قانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018،يتعلّق بالصحة،ج.ر عدد 46 المؤرخة في 29 جويلية 2018،المعدل والمتمم .

أو تقنيا للعملية،بل جاءت المادة القانونية عامة،كما أن استعماله لمصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب، يكون أشمل حيث تندرج تحته كل التقنيات المتعلقة بعملية التلقيح الاصطناعي وجميع الممارسات الطبية سواء كانت عيادية أو بيولوجية .

لكن يُعاب على المشرع الجزائري من خلال هذا التعريف وُقوعه في خطأ في استعمال المفردات،حيث ذكر مصطلح "العقم المؤكد طبيا"،والمعروف أن العقم يكون ثابت ونهائي ولا يمكن معالجته بوسائل المساعدة الطبية على الإنجاب،إلا إذا تم زراعة ونقل الأعضاء التناسلية والتي تعتبر محرمه في ديننا الإسلامي لاحتوائها على الجينات الوراثية مما يوقعنا في اختلاط الأنساب، وهذا ما أكدته الندوة الطبية الفقهية حول الهندسة الوراثية والعلاج الجيني من منظور إسلامي من خلال توصياتها على أن« الخصية و المبيض بحكم أنهما يستمران في حمل وافراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد،فإن زرعهما محرم مطلقا نظرا لأنه يفضي إلى اختلاط الأنساب وتكون ثمرة الإنجاب غير متولدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد الزواج".عكس العقر الذي يكون مؤقت و يُمكن معالجته وهذا ما يُفترض أن يشير إليه المشرع في تعريفه السابق.

المشرع المصري كنظيره الجزائري لم ينص على مادة قانونية تحدد مفهوم التلقيح الإصطناعي وترك الأمر لإجتهاد الفقهاء، حيث جاءت تعريفاتهم متعددة حسب نظرتهم الخاصة ،ومن أهم هذه التعريفات نجد أن" الإنجاب الاصطناعي هو عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة، وذلك بالتحقق من إدخال الحيوان المنوي للزوج إلى زوجته أو الحيوان المنوي لشخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي[1]".بالإضافة إلى أن " التلقيح الاصطناعي هو وسيلة يتمكّن بمقتضاها الطبيب من أخذ الحيوانات المنوية من الرجل وتوصيلها إلى بويضة الزوجة ، حتى تتّم عملية التلقيح والحمل داخل رحم الزوجة، وبعد اكتمال نمو الجنين تتم الولادة"[2] .

يتضح لنا أن التشريعات أخذت بالعمومية وعدم الحصر، وأشارت في معظمها إلى أن الإنجاب الاصطناعي هو كل إنجاب خارج العملية الطبيعية أو خارج الإنجاب الطبيعي.وأنه يختلف عن المفهوم القديم في عملية الاستدخال للمني، فأصبح يتدخل فيه طرف ثالث وهو الطبيب المختص بهذه العملية وتختلف طرقه وأساليبه على حسب نوعية العقم أو المرض الذي حال دون تحقيق وتلبية رغبة الإنجاب.

[1] أحمد محمد لطفي،المرجع السابق،ص. 61.

[2] أنظر، عامر قاسم احمد قيسي، المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي،الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع،الأردن، الطبعة الثانية،2002، ص.12.

بعد عرضنا لتعريفات التلقيح الإصطناعي وتبسيط مفهومه،سنحاول في الفرع الموالي التفريق بين التلقيح الإصطناعي وبعض التقنيات الطبية المشابهة له لكي تتضح الصورة أكثر

الفرع الثالث

تمييز التلقيح الإصطناعي عما يشابهه من ممارسات طبية

هناك بعض التقنيات أو الممارسات الطبية تتشابه مع عملية التلقيح الإصطناعي، وهدفها الحصول على كائن بشري بطرقة طبية وغير مباشرة ،سنحاول من خلال هذا الفرع تبيان أوجه الاختلاف والتشابه لتحديد كل تقنية .

أولا التلقيح الإصطناعي و الحقن المجهري

عمليات الحقن المجهرى من أكثر التطورات العلمية التى أحدثت فارقًا في حياة العديد من الأزواج ممن كادوا يفقدون الأمل في الإنجاب، لذلك فهي من أكثر العمليات التى تحتاج لدقة شديدة في كل خطوة من خطواتها لنجاحها.

تتمثل عملية الحقن المجهري(الإخصاب خارج الجسم،إخصاب الأنابيب) في جمع بويضات المرأة والحيوانات المنوية من الرجل وتلقيحهم في مختبر الأجنة،حيث يتم حقن حيوان منوي واحد في كل بويضة باستخدام إبرة رفيعة،ثمّ تبدأ العملية بعد فحص الهرمونات والقدرة الجنسية لدى الزوجين، وبوصف دواء يعمل على نمو بصيلات متعددة في المبيض،ومن بعدها يتم مراقبة نمو الهرمونات بواسطة الموجات الفوق صوتية واختبارات الدم[1].ثم بحسب التطورات تُعطى للمرأة إبرة تفجيرية بعد 40 ساعة من موعد عملية سحب البويضات تحت تأثير المخدر، ويتم بعدها إستخراج البويضات بحسب تفاعل الجسم لتلقح في نفس اليوم، بعد أخد عينة من الحيوانات المنوية ليكون نصيب كل بويضة حيوان منوي واحد، وفي الأخير يتم الفحص إما لتحديد نوع الجنين أو التأكد من سلامته من الأمراض الوراثية ،ثم تعاد الأجنة إلى رحم المرأة في يوم 18،17 أو19 من تاريخ سحب البويضات.بعد هذه المقدمة البسيطة عن الحقن المجهري يمكننا عرض أوجه الإختلاف مع التلقيح الإصطناعي وهي كالتالي:[2]

[1] عامر قاسم احمد قيسي،المرجع السابق،ص19.

[2] أنظر، رقية أحمد داود، الحماية القانونية للجنين المخبري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2014-2015، ص.70.

-الحقن المجهري أكثر نجاحا لعلاج العقم عند الرجال في حالة ما إذا كانت الحيوانات المنوية قليلة أو ضعيفة الحركة أو بها مشاكل خلقية أو مشاكل في قذف الحيوان المنوي.عكس التلقيح الإصطناعي الذي يناسب أكثر النساء اللواتي يعانين من العقم بسبب مشاكل في قناتي فالوب التي تمنع وصول الحيوانات المنوية للرحم ،وفي كلتا الحالتين يتم الإخصاب بالحقن إما خارج الرحم (الحقن المجهري) وإما داخل الرحم (التلقيح الإصطناعي).

-يتم اللجوء لعملية التلقيح الإصطناعي في حالات العقم المتوسط،أما المتقدمة فحلها الوحيد هو تقنية الحقن المجهري.

-يحتاج الحقن المجهري إلى حيوان منوي واحد،عكس التلقيح الإصطناعي الذي يحتاج إلى03 ملايين من الحيوانات المنوية المتحرّكة.

-تتم عمليات التلقيح الإصطناعي خلال 14 يوما،بينما تستغرق عملية الحقن المجهري من 17 إلى 19 يوما[1].

وعليه يكمن الاختلاف بين عمليّة التلقيح الصناعي والحقن المجهري في كيفية تخصيب البويضة، ففي التلقيح الصناعي أو ما يعرف بأطفال الأنابيب تُترك الحيوانات المنوية لتقوم بتخصيب البويضة بنفسها؛ بينما في الحقن المجهري، يتم إدخال أحد الحيوانات المنوية إلى داخل البويضة من خلال إبرة خاصة تحت المجهر.

ثانيا: التلقيح الإصطناعي والإستنساخ البشري

قد يبدو للبعض من الوهلة الأولى أن كلا من تقنيتي التلقيح الصناعي والاستنساخ البشري مترادفان، ولكن لدى التدقيق والبحث في المصطلحين يتبين أن هناك أوجه شبه وأوجه اختلاف.

إن أوجه الشبه تتمثل في الناحية الشكلية، إذ يعد كل من التلقيح الصناعي بنوعيه (الداخلي والخارجي) والاستنساخ البشري أسلوبان حديثان في المجال الطبي لعلاجات بعض الأمراض.

أما أوجه الإختلاف فتتمثّل في :

– من حيث الكيفية اذ يتم إجراء تقنية التلقيح الصناعي الداخلي عن طريق الحصول على الحيوان المنوي بوسيلة طبية ثم زرعه في المكان المخصص له في مهبل الزوجة ,ويتم إجراء تقنية التلقيح الصناعي الخارجي عن طريق أخذ الحيوان المنوي للرجل والبيضة الانثوية للزوجة وتلقيحها خارجياً في بيئة مصطنعة بوسيلة معينة

[1] رقية أحمد داود،المرجع نفسه ،ص.72.

حيث يتم الاخصاب ثم تنقل البيضة إلى رحم المرأة وتزرع في جدار البطن ثم تتلك لتنمو.أما الاستنساخ فيتم عن طريق أخذ خلية جسدية من الأب العقيم وزرعها في بيضة الزوجة بهدف الوصول إلى الاستنساخ البشري ,ومفاد ذلك أن الاستنساخ يتم من خلال الحصول على خلية جسدية[1].

– يعدّ أسلوب الاستنساخ تقنية علمية حديثة العهد مقارنة مع التلقيح الاصطناعي .

– الجنين الناتج من تلقيح الخلايا الجنسية يكون حاملال 46 كروموزوم ناتج عن التحام ثلاثة وعشرين صبغي من الأب وثلاث وعشرين صبغي من الأم، في حين نواة الخلية الجسدية التي يستنسخ منها الجنين تحمل 46 صبغي من أصلها، ولا علاقة لها بالكروموزومات الذكرية أو الأنثوية.

– تقنية الاستنساخ البشري تمكن وبسهولة التحكم في جنس المولود،عكس التلقيح الإصطناعي فأنه لايمكن التحكم في جنس المولود[2].

– تلعب النطف البشري(الحيوانات المنوية للذكور مع البويضات الأنثوية)دورا بارزاً في تقنية التلقيح الإصطناعي ولا يمكن حدوثها

بدونها معاً، بينما يختفي هذا الدور نهائياً في تقنية الاستنساخ حيث تعتمد هذه التقنية على الخلايا الجسدية للرجل أو الأنثى فقط.

– تؤدي تقنية الاستنساخ إلى انتاج صورة طبق الأصل من المستنسخ سواء كان ذكرا أم أنثى،عكس تقنية التلقيح الصناعي التى لا يمكن تحديد نوعية الجنس[3] .

– من حيث المشروعية كلاهما جائز بالحيوان والنبات أما في الإنسان فاختلف فيهما الفقه والقانون وإن كان الميل نحو الإباحة في التلقيح بين الزوجين والحظر والمنع في الاستنساخ .

– ويتضح مما سبق، أن الوسائل الطبية لإخصاب بويضة المرأة أما أن تكون وسائل إخصاب جنسية تؤدي إلى اندماج الحيوان

المنوي في البيضة بفضل التكامل بينهما لتكوين التلاقح وهذه الوسيلة هي التلقيح الإصطناعي، وإما أن تكون وسائل إخصاب لا جنسية تتمثل بالاستنساخ البشري الجسدي الذي يذهب إلى الاستنساخ بواسطة خلية جسدية بالغة فتكون النتيجة طفل نسخة طبقة الأصل للمانح[4] .

---

[1] أنظر،حميدة بن زريط ، الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي، مجلة الحقيقة، ،جامعة أدرار،2008،عدد11، ص.83.

[2] أنظر، هجيرة خدام ،التلقيح الاصطناعي بين القانون الفرنسي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2007، ص05 .

[3] أنظر، كامل محمّد صالح العحلوني، الاستنساخ بين العلم والأديان والمعتقدات، مطبعة الأجيال، عمان، الأردن، 2004 ، ص.07.

[4] حسيني هيكل،المرجع السابق، ص. 123-124.

ثالثا–التلقيح الإصطناعي والهندسة الوراثية

الهندسة الوراثية أو "التداخل في الكيان الموروثي "Génameأو البنية الوراثية في نواة الخلية بطريقة من الطرق الأربعة إما بالحذف أو بالإضافة أو بإعادة الترتيب أو بالدمج، وذلك بدمج مادة وراثية من خلية كائن حي من نوع معين في المادة الوراثية بخلية كائن حي آخر من نوع آخر،أو هي ذلك الفرع من علم الأحياء المتعلقة بالفوارق الفطرية المتأصلة بين الأفراد المتشابهين[1].

يعتبر كلا من التلقيح الإصطناعي والهندسة الوراثية من الاكتشافات الطبية المعاصرة ،رغم الأسبقية للتلقيح الإصطناعي الذي فتح الباب واسعا للتدخل والتعمق في الأجنة ومحاولة التغيير والتحكم أكثر في الخلية البشرية ،فيمكن القول أن الهندسة الوراثية هي امتداد أو مكملة للتلقيح الإصطناعي ،ومع ذلك يوجد بعض الإختلاف يمكن ابرازه في بعض النقاط :

– تدور وسائل الإنجاب الاصطناعي في فلك إنجاب طفل يحمل خليطا من الكروموزومات لأبويه فضلا عن القضاء على عدم القدرة على الإنجاب، في حين أن الهندسة الوراثية تدور جميع أبحاثها حول الجين الوراثي، والتي يحاول علماء الهندسة الوراثية معرفة أسرار هذه الجينات بغرض التحكم في صفات الإنسانية وموروثاتها بدعوى تخليص البشرية من الآلام، فضلا عن تحقيق الرغبات، التي قد تصل إلى إطالة قامة الإنسان أو تخليصه من مرض نفسي أو عضوي، عن طريق اكتشاف الجين المسؤول عن ذلك وتحقيق الأهداف إما بمعالجة الجين أو نزعه من الشريط الوراثي.

– تؤدي تقنية التلقيح الاصطناعي إلى إنجاب طفل يحمل مزيجا من الكروموزومات لأبويه أصحاب البويضة والأمشاج، بينما تؤدي الهندسة الوراثية إلى التباين في الصفات بين الكائنات الحية من خلال التدخل في التركيبة الجينية بإصلاح خطأ في أعضاء الجسد، أو معالجة بعض مسببات الأمراض[2].

–تمكن تقنية الهندسة الوراثية من الحصول على أطفال معدلين وراثيا و مقاومين لأمراض العصر ،عكس التلقيح الإصطناعي الذي هدف الأول هو الحصول على أطفال بالدرجة الأولى.

من خلال تطرقنا لبعض الممارسات الطبية المشابهة للتلقيح الإصطناعي،نجد أن منها ما هو صالح للرجل على المرأة والعكس صحيح من خلال طريقة التدخل والنتائج المنتظرة ،بحيث يكون الهدف من التلقيح الإصطناعي هو الحصول على الذرية،عكس التقنيات الأخرى التي يمكن من خلالها اختيار وتعديل بعض

[1] أنظر،حسني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2006 ، ص.242 .

[2] حسني إبراهيم أحمد ،المرجع نفسه ، ص. 244.

الصفات الوراثية حسب الطلب،لكن بالمقابل يمكن أن تكون النتائج سلبية و غير مضمونة،من خلال الحصول على نسل معدل وراثيا ومصاب بتشوهات خلقية .

بعدما بيّنا الفوارق الموجودة بين التلقيح الإصطناعي وبعض التقنيات الطبية التي لها علاقة بالتدخلات الطبية الماسة بالجسم البشري،فنتعرض في المطلب الموالي لتحديد الشروط الواجب توافرها للقيام بهذه التقنية الطبية.

المطلب الثاني

شروط التلقيح الإصطناعي

التلقيح الإصطناعي كغيره من الممارسات الطبية يتطلب شروطا خاصة يجب توافرها حتى يكتسب الشرعية والحماية القانونية،

سنحاول من خلال هذا المطلب عرض الشروط القانونية والطبية الواجب توافرها بنوع من التفصيل للقيام بهذه التقنية الطبية(فرع أول)،ثم ما هي الأسباب والمبرّرات الدافعة للإستنجاد بهذه التقنية للحصول على الحمل(فرع ثان) ،وأخيرا القيود الطبية المفروضة على هذه العملية (فرع ثالث).

الفرع الأول

الشروط القانونية لتقنية التلقيح الإصطناعي

تعد مشكلة تأخر الإنجاب من أكثر المشكلات التي تؤرق الزوجين، والتي قد تلقي بظلالها على مسار حياتهما الزوجية، وخصوصاً عند تعرضهما للضغط من قبل الأهل والأصدقاء حول السؤال عن هذا الأمر، مما يؤدي بهما إلى ضرورة اللجوء إلى التلقيح الصناعي لإيجاد الحل.وبالنظر إلى المخاطر التي يمكن أن تنجم عن استعمال هذه التقنية سواء بالنسبة للزوجين،أو الأطباء المشرفين على هذه العملية، أو تلك التي يمكن أن تمس المجتمع.

وانطلاقا من الضوابط الشرعية التي حددتها الشريعة الإسلامية،نصّ المشرع الجزائري على هذه الشروط في الفقرة الثانية من المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة[1]،لكنّه لم يفصّل فيها مما يضطرنا إلى الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 من نفس القانون لإيجاد الحلول بالنسبة للمواضيع التي لم يفصّل فيها المشرع الجزائري،وعليه يمكن استخلاص بعض الشروط القانونية التي تضمنتها التشريعات خاصة العربية

[1] القانون رقم84-11 المؤرّخ في 1984/06/09 ،المتضمن قانون الأسرة،المعدّل و المتمّم بالأمر02/05 المؤرّخ في 2005/02/27 ،ج.ر عدد 15.

مثلا: وجود علاقة زوجية قانونية (أولا)،شرط الرضا وأثناء حياتهما(ثانيا)،أن تتم العملية بمنى الزوج و بويضة الزوجة (ثالثا)،توفر قصد العلاج (رابعا)،تحديد سن معينة للإستفادة(خامسا)،وأخيرا منع اللجوء للأم البديلة (سادسا).وعليه سنقوم بشرح هذه الشروط حسب الترتيب المبين.

أولا :وجود علاقة زوجية قانونية صحيحة

لا يجوز اللجوء لعملية التلقيح الإصطناعي إلا بناء على عقد وعلاقة صحيحة بين الزوجين مستوفية لكل الشروط والأركان فالمشرع الجزائري وبموجب المادتين 09 و09 مكرّر من قانون الأسرة التي تعطي صفة المشروعية للزواج ،أجاز عملية التلقيح الإصطناعي أساسا لعلاج العقم بين الزوجين فقط وأكد على وجوب أن تكون العلاقة الزوجية قائمة حقيقة وليس حكما عند إجراء العملية وعلى الأطباء التأكد من وجود العقد الشرعي بتقديم الدفتر العائلي مثلا أو العقد المدني قبل نقل البويضة المخصبة إلى رحم الزوجة[1]؛كما أكد على ذلك أيضا من خلال قانون الصحة الجديد في مادته 371[2] والتي اشترطت صراحة أن يكون الزواج قانونيا بين رجل وإمرأة للإستفادة من التلقيح الإصطناعي(المساعدة الطبية على الإنجاب)،غالقا الباب أمام أي تأويل أو فرصة للمثليين أو المطلقين للإستفادة من هذه التقنية ،حيث نص في هذا الشأن بموجب المادة 04 من قانون الأسرة "أن الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي ...".كما حدد عقوبة جزائية بموجب المادة 434[3] من قانون الصحة في حالة مخالفة أحكام المادة 371 من نفس القانون .

كما نشير إلى نقطة مهمة والمتمثلة في عدم جواز التلقيح الإصطناعي في حالة الزواج العرفي،لأن المشرع الجزائري اشترط الرسمية في هذا الموضوع من خلال تسجيل عقد الزواج من طرف ضابط الحالة المدنية ،أو الموثق أما في حالة الزواج العرفي فاشترط لتسجيله صدور حكم قضائي طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة[4].لكنه من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة استعمل مصطلح "الزواج الشرعي" مما يفتح باب التأويلات والتناقضات بحيث أنه يمكن تفسير المادة على أنها تشترط الشروط الشرعية للزواج خاصة و نحن

[1] أنظر،باديس دياني،حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري،دار الهدى للنشر،الجزائر،2010،ص.26.

[2] « تخصّص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبّر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا،يعانيان من عقم مؤكد طبيا و يوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي ،ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج و بويضة الزوجة،دون سواهما ،مع استبعاد كل شخص آخر »،المادة371 من القانون 18-11،المؤرخ في 02 يوليو2018 المتعلّق بالصحة ،ج.ر عدد 46.

3 « يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون،المتعلّقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب بالحبس من 5سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة مالية من 500.000دج إلى 1.000.000دج » المادة 434 من ق.ص .

[4] «يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية،وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة»

نعلم أن التسجيل هو فقط من الجانب الإداري لحفظ الحقوق مستقبلا ،لذلك كان يجب على المشرع أن يكون واضحا ويغلق باب التأويلات و يضيف مثلا مصطلح الرسمية أي "شرعيا و رسميا ".

غير أن القضاء الجزائري بالمقابل يعترف بنسب الطفل الناتج عن الزواج العرفي،وهذا ما لمسناه من خلال إحدى قرارات المحكمة العليا والذي جاء فيه "أن قيام العلاقة الزوجية قد تكون بزواج شرعي غير مسجل،فالرسمية قد تأتي لاحقة، ومن ثم يبقى الزواج الشرعي محافظا على جميع آثاره رسيما فيما يتعلّق باثبات النسب"[1] .

أما في فرنسا وبحكم الواقع الاجتماعي الخاص والمختلف عن مجتمعاتنا أين تنتشر فيه العلاقات الحرة، فإن قوانينها أيضا تبيح التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، وبين كل رجل وامرأة يثبتان أنهما عاشا معا لمدة سنتين كاملتين على الأقل وهذا بنص المادة152-02 من القانون المتعلق بالتبرع واستخدام عناصر ومنتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية على الإنجاب والتشخيص[2]،والمادة 2141-02 من القانون 2004 -800 الخاص بالعلوم الإحيائية[3]، على أن يثبت الشريكان قيام الحياة المشتركة بينهما لمدة سنتين ويتم ذلك عن طريق عقد يمنحه قاضي الشؤون العائلية.ورغم ذلك أكد على ضرورة إختلاف الجنسين (رجل و إمرأة) أي منع على المثليين اللجوء للتلقيح الإصطناعي.

لكن بعد تعديل المادة 2141-02 **بموجب** المادة 01[4] من القانون 2021- 1017 الصادر بتاريخ 2021/08/02 الخاص بالعلوم الإحيائية،حيث غير بعض الشروط كحذف شرط العامين ومكن المرأة الغير

[1] المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2000/11/21 ،ملق رقم 248978 ،مجلة المحكمة العليا،عدد2001،01،ص.407.

[2] «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination».Art152-02 de la loi n° 94-654 , Abrogé par le rapport au président de la république relatif à l'ordonnance 2000-548 du 15/06/2000 .

[3] «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant 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. »Art.2141-02 -loi n° 2004-800 du 06 août 2004, relative a la bioéthique, JORF 07 août 2004.

[4] «L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation …» Art.01 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ,modifie Art.2141-02 du C.S.P..f, JORF n°0178 du 3 août 2021.

متزوجة من الإستفادة التلقيح الإصطناعي،كما أجاز للمثليين من جنس أنثى من الإستفادة من هذه التقنية أيضا.

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأنه يجوز اللجوء إلى الإخصاب الاصطناعي بين الزوجين الذين يربط بينهما عقد زواج قانوني صحيح،مع انفرد القانون الفرنسي بإجازته أيضا بين إمرأتين،أو حتى للمرأة الغير متزوجة ،لكن هاتين لحالتين محرمة في الإسلام، ولا يمكن إنجاب أطفال من غير المتزوجين أو من نفس الجنس، لأن النسب يثبت بعقد الزواج الشرعي فقط مع اختلاف الجنس حسب ما أخد به المشرع الجزائري،كما أن الحكمة من اشتراط عقد الزواج الشرعي القانوني في التشريع الجزائري هو الحفاظ على الأنساب والأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لبناء المجتمع .

ثانيا: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

إن إجراء عملية التلقيح الإصطناعي يستلزم بالضرورة موافقة الزوجين معا، وعليه يحق لكل طرف أن يقدرّ ما إذا كانت عملية التلقيح الاصطناعي تتوافق مع عقيدته الدينية وقناعاته الشخصية وظروفه الاجتماعية أم لا، وإذا كان يرغب في الإنجاب بهذه الوسيلة أم لا.

فالرضا المصرّح به في هذا الشأن شخصي وصريح لا يشوبه أي غموض، ويقع على عاتق الطبيب المشرف على العملية إحاطة الزوجين بكل المعطيات المتعلقة بها والمخاطر التي يمكن أن تعترضهما، ونسبة نجاحها إن أمكن، حتى يكون الزوجان على بينة من الأمر المقبلين عليه، فتكون لديهما القناعة، إما بقبول التلقيح الاصطناعي أو رفضه. وفي حالة ما إذا أخفى الطبيب المعالج بعض المعطيات أو قام بالعملية لغرض شخصي منه، أو بتواطؤ من أحد الزوجين دون رضا الطرف الأخر، فإنه يعرض نفسه للمساءلة المدنية والجزائية؛ لأن ذلك يعتبر مساسا بشرف الطرف الأخر وحصانة جسمه، وتكامله الجسدي وحريته الشخصية[1] .

كما يجب أن يكون الرضا متبادلا بين الزوجين وبحضورهما الشخصي ولا يكفي رضاء طرف دون الأخر بل يجب على القائم بالعملية أن يتأكد من رضا الطرفين قبل إجراء العملية، ومن الأفضل أن يكون الرضا مكتوبا، ويشترط فيه أن يكون متبصرا وحرا، ومشروعا وخال من عيوب الرضا التي نظمها القانون المدني كالإكراه، والتدليس، والاستغلال والغبن[2].

[1] أنظر،مروك نصر الدين،التلقيح الإصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، جانفي 1999 ،الجزائر،ص.193.

[2] انظر المواد 81،82،86،88و90 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26،المتضمن ق.م.ج .

وقد اتفقت جميع التشريعات على ضرورة توافر هذا الشرط حتى تكون التدخلات الطبية والجراحية ذات صبغة قانونية، ومن بينها المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثالثة من المادة 45مكرر من قانون الأسرة الجزائري بقولها « أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما»،أي أن الإنجاب يخضع لرغبة أطراف العلاقة الزوجية لأنه حق لهما معا بحكم العلاقة التي تربطهما، ولا ينفرد به أحد دون الآخر.

ونشير إلى المشرع الجزائري لم يتطرق لشكل صدور أوالتعبير عن الرضا في قانون الأسرة،لأن الأصل فيه أنه لا يأخد شكلا معينا فقد يكون صريحا أو ضمنيا ،لكنه تدارك الأمر بداية من خلال المادة 343 [1]من قانون الصحة التي أولت عناية خاصة لرضا المريض في جميع التدخلات الطبية والجراحية،ثم تحدث بالخصوص في المادة 371-02 [2]من قانون الصحة ،حيث اشترط صراحة الكتابة من الزوجين للتعبير عن موقفهما وأثناء حياتهما بخصوص قبولهما التلقيح الإصطناعي .

أما في حالة ما إذا رفض أحد الزوجين إجراء العملية باعتبارها علاج ضروري للإنجاب، فانه ومن خلال نص المادة 48 من قانون الأسرة يحق للزوج طلب فك الرابطة الزوجية،كما يمكن للزوجة أن تستند في طلب تطليقها إلى نص المادة53 فقرة 02 و10 من قانون الأسرة.

وعلى اعتبار أن هذه التقنية الطبية تنطوي على مخاطر كبيرة أثناء القيام بها،فقد نصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات مهنة 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» [3].

إن النص صراحة على هذه الشروط يمثل حرص المشرع وخشيته من الانعكاسات القانونية والأخلاقية والتي يمكن أن تشكل كوارث اجتماعية يتعذر تداركها إذ تتمخض عن هذه التقنيات الحديثة سيل من دعاوى إنكار النسب وأن الأمر لم يعد مقتصر على التلقيح في علاقة شرعية بل تمادي الى السماح بتبادل الخلايا التناسلية الناقصة والمكتملة لإتمام الإخصاب في علاقات شرعية وغير شرعية إلى حد إنشاء سوق دولية لتحقيق هذا التبادل واستباحة الأمومة البديلة وتخليق الأجنة الإنسانية خصيصاً لغرض تقدم التجارب العلمية[4]

[1] « لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة و المستنيرة للمريض...» المادة 343 من ق.ص .

[2] « يقدم الزوج و الزوجة كتابيا،وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب،ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية» المادة 371-02 من ق.ص.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 ،المتضمن مدونة أخلاقيات الطب،ج.ر لسنة 1992،عدد 52.

[4] أنظر،محمود أحمد طه،الإنجاب بين التحريم و المشروعية،منشأ المعارف،الإسكندرية،2003،ص106.

وكان المشرع الفرنسي قد اشترط أن يصدر الرضا في شكل كتابي ومحاط بالسرية، بعد أن يتأكد بأن الزوجين أو الرفيقين مصرّان على الخضوع للعملية،ويقوم بتذكيرهما بأن العملية قد نكلل بالنجاح أو الفشل،و يمنحهما مدة شهر للتفكير ابتداء من أخر مقابلة أجريت على الرغم من أنه يعد من الأمور البديهية المتعلقة بواجبات الطبيب في مختلف الممارسات الطبية لاتصالها بواجباته الإنسانية والأخلاقية[1]كما أنه ويكون الرضا عديم الأثر في حالة وفاة أحد الزوجين، أوإيداع عريضة الطلاق، أو الانفصال الجسماني، أو توقف التعايش بين الصديقين، أو في حالة عدول الزوجين عن رضاهما في شكل كتابي أمام الطبيب المكلف بإجراء العملية، قبل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي هذا ما أكدته المادة311-20[2] من القانون المدني.

لكنه بعد ذلك قام بإلغاء المادة 311-20 ،وبالموازاة تعديل المادة 342-10[3] حيث منع الطلاق أو الإنفصال الجسماني قبل الإنتهاء من عملية التلقيح الإصطناعي ،مع اشتراط التصريح الكتابي أمام الموثق للتعبير عن رضاهم بالعملية بعد تذكيره و إحاطتهم بايجابيات وسلبيات هذه التقنية وما يترتب عنها بعد الإنجاب من حقوق ورعاية للطفل.

ونشير إلى نقطة مهمة تتمثل في شكل الموافقة في القانون الفرنسي بحسب ما إذا كان التلقيح سيتم بخلايا ملقحة من شخص ثالث،أوأنها ملقحة بخلايا الزوجين فقط،ففي الحالة الأولى يجب على الرجل والمرأة إعطاء موافقتهما أمام قاض مع ضمان السرية.و في الحالة الثانية يلتزم الزوجان تأكيد طلبهما أمام طبيب في شكل كتابي وهذا بعد نهاية فترة التفكير[4].

[1] COURBE Patrick, Droit de la famille ,collection, compact, Armand collin, 2eme éd ,2001,p.360.

[2] «Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance».Art311-20 du Co.cf ,abroge par art 06 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique .

[3] « Le consentement est privé d'effet en cas de décès, d'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, de signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de l'insémination ou du transfert d'embryon. Il est également privé d'effet lorsque l'un des membres du couple le révoque, par écrit et avant la réalisation de l'assistance médicale à la procréation, auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre cette insémination ou ce transfert ou du notaire qui l'a reçu».Art 342-10 du Co.cf ,modifie par art06 de la loi 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique .

[4] . COURBE Patrick ,op.cit,p.365.

وبما أن الرضا شرط جوهري لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، فإن رفض أحد الزوجين أوكلاهما عملية التلقيح الاصطناعي قبل إجراء العملية، يتوجب احترام هذا الرفض ويتم توقيف إجراء العملية،وفي حالة رفض الزوج، وقامت الزوجة بتلقيح نفسها بالتواطؤ مع الطبيب، ويتصور ذلك في حالة ما إذا كان للزوج مني في أحد البنوك، أو إذا أخذت عينة من منيه لإجراء التحاليل عليها، والأصل في ذلك أن الزوجة لايجوز لها ذلك؛ لأن مسألة الإنجاب قرار مشترك بين الزوجين، وبالتالي يحق له الرجوع على الطبيب بطلب التعويض،كما يحق له طلاق زوجته دون أن يكون متعسفا في ذلك لأنها لم تحترم رغبته في عدم الإنجاب[1].

وفي هذا الصدد، نشير أيضا إلى أنه لا يوجد فرق بين رضا الزوج ورضا الزوجة في عملية التلقيح، بل هما على قدم المساواة من حيث الصحة والعدول قبل الشروع في العملية، وفي حالة العدول من جانب الزوجة رغم قدرتها على ذلك لا يبق أمام الزوج سوى الطلاق أو إعادة الزواج. فبعدولها تكون قد حرمته من حقه في الإنجاب الذي يعتبر مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية. أما إذا كان الرفض والعدول من الزوج بدون مبرر مقنع فيحق للزوجة أن تطلب التطليق طبقا للفقرة الثانية من المادة 53[2] من قانون الأسرة، هذا قبل الشروع في عملية التلقيح. أما بعد الشروع في عملية التلقيح الإصطناعي ونجاح عملية التخصيب فلا يحق لأي طرف العدول عن العملية، لأن ذلك يمس حق الجنين في الحياة، ولا يجوز لأي منهما طلب إجهاض البويضة الملقحة بحجة العدول عن الرضا، وإلا تعرضا للمساءلة الجنائية بموجب نص المادة 304[3] من قانون العقوبات الجزائري.

أما بالرجوع لقانون العقوبات الفرنسي،فنجده في المادة 511-06أوجب عقوبة 05 سنوات وغرامة مالية تقدر 75 ألف أورو في حالة تخلف الرضا عند القيام بأي عملية طبية تمس شخص على قيد الحياة[4] .

كما أن المشرع الفرنسي كان قد حصر عملية التلقيح الإصطناعي في وجود رجل وإمرأة(شرط اختلاف الجنس). بمعنى أن مثليي الجنس محضور عليهم اللجوء لهذه التقنية الطبية. لكن مؤخرا اعترفت محكمة النقض

---

[1] حسني إبراهيم أحمد ،المرجع السابق ،ص247.

[2] «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية -2 ...":العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج» ،المادة53 من ق.أ.ج.

[3] «كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار، وإذا أفضى الاجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة، وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة»،المادة304 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن ق.إ.ج ،ج ر 49 المعدل والمتمم .

[4] « Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende » Art. 511-06 Code pénal français , Version consolidée du code au 15 novembre 2014.

الفرنسية[1] في قضية عرضت عليها لزوجين من نفس الجنس (أنثى) قامتا باستخدام تقنية الإنجاب الإصطناعي في الخارج من متبرع مجهول، قدمتا طلبا للإعتراف بالطفل وتسوية وضعيته من منطلق أنه ثم تبني قانون " الزواج للجميع " رقم404-2013 بتاريخ 2013/05/18. وبهذا تكون فرنسا تاسع دولة أوربية[2] و14 عالميا تسمح لمثليي الجنس بالزواج وتمنح لهم حقوقا جديدة في الزواج والتبني والميراث من منطلق مبدأ المساواة والحريات المشتركة حق مضمون.

ثالثاً: أن يتم تلقيح بويضة المرأة بمني زوجها وأثناء حياتهما:

يعتبر الزواج الرابط الذي يجمع بين الرجل والمرأة، وفي إطاره يحق لكل منهما الاستمتاع بالآخر، وإذا تم اللجوء للتلقيح الاصطناعي فيجب أن تلقح المرأة بمني زوجها حتى يثبت النسب الشرعي طبقا لقول " الولد للفراش "، فهي عملية طبية تتمثل فِي إخصاب المرأة وذلك عن طريق حقن ماء زوجها فِي رحمها، وهي طريقة يستبعد فيها الاتصال الجنسي المباشر(الجماع)بين الرجل والمرأة كوسيلة طبيعية ليقوم مقامها الحقن الطبي[3]. ولا يجوز أن تلقح المرأة بمني رجل آخر غير زوجها،لذلك يجب الحرص على عدم الوقوع في أدنى شك بخصوص اختلاط مني الرجل أو استبداله بمني غيره، ويفترض في الزوجين الاحتياط عند اللجوء للمراكز المرخص لها بذلك، والتأكد من وجود ضمانات قوية بالتزام الجهاز الطبي بتلقيح بويضة المرأة بمني زوجها مع إهدار الباقي منه وفي حالة الخطأ أو التقصير فإن الطفل الناجم عن تلقيح المرأة بماء الغير يعتبر ابن غير شرعي .

للحصول على نتيجة جيدة يتوجّب إجراء عملية التلقيح فِي وقت الاباضة عند المرأة، أي ما بين اليوم العاشر إلى الرابع عشر من زمن بدء الدورة الشهرية، وأفضلها هو الرابع عشر، حيث يمكن أن تصل نسبة النجاح إلى 70 %إذا حصلت فِي اليوم المحدد للإباضة .وقد يحدث أن يتم إعادة عملية التلقيح مرتين إلى 03 أو04 مرات عمليات تلقيح رحمي قبل أن تحال إلى إجراء عملية طفل الأنبوب إذ أن هذه العملية الأخيرة تعني إخصاب البيضة في الأنبوب خارج الجسم ثم زرعها بعد التخصيب في الرحم[4] .

---

[1] Arrêt N° 15011 du 22/09/2014 , (Assistance médicale à la procréation - Adoption),c.cass 2eme, ch civ , publié sur le site internet :
http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/cour-de-cassation-22-septembre-2014-n-15010-et assistance-medicale-a-la-procreation-adoption/?pdf=613358

[2] هولندا، بلجيكا، إسبانيا، كندا، ، النرويج، السويد، الدنمارك، البرتغال، فرنسا، المملكة المتحدة لوكسمبورغ،

[3] باديس ديابي، المرجع السابق ،ص. 33 .

[4] أنظر،طيب منذر البرزنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري فِي منظور الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1،2001، ص.55 .

والمشرع الجزائري لم يترك هذا الشرط دون أن يصوغه في قالب قانوني حتى يكتسب القوة القانونية والإلزامية،حيث نص عليه في المادة 45مكرر[1] من قانون الأسرة،ثم أكد عليه أيضا من خلال المادة 371 من قانون الصحة أيضا،مما يبين حرص المشرع على حفظ الأنساب وتقديسه للعلاقة الزوجية القائمة بن الزوجين في حياتهما ،أما بعد الوفاة أو الطلاق فتنتهي الرابطة القانونية التي كانت تجمعهما و بالتالي ر مجال للحديث عن إمكانية التلقيح الإصطناعي في هذه الحالة.

وفي هذا الصدد يقول الإمام محمود شلتوت « إنه إذا كان التلقيح بماء الرجل لزوجته كان تصرفا واقعيا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية الفاضلة،وكان عملا مشروعا لا إثم فيه ولا حرج،وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلا للحصول على ولد شرعي يذكر به والده، وبه تمتد حياتهما وتكتمل سعادتهما النفسية والإجتماعية، ويطمئنان على دوام العشرة و بقاء المودة بينهما»[2].

كما أن دار الإفتاء العام في الأردن أجازت هذه العملية للضرورة وبشروط وفق قواعد تضمن سلامة لأنساب،واشترطت وجود رقابة على من يقوم بالعملية وأن تتمّ على أيدي أطباء تقاة وذوي سيرة حسنة ،فإذا ما أجريت العملية حسب ما ذكر فإنها لا تتنافى مع مقاصد الشريعة وهي من الأمور المباحة على هذا الوجه[3].

ومجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي عقد بمكة سنة 1984 لم يخالف دار الإفتاء العام بالأردن،حيث جاء في قراره أن النطفة الذكرية التي تؤخد من الزوج ثمّ تحقن في رحم زوجته، هو أسلوب جائز شرعا وفقا للشروط العامة وذلك بعد أن يُثبت حاجة المرأة إلي هذه التقنية من أجل الحمل،وللتذكير أن هذه الفتوى صدرت بأغلبية أعضاء المجلس وخالفهم الشيخ عبد العزيز بن الباز (رئيس المجمع) مبديا معارضته للتلقيح الإصطناعي بكل أشكاله[4] .

والمقصود بالشروط العامة التي نص عليها المجمع الفقهي الإسلامي لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي تتمثّل في:

-"إن انكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل شرعاً بينها وبينه الإتصال الجنسي، يجوز إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحاً لهذا الإنكشاف.

---

[1] «... أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما» المادة 45 مكرر من قانون الأسرة

[2] أنظر،محمود شلتوت،الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامة،الطبعة الثامنة،دار الشروق،القاهرة،1975 ، ص .326 .

[3] فتوى صادرة عن دار الإفتاء العام في عمان تحت عنوان حكم التلقيح الصناعي بتاريخ 1404/10/25هـ، مقتبسة عن زياد أحمد سلامة،أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة،الطبعة الأولى،دار البيارق،بيروت ،1996 ،ص. 79 .

[4] مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي،عدد الثاني،الجزء الأول،1986،ص .266.

– إن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها،أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجا، يعتبر ذلك فرضا مشروعا يبيح لها الانكشاف على غير زجها لهذا العلاج،و عندئذ يتقيد ذلك الإنكشاف بقدر الضرورة .

–كلما كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها و بينه الإتصال الجنسي مباحا لغرض مشروع،يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك،وإلا فامرأة غير مسلمة،وإلا فطبيب مسلم تقي،وإلا فغير مسلم بهذا الترتيب،ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى"[1].

وعليه يظهر لنا جواز الإخصاب الإصطناعي بين زوجين يربط بينهما عقد زواج شرعي وبموافقتهما وأثناء حياتهما بمني الزوج وبويضة الزوجة بعد زرعها في رحمها، حتى يُنسب المولود لأبويه وهذا بالإستناذ للقوانين والآراء الفقهية التي اجتمعت على هذا الأساس،وذلك لعدم اثارتها لمشاكل قانونية خاصة بل على العكس فهي تهدف للقضاء على الآثار السلبية الناجمة عن العقم،كما أن تلقيح الزوجة بنطفة زوجها أثناء حياتهما يعتبر صورة من صور التداوي المشروعة للحفاظ على النفس البشرية،وهذا ما دعت إليه الضرورة،حيث أن الفقه الإسلامي لا يقبل استعمال هذه التقنية الحديثة إلا عند الضرورة القصوى؛ أي عندما يتعذر على الزوجين الإنجاب بطريقة طبيعية، ذلك أنه يتعين على المرأة في غياب هذه الضرورة القصوى أن تحفظ فرجها كما أمرتها الشريعة الإسلامية .

رابعا أن يكون لغرض العلاج

سواء تعلّق الأمر بالتلقيح الاصطناعي الداخلي أو الخارجي، يشترط أن يتم اللجوء إليه من أجل القضاء على مشكلة العقم، أو تفادي انتقال الأمراض الوراثية الخطيرة. ولايمكن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي إلا إذا استحال الحمل بالطريق الطبيعي،حيث يخضع تقدير الضرورة الطبية لفريق من الأطباء المختصين عن طريق إجراء التحاليل، التي تثبت أنه لا يمكن حصول الحمل والإنجاب بطريق المعاشرة المباشرة بين الزوجين لعيب في الزوج أو الزوجة أو كلاهما كالعقم مثلا بعد استنفاذ كافة الطرق العلاجية[2] هذا ما أكده مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة من 19 إلى 28 يناير 1985 حيث جاء

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي،المرجع السابق ،ص.267.

[2] أنظر،تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون،2003، ج 41 عدد 01، ،ص.34.

فيه«.. إن مجلس المجمع الفقهي ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجؤوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى» [1].

وتفاديا لما قد ينجر عنه من أخطار،كاختلاط الأنساب، والتجاوزات التي قد تمس كيان الأسرة واستقرارها، ولتعلقه أيضا بحرمة جسم الإنسان وعورته، فلا يجوز للمرأة أن تكشف عورتها لغير زوجها إلا في حالة الضرورة القصوى كالمرض مثلا،مع التقيد بحدود الضرورة، دون الخلوة بين الطبيب المعالج والمرأة التي يعالجها[2] .

المشرع الجزائري نجده أهمل هذا الشرط في البداية ولم يتطرق له رغم أهميته، ونظرا للمخاطر التي ينطوي عليها التلقيح الاصطناعي وتعلقه بالأعراض أولا، وبالأنساب ثانيا،كان لا بد عليه أن يتدارك هذا النقص أو الفراغ القانوني الذي كان موجودا في قانون الصحة،حيث أنه كان يستند على القواعد العامة(قانون العقوبات ،أخلاقيات مهنة الطب) التي تمنع على الطبيب المساس أو التدخل الطبي على الجسم البشري إلا لغرض علاجي محض بعيدا عن التجارب الطبية، وحتى بالرجوع لقانون الأسرة بعد تعديله فقد تضمن مادة وحيدة خاصة بالتلقيح الإصطناعي (المادة 45 مكرر) ،والتي اعتبرت التلقيح الاصطناعي أمرا استثنائيا لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالة عدم القدرة على الإنجاب بالطرق الطبيعية،بالإضافة إلى أنه شرط عام يتعلّق بالقواعد العامة التي تحكم الأعمال و التدخلات الطبية.

واستمر الوضع على حاله إلى غاية 2018 مع صدور قانون الصحة الجديد و الذي أعطى بعض الدلالات والقواعد المنوطة بالتلقيح الإصطناعي وهذا ما لمسناه من خلال المادة 370 -02 [3]و التي أكدت على وجوب أن تتم عملية المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق أعمال طبية وتدخلات جراحية الهدف منها تنشيط عملية التلقيح لعلاج العقم، وأيضا المادة 371 التي تضمنت عبارة "يعانيان من عقم مؤكد طبيا"،مما يوحي أن المشرع الجزائري أكد على الطابع العلاجي من وراء التلقيح الإصطناعي.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، فإن المشرع الفرنسي اشترط لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي توفر حالة الضرورة وهذا ما أكدته المادة 2162-5[4]من قانون الصحة الفرنسي والتي تقابلها المادة 511-24 من

[1] القرار الثاني والخامس لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي،المرجع السابق،ص328-337.

[2] محمود أحمد طه،المرجع السابق ، 110 .

[3] « وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الإصطناعي» المادة02/370 من قانون الصحة.

[4] «Comme il est dit à l' article 511- 24 du code pénal ci- après reproduit :

القانون العقوبات والتي فرضت عقوبات في خالة ما إذا كان التخل العلاجي يخالف الأهداف و الشروط المنصوص عليها في المادة 2142-02 من قانون الصحة الفرنسي.

وذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من ذلك حيث أكد على أن تخلف القصد العلاجي يؤدي إلى فتح باب المتاجرة بالبويضات المخصبة واستعمالها لأغراض تجارية أو صناعية،لذلك نص على حظر هذا العمل من خلال المادة2151-03[1]، ولم يكتف بهذا النص حيث عزّز موقفه من خلال المادة 511-07[2] من قانون العقوبات أيضا.

وعليه ،فإنّ تخلف هذا الشرط العلاجي، سيؤدي حتما إلى قيام المسؤولية الجزائية للطبيب، كما أنه سيثير عدة مشاكل قانونية، فعدم قيام القصد العلاجي سيدفع بالكثيرين سواء المتزوجين أو الغير المتزوجين إلى اللجوء لهذه الوسيلة وفي هذا مساس بالنظام العام والآداب العامة، وتعدي على النصوص المنظمة لقواعد النسّب، إضافة إلى ذلك، سيولد الرغبة في نفسية المتزوجين القادرين على الإنجاب، والذين لا يعانون من أية موانع تحول دون تحقيق رغبتهما في الحصول على مولود لخضوعهم لتجربة التلقيح الاصطناعي.

خامسا.اشتراط سن معينة للمقبلين على التلقيح الإصطناعي

حتى تتم علمية التلقيح الإصطناعي لا بد أن يكونا الزوجان بالغين ويتمتعان بكامل الأهلية، حتى يكونا على بينة من الأمر الذي يقبلان عليه ويتحملان كامل المسؤولية .

في قانون الأسرة الجزائري لم يتم تحديد سن معينة لذلك، غير أنه يستخلص من نص المادة 07 فقرة 01 التي حددت سن الزواج ب 19 سنة والتي تمثل الأهلية التي اشترطها المشرع في المادة 40 من القانون المدني.ولم يحدد أيضا السن الأقصى للإستفادة من هذه التقنية،لكننا وجدنا التعليمة الوزارية الصادرة عن وزارة الصحة رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 والتي حددت سن 50 سنة كحد أقصى للمرأة الخاضعة لعملية التلقيح الصناعي لكنها بالمقابل لم تحدد السن القصوى للزوج، ولذلك يجب مراعاة سن الزوجين حتى

" Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l' article L. 2141-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende» Art 2162-05 du C.S.P..f.

[1] «Un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé, à des fins commerciales ou industrielles.»art2151-03 du C.S.P..f

[2] « Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.» Art 511-07 du code pénal.

يتناسب مع سن الطفل الذي سيولد، لأن سن الزوجين ضروري لتربية المولود ولنجاح العملية ، فكلما كان سن الزوجين أصغر كان نجاح العملية أكبر وحتى يتم تفادي طلبات الأزواج الطاعنين في السن[1] .

وتماشيا مع ما تم ذكره،فطالما أن المشرع الجزائري لا يسمح بالعلاقات الغير الشرعية،فإننا نرى أنه لا ضرورة لتحديد سن أدنى للإستفادة من هذه العملية لأنه يمكن الرجوع للسن القانونية المطلوبة للزواج (19سنة) كأساس من أجل بداية علاقة زوجية تسمح فيما بعد من الإستفادة من التلقيح الإصطناعي؛لكن الإستثناء يظهر في حالة الإذن القضائي لعقد الزواج والذي يكون تحت 19سنة ،حيث يرجع التقدير للقضائي في منح الرخصة،لكن هل هذه الرخصة صالحة فقط للإبرام عقد الزواج،أم تشمل حتى الحق في مباشرة عملية التلقيح الإصطناعي؟.

في ظل غياب نص صريح،فإننا نرى أنه لا نتصور أن يلجأ الزوجان المرخص لهما بالزواج في سن مبكرة مباشرة للتلقيح الإصطناعي،لأن الأمر يتطلب وقت من أجل التأكد من وجود عقم، بالنظر للفحوصات والتحاليل الطبية،لأن الطبيب يقترح أولا العلاج الطبيعي ثم التلقيح الإصطناعي،و بذلك يكون الزوجان قد تخطيا سن الإذن القضائي و دخلا في السن القانونية .

ومن باب المقارنة، المشرع الفرنسي لم يحدد سنا معينة للإستفادة من التلقيح الإصطناعي، بل اشترط أن يكون الزوجان في سن الإنجاب وجعل تحديد شروط السن اللازمة للاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب بموجب مرسوم صادر عن مجلس الدولة ، بعد أخد رأي وكالة الطب الحيوي،مع الأخذ بعين الاعتبار المخاطر الطبية للإنجاب المرتبطة بالعمر وكذلك مصلحة الطفل الذي لم يولد بعد،وهذا ما جاءت به المادة 2141-2[2] من قانون الصحة، وحسنا ما فعل المشرع الفرنسي لأن سن الإنجاب يختلف من إمرأة إلى أخرى ، كما أن الطاقم الطبي هو الذي يقدر المخاطر التي قد تصيب الزوجة أو الجنين في حالة الحمل التي يكون في سن متقدمة .

ونظرا للأهمية البالة التي تكتسبها التلقيح الإصطناعي في حياة الفرد والمجتمع ،كان لا بد من وجود مبررات حقيقية تؤسس للإستفادة من تقنية الإخصاب الإصطناعي ،هذا ما سنبينه في الفرع الموالي .

---

[1] أنظر، قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الإصطناعي تعريفه، نشاته وموقف المشرع الجزائري منه،مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2007 ، عدد الثالث، ص.212.

[2] « Les conditions d'âge requises pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation sont fixées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Agence de la biomédecine. Elles prennent en compte les risques médicaux de la procréation liés à l'âge ainsi que l'intérêt de l'enfant à naître».Art 2141-02du C.S.P..f.

الفرع الثاني

مبرّرات وأسباب اللجوء لتقنية التلقيح الإصطناعي

هناك عدة مبررات وأسباب تدعو الزوجين غير القادرين على الإنجاب بالوضع الطبيعي إلى اللجوء للتلقيح الإصطناعي من أجل إنجاب الأطفال، لذلك سنحاول بيان ذلك خلال عرض الدوافع (أولا)، ثم تحديد مختلف الأسباب (ثانيا):

أولاً :مبرّرات اللجوء إلى وسائل التلقيح الإصطناعي البشري

تتعدد وتختلف مبرّرات الوسائل الطبية للأشخاص غير القادرين والراغبين في الإنجاب والتي من المحتمل أن يحدث الحمل بواسطتها ومن ثمّ تحقيق رغبة الزوجين في الإنجاب، سنقوم بعرض بعض هذه المبررات على سبيل المثال،والتي تسمح باللجوء لتقنية التلقيح الاصطناعي:

– منذ بدء الخليقة الإنسانية، نجد بأن الزواج هو اتصال الرجل بالمرأة اتصالا جنسيا، قد شرعه الله تعالى على ألسنة أنبيائه ورسله، وجعله من أسمى العقود وأعظمها أثرا لما يترتب عنه من أحكام مختلفة تتعلق بالنسب والميراث وتكوين الأسرة التي هي عماد الأمة ، ومن أهداف الزواج حفظ النسل الذي يعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية وأحد الكليات الخمس والذي لا يتحقق إلا بالإنجاب، الذي يعتبر أهم غاية يهدف إليها عقد الزواج.وفي هذا المقام قال رسول الله ﷺ "تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس" [1]وهذا التحذير لتفادي النقل الوراثي للأمراض، في حين يعد العقم أمرا استثنائيا يخضع تفسيره إلى الكثير من التفسيرات العلمية، فقد يكون من جهة الزوجة نتيجة لخلل بيولوجي على مستوى قناة الرحم، أو يتعلق بالرجل كخلل بيولوجي أيضا يؤدي إلى ضعف الخصوبة.

– يعد التلقيح الإصطناعي بمثابة ضرورة اجتماعية في بعض الظروف الاستثنائية التي تتعرض لها البلاد كالحروب والزلازل والفيضانات، حيث تؤدي هذه الظروف الاستثنائية إلى وفاة العديد من الأشخاص مما يجعل الدولة تحث الأفراد على الاستمرار في الإنجاب الطبيعي واللجوء إلى وسائل الإنجاب الصناعي أيضاً، وذلك للتغلب على العجز في البنيان الاجتماعي الذي أحدثته مثل هذه الظروف الاستثنائية[2].

[1] ابن حجر العسقلاني، " فتح الباري بشرح صحيح البخاري"، الجزء 1 ،كتاب النكاح، باب أي النساء خير، ط2 ، دار الريان للتراث،القاهرة،ط1،1407، ص.28.

[2] أنظر،أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث،دار النهظة العربية، المنصورة، مصر، 1986 ، ص.349.

– التلقيح الصناعي يتغلب على مشكلة عدم القدرة على الإنجاب التي يعاني منها الأزواج بسبب خلل في الجهاز التناسلي للزوجة الذي يحول دون وصول الخلية الذكرية إلى حيث توجد بويضتها من خلال الاتصال الجنسي البشري[1].

– يتم اللجوء إليه من قبل الأطباء لغرض معالجة حالة العقم عند النساء، بسبب انسداد قنوات المبيض (أنابيب قناة فالوب) أو حالات التهاب الرحم، أو إفرازات عنيفة لمواد مخاطية تؤدي لقتل الجينات أو في حالة العقم عند الرجل لسبب ضعف أو قلة عدد الحيامن(الحيوانات المنوية)، أو في حالة بطانة الرحم المنشدة وهي تتعلق بأنابيب قناة فالوب وقدرتها على التقاط البويضات، أو عدم قدرة البويضات على الانطلاق عن الجزيئات أو في حالة العقم الغامض السبب وهو عقم الزوجين رغم أنهما طبيعيان، ويعتقد انه يرجع إلى عوامل أنثوية تمنع الحمل لكنها عوامل غير معلومة، حيث تذهب الدراسات الإحصائية التي تبين من المسؤول عن العقم والتي خلصت إلى أن مسؤولية الرجل والمرأة تمثلان نسبة متساوية (35% ،35%) والباقي عوامل مشتركة بين الزوجين[2] .

– تجرى وسيلة التلقيح الإصطناعي أحياناً لأغراض تحسين النسل البشري، وذلك لغرض العلاج من الأمراض الوراثية التي يعاني منها الزوجين والتي تنتقل من جيل إلى آخر.

– الرغبة في الإنجاب وهي رغبة مشروعة ومطلب من مطالب الشريعة الإسلامية التي حثت على التكاثر، فالإنجاب ليس مجرد عملية بيولوجية بل يتعلق بالمجتمع، وأفراده،والتزاماتهم قبل الأسرة والطفل، والمشاكل المتعلقة بالعقم قد تؤدي إلى تصدع الأسرة[3].

–أثبت الواقع المعاش أن الحياة الأسرية بدون أطفال تكون مهددة لأتفه الأسباب بالطلاق من الزوج أو بطلب التطليق من الزوجة أو بظاهرة تعدد الزوجات،وبيان ذلك أن عدم القدرة على الإنجاب يشكل عائقا أمام الناس في تناسقهم الاجتماعي ويولد لديهم الإحساس بالنقص، خاصة في ظل الافتخار والتباهي بأبنائهم ونجاحاتهم في مختلف المجالات.

رغم الآثار الإيجابية التي تترتب عليها ظاهرة التلقيح الاصطناعي، سواء من الناحية الديموغرافية أو الإجتماعية وحتى الطبية بحيث مكنت هذه الظاهرة من تطوير البحث العلمي في مجال الطب، وفي نفس

[1] أحمد شوقي ،المرجع نفسه ،ص .350.

[2] أنظر ،محمد عبد الشلتاوي، التخلص من الأجنة الفائضة، بدون دار نشر،القاهرة،ط1 ،2008 ، ص.76.

[3] حسيني هيكل،المرجع السابق،ص.124.

الوقت استطاعت حل مشكلة العقم وصعوبة الحمل ولو نسبيا، إلا أنها لا تخلو من آثار سلبية، خاصة فيما يتعلق بالمضاعفات التي تنتج عنها هذه الممارسة،سواء على صحة الأم أو الطفل.

ثانياً :أسباب اللجوء لوسائل التلقيح الصناعي البشري

يعتبر العقم مشكلة كبيرة تهدد الحياة الزوجية فما إن تمضي السنة الأولى أو الثانية من الزواج من دون أن يرزق الزوجان بمولود،حتى تتوتر أعصاب الزوجين ومعهما الأهل والأقارب وتدخل الأسرة في دوامة قد لا تنتهي من المشاكل. وبطبيعة الحال وكما هو معروف وسائد في مجتمعنا،أول من تُوجه له أصابع الإتهام هي المرأة مع أن الطب أثبت أن العقم يخص الزوجين وهو وليس المرأة لوحدها،لهذا سنبين الأسباب الخاصة بالرجل و المرأة كل على حدى حتى تتضح الصورة :

أ- بغض النظر عن نوع العقم يمكن جعل الأسباب التي تستدعي اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عند المرأة كوسيلة من وسائل علاج أثار العقم هي :

-إذا كان مهبل المرأة ضيقّا إما لأسباب نفسية أو نتيجة وجود أورام فيه.

- إذا كان عنق الرحم ضيقّا أو مسدودا بالأورام ولا يسمح للسائل المنوي بالدخول إلى الرحم.

- انقباض عضلات الرحم أثناء عملية الجماع.

- انقلاب الرحم.

-إذا كان الغشاء المخاطي لعنق الرحم عند الزوجة يؤدي إلى قتل الحيوانات المنوية.

-إذا كان المهبل شديد الحموضة بحيث يقتل الحيوانات المنوية.

-وجود أجسام مضادة في جسم المرأة تقتل الحيوانات المنوية[1].

-الممارسة الجنسية في فترة الحيض.

-الإفرازات الكثيفة لعنق الرحم والتي تعيق ولوج الحيوانات المنوية.

-وجود تضاد بين خلايا الجهاز التناسلي والحيوانات المنوية لإخصاب البيضة.

-قفل الأنابيب الموصلة للمبيض بالرحم وفشل عمليات فتحها.

-الحموضة الزائدة للجهاز التناسلي مما يتسبب في قتل الحيوانات المنوية المتدفقة بداخله[2].

[1] حسيني هيكل،المرجع السابق،ص119.

[2] أنظر،رمزي الناجي وعصام الصفدي ، تشريح جسم الإنسان، دار اليازوري العلمية، عمان، الأردن،2010 ،ص154-155.

ب– لقد كشف الطبّ الحديث عن وجود حالات يكون العقم فيها سببه متعلقا بالرجل، على عكس ما كان معتقدا سابقا في تحميل الزوجة وحدها مسؤولية عدم الإنجاب،و تتمثّل أسبابه في :

– قلة عدد الحيوانات المنوية الحية في الدفعة الواحدة لدى الرجل القادرة على إتمام عملية إخصاب البويضات الأنثوية.

–امتناع تلاقي بذور الإنجاب الذكرية والأنثوية معاً بالطريق الطبيعي على الرغم من توافر الإمكانات الإنجابية للمرأة ، وذلك بوجود مبيضها في حالة سليمة قادر على إفراز البويضات والرحم سليم ومهيئ لحمل الجنين.

– إصابة الخصي بأمراض كانعدامه كليا أو احتجازه في البطن وعدم نزوله إلى الصفن أو هجرته.

–إصابة المسالك التناسلية كانسداد حبلي مني التهابات الحويصلات المنوية والبروستات.

–عدم حصول الإلقاح لانعدام القذف أو العجز الجنسي أو سرعة الإنزال[1].

إن هذه الأمراض لا يمكن اعتبارها وحدها المتسب في العقم، فقد يرجع السبب لعوامل نفسية تتجلى خصوصا في وجود نوع من الزيجات غير المتجانسة سيكولوجيا أو بدنيا بسبب التنافر الزوجي أو لوجود أجسام مضادة في المرأة، والتي يعبر عنها بالمناعة ضد الرجل[2].

وخلاصة لما سبق ،نجد أنّ هناك أسبابا عديدة تحول دون الحمل، فمنها ما هو عائد إلى الزوجة، ومنها ما هو عائد إلى الزوج

ومنها ما هو متعلق بهما معا، لهذا حاول الأطباء اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كحل للمشاكل الناجمة عن العقم لدى الزوجين وايجاد الطرق الطبية لتحقيق التناسل والتكاثر وتحقيق الهدف الأسمى من الزواج ألا وهو إنجاب الأطفال.

بالرغم من اعتبار التلقيح الإصطناعي من الحلول الطبية التى فرضت نفسها على الحياة الزوجية لعلاج العقم وتحقيق الإنجاب و بالتالي استمرار العلاقة الزوجية.لكن في المقابل هذه العملية مقيدة بشروط فنية لممارستها .هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

[1] أنظر،رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري، دار النهضة العربية، القاهرة،2009،ص98.

[2] تشوار حميدو زكية، حكم وسائل ...،المرجع السابق،ص26.

الفرع الثالث

القيود الطبية على عملية التلقيح الإصطناعي

إن الأصل في جسم الإنسان أنه معصوم من كل اعتداء عليه، حتى ولو كان هذا المساس برضا صاحبه،لأنه مجرم ومعاقب عليه إذا تجاوز الحدود، غير أن هناك حالات يتم فيها هذا المساس وينتفي فيها وصف الجريمة لأنه قد تم في ظل الفعل المباح كممارسة الأعمال الطبية باعتبارها وسيلة لتحقيق السلامة الجسدية أو التقليل من معاناته وآلامه بقصد الشفاء.

وبما أن عملية التلقيح الإصطناعي لها مساس مباشر بحرمة الجسم البشري،فيستوجب إقامتها في مراكز طبية خاصة أو عامة،مع الحرص على توفر عدة شروط في هذه المراكز، وفي الطاقم الطبي المشرف على العملية، حتى يتفادى الطابع التجاري للعملية، والتلاعب بمصير اللقيحات وإبعادها عن كل هوى أو زيغ، ويمكن إجمال هذه الشروط فيما سيأتي:

أولا :الترخيص الإداري

إن مزاولة مهنة الطب والجراحة من الأمور التي تحرص الدول على تنظيمها والاهتمام بتطويرها وتقدمها وفقا لما تقرره القواعد التنظيمية للمهن الطبية، ولقد تناول المشرع الجزائري من جانبه تنظيم هذه المهن بواسطة قوانين تهدف إلى حماية الصحة العمومية، منها قانون الصحة ومدونة أخلاقيات مهنة الطب بالإضافة إلى مواد قانون العقوبات التي تردع كل مساس بالكيان الجسدي.

يعتبر هذا الشرط منطقي وضروري يستوجبه العمل الطبي في حد ذاته، إذ أن أي مساس بجسم الإنسان يحتم بالضرورة وجود ترخيص لدى المركز المعالج، والترخيص القانوني لا يمكن منحه إلا من طرف السلطات المختصة للأطباء والمراكز التي تتوفر فيها الشروط القانونية المنصوص عليها في القوانين واللوائح وذلك بعد تقديم الملف الإداري المطلوب،حيث يتطلب إمكانيات مادية ضخمة لتوفير الوسائل والتجهيزات من أجل إجراء العمليات بكل.

ولتفادي خروج العملية عن أهدافها المشروعة يجب التفريق بين أنواع التلقيح التي سبق ذكرها؛ فالتلقيح الداخلي يمكن للمراكز الخاصة القيام به، أما التلقيح الخارجي فيجب أن يقتصر على المراكز الاستشفائية الحكومية نظرا للخطورة الكبيرة التي ينطوي عليها، خاصة ما تعلق بطرق التحكم في جنس الجنين وتحسين نسله[1].

[1] حسيني هيكل،المرجع السابق،ص.116.

زيادة على الترخيص يجب توافر بعض الشروط من أهمها ما يلي:

-توافر الإمكانيات العلمية والمالية حتى يتمكن المركز من العمل بكفاءة واقتدار، مع توفير جهاز طبي وبيولوجي متخصص، وتجهيزها بأحدث الوسائل التقنية من أجل الوصول إلى أعلى نسبة نجاح ممكنة.

-خضوع المراكز العامة والخاصة لقانون الصحة العامة، واللوائح والقرارات المنظمة للعمل الطبي.

-ضرورة ترتيب جزاءات مناسبة في قانون الصحة، وقانون العقوبات لضمان عدم مخالفة هذه الشروط[1].

فالمشرع الجزائري وإن لم ينص على ذلك صراحة في قانون الأسرة، إلا أنه لا يتوقع أن يترك الأمر دون تنظيم، فبالرجوع لقانون الصحة من خلال المادة 372[2] ،نجد أنه كلّف وزير الصحة بهذا الأمر للترخيص للممارسين وتحديد المؤسسات والمراكز والمخابر للقيام بالأعمال المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق اصدار مراسيم تنظيمية تحديد شروط و آليات ممارسة هذا النشاط الطبي الحساس .ومما يستحق الذكر أنه زيادة على الترخيص يجب توافر مجموعة من الشروط أهمها:

-توافر الإمكانيات العلمية والمالية مع توفير جهاز طبي متخصص، بالإضافة إلى التجهيز بأحسن الوسائل التقنية من أجل الوصول إلى أعلى نسبة نجاح ممكنة.

-خضوع المراكز العامة والخاصة لمراقبة المصالح الصحية المختصة، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 373 فقرة[3] 2 من قانون الصحة .

-ترتيب جزاءات ردعية في حالة عدم احترام الشروط الموضوعية والإجرائية المتعلقة بعملية التلقيح والاصطناعي.

وعلى النقيض من ذلك فإن التشريع المصري بدا خاليا من النصوص القانونية التي تنظم المسألة محل البحث مما يستوجب تدخله لتنظيم وسائل الإنجاب الحديثة،لأنها تمارس في مصر بصفة عادية وحقّقت نجاحات متقدّمة في هذا الميدان .

كما نظم المشرع الفرنسي الشروط السالفة الذكر بموجب المادة 2142 -01 [1] من قانون الصحة العامة و التي كانت تحدد مدة صلاحية الرخصة للمؤسسات المكلفة بالقيام بكل ما له علاقة بالمساعدة

[1] أنظر،أمير فرح يوسف،أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية،الطبعة الأولى،مكتبة الوفاء القانونية ،الإسكندرية،2013،ص.48.

[2] «تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض،في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلّف بالصحة بممارسة ذلك»، المادة 372 من ق.ص.ج

[3] « تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة ... » المادة 02/373 من ق.ص.ج

الطبية على الإنجاب ب 5سنوات ،قبل أن يعدل هذه المادة ويحددها ب 07 سنوات بموجب الأمر 2018-04 تبسيط وتحديث مخططات الترخيص لأنشطة الرعاية الصحية ومعدات المواد الثقيلة الصادر بتاريخ 2018/01/03 ،وحسنا فعل المشرع الفرنسي حيث كان أكثر وضوحا ومواكبة للوضع من خلال تحديده للشروط المطلوبة و رفعه لمدة الرخصة القانونية للمراكز المكلفة بعمليات المساعدة الطبية حتى تتأقلم مع المستجدات العلمية.ونأمل أن يحذو المشرع الجزائري حذو نظيره الفرنسي ويصدر تنظيما يشرح من خلاله الشروط التي تكلمت عليها المادة 372و373 من قانون الصحة حتى يحدد الشروط و كيفيات ممارسات التلقيح الإصطناعي في الجزائر.

ثانيا :ضرورة إشراف لجنة طبية على العملية

يعتبر هذا الشرط جوهريا للقيام بعملية التلقيح، فلا يمكن القيام بمثل هذه العمليات، إلا إذا كانت تحت إشراف لجنة طبية لتجنب الانحرافات التي قد تحدث.

[1] « Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle et de la stimulation ovarienne, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé.
Sous réserve de l'alinéa suivant, les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent être pratiquées que dans les laboratoires de biologie médicale accrédités selon les modalités prévues par les dispositions du chapitre Ier du titre II du livre II de la sixième partie. Les activités cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation relatives aux gamètes en vue de don ne peuvent être pratiquées que dans des organismes et établissements de santé publics, ou dans des organismes et établissements de santé privés à but non lucratif. Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens au titre de ces activités. A l'exception de l'insémination artificielle et de la stimulation ovarienne, les activités, tant cliniques que biologiques, d'assistance médicale à la procréation doivent être autorisées suivant les modalités prévues par les dispositions du chapitre II du titre II du livre Ier de la partie VI du présent code. Pour être autorisés à exercer ces activités, les établissements, les laboratoires et les organismes mentionnés aux premier, deuxième et troisième alinéas doivent faire appel à des praticiens en mesure de prouver leur compétence et remplir les conditions déterminées en application des dispositions susmentionnées de la partie VI du présent code et des conditions de fonctionnement déterminées par voie réglementaire. L'autorisation porte sur une ou plusieurs des activités d'assistance médicale à la procréation, avec ou sans tiers donneur. Elle est délivrée pour une durée de sept ans. La mise en œuvre de la fécondation in vitro est subordonnée à la réunion des autorisations clinique et biologique mentionnées au quatrième alinéa.».Art.2142-01,modifié par art. 02 du Ordonnance n° 2018-4 du 3 janvier 2018 relative à la simplification et à la modernisation des régimes d'autorisation des activités de soins et d'équipements matériels lourds, JORF n°0002 du 4 janvier 2018.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن اللجنة الطبية لها كل الحرية في اتخاذ قرار إجراء عملية التلقيح الاصطناعي من عدمه، بعد دراسة الحالة الصحية لطالبي التلقيح، ويعتبر التشريع الفرنسي السباق إلى ذلك من خلال نص المادة 152-10[1] من القانون رقم 94-654 حيث أوجب إتباع الإجراءات التالية:

– تقديم طلب كتابي للجنة الطبية المتخصصة، وبعد ذلك تقوم اللجنة بإجراء مقابلة مع الزوجين لتتأكد من الدوافع الحقيقية لإجراء التلقيح، وهذا بعد عرض الزوجين على لجان طبية من عدة تخصصات لدراسة الحالة النفسية والصحية والاجتماعية على ذلك تقوم اللجنة باتخاذ القرار المناسب.

–تخصيص ملف كامل لكل حالة يحتوي على جميع البيانات المتعلقة بالزوجين، ومضمون المقابلة وقرار اللجنة النهائي، وفي حالة قبول الطلب فلا يتم إجراء عملية التلقيح إلا بعد مرور مدة شهر قابلة للتمديد من تاريخ موافقة اللجنة، والحكمة من ذلك هو إعطاء فرصة للزوجين لإعادة التفكير في طلبهما كما قد تظهر مستجدات تجعل اللجنة تعيد النظر في قراراتها.

– وضع سجلات تدون فيها البيانات الخاصة بالزوجين، والفريق الطبي المعالج، وتكاليف العملية وتاريخ إجرائها، ونوع التلقيح، مع تسليم وثيقة للزوجين تبصرهما بالاحتمالات والمخاطر التي تحف العملية.

[1] «La mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale.
Ils doivent notamment :
1° Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption ;
2° Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, ainsi que de leur pénibilité ;
3° Leur remettre un dossier-guide comportant notamment :
a) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation ;
b) Un descriptif de ces techniques ;
c) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet.
La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien.
La confirmation de la demande est faite par écrit.
La mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'Etat.
L'assistance médicale à la procréation ne peut être mise en oeuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent chapitre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître. Art 152-10, Abrogé par l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 .

المشرع الجزائري ومن خلال قانون الصحة لم يتوسّع في هذا الموضوع ،ماعدّا النص على وجوب تقديم طلب كتابي من طرف الزوجين حسب المادة 02/371[1] دون تحديد شكل الطلب (استمارة أو نموذج معد من طرف المصلحة أم طلب كتابي عادي)،وحتى الفريق الطبي أواللجنة المكلفة بالعملية لم يحدد شكلها وطبيعتها القانونية حسب المادة 01/372 [2]،وترك الأمر لوزير الصحة لينظم هذه المسائل.

نظرا للطابع الاستثنائي لعملية التلقيح الاصطناعي كوسيلة لمعالجة العقم ومساعدة الأزواج على الإنجاب، إلا أنه محفوف بالمخاطر والتعقيدات، وتعلقه بالأعراض، لذا يجب الحرص على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي وفق الضوابط والشروط المنظمة لها، ووضعها تحت رقابه هيئات طبية متخصصة حكومية لتجنب التلاعب بالبويضات والحيوانات المنوية،وعلى المشرع الجزائري التسريع بإصدار النصوص التنظيمية المشار إليها في قانون الصحة و التي لم تر النور بعد .

بعد شرحنا وعرضنا للشروط الطبية والإجراءات الواجب توافرها للقيام بالتلقيح الإصطناعي ،سنتطرق في المبحث الثاني لصورة من صور التلقيح الإصطناعي والمتمثلة في التلقيح الإصطناعي الداخلي .

المبحث الثاني

الطرق الطبية والعلمية للتلقيح الإصطناعي الداخلي

لقد استطاع الطب الحديث أن يكتشف أساليب فنية وطبية فعالة للقضاء على العقم وأسبابه وتساعد على الإنجاب، حيث مكن الأزواج من الإنجاب عن طريق التلقيح الإصطناعي الذي يتم من خلاله تلقيح البويضات الأنثوية بالحيوانات المنوية الذكرية بدون اتصال جنسي بينهما، وفي هذا الصدد وبالنظر إلى أن الإنجاب هو الهدف المنتظر من العلاقة الزوجية، فقد توصل الباحثون إلى علاج الحالات المرضية المسببة للعقم ،والتي تتم بطريقتين :الأولى تستهدف علاج العقم وضعف خصوبة الرجل ،والثانية تسعى لعلاج ضعف الخصوبة عند المرأة وعقمها .لذلك هل سيكون التلقيح الإصطناعي الداخلي والذي يعتبر أحد صور التلقيح فعالا لعلاج العقم وتحقيق الإخصاب؟هذا ما سنراه في هذا المطلب من خلال التطرق إلى التلقيح الإصطناعي الداخلي بين الزجين (مطلب أول) ثم بتدخل الغير (مطلب ثان).

[1] « يقدم الزوج و الزوجة كتابيا وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب...» المادة 02/371 من ق.ص.ج.

[2] « ... من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض...» المادة 01/372 من ق.ص.ج.

المطلب الأول

التلقيح الإصطناعي الداخلي بين الزوجين

يشكل التلقيح الإصطناعي وثبة علمية حديثة وأسلوبا يلجأ إليه الأطباء عقب فشل الطرق التقليدية في العلاج لتمكين الأزواج من الإنجاب بشكل طبيعي، فهو عملية أو وسيلة تساعد على تحقيق الإنجاب نسبة كبيرة،ويعتبر التلقيح الإصطناعي الداخلي أحد أنواع التلقيح الطبي،وهو أخف ضررا منه من حيث الآثار التي يمكن أن تترتب و هو الأساس في عملية التلقيح ،فلا يلجأ إلى التلقيح الخارجي إلا في حالة فشل عملية التلقيح الداخلي مما يدل على أهميته ونجاعته ، فكيف تتم هذه الطريقة؟، وما هي صورها؟وما موقف الفقه والقانون؟ هذا ما سوف نتطرق إليه.

الفرع الأول

تعريف التلقيح الإصطناعي الداخلي وطريقته الطبية

يعتبر التلقيح الإصطناعي الداخلي أحد أنواع التلقيح الإصطناعي وأهمها، حيث لا يتم اللجوء إلى النوع الثاني وهو التلقيح الخارجي إلا في حالة فشل النوع الأول. ولقد وردت عدة تعريفات لتحديد مفهومه وتبسيط ممارستها، لذلك سنحاول أولا عرض بعض المفاهيم و التعريفات لتبسيط الرؤية ،ثم شرح عملية التدخل الطبي لتحقيق الهدف المرجو من هذه العملية (ثانيا)

أولا: تعريفه

«التلقيح الداخلي هو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها أو لغير زوجها في المكان المناسب من المهبل، ويستوي بعد ذلك أن تكون النطفة المستخدمة في عملية التلقيح طازجة أو مجمدة[1] ».وعرّف أيضا بأنه « يتمثل في دمج الحيوان المنوي بالبويضة في الثلث الأعلى لقناة فالوب[2]». وقد عرفه الدكتور حسيني هيكل بأنه« مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لابد من توافرها»[3].

[1] أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص.64.

[2] أنظر،سناء عثمان الدبسي، أحمد اللدان،الإجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي،منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى،بيروت،2010 ، ص.161.

[3] حسيني هيكل،المرجع السابق،ص.126.

كما عُرف هذا النوع من التلقيح عند الفقهاء القدامى وكانوا يسمونه بالاستدخال ويعنون به إدخال الزوجة مني زوجها في قبُلها وذلك إذا كان زوجا خِصّيا أو محبوبا أو مقطوع الذكر[1].

تعدّ أقدم طريقة عرفها الطب فهي تشبه الإخصاب الطبيعي،لأن تدخل الطب يكون محدودا ولا يتعدى سوى إدخال السائل المنوي في رحم الزوجة؛ ولنجاح هذه العملية، يجب أن تبقى الزوجة مستلقية على ظهرها قرابة الساعة، وذلك لمساعدة النطف للوصول إلى مقرها الصحيح داخل الجهاز التناسلي حيث أن البويضة تنتظرها في بوق الرحم. ولا تجرى هذه العملية إلا في اليوم المحدد للتبييض ويستطيع الطبيب معرفة ذلك اليوم عن طريق مراقبة حرارة المرأة طيلة الشهر ومراقبة الدورة الشهرية في الأشهر الثلاث السابقة أو بوضع الأوراق الملونة[2] .

وتعتبر روسيا أول دولة تستخدم التلقيح الإصطناعي الداخلي بطريقة علمية، وذلك عندما تمكن الروس من تلقيح الأبقار والأغنام والخيول والخنازير، وبعد النجاح الباهر الذي حققته هذه التقنية في مجال الحيوانات،انتقل استخدامه إلى الإنسان وتكونت بنوك المني وانتشرت انتشارا كبيرا في الولايات المتحدة الأمريكية وأوربا واشتهرت هذه البنوك في أوقات الحرب وخاصة في حرب الفيتنام عندما كان الجنود الذاهبون إلى الحرب يعطون منيهم لهذه البنوك لتستعمله النساء أثناء غياب الأزواج في الحرب[3] .

ويعد الإنجليزيHUNTER أول من جرّب التلقيح الإصطناعي على الإنسان سنة 1799 ،وكان ذلك في حق زوجين لم ينجبا بشكل طبيعي بسبب إصابة الزوج بعاهة وراثية حالت دون الإنجاب[4] .

ويتم اللّجوء إلى هذه التقنية في عدة حالات كاختلال وظائف المبيض، كأن يصبح غير قادر على إفراز البويضات، أو يفرز بويضات ميتة، أو انسداد الأنبوب الذي يصل المبيض بالرحم وهو المسار الذي تسلكه البويضة للإلتقاء بالسائل المنوي.كما قد يكون السبب هو خلل وظيفي في الرحم الذي يعتبر منبت الولد وإلى حد الساعة لم يستطع الأطباء والباحثين إعداد المشيمة الصناعية التي من الممكن أن يتم الإستعانة بها عن الرحم[5]هذا بالنسبة للمرأة.

وفي حالات أخرى يكون السبب في الرجل كتلوث السائل المنوي أو قلة عدد الحيوانات المنوية الفعالة فيه،حيث يتم جمع ماء الرجل عن طريق الاستمناء اليدوي، ثم بعد المعالجة بمواد تزيد من نشاط الحيوانات

[1]أنظر، عارف علي عارف، مدى شرعية التصرف في الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، بغداد،العراق،1998،ص.261.

[2] أنظر، محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي ،أحكامه القانونية و حدوده الشرعية ، مطبعة جامعة الكويت ، 1991 ، ص.21.

[3]أنظر، محمد علي البار، طفل الأنبوب الاصطناعي قضايا طبية فقهية معاصرة ، الدار السعودية للطبع والنشر والتوزيع ، جدة،2003،ص.97.

[4]أنظر،تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، .الجزائر، 2001 ، ص.93.

[5]أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص.68.

المنوية واستخلاص الأفضل يتم حقنها في رحم المرأة في فترة التبويض؛أو وجود تنافر مناعي بين مني الرجل وإفرازات المهبل أو عنق الرحم عند المرأة ، الأمر الذي يعيق وصول الحيوانات المنوية للبويضة مما يؤدي إلى هلاكها؛أو في حالة الزوج العنين أو المجبوب، حيث يجمع منيه عن طريق الاستمناء أو يؤخذ بطريق الجراحة إن لم يستطع، و يحقن في رحم المرأة بالتلقيح الداخلي[1] .

ثانيا :الطريقة الطبية المتّبعة للتلقيح الإصطناعي الداخلي

وتتم عبر ثلاثة مراحل :

1-يقوم الطبيب المعالج بإجراء فحوصات خاصة ومعمّقة للزوجة للتأكد من صلاحيتها لهذا النوع من التلقيح ،حيث يتأكد من وجود الإباضة عند الزوجة، و أن قناتي فالوب مفتوحتان،حيث تبدأ بعد ثلاثة أيام من الدورة الشهرية، وفيها يقوم الطبيب بإعطاء الزوجة دواء (pregnyl) بهدف تنشيط عملية التبييض، ثم يقوم بإجراء تحليل الدم لتأكد من وجود النسبة المطلوبة لهرمون الأستروجين.

2- بعد مرور 12 يوما من أيام التبييض، يقوم الطبيب بقياس حجم الحويصلات عن طريق الأشعة ثلاثية الأبعاد ليقرر ما إذا كانت مناسبة للإخصاب، فإن وجدها بالحجم المطلوب للتلقيح يعطي الزوجة العلاج الهرموني المنشط لانطلاق البويضة، وتتم قبل عملية الحقن بمدة لا تقل عن 36 ساعة، بعد تجميع السائل المنوي للزوج عن طريق الاستمناء أو الجراحة أو العزل

3-يتم أخد عينة من السائل المنوي وترسل إلى المختبر لتحضيرها، وتستغرق هذه العملية ساعة إلى ثلاثة ساعات، ويتم خلالها استعمال مواد خاصة لغسل المني وتنقيته من الشوائب وإزالة الحيوانات المنوية الضعيفة .

4- بعدما تجرى عملية الحقن في الوقت الذي يحدده الطبيب المعالج، وبشكل عام فان متوسط الوقت لإجراء عملية الحقن داخل الرحم حوالي 24 إلى 44 ساعة،ثم يتم الحقن بواسطة أنبوبخاص(Cathéter) وهذه العملية غير مؤلمة وتبقى بعدها المرأة مستلقية على ظهرها حوالي ساعة من الزمن،لمساعدة النطف للوصول إلى مكانها مقرها الصحيح داخل الجهاز التناسلي للمرأة . حيث تنتظرها البويضة في بوق الرحم ليتم التلقيح وتبدأ مراحل تكوين الجنين، ويفضل أن تتم العملية ما بين اليوم 10 و 14من بدأ الدورة الشهرية

[1] أحمد محمّد لطفي أحمد ، المرجع نفسه ، ص.70.

للمرأة لأن نسبة نجاح العملية قد تصل 70% إذا تمت خلال هذه المدة، غير أن العلوق غالبا لاينجح في المحاولة الأولى مما يستوجب تكرار المحاولة لعدة مرات حتى يتم العلوق[1].

الفرع الثاني

موقف الفقه من التلقيح الإصطناعي الداخلي بين الزوجين

للتلقيح الاصطناعي الداخلي عدة صور منها ما هو مقبول كالتلقيح الذي يتم بين الزوجين وأثناء حياتهما، ومنها ما هو مرفوض كالتلقيح الاصطناعي الذي يتم بعد انتهاء العلاقة الزوجية، أو الذي يتم بتدخل الغير الخارج عن العلاقة الزوجية، هذا ما سنبيّنه في هذا الفرع عن طريق سرد الآراء الفقهية .

أولا:أثناء قيام العلاقة الزوجية وحال حياة الزوجين

إن الخوض في البحث والإعتماد على مصادر الشريعة ومصادرها في قضية التلقيح الإصطناعي بصفة عامة، أمر مطلوب نظرا للتطور الذي أحرزه هذا العلم من جهة وحاجة الناس إلى موقف واضح وثابت من جهة أخرى، والحل الأمثل هو قيام أهل الإختصاص من الطب والشرع بدراسات معمقة والخروج بموقف موحد. والحديث عن الحكم الشرعي يأتي كضرورة ملحة لأن الإكتشافات والتجارب العلمية الحديثة جعلت مسؤولية المرء عن جهازه التناسلي تتّسع يوما بعد يوم، متجاوزة بذلك حالات الوطء الحلال والوقوع في الفاحشة، وأصبح الرجل مسؤولا عن منيه والمرأة عن البويضة أين يضعانها وما مصيرهما عند القيام بفحوصات وتحاليل عن الإنجاب والخصوبة في المراكز المتخصصة؟ ونخص بالذكر المني والبويضات الزائدة بعد الإنتهاء من عملية التلقيح الإصطناعي[2] .

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه القضية إلى رأيين :

ذهب الإتجاه الأول إلى رفض فكرة اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بصفة عامة حتى ولو كانت في إطار العلاقة الزوجية، واستندوا في ذلك إلى أن هذه الوسيلة الطبية تتعارض مع مشيئة الله لأنها تعتبر خرقا

[1] أنظر، شوقي زكريا الصالحي، لتلقيح الصناعي الداخلي والخارجي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، العلم والإيمان للنشر والتوزيع،مصر،2006 ،ص35؛ حسيني هيكل،المرجع السابق،ص129.

[2] أنظر، ماهر حامد الحولي، الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي في أطفال الأنابيب، بحث مقدم في اليوم الدراسي تحت عنوان "التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب بين العلم والفقة"،الجامعة الإسلامية غزة ،كلية الشريعة والقانون، 2004، منشور باختصار في الموقع الإلكتروني : http://www.azahera.net/showthread.php?t=10253

لقوانين الطبيعة ومع نصوص القرآن الكريم، ومن بين فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين والرافضين لهذه الفكرة ،نذكر منهم الشيخ رجب التميمي[1]، الشيخ عبد الله بن زايد آل محمود واستدلوا في ذلك على :

1-قال الله تعالى {نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلَاقُوهُ و بَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ}[2] .

وجه الدلالة :أن الإنجاب يكون بين الزوج وزوجته في المعاشرة الزوجية لا بواسطة طرف ثالث؛ فالتلقيح الاصطناعي يحصل بواسطة شخص ثالث وهو الطبيب الذي يأخذ المني ويضعه في رحم المرأة وهذا الفعل فيه انتهاك لحرمة الإنسان ولحرمة الزوجية؛ لأن العلاقة الزوجية يفترض فيها السرية، إذ لا يجوز للزوجين أن يتحدثا بما يحصل بينهما، فكيف والأمر انكشف لدى شخص ثالث.[3]

2-تعارض التلقيح الاصطناعي مع مشيئة الله سبحانه وتعالى و حججهم في ذلك :

قوله تعالى { لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ * أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ } [4].

وجه الدلالة :من الآية الكريمة أن سنة الله وفطرته جعل بعض خلقه عقيما، وعليه فأية محاولة للإنجاب بغير الطريق الطبيعي الذي هيأه الله تعالى، يعد مخالفا لسنته في خلقه وخرقا لقوانين الطبيعة و تطاولا على الذات الإلهية [5].

3-انعدام الاتصال الجنسي بين الزوجين، وبالتالي غياب المتعة الجنسية والعاطفية بالجماع، من شأنه أن يؤدي إلى إثارة الفتن والشبهة والشك في النسب.

4-إن استخراج المني في عملية التلقيح الاصطناعي يتم عن طريق الاستمناء اليدوي، وهذا مخالف للطريقة التي أقرها الله ورضيها لعباده.

5-تقنية التلقيح الاصطناعي تؤدي إلى كشف العورة وهذه التقنية لا ترقى إلى مرتبة الضرورات الخمس المقدرة في الفقه الإسلامي التي تبيح كشف عورة المرأة أمام الطبيب الأجنبي عنها .

---

[1] أنظر، رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول،عدد الثاني ،2009ص.309-310 ، منشور على الموقع الإلكتروني : http://www.feqhweb.com/vb/t3712.html

[2] سورة البقرة ،الآية 223 .

[3] رجب التميمي، أطفال الأنابيب...،المرجع السابق،ص.312.

[4] سورة الشورى ، الآيتين 49-50.

[5] انظر،عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، عدد الثاني، ص 313.منشور على الموقع الإلكتروني https://shamela.ws/book/8356/315

6-التلقيح الاصطناعي يعطي الفرصة للأطباء بالتحكم في جنس الجنين، بتلقيح الزوجة بالكروموزمات التي تريدها، فإن كانت تريد ذكرا لقحت بالكروموزوم(y)، وإن كانت تريد أنثى لقحت بالكروموزوم(x) مما يشكل خطرا على التوازن البشري في المجتمع[1] .

غير أن أنصار الإتجاه الثاني قد أجازوا التلقيح الإصطناعي الداخلي بين الزوجين، ولكن لم يجيزوه على إطلاقه بل أحاطوه بمجموعة من الضوابط و الشروط والتي كنا قد عرضنا بعضها سابقا ،بالإضافة إلى بعض الحجج والأسانيد ونذكر منها :

1-إن من مقاصد الشريعة الإسلامية إبقاء النسل و حفظه، وهذا لا يتحقق إلا بالزواج الذي يتم فيه الإتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة ،وعند تعذر ذلك فلا مناص من اللجوء إلى استعمال التلقيح الإصطناعي لتحقيق الهدف من الزواج .

2-إن التداوي مشروع للحفاظ على النفس البشرية ،وعلاج العقم بهده الوسيلة يندرج تحت عموم جواز التداوي والمعالجة الطبية لكن بشروط معينة لكي يتحقق مقصد حفظ النسل . أما ارتكاب محظور ككشف العورة مثلا ،فإنه مقيد بالضرورة وإنه من شروط الضرورة الشرعية أن تكون قائمة لا منتظرة ،وإن لم تكن ضرورة فإن الحاجة تنزل منزلة الضرورة ،و يستند في ذلك للقاعدة الشرعية "الضرورات تبيح المحضورات" ،والقاعة الثانية"الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة[2].

3-أن العقم لا يعدو أن يكون مرضا ولقد حثت الشريعة الإسلامية على التداوي ،فالجسم يتصف بصفات عضوية وحالات فسيولوجية والخروج عنها يعد مرضا ،فإذا وجد في شخص مانع يمنعه من الإنجاب وكان بإمكانه العلاج والتداوي، فإن ذلك يعد من حالات الأخد بالأسباب والتسليم بقضاء الله و قدره[3] .

4-إن اللجوء لتقنية التلقيح الإصطناعي يغلق باب التفكير في التبني لأنه محرم شرعا وقانونا.

وهذا لقوله تعالى { ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا} [4] .

[1] أنظر،عارف علي عارف القره داغي ، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، مجلس النشر العلمي الماليزي، 2011 ، ص.191.

[2] فرج محمد محمد سالم ، المرجع السابق ، ص. 130 .

[3] محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص. 250.

[4] سورة الأحزاب ، الآية 05.

5-إن التلقيح الاصطناعي يدخل في مشيئة الله تعالى، لأن الماء يخرج من الزوج بشكل دافق ويستقر في رحم الزوجة في قرار مكين، وكل ما هنالك هو الاستغناء عن الاتصال الجنسي لإيصال ماء الرجل للبويضة والإستعانة بتقنية خاصة لذلك، وأما الماء فهو دافق ويستقر في الرحم[1].

6- «التلقيح الاصطناعي ليس الهدف منه منع الزوجين من الاستمتاع، وإنما الهدف منه تذليل الصعاب التي تمنع الزوجين من الإنجاب عن طريق الاستعانة بآلة خاصة، وإن الاتصال الجنسي ليس السبيل الوحيد لإيصال الحيوان المنوي إلى رحم الزوجة، لإن الحمل قد يتم باستدخال الحيوان المنوي في المكان المخصص من رحم الزوجة دون اتصال جنسي»[2] .

هذا ما أكده مجلس مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة بقوله « احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجا يعتبر غرضا مشروعا يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج وعندئذ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة»[3] حيث فسر كثير من الفقه أن قصد المجمع بالحالة غير الطبيعية هي العقم[4] .

أمام هذه الحجج المقدمة من هذا الإتجاه ، يمكن الرّد بأن الإتصال الجنسي وإن كان هو الطريقة الفطرية لإيصال ماء الزوج لمهبل الزوجة لحصول الإنجاب ،إلا أنه ليس الطريقة الوحيدة لأنه يمكن للتلقيح الإصطناعي أن يلعب هذا الدور أيضا في حالة الإستدخال ويمكن شرعيا مادام أن المني المستخدم هو ماء الزوج، وتأكيدا لدلك قرّر مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة "أن حاجة المرأة المتزوجة و حاجة زوجها على الولد يعتبر غرضا مشروعا يبيح معالجتها هي وزوجها بأسلوب الإخصاب الطبي المساعد وهو الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من متزوج ثمّ تحقن في رحم زوجته،وهو بذلك أسلوب أو وسيلة جائزة شرعا بعد أن ثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل و الإنجاب"[5].

من خلال عرض الآراء المؤيدة والمانعة لفكرة التلقيح الإصطناعي الداخلي من جهة، واعتباره حلا مناسبا للقضاء على العقم من جهة أخرى والتبني، إلا أننا نميل للرأي المجيز لهذه التقنية لأنه يرفع الحرج والغبن عن الأزواج المحرومين من الإنجاب بالطريق الطبيعي، ويحافظ على تماسك الأسرة رغم أنه لازال لم يُعالج

[1] أنظر، محمّد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي ،أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مطبعة جامعة الكويت، 1991 ،ص. 28.

[2] عارف علي عارف القره داغي ، المرجع السابق ، ص195.

[3] للمزيد من التفاصيل ، راجع قرارات المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ، القرار الخامس، المرجع السابق ، ص 335.

[4] حسني هيكل ، المرجع السابق ، ص.169.

[5] للمزيد من التفاصيل ، راجع قرارات المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ، القرار الثاني الخاص بالتلقيح الإصطناعي ،الدورة الثامنة، 1405هـ، على الموقع الإلكتروني http://www.themwl.org/Fatwa/default.aspx?d=1&cidi=100&cid=12

بالطريقة الصارمة، حيث لازال بعيدا عن إطاره القانوني والشرعي نوعا ما ،بعدما أصبحنا نسمع عن أشخاص لا تربطهم علاقة شرعية كمثليي الجنس يستفيدون من هذه التقنية (في الدول الأوربية)، وحتى المرأة المتزوجة أصبحت تستعمل إحدى صور التلقيح الإصطناعي والمتمثلة في صورة الأم البديلة حتى تحافظ على صحتها ورشاقتها.

ثانيا. بعد انحلال العلاقة الزوجية

تنحل الرابطة الزوجية بالوفاة أو الطلاق، ومن المعلوم أن التلقيح الاصطناعي الداخلي الذي يتم بعد الوفاة أو الطلاق يعد تلقيحا بعد انتهاء العلاقة الزوجية، كما أنه يخالف أحكام النسب التي أقرتها الشريعة الإسلامية الغراء، سأتعرض لكل من التلقيح الاصطناعي بعد انحلال الرابطة الزوجية أثناء العدة، ثم أتطرق إلى التلقيح الاصطناعي بعد انحلال الرابطة الزوجية بعد انتهاء فترة العدة،و نعرض الآراء الفقهية و الحجج لكل من المؤيد و المعارض

أ– التلقيح الاصطناعي الداخلي بحيوانات الزوج أثناء العدة من وفاة

أي أن تُجرى عملية التلقيح الإصطناعي خلال المدة الشرعية والمحددة بأربعة أشهر و10 أيام،يعني قيام الأرملة باسترجاع مني زوجها المتوفى، الذي احتفظ به أثناء حياته في بنك المني لتلقح به نفسها قصد الحمل والإنجاب، للحفاظ على ذكرى زوجها أو ثروته من الضياع، فالإنجاب بعد وفاة الزوج أصبح حقيقة علمية، نتج عنها ولادة الكثير من الأطفال بعد وفاة أبائهم بمدة طويلة

لقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لهذه المسألة وانقسموا حولها إلى قولين:

القول الأول :جواز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي بالحيوانات المنوية للزوج أثناء عدة الوفاة

إن الحياة الزوجية لا تنتهي بانتهاء العدة، فقد تعمد الزوجة إلى استرجاع مني زوجها المجمد وإعادة تلقيح نفسها (l'insémination post mortem)، رغبة منها في أن يكون لها ولد من زوجها المتوفِي ليذكرها به أو لسبب الميراث وبه قال سماحة الدكتور عبد العزيز الخياط «وقد يلجأ الرجل إلى حفظ منيه في مصرف منوي لحسابه الخاص ثم يتوفى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخليا بنطفة منه فتحمل، والحكم في هذا أن الولد ولده، وإن العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعا ويستهدي في ذلك بما قدره الفقهاء من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر أو شهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة ولأن النسب ثابت قبل

الولادة، وثابت أن النطفة منه، وإنما من غير المستحسن في هذه الحالة أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة »؛كما يرى أيضا أن« الأرملة حتى لا ترمي نفسها بأقاويل الزنا يجب أن تشهد على أنها أخذت من زوجها من مصرف المن وتكون الشهادة عند إيداع من الزوج وعند استخراجه» [1].

القول الثاني :حرمة إجراء عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي بالحيوانات المنوية للزوج أثناء العدة من وفاة

وهو قول جمهور الفقهاء المعاصرين(الشيخ مصطفى الزرقا،الشيخ بكر أبو زيد، الدكتور مُحَمَّد علي البار) وهو ما صرّحت به اللجنة الطبية الفقهية الدائمة في الأردن،وهو رأي المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرّمة في دورته السابعة عام 1404هـ،واستدلوا لرأيهم بما يلي:

-يعد التلقيح الإصطناعي في حكم الوطء، والوطء منه ما هو حلال فيثبت به النسب،و منه ما هو حرام فلا يثبت به النسب

والتلقيح الإصطناعي بعد انتهاء عقد الزواج بالوفاة يعد حراما ولا يثبت به النسب لأن الماء غير محترم.

-العدة إنما شرّعت من أجل براءة الرحم،و إن إدخال ماء الزوج أثناء العدة هو إفساد لما وضعت العدة لأجله[2].

-إن تلقيح المرأة بنطفة زوجها المتوفى،لا تخلو من بعض المحظورات الشرعية ككشف العورة المغلظة ولمسها والنظر إليها، لأن التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة ليس من المواضيع الضرورية التي يأذن فيها الشرع لكشف العورة.

- انتهاء الحياة الزوجية بوفاة أحد الزوجين، فتصبح الزوجة أجنبية عن زوجها المتوفى، وبالتالي لا يجوز لها تلقيح نفسها بمائه بعد وفاته مهما كانت الأسباب

- وكذلك في حالة ما إذا انتهى عقد الزوجية بطلاق بائن فلا يجوز استخدام المني في عملية التلقيح أو في حالة الطلاق الرجعي، إلا إذا راجعها زوجها وصارت زوجته، وقام بينهما عقد الزوجية من جديد[3].

ب- التلقيح الإصطناعي الداخلي بحيوانات الزوج بعد انتهاء عدة الوفاة

إن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على حرمة هذه الطريقة، وهذا لانقطاع العلاقة الزوجية بين الزوجين بانتهاء مدة العدة، لأن المرأة يمكنها الزواج بغيره. أما إذا تمت عملية التلقيح بعد انتهاء العدة فهي

[1] أنظر،عبد العزيز الخياط ،حكم الإسلام في العقم،طبعة وزارة الأوقاف و الإسلامية ،عمان،الأردن ،ب.س.ن، ص. 39 .

[2] مُحَمَّد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي .المرجع السابق،ص.214.

[3] أحمد مُحَمَّد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...،المرجع السابق ، ص.113 .

بين رجل وامرأة أجنبيين لا تربطهما أية علاقة، و حدوث الحمل بعد وفاة الزوج يلغي النسب. كما أن هذه العملية محرمة وتلتقي مع الزنا في إطار واحد، لانعدام الرابطة الشرعية بين المرأة والرجل المتوفي الذي إستدخلت منيه[1] .

فيما يرى البعض أن فيها شيء من الغرابة فيما إذا توفي الزوج فاستعمل منيه بعد وفاته في تلقيح زوجته التي توفي عنها، فهذه الصورة من حيث الحكم تعتبر محرمة لأكثر من سبب، من ذلك أن التلقيح الاصطناعي بنوعيه إنما يجوز عند الحاجة إلى ذلك، ولا حاجة هنا لأن المرأة المتوفى عنها زوجها إن كانت بحاجة إلى ذرية، فإنه باستطاعتها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها، فتنجب من زوجها الجديد[2] .

كما حرمت هذه الطريقة ومرجع ذلك أن العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة حتى لو وافق الزوجان على ذلك كتابة قبل وفاة الزوج. وهذا ما أقرّته اللجنة الطبية الدائمة في الأردن أقرت بذلك بقولها" :لا يجوز ولا بأي حال من الأحوال استخدام من الزوج المتوفي لتلقيح بويضة زوجته السابقة، سواء كان تلقيحا داخليا أم خارجيا، لأنه بموت الزوج ينتهي رباط الزوجية[3] .

الأستاذ إبراهيم الخضري يرى أنه « لو أخذت المرأة من نطف زوجها المحفوظة بطريقة علمية وتم تلقيحها منه بعد الوفاة فإن هذا الأمر محرم ولا يجوز إلا أنه لا يعتبر بمثابة الزنا الذي يوجب الحد، كما لا يعتبر من أولاد المتوفي وإنما قد يلحق بأولاد الشبهة(نكاح الشبهة)كما يرى أنه جريمة فِ حق الأخلاق والنسب فيجب عدم توريث من لا يرث» [4].

ويرى حسان حتحوت أنه «وإن كان التلقيح حاصل من نطفة الزوج إلا أن الحياة الزوجية تعتبر منتهية بمجرد الوفاة ويرى عدم جوازها وإلا سنكون أمام حالة وفاة الأب ويرثه ورثته الموجودون ثم يجيء بعد ذلك بسنة أو أكثر من يقول إنه ابن المتوفى ويكون من نطفته فعلا» ؛ أما الشيخ عطية صقر(رئيس لجنة الفتوى بالأزهر)فهو يرى أنه« إذا تم التلقيح بعد انقضاء عدة الوفاة فإن هذا الأمر يعد حراما لأن المتوفى صار أجنبيا عن أرملته»[5] .

---

[1] حسيني هيكل،المرجع السابق ،ص.134.

[2] أنظر،محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010،ص.41 .

[3] أنظر،زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع .ق .إ.، ،2006كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد40 ،ص.91 .

[4] أنظر،حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة- في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2010 ، السنة الثانية، عدد 02 .ص.134.

[5] أنظر،عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، مكتبة وهبة،ط1 القاهرة، 2006 ، ص. 260 .

بعد استعراضنا لمجموعة من الآراء المؤيدة و المعارضة نقول بأن :

-الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو الوفاة حسب المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري،وعليه بمجرد الوفاة يصبح الرجل في حكم الأجنبي بالنسبة للزوجة لإنحلال العلاقة الشرعية التي كانت تجمعهما ،فكيف للمرأة أن تتجرأ و تطلب التلقيح بمنى زوجها خاصة وأن العدة شرّعت لإستبراء الرحم و دفع الشكوك من اختلاط الأنساب .

-بالرجوع للمادة 43 من نفس القانون فإنه لا يمكننا أن نطبق أحكام النسب على المتوفي إلا إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الوفاة ،وبالتالي إذا قامت الأرملة بالتلقيح الإصطناعي خلال مدة العدة فأنها ستضع حملها خارج المدة الشرعية و القانونية و بالتالي ما مصير المولود ؟و كيف ينسب لأبيه في ظل مخالفته للقانون .

-إن مسالة التلقيح بعد الوفاة يُؤثر على تقسيم التركة ويرهن حقوق الورثة الشرعيين،لأنه سيفتح الباب للإدعاءات والشكوك حول صحة الحمل ونسب الأولاد للحصول على الميراث،والمشرع الجزائري كان قد أشار في المادة 174 من قانون الأسرة على وجوب عرض النزاع و الحالة على أهل الإختصاص للتأكد من الحمل لكنه حتى ولو ثبت ذلك طبيا، فإنه أكد على المادة 43 من نفس القانون و التي تبقى الفاصل بين الحمل الطبيعي و الإصطناعي .

وعليه نرى أن الصواب في تحريم عملية التلقيح الاصطناعي بعد انحلال العلاقة الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة، أثناء العدة أو بعد انتهائها، لأن الهدف من تشريع التلقيح الاصطناعي للزوجين هو تمكينهما من الأطفال أثناء حياتهما لضمان حياة سعيدة للأطفال،وفي حالة السماح وفتح المجال لهذه الوسيلة ستؤدي إلى ولادة أطفال يتامى أو مجهولو النسب يثقلون كاهل الأسرة والمجتمع، وقد تؤدي أيضا إلى اختلاط الأنساب،وبالتالي فمنع مثل هذا النوع من العمليات أقرب للصواب الراجح لتعارضه مع القواعد العامة لتحديد النسب .

بعدما تطرقنا للرأي الفقهي من خلال سرد الآراء المؤيدة والرافضة لهذه الوسيلة الطبية،سنبين من خلال الفرع الموالي كيف عالج القانون و القضاء هذه التقنية .

الفرع الثالث

موقف القانون والقضاء من التلقيح الإصطناعي الداخلي بين الزوجين

التشريع يعكس أوضاع الزمان والمكان الذي تنشأ منه القاعدة القانونية، والقانون وليد البيئة و منها فالتشريعات جاءت متباينة تبعا لإديولوجية كل مجتمع ،فالبعض بادر إلى إصدار تشريعات تعالج فكرة التلقيح الإصطناعي حسب ثقافته وميوله والبعض الآخر اكتفى بالقواعد العامة والإجتهادات القضائية.سنبين في هذا الفرع موقف كل من المشرع الفرنسي والجزائري والمصري حول التلقيح الإصطناعي كل حسب مبادئه وثقافته مع تركيز الدراسة في حالة انحلال الرابطة الزوجية لأنها تثير إشكالات عديدة ،عكس الحالة التي تكون فيها الرابطة الزوجية قائمة فيكفي توافر الشروط القانونية التي ذكرناها في المطلب الثاني من المبحث الأول

أولا.موقف القانون والقضاء الفرنسيين

أثارت هذه الصورة في فرنسا جدلا فقهيا كبيرا بعد نشر إحدى الصحف مقالا في أفريل سنة 1984حول إمكانية قيام المرأة بتلقيح نفسها بمني زوجها الموجود في بنك المني بعد وفاته؛حيث طالب أغلب الفقهاء الفرنسيين بتحريم هذه الصورة لما فيها من مساس بمصلحة الطفل، لأن ولادته بعد وفاة أبيه تحرمه من رعايته وعطفه وحنانه، وقد يحرم من النسب إليه إذا ولد بعد أقصى مدة الحمل،فيحرم من حقه في الميراث،كما أنه وُلد لإشباع أنانية أمه في الحصول على ولد من زوجها المتوفى، إضافة لانتفاء الغرض العلاجي الذي من أجله أبيحت عملية التلقيح الاصطناعي، ولأن الرابطة الزوجية تنتهي بوفاة الزوج، والتلقيح الاصطناعي يهدف إلى تمكين الزوجين معا من الولد فالزوجة تستطيع اشباع رغبتها في الإنجاب بالزواج من رجل آخر، وربما دون الخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي[1].

وقد أجاز فريق ثان هذه الصورة، بحجة أن المرأة من حقها أن تحفظ ذكرى زوجها المتوفى بأن يكون لها طفل منه، ولأن القانون الفرنسي يسمح للمرأة التي تعيش بمفردها من تبني طفل بشروط معينة فلا يجوز بأن يكون لها ولد من زوجها المتوفى،ويرون أنه لا يوجد أي مانع في أن يوصي الزوج بجزء من ذمته الجينية كما يوصي بذمته المالية، ويجب معاملة المني البشري معاملة التبرع بالأعضاء البشرية الذي يتم بعد وفاة المتبرع، فكما يجوز التبرع بالأعضاء بعد الوفاة فمن باب أولى إجراء عملية التلقيح بعد الوفاة في إطار الوصية.وأن

[1] André CLAVERT, la fédération Française des CECOS, l'heure du doute, insémination artificielle :Enjeux et problèmes éthiques, Ethiques et sciences, éd. John LIBBEY Eurotext, Paris, 1994, p. 17

وجود الأب في حياة الطفل لا يعني بالضرورة أن يكون هذا الأب صالحا وله دور إيجابي في حياته؛ بل قد يكون هذا الأب فاسد ومهمل لمسؤولياته اتجاه أسرته مما يعرض الطفل للخط[1] .

إن إنشاء مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي واتساع مجال نشاطاتها، أدى إلى ظهور مشاكل قانونية خطيرة ومعقدة صعب على القضاء الفصل فيها، مما دفع بالمشرع الفرنسي إلى التفكير في عرض مشاريع قوانين على البرلمان، لأجل محاولة تنظيم عمل المراكز والمخابر التي تسهر على عمليات الإنجاب ؛ وقد نجم عن ذلك إصدار مرسومين وزاريين بفرنسا بتاريخ 1988/04/08، الأول تحت رقم: 88-327، يتضمن مجموعة من الأحكام الخاصة بأنشطة التلقيح الطبي المساعد، والثاني يحمل رقم: 88-328، ويتناول إنشاء لجنة وطنية لطب وبيولوجيا الإنجاب[2].

وبعد مشاكل قانونية أثيرت أمام القضاء حول مسألة التلقيح الصناعي بعد الوفاة وعجز النصوص السالفة عن حلها أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم94-654 المؤرخ في 1994/07/29 والذي قضى بعدم جواز مثل هذه الصورة ، حيث حاول المشرع وضع بعض الضوابط والقيود على عملية التلقيح الإصطناعي،بداية بنص المادة 152-02[3]و التي اشترط من خلالها أن يكون الزوجان على قيد الحياة ،وبعد تعديل قانون الصحة العامة ومن خلال المادة 2141 فقرة04 [4]كان أكثر وضوحا وصرامة ومواكبة للتطورات حيث منع الإستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب في حالة وفاة أحد الزوجين أو الطلاق أو الإنفصال الجسماني.

[1] André CLAVERT,op.cit,p.19.

[2] Marine CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES, Un bébé sur commande, tout ce qu' il faut savoir sur l'assistance médicale à la procréation, Magazine de la santé au quotidien, Marabout, 2006,pp. 90-91.

[3] «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants...,».Art152-02 de la LOI n° 94-654 , précitée .

[4] Lorsqu'il s'agit d'un couple, font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons :
* Le décès d'un des membres du couple ;
*L'introduction d'une demande en divorce ;
* L'introduction d'une demande en séparation de corps ;
* La signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 du code civil »Art2141-2 du C.S.P..f.

غير أن المتتبع للشأن الفرنسي يرى أنه ظهرت مشكلة التلقيح الاصطناعي للمرأة بمن زوجها بعد ظهور البنوك سنة 1973[1] ، مما دفع بالفقه للانقسام إلى قسمين، حيث يذهب الاتجاه الأول إلى تأييد حق الزوجة في تلقيح نفسها بماء زوجها بعد الوفاة، وقد استندوا إلى الحجج التالية :

– أنه حق مقرر للأرملة ولها أن تحفظ ذكرى زوجها المتوفي وأن يكون لها طفل منه،كما أن التطور في المجال الاجتماعي والطبي يفضي إلى السماح بهذه العمليات.

– خلو التشريع الفرنسي من نصوص منظمة لموضوع التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، يعطي الأفضلية في أن يترك الأمر للتقدير الأخلاقي لأطراف العلاقة.

– إجازة القانون الفرنسي للمرأة التي تعيش بمفردها la femme seule أن تلجأ إلى تبن طفل بشروط معينة، فمن المستحسن عدم حرمانها من أن يكون لها طفل من زوجها المتوفي.

– لا داعي للتغني بمصالح الطفل المنتظر،فإنه من غير المنطقي أن تحرم الأرملة من حقها في الإنجاب من زوجها المتوفي، خاصة في حالة الزوج الذي توفي وهو مصر على ذلك إذ يجب احترام إرادته حتى ولو كانت ضمنية وليست صريحة فمن الأفضل أن يأتي يتيما بدلا من ألا يأتي.

–كما أن وجود الطفل في حياة الأب لا يعن بالضرورة أن يكون هذا الأب صالحا وله دور إيجابي في حياته، بل قد يكون هذا الأب فاسدا ومهملا لمسؤولياته تجاه أسرته مما يعرض الطفل للخطر[2].

أما بالنسبة لزرع البويضات المخصبة بعد الوفاة، فإن المؤيدين يستندون في حججهم إلى أن:

–تجميد البويضات المخصبة، إلا دليل على رضا الزوج المتوفي لخضوع زوجته لإجراء عملية التلقيح، إذن يجوز لها الإنجاب بعد وفاة زوجها وتحقيق رغبتها.

–الفائدة من تخصيب البويضات هي لإعادة التلقيح مرة ثانية، وفي هذه المرة قد يكون الزوج متوفي، فمن حقها إعادة المحاولة.

---

[1] فكرة إنشاء مراكز تجميد وحفظ السائل المنوي (Centre d'Etude et Conservation du Sperme)والتي تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية والياين السباقتين لإنشائها سنة 1963، انتهجت فرنسا هذا الأسلوب وأنشأت أول مركز لتجميد وحفظ السائل المنوي على مستوى مستشفى « Kremlin-Bicêtre » سنة 1973 من طرف الدكتور« George David » .وفي نفس السنة تمّ إنشاء بنك آخر على مستوى مستشفى بالعاصمة الفرنسية باريس « Necker » وفي سنة 1980 تولى الدكتور« André Mattei » تأسيس بنك آخر بمرسيليا، تهدف هذه المراكز إلى تطوير الدراسات المتعلقة بالسائل المنوي و تحسين النوعية وإعطاء فرصة للزوج الذي يمكن أن يعاني من العقم في حالة إجرائه لعملية جراحية مستقبلا وتمكين الأشخاص الآخرين الإستفادة من هذه النطف. أنظر في هدا الصدد

Marc Dupert et Claudine Esper, droit hospitalier, 4éme édition, Dalloz, paris, 2003, p.598, p.37 .

[2]أنظر،الجيلالي بغدالي،الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري،دراسة مقارنة ،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر01 ،2013-2014،ص.33 .

-إن البويضة المخصبة باعتبارها جنين يحظى بالحماية، وإهدار هذه البويضات هو موت الجنين لذا فإن إعادة زرعها من جديد يعطي له الحق في الحياة.

- أجاز المشرع الفرنسي استعمال البويضات المخصبة المجمدة بعد وفاة الزوج لكن بشكل آخر،أي ليس استعمالها وزرعها من طرف أرملة المتوفي، بل لزوجين آخرين وهذا بعد موافقة الزوج المتبقي على قيد الحياة [1]،وهذا حسب المادة المادة(152/4-5)[2].

أما الاتجاه الثاني المعارض لحق الزوجة في تلقيح نفسها بمني زوجها بعد الوفاة اعتمد على الحجج التالية:

-لم تعد هناك ضرورة علاجية للتدخل بالعملية في هذه المسألة فليس لها أي هدف علاجي ، فإذا كان الهدف من عملية التلقيح الصناعي هو معالجة زوجين يعانيان من صعوبات فِ الإنجاب على تحقيق آمالهما فِ الولد، فلم يعد هناك زواج لأن الأمر قد انتهى ووضع الموت نهاية له.

- لا يمكن قياس حالة تبني المرأة التي تعيش بمفردها بحالة الأرملة التي تريد اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، فالمرأة التي تتبنى لم تنجب هذا الولد بل تريد التخفيف عليه مما سيلاقيه في المستقبل، أما الأرملة فإنها بفعلتها هذه (التلقيح بعد وفاة الزوج)فهي تخلق طفل يتيم مسبقا.

-إن الحق في إنجاب مولود لا ينفي بالضرورة حق الطفل في أن يكون له أبوين، في حين يحاول البعض التقليل من قيمة الأب ووصفه بأنه قد يكون غير صالح أو مهمل لواجباته كما ادعى المجيزون لذلك.

-إن عقد الحفظ أو التجميد الذي لم تكن الأرملة طرفا فيه، يجعل الأساس القانوني لاسترداد الأرملة مني زوجها المتوفي مستحيلا لأن الخلايا التناسلية تخرج عن دائرة المعاملات المادية والتجارية.

-إن التلقيح بعد الوفاة يؤدي إلى حمل غير مشروع وهو بذلك يخالف كافة الشرائع السماوية، كما أن الشروط الواردة في عقد الحفظ والتجميد الذي يسمح للأرملة تسلم مني زوجها بعد وفاته، يعتبر مخالف

[1] رقية أحمد داود،المرجع السابق ،ص.115.

[2] «A titre exceptionnel, les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.
En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L.152-5».Art152-04de la loi n°94-654,précitée.Abrogé par Ordonnance 2000-548 2000-06-15 art. 4 I JORF 22 juin 2000

للنظام العام والآداب العامة،فهو يؤدي إلى نسب طفل إلى رجل توفي قبل الحمل[1] .وهو ما يتعرض مع نص المادة 06 من القانون المدني الفرنسي[2] والتي تنص :

«On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »

-كما تجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي لم ينص صراحة على منعه لهذا الأسلوب، غير أن موقفه الرافض ضمنيا تجسد لا حقا من خلال تعديل قانون الصحة ،وتطرقه للموضوع من خلال المادة 2141-02 المشار إليها سابقا .حيث حسم الأمر نهائيا من خلال سرده للحالات التي لا يمكن للزوجة أن تطالب بالتلقيح الإصطناعي سواء بعد وفاة الزوج أو الطلاق ،وحسنا فعل المشرع الفرنسي ذلك حتى لا يترك الآمر غامضا في يد القضاء ،لأننا نعم أن الأحكام القضائية متضاربة وليست قطعية وكل قاض يحكم حسب الإقتناع الشخصي والظروف المحيطة بالقضية المعروضة عليه .

لكن قبل ذلك لم تكن للقضاء الفرنسي أحكام ثابتة ودقيقة من مسألة التلقيح الإصطناعي، ففي بداية الأمر اعتبر القضاء الفرنسي التلقيح الاصطناعي عملية غير أخلاقية ولا تتفق مع كرامة الزوج وتمنح له الحق في طلب الانفصال الجسماني[3].لكن مع تزايد القضايا والحالات أصبح لا بد من أحكام فاصلة ومرجعية في الموضوع ،فبخصوص عملية التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج، فقد أجازها القضاء الفرنسي في البداية وأعطى للزوجة الحق في أن تلقح نفسها اصطناعيا بعد وفاة زوجها من منيه الذي تركه قبل وفاته، وبرّر ذلك في عدم وجود ما يتعارض مع القانون وأهداف الزواج المتمثل في الإنجاب واستمرار النسل.ومن بين القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسيوأحدثت ثورة جدلا كبيرا ،نذكر منها قضية السيد (Alain Parpalaix)الذي تزوج من السيدة (Corrine Richard)وكان مصابا بمرض سرطان الخصية، (Concer Des Testicules)فأخبره الطبيب بأن العلاج يتضمن خطر إصابته بالعقم واستحالة الإنجاب مستقبلا، ناصحا إياه باستخلاص منيه وحفظه في مركز دراسة وحفظ السائل المنوي[4](CECOS)، فقام المريض بالتوجه للمركز، وتم استخلاص السائل المنوي منه، وحفظه كوديعة لدى المركز بموجب اتفاق

[1] أنظر، الخولي عبد الوهاب، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة دراسة مقارنة، دار النهظة العربية للنشر والتوزيع ، مصر،الطبعة الأولى،1997 ،ص.38.

[2] حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص. 209-210 ؛ فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد وضوابطه، المرجع السابق، ص140-141.

[3] شوقي زكرياء الصالحي ، المرجع السابق، ص. 43.

[4] Centre d'Etude et de Conservation des Ovules et Spermes.

مكتوب، غير أنه توفي في 1983/12/25 . فقدمت أرملته ووالداه طلبا للحصول على منيه لكي تحمل منه زوجته، فقوبل هذا الطلب بالرفض من طرف المركز، مما دفعهما لرفع دعوة قضائية أمام محكمة كريتاي بتاريخ 1984/08/01،كان محور الخلاف بينهما في تفسير إرادة ونية الزوج المتوفى، فكانت وجهة نظر والدا المتوفى أن ابنهما أراد حال حياته أن يحافظ على فرصة الإنجاب مستقبلا، وأن هذه النية مؤكدة قبل وفاته حينما أقدم على الزواج مدنيا ودينيا، وأن هذا التسلسل في الأحداث يقدم قرينة قوية على رغبة الزوج في إنجاب زوجته لطفل منه في حال وفاته، ويستوي عنده أن يأتي الطفل أثناء حياته أو بعد وفاته.

ولكن المركز لم يقدم دليلا يبين اعتراض الزوج على عدم استخدام المني بعد وفاته، مما يعني أن المركز قد قبل هذا الاحتمال ولو بطريقة ضمنية. ومن جهة أخرى فقد أثيرت في المناقشة مسألة طبيعة العقد المبرم بين مورث المدعين وبين المركز، هل ينطبق على هذا الاتفاق وصف عقد الوديعة كما يتصورها القانون المدني الفرنسي في المادة 1918 وما بعدها؟

كانت هذه أول مرة تثار فيها مثل هذه المسألة، هل يلتزم المركز برد ما أودع لديه وفقا لعقد الوديعة أم أن الأمر له وصف وتكييف آخر؟تمسك دفاع المدعين بأن العقد المبرم في هذا الشأن هو عقد وديعة وأنه وفقا لمواد القانون المدني الفرنسي بخصوص عقد الوديعة يلتزم المودع لديه بأن يرد إلى المودع أو ورثته الشيء المودع، وأنه وفقا لنص المادة 1939-03 من نفس القانون فإنه" :إذا كان الشيء المودع غير قابل للتجزئة فإن على الورثة أن يتفقوا فيما بينهم على من يتسلمه". أما المركز فقد رفض إضفاء الشرعية على العقد المذكور، وأنه وفقا لنص المادة 1918 من نفس القانون، فإن عقد الوديعة لا يكون إلا بالنسبة للأشياء المنقولة. أما التكييف الذي تمسك به المركز فهو أن العقد أقرب إلى العقد الطبي وهذه الغاية محصورة في الواقع الموضوعي المعروض وملابساته في احتياط الزوج واحتمال إصابته بالعقم نتيجة لمعالجته بأدوية السرطان، ومن هنا فإن وفاته تؤدي لانقضاء التزامات المركز وتسليم المادة المحفوظة لأي شخص آخر.

ومن ناحية أخرى، فقد دفع المركز بأن المتوفى لم يعبر عن إرادته خلال سنتين سابقتين لوفاته على أن تجرى عملية تلقيح الاصطناعي للسيدة" كورين" التي كانت حتى وقت قريب على وفاته مجرد صديقته وليست زوجته. ومن خلال الدفوع المقدمة من الطرفين، وضعت القضية أمام المحكمة التي وجدت نفسها مجبرة على الإجابة على سؤالين، الأول ما مدى مشروعية وطبيعة العقد المبرم بين المركز والسيد" الان"؟ والثاني مدى أحقية الأرملة وأسرة السيد" الان "في المطالبة بماء المودع لدى المركز؟

وبذلك قبلت المحكمة طلب المدعين تأسيسا على أنه لا يوجد نص قانوني يمنع عملية الحفظ والتلقيح، كما أن العقد ذو طبيعة خاصة بين صاحب المني والمركز، الذي يترتب عليه أن يلتزم المركز بالمحافظة على المادة المذكورة ويردها لصحابها عند الطلب أو لمن يعين لإستلامها [1].ولهذه الأسباب قضت المحكمة بإلزام المركز بأن يسلم للطبيب الذي تعينه الأرملة المني الخاص بالزوج المتوفي، بمجرد طلبها وفي الموعد الذي يحدد له، وفي حالة تخلف المدعية عن طلب المادة المحفوظة في هذه المدة القصوى يلتزم المركز بإعدام المادة المشار إليها، وفي حالة تخلف المركز عن الإيفاء بالالتزام بالتسليم يتحمل غرامة تهديدية قدرها ألف فرنك عن كل يوم تأخير وذلك لمدة أسبوع ،ليكون بذلك القضاء الفرنسي قد سمح بتلقيح الزوجة بمني زوجها المتوفي .

ومن بين الإنتقادات التي وجّهت للقضاء الفرنسي بخصوص هذه القضية:

-عدم مراعاة ظروف ومصلحة الطفل الذي سيولد.

-تحول التلقيح الإصطناعي من وسيلة طبية لمعالجة العقم بين الزوجين إلى وسيلة لإشباع رغبة الزوجة للحصول على مولود حتى بعد غياب الزوج .

- كيف سيحصل المولود على حقوقه مستقبلا في ظل غياب نصوص صريحة [2].

وبعد سلسلة الانتقادات التي طالت الأحكام القضائية بخصوص تسليم النطف المجمدة،تغيرت وجهة نظر القضاء حيث عدّل من موقفه،وأصبح يرفض الإعتراف بهذا النوع من التلقيح الإصطناعي تحت أسباب مختلفة حيث لم يستقر على تسبيب موّحد،وعلى سبيل المثال بتاريخ 1991/03/26 رفضت محكمة تولوز طلب أرملة باسترجاع نطف زوجها المتوفي الذي كان قيد حياته قد احتفظ بمنيه في بنوك حفظ المني على مستوى المستشفى ،معلّلة حكمها أن المعنى بالأمر كان قد أمضى على وثيقة رسمية يشترط من خلالها عدم استعمال منيه إلا بحضوره الشخصي وبعد موافقة مسبقة منه .وبذلك ثم رفض الطلب مع الأمر باتلاف هذا المني حتى لا يتم استعماله[3] .

[1] Tribunal de Grand Instance (TGI) de Créteil,01aout1984 ,GAZ,PAL,JCP,1984,II,n°20321,note corone.

[2] Jean –Louis Baudoin et Catherine Labrusse, Produire l'homme de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles, presse universitaire de France ,1987, publié sur le site : https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1988_num_10_1_1603_t1_0549_0000_2.pdf .

[3] Tribunal de Grand Instance (TGI) de Toulouse 26/03/1991 , D1992 , Somm.61 , obx.X . labbée ,JCP, 1992 ,II,21807,note.P.Pédrot.

فمن خلال هذه القضية نجد أن محكمة تولوز كانت صائبة في توجهها ،حيث أسست حكمها على وجود وثيقة رسمية تضمنت موقف المعني الصريح في كيفية استعمال واستغلال منيه مما يجعل حكمها مبني على سند قانوني.

واستمر القضاء في رفض هذا النوع من الطلبات ،حيث رفضت أيضا محكمة créteil طلب زوجة من أجل استرجاع نطف زوجها المتوفى حيث اعتبرت المحكمة أن العقد المبرم بين زوجها والمستشفى هو عقد وديعة،لكن لا يمكن للزوجة أن تستفيد من هذه الوديعة الخاصة على أساس المادة 152-01 من قانون الصحة والتي تشترط أن يكون المستفيدين زوجين رجل وامرأة على قيد الحياة حتى يستفيدا من التلقيح الإصطناعي[1].فهنا يمكن اعتبار حكم المحكمة جاء ليبين أن القضاء أصبح يرفض التلقيح بعد وفاة الزوجة على أساس قانوني محض متعلق بالشروط الواجب توافرها في الزوجين .

وفي موقف آخر للقضاء يؤكد نفس التوجه الرافض للتلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج،رفضت محكمة Rennes طلب المدعية الرامي لاسترجاع المضغة الملقحة اصطناعيا لإعادة زرعها في رحمها على أساس أن القانون المتعلق بالقطع الإرادي للحمل لا يحمى سوى المضغة الموجودة في جدار الرحم،وعليه لا يجوز التصرف في المضغة الموجودة في أنبوب الإختبار إلا بحضور الأبوين معا ،وبالتالي هذا الشرط غير محقق لوفاة الأب .وفي الأخير كان منطوق الحكم رفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني[2].

وزيادة على ما سبق ذكره،أكدت محكمة استئناف Toulouse قي قرارها الصادر بتاريخ 1994/04/18 رفضها الحكم بتسليم المستأنفة البويضات الملقحة من أجل استكمال عملية التلقيح الإصطناعي التي باشرتها رفقة زوجها قبل وفاته ،على أساس أن الهدف من التلقيح الإصطناعي هو علاجي بالدرجة الأولى،ويشترط حضور الزوجان معا من أجل اكمال مشروعهما الأسري وتوفير البيئة الملائمة للمولود المنتظر خاصة في الجانب الأسري بوجود الوالدين[3] . وبعد ذلك طعنت الأرملة في هذا القرار،لكن محكمة النقض الفرنسية أيدته وصرّحت أن المساعدة الطبية على الإنجاب تهدف إلى تحقيق حلم الأبوة والأمومة معا وبالتالي لا يمكن مواصلتها في حالة انحلال العلاقة الزوجية أو التفكك الأسري في آخر مرحلة من عملية زرع المضغة المخصبة[4] .

[1] Tribunal de Grand Instance (TGI) de Créteil 04/04/1991 ,LPA 24 déc 1997,note Taglione.
[2] Tribunal de Grand Instance (TGI) de Rennes 30/06/1993,JCP,1994,II,22250, note Neirinck.
[3] C.A Toulouse,18/04/1994,2563/93,P/centre hospitalier de la Greve,JCP,1995,II,22472,note Neirinck.
[4] «L'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance a un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de

2-موقف القانون والقضاء الجزائري

بالنسبة للقوانين الجزائرية يلاحظ أنه قبل فيفري 2005، لا يوجد تشريع خاص أو مواد قانونية تدل على أن المشرع الجزائري قد ساير التطور الطبي وأقر تقنية التلقيح الإصطناعي ونسب الجنين الناتج عن هذه العملية ،لأنه حتى في النصوص الخاصة بالنسب لم تعترف إلا بالنسب للولد الشرعي الذي اتّصل أبواه جنسيا وهذا بنص المادة 41[1] من قانون الأسرة .

لكن رغم هذا الفراغ القانوني،فقد أوردت جريدة صوت الشعب بتاريخ 1984/11/20 خبر مفاده أن المجلس الإسلامي الأعلى يرى بأن التلقيح الإصطناعي غير محرم في نظر الشريعة الإسلامية[2]،مما يدل على أن الجزائر لم تكن ضد هذه الفكرة لكنها التزمت الصمت مؤقتا.وهذا ما فتح المجال للقيام بأول عملية تلقيح اصطناعي خارج الرحم بالجزائر سنة 1999 بولاية عنابة في عيادة الفارابي[3]،لتليها بعد ذلك التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 2000/05/12 والمتضمنة الممارسات السريرية والعيادية التي تنظم عمليات اللإخصاب الطبي المساعد والتي سنتكلم عليها تبعا ،مما يؤكد على نية للمشرع الجزائري للإعتراف بالتلقيح الإصطناعي قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 ولكن السؤال المحير لماذا تأخر أو بالأحرى تماطل لمدة 05 سنوات حتى يسوغها في قالب قانوني من خلال مادة وحيدة في قانون الأسرة؟.خاصة وأن الأمر خطير ولا يستحق كل هذا التأخير لأنه مرتبط بالنسب وما ينتج عنه من تبعات معقدة كالميراث مثلا.

وأمام تطور وسائل الحمل التي اكتشفتها العلوم الطبية في العقود الأخيرة ، وتداخل الأحكام الشرعية المعاصرة والتي تطرقت لإمكانية الإنجاب بواسطة التلقيح الإصطناعي وأمام رغبة الكثير من الجزائريين ممن يعانون العقم بتطبيق هذه التقنية وخاصة بعد إثبات الأطباء لقدرتهم على تحقيق مثل هذه التدخلات، كان لا يد على المشرع الجزائري أن يسمح بهذا العمل للأطباء وأن ينظمه بنصوص قانونية. فقام بداية بتعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 بتاريخ 2005/02/07 وأضاف إليه المادة 45 مكرر، وأعطى الحق فقط

---

fécondation in vitro ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant à été dissous par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus ait été réalisée.».CIV ,1er ,9 jan1996 bull.civ. I, n°21 ;R,p.237;D.1996.376,note Dreiffus-Netter ; JCP,1996, II , 22666, note NEIRINCK ;Defrénois 1996 ,532,obs.MASSIP J.Gaz.pal.1996,2,400,note BONNEAU ;RTD CIV .1996,359,obs, Hauser.

[1] «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة »،المادة 41 من ق.أ.

[2] زياد سلامة،المرجع السابق، ص.239.

[3] رقية أحمد داود،المرجع السابق ،ص .123.

للزوجين لإستعمال هذه التقنية وأثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما.أما إذا تعلق الأمر بالتلقيح الإصطناعي بواسطة الغير، فإنه أمر محضور شرعا لأن ذلك من شأنه المساس بأحكام النسب الشرعي.

للإشارة، فإن المشرع في قانون الأسرة لم ينظم عملية التلقيح الإصطناعي بكل صوره المختلفة بنصوص خاصة و قواعد تنظيمية محددة ، بل نص عليه في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة " **يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي**". لكن بالإطلاع على سير هذه العملية في الدول الغربية تظهر لنا هذه الفقرة قاصرة وتحتمل عدة تأويلات مثل :هل يجوز لأي زوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي دون إثبات الحالة المرضية ؟أم هي مباحة فقط للذين يشكون من العقر ؟و هل تتم بمجرد الإتفاق من الطبيب أو المركز وبمجرد تأمين المبلغ المتفق عليه ؟[1]

ويُفهم أيضا من خلال المادة 45 مكرر،أن المشرع الجزائري عندما اشترط أن تتم عملية التلقيح الإصطناعي بمني الزوج وبويضة الزوجة أثناء حياتهما،فإنه يضفي عدم المشروعية على العملية في حالة قيام الأرملة تلقيح نفسها بماء زوجها المتوفى،أو استعمال نطفة الغير أو دخول طرف أجنبي كالإستعانة بالأم البديلة مثلا وبذلك يكون قد سلك مسلك الشريعة الإسلامية التي تحرم مثل هذه التصرفات .

كما أن التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والحيوية المرتبطة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، تتطلب تجميد بعض اللقائح الزائدة عن الحاجة بعد موافقة الزوجين، لإعادة استعمالها من طرف الزوجين في حالة فشل المحاولات الأولى لإحداث الحمل، وحددت مدة التجميد بثلاث سنوات وبعد انقضاء هذه المدة تعدم اللقائح ويحرر محضر بذلك وفي حالة وفاة أحد الزوجين أو طلاقهما أيضا يتم إتلاف اللقائح، كما تشير التعليمة إلى ضرورة إعلام الزوج بنوعية منيه المحفوظ وعدده، وحددت مدة حفظ المني بسنة واحدة قابلة للتجديد بناء على طلب الزوج، وأن هذا الأخير هو المخول وحده باسترجاع منيه أو المطالبة بإهداره، بعد إمضاءه وثيقة تثبت ذلك بمعية الطبيب البيولوجي، مما يغلق هذا الباب في وجه الزرع بعد الوفاة[2].

كما أن المشرع الجزائري يعتبر الوفاة والطلاق من أسباب انحلال الرابطة الزوجية وهذا بنص المادة 47[3] من نفس القانون. وحسنا فعل المشرع بمنعه التلقيح بعد الوفاة مهما كانت أسبابه ومبرراته، لما قد ينجر عنه

[1] أنظر، بوسندة عباس، الحماية الجنائية للإنجاب البشري، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، منشورات جامعة معسكر، جوان 2010، عدد2، ص .194 .

[2] قاسم العيد عبد القادر،المرجع السابق، ص56 .

[3] « تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة» ، المادة 47 من ق.أ .

من مشاكل كإضراره بحقوق الورثة،بالإضافة إلى انتفاء الغرض العلاجي المنتظر من عملية التلقيح الاصطناعي،حيث كان دقيقا في اختياره للمصطلحات القانونية على غرار مصطلح "الزوجين" ،"أثناء حياتهما"في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة،وعبارة "على قيد الحياة يشكلان زوجا مرتبطا قانونا" في المادة 371 من قانون الصحة.ويكون بذلك قد وضع حدا لأي تصرفات تخرج عن هذه الأطر القانونية. وفي المقابل يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يقر أي جزاءات في قانون العقوبات لمن يخالف هذه القواعد،أو للطبيب الذي يشرف على العملية، والمركز الذي تجرى فيه العملية، مما يستوجب تدخلا عاجلا لتدارك هذه الثغرة وسد هذا الفراغ التشريعي،ما عدا المادة الوحيدة 434 من قانون الصحة التي أشارت لبعض العقوبات الجزائية كالحبس والغرامة المالية مادة وحيدة.

ونشير هنا أنه لحد الآن لم تنشأ في الجزائر مراكز لحفظ وتجميد السائل المنوي على مستوى المستشفيات الحكومية، وهذا راجع ربما لحداثة الموضوع في بلادنا ونقص الإمكانيات المادية والبشرية المتخصصة في هذا المجال من جهة ناهيك عن المشاكل القانونية التي تثيرها من جهة أخرى. لكن في المقابل توجد عيادات خاصة تنشط في هذا المجال وتقوم بعمليات التلقيح الإصطناعي لكن في نطاق ضيق ونشاطها محدود بين الأزواج أي تقوم بحفظ السائل المنوي أو البويضة للأزواج الذين يعالجون من داء السرطان بالأشعة مثلا الذي يتسبب في الإصابة بالعقم. ونوضح في هذا المقام أن بنك البويضات والحيوانات المعمول به في العيادات ليس بنكا للمتبرعين أو تقوم بيع النطف كونها غير جائزة شرعيا، وإنما تخص الأزواج الذين يعاني أحدهما من مشكل صحي[1].كما أنه كنا ننتظر من المشرع الجزائري بمناسبة إصداره لقانون الصحة الجديد أن يُضمّنه فصول أو أبواب خاصة بالتلقيح الإصطناعي ويتطرق لجميع الحالات ويقننها حتى يتدارك نقص القوانين و يساعد القضاء في معالجة مثل هذا النوع من القضايا،لكن للأسف جاء القانون الجديد كالقديم،حيث خصص 05 مواد فقط (370-374) ولم يُقدم الإضافة المرجوة في هذا الجانب ما عدا التعريفات التي تكاد أن تكون عامة في مجملها.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، وبحسب الأحكام والقرارات المنشورة المطلع عليها ،لم تعرض عليه مثل هذا النوع من القضايا ، وهذا راجع ربما لحداثة التلقيح الاصطناعي وعدم انتشاره بصورة تجعله محل نزاع أمام القضاء،أو ربما الأمر راجع أيضا للأعراف والعادات التي تحكم المجتمعات الإسلامية بخلاف المجتمعات الغربية

[1] لتفاصيل أكثر، مقال منشور في جريدة النهار الجزائرية بتاريخ 2014/04/26 ، تحت عنوان" بنوك لحفظ النسل مقابل 3 آلاف دينار، الموقع الإلكتروني http://www.ennaharonline.com/ar/latestnews/205988.html

التي عرفت تطورا في هذا المجال ،كما لا ننس الجانب المادي حيث أن هذا النوع من العمليات مكلّف جدا مما يجعله محصورا على الطبقة الغنية فقط.

3-موقف القانون والقضاء المصري

ونجد أن المشرع المصري يطبق نفس المنهج الذي سار عليه نظيره الجزائري، حيث أنه لم ينظم عملية التلقيح الإصطناعي بنصوص تشريعية خاصة ،فجاءت المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 المعدل للقانون رقم 25 لسنة 1920 بأنه " لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنه، ولا لولد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق، أو الوفاة" .مما يعني أن الطفل ينسب لأبيه إذا ولد في مدة سنة من تاريخ الوفاة أو الطلاق المحددة في القانون سابق الذكر، مما يجعل عملية التلقيح الاصطناعي للزوجة بعد وفاة زوجها أو طلاقها منه غير ممكنة في القانون المصري، لأن الرابطة الزوجية تنحل بالوفاة أو الطلاق، مما يجعل التلاقي بين الزوجين غير ممكن، بل مستحيل في حالة وفاة الزوج[1].

فالمشرع المصري بدا خاليا من أية نصوص تعالج المستجدات الطبية في هذا المجال رغم أنها تشكل موضوعا حيويا وخطرا كبيرا لمساسها بقيم المجتمع الإسلامي ومفاهيمه الدينية مما يستوجب تحديد ضوابطه وتنوير أحكامها. وحاليا فإنه يعتد بأحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العامة للقانون المصري لمواجهة هذا النقص التشريعي والتي لن يعتد بها من الناحية العلمية لأنه لا يمكن توقيع أية جزاءات جنائية على من قام بمحاولة خرقها سواء من الطبيب أو المريض، ولا يبقى سوى الجزاء المدني الذي يمكن توقيعه .

أما بالنسبة للقضاء المصري فهو أيضا لم يعالج أو لم تطرح عليه مثل هذا النوع من القضايا ،وفي هذا الصدد قال الدكتور حسين هيكل أنه لم تعرض على القضاء المصري أية قضايا مرتبطة بهذه العملية وهذا نظرا لحداثتها، وعدم انتشارها بالصورة الموجودة عليها في الدول الغربية ،وفي حالة نظر القضاء المصري لأمور متعلقة بالإخصاب سيسمح فقط للتلقيح الاصطناعي بين الزوجين وأثناء حياتهما مع مراعاة الضوابط القانونية والأحكام الشرعية المتعلقة بالزواج والنسب[2] .

من خلال ما تم التطرق إليه،توصلنا إلى أنه حتى تُجرى عملية التلقيح الإصطناعي في نطاقها القانوني والوظيفي يجب استعمال مني الزوج وبويضة الزوجة،لكن ماذا لوكان أحد أطراف العملية لا يستطيع القيام

[1] حسين هيكل ، المرجع السابق ، ص. 213 .

[2] حسين هيكل ، المرجع السابق ، ص. 215 .

بدوره حتى نحصل على نتيجة إيجابية ،مما يفتح المجال بالإستعانة بطرف جديد في العملية،هذا ما سنراه في المطلب الموالي .

المطلب الثاني

التلقيح الإصطناعي الداخلي بتدخل الغير

أحيانا يكون سبب عدم الإنجاب بسبب العقم، ويرجع في حالات أخرى إلى عوامل عضوية أو نفسية، مما يفتح المجال للتفكير بالإستعانة بالغير لنجاح هذه العملية كتلقيح بويضة الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها.لكن هل تعتبر هذه الطريقة وسيلة علاجية مشروعة؟ هذا ما سنحاول التعرض إليه من خلال تبسيط الصورة أولا بالتعريف بهذه الطريقة و بيان صورها ،ثم تحديد الموقف الفقهي (ثانيا) ،وأخيرا دراسة موقف القانون و القضاء حول شرعية و سلامة هذه الوسيلة .

الفرع الأول

تعريفه،صوره

سنحاول أولا تحديد مفهوم التلقيح الإصطناعي بتدخل الغير (أولا) ثم تبيان صوره (ثانيا)

أولا: المقصود بالتلقيح الإصطناعي بتدخل الغير

ويقصد به أن تُلقّح الزوجة بحيوانات منوية من متبرع ليس بينه وبينها علاقة زوجية،بمعنى أن الرجل أجنبي عنها،ويُلجأ غالبا لهذه الطريقة في حال عقم الرجل أو قلة الحيوانات المنوية الخاصة به أو وجود تشوهات أو خلل فيها مع عدم قدرتها على اختراق البويضة.وتعتبر هذه الحالة من الحالات المعروفة والشائعة جدا في الغرب بل أكثر من ذلك أن بعض التشريعات تجيز علاقات أكثر جذبا للجدل والتي من بينها العلاقات الطويلة الأمد بين الرجل والمرأة اللذان يقطنان بنفس المنزل وتحت سقف واحد بدون زواج أو بدون أي رابط شرعي[1].والحقيقة أن هذا النوع من العلاقات يعتبر أمرا شنيعا تأباه النفوس الزكية غير أن التشريعات الغربية تحاول إيجاد بعض المداخل لزيادة معدلات السكان بالسماح بالرذيلة وتشجيع البنات الغير متزوجات على هذا النوع من الزواج كتعبير على التحرر وعدم التقيد بأي عقد.

ويتم الإستعانة بهذه الطريقة عندما يكون الزوج مصابا بالعقم التام،كأن يكون سائله المنوي خال من الحيوانات المنوية أو وجود أمراض وراثية يُخشى انتقالها للجنين.وقد عجز الأطباء عن إيجاد علاج لهذه الحالة

[1]أنظر،سعيدان أسماء،الإطار القانوني لعمليتي نقل و زرع الأعضاء البشرية و التلقيح الإصطناعي ،أطروحة دكتوراه،جامعة يوسف بن خدة،الجزائر ،2012-2013 ص.200 .

ولذلك ظهرت فكرة الاستعانة بمني رجل أجنبي عن العلاقة الزوجية سواء كان معروفا أو غير معروف للزوجين. ومما شجع على ظهور هذه الظاهرة هي بنوك المني المنتشرة في بعض دول العالم كفرنسا التي أبرز فيها تحقيق قام به إتحاد أطباء النساء والتوليد سنة 1957 عن ممارسة هذا النوع من التلقيح بواسطة متبرعين عزاب وبمقابل مادي، فسجل تزايد اً في نسبة المواليد، حيث وصل عددهم حوالي 25 ألف طفل سنة 1992، وفي بريطانيا وصل عددهم سنة 1959 حوالي 20 ألف طفل غير أن هذه الوسيلة أثارت الكثير من الجدل بين رجال الدين والقانون[1].

ثانيا:صوره

تتم هذه العملية بعدة طرق ، و هي كالتالي:

1-الإستعانة بالحيوان المنوي لغير الزوج :

ويتم عن طريق أخد الحيوان المنوي لمتبرع سواء بمقابل أو غير مقابل،وحفظه في ثلاجة خاصة بواسطة النتروجين السائل في درجة 180° مئوية تحت الصفر،بعد إجراء التحاليل الخاصة للتأكد من خلو مني المانح من جميع الأمراض الجنسية المتنقلة كالإيدز و غيرها ،على أن يتم حقنه فيما بعد للنساء الراغبات في الحمل عن طريق التلقيح الإصطناعي.

2-الإستعانة ببويضة إمرأة غير الزوجة :

بعد أن يتم تلقيحها بمني الرجل ،وغسل الرحم في اليوم الخامس ،تزرع هذه البويضة الملقحة في رجم الزوجة العاقر.

3-الإستعانة بمني رجل و بويضة إمرأة لغير الزوج و الزوجة

تُلقّح بويضة المرأة المتبرعة بمني الرجل المتبرّع،على أن يتم زرع اللقيحة في مهبل الزوجة في اليوم الخامس.

4-التلقيح الداخلي للمرأة الغير متزوجة

إذا كانت المرأة غير متزوجة ورغبت في الإنجاب،فيتم حقنها داخليا بمني رجل متبرّع[2].

[1] LETTERON Roseline,Le droit de la procréation, Presses universitaires de France,1ere éd ,Paris, France, 1997, p.67 .

[2] أنظر،حسيني محمود عبد الدايم،عقد إجارة الأرحام بين الحظر و الإباحة ،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ،مصر،2007،ص14.

الفرع الثاني

موقف الفقه من التلقيح الإصطناعي الداخلي بتدخل الغير

إن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون بعدم جواز تخصيب الزوجة بمن غير زوجها، لأن ذلك يشبه نكاح الإستبضاع الذي كان في الجاهلية،لما ينتج عنها من اختلاط الأنساب، و فيها تعد على حرمة العلاقة الزوجية وقدسيتها، التي يفترض فيها السرية والمساكنة بين الزوجين دون غيرهما، زيادة على التقاء هذه الصورة مع الزنا في النتيجة، وهي وضع ماء أجني في رحم امرأة لا تربطه بها أية علاقة،غير أنها لا تلتقي مع الزنا في الطريقة، فالزنا الموجب للحد يستوجب توفر ركن الإيلاج فهو معدوم في عملية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير، فمرتكب هذا الفعل لا يعد من الناحية الجنائية زانيا، ولا يقام عليه الحد، إلا أن هذا الفعل يستوجب التعزير[1] .

وبه قال الشيخ مُحَمَّد شلتوت :« إذا كان التلقيح البشري بغير ماء الزوج على هذا الوضع وبتلك المنزلة كان دون شك أفظع جرما وأشد نكرا من التبني في أشهر معناه .. وهو أن ينسب الإنسان ولدا يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه، وإنما كان التلقيح أفظع جرما من التبني؛ لأن الولد المتبنى المعروف للغير ليس ناشئا عن ماء أجنبي عن عقد الزوجية، إنما ولد ناشئا عن ماء أبيه ألحق به رجل آخر بأسرته وهو يعرف أنه ليس حلقة من سلسلتها، غير أنه أخفى ذلك عن الولد ولم يشأ أن يشعره بأنه أجنبي فجعله في عداد أسرته...وبين خسة أخرى وهي التقاؤه مع الزنا في إطار واحد تنبو عليه الشرائع والقوانين، وينبو عنه المستوى الإنساني الفاضل وينزلق به إلى المستوى الحيواني الذي لا شعور فيه للأفراد برباط المجتمعات الكريمة»[2].

وهذا ما انتهى إليه قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، الذي جاء فيه « وأما الأساليب الأخرى من أساليب التلقيح الاصطناعي في الطريقين الداخلي والخارجي مما سبق بيانه فجميعها محرمة في الشريعة الإسلامية ولا مجال لإباحة شيء منها، لأن البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليستا من الزوجين » [3].

فالزوج الذي يرضى بأن تلقح زوجته بمني غيره ويولد الولد على فراشه فيه امتهان لكرامته، وإنقاص من رجولته، ويكون دائما عرضة لتأنيب الضمير، مما يجعله يشعر بالندم، وربما ينكر نسب الطفل المولود، فمن غير المقبول نفسيا أن يعامل الأب الاجتماعي هذا الطفل بنفس معاملة أطفاله المولودين من صلبه، مما قد

---

[1] أنظر،محمود أحمد طه،الإنجاب بين المشروعية و التجريم (رفض الإنجاب-التلقيح الاصطناعي-الاستنساخ-تعديل الصفات الوراثية في الجنين) دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع،المنصورة، مصر 2015 ، ص.125.

[2] محمود شلتوت،الفتاوى دراسة لمشكلات ...،المرجع السابق ،ص 328-329.

[3] مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي،عدد الثاني،الجزء الأول،1986،ص 324 .

يعصف باستقرار الأسرة ويجعلها عرضة للتفكك في أي وقت ؛ أما الزوجة فإن الولد ولدها لأنها شاركت فيه، مما يجعلها تنظر إلى زوجها نظرة نقص وامتهان واشمئزاز ز تقليل من شأنه

بل قد تفكر ولو بطريقة لاشعورية في البحث عن الأب الحقيقي لابنها الذي منحها منيّه لتصبح أمًّا [1].

أما الطفل، ضحية هذا التصرف، فقد يعلم بأصله الحقيقي مستقبلا وطريقة ولادته، مما سينعكس مستقبلا على حالته النفسية والاجتماعية ، وربما يجد نفسه فجأة بدون أب في حالة ما إذا أنكره والده الاجتماعي، أو إذا طالب به والده البيولوجي في حالة ما إذا حرم هذا الأخير من الذرية.

ويبقى التلقيح بماء غير الزوج محرم سواء تم بموافقة هذا الأخير أو بدون موافقته إلا أن حكمه حكم الزنا وبالتالي فإن نسبة المولود تكون لأمه، أما بالنسبة للزوج، فإن كان بغير علمه نسب إليه لأنه ولد على فراشه طبقا للحديث" الولد للفراش". وعلى ذلك، فإن التلقيح بين غير الزوجين غير جائز ويلحق بالزنا حكما وإن لم يكن زنا ويترتب على المولود آثار ابن الزنا وإذا ما تم الحمل لحساب الغير بأن يتبرع شخص بنطفة وامرأة ببويضتها ورحمها أو بويضة امرأة ورحم امرأة أخرى ،فإن المولود سيكون بحكم المتبني لمن تم الحمل لحسابه ويترتب عليه ما يترتب على الابن المتبني ،ولما كان هدف الشريعة الإسلامية حفظ النسل والنسب اللذان هما مقصدان من مقاصد الشريعة يجب حمايتهما والحفاظ عليهما،فقد حرمت التبني الذي كان سائدا قبل ظهور الإسلام[2].

تجدر الإشارة أن الندوة الفقهية الطبية حول(رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية)من 14 إلى 17 يونيو1997 بالدار البيضاء بالمملكة المغربية، توصي بتحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء كان رحما أم بيضة أم حيوانا أم خلية جسدية للاستنساخ[3] .

وفي حالة تبرع امرأة ببويضتها والزوجة هنا لم تكن حرثا لزوجها، والله تعالى يقول "نِسَاؤُكُم حَرثٌ لَّكُم فَأتُوا حَرثَكُم أَنىَّ شِئتُم "[4] فلابد أن يكون كل ما تحمل به المرأة نتيجة الصلة المشروعة بين الزوجين سواء باختلاط الأعضاء التناسلية أو بطرق الاستدخال فقد قال تعالى "يَخلُقُكُم في بُطُونِ أُمَّهَاتِكُم خَلقا مِّن بعدِ خَلقٍ في ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ"[5].

---

[1] أمير فرج يوسف،أطفال الأنابيب...،ص. 185.

[2] محمود أحمد طه،المرجع السابق، ص 129

[3] نقلا عن الموقع الإلكتروني :http://www.iifa-aifi.org/134.html

[4] سورة البقرة،الآية 223 .

[5] سورة الزمر،الآية ، 06.

كما إستدل فقهاء الشريعة بالآيات التالية والتي تتضمن الأمر بحفظ الفرج على الغير باستثناء الزوج، وحفظ الفرج يكون حفظا مطلقا سواء من النظر أو المباشرة الجنسية، وبالتالي حفظه من نطفة الغير والمتمثل في الأجنبي،حتى ولو كان الإدخال غير مباشر كما هو الحال في التلقيح الاصطناعي لقوله تعالى {وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ (5) إِلاَّ عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (6) فَمَنِ ابْتَغى وَراءَ ذلِكَ فَأُولئِكَ هُمُ العادُونَ (7) }[1].

وعليه نرى أن لا يجوز الاستعانة بطرف ثالث سواء كان مانحا لبويضة، أو حيوانا منويا أو رحما لأن ذلك يؤثر على الأنساب، فوجود العلاقة الزوجية تبرره مصلحة الطفل الذي سيولد،حيث يعتبر الزواج ضمانة حقيقية توفر له الاستقرار بفضل وجود أبوين يستقبلانه ويسهران على رعايته وتربيته، وفي نفس الاتجاه سارت التشريعات العربية التي اشترطت توفر العلاقة الزوجية الشرعية بين الرجل والمرأة الراغبين في إجراء عملية التلقيح الاصطناعي،كما نشير إلا أن هذا النوع كان منتشرا عند العرب في الجاهلية تحت اسم نكاح الإستبضاع .

الفرع الثالث

موقف القانون والقضاء من التلقيح الإصطناعي الداخلي بتدخل الغير

بما أن اغلب قوانين الدول العربية لم تتطرق لهذه التقنية ،سنركز دراستنا على القضاء والقانون الفرنسي الذي عرضت عليه قضايا من هذا النوع ، و هو بدوره كان منقسما بين مؤيد و معارض .

أولا:موقف القانون الجزائري و المصري

المشرع الجزائري من خلال المادة 45 مكرر فقرة 2 من قانون الأسرة يضفي عدم الشرعية على أسلوب التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير لأنه اشترط أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة فقط ؛ودعّم موقفه بعد ذلك من خلال المادة 371 [2]من قانون الصحة الجديد حيث كان أكثر وضوحا ومنع صراحة وبشكل مباشر أي عملية تلقيح اصطناعي خارج العلاقة الزوجة وبتدخل الغير.وبهذا يكون أخد بالرأي المعارض من جهة وبرأي الشريعة الإسلامية من جهة أخري التي حرمت هذا النوع من التلقيح.أما بالنسبة للقضاء فلا أثر لمثل هذا النوع من القضايا لأنه لا يمث بأي صلة بتعاليم ديننا و ثقافة مجتمعنا المستمدة من تعاليم الدين الإسلامي.

[1] سورة المؤمنون،الأيات 5،6،7.

[2] «...ولايمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر» المادة 371 من ق.ص.ج.

والمشرع المصري كذلك لم يفتح المجال لهذا الأسلوب ولم تعرض على قضائه مثل هذا النوع من القضايا ،لكن لا يستبعد مستقبلا أن تطرح قضايا بخصوص التلقيح الإصطناعي بتدخل الغير ،خاصة إذا اعتمدنا على تركيبة المجتمع المصري المتكون من المسيحيين والأقباط والمسلمين هذا من جهة ، ومن جهة أخرى قضية التحول الجنسي التي عرضت على القضاء وصنعت الحدث سنة 1988، وكأن الشعب المصري أصبح ينافس الشعوب الأوربية في هذا المجال .

هذا ما أكدته توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية والقانون الجنائي التي عقدت بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام 1993 ، إذ أدانت هذه التوصيات هذا النوع من التلقيح الاصطناعي، وطالبت بضرورة التدخل السريع للمشرع والنص على تجريمه، فجاء «يعد غير مشروع التلقيح الاصطناعي الذي يجري خارج نطاق العلاقة الزوجين أيا كان الأسلوب الذي استعمل في إجرائه ويحدد القانون العقوبة المقررة لذلك،وتوقع هذه العقوبة على كل من يجريه طبيبا كان أو غير طبيب، وتوقع هذه العقوبة كذلك على كل من يشترك في إجرائه ، والطفل الذي يولد من تلقيح صناعي جرى في غير نطاق العلاقة الزوجية يعتبر طفلا غير شرعي، وتطبق عليه الأحكام التي يقررها القانون للأبناء غير الشرعيين »[1] .

ثانيا: موقف التشريع والقضاء الفرنسي

هذه العملية استخدمت في فرنسا لأول مرة سنة 1957، فعلى اثر تحقيق أجراه اتحاد أطباء النساء والتوليد مع أشخاص قاموا بالتبرع بنطفهم مقابل مبلغ مالي أو بالمجان ،حيث تم حفظها في ثلاجات خاصة بواسطة النتروجين السائل عند درجة 180° درجة مئوية تحت الصفر، وذلك فحصها والتأكد من خلوها من الأمراض الجنسية،ليتم التأكد لاحقا أنه تم استعماله من طرف الأزواج الذين يُعانون من أمراض أو عدم القدرة على الإنجاب[2] .

في فرنسا لم يكن موقف المشرع واضحا اتجاه هذه الصورة قبل صدور القانون رقم 94-654 الخاص بهبة واستخدام منتجات الجسد البشري الإنساني والمساعدة الطبية على الإنجاب، ولكن بعد صدوره تعرض المشرع الفرنسي لهذه المسألة فلم يتركها لإرادة الأطراف، حيث أباحت المادة[3] L152-6 من قانون الصحة العامة استثناء لهذه الوسيلة في حالة ما إذا استحال إجراؤها بين الزوجين أو الشريكين مع النص على أن

[1] أنظر، العربي الشحط عبدالقادر،الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران،1999-2000 ،ص.186.

[2] LETTERON Roseline ,op.cit.,p.201.

[3] «L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir» Art152-6, Loi94-654,précitée .

يكون على الأقل أحد الأطراف شريكا في العملية، مبينا الحالات التي يتم فيها الاستعانة بمانح بموجب نص المادة 2141-7 [1] من قانون الصحة التي جاء نصها كما يلي« يمكن تحقيق الإنجاب بالمساعدة الطبية بالاستعانة بطرف مانح، وهذا عندما يكون هناك خطر انتقال مرض خطير للطفل أو لأحد الزوجين، أو عندما لا تنجح عملية الإنجاب بالمساعدة الطبية بين الزوجين، أو عندما يرفض الزوجان إجراء التلقيح الاصطناعي فيما بينهما بعد أن يتم إعلامهما بحسب الشروط المنصوص عليها في المادةL2141-10 »، على أن هذه تكون العملية مجانية، وإخراجها من أية ممارسة تجارية وهذا ما أكدته من قبل نص المادة 665-13 [2] من قانون 94-654 وإضافة لمبدأ المجانية أكد القانون الفرنسي على مبدأ سرية هوية كل من المتبرع بالمني والزوجين المستفيدين من المني،على أن تتم العملية في شكل كتابي [3].

كما أن موافقة الزوج على تلقيح زوجته بمنى رجل آخر تبقى موافقة ضمنية لإنتساب المولود إليه ،لأنه يبقى محتفظا بحق رفع دعوى انكار النسب والتي حددها القانون ب 10 سنوات [4] حسب نص المادة 321 من القانون المدني الفرنسي.

ومن خلال اطلاعنا على قانون الصحة الفرنسي والتعديلات التي طرأت عليه إلى غاية 2021، نجد أنه قد اهتم ونظم التلقيح الإصطناعي بتدخل الغير من خلال المواد القانونية التي تطرقت للموضوع،مما يدل على أنه تبنى بشكل مباشر هذه الطريقة الطبية عكس التشريعات العربية التي تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية .

فنجده مثلا كان يشترط أن يكون التعبير عن الرضا كتابيا بالنسبة للراغبين بتدخل طرف أجنبي أمام القاضي أو الموثق حسب قانون الصحة قبل أن يعدل المادة 2141-10[5]ويشترط فقط أن يكون أمام الموثق ،فهو بذلك قد بسط من الإجراءات القانونية وحصرها أمام الموثق مباشرة لربح الوقت والتخفيف على

[1] «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, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple» Art2141-7,modifié par la loi 2011-814, précitée. abrogé par art 01 du loi 2021-117 du 02/08/2021.

[2] «Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits.Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

[3] Noelle Lenoir, Aux frontières de la vie, une étique biomédicale à la française ,Paris ,1991,p35.

[4] «... les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans…» Art 321 du code civil.

[5] « …dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement à un notaire» Art2141-10 du code de la santé , modifie par la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 ,alors que l'ancien article dispose que «les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire.»

الأطراف الإجراءات القانونية،كما أكد على مبدأ السرية والمجانية وعدم كشف هوية المتبرع[1]،تعزيزا للمادة 16-08 [2]من القانون المدني والتي منعت الكشف عن هوية المتبرعين بأعضائهم البشرية.

أما بخصوص القضاء الفرنسي لم يكن موقفه موحدا اتجاه هذه الصورة، كانت أحكامه متذبذبة بين مؤيد و معارض من قضية لأخرى، ففي قضية عرضت على محكمة نيس الابتدائية سنة 1983 تتلخص وقائعها في أن زوجين لجآ لمركز حفظ ودراسة السائل المنوي لأجل طلب عينة من نطفة متبرع بها الزوجة بسبب العقم التام للزوج حيث تمت الموافقة على طلبها، وتمت عملية التلقيح التي كللت بميلاد الطفل "جوال "الذي نسب لأبيه القانوني وأمه التي حملته.لكن الزوج وبعد مرور أقل من شهر من ميلاد الطفل، لجأ للمحكمة طالبا إنكار نسب الطفل مستندا على نص المادة 312 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، التي تعطي الحق للزوج في إنكار نسب الطفل الذي ولد من زوجته أثناء فترة الزواج، في حالة إثباته أنه يستحيل أن يكون الأب البيولوجي له بسبب عدم قدرته على الإنجاب، أو بسبب الغيبة الطويلة، مع تقديمه لشهادات طبية تؤكد ذلك، كما استند في طلبه على نص المادة 313 من القانون المدني، التي تعتبر كل الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص من الدعاوى التي لا يجوز التنازل عنها بمقابل أو دون مقابل، وأن أي اتفاق على خلاف ذلك يعتبر باطلا.كما أنها لم تعط أية أهمية لرضا الزوج، واعتمدت على الحقائق البيولوجية في إثبات النسب أو نفيه، واعتبر هذا الحكم تعدي على حقوق الطفل الذي ليس له أي ذنب في العملية، غير أن هذا الحكم لم يصمد طويلا نتيجة للانتقادات التي طالته من طرف الفقه القانوني خاصة فيما يتعلق بحماية حقوق الطفل[3].

وفي قضية أخرى عرضت على محكمة المرافعة الكبرى بوبني بتاريخ 18 جانفي 1990 ، تتلخص وقائعها في أن زوجا كان يعاني من العقم، فاتفق مع زوجته على القيام بعملية التلقيح الاصطناعي بغير نطفته، فكللت العملية بالنجاح، وبعد مرور ستة أشهر من ميلاد الطفل ثار خلاف بين الزوجين، فلجأ الزوج للقضاء طالبا إنكار أبوته لهذا الطفل؛ حيث استند في طلبه على أن زوجته كانت على علاقة غير شرعية

[1] «Les deux membres du couple ou la femme non mariée doivent préalablement donner leur consentement, devant notaire, à l'accueil de l'embryon. Les conditions et les effets de ce consentement sont régis par l'article 342-10du Co.c .
Le couple ou la femme non mariée accueillant l'embryon et le couple ou la femme non mariée ayant consenti à l'accueil de leur embryon ne peuvent connaître leurs identités respectives» art 2141-06 du code de la santé, modifié par loi n°2021-1017 du 2 août 2021 .

[2] «Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur» art16-08 du Co.cf.

[3] LABRUSSE-RIOU,Filiation,Répertoire de droit civil, septembre ,2009,p.102.

برجل آخر، والمولود كان نتيجة هذه العلاقة وليس نتيجة عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير التي رضي بها ،غير أن الزوجة تمسكت برضا زوجها المسبق، وإنكاره لأبوة الطفل سيمس بالحماية المقررة للطفل وبمصلحته.

وقد استجابت المحكمة لطلب الزوجة بدليل أنه اعتدت برضا الزوج المسبق ورفضت طلبه المتمثل في إنكار أبوته، وذلك لان القول بخلاف ذلك سيمنح الفرصة لكل شخص عبر عن رضاه المسبق بخضوع زوجته أو رفيقته لعملية التلقيح بغير نطفته، إلى التراجع عنه متى وقعت بينهما خلافات، دون أن يستند على دوافع قوية وتبرر هذا التراجع من جهة، ومن جهة أخرى سيشكل مساسا بحقوق الطفل؛قام الزوج باستئناف أمام محكمة استئناف باريس، مستندا على حجة أنه رفع دعواه لإنكار النسب ليس لكون زوجته خضعت لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير وإنما لكون المولود كان نتيجة علاقة غير شرعية برجل آخر، كما طالب بإجراء التحاليل ليتم التأكد من صحة أقواله؛وبعدما تأكدت محكمة الاستئناف من أن الطفل هو فعلا ثمرة علاقة غير شرعية بين الزوجة وعشيقها، وليس ناجما عن عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، قضت بتاريخ 1991/05/21 بعدم تأييد حكم محكمة بوبني وقبول دعوى الزوج بإنكار أبوته للمولود طبقا لنص المادة312 من القانون المدني[1].

وعليه ،جاء الحكم لصالح الزوج المتضمن إنكار أبوته للطفل الناتج بنطفة الغير،لكن بالمقابل لم يُراع مصالح الطفل الذي كان في البداية مشروع اتفاق مسبق للزوجين،قبل أن يتم نفي نسبه لاحقا نتيجة خلاف بين الزوجين،مما يجعل الإعتراف بالطفل متوقفا على مدى بقاء العلاقة الزوجية متواصلة وجيدة .لأن هذا النوع من الأحكام لم يحفظ حقوق و كرامة الطفل الذي صار ضحية في الحياة .

ويتضح من خلال ما سبق،أن المشرع الفرنسي أجاز وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير أو ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي عن طريق المتبرع،واعتبرها وسيلة استثنائية يمكن اللجوء إليها في حالات واردة على سبيل الحصر، يمكن أن تستفيد منها أسرة مؤلفة من رجل و إمرأة أو حتى أسرة متكونة من نفس الجنس مع شروط و التي نذكر منها :

-ضرورة صدور رضا الراغبين في الاستفادة من هذه الوسيلة أمام جهة رسمية تتمثل في الموثق.

- احترام مبدأ السرية ماعدا في حالات خاصة ،حيث يمكن للطبيب التعرف عليهم لدواعي طبية .

-تكريس مبدأ المجانية بمعنى عدم استفادة المتبرع من أي مقابل مالي.

[1] TGI de Bobigny 18 |anvier 1990: DS 1990,332,Note C. Saujot,Gazettedu palais, Mars Avril 1990.

-توفير الشروط الصحية عند تنفيذ هذه العملية.

بعدما بيّنا قضية التلقيح الإصطناعي الداخلي وما أثارته من اشكالات قانونية وقضائية ،سوف نتعرض في المبحث الموالي لصورة أخرى من صور التلقيح الإصطناعي.

المبحث الثالث

التلقيح الإصطناعي الخارجي

رغم أن التلقيح الإصطناعي الداخلي حقق نجاحا كبيرا وساهم في القضاء على ظاهرة العقم،إلا أنه في المقابل ، إلا أنه عجز في بعض الحالات عن تحقيق الهدف أو الغاية المنشودة بسبب فشل إلتقاء النطفة مع البويضة في رحم المرأة،مما استوجب التفكير في حول أخرى تكون أكثر فعالية وتحقق طلبات الأزواج ،حيث تم التوصل إلى إمكانية القيام بالتلقيح الإصطناعي خارجيا عن طريق تقنيات مخبرية دقيقة ،حيث يتم التأكد بنسبة كبيرة من تلقيح البويضة.

ولإعطاء صورة واضحة عن هذه العملية،سنحاول أن نعّرف بهذه التقنية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ،حيث نتطرق في البداية إلى دراسة هذا الأسلوب من التلقيح بين الزوجين ،ثم في حالة عدم نجاحه سنرى كيف تكون العملية باستعمال الأم البديلة .

المطلب الأول

التلقيح الإصطناعي الخارجي بين الزوجين

إن أسلوب التلقيح الداخلي أقدم طرق الإنجاب الإصطناعي ظهورا ،وبالرغم من فوائده العديدة، إلا أنه لم يستطع التغلب على كافة أنواع العقم، وبالتالي لم يستطع تلبية رغبات الكثير من الأزواج التي تعاني من العقم لأن هناك عقم ذكري، وعقم أنثوي ولكل نوع من أنواع العقم أسبابه فقد يكون السبب عائدا للنطفة ذاتها بسبب قلة أو ضعف الحيوانات المنوية ،أو أن يكون رحم المرأة غير صالح لإجراء عملية التلقيح، وغير قادر على الاحتفاظ بالبويضة الملقحة بسبب انسداد قناة فالوب ،أو بسبب عيوب وتشوهات في الأعضاء التناسلية أحيانا أخرى ، مما يؤدي لعدم جدية هذا الأسلوب لذلك ثم التفكير في اجراء العملية خارجيا حيث يتم تهيئة الوسط الطبي الملائم لتجنب العراقيل السابقة[1] .

[1] أنظر،طفياني مختارية،التلقيح الإصطناعي—دراسة مقارنة-،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تلمسان،2013-2014 ،ص.99.

نشير أن هذه الطريقة في التلقيح مثل الأولى قد تكون بين الزوجين وقد تكون بتدخل الغير ،لكنها تختلف اختلافا جذريا عن الصورة السابقة سواء من حيث تعريفها، وأشكالها ،ومراحلها والإشكالات التي تثيرها .

الفرع الأول

تعريفه وبيان صوره

يُعتبر التلقيح الخارجي[1]، أو عمليات أطفال الأنابيب أحد أنواع التلقيح الاصطناعي، وفي معظم الأحيان إليه لا يلجأ إلا في حالة فشل عملية التلقيح الداخلي، إذ أن نتائجه من حيث النجاح وعدمه تكون عادة أقل من التلقيح الداخلي، نظرا للصعوبات التي يحاط بها.وعليه سنقوم بتعريف هذا النوع من العمليات ،ثم نقوم بشرح صوره الطبية بالتفصيل حتى تتضح الصورة و يتبين الفرق مع الصورة السابقة من التلقيح .

أولا:تعريف

وردت عدة تعريفات لهذه التقنية الطبية من أجل تبسيط مفهومها وشرح كيفية استعمالها وتحديد الحالات التي يُسمح فيها باللجوء مباشرة إليها،حيث نسرد البعض منها على سبيل المثال.

يمكن تعريفه بأنه « هو الذي يتم فيه تلقيح البويضة من المرأة خارج جهازها التناسلي ويتم التلقيح بماء الذكر فإذا تم التلقيح أعيدت البيضات الملقحة إلى رحم المرأة أو رحم امرأة أخرى»[2] .

ويعرفه الدكتور مُحَمَّد علي البار بأنه « تلقيح البويضة من المرأة خارج جهازها التناسلي، ويتم التلقيح بماء الذكر، فإذا ما تم التلقيح أعيدت البويضات الملقحة والتي تدعى أحيانا ما قبل الأجنة (Preembryoes) إلى رحم المرأة أو رحم امرأة أخرى »[3].

«...ونكون بصدد تلقيح خارج الجسم عندما يتم سحب بويضة أو أكثر من رحم الزوجة، وذلك عن طريق تدخل جراحي يسمى LAPA SCOPIE بعد تنشيطها بواسطة هرمونات، ثم توضع هذه الأخيرة

---

[1] -الإخصاب خارج الجسم أو خارج الرحم ويقابله باللغة الانجليزية مصطلح (Hetero Insemination) أو مصطلح (In Vitro Fertilization) والذي يعني تلقيح البييضة خارج الجسم.مع ملاحظة أن مصطلح(In-vitro)هو في الأصل لاتيني والترجمة الفعلية له داخل الزجاج أو في صحون زجاجية، ومن هنا نجد أن تسمية أطفال الأنابيب غير صحيحة حيث إن البييضة المخصبة لا توضع في أنبوب وإنما تعاد لمستقرها وهو رحم المرأة.

-أطفال الأنابيب (IVF-ET) وهو اختصار (In-vitro Fertilization and transfer Embryo) وهي تسمية غير دقيقة ،حيث أطلقتها الصحافة لجذب اهتمام الناس بالموضوع ، والقارئ في الوهلة الأولى يظن أن الجنين سيعيش في أنبوب اختبار مدة طويلة ، لكن الأمر في الحقيقة لا يتعد الخمسة أيام،حيث يتم فيها سحب الحيامن والبييضات وتوفير الظروف المناسبة لالتقائهما وحدوث الانقسامات، لتعاد البييضة المخصبة وتزرع في رحم المرأة لإكمال الاستنبات الطبيعي للجنين، أمير فرج يوسف،المرجع السابق،ص.102.

[2] أحمد مُحَمَّد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص.113.

[3] أنظر، مُحَمَّد علي البار ، خلق الإنسان...، ص.499 .

في وسط ملائم يتمثل في طبق زجاجي يسمى بطريق بتري PETRI DISH وليس في أنبوب اختبار رغم أن المصطلح الشائع أطفال الأنابيب. ويحتوي هذا الطبق على سائل فزيولوجي لبقاء البويضة على حالتها الطبيعية ثم يضاف إليها الحيوانات المنوية للذكر، وبعد مرور يومين أو ثلاث بعد انقسام البويضة وتكاثرها يتم نقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة حتى تكمل نمها الطبيعي ويتكون الجنين وتتم الولادة بعد ذلك»[1].

تسمى هذه الوسيلة أيضا "طفل الأنابيب" « Bébé – éprouvette » وهي تسمية خاطئة نوعا ما لأنه لأول وهلة يفهم بأن الجنين يبقى مدة الحمل بأكملها داخل أنبوب الاختبار، بينما في الواقع لا يبقى إلا أيام معدودات داخل الأنبوب، وهي المدة الكافية طبيا لإجراء عملية التلقيح[2] .

وقد استخدمت هذه الطريقة في الحيوانات لاختيار سلالة معينة من الأنثى بعينها وذكر بعينه،وبما أن التلقيح الطبيعي لن يُنتج إلا عددا محدودا من هذه السلالة المرغوب فيها وفي زمن طويل نسبيا،فإن التلقيح الاصطناعي في طبق يمكن أن ينتج عددا وفيرا من هذه السلالة في وقت قصير.ولكي يحصل البيطريون على عدد وفير من البويضات تعطي أنثى الحيوان مجموعة من العقاقير مثل الكلومفيد (الكلوميد) الهرمونات المنمية للغدة التناسلية وتؤخذ البويضات وتلقح بالحيوانات المنوية من الذكر المطلوب، وهكذا تتوفر مجموعة كبيرة من البويضات في وقت قصير[3] .

ويعتبر شانج هو أول من قام بالتلقيح الاصطناعي الخارجي واستخدام الأم المستعارة وذلك في أنبوب أرانب في عام 1959 في بوسطن بالولايات المتحدة.

وأول من قام بمحاولة التلقيح الاصطناعي الخارجي في الإنسان هو الدكتور روبرت إدوارد سنة 1965 الذي فشلت محاولته تلك فاستمر في محاولاته إلى أن نجحت أول محاولة للحمل عام 1976 ، ولكن للأسف تم الحمل في قناة الرحم مما استدعى إجراء عملية جراحية لإخراج الجنين واستئصال قناة الرحم[4] .

وفي عام 1978 تمت ولادة أول طفل أنبوب في العالم (لويزا براون)، عندما نجح إدوارد وستبتو في محاولاتهما المستميتة، وكان قد سبق تلك المحاولة مائة محاولة فاشلة؛ومنذ أن تم ميلاد لويزا براون في 25يوليو1978 وحتى عام 1984 إزداد أطفال الأنابيب في العالم حتى جاوز الرقم ألف طفل بينهم 56 توائم ثنائية وثمانية توائم ثلاثية واثنان من التوائم الرباعي؛وبحلول شهر سبتمبر 1986 كان عدد أطفال

[1] محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص .75.

[2] محمد المرسي زهرة ، المرجع نفسه ، ص .76.

[3] طفياني مختارية،المرجع السابق،ص.107.

[4] محمد علي البار، طفل الأنبوب...،المرجع السابق،ص.65.

الأنابيب قد جاوز الثلاثة آلاف طفل في مختلف بقاع العالم ، وعدد المراكز التي تقوم هذه العملية بضع مئات منها 165 مركزا في الولايات المتحدة فقط، وتكلف المحاولة الواحدة في الولايات المتحدة ما بين أربعة آلاف وستة آلاف دولار[1] .

ثانيا –صور التلقيح الخارجي

تتم عملية التلقيح الخارجي عبر طرق مخبرية وأساليب تقنية خارج الجسم البشري، من خلال عدة صور يمكن حصرها في:

الصورة الأولى:

هو أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج والبويضة من مبيض زوجته ويتم التلقيح في طبق الاختبار(أنبوب اختبار) ، وفي الوقت المناسب تنقل البويضة الملقحة من الطبق وتعاد إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة، فتعلق قي جداره ليبدأ الحمل ويستمر إلى حين الولادة. ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عاقرا بسبب انسداد قناة فالوب التي تصل بين المبيض و الرحم.

وقد أجريت أول عملية بهذه الطريقة سنة 1977 بمستشفى أولد هام، لما أخد الدكتور البريطاني "باتريك ستبتو" بويضة الأم ووضعها في طبق حضّره الدكتور البريطاني الآخر "روبرت ادواردز"، وبعدما قاما بتلقيح البويضة ثم إعادة هذه الأخيرة إلى رحم الأم في 1977/11/12 وفي 1978/07/25 ولدت الطفلة "لويزا براون" وهي أول طفلة أنبوب في العالم، فاتحتا بذلك عهدا جديدا في طريقة التناسل بعد معاناة مع العقم وبدون اللجوء إلى العمليات الجراحية مثلا[2] .

مع العلم أنه من بين الدول الأولى التي استخدمت تقنية الإخصاب الصناعي هم أمريكا وبريطانيا واليابان، وإذا كان الدكتور باتريك ستبتو يوصف بأنه أب لأطفال الأنابيب في العالم، فإن الدكتورة صديقة كمال توصف بأنها أم لأطفال الأنابيب في العالم العربي، فقد أسست أول مستشفى لأطفال الأنابيب في الشرق الوسط و مقرها المملكة العربية السعودية [3] .

[1] محمد علي البار، طفل الأنبوب...،نفس المرجع ،ص.66.

[2] سناء عثمان الدبسي، أحمد اللدان،الإجتهاد الفقهي المعاصر ...،ص. 95.

[3] فرج محمد محمد سالم ، المرجع السابق ، ص 29.

الصورة الثانية :

ويتم التلقيح بأخد نطفة الزوج وبويضة الزوجة العقيمة وتلقيحها في "طبق بيتري" ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية، ونكون بصدد هذه الحالة عندما تكون الزوجة الأولى صاحبة البويضة منزوعة الرحم أو رحمها غير صالح للحمل [1].

الصورة الثالثة :

أن يجرى التلقيح في طبق إختبار حيث توضع فيه نطفة الرجل مع بويضة مؤخودة من رحم امرأة أجنبية عنه –متبرعة– لا تربطهما علاقة زوجية، وبعد تلقيح البويضة يتم زرعها في رحم الزوجة، يتم اللجوء إلى هذه الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا، لكن رحمها سليم قابل للحمل وتغدية الجنين[2] .

الصورة الرابعة

أن يجرى التلقيح بين نطفة رجل وبويضة امراة ليست بزوجته (أجنبية)، ثم يتم زرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة. ويستعمل هذا الأسلوب في حالة كون المرأة عاقرة بسبب تعطل أو استئصال المبيض، ولكن رحمها سليم و زوجها عاقر [3].

الصورة الخامسة

أن يجرى التلقيح الخارجي في طبق إختبار بين ماء الزوج و بويضة زوجته، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة للحمل وتعرف باسم الأم البديلة أو الأم الحاملة LA MERE PORTEUSE كما يعرف بالرحم الظئر أو البطن المستأجرة، فكلما تؤدي نفس المعنى. ويتم اللجوء لهذه الطريقة عندما يكون رحم المرأة غير صالح للحمل أو ترفض الحمل حفاظا على رشاقتها، وبالمقابل تكون الأم البديلة ترغب في الكسب المادي (يتم الإتفاق على مبلغ مادي منذ البداية) .

الصورة السادسة:

تقوم الزوجة باسترجاع مني زوجها المحفوظ على مستوى البنوك المنوية،ليتم بعد ذلك تلقيحها داخليا أو خارجيا في حالة ما إذا كانت تعاني من مشاكل عضوية داخلية [4].

---

[1] محمود سعد شاهين،المرجع السابق ،ص65 .

[2] أحمد محمد لطفي أحمد ، نفس المرجع ، ص114.

[3] محمود سعد شاهين،المرجع السابق ،ص67.

[4] أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص.116.

من خلال هذه الصورة،نرى بأن التلقيح الإصطناعي الخارجي بالرغم من أنه يعطي نتائج إيجابية ومضمونة إلى حد بعيد،إلا أنه بالمقابل يفتح باب لإختلاط الأنساب من خلال التلاعب بالنطف والبويضات،إذا ما تم الإستعانة بالغير من خلال عدة صور(كاستعمال نطفة أو بويضة الغير،أو الإستعانة بالأم البديلة)،أو حتى إمكانية معالجة البويضة الملقحة وإدخال تحسينات عليها من اجل الحصول على جنين معدل جينيا.لذلك يبقى الطبيب أو الفريق المشرف على العملية تحت ضميره المهني وأما تمليه عليه أخلاقيات مهنته .

كما نشير إلى أن التلقيح الإصطناعي الخارجي أصبحت تستعمل فيه التكنولوجيا والبرمجيات الحديثة ،من خلال اكتشاف طريقة جديدة تحت مُسمى أطفال الرقائق الإلكترونية، نجح باحثون في الولايات المتحدة في بناء أول "رقيقة" إلكترونية تستطيع أن تنفذ آليا كل الخطوات المتبعة في التخصيب المجهري، وإجراء جميع خطوات التلقيح والإخصاب الاصطناعي اللازمة لإنتاج أطفال الأنابيب، حتى مرحلة تحضير الجنين للزرع داخل الرحم.كما توقع الباحثون أن يتكون أطفال المستقبل ويعيشون الأيام الأولى من نموهم على رقيقة إلكترونية، يتحكم فيها جهاز كمبيوتر.وقاد الباحثان "ديفيد بيب" و"ماثيو ويلر" فريقا بحثيا قام ببناء أول نموذج تطبيقي يستطيع أن ينفذ الخطوات الرئيسة اللازمة لإنتاج الجنين، ونجحا في إنتاج أجنة فئران بسرعة وبدقة عالية، وبطريقة أكثر كفاءة من الطرق التقليدية عن طريق استخدام رقيقة إلكترونية مبرمجة دقيقة للغاية.وسيتم استخدام هذه التقنية في البداية لإنتاج الماشية، لكن الهدف النهائي لها سيكون إنتاج الأجنة البشرية مستقبلا، ويهدف العلماء لتطوير هذه التقنية في النهاية، حتى يمكن تصنيف واختبار الأجنة تبعا للعيوب الجينية والوراثية،وبالتالي اختيار الأكثر صلاحية منها.

وقد صنعت هذه الآلة من مادة شفافة، تشبه الشريحة الزجاجية وتحتوي على شبكة من القنوات الصغيرة جدا، بعمق وعرض يصل إلى 0.2 ملليمتر، وتم توصيل هذه القنوات الدقيقة إلى حقنة مبرمجة لضخ الأغذية اللازمة للجنين في مراحله المختلفة، وإزالة السوائل، وتحريك الجنين إلى المكان المطلوب. وتشبه هذه الرقيقة عمليا طريقة عمل الأجهزة التناسلية الطبيعية، وقد تكون قادرة في النهاية على فحص وفرز الأجنة عن طريق تشخيص أي عيوب وراثية فيهم.

واستعمل الباحثون هذه الرقيقة أيضا لإزالة الغشاء الذي يغلف الجنين المبكر والمعروف باسم zona" "pellucida، ويستخدم هذا الأسلوب مع أجنة الإنسان كمرحلة هامة تُعرف بمرحلة "التفقيس المساعد " assisted hatchingوالتي تعمل على تشجيع الزرع، وتتم هذه المرحلة تقليديا عن طريق وضع الجنين في

وسط حامضي، وإزالته بسرعة عند تحطم الصدفة الخارجية للجنين، وقد يتلف الجنين إذا وُضع لمدة طويلة في الوسط الحامضي في كثير من الأحيان.

ويعكف الباحثون على تصميم رقيقة تتخذ أليا جميع الخطوات اللازمة في عملية الإنجاب من تخصيب البويضة، وقياس معدل استهلاك الأجنة للأكسجين والجلوكوز، وكمية ثاني أكسيد الكربون التي تطلقها، بالإضافة لفحص العيوب الوراثية، ومعالجتها إذا لزم الأمر، والتخلص من الأجنة ذات النوعية الرديئة قبل الزرع، حتى الوصول إلى عملية إعداد الأجنة للزرع [1].

يتبين لنا أنه في حالة نجاح هذه الطريق الجديدة ستكون الحل البديل لمشكلة تأجير الأرحام الطبيعية التي ستتحول إلى أرحام اصطناعية، فكيف سيكون يا ترى موقف الفقه والقانون منها؟هل ستلقى التأييد مثلا خاصة وأنها ستكون أكثر تحكما وضمانا في العمليات؟هذا ما ستبينه السنوات القادمة .

الفرع الثاني

الأسباب الطبية المؤدية للتلقيح الإصطناعي الخارجي

في بداية الأمر كان الأطباء يلجؤون للتلقيح الاصطناعي الخارجي عندما يتعذر التقاء الحيوان المنوي بالبويضة بسبب انسداد قناة الرحم ،ولكن ظهرت بعد ذلك أعراض أخرى وحالات مستعصية تطلبت اللجوء لتلقيح البويضة خارجيا ،ويمكن تلخيصها في الأسباب التالية:

1-أمراض الأنابيب:

التي تشمل قفل الأنابيب واستئصالها عن طريق الجراحة، أو تكون مشوهة، أو بسبب قلة عدد الحيوانات المنوية عن عشرة ملايين في الميليلتر، أو إفرازات عنق الرحم المعادية للحيوانات المنوية،وإصلاحها يكون بإجراء عملية دقيقة قبل الإقدام على التلقيح، حيث أن نسبة النجاح في هذه العمليات قد تكون في الحالات التي ليست فيها تشوهات شديدة ، أعلى من عمليات طفل الأنبوب.

2-قلة الحيوانات المنوية :

حالات انخفاض الحيوانات المنوية عند الزوج، وذلك لأنه عند حدوث الإخصاب في المعمل نحتاج لعدد قليل من الحيوانات (100000)،و يتراوح عدد الحيوانات المنوية عند الرجل الطبيعي في النطفة الواحدة بين 20 مليون و200مليون حيوان منوي، ولذا فإنه إذا كان لدى الزوج نقص في عدد الحيوانات المنوية فإنه

[1] زينب محمد رشاد فهمي البنا،" أطفال على رقائق إلكترونية"، منشورة على الموقع ،http://kenanaonline.com/zeinabelbana/25462

يمكن استخدام طريقة الإخصاب خارج الجسم لاستحداث الحمل، ولكن إذا كان عدد الحيوانات المنوية أقل من عشرة ملايين في كل مليمتر.فإن نجاح التلقيح الاصطناعي الداخلي يكون ضئيلا، ولهذا يتم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الخارجي، ولكي ينجح التلقيح الاصطناعي الخارجي لا بد أن تكون حركة الحيوانات المنوية القليلة سليمة، ومع هذا فإن نسبة نجاح التلقيح الاصطناعي الخارجي تعتبر ضئيلة عندما يكون عدد الحيوانات المنوية النشطة أقل من خمسة ملايين حيوان في كل ملليمتر [1].

3-إفرازات عنق الرحم المعادية للحيوانات المنوية :

قد تكون إفرازات عنق الرحم معادية للحيوانات المنوية وتتسبب في مضاعفات داخلية، ورغم ذلك يتم تجريب التلقيح الاصطناعي الداخلي، ولكن إذا فشل هذا الإجراء يتم بعدها اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الخارجي لمحاولة التغلب على هذه المشكلة.وقد يكون الزوج سليما والزوجة أيضا كذلك، ومع ذلك لا يحدث الإنجاب بينهما، وقد أرجع الأطباء سبب ذلك إلى وجود أجسام مضادة في جسم المرأة أو مهبلها تقتل الحيوانات المنوية لأنها تعتبرها أجساما غريبة ، فتقوم قوى الجسم الدفاعية بمهاجمة الحيوانات المنوية والفتك بها قبل أن تصل إلى البويضة ، و بالتالي يتعذر الإخصاب[2].

4-انتباذ بطانة الرحم:

عبارة عن نمو نسيج خارج الرحم مشابه للنسيج الذي يبطّن الرحم من الداخل ،مما يسبب مشاكل في الخصوبة و إذا كان انتداب بطانة الرحم خفيفا فإن الأنابيب تظل مفتوحة، ولكن عملها قد يتعطل وفي هذه الحالات تصل عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي إلى 3 بالمائة أما في حالات الانتباذ الشديدة فإن نسبة النجاح تكون ضئيلة؛إن سبب انتباذ بطانة الرحم لا يزال مجهولا. ولكن هناك بعض الأبحاث التي تشير إلى أن الوطء في المحيض من أهم عوامل الانتباذ ولذا فإن انتباذ بطانة الرحم نادرة جدا في البلاد الإسلامية التي تحرّم الوطء أثناء المحيض.

5- وجود دوالي الخصي عند الرجل أو سرعة القذف أو وجود خلل هرموني في تكوين الحيوانات المنوية أو وجود أسباب وراثية تؤدي إلى عقمه،بالإضافة إلى حالات العقم المستعصية التي لا يمكن معرفة أسببها، حيث يكون الزوج سليما وله عدد الكافي من الحيامن والزوجة منتظمة التبييض ولا يحدث الحمل، إلا أن الطب لم يتمكن من معرفة أسباب العقم[3].

---

[1] أنظر، محمّد علي البار، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي، الدار السعودية،جدة ،1987 ،ص.87 .

[2] سناء عثمان الدبسي، أحمد اللدان،المرجع السابق ،ص.101.

[3] أمير فرج يوسف،المرجع السابق،ص 143-144.

الفرع الثالث

الحكم الشرعي لحالات التلقيح الإصطناعي الخارجي

يُعتبر التلقيح الإصطناعي بصورتيه الداخلي والخارجي من أكثر النوازل الفقهية الطبية المعاصرة التي أسالت الكثير من الحبر،لأنه موضوع شديد الحساسية من الناحية القانونية والشرعية خاصة وأن له نتائج مباشره بالأسرة وتكوينها على غرار النسب والذي يعتبر حجر الأساس في بناء الأسرة و بقائها .

من خلال هذا الفرع سنبين الجانب الشرعي وما يثيره من تضارب في الأقوال بين مؤيد و معارض بالنسبة للتلقيح الإصطناعي الخارجي،خاصة وأنه يجرى خارج الموضع الأصلي والمتمثل في رحم المرأة .

كما نشير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أجمعوا على حرمة العملية إذا تدخل فيها طرف أجنبي ما عدا الزوجين،وعليه لا داعي للحديث عن كل الصور السابقة التي ذكرناها،وما يهمنا في هذا الفرع الحكم الشرعي عندما تكون العملية بين رجل وإمرأة تربطهما علاقة زوجية (حالة الصورة الأولى والثانية من صور التي ذكرناها في الفرع الأول) .

أولا– حرمة هذا النوع من التلقيح الإصطناعي وهو ما ذهب إليه فضيلة الشيخ عبد الحليم محمود شيخ الأزهر الأسبق، والشيخ رجب التميمى، والشيخ إبراهيم شقرة والشيخ مُحَمَّد بن عبد الله السبيل، والشيخ مُحَمَّد ناصر الدين الألبانى الذى أجازها فى حالة واحدة وهى إذا ما كان الزوج هو الطبيب نفسه[1] ،حيث ذكروا بعدم جواز هذه الوسيلة الطبية لما ينتج عنها من شبهات سواء في النسب أو في تحدي لقضاء الله ،واستندوا في ذلك على :

قال تعالى {نِسَاؤُكُمْ حَرْث لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدمُوا لِأَنْفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلَاقُوهُ وَبَشِرِ الْمُؤْمِنِينَ}[2] .

– حيث وضحت الآية أن نساءكم مكان زرعكم وموضع نسلكم وفي أرحامهن يتكون الولد فأتوهن في موضع النسل والذرية ولا تتعدوه إلى غيره ومعنى هذه الآية أن التلقيح بين البويضة والحيوان المنوي للزوجين إنما يتم عن طريق الجماع والتلقيح الذي يتم عن طريق آخر بواسطة الأنبوب أو غيره مخالفة لنص الآية الكريمة وللشرع الشريف[3].

---

[1] مُحَمَّد علي البار، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي،المرجع السابق،ص.154.

[2] سورة البقرة،الآية 223

[3] المغني شرح مختصر الخرقي ج 8 ، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ،الطبعة الثالثة،دار عالم الكتب للطباعة و النشر و التوزيع،الرياض،1998،ص.385.

– قال تعالى {لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيم قَدِير}[1].

–تحث هذه الآية المؤمن أن يرضى بقضاء الله وهو بصير بأحوال خلقه وهو الحكيم الخبير، ولا يجوز لنا أن نخالف أحكامه بسبب العواطف.ولا يجوز لنا أن نأتي بطرق ملتوية تكون مثارًا للشك والظنون في الأنساب.

وقوله تعالى { أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِنْ مَنِ يُمْنَى ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى} [2]؛وقوله تعالى { أَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ .فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِين} [3].

–إن التلقيح الإصطناعى خروج عن سنن الفطرة التى فطر الله الناس عليها للإنجاب والتكاثر، والتى تتفق مع تكريم الله للإنسان، فلا إنجاب مشروع فى الإسلام إلا عن الطريق الزواج الشرعى الصحيح، حيث يتم الاتصال المباشر بين الرجل وزوجته، دون أن يكون ثمة وسيط بينهما.وهذا استنادا لقوله تعالى{فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُواْ مَا كَتَبَ اللّهُ لَكُمْ }[4]،وفي قوله تعالى {فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلاً خَفِيفًا}[5].فهناك دلالة عميقة لقوله{باشروهن}ولقوله:{تغشاها}في تأكيد صورة الاتصال المباشر بين الزوجين.

–إن الحمل بغير الطريق الطبيعى فيه مخالفة لهذه الآيات حيث إن الطفل المخلوق بالتلقيح الصناعى، أو طفل الأنابيب سيكبر حتماً،ويصبح إنسانا مسلماً، ويستمع إلى القرآن فماذا سيكون شعوره عندما يسمع إلى الآيات السابقة ثم إن الآية توضح أن من صفات المنى أن يخرج دافقا وأن يستقر فى قرار مكين وفى طفل الأنبوب مخالفة صريحة لهذه الآيات[6] .

–إنها تتيح الفرصة أمام الأطباء للتحكم في جنس الجنين وهذا قد يترتب عليه آثار خطيرة على المجتمع بوجه عام، فالتلقيح يتم خارج الرحم في أنبوب إختبار، ثم تزرع بعد ذلك في رحم المرأة الراغبة في الإنجاب، وقد توصل العلماء سنة 1984 إلى وسيلة طبية يستطيعون بها قبل إجراء عملية التلقيح تفريق نواة الخلية

[1] سورة الشورى،الآيتين 49–50.

[2] سورة القيامة، الآيات 39–36.

[3] سورة المرسلات،الآيتين 20–21.

[4] سورة البقرة،الآية 187 .

[5] سورة الأعراف،الآية 189.

[6] المغني شرح مختصر الخرقي ج 8 ،المرجع السابق،ص.386.

المنوية المؤثرة في تحديد جنس المولود أو الجنين .بحيث لا يستخدم عند إجراء عملية التلقيح إلا الخلايا المحملة بالكروموزوم Y إذا كانت الرغبة في الذكر و الكروموزوم X إذا كانت الرغبة في الأنثى[1].

– انعدام الآمان إذ أن الغموض الذي يكتنف نتائج هذه التجربة من حيث احتمال الارتفاع في نسبة التشوه في هذه الطريقة عن المعتاد في الحمل الطبيعي، لعدم إمكانية كشف ذلك قبل التكرار الكثير و من حيث احتمال تأديتها إلى أضرار أخرى مرضية لا يمكن الجزم بالأمان منها في هذه الطريقة قبل مضي زمن طويل من عمر الوليد.

–إن هذه الوسيلة تؤدي إلى الشك في الأنساب ومن ثم فقد تكون ذريعة للفساد، إذ أن النسب في الإسلام له أهمية فعليه يؤسس قوام الأسرة وحقوقها وحقوق أفرادها ويرجع السبب في الشك في الأنساب إلى أن إجراء عملية التلقيح تطول لأيام، ومع كثرة رغبي الإنجاب، فقد يخطئ الطبيب المشرف و يستبدل أنبوبا بآخر[2] .

–إن طفل الأنبوب لا يعدو أن يكون تجربة علمية ضنية،لا يمكن القطع معها بحمل المرأة و إنجابها لأن الحمل ولإنجاب حتى في الحالات الطبيعية يبقيان شيئا ضنيا مرده إلى علم الله وإرادته .

–أن قاعدة سد الذرائع في الإسلام تفرض حظر طفل الأنبوب ومنعه ،إذ أن هذه القاعدة تحظر على المسلم الوقوع في الحرام ، وطفل الأنبوب تحوم حول شكوك كثيرة بالإضافة إلى الكشف عن عورة المرأة وملامستها وتصويب النظر الى مواطن الفتنة، فيكون أولى بالتحريم مما حرم سد الذرائع .

ثانيا–جواز التلقيح الخارجي وبه قال أغلبية فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين،منهم عبد الله عمر بن نصيف، مُحَمَّد محمود الصواف ، مُحَمَّد بن جبير[3]، ،وقد استدلوا على موقفهم بنفس الأدلة تقريبا التى سبق ذكرها للفقهاء الذين أجازوا التلقيح الداخلى ،مع تعزيز موقفهم بما يلى:

–إن من مقاصد الشريعة حفظ النسل، وهذا لا يتحقق إلا بالزواج ثم بالإنجاب، وحيث تعذر الإنجاب الطبيعي فلا مانع من اللجوء إلى الصناعي حفاظا على هذا المقصد الأسمى .

–عرف الفقه الإسلامي قديما صوراً مماثلة للتلقيح الصناعى الداخلى، من استدخال المرأة منى زوجها فى فرجها، ورتب عليه الفقهاء آثارا فقهية من وجوب العدة وثبوت النسب، وهذا دليل على جوازه[4] .

---

[1] أنظر،خالد مُحَمَّد منصور ، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء فى الفقه الإسلامى ،الطبعة الأولى، دار النفائس،جدة،2009،ص. 158.

[2] أحمد مُحَمَّد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص133.

[3] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، عدد الثاني، ص337.منشورة على الموقع https://ar.islamway.net/book/21831/،

[4] مُحَمَّد علي البار، طفل الأنبوب الاصطناعي....،المرجع السابق،ص.70.

– التلقيح الصناعي نوع من العلاج والشريعة الإسلامية حثت على علاج الأمراض والتداوي منها حيث جاء فى الحديث،عن أبي الدرداء قال :قال رسول الله ﷺ « إن الله عز وجل أنزل الداء والدواء وجعل لكل داءٍ دواء فتداووا ولا تداووا بحرام ».

–إن حاجة المرأة المتزوجة، وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضا مشروعاً، وإن الأسلوب الذى تؤخذ به النطفة الذكرية من الرجل، وحقنها فى رحم زوجته هو أسلوب جائز شرعا بعد ثبوت حاجة المرأة إلى هذه العملية[1].

–فإذا تمت عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي بنطفة الزوج وبويضة الزوجة ثم تم الحمل في رحم الزوجة واحترمت الشروط القانونية والضوابط الشرعية كانت العملية جائزة ولا حرج فيها،لأنها ستؤدي حتما لإدخال السرور على الزوجين بإنجابهما ولد طال انتظاره، ليملأ حياتهما سعادة مما يساعد على تماسك الأسرة، وتمتين الروابط بين أفرادها، واستقرار المجتمع و ازدهاره .

وبذلك أجازوا عملية التلقيح الخارجي بين الزوجين وذلك متى احترمت الشروط والضوابط المنظمة للعملية.

وفي هذا الصدد أيضا قال الشيخ أحمد حماني رحمه الله «إذا كان المني مني زوجها والبويضة منها وتخلق الجنين منها فالولد شرعي يلحق بالزوج بإجماع علماء الأمة ولا ضير على المرأة بما صنعت»[2].

وهذا ما أكده القرار الخامس لمجمع الفقه الإسلامي حيث جاء فيه« إن الأسلوب الثالث الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحهما خارجيا في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة، هو أسلوب مقبول مبدئيا في ذاته بالنظر الشرعي، لكنه غير سليم تماما من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات فينبغي أن لايلجأ إليه إلا في حالة الضرورة القصوى وبعد أن تتوافر الشرائط العامة الأنفة الذكر»[3].

–جواز هذه الصورة من التلقيح الخارجى مادام زرع اللقيحة فى رحم الزوجة ذاتها مع توفر شرط الضرورة، وهو ما ذهب إليه المجمع الفقهى الإسلامى التابع لرابطة العالم الإسلامي فى دورتيه السابعة

[1] خالد محمد منصور، الأحكام الطبية ...،المرجع السابق،ص. 158.

[2] أنظر، أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني استشارات شرعية ومباحث فقهية، الجزء الأول، منشورات قصر الكتاب، الجزائر،ط1، 1986،ص.386.

[3] القرار الخامس، حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، عدد الثاني،المرجع السابق ، ص.336.

والثامنة[1]،ومجمع الفقه الإسلامي الدولى التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى[2]،وأيده كذلك مجموعة من الفقهاء المعاصرين[3] .

-إن المنى للزوج، وأنه محترم حال الإنزال وحال الاستدخال، وكذلك بييضة الزوجة محترمة حال الإنزال وحال الاستدخال.

-إن الرحم الذى تغرس فيه اللقيحة المخصبة خارجياً إنما هو للزوجة، وليس هناك عنصر أجنبى فلا مانع من الالتجاء إلى هذا الأسلوب شرعاً، لأن الولد المتولد من هذا ابن لهذين الزوجين مولود على فراشهما، ومتكون من مائهما.

-عدم تعارض هذه الصورة مع أحكام الشريعة الإسلامية حيث إن عملية التلقيح تتم وفق السنة الطبيعية لتكوين الجنين، مما يساعد في إدخال البهجة والسرور على الأسر التى حرمت من نعمة الولد[4].

-الاستدلال بقاعدة "إذا تعارضت مفسدتان، روعي أعظمهما ضرراً، بارتكاب أخفهما"، وقاعدة" الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"

-قياس التلقيح الإصطناعي الخارجي بين الزوجين على التلقيح الطبيعي ، حيث أن كلاهما يهدف للحصول على النسل بطريق شرعي وهو الزواج ،فإن الحيوان المنوى من الزوج هو الذي يلقح بويضة الزوجة في التلقيح الطبيعي نتيجة المعاشرة الزوجية وكذلك يحصل في التلقيح الخارجي فينبغي أن يأخذ حكمة وهو الجواز.

-أن من أهم مقاصد الزواج في الإسلام إنجاب الأبناء وهذا يحصل عن طريق التلقيح الطبيعي لكن إذا تعذر فإنه يلجأ إلى هذه الصورة ، فإنها محققة لهذا المقصد العظيم فيكون جائزا في ظل قيام العلاقة الزوجية وبرضا الزوجين[5].

أما بالنسبة لزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى والتي تعتبر زوجة ثانية لكنها تبقى في حكم المتبرعة برحمها،وقد لاقت خلافا شديداً فى الأوساط الفقهية المتخصصة، فبينما كان قد أجازها في البداية المجمع

---

[1] قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة ، القرار الثاني ،الدورة الثامنة بشأن التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب ،بتاريخ 12 محرم 1433 الموافق ل 07 ديسمبر 2011 ،الموقع الإلكتروني: https://ar.themwl.org

[2] قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولى التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حول التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب ،منشورة على الموقع الإلكتروني http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-32-4571.htm

[3] د. عبدالله البسام، د. صالح الفوزان، د.مصطفى الزرقا، والشيخ ابن عثيمين، د. محمد عثمان شبير، د. عمر الأشقر، د.عبدالكريم زيدان، د. وهبة الزحيلى، وشيخ الأزهر جاد الحق على جاد الحق،لمزيد من التفاصيل ،انظر خالد محمد منصور،المرجع السابق، ص160-165 .

[4] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، المرجع السابق، 83

[5] سناء عثمان الدبسي، أحمد اللدان،المرجع السابق ،ص120.

الفقهى التابع لرابطة العالم الإسلامى فى دورته السابعة حيث جاء فى قراره ما يلي "...الذي تؤخذ فيه النطفة والبييضة من زوجين، وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم، يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة..."[1] .ومن بين الحجج المقدمة لأصحاب هذا الرأي نذكر على سبيل المثال :

-إن المرأتين زوجتان لرجل واحد، فليس فى رحم الزوجة الثانية ماء رجل أجنبى، وإنما هو ماء زوجها الشرعي[2].

لكن نرى أنه بالرغم من عدم وجود ماء رجل أجنبي إلا أنه بالمقابل يوجد بييضة أجنبية في رحم المرأة وستأخد نفس الحكم.

-لا يوجد فى هذا العمل أى حكمة من حكم تحريم الزنا حيث إن الماء لرجل واحد والزوجتان صاحبة البييضة، وضرتها التى تزرع اللقيحة فيها لرجل واحد.

-إن دور الزوجة الثانية المتبرعة برحمها يُشبه دور المرأة المرضعة،لأنها ستعطيه الغداء والحماية فقط ولن يحمل أي صفة وراثية أو سينسب إليها [3] .

لكن يظهر لنا أنه لا وجود للتشابه ،لأنه في الواقع أن المرأة المرضعة تقوم بارضاع مولود بعد ولادته لظروف خاصة،أما التبرع بالرحم من أجل حمل اللقيحة فهي في حكم الأم الحقيقية التي تنتظر مولودا وتتعلق به منذ أيام الحمل ويحمل صفاتها الوراثية،ثم رجع عن هذا القرار فى الدورة التى تلتها نظراً لوضوح بعض الأدلة لديه مما جعله يقرر سحب حالة الجواز فجاء فى قراره ونص على أنه "وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرر المجلس سحب حالة الجواز المشار إليها من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام 1404 "[4]

ومن بين الحجج التي اعتمد عليها:

-إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بييضة الزوجة الأولى- قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة من زرع اللقيحة ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البييضة من أم ولد معاشرة

[1] القرار السابع مجمع الفقه الإسلامي الدولى التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي،المرجع السابق.

[2] مُحَّد علي البار، التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب،المرجع السابق،ص.290.

[3] مُحَّد علي البار، المرجع نفسه ،ص291.

[4] القرار الثاني من الدورة السابعة، بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب،منشور على الموقع الإلكتروني http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-32-4571.htm

الزوج،معتمدا على آراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس، والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من الأنساب واختلاط اللقيحة حاملة واختلاط الأنساب [1].

-لكن ومع ذلك وإن كان وارد نظرياً، ولكنه عمليا لا يمكن أن يحصل إذا اتخدت الإحتياطات اللازمة وبقيت المرأة تحت المراقبة المستمرة من طرف الطبيب المعالج لأنه سيلاحظ أي تغيير أو جديد في مراحل تطور الحمل ،كما أنه سينصح الزوجان بتجنب المعاشرة من أجل الحفاظ على اللقيحة المزروعة.

كما جاءت فتوى مجمع البحوث الإسلامية في جلسته المنعقدة بتاريخ 2001/03/29 ،وفتوى دار الإفتاء المصرية رقم 785 لسنة 1999 محرّمة لهذه الوسيلة ،ومؤيدة لموقف المجمع الفقهى الإسلامي[2].

من خلال ما عرضناه من حجج وآراء ،نرى أنه بالرغم من أن الإتصال الجنسي هي الطريقة الفطرية بين الزوجين ،إلا أنه في حالة الضرورة يجوز إجراء التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين متى توافرت شروطه وضوابطه على غرار وجود العلاقة الزوجية الشرعية وحالة الضرورة والتأكد من عدم اختلاط اللقيحات ،بالإضافة إلى تجنب وقوع آثار سلبية على المولود والحامل معا،لأن التلقيح الصناعى الخارجي ليس خروجا عن الفطرة وليس فيه ما يخالف الشريعة ،لأن الأصل يبقى في التقاء الحيوان المنوى مع البييضة بصورة مشروعة كما أنه لا يعدو أن يكون طريقة من طرق الالتقاء تستخدم من أجل العلاج الطبي في إطاره المشروع .

كما أن طفل الأنبوب أصبح حقيقة علمية لا تقبل الشك،لأن الضوابط التى وضعها الفقهاء عند إجراء هذه العملية كفيلة بضمان هذه العملية وخلوها من الشك ،مع تجنب اللجوء إلى استغلال رحم الزوجة الثانية لزرع اللقيحة الخاصة بالزوجة الأولى.

بعدما بينا الموقف الشرعي وما قدمه من آراء ،سنبين في الفرع الموالي الموقف القانون والقضائي من هذه الطريقة وهل ساير الموقف الشرعي أم كان له رأي آخر .

الفرع الرابع

التلقيح الإصطناعي الخارجي من منظر قانوني و قضائي

نحاول من خلال هذا الفرع تبيان موقف القانون و القضاء من عملية التلقيح الإصطناعي الخارجي خاصة بين الزوجين وما تثيره من إشكالات قانونية،وهل جاءت مسايرة للرأي الشرعي أم خالفته مباشرة ،على أن ندرس حالة تدخل الغير أي الام البديلة في مطلب مستقل حتى نتمكن من إعطاء هذه الدراسة

[1] سناء عثمان الدبسي، أحمد اللدان،المرجع السابق ،ص.125.

[2] سعيدان أسماء،المرجع السابق،ص251 .

حقها . وعليه فعملية التلقيح الخارجي بين الزوجين لا تثير إشكالات كبيرة لذلك ستكون الدراسة مختصرة في هذا المجال عكس الحالات الأخرى التي تكون بتخل الغير .

أولا:في التشريع والقضاء الفرنسي

باستقراء القانون الفرنسي، نجده ينص صراحة على أن العقم يمكن معالجته عن طريق المساعدة الطبية على الإنجاب، لكن يجب إثبات العقم طبيا إذ اشترط لإجراء التلقيح الاصطناعي على أن يكون أحد الزوجين أو كلاهما عقيما مع تقديم طلب المساعدة الطبية وترك أمر إجابة الطلب من عدمه إلى الأطباء الذين سيقومون بإجراء عملية التلقيح، مع العلم أنه لا يجوز لهم الرفض إلا في ظروف استثنائية كقدرة الزوجة على الحمل بالطريقة الطبيعية[1] .

في ذات السياق أوضح المجلس الوطني لآداب مهنة الطب رأيه بخصوص التلقيح الاصطناعي الخارجي في 1984/10/23،وفي 1986/12/15 والتي كانت محل تأييد بتقرير صادر عن مجلس الدولة في 1988[2].وكان قد أجاز المشرع الفرنسي التلقيح الاصطناعي بين الزوجين بموجب المادة152-2 من قانون 94-654 وهذا ما أكدته أيضا المادة 2141-2 من قانون الصحة العامة، حيث أباحت هذه القوانين التلقيح الاصطناعي الذي يتم بين الزوجين أو الشريكين، على أن تتم العملية وفق الشروط القانونية التي تضمنتها هذه القوانين .

وبالنسبة للتلقيح الإصطناعي الخارجي (la fécondation in vitro) فنجد أن المشرع الفرنسي لم يقدم تعريفا لها في قانون الصحة ،ولكن أباح هذا النوع من التلقيح بشروط خاصة،حيث نجده في المادة2131-24 [3]قد فرض على الفريق الطبي القائم العملية تزويد الزوجين أو المرأة الغير المتزوجة بالمعلومات والخطوات الواجب التقيد من أجل تحقيق الهدف من هذه التقنية،بالإضافة إلى اخضاع المراكز الصحية التي تقوم بهذا النوع من الإخصاب إلى شروط محددة يجب توافرها مع فرض التشخيص الدقيق أثناء القيام بالتلقيح الخارجي حسب المادة 2131-29[4] من ذات القانون .

---

[1] Roseline Letteron.le droit de la procréation ,op.cit.p.86.

[2] Marine CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES,op.cit,P.185.

[3] «Avant la mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation permettant la fécondation in vitro, et sans préjudice des conditions fixées à l'article L. 2141-10, les praticiens de l'équipe clinico-biologique précisent au couple ou à la femme non mariée les contraintes médicales et techniques qui permettront d'aboutir à ce diagnostic».Art2131-24 du C.S.P..f.

[4] « Pour obtenir l'autorisation d'exercer l'activité mentionnée au 1° de l'article R. 2131-22-2, les établissements doivent être autorisés, en application de l'article L. 2142-1 et dans les conditions fixées aux articles R. 2142-1et suivants, à pratiquer la fécondation in vitro avec micro-manipulation» Art2131-29 du C.S.P..f..

ونجده أيضا من خلال المادة 2141-03 [1]قد منع اللجوء إلى محاولة أخرى للتلقيح الخارجي بين الزوجين أو للمرأة الغير متزوجة إلا في حالة اكتشاف خلل يؤثر على نوعية الأجنة المجمدة.

أما لقضاء الفرنسي اعترف بهده الوسيلة فيما بين الأزواج ،وهذا ما قضت به محكمة تولوز،تأسيسا على أن التلقيح الإصطناعي الخارجي سواء في لإطار العلاقة الزوجية أو خارجها لا يمس بالحماية المقرّرة للطفل مؤكدة على صحة الإتفاق المنعقد بين الطبيب والمريض في المحل والسبب بشرط أن ألا يكون الإلخصاب لأغراض تجارية أو صناعية وهذا ما أقره المشرع الفرنسي في نص المادة511-17[2].

لقد أقر القضاء الفرنسي مبدأ هام بخصوص التلقيح الصناعي بمن الزوج وبويضة رحم الزوجة خارج الرحم، ومفاد ذلك ثبوت نسب المولود بهذه التقنية، جاء ذلك في قضية تتلخص وقائعهافي أن طفلا ولد بعد تخصيب خارجي لزوجين على قيد الحياة في بيئة مصطنعة لتزرع اللقيحة في رحم الزوجة، وبعد فترة ولد الطفل، لكن الزوج أراد التنكر لنسب الطفل إليه، فرفع دعواه مستندا إلى أن التلقيح تم بواسطة ماء الغير، وبرر ذلك بأنه كان مسافرافي Antelles وزوجته لم تنكر ذلك. رأت المحكمة أنه لقبول دعوى الزوج بإنكار نسب الطفل يكفي أن يثبت ذلك بالخبرةفي مجال الدم نفي الأبوة، ومن ثم فلا محل للبحث عما إذا كان الزوج قد وافق على الوسيلة أم لا[3].

يستخلص من هذا الحكم أن القضاء الفرنسي وضع قاعدة مفادها ثبوت نسب الطفل الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي، ما لم يتم نفيه بالطرق العلمية

أما بالنسبة لموقف القانون المصري من هذه الوسيلة، فإنه لم ينظم العملية بقانون خاص، على الرغم من أن هذه العمليات تجرى في مصر بشكل عادي وطبيعي

ثانيا: في التشريع والقضاء الجزائري

في البداية لم ينص المشرع الجزائري صراحة على حكم التلقيح الاصطناعي الخارجي، وإنما جاء نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة عامّا، ويستخلص منه أن المشرع الجزائري أباح اللجوء لعملية التلقيح

[1] «Un couple ou une femme non mariée dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci, sauf si un problème de qualité affecte ces embryons». Art 2141-02 du C.S.P..f.

[2] «Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales» Art511-17 code pénal français , précitée

[3] MONGE Luz, La liberté de procréer pouvoir de la femme, Thèse pour obtenir le grade de doctorat en droit, Faculté de droit, université Panthéon-Assass (Paris II), 2000, p 182.

الاصطناعي الخارجي في صورته التي تتم في إطار العلاقة الزوجية، وبين مني الزوج وبويضة الزوجة على أن تزرع في رحمها. غير أنه لم يحدد مصير البويضات الزائدة عن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي،ونتيجة لهذا الفراغ أصدرت وزارة الصحة التعليمة رقم 300 المؤرخة في 12/05/ 2000[1] والتي تنص على أن تقنية التلقيح الخارجي تتطلب تجميد بعض اللقائح الزائدة، لإعادة استعمالها في حالة فشل المحاولة الأولى في إحداث الحمل، بعد موافقة الزوجين، وعليه فإن الغرض من عملية التجميد هو إحداث الحمل في حالة فشل المحاولة الأولى.

لكنه بعد إصداره لقانون الصحة الجديد تفطن للفراغ القانوني في هذا المجال وأراد تدارك الأمر من خلال المادة 374 منه والتي منعت صراحة وبشكل مباشر كل أشكال التصرفات بالبويضات بين الزوجات بالرغم من اشتراكهن في زوج واحد ،وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد أيد الموقف الشرعي في هذا النوع من التلقيح بالنص صراحة على منعه،وحسنا فعل ذلك،لكن يبقى ناقصا لأنه لم يفصل بالقدر الكافي مما يتطلب إعادة الصياغة والتفصيل أكثر حتى لا يترك المجال للغير من أجل اللعب على الثغرات القانونية .

وبالنسبة للقضاء فلم تعرض عليه مثل هذا النوع من القضايا .

وكما ذكرا سابقا فإن قضية الإستعانة بالغير أي الآم البديلة هي التي تثير إشكالات قانونية ،عكس الحالة التي تكون محصورة بين الزوجين ،لذلك سنين من خلال المطلب الموالي قضية الأم البديلة وما تثيره في عملية الإخصاب الخارجي

المطلب الثاني

التلقيح الإصطناعي الخارجي عن طريق الأم البديلة

في هذا المقام سنتكلم عن المرأة المتطوعة والتي تتكفل بعملية الحمل لحساب غيرها،وكيف سيكون موقفها القانوني ،ونشير أنه تعددت التسميات في هذا المجال من الأم البديلة إلى تأجير الأرحام، إلى الأم بالواسطة،البطن المستأجر،الأم بالوكالة،الرحم الظئر،الحمل لحساب الغبر، لكن موضوعها واحد ألا وهي علاقة انجابية ثلاثية الأطراف وليست ثنائية كما جرت عليه العادة،فالعلم الحديث أصبح يقلب الموازين والأدوار من أجل تحقيق النتائج دون مراعاة للقيم والمبادئ العادية .

[1] التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 الصادرة عن وزارة الصحة والتي حددت سن 50 سنة كحد أقصى للمرأة الخاضعة لعملية التلقيح الصناعي.

الفرع الأول

تعريف الحمل لحساب الغير ، صوره، أطرافه

تعتبر الأمومة غريزة إنسانية قوية في نفسية المرأة ، وحرمانها من هذه الغريزة، يشكل لها عذابا نفسيا، يجعلها في ضيق وحرج شديدين لكن العلم استطاع بتقنياته الحديثة في الإنجاب مساعدة المرأة التي لا تنجب بأن يكون لها مولود عن طريق الاستعانة بامرأة أخرى تحمله عنها .

لذلك سنقوم بتقديم تعريفات (أولا) لتبسيط المفهوم وشرح الطريقة الطبية المنتهجة في هذه العملية (ثانيا).

أولا:تعريف

إن هذه التقنية ظهرت بمدينة Louisville بولاية كنتاكي الأمريكية على يد الدكتور Richard DEVIN عندما وجد بعض مريضاته لا يستطعن الإنجاب بسبب غياب الرحم لديهن، فقام الطبيب باستئجار امرأة ذات رحم سليم، وقام بتلقيحها صناعيا بنطفة زوج الامرأة الأولى وبعد نجاح العملية والولادة تم تسليم الطفل لأبيه البيولوجي.لقد كان لهذه التقنية تطبيقات في ولايات متعددة، ففي كاليفورنيا ظهرت سنة 1975 مكاتب الوساطة المتخصصة في إبرام العقود مع الأم الحاملة والأزواج الراغبين في ذلك، كما يمكن القول بأن أول مركز لتأجير الأرحام كان في فرانك فورت بألمانيا، ونظرا للحاجة انتشرت مثل هذه المراكز في أنحاء العالم، فقد بلغ عددها 15 مركزا في الولايات المتحدة الأمريكية.ولعل أول تطبيق لهذه التقنية بفرنسا تم بين التوأمين كريستين ومجالي .Christine et Magali حيث وافقت كريستين على أن تلقح صناعيا بنطف زوج أختها مجالي، على أن تعطي الولد لأختها مجالي بعد ولادته،لأن مجالي كانت عقيما لا تنجب وكريستين مطلقة وأم لطفل، فأرادت بذلك أن تؤدي خدمة لأختها، وهي بحملها هذا تبرعت بالبويضة والحمل. و في بريطانيا أول أم بريطانية تتقاضى أجرا نتيجة الحمل لحساب الغير هي السيد كيم كوتون وكان عمرها 28 عام 1985 و تقاضت مبلغ 6500 جنيه استرليني[1].

عقد تتعهد بمقتضاه امرأة بشغل رحمها بأجر أو بدون أجر بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب[2] .

وتعني كلمة الأم البديلة استخدام رحم امرأة أخرى لحمل لقيحة مكونة من نطفة الرجل وبويضة المرأة وغالبا ما يكونا الزوجين وتحمل الجنين وتضعه، وبعد ذلك يتولى الزوجان رعايته، وقد تكون العملية بمقابل

[1] LENOIR Noëlle , aux frontières de la vie, op.cit.,p 40.

[2] خالد محمد منصور،المرجع السابق،ص.190.

مادي أو بدون مقابل، وقد يتم الاتفاق بين الزوجين والأم البديلة مباشرة دون تدخل أي طرف في العملية؛ وقد تتم بطريقة غير مباشرة عن طريق مكاتب الوساطة ذات الطابع التجاري، أو عن طريق الجمعيات الخيرية التي تنشط في هذا المجال[1].

وعرفه الدكتور حسيني محمود عبد الدايم بأنه« اتفاق بين طرفين تلتزم بمقتضاه امرأة بأن تسمح بزرع بويضة مخصبة تعود لرجل وامرأة (زوجين غالبا)، لعيب في رحم هذه الأخيرة أو لأي سبب آخر، وحَمل الجنين والعناية به وتسليم المولود إلى الطرف الثاني مقابل إلزام ذلك الطرف بتنفيذ متطلبات تخصيب البويضة ودفع الأجرة، إن كان العقد بأجر، وتحمل المصاريف الأخرى بالإضافة إلى تسلم المولود عند الوضع»[2] .

كما أنه من المبادئ العامة التي تحكم إيجار الرحم هو إبرام وتوقيع اتفاق بين الأم البديلة صاحبة الرحم والزوجين والتزام الطرف الأخير بتحمل كافة الأتعاب الطبية إلى جانب دفع المقابل المتفق علية كأتعاب للطرف الأول،مع التزام صاحبة الرحم بتسليم المولود لوالديه بمجرد ولادته، كما يجب أن تكون الأم البديلة ذات صحة جيدة كما ويفضل أن تكون متزوجة حتى يكون لها تجربة في الحمل والإنجاب[3].

أما بالمفهزم الطبي فإن المقصود بوسيلة تأجير الرحم، فهو" استخدام رحم امرأة سليم لزرع لقيحة مكونة من بويضة امرأة ونطفة رجل، فتحمله وتضعه مقابل مبلغ من المال أو تطوعا بدون مقابل"[4] .

نستنتج من هذه التعريفات أن الحمل لحساب الغير هو عبارة عن عقد ثلاثي الأطراف وينتج التزامات لأطراف العقد وتنطبق عليه القواعد العامة للعقود.

ومن بين دوافع الاستعانة بوسيلة الأم البديلة ما يأتي :

-أسباب طبية،كولادة المرأة بدون أعضاء تناسلية، أو بدون رحم، أو إصابتها بتشوهات، أو مرض يجعل الحمل مستحيلا كمرض القلب ، أو عدم قدرة الرحم على حمل الجنين حتى موعد ولادته.

- خشية المرأة من حدوث مضاعفات خطيرة تهدد حياتها أو صحتها نتيجة الحمل.

-البعد عن الحمل و مشقته .

-الخوف من انتقال بعض الأمراض الوراثية إلى الجنين، أو تعرضها لمخاطر الحمل المتأخر

[1] أنظر، عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في قضايا المرأة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2012 ، ص.144.

[2] أنظر، حسيني محمود عبد الدايم ، المرجع السابق ،ص.48 .

[3] أنظر، سفيان بن عمر بورقعة, النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته, دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع, الرياض ، السعودية ،ط1، 2007، ص.75.

[4] MONGE Luz, La liberté de procréer pouvoir de la femme ,op.cit.,p.182.

-دواعي جمالية كمحافظة المرأة على رشاقتها، أو اقتصادية كأن تكون الزوجة تمارس وظيفة مرموقة وتخشي التعطل عن العمل بسبب الحمل[1] .

لكن السبب الحقيقي والواقع الحالي يشير إلى أن العديد من النساء يقدمن على هذه الوسيلة من أجل الحصول على المال، بسبب الظروف المعيشية الصعبة التي يعانين منها ،خاصة بعد ازدياد الفوارق الإجتماعية في الدول النامية والتي جعلت للمال مكانة كبيرة حتى أصبح الإنسان سلعة يبيع أعضاءه لغيره من أجل تحسين ظروفه المعيشية .

ثانيا:صور الأم البديلة

إن استئجار الأرحام يتكون من صور وأساليب تلقيح مختلفة هذه الأساليب المختلفة تجمعها حقيقة واحدة وهي كون الرحم هي رحم امرأة أخرى وليست رحم الأم صاحبة البويضة، فالتي تحمل لا تكون الأم الحقيقية، وهذه الصور كالتالي :

الصورة الأولى: تؤخذ النطفة (الحيوان المنوي) من الزوج وتؤخذ البويضة من الزوجة، وتتم عملية التلقيح في المختبر ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى وفي هذه الصورة لا تعاد اللقيحة إلى الزوجة، لأنها تكون قير قادرة على الحمل أو تكون غير راغبة في الحمل تَرفُها، وعندما تضع المولود فإنها تسلمه للزوجين؛وهذه الصورة هي الأكثر شهرة والتي تعرف بها عملية استئجار الأرحام في العالم بشكل عام[2] .

الصورة الثانية: أخذ مني الزوج وبويضة زوجته وتلقيحها في طبق وبعد نمو اللقيحة تعاد إلى رحم زوجة أخرى للزوج متبرعة بذلك هذه الطريقة اقترحها فضيلة الشيخ مُحَمَّد بن عثيمين- رحمه الله- في المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عام 1404هـ وقد قبلها المجمع وقتها ثم عاد ومنعها في دورته الثامنة وهذه الطريقة تتم عند المسلمين، لأن الزواج من أكثر من واحدة يكون في الغالب لدى المسلمين.

الصورة الثالثة : تكون البويضة من متبرعة، والحيوان المنوي من الزوج، ويتم الحمل والولادة من قبل امرأة متبرعة وفي هذه الحالة تكون الزوجة عاقرا، حيث تكون غير قادرة على إنتاج البويضات وغير قادرة على الحمل، ويكون رحمها غير صالح للحمل، قد تكون المؤجرة لرحمها هي ذاتها من تبرعت بالبويضات أو

[1] أنظر، مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية،كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006،ص.77.

[2] مُحَمَّد محمود حمزة،المرجع السابق،ص166 .

غيرها؛وهنا الزوجة لا تستطيع إفراز البويضات أو الإنجاب بسبب مرض شديد في مبايضها ورحمها، حيث لا تفرز بويضات، ولا يستقبل رحمها اللقيحة لتنمو فيه[1].

الصورة الرابعة: تتبرع امرأة أجنبية ببويضة، ويتبرع رجل أجنبي بحيواناته المنوية وتقوم امرأة أجنبية أخرى بالتبرع برحمها، يلجأ إلى هذه الصورة، حيث تكون الزوجة عقيما ولا أمل لها بالشفاء أو الإنجاب، وكذلك الزوج، حيث يكون عقيما ولا أمل له بالإنجاب، عندها يتوجه إلى أحد بنوك المني لشراء جنين مجمد وبالاتفاق مع مصرف المني أو مع شركات أخرى مختصة بتأجير الأرحام، يقومان باستئجار رحم امرأة أجنبية، لديها القدرة على الحمل، وبعد الوضع يستلم الزوجان المولود على أنه ابنهما.

وهذه الحالة تستخدم في حال أن رحم الزوجة يكون قد أزيل أو به عيوب خلقية، أو أن الحمل يسبب لها أمراضا شديدة كتسمم الحمل، ومن النساء يستخدمونها من باب المحافظة على القوام والتناسق الجسدي أو تخلصا من متاعب وآلام الحمل والولادة، وعندما تلد الأم الطفل تسلمه للوالدين مقابل أجر متفق عليه مسبقا لدى عقد العقد

الصورة الخامسة : تلقيح بويضة الزوجة بماء رجل غريب ليس زوجها، ثم تزرع اللقيحة أو الجنين المجمد في رحم امرأة أجنبية، وتستعمل هذه الصورة في حال كون الزوج عقيما، والزوجة عندها خلل في رحمها ولكن مبيضها سليم[2].

ثالثا: التزامات الأطراف

قبل الشروع في هذه العملية الطبية ،لابد أن يكون هناك عقد يربط أطراف العلاقة وبالتالي ستنشأ إلتزامات متبادلة بين الأطراف و تتمثل :

1-التزامات الزوجين

تقع على عاتق الزوجين غير القادرين على الإنجاب عدة التزامات اتجاه الأم البديلة التي تقوم بعملية الحمل لصالحهما وهي:

- تحمل كل المصاريف، والنفقات المالية اللازمة لإتمام الحمل، ومن ذلك القيام بدفع المصاريف الناجمة عن إجراء الفحوص والتحاليل الطبية على الأم البديلة قبل إجراء العملية وأثناء مراحل الحمل، وكذا دفع

[1] أنظر،صفاء محمود محمّد العياصرة،المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية،،دار عماد الدين للنشر،عمان،ط1،2009،ص.295وما بعدها

[2] BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle : Limites morales et juridique et responsabilité médicale, thèse de Doctorat, Faculté de droit, université Paris XII Val-De-Marne, 2004 ,p.105.

أتعاب الطبيب المكلف بإجراء العملية، وتوفير نفقات الغذاء والملبس والمسكن إلى غاية وضع الحمل، مع التكفل بمتطلبات المرحلة التي تلي عملية الوضع والمحددة بثمانية أسابيع.

-التعويض عن الأضرار التي تلحق الأم البديلة أثناء فترة الحمل خاصة إذا تعرضت للإجهاض غير إرادي.

- الالتزام بسرية العملية إذا طلبت الأم البديلة ذلك

- يقع على كاهل الزوجين راغبا التمتع بالبنوة على طريق الرحم المؤجرة أن يقوما بتسلُم مولودهما بعد الوضع أيا كانت حالته الصحية والجسمية حتى ولو كان مشوها أي به عيوب، ولا يجوز لهما بأي حال الامتناع عن تسلم المولود بحجة العيوب الخلقية أو غيرها، لان هذا المولود ناتج عن نطفتيهما الامشاج التي إستدخلت في رحم المرأة .

- عقد تأجير الرحم قد يكون معاوضة اذا حصلت المرأة صاحبة الرحم على أجر في مقابل عملها، و قد يكون تبرعا إذا قصدت صاحبة الرحم اسداء خدمة للزوجين؛و في حال كان عقد معاوضة يجب على الزوجين الإلتزام بالأجر المتفق عليه بمجرد إتمام العملية وتسلم المولود [1].

-حق اختيار الإسم المناسب للمولود.

فاعتبار العقد شريعة المتعاقدين ،يجب على كل طرف القيام بالإلتزامات الواجبة عليه ،لكن في المقابل ما مصير العقد إذا كان المحل غير قانوني؟لكن هذا الإشكال لا يثور إلا في البلدان التي منعت هذا التصرف خاصة في الدول العربية ،لذلك في الدول الغربية التصرف قانوني و جائز و العقد ينتج آثاره القانونية.

2-إلتزامات الأم البديلة

يقع على عاتق الأم البديلة التزامين رئيسيين:

-يتمثل في المحافظة عل الجنين بمجرد الاتفاق، حيث تضمن خلو رحمها من الحمل، وخلو جهازها التناسلي من حقوق الغير عليه، وأن تسمح حالتها العمرية والصحية بالحمل، وأن لا تكون معتدة من طلاق أو وفاة.

-كما تلتزم بإتباع تعليمات ونصائح الجهات الطبية المشرفة على العملية، إضافة لذلك هي ملزمة بالقيام بكل ما يعود على الحمل بالنفع كإجراء الفحوصات والتحاليل الطبية أثناء مراحل الحمل، و تفادي تعاطي أي مواد من شأنها التأثير على صحة الجنين، كالتدخين، و الكحول والمخدرات، والمحافظة على

[1] أنظر،مروك نصر الدين ،الأم البديلة، La mére porteuse،بين القانون والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية،عدد الرابع،المجلد36،1999،ص.29 ،

صحتها، وصحة الجنين بالابتعاد عن ممارسة أي نشاط جسماني مضر،والالتزام بتسليم المولود للزوجين بعد الولادة، أو في أقرب وقت ممكن إذا كان من الضروري خضوعه لفحوصات طبية، وفي المكان المتفق عليه، ولا يحق لها المطالبة بأية حقوق على الطفل بمجرد تسليمه، كما يجب عليها المحافظة على السرية إذا طلب منها ذلك، وتنفيذ العقد بما يتماشى ومصالح الزوجين، وتلتزم بالأخطار المحتملة للعملية، دون مسؤولية الأب البيولوجي؛وتجدر الإشارة هنا أنه في حالة وفاة أحد الزوجين قبل استلام المولود، فيتسلمه الحي منهما، وفي حالة وفاتهما معا يُسلم للموصي له،وإن لم يوجد فيسلم لمن هو أقرب إليه درجة من الأحياء[1] .

وبخصوص التزام صاحبة الرحم بتسليم المولود إلى أسرته البيولوجية (أبويه صاحبي البيضة المخصبة) حكمت العديد من المحاكم الأمريكية والفرنسية بتسليم ورد الطفل إلى أبويه في أحكام متعددة أصدرتها تلك المحاكم بما يقتضي مصلحة المولود، ومنها محكمة Orang بكاليفورنيا التي أصدرت حكماً بضم الطفل إلى والديه بتاريخ 22 أكتوبر سنة 1990، وكذلك حكم محكمة نيوجرسي بأمريكا بخصوص أسرة ستيرن Stern اذ قضت المحكمة بتسليم الطفلة إلى والديها وتسليمه لهما من أمه البديلة. وكذلك حكم محكمة استئناف باريس في 15 يونيو 1990 والتي أصدرت حكمها بالتبني لصالح زوجة الأب البيولوجي[2] .

من خلال هذه الإلتزامات ،يتبين لنا أنه على الأم البديلة الإلتزام ببذل عناية من خلال التقيد بالشروط المفروضة عليها و البقاء على اتصال مباشر مع الزوجين البيولوجيين (أطراف العقد) حتى تبرأ ذمتها في حالة عدم نجاح العملية،لأنها لا تستطيع الإلتزام بتحقيق نتيجة أي ولادة طفل حي و سليم لأن الأعمار بيد الله.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لعقد تأجير الرحم

نظرا لحداثة مفهوم الرحم المستأجر فقد أثيرت حوله جملة من المشاكل القانونية تتمثل في مدى اعتباره عقد آم لا ؟ وإن كان عقداً فما هي طبيعته القانونية؟ لتحديد الطبيعة القانونية لعقد إجارة الرحم ومدى اعتباره عقد من عدمه، فقد نقسم الفقه إلى فريقين، فريق يؤيد كون الحمل لحساب الغير ليس عقداً بالمعنى القانوني لكلمة عقد ويرى أنه مجرد تفاهم بين الزوجين والأم البديلة وأن مثل هذا التفاهم لا يمكن أن يسمو

[1] شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الصناعي...،المرجع السابق،ص.99.

[2] Sue A. Meinke, Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues, Bioethics Research Library, Georgetown university Washington, p.03.site internet https://repository.library.georgetown.edu.

إلى مرتبة العقد(أولا) ،وفريق آخر يرى الطبيعة العقدية لهذا التصرف ولكنهم اختلفوا في تكييف هذا العقد (ثانيا).

أولا :الاتجاه المنكر لوجود فكرة العقد في إجارة الرحم

ويذهب أنصار هذا الرأي إلى إنكار وجود فكرة العقد في العلاقة ما بين الزوجين صاحبي البيضة المخصبة والأم البديلة، وأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تفاهم على وضع معين، وأن هذا الوضع لا يرتب أية التزامات على عاتق أي من طرفيه بسبب عدم وجود أي عقد أصلاً يرتب تلك الالتزامات. ولعل من أبرزها وضع المولود ثم تسليمه إلى أهله(والديه صاحبي اللقيحة) إذ تستطيع الاحتفاظ بالمولود ونسبته إليها كأم له من الناحية القانونية، وبالتالي أن لم تقم بتسليمه فلا يمكن إدانتها ولا يمكن الحكم عليها بالتعويض إذا لم تقم بتسليم المولود[1] .

وتأسيسا على عدم عقدية هذا الاتفاق لأنه اتفاق غير قانوني لعدم مشروعية المحل وهو الجسد الإنساني الذي لا يمكن أن يكون محلاً للإيجار ولا لأي تعامل أو تصرف قانوني أخر مهما كان شكل هذا التعامل لخروج جسد الإنسان عن دائرة التعامل ومثل هذا التصرف يحط من كرامة الجسد الآدمي لان الجسد هو ملك لله تعالى وليس ملكاً للعبد فلا يصح أن يتصرف الإنسان بغير ملكه و إلا كان التصرف باطلا[2] .

كما أن الأم الحامل قد تنازلت عن ولدها إلى إمرأة أخرى وهي صاحبة البويضة وهي بذلك تكون قد تنازلت عن حقها في الولد الذي حملته، غير أن هذا التنازل يعد باطلا في نظر القانون لكونه انصب على محل لا يجيز القانون التعامل به كالتعامل في التركة المستقبلية[3].

وعليه فإن هذا النوع من العقود المبرمة بين المرأة الحامل والزوجين صاحبي اللقيحة هي عقود باطله بطلاناً مطلقاً لكونها أفعال محرمه وغير مشروعة حسب هذا الرأي ،على أساس :

– أن تأجير الأرحام يتنامى مع فكرة الأمومة، فالأمومة مسؤولية كبيرة تبدأ منذ اللحظة الأولى للحمل وتستمر حتى الوضع والولادة، ثم إنتهاءاً بتربية الطفل ورعايته وتعليمه، وفي ظل المفهوم التقليدي للأمومة تبدو فكرة ترك الأم للطفل الذي ولدته لإمرأة أخرى مرفوضة وغير منطقية وغريبة في نفس الوقت وهو عمل غير أخلاقي وغير مقبول تماماً ومخالف لمفهوم الأمومة لأنها مخالفه للسلوك الفطري والغريزي لكل كائن حي.

---

[1] أنظر،ممدوح محمدخيري هاشم السيد ،الإنجاب الصناعي في القانون المدني دراسة مقارنة،،الطبعة الأولى،القاهرة،1999،ص.256.

[2] أنظر،خالد مصطفى فهمي،النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ واحماية القانونية للجنين بين الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية،والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الطبعة الأولى،الإسكندرية،مصر ،2014،ص.99.

[3] رخالد مصطفى فهمي ،المرجع نفسه ،ص.101.

-ولما كانت الأمومة سلسلة تمتد حلقاتها حتى تربية الولد وتعليمه،إلا أن نظام تأجير الأرحام يؤدي إلى قطع سلسلة مسؤولية الأمومة بالنسبة للولد لان المرأة صاحبه البويضة لم تقبل مسؤولية الحمل والوضع كما أن المرأة الحامل وان كانت قد قبلت مسؤولية الحمل والوضع ألا أنها رفضت مسؤولية تربية الولد وتعليمه[1].

-أن تأجير الأرحام يؤدي إلى قطع العلاقة بين الأم والطفل بطريقة عمدية، فتصبح الأم الحامل كالموظفة مجبرة على ترك المولود بعد وضعه فهو وظيفة مؤقتة لإنجاب الطفل.

-أن إجارة الرحم نظام يتعارض مع مصلحة الطفل بل أنه يهدد مستقبله بالخطر, من حيث أنه يسبب له عدة مشاكل نفسية واجتماعية ولعل من أبرزها الهجر وترك العائلة, فهي ظاهرة سلبية على نفسية الطفل والتي ينبغي الحد منها على قدر المستطاع[2].

-أن العقود والاتفاقات التي ترد على الرحم كجزء لا يتجزأ من جسم الكائن البشري هي عقود باطلة بطلاً مطلقاً لعدم مشروعية المحل والسبب معاً، ولان العقد لا ينشأ صحيحاً نافذاً منتجاً لأثاره ألا بتوافر ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب، اذ يشترط في المحل أن يكون موجوداً ومعيناً ومشروعاً كما يشترط في السبب أيضاً أن يكون مشروعاً وهو لا يكون كذلك ألا أذا كان غير مخالف للنظام العام والآداب، وهذه الشروط والأركان قانوناً غير متوفرة في أيجار الرحم[3].

-ومن المشاكل الأخرى أيضا أن الطفل الذي أنجب بوسيلة الرحم الظئر، قد يكون محلاً للنزاع بين الأم الحامل له والأم صاحبة البويضة فقد تتمسك به الأولى وتمتنع عن تسليمه إلى أبويه (صاحبي اللقيحة) أو قد يرفض هؤلاء تسلمه من الأولى لكونه مشوهاً أو مصاباً بأمراض معينة ومعدية, بل قد ترفض صاحبة الرحم الاحتفاظ به, وهكذا يصبح الطفل المولود بضاعة يرفض المشتري تسلمها لعدم مطابقتها للمواصفات المتفق عليها أو ردها بعد تسليمها لعيب خفي لم يستطيع اكتشافه عند أتمام العقد، بل وأحيانا تلجأ الحامل إلى القضاء لإجبار الزوجين على استلام البضاعة أي الطفل،وهذا أمر لا يتفق وكرامه الإنسان أبدا[4] .

-أن العقود والاتفاقات التي ترد على الرحم كجزء لا يتجزأ من جسم الكائن البشري هي عقود باطلة بطلاً مطلقاً لعدم مشروعية المحل والسبب معا، ولان العقد لا ينشأ صحيحاً نافذاً منتجاً لأثاره ألا بتوافر ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب،إذ يشترط في المحل أن يكون موجودا ومعينا ومشروعا كما يشترط في السبب

[1] محمد المرسي زهرة،المرجع السابق،ص.109.

[2] حسيني محمود عبد الدايم ،المرجع السابق،ص.82.

[3] حسيني محمود عبد الدايم ،المرجع السابق،ص.171.

[4] أنظر، أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة والقانون،،دار النهضة العربية، القاهرة،ط1998،1،ص.105 .

أيضا أن يكون مشروعا وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان غير مخالف للنظام العام والآداب، وهذه الشروط والأركان قانوناً غير متوفرة في أيجار الرحم[1] .

كما أن تحديد النسب من الأمور والمسائل التي ينفرد القانون بوضع شروطها ولا يجوز الاتفاق على خلافها لتعلقها بالنظام العام, وهو ما نصت عليه المادة 323 [2]من القانون المدني فرنسي بقولها "لا يمكن التنازل عن الإجراءات المتعلقة بالنسب" ومن ثم يعد الاتفاق حول تأجير الرحم أو الحمل لحساب الغير والذي من شأنه نسب الطفل إلى غير أمه التي حملته يثير خلافاً حول تحديد من هي الأم الحقيقية .

وعليه يتضح لنا مما تقدم ذكره عدم إمكانية قيام العقد على هذا التصرف المتمثل في الحمل لحساب الغير لما يثيره من إشكالات وتعقيدات قانونية من جهة ولعدم صحة أركان هذا العقد من جهة أخرى ،كما أنها تتعارض مع النظام العام والآداب لان جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للتعامل،عكس الأشياء التي تكون محلا للتعاقد والتعامل القانوني ومن ثم لا يجوز للمرأة أن تجعل جسدها محلاً للمعاملات سواء مالية أو تبرعية.

ثانيا :الإتجاه المؤيد لوجود فكرة العقد في إجار الرحم

ويرى أصحاب هذا الاتجاه بأن المرأة الحامل ترتبط مع المرأة صاحبة البويضة بعقد وهذا العقد صحيح قانونا،مستندين في قولهم هذا إلى موقف بعض التشريعات والقوانين ومنها التشريع الأمريكي،حيث تسمح قوانين بعض الولايات الأمريكية(نيويورك مثلا) بوجود عقود إجارة الرحم أو الحمل بحساب الغير وتنظم بنوده وأحكامه[3].

ويتم ذلك من خلال تحرير عقد بين الإطراف المشاركة في العملية العقدية وهي في الغالب الزوجان صاحبي اللقيحة والمرأة التي تقبل استخدام رحمها لحمل الجنين، حيث يعتبر الزوجان المستأجران هما الوالدان الشرعيان لهذا الطفل أو المولود ويقع عليهما عبء تحمل كافة المصاريف والنفقات التي تتطلبها رعاية المولود[4].

---

[1] محمود أحمد طه،المرجع السابق،ص.162.

[2] « Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation».Art 323 du Co.cf

[3] يتزعم هذا الاتجاه الدكتور لGellet.S مؤسس مركز حفظ ودراسة السائل المنوي بمرسيليا والدكتور Caillevet.H صاحب قانون نقل الأعضاء البشرية الصادر سنة 1976 بفرنسا, وهما يميلان لإباحة كل وسيلة تؤدي لإنجاب طفل لمن يريد, وقالوا بأنه لا يمكن حظر نشاط الرحم المستأجر بحجة مخالفته للنظام والآداب ،شوقي الصالحي,المرجع السابق ، ص103-104.

[4] ممدوح خيري هاشم،المرج السابق،ص.256.

كما ويتبنى هذا الرأي دعاة الحرية وهم وبشدة يؤيدون نظام تأجير الأرحام وذلك حرصاً منهم على مساعدة امرأة عقيم ومساندتها في تحقيق رغبتها في الحصول على الولد كما،ويرى أن ذلك يمثل حرية فردية والتي يجب أن تظل بعيدة عن التحريم القانوني, بل وان منهم يحاول إيجاد حيلة قانونية لتأكيد الارتباط بين صاحبة البويضة والمرأة الحامل صاحبة الرحم[1].

ويدعم أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم بالحجج الآتية :

إن تأجير الأرحام أسلوب ونظام معروف في الإنجاب منذ ألاف السنين، فهي عملية تجد جذورها في أعماق التاريخ بل وفي تاريخ الأنبياء فقد ورد أن السيدة (سارة) زوج النبي (إبراهيم) عليه السلام حينما عجزت عن الإنجاب لشيخوختها وعقمها قدمت جاريتها (هاجر) للنبي ليتزوجها، فتزوجها النبي إبراهيم (عليه السلام) وأنجبت له النبي إسماعيل (عليه السلام) فلو كانت الوسيلة محرمة أو فيها مخالفة للآداب والنظام العام لما قبلها الأنبياء لذلك فلا محل لتحريمها.[2].

إن استجار رحم المرأة الحمالة يجب تكييفه على أساس أنه التزام مماثل لذلك الالتزام الناتج عن الخطبة الذي ينتفي منه العنصر الجبري.

إن المبلغ المدفوع من طرف الزوجين للام البديلة ما هو إلا تعويض بعيدا تماما عن فكرة المتاجرة غير الشرعية. فالعقد موضوع الاعتبار، لا يتم بين الزوجين والأم بالإنابة، وإنما بين هذه الأخيرة والجمعية المختصة إذ أنه في الكثير من الحالات، لا يعرف بعضهما البعض، وأنه ليس هناك في الميدان القانوني ما يمنع بأن يتم تلاقي الإرادتين بواسطة الغير[3].

هذه العملية لا تتناقض مع الأحكام القانونية خاصة إذا تمت عن طريق التبرع ولغاية مساعدة الزوجين، فهي بذلك تكون شأنها شان عملية نقل و زراعة الأعضاء البشرية التي تتم بصفة علنية

وبالرغم من اتفاق أنصار هذا الرأي على وجود العلاقة العقدية بين الزوجين صاحبي اللقيحة والأم البديلة، إلا أنهم اختلفوا حول تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، فيما إذا كان عقد بيع أو إيجار أو عملية تنازل ، وإن كان يشترك مع كل هذه العقود في الكثير من خصائصه إلا أنه يبقى تصرف من نوع خاص بسبب نوع محل العقد الذي يخرج عن مجال المعاملات وبالتالي فهو عقد من نوع خاص .

[1] حسيني محمود عبد الدايم ،المرجع السابق،ص.174.

[2] أنظر، كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1998.ص. 245.

[3] محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي،المرجع السابق، ص. 173.

بعد استعراضنا لتضارب الفقه حول عقدية عملية تأجير الرحم،سنحاول في الفرع الموالي البحث عن التكييف الشرعي و القانوني لعميلة تأجير الرحم ،وهل وجدت لها أساسا شرعيا و قانونيا حتى تكسب مشروعيتها ،هذا ما سنحاول الإجابة عليه .

الفرع الثالث

مدى مشروعية الحمل باستعمال الأم البديلة

إن التلقيح الإصطناعي أصبح بديلا للإتصال الجنسي بالنسبة للأشخاص الذين يعانون العقم، فأصبح من الممكن أن تكون الأم التي حملت ووضعت ليست صاحبة البويضة، فقد شارك في تكوين هذا المولود إمرأتان إحداهما صاحبة البويضة والأخرى صاحبة الرحم.

هذه القضية كانت محل جدل ،لذلك سنحاول التعرض لها من خلال التطرق إلى موقف فقهاء الشريعة الإسلامية(أولا) ،ثم موقف الفقه القانوني (ثانيا) ،بالإضافة إلى التوجه القانوني والقضائي لهذه المسألة (ثالثا).

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لهذه الوسيلة، وأجمعوا على حرمة الحمل لحساب الغير، بالنسبة للمرأة التي ترفض الحمل ترفها، واختلفوا على قولين بالنسبة للمرأة التي تعاني من مشاكل الحمل في صورتين، الأولى إذا كانت البويضة من الزوجة والحمل من طرف امرأة أجنبية، والثانية بالنسبة للحمل من طرف الضرة.

1-جواز الإستعانة بالأم البديلة:

قال به بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، منهم د.عبد المعطي بيومي، د.مُحَمَّد سعد الدين حافظ، د. إسماعيل برادة، والكثير من مراجع الشيعة الإماميةعلى غرار الخميني، اليزدي،الحسيني، السيستاني، جواد التبريزي، محمدّ سعيد الحكيم، وغيرهم[1] إلا أنّ الكثير من هؤلاء قيدّوا ذلك بضرورة توافر الشّروط الآتية:

-أن تكون المرأة صاحبة البويضة ذات زوج.

-أن يكون كل من المرأة صاحبة البويضة والرجّل صاحب الحويمن زوجان شرعيان، فمن غير الجائز أن تتم العملية بين غير الزوجين وإلا كانت في حكم الزنّا.

-أن يتم التلقيح برضا زوج صاحبة الرحّم.

[1] أشار إليهم، حسني مُحَمَّد عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص :201، أحمد مُحَمَّد لطفي، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، ص 254 وما بعدها،عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في قضايا المرأة، المرجع السابق، ص.151.

-أن تعتدّ قبل نقل البويضة المخصّبة إلى رحمها للتأكد من خلو رحمها من ماء زوجها.

-أن تكون لها الكفاءة والقدرة الجسدية على الحمل والولادة.

- أن تكون نفقتها واجبة طول مدّة الحمل على الزوج صاحب النطفة

-أن تكون هذه العملية تطوعا حتى لا تصبح بمثابة عمل تجاري.

-أن تكون هذه العملية هي السبيل الوحيد للحصول على الأولاد بعد استنفاد جميع الوسائل الممكنة.

-أن توضع المرأة الحامل تحت الملاحظة المستمرّة تحت إشراف الطبيب المعالج[1].

وكان سندهم في ذلك :

قوله تعالى {أَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِنْ ماءٍ مَهِينٍ فَجَعَلْناهُ فِي قَرارٍ مَكِينٍ إِلى قَدَرٍ مَعْلُومٍ}[2].

حيث يستخلص من الآية الكريمة أن الجنين إنما هو نتاج التقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضة الزوجة ولا دخل للرحم في تكوينه، فدور الرحم قاصر على حفظ الجنين ومصدر غذائه، وشبهوا دور الرحم بالنسبة للجنين بدور الأرض بالنسبة للنبات[3].

زيادة على ذلك قالوا بجواز الإنجاب عن طريق الاستعانة بالأم البديلة بالقياس على الرضاع وعللوا ذلك بأن الله سبحانه وتعالى قرن بين الحمل والرضاع في آيات كثيرة منها:

قوله تعالى{فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ}[4]؛وفي قوله تعالى{ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...}[5].وأيضا في قوله تعالى وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا}[6].

فالله سبحانه وتعالى جمع بين الحمل والرضاعة في آية واحدة،فيجوز استئجار رحم المرأة لأن الجنين يتغذى من دمها ولبنها،ولا مجال لاختلاط الأنساب لأن الرحم لا ينقل الصفات الوراثية مثل الحليب أيضا فعندما قوم المرضعة بارضاع طفل أخر فهى لا تنقل إليه الصفات الوراثية ،كما أنه لا يوجد أي شبهة للزنا

[1] مهند بنيان صالح, مدى مشروعية استخدام الرحم الظئر (الأم البديلة), دراسة قانونية، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم التطبيقية والسياسية والقانونية، عدد الأول، 2003.،ص280 .

[2] سورة المرسلات،الآيات 20،21،22

[3] كارم السيد غنيم ،المرجع السابق،ص. 211.

[4] سورة الطلاق،الآية06.

[5] سورة البقرة،الآية 233.

[6] سورة الأحقاف ،الآية 15 .

على أساس أن المزروع في الرحم عبارة عن جنين وليس مني رجل وهذا الجنين معروف النسب ويلحق بوالديه الأصليين

وتشير هذه الآيات الكريمة أن الله سبحانه وتعالى وحدّ الحكم بين الحمل والرضاع، وجعل ما يسري على الرضاعة يسري على الحمل،كونهما مصدر الغذاء الضروري لبقاء الجنين على قيد الحياة، وعليه، فإن استئجار الرحم جائز بالقياس على استئجار الثدي لإرضاع الولد[1].

أضف إلى ذلك إلى عدم اختلاط الأنساب، وكان سندهم في ذلك الرأي الطبي، الذي يؤكد أن حق الجنين محفوظ في حمله للصفات الجينية والوراثية لأبويه البيولوجيين[2].

أما في حالة كون المرأتين لزوج واحد ،وتبرعت إحداهما بحمل اللقيحة،فهو جائز لتحقق وحدة الأبوة ،والتماسك العائلي، ومظلة الأسرة قائمة وسليمة وشبهة اختلاط الأنساب هنا مختفية، وأن الطفل ينسب إلى أبيه صاحب الماء وإلى أمه صاحبة البويضة، وأعتبر المتطوعة بالحمل في حكم الأم من الرضاع، غير أن هذه الفتوى لم تسلم من الانتقادات، مما حتّم على المجمع إعادة النظر في القضية وأصدر الفتوى الثانية في دورته الثامنة لسنة 1405هـ تُحرّم هذه الوسيلة [3].

فضلا عن ذلك أنه لا تعارض في قول الله تعالى وبين ما توصلوا إليه وهو إباحة استئجار الرحم، وعلة ذلك أن الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة أما الأم صاحبة الرحم فهي الأم من الرضاعة .وجاء ذلك حسب الآيات التالية في قوله تعالى إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ }[4] ؛و قوله تعالى {وَاللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّن بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا ...}[5] وفي قوله تعالى { يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّن بَعْدِ خَلْقٍ }[6].

وفي نفس الإطار أكدوا على أنه كما يجوز تمليك منفعة الثدي وما يفرزه من لبن ينبت اللحم لدى الوليد زمن الرضاعة، فإنه يجوز قياس الرحم على الثدي فيما يفرزه من أمشاج تنبت اللحم لدى الجنين زمن الحمل .فإذا جاز ذلك في الثدي، فإنه يجوز في الرحم، فدور الأم صاحبة الرحم البديل يقاس على دور الأم

[1] حسيني محمود عبد الدايم،المرجع السابق،ص.203

[2] حسيني هيكل،المرجع السابق،ص383

[3] عارف علي عارف القره داغي ، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، المرجع السابق،ص199.

[4] سورة المجادلة،الأية 02.

[5] سورة النحل،الآية 77.

[6] سورة الزمر ،الآية 06.

من الرضاعة، فالله تعالى جمع بين الحمل والإرضاع في المدة اللازمة لهما في آية واحدة[1] في قوله تعالى{ **حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا** }[2].

كما أن العلاقة طردية بين نمو ثدي الحامل ونمو الجنين، فنمو الأول مرتب بنمو الثاني حتى يكون مستعد ليحل محل الرحم في التغذية بعد الولادة .فإذا كانت الشريعة الإسلامية تجيز الرضاعة بأجر، فإنهم يقيسوا على ذلك عملية إجارة الرحم البديل لأنه يشبهها[3].

واعتمد أيضا أصحاب هذا الرأي على حالة الضرورة في الفقه الإسلامي والتي تبيح المحضور في حالات محددة،والغاية تكمن في تحقيق السعادة بين الزوجين والحفاظ على الترابط الأسري والإستفادة من التقدم الأسري[4]

2-تحريم الإستعانة بالأم البديلة:

بالرغم من أن الشريعة الإسلامية قد أقرت بالتوجه الطبي الحديث الرامي إلى معالجة العقم بين الزوجين عن طريق التلقيح الإصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي شريطة بقاء الرابطة الزوجية قائمة،أما بالنسبة لعملية استئجار الرحم فلم تلق التأييد والمباركة حتى ولو كانت الحاضنة (صاحبة الرحم) هي الزوجة الثانية للرجل صاحب الحيوان المنوي لما تثيره هذه العملية من شبهات ومشاكل اجتماعية[5].

وقال به أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين[6]، واستدلوا بما يأتي :

حيث أفتى رئيس لجنة الفتوى بالأزهر الشيخ عطية صقر بأن" استئجار الأرحام وهي الظاهرة التي انتشرت الآن في عدد من المجتمعات الغربية لحل مشكلات الزوجات العاقرات، مرفوض في شريعة الإسلام، وهو عبث أخلاقي يحرمه الإسلام، وهناك حلول كثيرة لمشكلة عقم الإنسان دون اللجوء إلى وسيلة تتنافى مع مقاصد الإسلام في الحفاظ على الأنساب ومحاربة الرذيلة بكل صورها وأشكالها...وإذا كان الإسلام قد

---

[1] أنظر، شهاب الدين الحسيني، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع،لبنان،ط1 ،2001، ص.154.

[2] سورة الأحقاف ،الآية 14.

[3] أنظر، حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء،العراق 2010،السنة الثانية، عدد 01.ص.99.

[4] عارف علي عارف القره داغي ، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، المرجع السابق،ص199.

[5] أنظر،العربي بلحاج،المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي،المجلة القضائية السعودية،عدد السادس،جمادى الأول1434،ص.297.

[6] وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان سنة 1986 ، والمجمع الفقهي الإسلامي بمكة في دورته الثامنة سنة 1985 ، ومجمع البحوث الإسلامية في القاهرة سنة 2001 وهو رأي جمهور العلماء المعاصرين منهم :د /جاد الحق على جاد الحق، د /سيد وفا، الشيخ محمد سيد طنطاوي، د /مصطفى الزرقاء، د /عبلة الكحلاوي، د /سعاد صالح، د /بدر المتولي عبد الباسط، د/محمد الأشقر وغيرهم .أشارت إليهم هند الخولي،تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، 2011 .، ص 282 .

حرم الزنا وشدد عقوبته، فإن الزنا لا يتحقق فق بالصورة التقليدية المعروفة وهي، إيلاج قضيب الذكر في فرج الأنثى بل هناك بعض الصور التي يتحقق بها ما يتحقق بالزنا التقليدي، ومنه إدخال ماء رجل أجنبي عن امرأة في فرجها، وقد يحصل منه حَمل، تختل به الأنساب، ويثور النزاع، لذلك حرم العلماء هذه الصورة، وإذا كان إدخال الماء الأجنبي،وهو أحد المادتين اللتين يحصل بهما الحمل حراما، حتى ولو لم يحصل به حَمل، فكيف بإدخال المادتين معا في رحم امرأة أخرى مع تحقق الحمل منهما؟ إن الحرمة هنا تكون أشد"[1] .

وكان قد أفتى أيضا بحرمتها كذلك مجمع البحوث الإسلامية في جلسته المنعقدة في 2001/03/29 وأصدرت دار الإفتاء المصرية الفتوى رقم 785 لسنة 1999 تُحرّم اللجوء لهذه الوسيلة[2]

وكما لا يقبل العقل أن تقوم أرملة أو مطلقة بتأجير رحمها وهل يقبل الطبع السليم أن تقوم زوجة في عصمة رجل بتأجير رحمها وتجمع على فراش الزوجية في رحمها بين ماء زوجها وماء رجل أجنبي عنها؟ وهل يقبل رجل لزوجته أن تحمل حملا لرجل آخر؟[3].

عدم وجود علاقة زوجية بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة الرحم المستأجر، فالحمل غير شرعي؛ لأن إنجاب الأولاد يجب أن يكون في إطار عقد زواج شرعي مستوف لأركانه وشروطه، فلا يجوز أن تحمل امرأة جنينا لحساب امرأة أخرى[4].

إضافة لعدم وجود نص قرآني أو حديث نبوي يقضي بإباحة ذلك بل نجد نصوص قرآنية تأمر بحفظ الفروج فقد قال الله تعالى { وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (29) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (30) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ }[5]

كما أن في استئجار الأرحام تحدي لمشيئة الله عز وجل وإرادته كون بعض الناس عقيما وبعضهم الآخر له أبناء،كما أن الله قسم الأرزاق بين العباد ولم ينس أحدا، والرزق أنواع فقد يكون مالا وقد يكون ولدا ومسألة الإنجاب متروكة للقدر الإلهي عدم وجود علاقة زوجية بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة الرحم المستأجر، فالحمل غير شرعي؛ لأن إنجاب الأولاد يجب أن يكون في إطار عقد زواج شرعي مستوف لأركانه وشروطه،.فلا يجوز أن تحمل امرأة جنينا لحساب امرأة أخرى[6].

---

[1] أنظر،عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 2،2006، ص.255.

[2] سعيدان أسماء،المرجع السابق،ص.225.

[3] كارم السيد غنيم،المرجع السابق،ص.157.

[4] شهاب الدين الحسيني، المرجع السابق،ص. 141.

[5] سورة المعارج ،الآيات 29،30،31

[6] أحمد محمد لطفي أحمد،المرجع السابق،ص. 288.

زيادة على ذلك أن الأصل في الإبضاع الحرمة، ولا يباح إلا ما نص عليه الشارع، والرحم تابع لبضع المرأة، فكما أن البضع لا يحل إلا بعقد زواج شرعي صحيح، وأن الرحم ليس قابلا للبذل والإباحة، وما لا يقبل البذل والإباحة لا تصح هبته وإجارته[1] .

أضف إلى أن هذه الوسيلة تؤدي إلى اختلاط الأنساب من جهة الأم، فكل ما يؤدي إلى ذلك محرم شرعا قياسا على الزنا والتبني، فاستئجار الأرحام فيه مفسدة لمعنى الأمومة؛ لأن صاحبة الرحم تعتبر حاضنة للبويضة الملقحة، تحمل وتلد وتسلم المولود لامرأة أخرى تسمى الأم البيولوجية[2] .

إن الحمل لحساب الغير في الغالب يؤدي إلى حدوث خلافات بين المرأتين، والشريعة الإسلامية تأبى كل فعل من شأنه زعزعة استقرار الأسرة و المجتمع.

وفضلا عن ذلك فإن القول بجواز تأجير الأرحام يحول الأمومة من مشاعر مغمورة بالحب والحنان إلى مهنة تجارية، تصبح الأرحام فيها سوق تجارية هدفها الربح المادي [3].

كما أن هذه الوسيلة تؤدي إلى كشف عورة المرأة مؤجرة الرحم دون حاجتها لذلك؛ حيث يعتبر هذا الفعل محرم وغير مشروع.

ويقول العلماء أن الأمومة تعتمد على خلق الجنين في بطن أمه طورا بعد طور، وتغذيته من دمها، ثم بعد ذلك الولادة، فالأمومة ليست معتمدة على العوامل الوراثية وحدها .ويشير في هذا المقام الأستاذ جلال بدراوي: "إن الجنين في بطن أمه يتأثر بالعوامل العاطفية للأم الحامل، وبكل تطوراتها العاطفية والنفسية التي تؤثر بالتالي على سريان الدم في الجنين وما يحمله هذا الدم من غذاء، فالوالدة هي التي حَملت وتطورت البويضة مع جسمها، وبالتالي فهي ليست مجرد رحم أو وعاء يقدم الغذاء فقط"[4] .

وتعزّز هذا الموقف بتوجه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة بتاريخ 1986/10/11 بعمان حول موضوع أطفال الأنابيب،حيث بيّن أن عملية التلقيح الخارجي التي تتم في البداية بين الزوجين ثم تُستكمل بزرع اللقيحة في رحم إمرأة متطوعة سواء كانت أجنبية أو زوجة ثانية فإنها محرّمة شرعا لما ينتج عنها من اختلاط في الأنساب والتلاعب بمشاعر الأمومة التي ستدخل في خانة المتاجرة[5].

---

[1] ممدوح خيري هاشم،المرج السابق،ص.260.

[2] كارم السيد غنيم،المرجع السابق،ص.150.

[3] حسيني محمود عبد الدايم ،المرجع السابق،ص.174.

[4] طيب منذر البرزنجي، شاكر غني العادلي،المرجع السابق،ص124.

[5] القرار السابع لمجمع الفقه الإسلامي ،بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، عدد الثاني، ص328 ،منشور على الموقع الإلكتروني

وفي نفس الصدد ،أكدت الندوة الفقهية الطبية حول(رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية) المنعقدة في الفترة من 14-17 يونيو 1997 بالدار البيضاء بالمملكة المغربية،أوصت بتحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث في العلاقة الزوجية سواء كان رحما أم بييضة أم حيوان منوي أم خلية جسدية للإستنساخ .

كما شبّه فقهاء الشريعة الإسلامية حالات التلقيح الإصطناعي الخارجي بين الزوجين بتدخل طرف أجنبي عن طريق نطفة أو حيوان منوي بالزنا الثابت ،وبالتالي فالولد الناتج عن تأجير الأرحام هو ابن الزنا أو ابن بالتبني وهي من الطرق المحرمة قطعا من التلقيح الإصطناعي الذي لا يُثبت بها النسب الشرعي،وإنما ينسب الطفل للأم الذي حملته أي صاحبة الرحم،باعتباره ولادة شبيهة لابن الزنا،استنادا لقوله تعالى {إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ}[1]،وقوله تعالى أيضا {حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ}[2].

ويرون أيضا أن العلة من وراء تحريم كراء الأرحام جاءت استنادا إلى القاعدة الفقهية (درئ المفاسد أولى من جلب المصالح) فالمصلحة من وراء اللجوء إلى الأم البّديلة ما هي إلاّ مصلحة خاصة، و في أوقات كثيرة لا تكون ضرورية، لأن المرأة أحيانا تكون قادرة على الإنجاب بصورة طبيعية ،إلاّ أنه يحدث تأخير أو تترفع عن ذلك بسبب عوامل نفسية، كرغبتها الشّديدة في الحفاظ على رشاقتها، أو خوفها من مشاكل الإنجاب وهذا ما يسمى في علم النفس بفوبيا الإنجاب.وبالتالي فهذه التقنية تجلب في بعض الحالات مصلحة خاصة، و تنشر بالمقابل مفاسد جمة على المجتمع[3] .

بعد عرضنا للآراء والحجج المستند عليها ،نرى أن الرأي الأقرب للصواب ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني المعارض لهذه الفكرة،والذي دعّمه جمهور العلماء والمجامع الفقهية التي أقرت بتحريم تأجير الرحم بكل صوره حتى ولو كانت الزوجتين لرجل واحد وذلك لإختلاط الأنساب وضياع مفهوم الأمومة،وانتشار للزنا بمفهوم و طريقة جديدة .

ثانيا :موقف الفقه القانوني

أثارت هذه الوسيلة جدلا واسعا في الفقه القانوني، حيث ظل منقسما على نفسه ومترددا بين الرفض والإباحة ، فبينما يرى البعض أن هذه الوسيلة تتضمن تجاوزات كبيرة لمبادئ قانونية بالإضافة إلى اختفاء

https://baitalzakat.com/files/decisions-laws/baitalzakat.com-L100025.pdf

[1] سورة المجادلة،الآية 02.

[2] سورة لقمان،الآية 14.

[3] أنظر، مهند بنيان صالح, المرجع السابق،ص.284.

الطابع الإنساني منها، إذ أنها متاجرة برابطة الأمومة ، بينما يرى البعض الآخر أن هذه الوسيلة كغيرها من وسائل الإنجاب الإصطناعي تفتح باب الأمل لزوجين عقيمين ولا يمكن التفريط فيها

وبناء على ما تقدم ،فقد اختلفوا حول شرعية الاستعانة بالأم البديلة، بين مؤيد ومعارض لها، ولكل منهما أدلته وأسانيده.

-وحرصا منهم على حق المرأة العقيمة على تحقيق رغبتها في الإنجاب والأمومة، فالجانب المؤيد لهذه الفكرة من دعاة الحرية الفردية دعّموا هذا التوجه على أساس أن هذا الفعل يدخل في إطار ممارسة الحقوق الفردية والتي تحميها القواعد القانونية،وفي حالة المنع وتشديد الخناق عليها سيؤدي إلى تفشي ظاهرة العلاقات الحرة الغير شرعية[1].

بالإضافة إلى أنها الوسيلة الوحيد لمشكلة العقم لأنها تساعد الزوجان في الحصول على الولد وتحميهما من نظرة المجتمع القاسية كما أنها لا تتنافى مع الأحكام القانونية إذا تمت بطريق التبرع، لأن المبلغ الذي تتقاضاه الأم البديلة يعتبر تعويضا عن حملها نيابة عن الزوجين وجبرا للمعاناة التي تتكبدها.

وتماشيا مع ما تم ذكره،فيرون أيضا أنها لا تخالف النظام العام والآداب العامة ما دامت محصورة في نطاق ضيق وتهدف لتحقيق المصلحة الخاصة للزوجين و التي ستنعكس إيجابا على المجتمع مستقبلا[2].

وفي هذا المجال يقرر الفقه الفرنسي للأم الحاملة للغير حق الإجهاض في حدود القانون أو الاحتفاظ بالولد لنفسها ،لأن الأمومة للأم البديلة تطرد أمومة الغير ،كما يشترط الفقه قبولا صريحا من زوج الأم البديلة إن كانت متزوجة[3] .

وبالتالي فعملية تأجير الرحم بالنسبة لهم هي الطريقة المثالية والحل الوحيد لإنجاب أطفال من أزواج عقيمين في ظل التقدم الطبي، وبالتالي لا يمكن إدانة هذه الوسيلة بحجة أنها مخالفة للآداب والأخلاق العامة ، وأن الحمل بالإيجار ليس تعدي على حرمة الجسد الإنساني بل هو اتفاق يتم بين أطراف العلاقة المؤدية إلى إنجاب أطفال بطريقة تأجير الرحم، وأن الأم بالرحم ليست هي الأم الحقيقية للطفل، فهي كالأم بالرضاعة يتغذى الطفل من خلال الغذاء الذي يسرى في جسدها ثم تعيده إلى أمه البيولوجية (الحقيقية)،وأن هذا الاتفاق يتسم بالطابع الرضائي ولا يحمل في طياته انتهاك التكامل الجسدي للأم الحامل فهو عمل طبي بالمعنى الواسع للكلمة ويهدف إلى علاج العقم.

[1] عطية صقر،المرجع السابق،ص.260.

[2] François vialla, les grandes décisions du droit médical, édition alpha, liban,2010, p 58 – 59

[3] François Terre, L'Enfant de l'Esclave Génétique et Droit ,Flammarion, Imprime en France.1987,p. 190.

– أما الجانب الآخر،والمتمثل في الرأي المعارض فيرى أن هذا التصرف يُعد فعلا مجرما وغير مشروع يتعارض مع مبدأ حرمة الجسد البشري ومناقضا لفكرة الأمومة وما تحمله من معاني القرب والمودة والإحتضان ،لأن معنى الأمومة يبدأ بالحمل من خلال استغلال فتراته والإحساس بالجنين،وأن فكرة تخلي الأم عن جنينها لإمرأة أخرى تصرف يحمل في طياته كل معاني القسوة واللامبالاة و انعدام المسؤولية[1].

وأن فتح المجال لهذا النوع من العلاج إن صح القول سيؤدي إلى قطع الصلة بين الطفل والأم الحقيقة،ويخلق نوعا جديدا من الإتجارة بالبشر من خلال انتشار عملية كراء الأرحام والمتاجرة بالنساء اللواتي يرغبن في الحصول على المال لظروف خاصة ، وبالمقابل تعتبر وسيلة في متناول أصحاب المال الذين يستطيعون إنجاب عشرات الأطفال في السنة الواحدة بالاعتماد على الأم البديلة[2].

كما أنه يُمكن للأم البديلة الإمتناع عن تسليم الطفل لأبويه البيولوجيين بسبب تعلقها به أو تقوم ببعه لعائلة أخرى حسب الطلب ومن يدفع أكثر،أو تدعي بأن اللقيحة التي زرعت في رحمها قد تلفت أو سقطت وأن حملها ناتج عن علاقة مع زوجها.

إضافة إلى أن عملية تأجير الرحم تعد صورة من صور الدعارة،خاصة عندما تقوم الأم البديلة بتسخير جسدها وإجارة رحمها مقابل المال،وبالتالي سنكون أمام عملية انتهاك للكرامة الإنسانية ولعرض الزوج (إذا كانت الأم البديلة تحت عصمة رجل)،أما إذا كانت عزباء أو مطلقة أو أرملة فنكون أمام عملية تجارية[3].

وتجدر الإشارة أننا سنكون أمام مشكلة اختلاط الأنساب وما تُثيره من إشكالات قانونية متعلقة بالنسب والميراث والنفقة،مع إمكانية انكار الأب البيولوجي لهذا الجنين في حالة ما تبين لاحقا أن الأم البديلة تحوم حولها شكوك بخصوص عرضها وشرفها مما يجعل المولود عرضة للإهمال والإنكار.

وبالرغم من الحلول التي تنجم عن هذه الطريقة إلا أنها تخلق مشاكل أخرى تكون أكثر تعقيدا،وفي هذا المقام يرى أ.د /جيلالي تشوار« من الملاحظ أن إنابة الأمومة يُمكن أن تعد سبيلا ناجعا ليس بالنسبة للزوجين فحسب،بل حتى بالنسبة لغير الزوجين... لكن يُلاحظ أيضا أن المشاكل المنبثقة عن هذه التقنية عديدة ومتنوعة في الميدان القانوني»[4] .

---

[1] العربي بلحاج،المبادئ الشرعية...،المرجع السابق،ص.154.

[2] حسن محمّد كاظم، حيدر ، عدنان هاشم جواد،المرجع السابق،ص104

[3] أنظر،علي هادي عطية ، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي ،بيروت،ط1، 2012 ،ص. 152.

[4] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...،المرجع السابق،ص.110.

كما أن هذا الإتجاه استند على المستوى الجنائي من خلال أن سلوك المرأة يقع تحت طائلة العقاب ، فالأم البديلة حينما تسخر جسدها وطاقتها الإنجابية في خدمة آخرين خلال مدة معينة وبمقابل مالي محدد فإنها بهذا تقترب من الدعارة التي يعاقب عليها القانون[1] .

واستنادا لما سبق ،نرى أنه يجب منع هذا النوع من الحلول الطبية لما يترتب عليه من إشكالات قانونية تعصف بالأسرة و المجتمع ، والعمل على إيجاد طرق طبية واضحة تضمن الحماية والحرمة للزوجين على غرار طريقة الرحم الصناعي التي تحاكي الرحم الطبيعي ، والتي برزت للوجود خاصة وأنها توفر نفس الخصائص الطبية التي يوفرها الرحم الطبيعي ،مع حصرها في حالات خاصة ومحددة كعدم قدرة الزوجة على الحمل بسبب مشاكل في الرحم مثلا حتى لا تنحرف عن هدفها الأصلي و تصبح وسيلة للزوجات من أجل تجنب صعوبات الحمل و الولادة.

ثالثا : موقف القانون والقضاء

لقد أصبحت مسألة الأم البديلة قضية عالمية تحظى باهتمام ومتابعة المختصين سواء الفقهاء أو المشرعين،بسبب الإقبال المتزايد عليها وما ينتج عنها من حالات قانونية وقضائية تستوجب الفصل فيها،خاصة في ظل وجود تضارب في الواقف بين مؤيد ومعارض مما يفتح المجال للأشخاص من أجل اختيار البلدان التي تبيح تشريعاتها هذا النوع من الإنجاب على ثم الرجوع لبلده الأصلي من أجل الإعتراف له بذالك،على غرار الولايات المتحدة الأمريكية التي نجد فيها بعض الولايات تبيح اللجوء لهذه الوسيلة مثل (نيويورك،نيفادا،كنتاكي) وفي المقابل ولايات أخرى تمنع ذلك في صورة (نيوجرسي،لويزيانا،فلوريدا)

وعليه سنحاول دراسة العملية من خلال عرض مواقف كلا من القانون و القضاء الفرنسي (أولا) ،ثم الجزائري (ثانيا) والمصري (ثالثا) مع الإستشهاد لبعض لحالات التي مرت عليهم .

أ–موقف القانون والقضاء الفرنسي

تعتبر فرنسا من الدول الغربية التي تمنع عقود استئجار الأرحام وذلك باعتبار هذا النوّع من العقود ينتهك كرامة الطّفل،والأم معا من جهة، ويجردهما من انسانيتهما من جهة أخرى، وذلك بتحويل الأمومة إلى تعامل تجاري قابل للتعاقد عليه.كما فرضت عقوبات أيضا على كل من يلجأ إلى الأم البديلة سواء أطراف العقد أو حتى الوسيط بينهما.

[1] علي هادي عطية،المرجع السابق،ص.155.

وفي فرنسا اعتبر المشرع الفرنسي عقد الحمل لحساب الغير باطلا بموجب المادة16-7[1] من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن« أي اتفاق ينصب على الحمل لحساب الغير يعتبر باطلا» غير أن هذا المنع خلق نوعا من السياحة الإنجابية حيث أصبح الأزواج يهاجرون إلى الدول التي تبيح الإنجاب بوسيلة الأم البديلة.

وفي حالة ما إذا أراد أحدهم التحايل على هذه المادة القانونية، يضطر إلى اتخاذ إجراءات طويلة لإلحاق نسب الطفل له، والطريقة الوحيدة لبلوغ ذلك هي التبني، والتبني في فرنسا ليس بالأمر الهين، فإذا تبين لهيئة المحكمة أنه تم الحصول على الطفل بطريقة غير شرعية، أو مخالفة للنظام العام فستمتنع المحكمة على إصدار قرار بالموافقة على التبني.

كما أن المشرع الفرنسي أقر عقوبة بسنة سجنا وغرامة مالية قدرها15000أورو على كل شخص يلجأ للإنجاب بواسطة الأم البديلة بموجب المادة227-12الفقرة3 من قانون العقوبات، وبثلاث سنوات سجنا و 45000أورو إذا تمت العملية بمقابل مالي طبقا لنص المادة 227-13[2] من قانون العقوبات.

كما قدم نواب مجلس الشيوخ في البرلمان الفرنسي اقتراح مشروع قانون يجيز تأجير الأرحام بشروط وضوابط معينة منها أن يكون الحمل لصالح زوجين أو شخصين يعيشان معا لمدة سنتين، مع استحالة الحمل بالنسبة للمرأة، أو كان الحمل يعرض صحتها وصحة جنينها للخطر، على أن تقدم دليلا يثبت ذلك[3].

ويعود سبب تشديد العقوبة في هذه الحالة إلى طبيعة الجريمة، لأن ارتكابها قد يتم في الخارج متى كان الاستئجار هناك، إلا أن آثارها تمتد لتشكل تهديدا على تنظيم الحالة المدنية في فرنسا، لذا اعتدت الجريمة أخطر من الأولى لأن الجريمة المنصوص عليها في المادة 227-12 تتم داخل فرنسا[4].

-أما من الجانب القضائي، كانت أحكام القضاء الفرنسي متضاربة بخصوص وسيلة الأم البديلة، في البداية كان يعترف بالآثار فقط الناتجة عن هذه الوسيلة دون التطرق لمشروعيتها، ففي حكم محكمة Aix en Provence بتاريخ 1984 /12/05 الذي قضت لزوجة الأب البيولوجي بالتبني البسيط، حيث كانت هذه الزوجة تعاني من العقم، فاتفقت مع أختها على أن تلقح صناعيا من نطفة زوج الأولى حرصا

[1] « Toute convention portant sur la procréation ou la gestion pour le compte d'autrui est nulle » Art 16-07 du Co.cf.

[2] « La substitution volontaire، la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines » Art227-13 code pénal français.

[3] سعيدان أسماء،المرجع السابق،ص.227.

[4] رقية أحمد داود،المرجع السابق ،ص.245.

على مصلحة الطفل،و وضعت طفلة في 01/05/ 1982،وفي سنة 1984 قدمت الزوجة طلبا للتبني الكامل لطفل زوجها أمام هذه المحكمة الإبتدائية، وكان ذلك أول طلب من هذا النوع ترددت المحكمة بين الحكم بالتبني حرصا منها على مصلحة الطفل وبين ادانتها للوسيلة ذاتها ورأت أن تتخذ موقفا وسطا، فقضت بالتبني البسيط حرصا على مصلحة الطفل، وحتى يتمكن من فهم حقيقة العلاقة بعد ذلك مع خالته، وهذاما قد يساعد على الاستقرار النفسي للطفل، لأنه لن يقطع كل علاقته له مع أمه بالحمل، واعتمدت المحكمة على الحجة الرئيسية وهي مصلحة الطفل، فهي بذلك اعترفت بآثار هذه العملية دون تعرضها للوسيلة ولا الاتفاق ذاته من حيث صحته وبطلانه[1] .

وفي نفس السياق قضت محكمة إستئناف Poitiers بتاريخ 1992/01/22 بالتبني البسيط لزوجة الأب للطفلة الناتجة عن الحمل بالإنابة،ولما طعن بالنقض أمام محكمة النقض أصدرت حكمها بعدم شرعية الحمل بالإنابة على أساس مخالفته للنظام العام،وبالتالي ببطلان الاتفاق المتعلق بالحمل لحساب الغير، لتعارضه مع مبدأ حرمة الجسد البشري وعدم جواز التصرف فيه[2].

وكانت النيابة العامة قد رفعت دعوى قضائية ضد نشاط جمعيات الأمومة البديلة ،وطالبت بحلها استنادا إلى عدة مبادئ قانونية لاسيما المادة 1128 من القانون المدني والتي تشير إلى أنه لا تكون محلا للحقوق لمالية سوى الأشياء القابلة للتعامل ،بالإضافة للمادتين 1131 و1133 اللتان ترتبان البطلان المطلق على كل التصرفات المخالفة للنظام العام والمادة 311-09 التي تمنع التصرف في حالة الأشخاص،لكن الجمعية رأت عكس ذالك وأن نشاطها يهدف إلى تجسيد الحق في الإنجاب ،وأن عملية إستئجار الرحم تشبه إلى حد ما عمليات زرع الأعضاء،لكن المحكمة سارت في الإتجاه المعاكس وقضت بحل الجمعية في حكمها الصادر بتاريخ 1984/12/05[3].

وكان هناك أيضا طعن رفع أمام محكمة استئناف باي PAU بتاريخ 1991/02/19 خاص بالحكم الذي صدر برفض طلب التبني الكامل من إحدى الزوجات لابنة زوجها التي ولدت بوسيلة الحمل بالإنابة، على أساس أن العقد بين الزوجين والمرأة الحامل مخالف للنظام العام.وأن محكمة الاستئناف أيدت حكم محكمة أول درجة بخصوص بطلان عقد الأم بالإنابة الذي بمقتضاه توافق الأم الحمالة على التنازل عن وليدها منذ لحظة ميلاده بعد تلقيحها بماء رجل أجنبي[4] .

[1] Trib.G.I.de Aix-en- Provence – 5 Dec1984.J.C.P.1986.20561.note Boulanger-.
[2] C.A Poitiers ,22/01/1992 ,jurisData ,n°1992-040325
[3] T.G.I Aix –en- Provence,05déc 1984,JCP 1986 ,II ,20561 ,observations de F.Boulanger.
[4] C.A PAU ,19/02/1991 , D., 1991.380.

وفي نفس السياق صدر قرار عن محكمة استئناف باريس في 1990/05/15 قضى بشرعية الحمل بالإنابة،إلا أنه لم يلق تأييدا كبيرا في وسط القانونيين، مما أثار حفيظة النائب العام للطعن فيه لصالح القانون أمام محكمة النقض وحل الجمعيات القائم نشاطها على تجمع الأمهات الراغبات في الحمل والأزواج الطالبين لتقنية الأم البديلة، وهذا لمخالفته للمادة 1128من القانون المدني الفرنسي لأنه يشكل تنازل الأم عن سلطتها على الطفل، ويؤدي إلى الالتفاف حول أحكام البنوة الطبيعية والتبني .كما أن نشاط هذه الجمعيات يخالف القانون الجنائي حسب نص المادة 1/353 من قانون العقوبات الفرنسي .إلا أنه بعد ذلك أصدرت محكمة النفض قرار مبدئيا بتاريخ 1991/05/31 ،نقضت وأبطلت من خلاله قرار محكمة استئناف باريس الذي أقر بصحة تبني الأطفال المولود بهذه الطريقة [1].

وفي تطور ملفت ونتيجة لضغوطات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تراجعت محكمة النقض بعد ذلك عن موقفها،بموجب قرارين مبدئيين بتاريخ 2015/07/03 ،حيث جاء في المضمون أنه في حال ثبوت وجود عقد ميلاد منتظم وغير مزور وكانت الوقائع المصرّح بها تتطابق مع الحقيقة البيولوجية ،فإن اتفاق الحمل لفائدة الغير المبرم بين والد الطفل والأم البديلة لا يكون عائقا أمام تسجيل ميلاد الطفل في سجلات الحالة المدنية تطبيقا لمبدأ احترام الحياة الخاصة[2].

وبالتالي يكون القضاء الفرنسي قد تراجع عن موقفه بالرغم من أنه في البداية كانت يتجه لعدم الإعتراف المطلق بالحمل لصالح الغير،و هذا تحت تأثير المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان.

ب–موقف القانون و القضاء الجزائري

نجد أن المشرع الجزائري قد منع التلقيح الاصطناعي بالاستعانة بالأم البديلة بموجب نص المادة45 مكرر من قانون الأسرة والتي نصت على أنه « لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة»،لكنه لم يفصل في القضية ولم يحدد طبيعة هذا المنع هل يطبق فقط على المرأة الأجنبية عن العلاقة الزوجية أم حتى الزوجة الثانية التي تكون تحت عصمة نفس الزوج ويطلب منها أن تحمل اللقيحة لمساعدة ضرّتها على تدوق نعمة الأمومة مستقبلا.

[1] François Geraud, Mére porteuse et droit de l'enfant,2016, p.06. publié sur le site internet https://hal.archives-ouvertes.fr.

[2] COUSTET Thomas ,Gestation pour autrui (filiation),La CEDH condamne la France, Dalloz, actualité ,30 juin 2014 .

لكنه حاول التدارك من خلال المادة374[1] من قانون الصحة الجديد التي منعت الإستعانة بالأم البديلة سواء كانت زوجة ثانية ،أو أختا، ووضع عقوبات جزائية في حالة مخالفة أحكام المادة 374 من قانون الصحة بموجب المادة435[2] من نفس القانون.

أما بالنسبة لعقود استئجار الأرحام، فيمكن اخضاعها للقواعد العامة في ظل غياب تشريع خاص بها،وبالتالي فإن جميع العقود المنصبة على محل غير شرعي فهي باطلة، وهذا وفقا للمادة 93 من القانون المدني إذ تنص على ما يلي"إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ".و لما كان التعامل بالرحم محرما بإجماع العلماء، فإن محل عقد استئجار الأرحام مخالفا للنظام العام، و بالتالي العقد باطل بطلانا مطلقا.

ونرى أن المشرع قد أصاب حينما منع وسيلة الأم البديلة تفاديا لما قد ينجر عنها من منازعات ومشاكل قد تعصف باستقرار الأسرة واستمرارها، ولما له أيضا من تأثير على أفراد الأسرة فتزعزع روابط التآزر والتراحم بينهم. وهو ما يفسر عدم وجود انتشار هذه الوسيلة حاليا .

أما بخصوص الأحكام القضائية فلا وجود لمثل هذا النوع من الأحكام لعدم عرض أي قضية بخصوص تأجير الرحم على القضاء الجزائري في الوقت الراهن.لكن هذا لا يعني أن القضاء سيبقى بمنئ عن هذا الموضوع ،لأنه حتى ولو سلمنا باستحالة قيام هذا النوع من العمليات داخل الجزائر بحكم الدين،فإنه يمكن يوما ما أن نسمع بمغتربين لجؤوا إلى هذا النوع من التلقيح ثم رفعوا دعاوي قضائية من أجل تسجيل المواليد في سجل الحالات المدنية في الداخل أو على مستوى القنصليات.فكيف سيكون رد القضاء حينها في ظل انعدام قواعد قانونية خاصة لمواجهة المدعين.لذا يجب مواكبة التطورات والإكتشافت في حينها حتى لا نترك الثغرات القانونية حلا في أيدي الغير .

[1] «يمنع التداول لغاية البحث العلمي،التبرع و البيع و كل شكل آخر من المعاملة المتعلّقة:

-الحيوانات المنوية

-بالبويضات حتي بين الزوجات الضرات

-بالأجنة الزائدة عن عدد المقرّرأو لا لأم بديلة أو إمرأة أخرى كانت أختا أو أمّا أو بنتا» المادة 374 من ق.ص .

[2]« يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون،المتعلّقة بالتبرع و البيع و كل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري ،بالحبس من عشر 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة مالية من 1.000.000 دج إلى 2.000.000دج » المادة 435 من .ق.ص .

ج- موقف القانون والقضاء المصري

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري من العملية، فيمكن استخلاصه من نص المادة 135 من القانون المدني على أنه« إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أوالآداب العامة كان العقد باطلا» لأن علاقة الشخص بأسرته تعتبر من النظام العام، ولهذا وجب منع هذه الوسيلة من طرق الإنجاب.

وأيضا من المادة 45 من لائحة آداب مهنة الطب المصري لسنة 2003 والتي تنص «لا يجوز إجراء عملية الإخصاب المساعد داخل أو خارج جسم الزوجة إلا باستخدام نطفة زوجها حال قيام العلاقة الزوجية الشرعية بينهما،كما لا يجوز نقل بويضات مخصبة لزرعها في أرحام نساء غير الأمهات الشرعيات لهذه البويضات»[1].

غير أنه مؤخرا بدأت ظهرت موجة عروض عبر الانترنت، لسيدات يعرضن أرحامهن للتأجير مقابل مبالغ مالية، بعد فتوى أطلقها شيخ من مشايخ الأزهر، وذلك استنادا منه لنسبة الفائدة العائدة على الزوجين، غير أنه تم التراجع على هذه الفتوى من طرف مفتي مصر بالتحريم و ذلك وفقا لمبادئ درئ المفاسد أولى من جلب المنافع وأمام هذا الفراغ التشريعي طالب مجموعة من النواب بإصدار قانون يمنع استئجار الأرحام[2].

وفي الأخير نرى أن وسيلة استئجار الرحم تُشكل نوعا جديدا من الجرائم اللاأخلاقية وليست كما روج إليها الغرب بأنها تطور وتقدم في التقنيات الحديثة المتعلقة بالمجال الطبي،فهي تفتح باب من أبواب انحدار الأخلاق والمساس بكرامة الإنسان من خلال جعله يدخل في مجال التجارة بجسده واستغلاله في التجارب الطبية وشراء رضاه بالمال،وبالرغم من عدم جوازها شرعا إلا أنه يوجد تباين في التشريعات الوضعية بين حضرها نهائيا أو إباحتها حسب الحالات والظروف.

وبالرغم من كل هذانجد أنه يوجد قصور تشريعي كبير في توفير الحماية اللازمة للكرامة الإنسانية في مواجهة عملية تأجير الرحم،لذلك نوصى المشرع الجزائري بتدارك هذا الأمر .

[1] القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو لسنة 1948 .

[2] أنظر، النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 ،2012-2013 ص 183.

بعدما تطرقنا لعملية التلقيح الإصطناعي كتقنية طبية تمارس على الجسم البشري لمساعدة الأزواج على الحصول على الذرية،وما تثيره من اشكالات طبية وقانونية،سنعرج ومن خلال الفصل الثاني لأسوب آخر يسمح بتعديل واختيار الصفات الوراثية للجنين.وكيف سيكون الموقف الشرعي والقانوني من هذه التقنية.

الفصل الثاني

الإستنساخ البشري

من الثابت أن سنة االله في خلقه أن ينشأ الجنين عن طريق علاقة جنسية شرعية ينتج عنها إلتقاء نطفة الزوج مع بويضة الزوجة لتكون فيما بعد جنين يحمل صفات وراثية مشتركة.لكن البحوث الطبية توصلت إلى إمكانية التدخل في تكوين الجنين من خلال اختيار وتعديل صفاته الوراثية حسب الطلب وهذا بعد نجاح التجارب المخبرية على الحيوانات،فأصبح بذلك الإنسان هدفا لتحقيق هذه الممارسات الطبية والتي ستقلب الموازين وتخل بالنظام الطبيعي للبشرية .

لذلك ارتأينا التعريج على هذا الأسلوب الطبي من خلاب تسليط الدراسة عليه وابراز طبيعته وذلك من خلال تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث،حيث نستعرض في المبحث الأول ماهية الإستنساخ وحقيقته العلمية،وفي الثاني إلى تحديد أنواع الإستنساخ،وأخيرا الموقف الشرعي و القانوني من الإستنساخ البشري .

المبحث الأول

ماهية الإستنساخ وحقيقته العلمية

لقد ظهرت في الآونة الأخيرة وسائل طبية وعلمية غيرت كل المفاهيم وكشفت حقائق جديدة عن أنماط الحياة، ومن أبرزها ما ظهر في المجال البيوتكنولوجي والتي اتخذت عدة أشكال كزراعة الأعضاء والتلقيح الإصطناعي والهندسة الوراثية والإستنساخ من أجل تجاوز مختلف الصعوبات والإشكالات الطبية التي كانت عائقا في تقديم الحلول الناجعة البشري،لكن في المقابل أدت إلى انتهاك حرمة الإنسان الذي أصبح مسرحا للتجارب الطبية،الأمر الذي يدفع بالمساس بحرمته.ومخالفة الضوابط القانونية والأخلاقية التي تكفل كرامته .

وسنحاول من خلال هذا المبحث تسليط الضوء عن تقنية أو طفرة طبية شائكة أثارت الكثير من الجدل والنقاش،والمتمثلة في عملية الإستنساخ ،والتي كانت بدايتها على النباتات والحيوانات، حيث نجح العلماء في استخدام تقنية هندسة الجينات للوصول إلى انتاج وفير ومتميز وخصب في عالم النبات والحيوان

عن طريق نقل بعض الجينات من خلايا معينة إلى خلايا أخرى من نفس الفصيلة لإيجاد نبات متطور بمواصفات أفضل من النبات الشائع استخدامه،وبكميات وفيرة كالحنطة المقاومة للحشرات ، كما استخدمت هذه التقنية في تكثير الإنتاج الحيواني بمواصفات جديدة كالماشية المقاومة للأمراض والتي تنتج ألبان ذات نوعية جيدة، وأما فيما يتعلق بالاستنساخ البشري فإن العالم قد بدأ التفكير به في العقد الثالث حيث وجدت أصل الفكرة في ألمانيا، عندما قرر الحزب النازي بقيادة هتلر خلق عرق متميز.[1] فما حقيقته؟وما مدى مشروعيته في الجانب البشري؟وما هي الآثار القانونية والطبية التي يثيرها؟

ولتبسيط الدراسة من الجانب القانوني والطبي والشرعي،قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ،نتطرق أولا إلى مفهوم الإستنساخ وثانيا إلى شرح تقنيتي الإستنساخ والآثار المترتبة عنها .

المطلب الأول

مفهوم الإستنساخ

إن الإستنساخ ظاهرة بيولوجية أضحت محل اهتمام من طرف رجال الدين والقانون وعلماء البيولوجيا،حيث حاول كل طرف دراسة هذه التقنية من خلال تخصصه وتوجهاته،وابراز تأثيرها على الحياة البشرية،وبما أنه من المواضيع المعاصرة التي مازالت لم تكشف عن حقيقتها الكاملة،مما جعلنا نحاول البحث عن تقديم تعريف لغوي جامع من خلال الفرع الأول، ثم من الناحية الطبية والبيولوجية ثانيا ،ثم التفريق بين الإستنساخ الطبيعي والإصطناعي ثالثا ،وأخير التمييز بين الإستنساخ وما يشابهه من تقنيات طبية .

الفرع الأول

تعريف الإستنساخ البشري

إن الإستنساخ البشري يعدّ من النوازل،أي من الأمور المستحدثة والمستجدة، لذا يجب تعريفه وتبسيط صورته من الجانب اللغوي أولا،ثم الإصطلاحي والطبي ثانيا ،ثم على المستوى الدولي أي في الإتفاقيات الدولية باعتباره أصبح منتشرا عالميا.

أولا –من الجانب اللغوي :

[1] أنظر،فضل الله حسن ، الاستنساخ جدل العلم والدين والأخلاق،دار الفكر،دمشق،ط 1، 1997،ص.68 .

لقد جاء استعمال مصطلح الإستنساخ ضمن المجال اللغوي في عدة سياقات، وقد جاء بمعان متعددة فقد يكون بمعنى فالإزالة فيقال نسخ الشيء نسخا أي أزاله، وقد يأتي بمعنى الإبطال ويقال نسخ القانون السابق بالقانون اللاحق، وقد يأتي بمعنى النقل، فيقال نسخ الكتاب نسخا وهو الصورة المطابقة تماما للأصل، فنقول انسخ لي من هذا المقال خمس صور متطابقة، ومن ثم فالاستنساخ هو تكرار الصورة الأصل إلى نسخ متكرر متشابهة[1].

كما نشير إلى أن لفظ التناسخ مصطلح قديم،وقد تجلى في ظاهرة تناسخ الأرواح ،أي خلود الروح وعدم فنائها،ويُقال أيضا تناسخت الأشياء أي كان بعضها مكان بعض.وقيل الإستنساخ:هو التقدم بنسخ الشيء والترشيح للنسخ، وقد يعبر بالنسخ عن الإستنساخ، أي نستنسخ ما تكتب الحفظة، أي نأمر بنسخه وإثباته،وذلك كما جاء في قوله تعالى « هَذَا كِتَابُنَا يَنْطِقُ عَلَيْكُمْ بِالْحَقِّ إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ» [2] .

والإستنساخ هو الكلمة العربية التي تقابل كلمة Cloning باللغة الإنجليزية ،وClonage [3] باللغة الفرنسية المأخودة من كلمة Clone والتي تعني الواحد من مجموعة الأحياء التي انتجت من غير تلقيح جنسي، وأصل الكلمة من Klon[4] اليونانية والتي تعني البرعم الوليد أو الوليد.و الذي يمكن تعريفه بأنه مجموعة من الخلايا أو الأفراد المتماثلة وراثيا و الناتجة من خلية واحدة أو من فرد واحد[5].

ثانيا –من الجانب الإصطلاحي والطبي

وردت عدة تعريفات للاستنساخ منها:

[1] ابن منظور،لسان العرب ،دار صادر،بيروت 2003،ص.82 ؛تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر،.1998، جزء 36 ، رقم 04 ص. 98.

[2] أنظر، شعبان الكومى أحمد فايد،أحكام الاستنساخ في الفقه العربي الإسلامي،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2006 ،ص.87.

[3] le clonage peut être défini comme une technique consistant à reproduire des organismes vivants génétiquement identiques. Il peut donc concerner de simples cellules (clonage cellulaire) ou des êtres humains, des animaux, ou des végétaux (clonage reproductif). En ce qui concerne le clonage reproductif, il convient également de distinguer entre les différentes techniques existantes : le clivage d'un embryon de quelques cellules en deux, afin de créer deux individus distincts génétiquement identiques ; le clonage par transfert dans des ovocytes énucléés des noyaux de cellules d'un même embryon ou le clonage par transfert de noyaux provenant d'un organisme adulte comme dans le cas de la brebis Dolly ou en mars 1998 de la génisse Marguerite à l'INRA , MARCUS HELMONS Silvio, La quatrième génération des droits de l'homme dans, Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.102.

[4] "Clone" from the Greek "klon" refers to a group of genetically identical molecules cells or organisms descended from a single common ancestor. Human cloning and human dignity– An Ethical Inquiry. The President council on Bioethics, Washington DC, July 2002, p.42.

[5] يوسف بوشي،المرجع السابق،ص 52

"يتمثل في الحصول على نسخة أو أكثر طبق الأصل من الأصل نفسه، وبالمعنى البيولوجي فالاستنساخ يعني معالجة خلية من كائن معين كي تنقسم وتتطور إلى نسخة مماثلة لنفس الكائن الحي الذي أخذت منه"[1].

وأيضا جاء في تعريفه أنه عبارة عن" أخذ خلية جسدية من كائن حي تحتوي على كافة المعلومات الوراثية وزرعها في بيضة مفرغة من موروثاتها ليأتي المخلوق الجديد أو الجنين الجديد مطابقا تماما للأصل، أي الكائن الأول الذي أخذت منه الخلية" [2].

وثم تعريفه أنه" يقصد به التوالد الخلوي اللاجنسي، ويكون بانقسام الخلية الأنثى، من قبل الخلية الذكر أو النطفة، كما في التوالد الجنسي"[3].

هو توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء.

نرى أن هذه التعريفات قد انصبت في مجملها عن استنساخ الإنسان فقط بالرغم من أن الأصل والبداية كانت على النبات والحيوان .

وهناك من يرى أنه " عملية يقصد منها استحداث كائن حي، بنقل النواة من خلية جسدية حية إلى بويضة منزوعة النواة، أو بتشطير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة.كما يقصد منها استحداث نبات أو عضو أو جين معين أو خلية معينة بطرق معملية لأهداف تنموية وعلاجية. هذا التعريف قد فصّل نوعا ما في استنساخ الإنسان لكنه بالمقابل لم يفصل في استنساخ النبات والحيوان بالرغم من الإشارة إليهم"[4].

كما أنه يمكن شرحه على أساس " الحصول على عدد من النسخ طبق الأصل من نبات أو حيوان أو إنسان بدون الحاجة إلى تلاقح خلايا جنسية ذكرية أو أنثوية ؛أو هو الحصول على نسخ طبق الأصل من الكائن من دون التزاوج. هذا التعريف جاء عاما و مختصرا أي ذكر مباشرة الهدف الرئيسي من عملية الإستنساخ "[5].

ويعرف الاستنساخ بأنه" اتحاد خلية جسدية بخلية تناسلية ،كما يطلق عليه تسمية التكاثر اللاجنسي لدى الثدييات و الذي يتم بأخذ خلية جسدية من كائن حي سواء كان ذكرا أو أنثى تحتوي نواتها المحتوى

[1] أنظر،صبري الدمرداش، الاستنساخ قنبلة العصر، شركة دار الفكر الحديث،الكويت، ط 1997،1،ص .24.

[2] شعبان الكومى أحمد فايد،المرجع السابق،ص.09.

[3] أنظر،محمد صالح المحب، حول الهندسة الوراثية وعلم الاستنساخ،الدار العربية للعلوم،،لبنان، ط2000،1،ص.167 .

[4]أنظر،بلحاج العربي، الاستنساخ الجيني البشري في ميزان الشرع .مجلة الوعي الإسلامي، الكويت،2002،عدد 435،ص.37.

[5] محمد صالح المحب،المرجع نفسه،ص.168.

الو راثي للكائن و يتم تفريغ بويضة الأنثى من نواتها ليوضع فيها النواة المأخوذة من الخلية الجسدية ثم يتم استثارها بتعريضها لشرارة كهربائية ومواد تساعدها على الانقسام و من ثم يتم زرعها في الرحم فالاستنساخ هو صورة جد متقدمة للتلقيح عن طريق التلاعب بالجينات وزرع الخلايا ، فالغرض منه هو الحصول على صورة طبق الأصل للخلية الجسدية الأصلية"[1] .

فالمعنى العلمي الإصطلاحي للإستنساخ يعني قيام العلماء بصنع خلايا أو أجنة مطابقة لخلايا أو لأشخاص موجودة سابقا عن طريق الصبغيات المورثة للجنس أو الحامض النووي (ADN)، وقد تمّ التدخل العلمي أولا بإجراء التجارب على الحيوان ،فنشأ ما يسمى بالتهجين،حيث تمّ إيجاد سلالات معينة من الحيوانات وفقا لما يرغب فريق العلماء في هذا المجال،أما في المجال البشري فإنّه يذهب إلى التدخل الجيني في البويضة الملقّحة عن طريق إختيار عناصر التلقيح وبذلك يمكن أن يخلقوا إن كائنات بمواصفات محددة[2].

أما من الناحية العلمية الطبية فيتم الاستنساخ عن طريق إتباع عدة خطوات تكمن أولها في سحب خلية جسدية متميزة من جسد بشري ذكر كان أو أنثى مع ترك الخلية الجسدية لمدة معينة حتى تفقد قدرتها على النمو والانشطار، فتتحول من خلية مميزة إلى خلية غير متخصصة، وبعدها تستخلص نواتها التي تحمل 46صبغي وتدمج بالحقن الكهربائي مع بويضة امرأة ، لتوضع الخلية المدمجة مع البويضة بعدها في رحم إمرأة لتبدأ بعدها بالنمو والانتقال من طور إلى طور من أطوار نمو الجنين، الذي يكون بعد ولادته صورة طبق الأصل لصاحب تلك الخلية الجسدية من الناحية المظهرية [3].

وبذلك يعتبر الإستنساخ من المصطلحات الطبية حيث يقصد به"استحداث كائن حي مشابه للكائن الحي الذي أخذت منه الخلية ،ويكون عبارة عن عملية لا جنسية لتكثير كائنات متطابقة وراثيا ،فهي عملية تكاثر لشيء موجود فعلا"[4] .

وبالتالي فإنه لا يدخل في عملية التكاثر جنس آخر بل هذه العملية تكون طيبة بأخذ خلايا معينة من النسخة الأصلية إلى الكائن الذي قاموا باستنساخه وتصبح نسخة مطابقا للنسخة الأصلية .

ثالثا– التعريف الفقهي

---

[1] أنظر، أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الاجنة البشرية في اجراءات تجارب البحث العلمي(دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2008، ص .230.

[2] أنظر،مليكة غريب، الاستنساخ بين الحظر والإباحة(دراسة مقارنة) مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية،جامعة، بن عكنون، الجزائر، 2009،ص.20.

[3] أنظر، المصاروة هيثم حامد ، نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة (دراسة مقارنة) دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2003 ، ص .11.

[4] أيمن مصطفى الجمل،المرجع السابق،ص235 .

إن المصطلح البيولوجي للإستنساخ هو التنسيل،ولقد اهتمّ الفقهاء بتعريف مصطلح الإستنساخ بدل الإستنسال بتعريفات عديدة وكلها تصب في معنى واحد ،سنعرض بعضها لتبسيط هذا المصطلح .

يعرّف على أنه «الحصول على نسخة أو أكثر مطابقة تماما لأحد الجزئيات للخلية أو نبات أو حيوان، أوإنسان»[1]. وهناك من عرّفه بأنه « تكوين كائن حي كنسخة مطابقة تماما من حيث الخصائص الوراثية والوظيفية- الفيزيولوجية -لكائن حي آخر»[2]، وقد عرفه البعض بأنه «عبارة عن أخذ خلية جسدية بالغة متخصصة،ثم تحويلها إلى خلية جنينية غير متخصصة، وإعادة برمجتها مرة أخرى، بحيث تصبح مهيأة لإنتاج خلايا الأعضاء المختلفة عند إدخالها في الحالة الجنينية، ثم تؤخذ هذه الخلية المعاد برمجتها والمحتوية على عدد الكامل من الكروموزمات وإدخالها في بويضة منزوع نواتها ولم يبق بها إلا السيتوبلازم الذي به خاصية الانقسام باستخدام دفعات كهربائية لإدخالها في الحالة الجنينية»[3]. وعرّفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه « هو أخد خلية جسدية من كائن حي يحتوي على كافة المعلومات الوراثية، وزرعها في بيضة مفرغة من موروثاتها ليأتي المخلوق الجديد أو الجنين مطابقا تماما للكائن الذي أخدت منه الخلية»[4].

ولقد أورد الفقهاء العديد من التعريفات الاصطلاحية لهذا المفهوم منها أن الاستنساخ هو" عملية توالد غير جنسي تتم بأخذ خلية من خلايا جسم الإنسان تحتوي على كافة المعلومات الوراثية الخاصة بالإنسان، وهذه الخلية تزرع في بويضة الأنثى بعد تفريغها من كامل موروثاتها ليأتي الجنين مطابقاً للأصل وبعد ذلك تودع البويضة في رحم الأنثى، ويتشكل الجنين على نحو مطابق للكائن الأصلي الذي أخذت منه الخلية".وعرفه البعض بأنه" التوالد الخلوي اللاجنسي ويكون بانقسام الخلية الأنثى أو البويضة بعد تضاعف صبغياتها دون تلقيح أو إخصاب، من قبل الخلية الذكر أو النطفة، كما في التوالد الجنسي "[5] .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن فكرة استنساخ البشر كانت نتيجة لنجاح بعض التجارب في استنساخ النباتات والحيوانات على غرار النعجة "دوللي" حيث مرت محاولات استنساخ الإنسان بعدة تجارب، ففي شهر أكتوبر عام 1993 قام العالمان" جيري هول وروبرت ستيلمان "بعرض تجربتهما عن استنساخ 17 جنينا بشريا .واعتمدت هذه التجارب في متابعة انقسام الخلية الأولى وبإعادة التجربة تمكن العلمان من

[1] صبري الدمرداش ،المرجع السابق،ص15

[2] أنظر، بن عيسى رشيدة، الإستنساخ البشري(دراسة طبية فقهية قانونية)،دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن،ط 1، 2014،ص. 53.

[3]أنظر، رايس محمّد ، مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، مجلة المحامي، منظمة المحامين، سيدي بلعباس، عدد 2004 03 ، ص.50.

[4] انظر، وهبة الزحيلي، الجوانب الإنسانية والأخلاقية والدينية في الإستنساخ جدل العلم والدين و الأخلاق، دارالفكر، دمشق، ط 1، 1998 ، ص. 117 .

[5] أنظر، عتريسي جعفر حسن، الاستنساخ جدل العصر،دار الهادي،بيروت،ط 2002،1،ص.32.

تكوين 48 خلية، حيث سمح لكل خلية بالانقسام حتى تكونت 32 خلية من كل وحدة،وهي المرحلة التي يجب أن ينمو إليها الجنين، قبل أن يتمكن من العلوق بالرحم، وقد قام الباحثان بالاستغناء عن جميع الأجنة بعد الوصول لهذه المرحلة، مع العلم أنهما استعملا أجنة مشوهة لا تستطيع القدرة على الاستمرار في الحياة وفي عام 1991 قرر زوجان استخدام تكنولوجيا الاستنساخ لإيجاد نخاع عظمي يلاءم ابنتهما، التي مازالت في سن المراهقة نتيجة إصابتها بسرطان الدم [1].

وفي ماي 2000 نشرت المجلة الطبية الأمريكية خبر نجاح فريق عمل طبي أمريكي من تعديل 30 طفلا وراثيا، في سابقة علمية، قد تفتح الأبواب لهندسة وتصميم أطفال حسب الطلب وبصفات وراثية خاصة، وفي أواخر عام 2002 أعلنت طائفة" الرائيين"، وبمساعدة عالمة فرنسية، عن ولادة أول طفلة مستنسخة أطلقوا عليها اسم " إيف "أي" حواء"؛ حيث تعتبر هذه الطائفة أن الاستنساخ البشري ركن أساسي في عقيدتهم لأنه سيؤدي بالبشرية إلى الخلود والاستمرار[2].

رابعا–في الإتفاقيات الدولية

وفي غياب تعاريف قانونية ،سنعرض بعض تعاريف الهيئات الدولية كبديل وعلى سبيل المثال :جاء في المادة الأولى من البروتوكول الإضافي لإتفاقية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري، إتجاه الممارسات لبيولوجية والطب والتي نصت على" يحظر كل تدخل طبي يكون هدفه إيجاد كائن بشري حي مماثل جينيا لشخص آخر حي أو ميت"[3].

وفي ديباجة مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 94 (10/2) المتعلّق بالإستنساخ البشري بأنه " توليد كائن حي أو أكثر،إمّا بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة،و إما بتشطير بييضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء" [4].

---

[1] رايس مُحَمَّد ، مدى مشروعية الاستنساخ ...،المرجع السابق ، ص .53.

[2] بوشي يوسف ، المرجع السابق، ص 260 .

[3] L'Art n°1 dispose que « Est interdite toute intervention .ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort ». protocole additionnel du 12 janvier 1998 à la convention pour la protection des droits de l' homme et de la dignité de l' être l'humain à l' égard des applications de la biologie et de la médecine, portant l' interdiction du clonage d' être humain Approuvé par l'Assemblée fédérale le 20 mars 2008 , publié sur le cite internet .
https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20011535/index.html,.

[4] القرار رقم قم 94 (10/2) المتعلّق بالإستنساخ البشري الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره العاشر بجدة بالمملكة العربية السعودية خلال الفترة الممتدة من 28 جوان1997 إلى 03 جويلية 1997،منشور على الموقع الإلكتروني:http://www.iifa-aifi.org/2013.html .

كما عرّفه البرلمان الأوربي سنة 2000 بأنه" تخليق مضغة بشرية تحتوي على نفس التركيبة الوراثية لكائن بشري آخر سواء كان هذا الأخير حيا أو ميتا،وفي أية مرحلة من مراحل التطور دون التمييز في الطرق العلمية المستعملة"[1] .

وجاء في الإتفاقية العربية لمنع ومكافحة الإستنساخ البشري،أن الاستنساخ البشري يتمثل في " توليد كائن بشري حي أو أكثر، كل منها نسخة أرثية من الآخر بغير لقاء بين حيوان منوي ذكري وبويضة أنثوية، وذلك باستخدام أسلوب النقل النووي أو التشطير الجنيني أو أي أسلوب آخر يؤدي إلى ذلك "[2].للإشارة فإن الجزائر صادقت على هذه الإتقاقية بتاريخ 2019/03/04 على هامش أشغال مجلس وزراء الداخلية والعدل العرب بتونس.

بعد عرضنا لمجموعة من التعاريف في مختلف المجالات ،نقول في الأخير أن" الإستنساخ البشري هو عملية تكاثر لاجنسي يتمثل في تقنية طبية وفنية الهدف منها الحصول على كائن حي مطابق جينيا وشكلا، للكائن الحي الذي أخدت منه الخلية الجسدية الحية من خلال زرع نواة خلية جسدية في يويضة أنثوية منزوعة النواة ، حيث يمكن استعمال هذه التقنية في البحوث الطبية للحصول على خلايا أو ما شابه ذلك، لكن دون الوصول إلى تخليق كائن بشري حي مشابه لغيره حتى لا نخلّ بالتوازن الطبيعي للبشرية .

نشير إلى أن لا يوجد تعريف قانوني خاص للإستنساخ البشري بل ترك المجال للفقه كالعادة من أجل البحث في الموضوع ومحاولة ظبط المفاهيم ، ونصت فقط على منعه ومثال ذلك المشرع الجزائري من خلال المادة 375[3] من قانون الصحة الجديد.

وجاء في تقرير لمنظمة الصحة العالمية حول استنساخ البشر لأغراض الإنجاب أن 35 بلداً حتى الآن قوانينها تمنع استنساخ البشر. وتحظر البعض منها الاستنساخ لأغراض الإنجاب فحسب وتسمح بتخليق

[1] Résolution du Parlement européen n°B5-0710/2000 du 5 septembre 2000,« Considérant que le clonage humain se définit comme la création d'embryons humains dotés de la même constitution génétique d'un autre être humain, vivant ou décédé, à un stade quelconque de leur développement au moment de la fécondation ,sans distinction possible concernant la méthode utilisée. », publié sur le site internet :http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+ MOTION+ B5-2000-0710+0+DOC+XML+V0//FR.

[2] الإتفاقية العربية لمنع ومكافحة الإستنساخ البشري،منشورة على الموقع الإلكتروني، https://uqn.gov.sa/?p=17352 .

[3] « يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري و كل انتقاء للجنس»المادة375 من ق.ص.ج.

المضغ البشرية المستنسخة لأغراض البحوث، في حين تحظر بلدان أخرى تخليق المضغ المستنسخة مهما كان الغرض منها[1] .

الفرع الثاني

الإستنساخ الطبيعي والإصطناعي

لا يعدو أن يكون الإستنساخ البشري حلقة في سلسلة علوم الإستنساخ التي بدأت في النبات ثم انتقل إلى الحيوان حتى وصل إلى الكائن الأكثر قدسية وهو الكائن البشري.

ينقسم الإستنساخ عامة إلى صنفين استنساخ فطري(طبيعي) واستنساخ تجري مخبري (اصطناعي) سنقوم بتبسيط وشرح هذين النوعين حتى تتضّح الرؤية

أولا –الإستنساخ الطبيعي:

نعني بالإستنساخ الطبيعي ذلك الإستنساخ الذي يحدث بمحرض الإرادة الإلهية والقدرة الربانية بدون تدخل العامل البشري عن طريق التقنيات الطبية في المخابر المتخصّصة ،و هو بدوره ينقسم إلى نوعين:

1-استنساخ طبيعي جنسيSexual cloning:

يُطلق الفقه الطبي على هذه التقنية اسم الإستتآم الصناعي«Artificial Twinning » وهي التقنية التي يمكن من خلالها انتاج أكثر من توأم متماثل صناعيا[2] ، مثال ذلك عند الإنسان في التوأم المتطابق إذ يتم تشكل التوأم في الأيام الأولى من اتحاد النُطفة والبويضة، أي عندما يكون الجنين مكون من عدد قليل من الخلايا الغير متخصصة يقوم بعملية الانقسام إلى جزأين، وفي نفس الوقت كلا الجزأين يقوم بعملية التطور، إلى أن ينفصلا مُشكلين فردين كاملين متطابقين جينيًا، لأنهما تشكلا من بويضة واحدة ويحملان نفس الزمرة الدموية ولون الشعر و العينين[3] ؛أما عند الحيوان مثل الضفادع فيمكن حدوثه عن طريق إندماج لأمشاج الأنثوية و الذكرية في الماء لتأتي الضفادع الوليدة صورة طبق الأصل عن بعضها البعض[4].

ويحصل الإستنساخ في الطبيعة حيث يمكن أن يتم في الكائنات الحية التي يمكن أن تنجب عن طريق الإتصال الجنسي

---

[1] قرار منظمة الصحة العالمية «استنساخ البشر لأغراض الإنجاب –حالة النقاش الدائر في الجمعية العامة للأمم المتحدة– » منشور على الموقع الإلكتروني http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/EB115/B115_ID2-ar.pdf.

[2] أعلن عن هذا البحث العالمان جيري هول و روبرت ستيلمان في اجتماع جمعية الخصوبة الأمريكية في مونتريال بكندا سنة 1993 ،و حصل على جائزة أهم بحث في المؤتمر،أنظر نسرين منصور،مشكلات المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات الإستنساخ على البشر،دار النهضة العربية ،القاهرة،2008،ص.19.

[3] أنظر،توفيق محمّد علوان،الإستنساخ البشري بين القرآن والعلم الحديث،دار الوفاء،المنصورة،مصر، ط 2،1999 ،ص.73.

[4] أنظر ،رضوان يسري،قضية إستنساخ إنسان،الطبعة الأولى،دار البشير للثقافة والعلوم،طنطا،2000 ،ص.48.

2-استنساخ طبيعي لاجنسي Reproductive cloning:

ويتمثّل في الإستنساخ الذي يهدف إلى زيادة أفراد سلالة معينة بدون تلقيح أو اخصاب للخلايا التناسلية الأنثوية مع الخلايا التناسلية الذكرية وغايته تحقيق الإنجاب ليكون الناتج عبارة عن أفراد من السلالة نفسها تحتوي على نفس الصفات الوراثية وهذا النوع من الإستنساخ منتشر في النباتات والحيوانات.

1-عند النباتات:

يُعرف الإستنساخ الطبيعي اللاجنسي الشائع عند النباتات علميا بالتكاثر الخضري Multiplication Vegetative،وهو تكاثر يتم دون تدخل الإنسان ويكون بواسطة أحد أعضاء الجهاز الخضري للنّبات كالجذر أو السّاق أو الورقة،ويحمل النّبات الجديد عادة نفس صفات النّبات الأصلي،حيث يعتبر التّكاثر الخضري الطّريقة الأساسية والسّريعة لإكثار العديد من السلالات النّباتيّة الممتازة الّتي يرغب الإنسان في المحافظة عليها دون تغيير في صفاتها.[1]

ويكون التكاثر الخضري عند النبات إما طبيعيا وإما اصطناعيا،فالطبيعي يحدث عند النباتات التي تخزن الغذاء في أعضائها الأرضية،حيث تدفنها في الأرض حتى تتمكن من النمو،مكونة مجموعا خضريا جديدا بعدما يموت المجموع الخضري القديم،أما الإصطناعي فيتم بتدخل الإنسان عن طريق :التعقيل والترقيد والتطعيم[2] .

2-عند الكائنات المجهرية :

هناك حيوانات أولية كثيرة تستنسخ نفسها ذاتيا مثل الأميبيا والبكتيريا والبرامسيوم والخميرة والجراثيم،حيث تتكاثر لاجنسيا أو لا تزاوجيا،ففي البكتيريا مثلا تتكاثر الخلايا بطريقة تسمى الإنشطار حيث تبدأ نواتها في الإستطالة مع الإختناق من الوسط ويرافق ذلك تخضّر تدريجي لبقية مكونات الخلية البكتيرية كالسيتوبلازم والجدار إلى أن تنشطر الخلية الواحدة إلى خليتين متساويتين تشبهان الخلية الأصلية،وبعد 20 دقيقة تبدأ كل من الخليتين الجديدتين بالإنشطار مرة أخرى إلى أربع خلايا بكتيرية،ثم يتضاعف عدد إلى ملايين الخلايا البكتيرية وهي نسخ طبق الأصل للخلية الأم[3].

[1] أنظر،محمّد المراكشي،النظرة للعلمية للإستنساخ-الإستنساخ أبحاث المجلس الإسلامي الأعلى،،شركة فنون الرسم والنشر والصحافة ،تونس،ط 2،1999، ص.42.

[2] صبري الدمرداش،المرجع السابق،ص.52.

[3] رضوان يسري،المرجع السابق ، ص 50

أما الحيوانات الثديية لا يمكن أن تتكاثر إلا من خلايا جنسية، فإذا تم الإخصاب اتحدت نواتي الحيوان المنوي والبويضة، وتكونت خلية ملقحة تحتوي نواتها على كامل الصفات الوراثية، فتبدأ بالانقسام لإنتاج خلايا مشابهة لها تماما في المحتوى الوراثي، وتتميز في أنها ا غير متخصصة تتحول بعد ذلك في مرحلة تكوين الجنين إلى خلايا متخصصة تقوم بوظيفة واحدة مثل خلايا الكبد والجلد والعظام،وتكون نواة الخلية المتخصصة حاملة لصفات الكائن الحي،وإذا تخصصت الخلية فإن الحامض النووي الموجود في نواتها يصنع شفرة معينة تجعل الخلية لا تستطيع أن تغير تخصصها طول عمرها،وتظل نواة الخلية محتفظة بالقدرة على تكوين جميع أنواع الخلايا إذا ما تم تنشيطها،وقد أمكن التوصل بعد إجراء التجارب والقيام بالدراسات المستفيضة إلى أن الخلية الجسدية المتخصصة إذا وضعت في وسط كيميائي تنقصه المواد الغذائية اللازمة لنموها لعدة أيام فالحمض النووي يتوقف وهذا يؤدي إلى إعادة صياغته فتنفك الشفرة التي تجعله يتخصص وتتحول إلى شفرة غير متخصصة، فتعود جميع الجينات إلى العمل ومن ثم تصبح الخلية غير متخصصة، ولقد فتح هذا الاكتشاف الطريق أمام الباحثين حول الحصول على حيوان ثديي من نواة خلية جسدية وليست جنسية، وتمثل هذا الاكتشاف في النعجة دوللي[1] .

ثانيا الإستنساخ الإصطناعي

ويتمثل في محاولة العلماء والباحثين المتخصصين في محاكاة (تقليد) الإستنساخ الطبيعي في ظروف اصطناعية مشابهة إلى حد ما للظروف الطبيعية التي تؤدي لحدوث الإستنساخ الطبيعي، ويتم في مختبرات باستخدام أدوات وتقنيات دقيقة ومتطورة بهدف مضاعفة أي شكل من أشكال المادة الحيوية سواء كان حمض نووي DNA أوعضوية كاملة بسيطة أو معقدة،وقد انصبت أولى اهتمامتهم لتحقيق هذه الطفرة العلمية في مجال البيولوجيا على النبات ثم امتدت إلى الحيوان وبعد نجاحها المتمثل في النعجة دولي انصب الأمر بعد ذلك على الإنسان، فمثلا يتم استنساخ الحيوانات البالغة عبر تقنية تدعى"نقل نواة الخلية لجسمية"،حيث تستخرج نواة الخلية الجسمية وهي أي خلية من الجسم ماعدا الخلية الجنسية وتزرع في خلية حاضنة منزوعة النواة[2] .و يوجد في الوقت الحالي أنواع من الإستنساخ الإصطناعي سنفصل فيها من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل

[1] أنظر ،سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثي،كنوز إشبيليا،المملكة العربية السعودية،ط 1،2007،ص.213 .

[2] مُحَمَّد المراكشي ،المرجع السابق ،ص48.

بعدما بينا أنواع الإستنساخ ،سنتطرق في الفرع الموالي إلى التمييز بين الإستنساخ البشري وبعض التقنيات الطبية التي تحقق تقريبا نفس النتيجة الطبية والمتمثل في التدخل الطبي من أجل الحصول أو تعديل بعض الصفات الوراثية للإنسان.

الفرع الثالث

تمييز الإستنساخ البشري عما يشابهه من تقنيات

يُمكن أن نقع في خلط بين صور الإستنساخ البشري مع بعض التقنيات الطبية المشابهة له وهذا للتداخل الكبير بينهم ،لذا ارتأينا تحديد الفوارق والإختلافات الموجودة حتى تتضح الصورة

1-الإستنساخ البشري والتلقيح الإصطناعي

يُعد التلقيح الإصطناعي أحد مظاهر التطور المذهل في مجال الطب الحديث،ويُعد من أهم التقنيات التي تهدف لإيجاد الحل لما يسمى مشكلة العقم ،ويكمن الإختلاف في :

-الخلية المستعملة في التلقيح الإصطناعي هي خلية جنسية مكوّنة من 23 كروموزوم،أما الخلية المستعملة في الإستنساخ البشري فهي خلية جسدية متخصّصة تتكون من 46 كروموزوم.

-في التلقيح الإصطناعي يتم دمج الخلية الجنسية الذكرية بالأنثوية إما داخل الرحم أو في أنبوب لتزرع بعدها في الرحم،أما في الإستنساخ البشري فتتم إعادة خلية جسدية متمايزة إلى مرحلة اللاتمايز ثم تندمج بشرارة كهربائية مع بويضة،ثم تُزرع في الرحم أو توضع في وسط غدائي صناعي.

-الجنين في التلقيح الإصطناعي يحمل الصفات الوراثية للأب والأم معا،لأن كلاهما ساهم بجزء من المحتوى الوراثي للجنين،بينما في الإستنساخ البشري نجد الجنين يحمل الصفات الوراثية التي أمدّته بها الخلية الجسدية والتي تحمل صفات صاحبها فقط.

- يُفترض بأن الطفل المولود بواسطة التلقيح الإصطناعي يكون خاليا من الأمراض الوراثية إلا في حالة وجود مرض وراثي عائلي،أما في حالة تحقق ولادة طفل بواسطة الإستنساخ البشري فإن احتمال اصابته بالأمراض وارد جدّا كالشيخوخة المبكرة والزيادة في الوزن،و هذه الأمراض ظهرت جليا في الحيوانات المستنسخة.

– تقنية التلقيح الإصطناعي نجحت على الإنسان والحيوان على حدّ سواء،أما تقنية الإستنساخ فقد نجحت على الحيوان والنبات فقط[1].

رغم ذلك نرى بأن الإستنساخ له أثر سلبي على الأسرة والمجتمع ،عكس التلقيح الإصطناعي الذي حقق نتائج إيجابية وساهم في رفع الغبن عن الزوجين إذا ما تم وفقا للشروط والظوابط القانونية و الشرعية.

2- الإستنساخ البشري والهندسة الوراثية

تُشكل الهندسة الوراثيةGenetic Engineering جزءا من الثورة البيولوجية الحديثة،وتعرّف بأنها "التعديل والتحسين التقني للكائنات الحية"[2] حيث تُعد الخلية مسرح الهندسة الوراثية وتتولى الجينات مسؤولية تنظيم الحياة بداخلها فهي تكنولوجيا تطويع الجينات،وتختلف عن الإستنساخ البشري في :

–الهندسة الوراثية يتم التعامل مع الجينات الموجودة داخل الخلية الذكرية أو الأنثوية أوربما إدخال جين لحظة الإندماج بينهما،أما في الإستنساخ البشري فيتم التعامل مع الخلية الجسدية بكل ما تمكله من جينات والمتخصصة في وظيفة معينة.

–الهندسة الوراثية تزيد من الإختلافات في صفات الكائن الحي أو بين الأفراد،أما الإستنساخ البشري فيعمل ضدّها لأن هدفه ايجاد نسخة طبق الأصل–جينيا على الأقل–من المستنسخ منه.

–تهدف الهندسة الوراثية إلى عزل الجينات المسببة للأمراض،وتقوم باصلاح أي خطأ في أعضاء الجسم أما الإستنساخ البشري–التكاثري–فيهدف إلى انتاج صورة طبق الأصل عن المستنسخ[3] .

3- الإستنساخ البشري و نقل وزراعة الأعضاء البشرية

أحدث التطور العلمي نقلة نوعية في مجال الطب عندما تمكن الجراحون من استبدال أعضاء بشرية تالفة لا تؤدي وظيفتها بأخرى سليمة منقولة من أشخاص أصحاء أصطلح على تسميتها نقل وزراعة الأعضاء البشرية Organ Transplantation وتعرّف بأنها "نقل عضو من جسم إلى آخر،أو نقل جزء من جسد المريض إلى الجزء المصاب في الجسد نفسه بهدف استبدال العضو التالف في جسد المتلقي"[4]، وتختلف عن الإستنساخ:

---

[1] أنظر،شوقي الصالحي،التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية،دار النهضة،مصر،2001،ص.10.

[2] انظر،وجدي سواحل،ثورة الهندية الوراثية،مؤسسة الكويت للتقدم العلمي،الكويت،1999،ص.13.

[3] وجدي سواحل ،المرجع السابق، ص58

[4] أنظر،عبد الحميد إسماعيل الأنصاري،ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة،دار الفكر العربي،القاهرة ، ط1، 2000 ص.05.

-أثناء عملية نقل الأعضاء يتم نقل العضو البشري و زرعه مكان العضو التالف بدون أن تتأثر الصفات الوراثية ،أما في الإستنساخ البشري فيتم نقل الصفات الوراثية إلى المستنسخ.

-في نقل الأعضاء يتم التعامل مع عضو موجود بالكامل كالكبد ،الكلية أما في الإستنساخ البشري فيتم التعامل مع خلية بكافة مكوناتها وإجراء التجارب عليها إيجاد العضو المراد استنساخه.

-الهدف من نقل وزراعة الأعضاء البشرية هو انقاد حياة المريض،أما الإستنساخ البشري فيهدف لإيجاد إنسان كامل (حالة الإستنساخ التكاثري)،أو ايجاد عضو كامل (حالة استنساخ الأعضاء البشرية)[1].

المطلب الثاني

تقنيتي الإستنساخ البشري وما يترتب عنها

لقد استخدم علماء البيولوجيا الهندسة الوراثية والجزيئية لمحاكاة ظاهرة الإستنساخ الإصطناعي عن طريق تقنيتين، الأولى تسمى تقنية النقل النووي للخلايا،والثانية تقنية الفصل الجنيني أو التشطير الجنيني للأجنة.سنقوم بالتطرق لكلتا التقنيتين من خلال الفرعين التاليين مع تبيان النتائج والفوائد العلمية الناتجة عنها في الفرع الثالث.

الفرع الأول

تقنية النقل النووي للخلايا

وتتم عن طريق اقتطاع خلية من الكائن المراد استنساخه ثم نزع نواتها وزرعها في بويضة غير ملقحة منزوعة النواة مقتطعة من كائن آخر،وفي حال نجاح عملية الإندماج بين النواة والخلية سيؤدي ذلك إلى تكوين جنين، ويوضع في مختبر من أجل النمو حتى يصل إلى طور البلاستوسيت وبعد ذلك يزرع في رحم الحاضنة. 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[2] .

كما تجدر الإشارة أن هذه التقنية في أولى مراحلها طبقت لأول مرة على الخلايا الجنينية الغير المتمايزة وكانت تجربة كل من العالم (توماس) وزميله (بريغز) بتاريخ 1952 على الضفادع أول تجربة تستخدم

[1] أنظر، مفتاح سليم سعد، الإستنساخ وما يشتبه به،مجلة مركز الإعلام الأمني،البحرين،2011،ص15 منشور على الموقع الإلكتروني www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/58e567bf-f9c6-4c98-a9ae-

[2] أنظر،فواز صالح،الإستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد20، 2004 ،عدد الأول،ص.79.

فيها هذه التقنية بنجاح،حيث أخدا الخلايا الجنينية من جنين الضفدع وهو في مرحلة البلاستوسيت أي طور الخلايا الغير متمايزة،ثم قام العالم (جون جردن) سنة 1966 بادخال تعديلات وتقنيات عليها إلا أنها بقيت محصورة على أجنة الضفادع،لتتعدى بعد ذلك إلى أجنة الفئران والخراف في حقبة الثمانينات أين بيّن الباحث (ويلادسين wiladsin) سنة1981 القدرة والإمكانية للخلايا المعزولة من تطويرها واستخدامها لاستنساخ خرفان أخرى[1].

واستنادا لما حقّقه العالم ويلادسن،حاول العالم Wilmut من بعده في بداية التسعينات من القرن العشرين تكرار نفس التجربة على الخرفان،إلا أن النجاح لم يحالفه إلى غاية سنة 1995 بولادة نعجتين متطابقتين وراثيا سمّيتا على التوالي(**ميجان** و **موراج**) ،فكان أول من أثبت امكانية الإستنساخ ابتدءا من خلايا جنينية متمايزة و متخصّصة[2].

ولنجاح هذه التقنية ثمّ اتباع الخطوات التالية:

1-يجب تلقيح خلية تناسلية أنثوية مع خلية تناسلية ذكرية في المختبر إذا كانت التقنية تتطلب وجود خلايا جنينية.

2-بعد حدوث الإخصاب وبداية نمو وتطور اللقيحة وقبل بلوغها مرحلة تمايز الخلايا وتخصّصها تؤخد منها خلية جنينية.

3-تفرغ هذه الخلية الجنينية من نواتها وتدمج بواسطة إبرة حقن دقيقة داخل بويضة مفرغة النواة باستخدام طريقة الدمج الكهربائي.

4-تزرع اللقيحة الجديدة داخل الرحم إلى غاية اكتمال فترة الحمل[3].

الفرع الثاني

تقنية التشطير الجيني للأجنة

وهذه الطريقة هي الأكثر فعالية والأسهل تطبيقا،حيث يعتبر نجاح تطبيق تقنية النقل النووي باستخدام خلايا جسدية بالغة استكمالا لتجارب العلماء والباحثين التي كانت تتم على الخلايا المؤخودة من المراحل المبكرة لنمو الأجنة ،إذ في الوقت نفسه الذي كانت تتم فيه هذه الأخيرة،كانت الأبحاث مستمرة للوصول

[1] مليكة غريب ،المرجع السابق ،ص.34.

[2] أنظر، محمّد صالح المحب،حول هندسة الوراثة و علم الإستنساخ،الدار العربية للعلوم ،بيروت،ط 1،2000،ص .174.

[3] محمّد صالح المحب،المرجع السابق،ص.176.

إلى نجاح الإستنساخ انطلاقا من خلايا بالغة أكثر تخصصا، و هم ما تحقق سنة 1996 علي يد العالم Wilmut وزميله Campbell متجسدا في ميلاد النعجة دولي،أول حيوان ثدي فقري يستنسخ من خلية جسدية بالغة متخصصة،ليبدأ بذلك عصر جديد عرف بعصر **الإستنساخ الجسدي** الذي تمكن فيه علماء البيولوجيا والوراثة على حد سواء من الفصل بين الجنس والإنجاب،لكن بالرغم من ذلك الإهتمام والضجة التي رافقت ميلاد النعجة دولي المستنسخة،إلا أن التاريخ البيولوجي للحدث يُرجع فكرة تطبيق تقنية النقل النووي على الخلايا الجسدية البالغة المتمايزة إلى تجربة العالم (Hans Spemann هانس سبيمان) سنة 1938.[1]

وفي هذا المقام لا بأس أن نعرض خطوات هذه التقنية من خلال التعرض لخطوات استنساخ النعجة دولي باعتبارها أول ثمرة نجاح على الفقاريات:

1-استئصال خلية جسدية حية من عضو ضلع نعجة فلندية بيضاء الرأس .

2-افراغ الخلية الجسدية من نواتها الحاملة لكامل المادة الوراثية ومن الكروموزمات والاحتفاظ فقط بالسيتوبلازما المغذية.

3-ادخال نواة الخلية الجسدية المستأصلة في حالة شبه تصويم،حيث يتم وضعها في أوعية اختبار زجاجية دقيقة و في وسط يفتقر إلى المواد التي تحتاجها للنمو لمدة خمسة أيام،هذا الأسلوب يطلق عليه مصطلح"التجويع بالمصل" Sérum Starisation.

4-تقريب نواة الخلية الجسدية من بويضة نعجة ثانية مفرغة النواة هي الأخرى لتدمج معها و كأنها نواة جديدة لها،و لكي يتحقق الدمج يجب استخدام ذبذبات كهربائية شبيهة بتلك التي تصدر عن الحيوان المنوي عند إلتقائه مع البويضة في الحالة الطبيعية.

5-بعد هذا الدمج تقوم جزيئات البويضة المخصبة ببرمجة الجينات المتواجدة بداخل النواة.

6- بعد تحفيز الجينات التي استعادة نشاطها،تبدأ البويضة المخصبة اصطناعيا بواسطة الذبذبات الكهربائية في الإنقسامات وتزرع في رحم نعجة أخرى.

7-بعد انتهاء مدة الحمل ولدت النعجة دولي،و هي نسخة طبق الأصل من النعجة الفنلندية التي استُؤصلت منها الخلية الجسدية ونواتها لتدمج في البويضة[2].

[1] رضوان يسري،المرجع السابق،ص. 58.

[2] محمد صالح المحب،المرجع السابق،ص.179.

بالمقارنة بين التقنيتين يتبين لنا أن هذه التقنية هي الأكثر فعالية والأسهل تطبيقا،لأنها تقوم على إثارة ما يتم بصورة طبيعية عند الثديات في حالة التوائم الحقيقية، عندما ينقسم الجنين الذي ما يزال في مرحلة البلاستوسيست إلى جزأين في اللحظة التي ينفصل عن قشرة البويضة التي تحيط به، من لحظة التلقيح بشكل اصطناعي في أنبوب اختبار[1]؛بمعنى آخر تقوم هذه الطريقة على الفصل الإصطناعي لخلايا البويضة الملقحة في مرحلة ما قبل التمايز،ومن ثم تولد منها توائم متماثلة بحيث يكون الجنين حاملا لصفات كل من الأب والأم، ويكون الهدف الحصول على عدة أجنة من جنين واحد،ونشير هنا أن العلماء في مجال الحيوانات تمكّنوا من إجراء عملية فصل اصطناعي لأمثال هذه اللقائح فتولدت منها توائم متماثلة،ولم نسمع بعد عن حدوث مثل ذلك عند الإنسان و قد عدّ ذلك نوعا من الإستنساخ أو التنسيل،لأنه يولد نسخا أو نسائل متماثلة[2].

الفرع الثالث

الإيجابيات والسلبيات الناتجة عن علمية الإستنساخ البشري

يثير موضوع الإستنساخ العديد من النقاشات والتساؤلات بين مرحب للفكرة والذي يبني فكرته على الفوائد المرجوة لعلاج الأمراض المستعصية ،ومعارض يبني موقفه على الأضرار المحتملة الوقوع بجميع أشكالها.

أولا :الفوائد العلمية والطبية الناتجة عن الإستنساخ البشري

بعدما ظهرت النتائج الإيجابية للإستنساخ في المجال النباتي والحيواني،تحولت الأنظار إلى فوائده المرجوة على الجانب البشري خاصة الجانب العلاجي،حيث أثبتت التجارب أنه يمكن أن يكون حلا طبيا للكثير من الأمراض المستعصية على غرار النوبات القلبية باستنساخ خلايا قلبية سليمة من المرض،حيث يتم حقنها في المناطق القلبية المصابة.كما يمكن إنماء الخلايا الجذعية الجينية للحصول على الأعضاء أو الأنسجة التي يحتاجها المريض،كذلك سيساعد في إعادة بناء الأعضاء من جديد.كما أنه علاج فعال لسرطان الثدي عن طريق غرس ثدي المرأة التي استؤصل ثديها بواسطة غروس من أنسجة جسمها بدلا من غروس السيليكون التي قد تكون من مسببات هذا المرض؛أما بالنسبة للجينات فإن الشخص العادي يحمل في

[1] فواز صالح،المرجع السابق،ص .78.

[2] توفيق محمّد علوان،المرجع السابق،ص. 102.

المتوسط(08)جينات معينة داخل جسمه والتي تعد سببا لأن يصبح حاملوها مرضى وهناك امكانية عن طريق الإستنساخ للإبقاء عليهم أصحاء دون هذه الجينات[1] .

ويُمكن الإستنساخ من تجنب متلازمة داون المنغولية عند النساء،وكذا مرض القصور الكلوي ومعالجة مشكل العقم عند الأزواج.بالإضافة إلى أنه يعتبر فتحا علميا لمرضى السكري كونه سيجدد خلايا البنكرياس التالفة المسببة للمرض،هذا وقد تمكن العلماء من نسخ أنسجة جديدة بما فيها النسيج العصبي باستخدام خلايا المنشىء لعلاج مرض تلف الأعصاب الذي استعصى علاجه كون الخلايا العصبية التي تتلف لا تتجدّد.

إن الإعتماد على تقنية الإستنساخ تُجنب حدوث الأمراض الوراثية إما بمحاربة أسبابها أو التدخل في الوقت المناسب لتجنب حدوثها،و لقد اكتشف خبراء الهندسة الوراثة أكثر من خمسة آلاف مرض وراثي وتوصّلوا إلى تحديد أكثر من ألف وخمسمائة مورثة من المورثات المسؤولة عن بعض هذه الأمراض[2] .

أما بخصوص الشيخوخة، فيمكن تأجيلها أو تأخيرها عن طريق مقاومة تآكل التيلومرز الموجود في طرفي كروموزوم الكائن الحي مما ينجر عنه ارتفاع متوسط عمر الإنسان،وهذا بعدما تم تجريبها على بعض الحشرات حيث ارتفع متوسط عمرها الإفتراضي للضعف مع امكانية تحضير أنزيم التيلوميرز الذي يطيل عمر الخلية.

وفي مجال الصيدلة، فقد أسهمت الثورة البيوتكنولوجية في توفير الكثير من الأدوية والعقاقير المهمة مثل: اللقاحات والأمصال المضادة للأمراض الفيروسية وهرمون النمو البشري وهرمون المخ البشري(السوداتوستاتين) الذي له عكس تأثير هرمون النمو،ومن ثمة فهو يفيد في علاج مرض عملقة الأطراف(الأنترفيرون)[3] .

وفي اليابان تمكن العلماء من جامعة نانمويا من دمج مورثة بشرية في بويضة مخصبة،ثم نقل هذه اللقيحة المهندسة وراثيا إلى رحم خنزيرة حيث نمت وتشكل منها جنين وقد نجحوا في انتاج 27 خنزيرا بهذه الطريقة وبعد فحصها اكتشفوا أن دماءها متشابهة مع الدم البشري في المحتويات خصوصا البروتينات المسؤولة عن رفض وقبول الأجسام الغريبة عند دخولها الجسم البشري،مما يمهد الطريق مستقبلا إلى نقل بعض أعضاء هذه الحيوانات وغرسها للإنسان دون أن تكون هناك مشكلة رفض الأجسام [4].

---

[1] أنظر،محمّد يحي المحاسنة،الإستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية،مجلة الحقوق الكويتية،عدد الثالث،2004،ص. 280 .

[2] ومن أمثلة ذلك مرض ليشنهان الذي يصيب اليهود،و يؤدي لإنجاب أطفال مشوهين،وقد نجح علماؤهم في التصدي له بنسبة 95% ،لمزيد من التفاصيل أنظر في ذلك عبد العالي صدقي السيد محمّد الزيني ،الإستنساخ من منظور حرية الإنسان في كيانه البشري،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،القاهرة ،2010،ص.112.

[3] محمّد يحي المحاسنة،المرجع السابق، ص .285.

[4] أنظر، فوزي محمّد حميد،الإستنساخ البشري بين التحليل والتحريم ،دار الصفدي،سوريا ،1999 ،ص.190.

كما أنه يُمكن من الحصول على نخبة من حيوانات المزرعة، كتلك التي تتميز بخصائص وراثية متميزة،كالغنم والبقر التي تنتج كميات وفيرة من الحليب،و اللحم، و الصوف.

-بالإضافة إلى أن الاستنساخ يفيد في حالات الإخصاب الطبي المساعد، حيث يزيد من فرص نجاحه، إذا لم توجد إلا بييضة مخصبة واحدة، إذ يمكن باستنساخ خلاياها المنقسمة إنتاج عدة أجنة صالحة للنقل إلى رحم صاحبة البييضة.

- إنه قد يوصل في المستقبل إلى معرفة أسباب سرعة انقسام الخلايا السرطانية، حيث يمكن حينئذ إيجاد السبل لوقف انقسامها.

-يُمكن الإستفادة منه في معالجة العقم، وذلك من خلال نقل نصف عدد كروموزومات خلية الرجل الجسدية، إلى نواة بييضة زوجته، التي تحتوي على النصف الباقي من عدد كروموزومات الخلية البشرية[1].

كما يسمح للأطباء مستقبلا من معرفة أسباب عدم تجدد أنسجة النخاع الشوكي والدماغ، وعضلات القلب بعد إصابتها بالتلف، وفهم حقائق الشيخوخة، واكتشاف أعراضها المبكرة لسن ظهور علامات الشيخوخة.

يمكن عن طريقه استنساخ أبقار وأغنام يحتوي حليبها على خصائص حليب النساء، أو يحتوي على البروتين العلاجي من أمراض عدة:كهرمون الأنسولين، وهرموني النمو، والإنترفيرون، والعامل المضاد للترومبين، والعامل المخثر للدم، والبروتين المضاد للتربسين، وغير ذلك[2].

إضافة إلى أنه يساعد في حال استنساخ الخلايا الجنينية، على التعرف الأمراض الوراثية التي يمكن إصابة الجنين بها، ومحاولة علاجه جينياً وهو في مرحلة النطفة قبل نقله إلى الرحم.

وقد يساهم في التخلص من الخطورة التي قد تحملها علاجات أخرى مثيرة للجدل، مثل العلاجات باستخدام الخلايا الحيوانية والتي تنطوي على خطورة متمثلة بنقل أمراض حيوانية إلى الجسم البشري .

زيادة على ذلك ،قد يعالج الأعضاء المريضة بدلا من استبدالها بعد التلف، مما قد يقلل من عمليات نقل وزراعة الأعضاء، فيصبح بإمكاننا حقن مجموعة من الخلايا السليمة داخل العضو المتضرر ليشفي نفسه بنفسه[3].

[1] محمد يحي المحاسنة،المرجع السابق ، ص.288.

[2] محمد صالح المحب،المرجع السابق ،ص.104 .

[3] فوزي محمد حميد،المرجع السابق ،ص.195.

إن المتأمل لهذه المزايا، سيجد أن الإستنساخ البشري بالرغم من وجود الجانب الطبي إلا إنه ينطوي على هدر واضح لكرامة الإنسان وقدسيته، وفقدانه لخصوصياته الطبيعية لأنه نسخة مطابقة للمستنسخ منه، مما يدل على وجود علاقة بالتمييز العنصري والتطهير العرقي ومحاولة الحفاظ على نشر سلالة معينة،وبهذا سيصبح الشخص المستنسخ كالدمية أو الروبوت المبرمج الذي صنع بمواصفات محددة،كما يؤكد أيضا أن هناك أهداف غير معلنة يتم التحضير تُنم عن ما هو مناف للأخلاق،و بالتالي ظهور سلبيات خطيرة يصعب التحكم فيها لاحقا.

ثانيا:الأضرار العلمية المترتبة على الإستنساخ

ككل تقنية طبية لها علاقة مباشرة بالإنسان، فإنها تنطوي على مخاطر وسلبيات متعدّدة قد تعصف بكرامته وحرمته المكفولة شرعا و قانونا ،وبما أن الإستنساخ بصفة عامة حقق نتائج إيجابية على النبات والحيوان، إلا أنه في الجانب البشري يبقى الحذر قائما لأن الهدف ليس واحد و بالتالي يترتب عليه بعض السلبيات على غرار :

-الإرتفاع الكبير في نسبة فقدان الأجنة ،حيث أن معدل النجاح حالة واحدة من بين277 محاولة دمج بين الخلايا الواهبة للنواة والبويضات غير المخصبة المفرغة من النواة ،لكن حالات الإندماج التي نجحت في التكوين والنمو وأصبحت أجنة لا تزيد عن 29 جنين حيث نقلوا إلى أرحام 13 نعجة لكن استمر حمل نعجة واحدة فقط و أنجبن (النعجة دوللي).

-يُؤدي الإستنساخ البشري إلى القضاء على تنوع الجينات وديمومتها وصحّتها،مثلما يقضي على تنوع صفات الإنسان حيث أن الإخصاب الطبيعي يُفضي إلى مليارات الإحتمالات من حيث التمايز وتنوع الصفات،عكس الإستنساخ البشري احتمال واحد ونسخة واحدة،في حين أن التباين بين البشر في حقيقة الأمر حصن لهم،فمثلا إذا هاجم أحد الفيروسات الإنسان الذي وجد عن طريق الإستنساخ البشري ولم يكن له مناعة ضده،فسوف يموت جنس الإنسان بأكمله وينقرض لعدم وجود التباين بين جنس الإنسان المستنسخ ،لذا يجب أن ندع التنوع ينتشر و يتنوع و يزداد بين البشر للمحافظة على التنوع البيولوجي الذي هو فرع ونتاج نظام الإنجاب عن طريق الزواج [1].

-إمكانية تأثير الإستنساخ على صحة الفرد وعمره بالنظر إلى المظاهر الفزيولوجية السلبية والغير طبيعية كالشيخوخة المبكرة،حيث أوضح تقرير نشره المعهد الوطني الفرنسي للبحوث الزراعية بواسطة مديريه جون

[1] عبد العالي صدقي السيد محمّد الزيني،المرجع السابق ،ص.119 .

بول رونار ،أن 40% من الحيوانات البالغة المستنسخة تموت نتيجة أعراض مرضية،فالنعجة دوللي التي تمّ استنساخها ولدت متقدمة في السن حسب ما أثبتته الدراسات المخبرية على صبغياتها ،فعمر النعجة دوللي كان خمس سنوات و نصف ،لكن التيلوميرات التحي تحدد عمر الخلية في الكائن الحي كانت تشير أن عمرها هو إحدى عشر ونصف إي في سن النعجة الأم التي أخدت منها خلية النعجة دوللي عند استنساخها،و على إثر ذلك تمّ إنهاء حياة النعجة دوللي بأسلوب رحيم في 2003/02/14 أثناء نومها باعطائها المخدر بعدما أصيبت بالتهاب المفاصل الحاد وسرطان الرئة[1] .

-إن انتشار تقنية الإستنساخ البشري سيؤدي ببعض الدول إلى استنساخ بشر من لون معين وكفاءة ذهنية معينة وقدرة عقلية خاصة،و بالتالي ستزداد التفرقة العنصرية بين الشعوب وسينتشر المفهوم النازي من جديد .

- إن تكاثر في أعداد البشر يؤدي إلى الزحام و نقص في أسباب الرزق،مما يؤدي إلى كثرة الجرائم وانتشار البطالة، كما أنّ التشابه التام بين البشر في عملية الاستنساخ سيفتح أبواب الجريمة والاعتداء على الأعراض والأموال ويكثر التحايل، فهذا سيحل محل ذلك في بيته وعمله ومعاملاته، وهذا يرتكب جريمة في مكان ما بينما شبيهه موجود في مكان آخر، مما يصعب على القاضي تحديد المجرم.

-كما أن شركات التأمين سترفض التأمين الصحي على أساس جينات الشخص بعد جمع المعلومات الطبية للتنبؤ بمدى إمكانية تعرض الشخص للإصابة أو الوفاة، حتى تقرّر وتختار الأفراد الذين يمكن تأمينهم مع تحديد الثمن على حسب تحقق الخطر[2].

-إن تجارب استنساخ النعجة دوللي اقتضت جمع ألف بييضة لزرع النواة بها ،و الحصول على مثل هذا عدد من الإناث البشرية في حالة الإستنساخ البشري أمر مستحيل فضلا عن ارتفاع تكاليف هذه التجارب ،حيث كلفت أبحاث استنساخ دوللي حوالي 750 ألف دولار أمريكي.

-قد ينجم على الإستنساخ البشري ذرية عقيمة،وبذلك لا يتحقق بها اعمار الأرض ولا يرجى منها حفظ الجنس البشري واستمراره، لأنه وجد أن أغلبية الضفادع المستنسخة عقيمة وبذلك لا تحقق الهدف والمتمثل في التكاثر والإستمرار في الحياة [3].

[1] أنظر،هناء نزار إنشاصي،الإستنساخ بين الحقيقة والخيال،دار الفكر،سورية، ط 1، 2007،ص.207.

[2] فوزي محمّد حميد ،المرجع السابق ،ص.194.

[3] محمّد المراكشي،المرجع السابق، ص198

-إن تقنية الإستنساخ البشري تعامل البشر سواء أولئك الذين استخدمت خلاياهم في التجارب أو المولودين بهذه التقنية كأشياء أو مواد جامدة و هذا يُعد خرقا لكرامتهم.

-إن الإستنساخ البشري سواء التكاثري الذي يسعى لإنتاج كائن مطابق جينيا لكائن آخر موجود،أو العلاجي لاستخدام خلاياه يدل وبشكل صريح على أن المولود تمت ولادته من أجل غيره ما يشكل خرقا واضحا لكرامة هؤلاء الأشخاص الذين يعاملون كوسائل و ليس كغايات[1] .

ومما سبق ذكره،نرى أن فتح المجال للإستنساخ البشري سيغير كل المبادئ والأخلاق التي كانت تحقق حماية كاملة للإنسان وستحول البشرية إلى حقل تجارب،كما أن فكرة التزاوج والإنجاب ستختفي مادام هناك إمكانية للحصول على شخص حسب الطلب بمواصفات محددة،مما يخلق نوعا من الإختلال وعدم التوازن في تكوين الأجيال،مما يوحى أنه مستقبلا يُمكن التنبؤ بالأجيال من خلال تحضيرهم مسبقا حسب الإحتياجات

لكن بالرغم من التخوف الكبير من الإستنساخ ،إلا أنه بالمقابل يمكن توظيفه لخدمة العلم والبشرية من خلال الحلول الطبية التي يُمكن أن يقدمها للشخص لتخطي مشاكله الصحية، ولذلك سنتحدث في المبحث الموالي إلى ما يمكن أن يقدمه الإستنساخ للبشرية في مواجهة المشاكل الطبية التي عجزت عن إيجاد الحلول العلاجية له .

المبحث الثاني

صور الإستنساخ على الجسم البشري

يعتمد الاستنساخ من حيث المبدأ، كما ذكرنا،على الحصول على المادة الوراثية الخاصة بالكائن المراد استنساخه مع ما تحمله من مورثات وجينات، ومن ثم يتم التعامل مع المادة الوراثية بطرق مختلفة بإشراف مختصّين والهدف النهائي يكون الحصول على نسخة من هذه المادة الوراثية الخاصة بالكائن الحي، واستخداماتها المتنوعة من دراسة جينات إلى الحصول على كائن كامل مشابه للأصل الذي أُخذت منه المادة الوراثية. وتختلف آليات الاستنساخ والحصول على المادة الوراثية من الجسم البشري بحسب الهدف الذي ستستخدم من أجله هذه المادة.

سنقوم بتبيان أنواع الإستنساخ على الجسم البشري من خلال ثلاث مطالب ،الأول سنتطرق من خلاله إلى الإستنساخ البشري العلاجي،والثاني الإستنساخ الإنجابي الجيني،أما الثالث سنخصصه إلى الإستنساخ الإنجابي الجسدي.

[1] Eleni Yiannakis, humun reproductive cloning,McGill university, Canada,1999,p.54

المطلب الأول

الإستنساخ البشري العلاجي

أصبح الأطباء يراهنون على استخدام الخلايا الجذعية في العلاج لكونها تستطيع تكوين أي نوع من الخلايا المتخصصة بعد أن تنمو وتتطور إلى الخلايا المطلوبة. وقد بدأ الاهتمام بالخلايا الجذعية عن طريق الاهتمام بالعلاج الخلوي كبديل للعلاج العادي الذي يتضمن أدوية ومواد كيمائية، والعلاج الخلوي هو إيجاد خلايا بالجسم تعمل لتعويض نقص معين،كما تأتي أهمية هذه الخلايا من قدرتها على تكوين أي نوع من الخلايا المتخصصة كخلايا العضلات وخلايا الكبد والخلايا العصبية والخلايا الجلدية [1].

يتمثل الإستنساخ العلاجي في أخذ خلايا جذعية (Stem Cells) فقط، دون الوصول إلى انتاج كائن حي بأكمله حيث تقتصر وظيفة البويضة في الاستنساخ العلاجي على حصرها كمصدر مُنتِج للخلايا الجذعية فقط؛ وهي خلايا تملك قدرة غير محدودة على التكاثر والتمايز لأي نوع من الخلايا، وهي التقنية التي دائمًا ما يتم الإشارة لها على إنَّها الأمل المستقبلي في علاج العديد من الأمراض المستعصية التي يحتاج فيها المريض لأنسجة وظيفية أو حتى لأعضاء كاملة، كما يساعد هذا النوع من الاستنساخ مراكز الأبحاث على الحصول على فهم أعمق لطبيعة وكيفية تطوَّر الأمراض[2] .

كما يتنوع الإستنساخ البشري بتنوع الحاجة إليه والآثار المترتبة عليه،ورغم أن الكل يرى أن الهدف منه هو التكاثر إلا أنه بالمقابل له دور علاجي وطبي، من خلال الإستفادة من الخلايا المستنسخة وهذا كبديل ايجابي عن التبرع بالأعضاء لتفادي العراقيل سواء القانونية أو الشرعية[3].

وعليه هل سيحلّ الاستنساخ العلاجي المشكلات الصحية التي تسببها الأمراض التي لا علاج حالياً لها؟ وهل سيضع حداً للعقم وتأخّر الإنجاب؟ هذا ما سنحاول التوصل إليه من خلال هذا المطلب.

---

[1] Eliane Gluckman, cellules souches : des thérapies pour futur, Commission européenne/ D.G Recherche/ Directorat des Science de la vie, 2002, p 12.

[2] رضوان يسري،المرجع السابق ، ص .55.

[3] هناء نزار إنشاصي،المرجع اليابق،ص.120.

الفرع الأول

استنساخ الأجنة البشرية لاستعمال خلاياها الجدعية

الاستنساخ العلاجي هو الحصول على بويضة ملقحة عن طريق غير جنسي، لذا كان الاندماج في الاستنساخ العلاجي يحل محل التلقيح في الاستنساخ التكاثري .فبعد أن يتم الاندماج بين نواة خلية جسدية مأخوذة من الشخص المراد استنساخه،وبويضة مقتطعة من امرأة متبرعة، يترك الجنين الذي تم الحصول عليه كي ينمو في أنبوب الاختبار حتى يبلغ ثمانية أيام تقريبا من العمر،وبعد ذلك تؤخذ الكتلة الخلوية الداخلية لهذا الجنين،ومن ثم يؤدي هذا العمل إلى إتلاف الجنين، ثم تزرع الخلايا المقتطعة من الجنين بهدف الحصول على خلايا المنشأ أو الخلايا الأساسية الجنينية[1].

إن استخدام الاستنساخ البشري كطريقة علاجية يُمكن من الحصول على أعضاء يمكن زرعها مكان عضو تالف .والمعروف طبيا أن أجساد بعض الأشخاص ترفض أعضاء غريبة عنها، فكان الاستنساخ العلاجي طريقا وحيدا للحصول على عضو مستنسخ من جسد المريض نفسه، والذي يحمل جميع المخزونات الوراثية، فلا يرفضها الجسد إذا زرعت فيه.،وهذا ما ورد في في كتاب تحديات الإستنساخ البشري للسياسات العامة في إلينويس:

« يمكن الحصول على عدد كبير من الخلايا الجذعية الجنينية (المنشأ) من الجنين المستنسخ (كخلايا القلب والكبد) وإذا كان الجنين قد استنسخ من خلايا الجسد باستخدام طريقة SNT ، فإن جميع الخلايا الأساسية للجنين سيكون لها المخزون الوراثي ذاته بالنسبة لمعطي الخلية الجسدية»[2].

وتتصف خلايا المنشأ بأنها تستطيع أن تتمايز إلى خلايا أنسجة متنوعة، ومن ثمّ يمكن الحصول من خلايا المنشأ على خلايا الكبد، القلب،الجلد، والتي سيكون لها المخزون الوراثي ذاته بالنسبة لمعطي الخلية الجسدية، والغاية من ذلك هو معالجة بعض الأمراض الخطيرة التي يمكن أن يعاني منها معطي الخلية الجسدية.فإذا كان هذا المعطي يعاني من مرض خطير، يمكن في مثل هذه الحال استبدال خلاياه المريضة

[1] فواز صالح،المرجع السابق،ص. 82.

[2] «A large number of embryonic stem cells can be harvested from an embryo, and if that embryo had been cloned from an adult somatic cell all of its embryonic stem cell (and any tissues or organs using SNT created from those stem cells) would be genetically compatible with that donor». The Challenges of Human Cloning for Public Policy in Illinois,Institute of Government and Public Affairs, UNIVERSITY OF ILLINOIS ,February 2001, p.10.

بخلايا مستنسخة، تم الحصول عليها وفقًا لما تم ذكره أعلاه دون أن يكون هناك رفض لهذا التطعيم من الجهاز المناعي للمعطي وذلك لأن الخلايا المزروعة لها نفس المخزون الوراثي الذي يملكه المعطي[1].

وهناك عدة طرق للحصول على الخلايا الجذعية[2] البالغة من المصادر البيولوجية، وتتمثل في المشيمة والنخاع العظمي والأجنة المجهضة،كما يعتبر دم الحبل السري من بين أهم مصادر الخلايا الجذعية حاليا،ويتمثل في الدم المتبقي بعد عملية الولادة من الحبل السري والمشيمة،وأن عملية استغلاله لا تثير اشكالات أو تعقيدات أو مخاطر صحية على الأم أو الجنين،لأنه سيتم التخلص منه مع النفايات،لذا من الأحسن أن يتم تجميعه واستغلاله لاحقا في مخابر البحث الطبي. ولقد قامت إحدى الشركات العلمية في ولاية ماسيشيوستز بالولايات المتحدة الأمريكية شهر نوفمبر 2001 بالإعلان عن محاولة ناجحة لاستخلاص خلايا جذعية من أجنة مستنسخة، وذلك بعد أن قامت باستخدام 8 بويضات بشرية تم تفريغها من نواتها ثم زرع بداخلها نوى خلايا من الجلد، ولقد نجحوا في إنتاج خلايا جذعية من بويضة واحدة، بينما فشلت البويضات السبع[3] .

كما يسعى العلماء وبشكل أساسي إلى عزل وزرع خلايا جينية قادرة على التحول إلى أعضاء الجسم، لذلك فإن اهتمامهم ينصب حاليا على إنشاء بنوك متخصصة للخلايا المنتجة لهرمون الأنسولين لتنظيم مستوى السكر في الدم، هذا وعلى الرغم من أن العلماء يميلون إلى الحصول على الخلايا البشرية من أجنة مجهضة إلا أنهم مهتمون بتطوير عمليات الاستنساخ لأن من شأن ذلك إنتاج أنسجة لا يرفضها جسم الإنسان[4]. وبما أن انتاج أجنة بشرية لأغراض البحث يحتاج إلى عدد معتبر من البويضات البشرية المخصبة ،فإن الإشكال يثور في كيفية الحصول عليها من رحم المرأة عن طريق تدخل طبي على جسم المرأة،ومن الممكن أن تتحول العملية إلى المتاجرة بأجساد وحرمة الجسم البشري الأنثوي،خاصة بعد الإعلان عن أول نجاح علمي في استنساخ مضغة بشرية بتقنية النقل النووي،حيث قام الدكتورHwang Woo-suk عضو في قسم التوالد البشري والبيوتكنولوجيا بكلية الطب البيطري بجامعة سيول رفقة فريقة في الكشف عن نجاح

[1] مُحَمَّد صالح المحب،المرجع السابق،ص.196.

[2] الخلايا الجذعية (المواد الخام)هي الخلايا الرئيسية في الجسم فهي الخلايا التي تتولَّد منها جميع الخلايا الأخرى ذات الوظائف المتخصِّصة. وفي ظلِّ الظروف المناسبة في الجسم ، تنقسِم الخلايا الجذعية لتشكِّل مزيدًا من الخلايا تُسمى الخلايا الوليدة،هذه الخلايا الوليدة إما أن تُصبح خلايا جذعية جديدة (ذاتية التجديد) أو خلايا مُتخصِّصة (عبر التمايُز) ذات وظيفة مُتخصِّصة إضافية، مثل خلايا الدم، أو خلايا الدماغ، أو خلايا عضلة القلب أو الخلايا العظمية. لا تُوجَد خلايا أخرى في الجسم لها هذه القدرة الطبيعية على توليد أنواع خلايا جديدة.

[3] توفيق مُحَمَّد علوان،المرجع السابق،ص. 102.

[4] مُحَمَّد المراكشي ،المرجع السابق ، ص.49.

بحثهم والمتمثل في استرجاع الخلية البيضية التي انتجت جنينا بشريا مستنسخا،كما توصلوا إلى أن الخلايا الجذعية المنتزعة من المضغة المستنسخة لها القدرة الكاملة على تكوين كائن حي كامل، وعلية فهي خلايا كاملة الفعالية وتنمو بشكل عادي في البلاستوسايت؛ إن الهدف الرئيسي من العملية هو الحصول على خلايا جذعية جنينية لاستخدامها في العلاج وتكون الخلايا الناتجة متطابقة جينيا مع خلايا الفرد التي أخذت منه النواة وزرعت في البويضة،مما يحل مشكلة رفض الأنسجة والأعضاء من قبل الجهاز المناعي[1] .

وخلال عامين من اكتشاف إمكانية نمو خلايا جذعية بشرية في المختبرات،لم تزد احتمالاتها الكامنة إلا اتساعا استنادا إلى معاهد الصحة القومية، حيث أصبح هدفهم الوصول إلى حقن الخلايا الجذعية في الكبد لإنتاج خلايا كبدية جديدة لتجديد عضو تعرض للتلف من جراء الالتهاب الكبدي الوبائي، ومن بين المشاكل التي تعترض الباحثين في هذا المجال هي كيفية حث الخلايا الجينية لتتمايز إلى الأنسجة المرغوب فيها .وقد نشر علماء إسرائيليون في شهر أوت 2001 خبرا مفاده تمكنهم من إنتاج خلايا قلبية تمهيدية تم استنباتها من خلايا جذعية استخلصت من أجنة مستنسخة [2] .

وبما أن الخلايا الجذعية تلعب دورا هاما في تكوين وإنشاء الخلايا وتستعمل في علاج العديد من الأمراض،فقد أولاها المشرع الفرنسي بتنظيم قانوني عكس المشرعين الجزائري والمصري،فنجده مثلا ومن خلال تعديلاته لقانون الصحة خاصة المرسوم رقم 294 -2022 الصادر بتاريخ 2022/03/01 ،المتعلّق بالجنين البشري والخلايا الجذعية الجنينية البشرية،قد نظّم الأنسجة والخلايا ومنتجات جسم الإنسان من المواد 1241-1 إلى غاية 1245-8،حيث نجد مثلا أن المادة 1241-1 قد منعت إزالة أو نقل الأنسجة أو الخلايا الجنينية أو أي من منتجات جسم الإنسان من شخص حي بغرض التبرع إلا للأغراض العلاجية أو العلمية أو غير ذلك من الأسباب المحددة في هذه المادة[3] .

---

[1] Hwang Woo-suk,Ruy.Y.J..Park,«Evidence of a Pluripotent Humman Embryonic Stem Cell. Line Derived from a cloned Blastocyst».Science 303(5664):1669-1675, 12 March2004,publié sur le site internet https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/14963337, consulté le 15/11/2019.

[2] توفيق محمّد علوان،المرجع السابق،ص 115.

[3] «Le prélèvement de tissus ou de cellules ou la collecte de produits du corps humain sur une personne vivante en vue de don ne peut être opéré que dans un but thérapeutique ou scientifique ou de réalisation ou de contrôle des dispositifs médicaux de diagnostic in vitro et leurs accessoires ou de contrôle de qualité des examens de biologie médicale ou dans le cadre des expertises et des contrôles techniques réalisés sur les tissus ou sur les cellules ou sur les produits du corps humain par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé en application du 1° de l'article ***L. 5311-2***. Seuls peuvent être prélevés en vue de don à des fins thérapeutiques les tissus figurant sur une liste prévue à cet effet, à l'exception des tissus prélevés dans le cadre d'une recherche relevant du titre II du livre Ier de la présente partie» Art1241-01 modifie par art 03 du l'ordonnance n° 2022-1086 du 29

كما تحظر المادة 1241-5 من ذات القانون إزالة أو نقل الأنسجة أو الخلايا الجنينية أو حفظها أو استخدامها إلا بعد إنهاء الحمل لأغراض تشخيصية أو علاجية أو علمية[1].

كما تشترط نفس المادة 1243-04 من نفس القانون على أي جهة تعمل على حفظ وتحضير الأنسجة والخلايا والأعضاء والدم من جسم الإنسان بقصد استخدامها في البحث العلمي،أن تحصل أولا على ترخيص بذلك يصدر عن الوزير المسؤول[2].

كما تمّ تنظيم البحوث المتعلّقة بالجنين البشري والخلايا الجذعية الجنينية البشرية والخلايا الجذعية المستحدثة من المواد 2151 -1إلى 2151-11 من نفس القانون،حيث منعت المادة 2151-1 منه الإستنساخ البشري من أجل إنجاب طفل مطابق وراثيا لشخص آخر على قيد الحياة أو ميت[3]،أما المادة 2151-2 فقد منعت إستنساخ جنين بشري لأغراض علمية[4] .

كما نشير إلى أنه بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة من الجانب القانوني إلا أنه لم يمنعها بدليل أنه تمت أول عملية علاج بالخلايا الجذعية البالغة في الجزائر في 18 فيفري 2013 بالمؤسسة الاستشفائية الجامعية 01 نوفمبر بوهران، تعلق الأمر بزرع النخاع، كما تم استعمال هذه الخلايا أيضا في علاج مرض اللوكيميا ، لكن المشكل في استخدام مثل هذا النوع من العلاج يحمل احتمالات الوفاة في حالات اللوكيميا الحادة بنسبة ما بين 15 و 20 ٪، في المرحلة الأولى،وبنسبة 30 ٪ في الثلاث الأشهر الأولى من العلاج [5].

---

juillet 2022 portant adaptation du droit français au règlement (UE) 2017/746 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2017 relatif aux dispositifs médicaux de diagnostic in vitro.

[1] «Des tissus ou cellules embryonnaires ou foetaux ne peuvent être prélevés, conservés et utilisés à l'issue d'une interruption de grossesse qu'à des fins diagnostiques, thérapeutiques ou scientifique…». Art1241-05 modifié par art 16 Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique.

[2] « Tout organisme qui assure la conservation et la préparation de tissus et cellules, d'organes, de sang, de ses composants et de ses produits dérivés, issus du corps humain en vue de leur cession pour un usage scientifique doit être titulaire d'une autorisation délivrée par le ministre chargé de la recherche» Art1243-04 , C.S.P..f.

[3] « Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée» Art 2151-1, code de la santé précitée.

[4]«La conception in vitro d'embryon humain par fusion de gamètes ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite.
La modification d'un embryon humain par adjonction de cellules provenant d'autres espèces est interdite Art 2151-2 code de la santé précitée.

[5] Meddah Benabou,Textes internationaux et nationaux de la bioéthique face aux enjeux du progrès

بعدما بين دور الخلايا الجذعية وما تقدم من حلول علاجية للمرضى ،سنرى في الفرع كيف يمكن استغلال الإستنساخ في الحصول على أعضاء بشرية من أجل تغطية النقص الكبير في هذا المجال.

الفرع الثاني

الإستنساخ العلاجي كطريقة للحصول على أعضاء بشرية

يتمثل الإستنساخ العلاجي العضوي في استنساخ أعضاء بشرية في المختبر من خلال أخد خلايا العضو المحتاج إليه،و محاولة نسخها قصد تسهيل عملية العلاج والمتمثلة في زرع عضو متضرّر،دون اللجوء إلى استنساخ جنين ،وكان العلماء قد حققوا نجاح في مختبراتهم بعدما توصلوا إلى استنساخ الجلد البشري والأوعية الدموية والغضاريف واحتفظوا بهم في بنوك خاصة،بالإضافة إلى تمكنهم من تنمية أجزاء من يد الإنسان والأذن والأنف ولا تزال أبحاثهم متواصلة إلى غاية استنساخ جميع الأعضاء البشرية، وبشأن هذا النوع من الإستنساخ علق الدكتور Edwards Robert الأب العالمي لأطفال الأنابيب « إنه أمر مفيد جدا التمكن من الحصول على زراعات لسلالات خلوية مناسبة لتصنيع كبد أو قلب»[1].

إن هذا الإستنساخ سيعطي إن صح التعبير قطع غيار وأعضاء بديلة للأعضاء المريضة أو التالفة عند الإنسان،وسيقبلها الجسم البشري بنسبة كبيرة لأنها أصلا منه ومتجانسة مع الجهاز المناعي.حاليا أصبح الإستنساخ العلاجي نوع من العلاج البديل وبدأت الدول تسمح بهذا النوع من التجارب على غرار الولايات المتحدة الأمريكة وبريطانيا وألمانيا وإن كانت تستورد الأجنة،وإعطاء الرأي القانوني لهذا النوع من الإستنساخ يعتمد على مسألتين :الأولى تتعلّق بالسماح بإلغاء وجود الجنين المتكون من عملية الإستنساخ خلال الأربعة عشر الأولى و التأكد من أن القانون لا يمنع ذلك،أما المسالة الثانية فتتمثل في تقدير التجارب العلاجية والتأكد من أنها ستوجه فقط لمصلحة المرضى لشفائهم[2].

فبالنسبة للمسألة الأولى:فالموقف القانوني يتكون بناء على ثقافات شتى والشريعة الإسلامية تعتبر جزء أساسي من هذه الثقافات، وبما أن الفقه الإسلامي أباح اسقاط الجنين لأسباب علاجية فإنه لا مانع من القيام بالإستنساخ العلاجي،كما أن وجهة النظر القانونية في العديد من الدول تسمح بتطبيق هذا النوع من

biomédicale, mémoire de Magister, faculté des sciences de la nature et de la vie, Université d'Oran, 2015, p.136.

[1] أنظر،إياد العبيدي،الإستنسال البايولوجي الطريق الطويلة نحو دولي والإستنساخ البشري،دار المسيرة،عمان، ط 1،2001 ، ص. 33 .

[2] أنظر،محمّد واصل،الإستنساخ البشري في الشريعة و القانون،مجلة جامعة دمشق،المجلد 18 ،قسم القانون الخاص ،2002،عدد الثاني ،ص. 43.

الإستنساخ خاصة الدول الغربية المسيحية على الرغم من تحفظات الكنيسة.أمّا المسألة الثانية : تتمثل في تقدير التجارب العلاجية ومراقبة الوجهة التي ستتجه إليها فيما إذا كانت لمصلحة المرضى ولهدف العلاج فقط،ولا مانع من استحداث هيئة دولية تُعنى بشؤون الإستنساخ وتكون المسؤولة عن إعطاء الإذن للمعاهد المتخصصة وللعلماء لإجراء هذه التجارب على الإستنساخ العلاجي[1] .

في هذه الحالة يتوجه الشخص الذي يريد استنساخ جزء أو عضو من أعضائه إلى الطبيب للاتفاق معه على استنساخ جزء أو عضو من أعضائه لغرسه بدل العضو أو الجزء التالف في جسمه، ومن خلال المناقشة التي تدور بين الشخص والطبيب يتم الاتفاق على الفحوصات والإجراءات اللازمة لاستنساخ العضو المراد استنساخه دون الحاجة إلى استنساخ شخص كامل، وهذا الاتفاق الذي يتم بينهما يدخل في إطار العقد الطبي لتوافر أركانه (التراضي . المحل . السبب).ويطلق على هذا النوع من الاستنساخ أيضا إسم "الاستنساخ الخلوي"[2].

وقد نجحت التجارب الطبية في معالجة الأجنة قبل ولادتها، حيث تستخدم تقنية الاستنساخ الخلوي في معالجة بعض الأمراض الوراثية مثل الأمراض المتعلقة بالجهاز المناعي، وذلك عن طريقة زراعة خلايا من كبد الجنين الطبيعي وغرسها بواسطة إبرة في وريد الحبل السري للجنين المشوّه، فتذهب هذه الخلايا إلى كبد الجنين وتعمل بعد ذلك على تصنيع البروتين المطلوب، وكذلك يمكن بهذه الطريقة زراعة خلايا جهاز المناعة من جنين إلى آخر ما دام في الطور الجنيني للحصول على الأجسام المضادة من خلايا الاستنساخ الخلوي لخلية واحدة لزرع الأعضاء [3].

وتجدر الإشارة إلى أن جل أبحاث العلماء منصبة على تحقيق سبق طبي من خلال استنساخ القلب، والكبد، وبقية الأعضاء البشرية الظاهرة أو الداخلية لكنها لم تتحقق بعد،رغم أن بعض الأطباء يستبعدون تحقيق ذلك في الأجل القريب.

ونشير في هذا المقام إلى أن صحيفة الوطن الكويتية قد نشرت في عددها الصادر يوم :الأحد 28 نوفمبر 1417 هـ الموافق ل6 أفريل 1997 أن":طبيبا صينيا اسمه":تساو بى لين "نجح في استنساخ أذن إنسانية بواسطة تجربة لتكاثر الخلايا،وأن هذا الطبيب بدأ بحثه في عام 1993 معتمدا على تجاربه الإكلينيكية في جراحة التجميل.ولاستنساخ هذا العضو اتبع الخطوات التالية و المتمثلة في أخذ خلايا العضو لإكثارها،

[1] محمّد واصل،المرجع السابق، ص.35.

[2] أنظر،كمال محمّد السعيد عبد القوي عون، الضوابط القانونية للاستنساخ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013 ، ص. 402.

[3] أنظر، صالح عبد العزيز الكريم، الاستنساخ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء3 ، 1483 هـ، عدد 10 ، ص.291 .

ثم قام بتنميتها في جهاز مصنوع من مادة خاصة على شكل حامل، و بعد ذلك نقل الجزء الغضروفي المتكون في الخلايا وزرعه في فأر أبيض، وفي غضون ستة أسابيع ظهرت أذن إنسان على الحيوان وقالت الصحيفة إن الطبيب" تساو "توقع أن تستخدم هذه التكنولوجيا في جسم الإنسان في نهاية القرن العشرين، مع تطور هندسة الأنسجة، وعلى أساس نفس المبدأ يمكن تصور إعادة إنتاج القصبة الهوائية، والكبد، والمفاصل، والأوتار، والجلد، وعظام الإنسان، بجمع بعض الأنسجة السليمة من الأعضاء المريضة" [1] .

إن الاستنساخ في هذه الحالة يكون الغرض منه هو الحصول على خلية جسدية ومعالجتها معمليا بحيث تتجه إلى النمو لتكوّن العضو المراد استنساخه،كالكبد، والقلب، وغيرها من الأعضاء البشرية. ولقد جرى حديث وجدل حول إمكانية استنساخ بعض أعضاء الإنسان في المختبر وحفظها كاحتياطي له أو لأي شخص آخر عند الحاجة إليها، فهل يجوز ذلك؟ وهل يشمل الجواز الأعضاء التناسلية، أو لا يجوز باعتبار أنها منسوبة للشخص فيحرم كشفها مثلا؟ وكذلك بالنسبة لاستنساخ الدماغ هل هو جائز؟.

بالرجوع للقواعد القانونية نجد أن كافة التشريعات تنص على مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان، وتترتب المسؤولية الجزائية لمرتكبه، لكن الفقهاء يجمعون على أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات المقررة لمصلحة الإنسان نفسه، ومن أهمها التدخل العلاجي، بشرط أن يستهدف هذا التدخل الطبي أو العلاجي تحقيق مصلحة علاجية لإباحة هذا المساس، هذا مع مراعاة توافر كافة الشروط الضرورية وبتطبيق هذا المبدأ والاستثناءات الواردة عليه بالضوابط السابقة نجد أن هذا النوع من الاستنساخ هو أسلوب مشروع قانونا، وتنطبق عليه الإجازة القانونية والشرعية الدينية، لأن الهدف منه هو استخدام العلم في مجال الهندسة البيولوجية من أجل الحصول على أعضاء بشرية مستقلة مثل :الكبد، والكلى، والتي من شأنها أن تساهم في علاج المرضى المحتاجين إليها، وتتحقق بذلك مصالح مشروعة في شفاء الإنسان وحمايته من الهلاك، ومن ثمة لا يندرج ذلك تحت أي نص من النصوص القانونية التي تحظر المساس بجسم الإنسان، بل يعتبر عملا مشروعا بشرط أن يُقيد بالغرض المبيح له، وهو أن يكون هذا المساس بهدف التدخل الطبي العلاجي لمصلحة الإنسان وبموافقته وبتوافر كافة الشروط المتطلبة في العلاج، وليس بقصد تجارب عشوائية،وأن يتم أيضا التعامل مع الأعضاء الناتجة عن هذه التقنية بالشروط والضوابط المقررة شرعا وقانونا لإباحة عمليات نقل

[1] أنظر ،شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي،دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006 ، ص 53،52

وزرع الأعضاء البشرية، وذلك للخروج عن الحظر المقرر بالمبدأ القاضي بعدم جواز التصرف في جسم الإنسان،ودخول كافة إجراءات هذه التقنية في حيز الإباحة والمشروعية [1] .

مما سبق ذكره، فإذا كان استنساخ الأعضاء البشرية يتم بدون استنساخ جسد بشري، بأن يتم استنساخ العضو المراد الحصول عليه فقط منفصلا، أو عن طريق زرع بعض الجينات الخاصة بالأعضاء البشرية في الحيوانات، بحيث تنتج هذه الحيوانات أعضاء يمكن نقلها إلى الإنسان، فقد ذهب الفقهاء المحدثين[2] إلى القول بمشروعية وإباحة استنساخ الأعضاء البشرية وقالوا بأن هذه التقنية مطلوبة بقدر الحاجة إليها والقدرة عليها، لما يترتب عليها من نفع عظيم ومصالح كبيرة [3].

إذا كان هذا النوع من أنواع الاستنساخ يستخدم حفاظا على النوع البشري والحيواني عن طريق التناسل أي لأغراض الإنجاب والتكاثر وبقاء النسل نحو طريق الاستمرار ،فكيف سيكون النوع الثاني ،هذا ما سنبينه من خلال المطلب الثاني

المطلب الثاني

الإستنساخ الإنجابي الجنيني

إن هذا النوع من الإستنساخ يهدف إلى مساعدة الأزواج الغير قادرين على الإنجاب بسبب حالات العقم المستعصية لديهم، من خلال استنساخ أطفال لهم،ففيما يتمثل هذا الإستنساخ؟وما عي مميزاته ؟

الفرع الأول

تعريفه وخطواته

لقد ابتكر هذه التقنية العالمان الأمريكيان":جيري هول، وروبرت ستيلمان "عام 1993 ، حيث تمكنا من نسخ 17 جنينا غير مكتمل النمو نسخا مجهريا من بييضات مخصبة طبيعيا، ليصبح عددهم 48 جنينا . ولم تتضمن هذه التجربة أي تقنية من تقنيات الهندسة الوراثية، حيث لم يحدث أي تغيير في الجينات وإنما تم فيها نسخ الخلايا بالضبط كما هي في الأصل [4].

---

1 أنظر، محمد نزيه الصادق المهدي، المسؤولية المدنية العقدية التقصيرية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، بحث مقدم في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون،يومي 05و07 ماي 2002 ، ص 1019-1020 .

2 من بينهم :المستشار محمد الشنواتي ، د .عبد الفتاح محمود ادريس، د. نصر فريد واصل، د .علي جمعة محمد، د .محمد أحمد المبيض، د .عبد العزيز بن محمد بن عثمان الربيش، د .أحمد محمود أبو زيد، د .الشيخ القرضاوي .أشار إليهم :دكمال محمد السعيد عبد القوي عون، المرجع،السابق، ص 58

3 كمال محمد السعيد عبد القوي عون، المرجع،السابق، ص 58 .

4 أنظر، أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2008 ، ص.230 .

إذن فهو ذلك الإستنساخ الذي يتم بتلقيح حيوان منوي يحتوي على 23 كروموزوما ببويضة تحتوي على 23 كروموزوما لينتج بويضة ملقحة ذات 46 كروموزوما، ثم تنقسم هذه الخلية إلى جيل بكر من خليتين، ثم جيل حفيد من أربع خلايا، بحيث تصبح كل خلية منها صالحة للانقسام بعد تهيئة ظروف نموها وانقسامها، ثم تزرع إحدى هذه الخلايا في رحم الأم مع الاحتفاظ بالباقي إلى وقت اللزوم.[1] .

وبمعنى آخر تقوم هذه الطريقة على الفصل الإصطناعي لخلايا البويضة الملقحة في مرحلة ما قبل التمايز،و من ثم تولد منها توائم متماثلة،بحيث يكون الجنين حاولا لصفات والديه،و يكون الهدف في هذه الحالة إنتاج عدة أجنة من جنين واحد، ولقد تمكن العلماء في مجال الحيوان من إجراء فصل اصطناعي لأمثال هذه اللقائح،حيث تولدت عنها توائم متماثلة ،ويبقى البحث متواصل لإنجاحه على الإنسان مستقبلا [2].

ويتم الإستنساخ الإنجابي الحنيني الهادف إلى تشطير خلايا البويضة المخصبة مجهريا، باستخدام تقنية التلقيح الإصطناعي الخارجي للحصول على أكثر من جنين وفق الخطوات التالية:

1-تؤخد البييضة من مبيض الزوجة أثناء التبييض بشفطها بواسطة مسبار البطن،وتوضع في محلول مناسب وبعدها تنقل إلى المحضن ليتم نموها،و يحتاج الأمر إلى ساعتين أو أربع ساعات أو إثنا عشر ساعة لإكتمال النمو .

2- ثم يؤخد مني الزوج و يوضع في مزرعة مخبرية خاصة،وتؤخد منه كمية مركزة لتوضع في الطبق الذي يضم البييضة ،وبعد مرور اثني عشر ساعة ينظر الأخصائي في علامات التلقيح التي تكون واضحة خلال الأربعة و العشرين ساعة في الغالب ،وبعد أن تنمو اللقيحة تبدأ عملية الإنقسام بتدخل المختصين لفصل خلايا اللقيحة باستخدام خطوات تقنية التشطير الجنيني للخلايا، وبدلا من الحصول على جنين واحد من اللقيحة،نحصل على عدد من الأجنة يتحدد بحسب مرحلة الانقسام التي ثم التدخل من خلالها[3] .

ويتداخل هذا النوع من الإستنساخ مع الإستنساخ الجسدي ،لذا وجب ابراز بعض النقاط لتحديد الفارق بينها و تتمثل في :

إن الكائن المتخلق يحمل بعض الصفات الخاصة بالأب، وبعض الصفات الخاصة بالأم، وتستكن فيه أيضا بعض الصفات الخاصة بالأجداد والجدات من الطرفين.كما أن المعنى قد ينصرف إلى الطفرات الجينية التي تغير من شكل الخلية أو نقل جينات لآباء أو أجداد سابقين .فالمخلوق الناشئ من ذلك يكون بمجموع

[1] فواز صالح، المرجع السابق ،ص 78

[2] أيمن مصطفى الجمل،المرجع السابق،ص227

[3] إياد العبيدي،المرجع السابق ، ص. 45 .

هذه الصفات المورثة والصفات المستجدة فيه،حاملا الصفات الأساسية من جنسه وفيه مميزات تجعله منفردا عن باقي أفراد جنسه، ومقال ذلك :صفة الصوت، وبصمات الأصابع، وطريقة المشي،وصفات أخرى فكرية وخلقية مما لا يتفق فيها اتفاقا تاما اثنان من أفراد الجنس، ولو كانا أخوين لأب، فلكل إنسان خصوصيته التي يتشخص بها. أما الكائن المتخلق عن طريق الاستنساخ الجسدي، فإنه يكون مطابقا للكائن المستنسخ منه، ويكون التساوي بين الأصل والفرع في جميع الصفات الوراثية مائة بالمائة في الطول، واللون، والصوت، والشكل، ولون الشعر، والعينين، وشكل الكفين، والقدمين، والأظافر، حتى أن بصمات أصابع الطرفين تكونان متساويتين دون أي اختلاف،حيث لا يمكن التمييز بينهما[1].

نشير إلى أنه في الاستنساخ الجيني لا يعرف كيف سيكون الجنين عندما يولد :شكله، لون بشرته،لون عينيه، طويلا أم قصيرا، ذكيا أم لا، ذكرا أو أنثى، بحيث أن الخلية التي توضع في نواة البييضة هي التي تحدد نوع وشكل الجنين .أما في الاستنساخ الجسدي، فإنه يمكن للعلم معرفة ذلك من أول الأمر، لأن الجنين المستنسخ هو صورة طبق الأصل للشخص المنسوخ منه ،حيث لا يمكن تغيير أي شيء من الجينات أو الأمراض الموروثة. وكذا العيوب الخلقية فإنها تنتقل بكاملها على الوجه الذي وجدت عليه الأصل، وأيضا عدم إمكانية تغير النوع من ذكر لأنثى، فالخلية الأصل هي التي تحدد نوع وشكل الجنين .لكن لحد الآن لا يمكن معرفة كم سيكون مقدار عمر خلايا الإنسان المستنسخ، ففي النعجة "دوللي "لا يدرى هل عمر خلاياها عندما ولدت ست سنوات، أم عمرها جديد كعمر الجنين حين يولد من علاقة جنسية؟ ولم يبت علماء الوراثة في ذلك إلى هذا الوقت، وفي المقابل أعلن البعض من العلماء أنها تماثل خلايا الأصل في العمر، ومن ثمة فسيقع الشخص النسخة ضحية لأعراض شيخوخة مبكرة [2].

بعدما قمنا بشرح وتبسيط صورة الإستنساخ اللاإنجابي الجنيني،سنبين في الفرع الموالي الهدف المرجو من استعماله وهاهي المزايا التي يقدمها في المجال الطبي من أجل انقاد البشرية.

الفرع الثاني

الغرض من الإستنساخ الإنجابي الجنيني

إن الإستنساخ الإنجابي باعتباره وسيلة وتقنية متعلقة بالجانب البشري فهو بلا شك يساهم في إعطاء حلول طبية جديدة،وبالتالي فإنه الغرض من اكتشافه يكمن في :

[1] شعبان الكومي أحمد فايد،المرجع السابق ،ص.55 .

[2] أيمن مصطفى الجمل ،المرجع السابق ،ص.139.

-في حالة وجود أمراض وراثية يُخشى انتقالها من الآباء إلى الأبناء ،فإن استنساخ الأجنة ووجود أكثر من جنين من لقيحة واحدة يحملون نفس المخزون الوراثي ،يساعد الباحثين على اكتشاف الإصابة بالمرض أو عدمها باستخدام عملية المسح الجيني، على خلية من الخلايا المتحصّل عليها بعد الفصل وقبل أن توضع في الرحم،فإن كانت سليمة زرعت كباقي الخلايا في الرحم و إن كانت مريضة أو مشوهة يتم معالجتها أولاً.وقد تمت هذه التقنية في سنة 1993 لزوجين كانا يعانيان من مرض وراثي يسمى (تاي ساكس)[1]،حيث قام فريق من الأطباء بفحص خلايا البويضة المخصبة خلال طور الثمانية خلايا ،حيث وجدوا ثلاثة منها سليمة أي خالية من المورثات المسؤولة عن ظهور ذلك المرض الوراثي، ثمّ قاموا بعزل إحداها و تنميتها ثم زرعها في رحم الزوجة حيث نمت وصارت جنينا [2].

-يتم اللجوء إلى هذه الطريقة في رفع نسبة النجاح في عملية أطفال الأنابيب-التلقيح الإصطناعي الخارجي، والتي لا تتعدي نسبة 20 % في الحالات العادية بسبب مشكلة تناثر الخلايا (حالة وجود خلايا ممزقة بين الخلايا السليمة)،ومشكلة الفقر المبيضي التي يعاني منها عدد كبير من النساء،فبدلا من التضحية بالبييضة التي قد تطول مدة انتظارها،يفضل فصل خلاياها بعد أن تلقح في المختبر الأمر الذي يمكن أن يرفع نسبة الحمل إلى 80 %.

-إن وجود نسخ من الطفل المولود يساعد الوالدين على توفير أعضاء بشرية للطفل في حالة الضرورة،مثل نخاع العظم أوالكبد أوالكلى لأنها ستكون ملائمة للزرع،لأنها من نفس جينوم الطفل الذي ثمّ الإحتفاظ بنسخ منه عن طريق الإستنساخ الجنيني [3].

-مكافحة الشيخوخة ومحاولة معرفة ما يحدث للخلايا مع التقدم في السن و سبب ظهور التجاعيد.

- يمكن الحصول على شخص يحمل صفة العباقرة دون أن ننتظر طويلا ،بحيث لو أننا حاولنا عن طريق التلقيح الإصطناعي للحصول على نسخة طبق الأصل لأحد العباقرة،فسوف ننتظر طويلا للتأكد من

[1] مرض تاي ساكس بالإنجليزية(Tay–Sachs disease) :هو مرض وراثي نادر يؤدي إلى تلف الخلايا العصبية في الدماغ والنخاع الشوكي. يُسمى النوع الأكثر شيوعًا منه داء تاي ساكس الطفلي الذي تصبح أعراضه واضحة في عمر 3–6 أشهر عندما يفقد الطفل قدرته على الجلوس أو الزحف، يتلو ذلك نوباتٍ اختلاجية وفقدان سمع ونقص شديد في القدرة على الحركة، وتحدث الوفاة عادة في مرحلة الطفولة المبكرة. أما الأنواع الأقل شيوعًا، فتحدث في مرحلة الطفولة أو البلوغ، وتكون الأعراض أقل شدة في هذه الحالة.مزيد من التفاصيل على الرابط الإلكتروني: داء_تاي_ساكسhttps://ar.wikipedia.org/wiki

[2] أنظر، غادة عبد القادر أبو حجمة، الاستنساخ البشري بين الشريعة والقانون، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 44 ،ملحق 02 ،2017 ،ص.124

[3] أنظر ،عبد الهادي مصباح ،الإستنساخ بين العلم والدين،الدار المصرية اللبنانية،القاهرة،ط 2،1999،ص .15.

النتائج ،بالإضافة لاحتمال تدخل مورثات الأم الحاملة للجنين مما سيغير المزايا الموجودة في صفة الخص المراد على نسخة منه [1] .

-إن هذه التقنية تعتبر وسيلة فعالة لتحسين الصحة العمومية،بحيث تضمن علاج الكثير من الأمراض على غرار انتقال الأمراض الوراثية من الآباء إلى الأبناء،مع امكانية تفادي انجاب طفل معاق ذهنيا أو بدنيا بفضل التمكن من إزالة الخلل أو الإضطراب الوراثي لدى الطفل منذ مراحل نشأته الأولى .

-وفي هذا السياق أيضا يرى المفكر البريطاني المختص في أخلاقيات البيولوجيا John HARRIS أن الإستنساخ الإنجابي يساعد على دراسة الأمراض الوراثية وطرق علاجها،عن طريق استنساخ أشخاص يحملون أمراض وراثية وبعدها اجراء بحوث ودراسات على النسخ الجديدة؛كما يمكن الإنسان العادي أن يؤمن نفسة صحيا عن طريق الإستنساخ نفسه و ابقاء الجنين حيا إلى أن يصل إلى سن معين ثم يستفيد من أنسجته و أعضائه[2] .

المطلب الثالث

الإستنساخ الإنجابي الجسدي

يطلق عليه أيضا مصطلح الإستنساخ اللاجنسي أو النووي وهو صورة من صورة الإستنساخ البشري ،سنحاول في هذا المطلب إعطاء فكرة وصورة لكي تتضح التقنية كغيرها من التقنيات السابقة ،بداية بتعريفه ،ثم شرح الأسباب الطبية التى استلزمت الإستنجاد به ،وأخيرا المشاكل الطبية الناجمة عيه.

الفرع الأول

تعريفه

يقصد به ذلك التوالد اللاجنسي الذي يتم بدمج نواة خلية جسدية بشرية في بييضة بشرية مفرغة النواة باستخدام تيار كهربائي، لتزرع اللقيحة بعدها داخل الرحم ،بحيث يكون الطفل المولود نسخة طبق الأصل لمن أُخدت منه الخلية الجسدية[3] .

ولقد حصر كل من الطبيب الإيطالي Antinori والطبيب الأمريكي Zavos الإستنساخ الإنجابي الجسدي في صورتين:

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

[2] أنظر،عادل يحي ،الحماية الجنائية للحق في الصحة،بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط 1،2010،ص.31.

[3] أنظر،كارم السيد غنيم،الإستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء،،مصر،ط 1997،1،ص.293.

الصورة الأولى: تُؤخد فيها الخلية الجسدية من الزوج وتفرغ من نواتها الحاملة للمادة الوراثية وتدمج في بييضة زوجته المفرغة النواة هي الأخرى بواسطة شرارات كهربائية دقيقة،ثم تغرس اللقيحة المتحصل عليها داخل رحم الزوجة ،ليأتي المولود ذكرا و صورة طبق الأصل عن الزوج صاحب الخلية الجسدية .

الصورة الثانية:تؤخد فيها الخلية الجسدية من الزوجة وتفرغ من نواتها الحاملة للمادة الوراثية ،ثم تدمج في بويضتها المفرغة النواة باستخدام شرارات كهربائية دقيقة ثم تغرس اللقيحة المتحصل عليها في رحمها ،ليأتي المولود أنثى وصورة طبق الأصل عن الزوجة صاحب الخلية الجسدية[1] .

إن هاتين الصورتين تتم كل واحدة منهما باستخدام تقنية النقل النووي للخلايا ،وتحدثان في أطار العلاقة الزوجية دون تدخل طرف أجنبي. والملاحظ أيضا أنهما تمثلان علاجا للعقم الناتج من جهة الزوج فقط،حيث يتم استبدال حيواناته المنوية بنواة خليته أو خلية زوجته،إلا أن حالة العقم كما هو معروف علميا وطبيا يمكن أن يتسبب فيها كلا الأجهزة التناسلية ذكرية وأنثوية بمعني أن العقم يصيب الرجل و المرأة [2].

وفي حالة تدخل طرف أجني وصارت العلاقة خارج الزوجين فيمكن أن تتعدد الصور وتختلف بحسب حالات العقم عند الرجل و المرأة و هي كالتالي :

-نقل نواة خلية جسدية من امرأة أجنبية إلى بويضة الزوجة المنزوعة النواة

-نقل خلية جسدية من رجل أجنبي إلى بويضة الزوجة

- نقل نواة خلية جسدية من رجل أجنبي إلى بويضة إمرأة أجنبية منزوعة النواة

-نقل نواة خلية جسدية من الزوج إلى بويضة إمرأة أجنبية منزوعة النواة [3].

الفرع الثاني

الدوافع الطبية للإستنساخ الإنجابي الجسدي

بدأ علماء البيولوجيا تجاربهم بدراسة الخلايا البشرية، وأنواعها، ووظيفة كل نوع منها، وكان الدافع العلمي الأساسي وراء تجارب الاستنساخ، منذ مطلع القرن الماضي، هو الوصول إلى مدى قدرة نواة الخلية المتمايزة على تحقيق ما تحققه البييضة المخصبة، من إنتاج فرد سوي، حتى بينت ولادة" دوللي "من خلية جينية أن جينات الخلية المتمايزة لها نفس قدرة البييضة المخصبة بحيوان منوي .

[1] أنظر،ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، عالم المعرفة، الكويت، ، 1993 ، ص.192.

2 أنظر،رضوان يسرى،قضية إستنساخ إنسان،دار البشير للثقافة و العلوم، طنطا ،2000،ص.71.

[3] أنظر،سعد الشويرخ،أحكام الهندسة الوراثية،الطبعة الأولى،دار كنوز إشبيليا،المملكة العربية السعودية،2007،ص .210.

لكل نوع من أنواع الإستنساخ دوافع،وينحصر الغرض منه في أذهان الكثيرين في غرض واحد ،ألا وهو مساعدة الأزواج في التغلب على العقم، وتحقيق أحد أهداف الزواج والمتمثل في الإنجاب والتكاثر، بدون استعمال نطف أجنبية،وهو غرض لا يمكن إنكاره لأن أب الإستنساخ نفسه الدكتور ويلموت صرّح " إن الإستنساخ الجسدي يمكن أن يساعد على إحياء الأمل في قلوب الآباء و الآمهات الذين حرموا من لذة الإنجاب،إذ يمكنهم إنجاب أطفال من صلبهم". [1]لكن هذا الغرض لا يمكن حصره وجعله وحيدا،بل يظم جملة من الأهداف التي نادى بها أنصار الإستنساخ لتسويق تطبيقه على البشر ومن بينها :

-يمكن اعتباره دافعا علميا أساسيا :وهو محاولة الوصول إلى مدى قدرة نواة الخلية المتمايزة على تحقيق ما تحققه البييضة المخصبة من انتاج فردي سوي،حتى بينت ولادة النعجة دوللي من خلية جنينية أن جينات الخلية المتمايزة لها نفس قدرة البييضة المخصبة بحيوان منوي.

-استنساخ نسخ من الأفراد قصد استغلال أعضائهم عند الحاجة إليها،أي إنشاء حياة لا لذاتها بل لتكون وسيلة تأمين لحياة أخرى.

-الإستعانة به في اجراء تجارب التنسيل من خلال استنساخ نسخ من أصحاب التراكيب الوراثية المتفوقة الجمال بكامل صفاته،و الذكاء على أعلى مستوياته [2].

- يؤدي إلى فهم العديد من الأسرار البيولوجية،كامتناع خلايا الدماغ والنخاع الشوكي عن الإنقسام وتوقف عضلات القلب في مرحلة معينة،ومن ثم يمكن حل معضلات كثيرة خاصة في الجهاز العصبي والقلب والأورام الخبيثة كالأمراض السرطانية.

- إن التطور المذهل الذي تحقق اليوم في علم الوراثة البشرية،أصبح بالإمكان معرفة جنس الجنين في المراحل المبكرة،مما يتيح للأسر خيارات واسعة قد لا تكون أحيانا مقبولة من الناحية الأخلاقية والدينية .

- محاولة تحقيق المقولة المشهورة "إن المعرفة الوراثية ستسمح لنا قريبا بهندسة أفراد كأينشتاين أو حتى بتحسين الذكاء العام"

-مساعدة الأزواج العقيمين على الإنجاب،ويراد بالعقم هنا العقم الشامل الذي لا يمكن تحقيقه عن طريق التلقيح الإصطناعي (أطفال الأنابيب) [3] .

---

[1] ناهدة البقصمي،المرجع السابق ،ص.195.

[2] أنظر،رضوان يسرى،مرجع سابق،ص.78.

[3] أنظر،دانييل كفلس و ليروي هود، الشفرة الوراثية للإنسان القضايا العلمية والإجتماعية لمشروع الجينوم البشرى، ترجمة أحمد مستجير، الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر ،2002، ص. 306.

ومن ثم فالاستنساخ الجسدي هو انتاج أفراد من خلايا جسدية مأخوذة من خلايا بالغة، ويكون الفرد الناتج حاملا لنفس الصفات من الفرد المانح للخلية الجسدية،وعليه نرى أن هذه الدوافع المعلنة هدفها خدمة البشرية، في المجال الطبي الإجتماعي كما أن هذه التقنية هدفها الأساسي هو التكاثر والإنجاب بطريقة غير جنسية ويكون المستنسخ نسخة مطابقة للأصل تماما،وأيضا الحصول على أشخاص يحملون صفات وراثية محددة ،لأنها تساعد في حل مشكلة العقم لدى النساء والرجال من خلال امكانية التدخل ومعالجة عملية الإخصاب مخبريا ونقل بعض الصفات الوراثية للبويضة بعد افراغها و معالجتها .

هذا بخصوص الدوافع المعلنة ،فماذا سيكون أمام الدوافع الغير معلنة والتي تتضمن سلبيات هذه العملية والتي سنتطرق إليها في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

السلبيات التي صاحبت الإستنساخ الجسدي

لقد صاحب عمليات استنساخ النعجة دوللي وما تلاهى من عمليات استنساخ للعجول والضفادع والقردة كما جاء في الأوراق البحتية العلمية الكثير من السلبيات ،حيث يمكن اجمالها في :

-الإرتفاع الكبير في نسبة الفقد بين الأحنة

-صحة المواليد ومدى تأثير الحالة الفيزيائية للطفل الناتج على حياته البيولوجية بما فيها عمره.

-زيادة الوزن،حيث لوحظ زيادة في أوزان الأجنة المستنسخة ،مما يدل على أن المحاولات الناجحة قليلة جدّا ،أي أن كفاءة التقنية منخفضة جدّا[1] .

ونستشهد في هدا المقام بما صرّح به أصحاب التجارب المثيرة للجدل في هذا الموضوع،حيث على لسان (أيان ويلموت) الباحث في معهد روزلين الذي استنسخ النعجة دوللي في حواره مع الدكتور مُحَمَّد عبد الحميد شاهين "....إن تقنياتنا نتج عنها تشوهات في الأجنة النامية مما تسبب في موتها إما في نهاية الحمل أو فور ولادتها مباشرة ... وأن الحيوان المستنسخ قد يرث بعض الطفرات الجسدية من الواهب صاحب الخلية ،وهذا بدوره قد يتسبب في شيخوخة مبكرة أو في زيادة احتمال حدوث سرطان في مراحل حياته ،وأن تقليل هذه المخاطر على مستوى الحيوانات سيحتاج إلى سنوات لأنه لا يمكن استخدام تقنيات جديدة على الإنسان

[1] سعد الشويرخ،المرجع السابق،ص415.

دون تحقيق معدلات نجاح عالية على الحيوان، كل هذا يعني و بوضوح أن إجراء مثل هذه التجارب على الإنسان عمل لا أخلاقي " [1].

وفي نفس السياق صرّحت الفرنسية(تانجا دومينيكو) الباحثة الرئيسية في مركز أبحاث أوريغون، والتي شاركت في تجارب الإستنساخ الجنيني للقرود :

– "إن عدم نجاح انغراس الأجنة بالرحم أو نجاح الإنغراس و فشل استمرار التكوين الجنيني و النمو تسبب في حالات كثيرة من الإجهاض المبكر...،ثم قالت أنه في حالة التجريب على الإنسان،فإننا بلا شك سنضحي بعدد كبير من الأجنة وقبلها بعدد لا حصر لها من البويضات.

– يعزو بعض العلماء الفقد الكبير للأجنة إلى حدوث خلل في تركيب أو في عدد الصبغيات مما يتسبب في عيوب وتشوهات في الجنين قد تؤدي إلى موت الجنين أو بقائه حيا بصورة جنين مشوه أو غير طبيعي.

–عدم تناسب سرعة الإنقسام للنواة الجديدة مع السرعة الأصلية لانقسام خلية البيضة.

–صغر بييضة الثديات وسرعة تلفها،وإن كان البعض يرى أن بالإمكان تجاوز هذه المشكلة "[2].

–إن الإستنساخ الجسدي يعد امتهانا واهدارا لكرامته وجرحا لإنسانيته ومسخا لآدميته، هو ما يتعارض مع تكريم الله للإنسان لأنه يؤدي إلى تحويل عملية الإنجاب إلى صناعة،و هو بذلك تعديا على ذاتية الفرد وخصوصيته،فأي محاولة لاستنساخ الإنسان تمثل تجربة لا أخلاقية تربك مفاهيم الأبوة والأمومة والعلاقات الإجتماعية المرتبطة بها.

–إن هذا النوع من الإستنساخ يعد اخلالا بالتوازن البشري في الطبيعة ،إذ أن الخلية المغروسة في بييضة المرأة إذا أُخدت من ذكر فسوف يكون الناتج ذكرا ،وإن أُخدت من أنثى كان الناتج أنثى ومثل هذا يترتب علية زيادة أحد النوعين على الآخر.

–إن الشخص المستنسخ سيشعر أنه شخص من الدرجة الثانية لأنه ثم استنساخه لا لذاته وإنما لغرض شخص خاص بالمستنسخ منه،ليُأخذ منه عضو لتعويض العضو التالف ،مما سيولد في الشخص المستنسخ ميول الإنتقام من المجتمع[3] .

[1] أنظر،محمّد عبد الحميد شاهين،الإستنساخ نهاية عصر الرومنسية،مجلة عالم الفكر،الكويت،المجلد35،عدد 02،2006،ص343 .

[2] Eleni Yiannakis.op.cit,p.158.

[3] رضوان يسرى،المرجع السابق،ص. 80.

-كما أن المستنسخين سيواجهون مشاكل إجتماعية وإدارية وقانونية، بدأً من لحظة التسجيل في شهادة الميلاد وتحديد الأب والأم والجنسية،كيف ستكون نظرة المجتمع إليهم؟فهل يعتبرون لُقطاء ؟ هل تقبل الفتيات الزواج منهم؟ هل يرثون؟

- إن تطبيق تقنية التكاثر الجسدي أو التكاثر اللاجنسي.على الإنسان ينسف قاعدة أساسية مستقرة في البشر مند خلق الله آدم عليه السلام وهي قاعدة التكاثر الجنسي وهذا يؤدي إلى الاستغناء عن الرجال إذ بإمكان أي امرأة عذراء أن تنسخ طفلة كما أن فيه قضاء على استقلالية الإنسانية،لأن الفطرة الإلهية في خلق الله تعالى هي أن يكون لكل فرد شخصيته المستقلة وصفاته التي لا يشاركه فيها أحد[1].

من خلال عرضنا لبعض السلبيات الخاصة بهذه العملية ،نجدها تنطوي على هدر واضح لكرامة الإنسان وقدسية وحريته،وفقدانه لخصوصياته الطبيعية،نتيجة تبعيته للمستنسخ منه،كما أنها تؤدي إلى تغيير الهدف من العلاقات الزوجية حيث تتحول عملية الإنجاب إلى مشروع صناعي وتفقد للزوجة لذة الأمومة .وفي الأخير نستنتج أن الاستنساخ العلاجي لا ينتج نسخة جديدة كاملة من الكائن الحي ولكن نسخة من جزء من كائن حي أساسا الخلايا والأنسجة،أما الاستنساخ الجسدي ينتج نسخة جديدة كاملة من الكائن الحي،كما أن الاستنساخ العلاجي يستخدم لأغراض العلاج الطبي، عكس الآخر الذي يهدف إلى التكاثر والإنجاب

بعدما تعرضنا للتعريفات و الدوافع والطرق الطبية المستعملة في عملية الإستنساخ،سنتطرق في المبحث الموالي إلى أهم شيء وأساس الدراسة ألا وهي كيف عالجت الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ظاهرة الإستنساخ وخاصة على الجانب البشري.

المبحث الثالث

النظرة الشرعية والقانونية للإستنساخ البشري

سنتطرق في هذا المبحث إلى حكم الإستنساخ البشري بالتحديد،لأن الإستنساخ على الحيوان والنبات لا يثير اشكالات شرعية وقانونية ،بل هو الخطوة الأولى في التجارب كي تتضح الرؤية وتتحدد الأهداف المرجوة،خاصة إذا كان في حدود الضوابط بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد، ولأن الجسم البشري له خصوصياته وحرمته فليس من السهل مباشرة التجارب العلمية عليه ،وبما أن قضية الإستنساخ

[1] محمد عبد الحميد شاهين،المرجع السابق ،ص.345.

من القضايا التي أثارت الكثير من الجدل في كل الأوساط والمجالات فكان للأطباء والفقهاء والعلماء رأي في ذلك ،وكان أغلب الجدل قائم ومحصور في المجتمع الغربي ذلك أن فكرة الإستنساخ ظهرت عندهم ، وبما أننا في مجتمعنا إسلامي لم نحتك مباشرة بعملية الإستنساخ، إلا أنه كان لازما على فقهائنا وعلمائنا الإحاطة بالموضوع وإبداء رأيهم استنادا على القرآن الكريم والشريعة الإسلامية حتى يتمكن رجال القانون من وضع قواعد قانونية تتماشى مع القواعد الفقهية ومبادئ مجتمعنا الإسلامي .وعليه ما هو موقف الشريعة الإسلامية و القانون من عملية الإستنساخ البشري ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين،الأول نبين فيه موقف الشريعة الإسلامية والثاني مكانة الإستنساخ البشري في المنظمات الدولية والقانون.

المطلب الأول

موقف الشريعة الإسلامية من عمليات الإستنساخ البشري

إن دراسة موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسألة أهمية بالغة خصوصا وأنها تعتبر مصدرا للقانون،لذا فإن الإباحة الشرعية أو الحظر الشرعي له تأثير واسع على المشرع في تحديد المسؤولية الجنائية والمدنية تجاه محدث الضرر .

ومن جانب آخر فإن دراسة موقف الشريعة الإسلامية من عمليات الإستنساخ البشري، سوف تبين لنا الفوائد والمضار ثم المشروعية القانونية لهده التقنية.

ولتبسيط الصورة قسمنا المطلب إلى فروع ،نتناول في الفرع الأول الحكم الشرعي للإستنساخ الجنيني،وفي الثاني الإستنساخ الجسدي .

الفرع الأول

حكم الإستنساخ البشري الإنجابي الجنيني

اتفق الباحثون على تحريم استنساخ الخلية التي تكونت من مائي الزوجين سواء أكانت البويضة من امرأة أجنبية أم كان الحيوان المنوي من رجل أجنبي، واتفقوا كذلك على تحريم استنساخ الخلية التي ستنقل إلى رحم امرأة أجنبية واختلفوا في فصل خلايا اللقيحة التي تكونت من مائي الزوجين ،فاختلفت أراء أهل العلم في الحكم على هذه الصورة على أربعة أقوال:

القول الأول:ذهب أصحابه إلى تحريم هذه الصورة من الاستنساخ البشري الإنجابي، ولم يجعلوا لتوفر شروط جواز عملية أطفال الأنابيب، أوعدمه أي أثر لإطلاق الحكم الشرعي لها ومن هؤلاء نذكر:عارف علي عارف،مختار السلامي،عبد اللطيف الفرفور،مُحَمَّد علي البار[1]،بالإضافة إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة[2].

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والقواعد الفقهية ومقاصد الشريعة

1-دليلهم من الكتاب

نستعرض ذلك من خلال بعض الآيات الكريمات :

قال تعالى {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ}[3].

قال تعالى{فَلْيَنظُرِ الإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ(5) خُلِقَ مِن مَّاء دَافِقٍ (6)خْرُجُ مِن بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ(7)}[4].

قال تعالى{لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاء يَهَبُ لِمَنْ يَشَاء إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاء الذُّكُورَ (49)أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاء عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ(50) }[5].

أ-وجه الدلالة :

-دلت الآية الكريمة الأولى على أن تشريف الله سبحانه وتعالى لبنى آدم وتكريمهم على سائر خلقه، وهذه الكرامة يدخل فيها خلقهم على هذه الهيئة في امتداد القامة وحسن الصورة، واستخدام وسيلة الاستنساخ في تكاثر الإنسان يتنافى مع كرامته، لأن فيها عدوانا على ذاتية الفرد و مميزاته[6] .

-كما دلت الآيات الكريمة من سورة الطارق و الشورى على أن سنة الله في خلق الإنسان أن يكون من ماء الزوجين حيث يحصل تلقيح البويضة، فينشأ عن ذلك الولد، وأن الله عزّ وجل جعل الناس أقسام قسم أعطاه البنات وقسم أعطاه الذكور وقسم أعطاه النوعين معا، وقسم جعله عقيما لا نسل له ولا يولد له، والاستنساخ مخالف لهذه السنة؛ لأن الولد يكون من خلية جسدية مأخوذة من الزوج دون اختلاط لنطفتي الزوجين [7].

---

[1] أنظر،عمر سليمان الأشقر و آخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة ،دار النفائس،الأردن ،ط 1،1321 هـ،2001،ص.260 .

[2] القرار رقم 94 (10/2) المتعلّق بالإستنساخ البشري الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره العاشر بجدة بالمملكة العربية السعودية ،مرجع سابق

[3] سورة الإسراء ،الآية 70.

[4] سورة الطارق،الآيات 5-7.

[5] سورة الشورى،الآيتين 49-50.

[6] أنظر، الحسين بلحساني، الاستنساخ البشري مقاربة فقهية وقانونية، الأحمدية، الدار البيضاء،ط 1، 1421 هـ، ص. 29.

[7] أنظر،أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تفسير القرآن العظيم،تحقيق سامي بن مُحَمَّد سلامة، دار طيبة ،ط3،ج7، 1420 هـ 1999م ص.216 .

2- دليلهم من القواعد الفقهية:

***قاعدة "لا ضرر و لا ضرار"**

دلت القاعدة على حرمة الضرر، واستخدام الاستنساخ بفصل الخلايا قد يؤدي إلى حدوث أضرار على المولود الحاصل بهذه الطريقة، لأن أي خلل في عملية الفصل يسبب بعض العيوب والتشوهات التي تؤدي إلى موت الجنين أو بقائه حيا في صورة جنين مشوه، ولذا فإن المولود بطريقة الاستنساخ لا يكون صحيحا بل الغالب أن يكون ضعيفا، لأنه تكون من خلية جسدية غير منتقاة، كما أن الاستنساخ لا يكون فيه اتحاد لنواتي الحيوان المنوي والبويضة الذي يؤدي إلى تغلب الجينات الصحيحة على المريضة، ومن ثم فإن الجينات المريضة يزداد وجودها في الخلية الجسدية مما تسبب في حدوث تشوهات خلقية وأمراض سرطانية و غيرها وهذا يوجب القول بحرمة هذا الفصل [1].

***قاعدة " درء المفاسد مقدم على جلب المصالح"**

وجه الإستدلال بالقاعدة: في النسخ المتشابهة وكثرتها سيؤدي إلى عدم التفريق بينهم في إجراء العقود والجرائم، مما يترتب عليه حقوق وواجبات،لأن النسخ متشابهة في البصمات ومكونات الدم، عندها يتعذر التفريق بين الأصل والفرع،فالاستنساخ فيه مفسدة عظيمة وهي عدم التمييز بين النسخ مما يؤدي إلى ضررها[2].

***قاعدة" سد الذرائع"**

وجه الإستدلال بالقاعدة: هو احتمال الإختلاط والعبث بالخلايا وارد خاصة في هذا الزمن الذي انعدمت فيه الإنسانية وأصبح المال يفرض نفسه بقوة من أجل تحقيق الغايات،كما يمكن تصور أنه بعد فصل الخلايا وتجميدها والاحتفاظ بها في البنوك قد يؤدي إلى استغلالها في تحقيق الحمل لامرأة أجنبية وذلك بنقلها إلى رحمها، أو أن تطلب الزوجة نقلها إلى رحمها بعد حصول الفرقة بينها وبين زوجها بموت أو طلاق فتكون محرمة سدا لهذه الذريعة[3] .

3- دليلهم من مقاصد الشريعة الإسلامية

-إن الاستنساخ مخالف لمقاصد الشريعة، فهو يجري على خلاف عموم الأدلة وخصوصها وعلى خلاف المقاصد والقواعد الشرعية، فيصادم المعلوم من الدين بالضرورة ويهدر قواعد شرعية كثيرة، ويعارض

[1] سعد الشويرخ،المرجع السابق ، ص. 406.

[2] أنظر،نور الدين مختار الخادمي،الإستنساخ البشري في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية،دار وحي القلم،لبنان،ط2004،،1 م ،ص.114.

[3] سعد الشويرخ،المرجع السابق ، ص. 408.

العديد من المقاصد اليقينية مثل حفظ النسب والعرض والمحافظة على مقصد الزواج والأسرة والأمومة والأبوة والرابطة الاجتماعية والبناء الحضاري العام، وعليه فإن مصالح الاستنساخ ملغاة و مرفوضة ،كما أن اللقيحة أصل الإنسان والإنسان مكرم حتى ولو كان جنينا ،والنطفة جزء من بدن الإنسان فلا يصح العبث بها ولا المساس بها دون وجود مبرر شرعي .

-في حالة وجود أجنة فائضة، فمصيرها الهلاك، أو الموت، أو الاستزراع في أرحام سيدات أجنبيات غير الزوجة، وكل هذا يمنع شرعا وعقلا، وخلقا وعادة، لأن التسبب في الموت جريمة وانتماء الجنين إلى غير أبويه جريمة.

-العدوان على ذاتية الفرد وخصوصيته وتميزه من بين طائفة من أشباهه (نسخه) وكذلك خلخلة الهيكل الاجتماعي المستقر، والعصف بأسس القرابات والأنساب وصلات الأرحام والهياكل الأسرية المتعارف عليها، كما اعتمدتها الشريعة الإسلامية للعلائق بين الأفراد والعائلات، بما ينعكس على أحكام القرابات والزواج ز المواريث[1] .

القول الثاني :ذهب أصحابه إلى الحكم بجواز هذه الصورة من الاستنساخ البشري الإنجابي، وإلى هذا ذهبت:

اللجنة الطبية الفقهية بالأردن،حيث جاء في ملخص الحكم الشرعي عندهم"فصل الخلايا من البيضة الملقحة بعد الإنقسام الأول ،أو الثاني،أو الثالث أو بعد ذلك بقصد استعمالها لإحداث الحمل في فترة الزوجية جائز شرعا، وتحكمه القواعد ذاتها التي تحكم موضوع التلقيح الاصطناعي الخارجي (طفل الأنابيب)"[2].

كما ذهب في نفس السياق مُحَّد سليمان الأشقر حيث قال "أرى أنه ينطبق على الإستنساخ هذه الطريقة أي الإستنساخ الجنيني أو الإستنسات كما أسماه ،حكم الحمل بطريقة أطفال الأنابيب الذي سبق لندوة الإنجاب الوصول إليه"[3].

وجاءت أدلتهم في هذا الإتجاه

1-دليلهم من السنة النبوية

حديث أبي هريرة رضي الله عنه -عن النبي صلى الله عليه وسلم قال"ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"[1]

[1] نور الدين الخادمي،المرجع السابق،ص.93.

[2] أنظر ،جمعية العلوم الطبية الإسلامية، قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، مج01 ، الأردن،ط1، 1421 هـ، 2000 .ص. 134.

[3] أنظر ،مُحَّد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي،مؤسسة الرسالة ، بيروت،ط1، ، 1422 هـ، 2001 م،ص.35-36.

حديث أسامة بن شريك رضي الله عنه –عن النبي صلى الله عليه وسلم قال "تداووا، فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد الهرم"[2] .

إن هذين النصين يحثّان على مشروعية التداوي، و يدخل في عمومها علاج حالة العقم عند بعض النساء التي تعاني من نقص في إنتاج البويضات، فلا يفرز مبيضها إلا بويضة واحدة، وحينئذ فإن الأفضل هو تلقيح البويضة بحيوان منوي خارج الجسد، ثم تفصل اللقيحة في بداية انقسامها إلى خليتين، لأن نسبة نجاح علوق اللقائح في جدار الرحم تزيد بنقل لقيحتين وهذا يتطلب فصل الخلايا للحصول على عدد كاف من اللقائح ،وبعد ذلك ينقل منها اثنتان إلى الرحم ويترك الزائد مجمدا في البنوك بحيث ينقل إلى رحم الزوجة في حالة فشل العملية الأولى[3].

نوقش هذا الدليل

–إن فصل الخلايا بعد تلقيح البويضة بالحيوان المنوي في بداية تكوينها، ثم تجميدها يؤدي إلى وجود لقائح فيها حياة تقتل فيما بعد في حالة حصول الإنجاب، وهذا أمر محرم، لأن اللقيحة فيها حياة منذ لحظة تلقيح البويضة بالحيوان المنوي.

–أن النصوص دلت على مشروعية التداوي بالطرق المباحة دون الطرق المحرمة، لقوله صلى الله عليه وسلم فتداووا ولا تتداووا بحرام والاستنساخ بفصل الخلايا يعد من الطرق المحرمة للأدلة الدالة على ذلك.

–أن كون مبيض المرأة لا يفرز إلا بويضة واحدة، مع إعطائها بعض العقاقير التي تقوم بتنشيط مبايضها حالة نادرة جدا كما ذكر ذلك بعض المختصين، و الأحكام لا تبنى على النادر، و إنما تبنى على الغالب [4].

2–دليلهم من القياس

قياس هذه الطريقة على مسألة التلقيح الاصطناعي الخارجي(أطفال الأنابيب)،حيث رأوا أنها تأخذ حكمه لأن هذه العملية قائمة بين رجل وزوجته في ظل العلاقة الزوجية،ولا علاقة لطرف ثالث في العملية[5].

---

[1] أنظر ، صحيح البخاري، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، حديث رقم 5678 ، ص.144 .

[2] أنظر، سنن الترميذي، كتاب الطب، باب ما جاء في الدواء والحث عليه، حديث رقم 2038 ،مج04،ص. 335.

[3] أنظر ، إياد أحمد ابراهيم، الهندسة الوراثية بين معطيات العلم و ضوابط الشرع، دار الفتح ،عمان،ط1، 1423هـ،ص.148 .

[4] سعد الشويرخ،المرجع السابق، ص. 401.

[5] أنظر، عثمان بن حمادي المطرفي، التطبيقات الفقهية لقاعدة–الضرورة تقدر بقدرها في النوازل الطبية–المملكة العربية السعودية، 1435 هـ، 1436 هـ،ص.237.

نوقش هذا الدليل

إن صورة الاستنساخ الإنجابي الجنيني شبيهة بأطفال الأنابيب(التلقيح الاصطناعي الخارجي) من وجه دون وجه، شبيهة بها من حيث مبدأ التلقيح كلتاهما تلقح بييضة الزوجة بمنى الزوج، لكن بعد حدوث التلقيح ونجاحه وعند بداية الانقسامات في اللقيحة فالأمر يختلف، لأن اللقيحة المحصل عليها في صورة أطفال الأنابيب بعد استخدام تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي تغرس داخل رحم الزوجة مباشرة ويكون الناتج جنينا واحدا منفردا، أما اللقيحة المحصل عليها في صورة الاستنساخ الإنجابي الجنيني يكون بتدخل الأطباء لفصل الخلايا عن بعضها فيكون الناتج ثمانية أجنة متطابقة وراثيا[1] .

-في حالة الحمل بالتوائم المتشابهة من انقسام البويضة الملقحة إلى لقيحتين متماثلتين،فهو ليس خارجا عن الطريقة الطبيعية للتكاثر أو مخالفا لها.

-إن ما يحصل من انقسام البويضة الملقحة في التوائم المتشابهة في الحمل الطبيعي يحدث دون تدخل أحد، و لا ينشأ عن ذلك فائض من اللقائح التي تحتاج إلى الحفظ، وهذا بخلاف الاستنساخ فلا يمكن فصل الخلايا إلا بتدخل الأطباء، ولا يخلو من مفاسد مترتبة عليه من حفظ اللقائح وإتلافها فيما بعد في حالة حصول الحمل للمرأة الأولى ومن ثم فإن هذا القياس يعد قياسا مع الفارق المؤثر فيكون باطلا .

-العلاج لبعض حالات العقم لدى المرأة والرجل، فالمرأة التي تعاني مشكلة الفقر في التبويض، والرجل الذي تكون خلاياه المنوية ميتة أو مشوهة فإن هذه التقنية تساعد في الإنجاب.

-يمكن الاستفادة منها في تشخيص الأمراض الوراثية في المختبر ، فالنسخة التي تم استنساخها يمكن فحصها فإذا كان ثمة مرض وراثي أهملت جميع النسخ ولم تودع في الرحم و بذلك نتحاشى ولادة أطفال مشوهين[2] .

القول الثالث :وهو قول عبد الناصر أبو البصل، حيث صرح و هو يتعرض لقضية الانتفاع بالخلايا التناسلية لأجل الاستنساخ مفاده" :إذا كان الاستنساخ جنينيا -بمعنى أخذ خلية من خلايا البويضة المخصبة قبل التخصص -وحفظت الخلايا المنزوعة بواسطة التجميد لينتظر نجاح عملية الحمل، فالأصل فيه كما قلنا الحظر،ولكن في حالات خاصة لبعض الأزواج و الزوجات الذين يعانون من صعوبة في التلقيح، والحمل وقلة الحيوانات المنوية بحيث يصعب تكرار عملية التلقيح الاصطناعي، فيمكن القول بالجواز من أجل ضمان

[1] الحسين بلحساني،المرجع السابق،ص.58.

[2] عثمان بن حمادي المطرفي،المرجع السابق ،ص. 239،238 .

حصول الحمل وليس إنتاج توائم متشابهة فإذا نجح الحمل تتلف الخلايا المنزوعة، و المحفوظة" .وشاركه الرأي عارف علي عارف، حيث قال...." :فالاستنساخ.... علاجا لحالات مرضية"[1]

القول الرابع:التحفظ، وهو قول الشيخ راجح الكردي، حيث قال حين طلب رأيه في المسألة "إنني أتحفظ كانت هذه جملة الأقوال التي صرح بها أهل العلم بشأن هذا النوع من الاستنساخ البشري الإنجابي"[2] .

بعد عرضنا لهذه الأدلة والآراء نخرج بمجموعة من الأفكار والمبرّرات حول هذه القضية ،مع ترجيح القول الثالث أي رأي الدكتور عبد الناصر أبو البصل والدكتور عارف علي عارف القول القاضي بجواز هذه الصورة للضرورة وهذا لعدة اعتبارات:

-إن تحريم هذه الصورة بصورة مطلقة فيه ضرر ببعض الأزواج التي حرمت من الذرية، ولا سبيل لديها إلا هذا النوع من الاستنساخ البشري الإنجابي.

-إن الشريعة الإسلامية جاءت رافعة للضرر الواقع على الأفراد،كما أن التطور العلمي لم يكن إلا لهذه الغاية،و من سماحة الشريعة الإسلامية وأدلة صلاحيتها لكل زمان ومكان كان لا بد من إباحة هذه الصورة في حالات الضرورة القصوى.

-القول بإباحة هذه الصورة لم يكن على إطلاقه، وإنما غالب عليه القول بالتحريم الذي هو عليه أغلب أهل العلم إلا أنه شذ في حالة واحدة وهي الضرورة التي قالها وصرح بها الدكتور أبو البصل والدكتور عارف علي عارف وهي عدم تمكن الزوجين من الإنجاب لقلة الحيوانات المنوية وهي الحالة التي تكون فيها هذه الصورة هي أخر أمل للزوجين للحصول على ولد.

-إن إباحة هذه الصورة للضرورة لم يكن لغاية الحصول على أجنة متشابهة ، وإنما للحصول على الذرية وتحقيق مقصد هام

من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حفظ النسل وتكثيره، ويمكن اعتبار هذا النوع من الاستنساخ البشري الإنجابي وسيلة عصرية للحفاظ على مقصد النسل من جانب العدم، إذا قلت الحيوانات المنوية عند الرجل أو الفقر المبيضي عند المرأة كلاهما يشكل ضررا متوقعا على مقصد النسل إذ لا يمكن تحصيله أو تحقيقه واعتماد هذه الصورة من الاستنساخ الإنجابي البشري والقول بجوازها يفضي إلى الحفاظ على مقصد النسل من خطر متوقع و هكذا تتم المحافظة عليه من جانب العدم.

[1] أنظر،عبد الناصر أبو البصل، حفظ الأجنة والخلايا التناسلية وأحكامها الشرعية، مجلة اليرموك،2003 عدد 04 ، مج 16، ص.17.

[2] جمعية العلوم الطبية الإسلامية،المرجع السابق ،ص.172.

بعد التعرف على الحكم الشرعي للاستنساخ البشري الإنجابي الجنيني، نجد أنه من الطبيعي أن يكون إنتماء هؤلاء الأطفال إلى الزوج والزوجة صاحبا الحيوان المنوي والبييضة والرحم، حتى يتمتعوا بجميع الحقوق، لكن إذا كان الزوج يعاني من العقم بسبب غياب الحيوانات المنوية عنده أو عجزها فهل يمكن استبدالها بخليته الجسدية؟هذا ما سنعرفه في الفرع الثاني

الفرع الثاني

حكم الإستنساخ البشري الإنجابي الجسدي

إن هذا النوع من الاستنساخ هو تكاثر غير جنسي يتم بدمج نواة خلية جسدية بشرية في بويضة بشرية مفرغة النواة بمساعدة تيار كهربائي لتزرع اللقيحة بعدها داخل الرحم،وهذا النوع من الاستنساخ البشري الإنجابي، يتم في إطار العلاقة الزوجية وخارج العلاقة الزوجة، كما تتم بدخول طرف ثالث،اتفق أهل العلم على تحريم جميع صور الاستنساخ البشري الإنجابي الجسدي، التي يكون فيها تدخل لطرف ثالث كما اتفقوا على تحريمه خارج إطار العلاقة الزوجية، واختلفوا في الصورة التي تكون بين الزوجين.

تندرج تحت هذا النوع صورتين وهما تتمان حقيقة في إطار العلاقة الزوجية، حيث يتم خلالهما استبدال الحيوانات المنوية الذكرية الغائبة، أوالعاجزة بنواة خلية جسدية من الزوج أو الزوجة، لتدمج في بييضة الزوجة المفرغة النواة ثم تودع في رحمها[1] .

اختلف أهل العلم في هذه الصورة، وهي نقل نواة الخلية الجسدية المأخوذة من الزوج إلى بويضة زوجته المنزوعة النواة، وذلك على قولين:

القول الأول :أجمع جمهور أهل العلم على حرمة وعدم مشروعية هذا النوع من الاستنساخ البشري الإنجابي، وجاء هذا في:

-قرار مجمع الفقه الإسلامي بجده، بتحريم الاستنساخ البشري بطريقتيه المذكورتين-الاستنساخ الإنجابي الجنيني والجسدي -أو بأية طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر البشري .

-المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

الندوة الفقهية الطبية التاسعة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الطبية، و الأزهر الشريف[2].

وبه أفتى جمهور الفقهاء المعاصرين، نذكر منهم:

---

[1] عبد الناصر أبو البصل،المرجع السابق ،ص.23.

[2] أنظر، صبري الدمرداش،الإستنساخ قنبلة العصر،مكتبة العبيكان ،الرياض،ط1 ،1418،ص.70.

فتحي الدريني، صالح بن عثيمين، وهبة الزحيلي، الشيخ السيد طنطاوي،نصر فريد واصل،فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي،مختار السلامي،علي البار،حسن علي الشاذلي،سعيد حجاوي[1]... و غيرهم ،وجاءت حججهم من الكتاب والسنة كما يلي

1-دليلهم من الكتاب

قال تعالى{ وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَاخْتِلافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالِمِينَ}[2]

وجه الدلالة :لقد اقتضت مشيئة الله تعالى أن يكون الإختلاف بين البشر سنه من سننه الكونية خاصة في صفاتهم وطبائعهم ورغباتهم لتستمر الحياة على وجه الأرض، والاستنساخ يخالف هذه السنة الربانية فيقضي على الاختلاف الذي هو أساس قيام مصالح الناس ويجعلهم متشابهين.

- إن تشبيه الاستنساخ بالتشابه الحاصل في التوائم المتطابقة لا يصح، نظرا لوجود فروق بينهما،منها أن الاستنساخ حصل بفعل الإنسان وتدخله، وهذا بخلاف التوائم المتطابقة، وأن المولود بالاستنساخ تكون من خلية جسدية، أما التوائم المتطابقة فالمولود تكون من خلية جنينية من أبويه، كما أن نسبة التشابه في التوائم المتطابقة أقل من الاستنساخ .

- أن الاستنساخ لا يعد امتهانا لكرامة الإنسان، لأنه لا يجري إلا في حالة علاج العقم[3]

نوقش هذا الدليل من وجهين:

-أن الناس يوجد فيهم من يكون مشابها لغيره كما في التوائم المتطابقة،و لا يعد هذا مخالفا لسنة الله في خلقه.

-كما أن حدوث الاستنساخ لا يؤدي إلى القضاء على التمايز الموجود بين الناس، لأنه سيكون في حالات فردية وليس عاما[4].

قال تعالى{يَاأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاء وَاتَّقُواْ اللّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا}[5]

قال تعالى {وَمِن كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ}[1]

[1] بن عيسى رشيدة،مرجع سابق، ص .48.

[2] سورة الروم،الاية 22.

[3] محمد سليمان الشقر،المرجع السابق، ص. 336.

[4] سعد الشويرخ،المرجع السابق، ص 419..

[5] سورة النساء ، الاية01.

وجه الدلالة :دلت الآيتان الكريمتان على أن سنة الله في التكاثر البشري مبنية على وجود الزوجين الذكر والأنثى،والاستنساخ فيه تعد على سنة الله في خلقه وتكوينه من الذكر والأنثى،لأن المولود الحاصل من الاستنساخ يتم بواسطة خلية الزوج ولا علاقة للأنثى به إلا باعتبارها وعاء حاضنا له[2].

نوقش هذا الدليل

أن هذه الآيات لا حصر فيها لطرق التكاثر، فهي ذكرت الطريق المعهود لأسرار الخلية وكيفية عملها، فهو داخل في السنة الإلهية،

كما بينت حقيقة خلق الإنسان في كونه من ذكرا أو أنثى، وهذا يقتضي أن الإنجاب إنما يكون من تلقيح ماء الرجل ببويضة المرأة، أما عدا ذلك فالتكاثر بالاستنساخ مخالف لسنة الله فيكون محرما [3].

قال تعالى {وَلأُضِلَّنَّهُمْ وَلأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّن دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا }[4]

وجه الدلالة:أن في الاستنساخ الجسدي مخالفة للطريق الفطري الذي قدره الله للحصول على النسل و الولد،فقد خلق الله للزوجين وسائل الإنجاب، وهيأ كلا منهما لدوره في هذه العملية، و العدول عن الطريق الفطري إلى غيره تغير لخلق الله[5].

نوقش هذا الدليل

أن التغيير إنما يكون بعد إيجاد الإنسان كأن يحصل تغيير لهيئة الأعضاء وشكلها على غير ما خلقها الله عليه وليس كل تغيير يكون منكرا مثل علاج بعض العيوب التي تشمل على ضرر حسي ومعنوي ومنه فان هذه الأضرار الناشئة عن هذه العيب تكون سببا للترخيص بجواز الإقدام على علاجه، لأن ذلك يعتبر حاجة فتنزل منزلة الضرورة، للقاعدة الشرعية "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة" و الإستنساخ يندرج تحت هذه القاعدة نظرا لحاجة الزوجين المشروعة للولد[6] .

2-دليلهم من السنة

---

[1] سورة الذاريات ، الآية 49.

[2] نور الدين الخادمي،المرجع السابق،ص.55 .

[3] صبري الدمرداش،المرجع السابق،ص.77.

[4] سورة النساء،الآية 119.

[5] عمر سليمان الأشقر وآخرون، المرجع السابق،ص.671.

[6] إياد أحمد إبراهيم، الهندسة الوراثية...،مرجع سابق، ص. 155.

عن ابن عباس رضي الله عنه–قال :قال رسول الله صلى الله عليه و سلم "لا ضرر ولا ضرار"

وجه الدلالة :دل الحديث على حرمة الضرر وهذا موجود في الاستنساخ الجسدي،لأن الخلية الجسدية المأخوذة من المستنسخ منه لا تدخل في عملية انتقاء طبيعي، كما هو الحال في الإنجاب الطبيعي، كما أن الاستنساخ لا يكون فيه اتحاد لنواتي الحيوان المنوي والبويضة.

–كما أن التحكم في جنس الأجنة، باستنساخ الذكر من خلايا الذكر والأنثى من خلايا الأنثى، يمكن أن يؤدي إلى اختلال التوازن الدقيق الذي عهدته البشرية طوال تاريخها بين الذكور والإناث.

–إن عمر الخلايا التي ينشأ منها المولود هو عمر من أخذت منه الخلية فيكون المولود ابتدأ بخلايا قد مضى عليها مدة من الزمن، مما يجعله يعانى من الكبر عن ولادته،كما أن الأبحاث العلمية والدراسات الطبية أثبتت أن التغييرات المرضية التي تحدث بالخلايا كالسرطان تتزايد بتقدم عمرها [1].

3–دليلهم من القواعد الفقهية

"درء المفاسد أولى من جلب المصالح "

وجه الاستدلال بالقاعدة :سبق ورأينا ما يترتب على عملية الاستنساخ الجسدي من مصالح ومفاسد، وبالموازنة بينها نجد أن المفاسد تربو على المصالح، بل المصالح لا تكاد تذكر، ومن هنا تمنع هذه المسألة، درءا للمفاسد، وهذا إذا تساوت المصلحة مع المفسدة، فكيف إذا كانت المفاسد أكثر[2].

–الاستنساخ الجسدي يشجع بعض الظواهر الاجتماعية الخارجة عن المألوف، حيث يفتح الباب أما الشواذ من الرجال والنساء لكي ينجبوا بهذه الطريقة، فالمرأة يمكنها أخذ خلية جسدية من نفسها أو من صديقتها التي تعاشرها دون الحاجة إلى رجل والأمر كذلك بالنسبة للرجل، فيمكنه تأجير رحم امرأة تحمل له خليته الجسدية في بييضة مفرغة النواة.

–إن الإستنساخ البشري الإنجابي الجسدي وإن كان يهدف لمساعدة الأزواج العقيمين على الإنجاب، إلا أنه يُمنع عقلا ويُحرم شرعا ويرفض واقعا لأنه لا يحقق المصلحة المرجوة من ايجاد نسل سليم معافى،معلوم النسب،محفوظ الحقوق.[3].

القول الثاني: أصحابه أجازوا العملية وقدّموا حججهم بناء على السنة النبوية والقواعد الفقهية :

1–دليلهم من السنة النبوية

[1] أنظر، ابن السبكي، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1، 1411 هـ، 1991 م .ص.11 .

[2] نور الدين الخادمي،المرجع السابق،ص.64 .

[3] الحسين بلحساني،المرجع السابق، ص.84.

عن أسامة بن شريك– رضي الله عنه –أن النبي صل الله عليه وسلم قال "تداووا، فان الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد الهرم"[1].

عن جابر –رضي الله عنه– عن رسول الله صل الله عليه وسلم قال "لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل"[2] .

وجه الدلالة بين النبي ﷺ في الجملة الأولى أنه ما مِن مَرَض في هذا الوجود روحيًّا كان أو بدنيًّا إلا وله دواء يُعالَج به، علِمه مَن علِمه، وجَهِله مَن جَهِله، وبيَّن في الجملة الأخرى التي رتَّبها على سابقتها أنه إذا وافَق الدواء الداء، وأذن الله تعالى بالشفاء، عوفي المريض من مرضه، وسلِم من دائه، فهذان شرطان للبُرْء لا بد منهما:

إصابة الداء وموافقته للدواء، بأن يكون مناسبًا له في كميَّته وكيفيَّته وزمان تَعاطيه ومكانه، وتلقِّيه بالقبول، ولا سيما الدواء الرباني والطب النبوي؛و بالتالي الاستنساخ الجسدي هو معالجة الزوج العقيم الذي لا توجد عنده حيوانات منوية، ولم تنفع معه الوسائل العلاجية، ويرغب هو و زوجته في الإنجاب، والعقم أيا كان سببه هو مرض من الأمراض فيدخل في عموم الحديث الشريف الحاث على التداوي، وطلب العلاج مباح[3].

نوقش هذا الدليل

أن جواز التداوي مشروط بعدم الوقوع في أمر محرم فالاستنساخ يمثل تجربة لا أخلاقية خطيرة تربك مفاهيم الأبوة والأمومة والأشقاء وكل العلاقات الاجتماعية المرتبطة بها.

إن في هذه الطريقة خروجا عن منهج الإنجاب الشرعي القائم على امتزاج خلية الأب والأم في تكوين المولود، واكتساب صفاته منهما جميعا، فالإنجاب الذي تترتب عليه جميع الأحكام الشرعية هو الذي يكون المولود فيه متصلا بأبويه صلة تكوين مباشرة و وراثة، وهذا غير موجود في الاستنساخ الجسدي[4] .

أن أدلة التحريم التي سبقت عامة تشمل حالة معالجة العقم بزراعة نواة الخلية الجسدية، لأن الأضرار والمفاسد المترتبة عليه توجد في العلاج أيضا.

2–دليلهم من القواعد الفقهية [5]

---

[1] سنن الترميذي، سبق تخريجه.

[2] مسلم، كتاب الإسلام، باب ما أنزل الله داء دواء استحباب التدواي، حديث 2204 ، ج / 04 ص. 1729.

[3] صبري الدمرداش، المرجع السابق، ص. 75.

[4] أنظر، بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة،مؤسسة الرسالة، بيروت،ط1، ، 1416 هـ ، 1996 ،ص.247 .

[5] أنظر ، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1،،2010،ص.88.

"الحاجة تنزل منزلة الضرورة خاصة كانت أو عامة"

"ما أبيح للضرورة يتقدر بقدرها"

"درء المفاسد أولى من جلب المصالح"

وجه الإستدلال

-يؤدي الحرمان من الإنجاب للحرج والمشقة، ويلحق الضرر، والمشقة والحرج منتفيان في الشرع، والحاجة راعتها الشريعة الإسلامية، فيكون العلاج بهذه الوسيلة مأذونا فيه .

-في حالة ما إذا كان الزوجان حاملين لمرض وراثي خطير، فان الإنجاب بالطريق الطبيعي يرفع نسبة ولادة أطفال مصابين بهذا المرض ،لذا يمكن تجنبه بالاستنساخ حيث يكون المولود حاملا للمرض، وليس مصابا.

-يمكن الحصول على أفضل الصفات الوراثية، وذلك بإجراء الاستنساخ على نوعيات معينة من البشر تتميز بالقدرات العقلية ، والقوة البدنية [1].

بعد عرضنا لمجموعة من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية بين مؤيد ومعارض ،يبدوا لنا أن أصحاب القول الأول الداعين لحرمة هذا النوع من الإستنساخ أكثر صوابا و هذا لعدة اعتبارات :

*أصحاب القول الأول أدلتهم كانت مقنعة وكافية

*كما أن سنة الله في الخلق اختلاف الألوان والألسن حتى يتميز كل إنسان عن غيره، والاستنساخ ينافي هذه السنة فالمواليد بالاستنساخ كلهم متشابهون تماما للأصل الذي أخذت منه الخلية في جميع الصفات.

*إن القيام بهذا النوع من الإستنساخ الإنجابي مخالف للغاية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، لما فيه من مفاسد.

*إن الاستنساخ الإنجابي الجسدي مخالف لأصل التلقيح الذي يكون بين خليتين جنسيتين من ذكر وأنثى، وهذا مخالف لنصوص الشرع وطبيعة العلاقة الزوجية

وكخلاصة لموضوع الإستنساخ البشري الإنجابي الجسدي سواء في إطار العلاقة الزوجية أوبدخول طرف ثالث أو خارج العلاقة الزوجية،فهو عمل مخالف للفطرة، ويمس جانب حفظ النسل والنسب والنفس

[1] سعد الشويخ ، المرجع السابق ،ص. 416.

ويُجرد الإنسان من انسانيته ويدمر أسمى الروابط الإجتماعية(رابطة الأبوة و الأمومة و البنوة) وليس كل ما يُجرب في الحيوان والنبات بالضرورة يطبق على الإنسان .

كان هذا الموقف الشرعي الذي رفض فكرة الإستنساخ البشري ،فماذا سيكون الموقف القانوني خاصة وأن الدول الغربية دائما تشجع و تدعوا للإستفادة من البحوث الطبية بغض النظر على الجانب الديني .هذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

الإستنساخ البشري في الإتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية

بعد الضجة الإعلامية التي رافقت نبأ الإعلان عن ميلاد النعجة دوللي، وتتابع الإعلانات عن ميلاد الكثير من الحيوانات المستنسخة، وتوعد بعض العلماء واستعدادهم لتطبيق التقنية نفسها على البشر، وجدت الدول والهيئات الدولية نفسها مجبرة،بل وملزمة بمراقبة قضية الاستنساخ البشري، ومتابعة تطوراته ومستجداته التي أثارت جدلا حادا بين مؤيد ومعارض من رجال القانون والدين وعلماء البيولوجيا، مما أضحى من اللازم التدخل لحسمها والحد من وطأتها ومدى تأثيرها على واقع البشرية ،من خلال إصدار تشريعات جديدة أو مراجعة وتعديل قوانين كان منصوص عليها من قبل.فكيف عالجت المنظمات الدولية قضية الإستنساخ البشري؟ وماذا عن المشروعية القانونية لهذه النازلة؟ كل هذه التساؤلات الهامة ستتم الإجابة عنها من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول

موقف المنظمات العالمية

من أبرز الهيئات التي اهتمت بقضية الاستنساخ البشري على سبيل المثال وليس الحصر، وأدرجتها ضمن جلساتها ودوراتها وخصتها بنصوص قانونية نذكر منها :هيئة الأمم المتحدة،منظمة الصحة العالمية

أولا : موقف هيئة الأمم المتحدة

لقد كان وضع اتفاقية دولية لمنع استنساخ البشر لأغراض الإنجاب البشري قيد النظر في الأمم المتحدة منذ عام 2001 عندما أدرج هذا الموضوع في جدول أعمال الدورة السادسة والخمسين بوصفه بنداً تكميلياً بناء على طلب من فرنسا وألمانيا،حيث ناقش هذه المسألة الفريق العامل التابع للجنة القانونية السادسة، وقدم تقريراً إليها عن استنتاجه بهذا الخصوص في شباط/فبراير2005.

وعن النقاش الدائر في الدورات من 56 إلى 58 للجمعية العامة (2001-2003)، بعد النظر في وضع اتفاقية دولية لحظر استنساخ البشر لأغراض الإنجاب، قررت الجمعية العامة السادسة والخمسين تشكيل لجنة تختص في وضع اتفاقية دولية لحظر استنساخ البشر لأغراض الإنجاب وطلب منها تقديم تقرير عن أعمالها إلى الجمعية العامة في دورتها السابعة والخمسين؛اجتمعت اللجنة في أوائل 2002 لبحث الاقتراح الذي قدمته فرنسا وألمانيا لمنع استنساخ البشر لأغراض التكاثر، وواصل هذا النقاش الفريق العامل التابع للجنة السادسة في أيلول/سبتمبر 2002، ورغم أن جميع الدول عارضت استنساخ البشر لأغراض الإنجاب فأن البعض منها دعا إلى إتباع نهج أكثر شمولاً في هذا الجانب، وذلك لحظر استنساخ البشر مهما تكن الأغراض منه بما في ذلك البحوث أو العلاج[1] .

وفي الدورة السابعة والخمسين للجمعية العامة في 2002 نظرت الجمعية في تقريري اللجنة المختصة والفريق العامل وقررت

دعوة الفريق العامل التابع للجنة السادسة مرة أخرى إلى الانعقاد خلال الدورة الثامنة والخمسين لمتابعة هذه الأعمال.واصل ذلك الفريق العامل الذي عقد اجتماعاته بين29 أيلول/سبتمبر و3 تشرين الأول/أكتوبر 2003، مواجها الصعوبات في وضع صيغة معاهدة من هذا القبيل، حيث كانت الخلافات بين مؤيدي حظر الاستنساخ لأغراض الإنجاب والداعين إلى حظر كلي وشامل من المسائل التي استعصت على الحل؛ وفي نهاية الأمر أيدت اللجنة السادسة (ثمانين صوتاً مقابل تسعة وسبعين) لائحة إجرائية بتأجيل النقاش حتى انعقاد الدورة الستين للجمعية العامة، وقررت الجمعية العامة دون تصويت تأخير هذا النقاش حول معاهدة عالمية لمدة سنة واحدة فقط وإدراج هذا البند على جدول أعمال الدورة التاسعة والخمسين[2] .

واستمر النقاش الدائر في الدورة التاسعة والخمسين للجمعية العامة(2004) حيث عاودت اللجنة السادسة بحث هذه القضية إبان الدورة الحالية للجمعية العامة، ورغم أن ممثلي الدول الأعضاء مازالوا متفقين على الحاجة الملحة لحظر الاستنساخ لأغراض الإنجاب،فقد ظلوا منقسمين حول ما إذا كان يتعين أن تحظر المعاهدة أيضاً المضغ البشرية المستنسخة لأغراض البحوث الطبية أو العلمية أم لا.وجاء تدعيم الموقف من

[1] La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme (Historique, principes et application, sous la direction dz HENK A.M.J. et HAVE et Michèle S. Jean,Collection Ethiques, Edition UNESCO, 2009, p.17, publié sur le site : http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001829/182954f.pdf .

[2] La Déclaration universelle sur la bioéthique et les doits de l'homme, précitée ,pp19-20.

خلال مشروع قرار قدمه ممثل كوستاريكا نيابة عما يزيد على 60 دولة أخرى على حظر جميع أشكال استنساخ بني البشر، وكانت من بين الحجج المقدمة في تأييد الحظر الشامل هي أنه :

أولاً سيكون من المستحيل ضبط الاستنساخ لأغراض الإنجاب إذا سمح باستنساخ المضغ البشرية لأغراض أخرى.

ثانياً أن عملية تخليق ومن ثم إتلاف مضغة بشرية مستنسخة خطيئة بحد ذاتها[1].

كما كان مشروع القرار الذي قدمه ممثل بلجيكا يدعو إلى حظر استنساخ بني البشر لأغراض الإنجاب ويتيح لكل دولة بمفردها ثلاث خيارات لضبط الأشكال الأخرى من استنساخ الإنسان هي:

-اعتماد حظر أو تعليق إلزامي أو تنظيم هذه العمليات من خلال سن قوانين وطنية لمنع إساءة استعمالها ،وحجة مؤيدي هذا الموقف أن الحظر الوحيد الذي يحظى بموافقة الجميع دون استثناء هو حظر استنساخ بني البشر وهذا أمر ينفي فرضه على الفور وهو بمثابة رسالة واضحة للأطباء والباحثين الذين يعوزهم الشعور بالمسؤولية ويحاولون تخليق أطفال بنقل نوى الخلايا الجسمية وأن أي اتفاقية بهذا الصدد لن تكون عالمية النطاق وشاملة مالم تأخذ في الحسبان اختلاف الآراء والقواعد المتعلقة بالاستنساخ العلاجي فيما بين الدول الأعضاء.

- أما بالنسبة للحظر المتمثل في أن يؤدي الاستنساخ لأغراض البحوث إلى استنساخ بني البشر، فقال مؤيدو مشروع الاقتراح الذي قدمته بلجيكا أن مهمة وضع القيود المناسبة وضبط سوء الاستعمال تقع على عاتق الأطر القانونية الداخلية .

-وإذا تبين بصورة واضحة أن أياً من الاقتراحين لن يحظيا بدعم وتأييد الغالبية العظمى، فسيطرح بديل ثالث في اللجنة السادسة في 19 تشرين الثاني/نوفمبر 2004 من قبل ممثل إيطاليا، ويقترح مشروع القرار هذا إصدار إعلان يدعو الدول الأعضاء إلى اعتماد تنفيذ قوانين تحرم أية محاولات لتخليق حياة بشرية من خلال عمليات الاستنساخ وأية بحوث ترمي إلى بلوغ هذه الغاية وإلى ضمان احترام كرامة الإنسان في شتى الظروف والأحوال، لدى تطبيق العلوم البيولوجية، وخصوصاً عدم استغلال المرأة في هذا المجال ويمكن أن يناشد الإعلان أيضاً الدول الأعضاء اعتماد التدابير الضرورية لحظر تطبيق طرائق الهندسة الجينية التي قد تهدد كرامة الإنسان[2] .

[1] أنظر،فواز صالح،الإستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية،مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية،المجلد20 ،عدد الأول،2004،ص.81.

[2] استنساخ البشر لأغراض الإنجاب:حالة النقاش الدائر في الجمعية العامة للأمم المتحدة،وثيقة المعلومات رقم02 ،ديسمبر2004 ،ص05 منشورة على الموقع الإلكتروني

وتشير ديباجة الإعلان إلى الصفة الملحة للوقاية من الأخطار المحتملة التي ينطوي عليها استنساخ بني البشر بالنسبة لكرامة الإنسان، مع إعادة تأكيد وجوب أن يتم تحقيق التقدم بطريقة تضمن احترام حقوق الإنسان وتعود بالنفع على الجميع.

كما تم إقرار اقتراح تشكيل فريق عمل ليضع النص النهائي للإعلان يرتكز على مشروع القرار الإيطالي بتوافق الآراء في 19تشرين الثاني/نوفمبر2004،حيث اجتمع الفريق العامل في 14 و15 و18 شباط/ فبراير2005 واجتمعت اللجنة في 18 فيفري لاتخاذ الإجراءات اللازمة ،حيث تمّ التوصل إلى اعتماد إعلان الأمم المتحدة بشأن إستنساخ البشر بموجب قرار الجمعية العامة رقم 280/59 المؤرخ في 2005/03/08 بموافقة 84 دولة ومعارضة 34 وامتناع 37 دولة وغياب 36 دولة عن الجلسة، كما دعا الإعلان إلى ضرورة الاسترشاد بالمقاصد والمبادئ الواردة في ميثاق الأمم المتحدة التي تشير إلى الإعلان العالمي بشأن الجين البشري وحقوق الإنسان الذي اعتمده المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة في11 تشرين الثاني/نوفمبر 1997 وبخاصة المادة 11منه التي تنص على عدم السماح بممارسات تتنافى والكرامة البشرية كاستنساخ الكائنات البشرية لأغراض التكاثر[1] .

وإذ تشير أيضاً إلى قرارها رقم 152/53 المؤرخ في 9 كانون الأول/ديسمبر 1998 الذي أيدت بموجبه الإعلان العالمي بشأن الجين البشري وحقوق الإنسان، وإدراكاً منها للشواغر الأخلاقية التي تثيرها بعض تطبيقات التطور السريع لعلوم الحياة فيما يتعلق بالكرامة البشرية وحقوق الإنسان والحريات الأساسية للأفراد،إذ تعيد تأكيد أن تطبيقات علوم الحياة ينبغي أن تسعى إلى التخفيف من معاناة الأفراد والبشر جميعاً وتحسين أحوالهم الصحية.

كما تشدد على أنه ينبغي السعي إلى تحقيق التقدم العلمي والتقني في علوم الحياة بصورة تكفل احترام حقوق الإنسان وتعود بالنفع على الجميع.وإذ تضع في الاعتبار ما قد يترتب على استنساخ البشر من أخطار جسيمة طبية وبدنية ونفسانية واجتماعية على الأفراد المعنيين، وتدرك أيضاً ضرورة الحيلولة دون استغلال المرأة، واقتناعاً منها بضرورة المسارعة إلى ردع الأخطار التي قد يجلبها استنساخ البشر على الكرامة البشرية دعت إلى :

أ- اتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية الحياة البشرية بشكل ملائم في تطبيقات علوم الحياة.

---

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/22514/B115_ID2-ar.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

[1] استنساخ البشر لأغراض الإنجاب:حالة النقاش الدائر في الجمعية العامة للأمم المتحدة،المرجع السابق،ص.04.

ب-دعوة الدول الأعضاء إلى حظر جميع أشكال استنساخ البشر بقدر ما تتنافى مع الكرامة البشرية وحماية الحياة الإنسانية.

ج-دعوة الدول الأعضاء كذلك إلى أن تتخذ التدابير اللازمة لحظر تطبيق تقنيات الهندسة الوراثية التي تتنافى مع الكرامة البشرية

د-دعوة الدول الأعضاء إلى اتخاذ التدابير للحيلولة دون استغلال المرأة في تطبيقات علوم الحياة.

هـ-دعوة الدول الأعضاء أيضاً إلى أن تقدم دون إبطاء باعتماد وتطبيق تشريعات وطنية تدخل بموجبها الفقرات أ إلى د حيز النفاذ.

و-دعوة دول الأعضاء كذلك إلى إن تراعى في تمويلها للأبحاث الطبية بما في ذلك في مجال علوم الحياة القضايا العالمية الملحة مثل فيروس نقص المناعة البشرية، متلازمة نقص المناعة المكتسب الإيدز و السل والملاريا التي تؤثر بشكل خاص في الدول النامية[1].

ثانيا: موقف منظمة الصحة العالمية

دعت المنظمة العالمية للصحة منذ 1991 إلى حظر ومنع كل الأبحاث أوالتجارب الماسة بالجسم البشري والتي تثير مشاكل أخلاقية وأكدت موقفها المانع والرافض لجعل تقنية الاستنساخ وسيلة لتنسيل الكائنات البشرية، وعللت ذلك بكون استنساخ البشر عمل لا أخلاقي ممتهن للكرامة الإنسانية،وعلق في هدا الصدد الدكتور هيروشي ناكاجيما المدير العام للمنظمة بتاريخ 1997/03/11 "إن استخدام الاستنساخ لإنتاج نسخ لأفراد من البشر يعد عمل غير مقبول أخلاقيا،كما أن فيه انتهاكا لبعض المبادئ الأساسية التي تحكم الإنجاب عن طريق العون الطبي،ويدخل في هذا احترام كرامة الإنسان وحماية أمن المادة الوراثية الإنسانية ...لكن في المقابل فإن معارضة الإستنساخ البشري لا تعني بالضرورة فرض حظر شامل على كل إجراءات الإستنساخ وأبحاثه،بل إن استنساخ الخطوط الوراثية للخلية الإنسانية إجراء روتيني لإنتاج الأضداد وحيدة الخلية لتشخيص البحوث المتعلّقة بالأمراض كالسرطان والإيدز ،فالبحث العلمي في استنساخ الحيوانات وخصالها المختلفة التي تغير جيناتها قد يحقق فوائد في مجال التطبيقات العلاجية لكن علينا التنبيه لنتائجها السلبية المحتملة مثل انتقال الأمراض السارية من فصيلة إلى أخرى ثم على الإنسان"[2]؛وأضاف قائلا:"... الإتفاق عالمي فيما يخص وجوب حظر كل الأشكال المتطرفة للبحث مثل الإستنساخ (الخلق الخرافي)،وأن منظمة الصحة العالمية ستمسك بزمام الأمور في تنظيم الحوار،وسنطالب بوجوب أن تكون

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

[2] شعبان الكومي أحمد فايد،المرجع السابق،ص.143.

الجوانب الأخلاقية في البحوث والتقنية المتعلقة بالصحة هي جوهر الحوار وفي حدود قدراتنا سوف نركز في البداية على منطقين:

-صحة الإنجاب والتطبيقات الطبية الإحيائية للبحوث الجارية على الطاقم الوراثي البشري وسوف يكون هدفنا هو أن نساعد في تقويم الإحتياجات والممارسات الحالية.

-أن نُراجع الطرق الفنية والإجراءات من أجل بناء اجماع على الإحتياطات التقنية و الأخلاقية التي سيتم تطبيقها"[1] .

وفي 14 ماي 1997 أصدرت المنظمة قرار ها بشأن تجريم الإستنساخ البشري مرتكزة في ذلك على مبدأين رئيسيين كرامة الشخص الإنساني ومسؤولية الباحثين والأطباء مع اتخاذ موقف من خلال:

-التأكيد على أن استعمال الإستنساخ لإنتاج كائنات بشرية غير مقبول من الناحية الأخلاقية،وهو مناف لحرمة الشخص البشري والآداب والأخلاق العامة.

-يتوجب على المدير العام للمنظمة أخد الاحتياطات لتوضيح وتقدير العواقب والآثار الأخلاقية والعلمية في مجال الصحة الإنسانية،لأن أي محاولة لاستخدام تكنولوجيا الإستنساخ الجديدة في عمل نسخ متطابقة من البشر غير مقبولة لأنها تخالف المبادئ الأساسية للولادة[2] .

كما عزّزت موقفها وجهودها في سنة 2004 من خلال اصدارها لوثيقة اعلامية صادرة عن المكتب الإقليمي للشرق الأوسط،حيث تضمنت مجموعة من التوصيات تحت عنوان "**اتخاد موقف اقليمي من الإستنساخ البشري**" وجاء فيها :

-إعادة تأييد الإجماع العالمي على حظر استنساخ البشر.

- قيام البلدان الإسلامية بدراسة ومناقشة ظاهرة الإستنساخ لأغراض علاجية على أن يشارك العلماء ورجال الدين والفقهاء وأصحاب القرار السياسي ومؤسسات المجتمع المدني للتوصل إلى رأي جامع.

-إعداد القواعد والأنظمة والدلائل الإرشادية اللازمة لتطوير الإستنساخ لأغراض علاجية من جهة ولردع ومراقبة أي استخدام لهذه التكنولوجيا[3] .

---

[1] شعبان الكومي أحمد فايد،المرجع نفسه ،ص.144.

[2] أنظر، رضا عبد الحليم عبد المجيد،الحماية القانونية للجين البشري "الإستنساخ و تداعياته"،دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،ط2001،2،ص.258.

[3] اتخاد موقف اقليمي من الإستنساخ البشري،منظمة الصحة العالمية،المكتب الإقليمي لشرق المتوسط،الدورة الحادية والخمسون،البند07 من جدول الأعمال،2004،ص07. منشور على الموقع الإلكتروني : https://apps.who.int/iris/handle/10665/122274.

ونظرا لأهمية التنوع الوراثي،فقد نصت عليه أيضا الإتفاقيات الخاصة بالبيولوجيا وحقوق الإنسان،فالإعلان العالمي للبيولوجيا الصادر عن اليونيسكو سنة 2005 أكّد على "أهمية التنوع الوراثي البشري،وضرورة الحفاظ عليه بوصفه جزءا من التراث العالمي للإنسان".إلا أن تقنية الإستنساخ البشري تؤدي إلى هدم هذا التنوع الوراثي لأن المولود يعد نسخة طبقا الأصل لصاحب الخلية الجسدية مما يُؤدي إلى بروز وانتشار لصفات وراثية محددة واختفاء البعض الآخر،وبستدلون على ذلك بالقول "إن زواج الأقارب يُسبب الكثير من الأمراض الوراثية نتيجة تقارب الصفات الوراثية بين الزوجين،فماذا لو كان كل الجينوم من شخص واحد؟".وقد أكد هذا القول المتحدّث الرسمي باسم منظمة الصحة العالمية فيليب ستروت Philippe stroot حين أوضح "أن الإستنساخ البشري غير مقبول لأنه يهدد التطور البشري من خلال تدمير التنوع الوراثي "[1].

لكنه رغم كل الجهود إلا أن منظمة الصحة العالمية لم تستطع التوصل إلى اتفاق عالمي في صيغة ملزمة تفرضه على الدول، وبقيت عبارة عن توصيات تفتقد للقوة الإلزامية .

الفرع الثاني

موقف المؤتمرات الدولية والعلمية من الاستنساخ البشري

أقامت دبي مؤتمر الحيرة حول الاستنساخ بمشاركة 14 خبيرا دولياً وعربياً ومؤسسات علمية ومجموعة من رجال الدين المسلمين والمسيحيين .حيث تناول مسألة الاستنساخ التي أصبحت مثار جدل عالمي، ولقد دأبت دبي على تشجيع التقدم العلمي والتطور التقني وتأهيل الكوادر البشرية والمساهمة في تثقيف المجتمع من خلال عقد المؤتمرات والندوات. وفي هذا الإطار عقد المؤتمر الأول للخبراء الجنائيين خلال 1994 و1996 وهنا يتم اللّقاء للمرة الثالثة في مؤتمر الحيرة حول الاستنساخ وأوضح ممثل دبي أن العلم سلاح ذو حدين قد يستخدم لمنفعة البشرية أو قد يكون وبالاً عليها، ولنا من التقدم النووي خير مثال على ذلك فعلى الرغم مما أثبتته قضية الاستنساخ من فوائد طبية واقتصادية، إلا أن استنساخ النعجة (دوللي) أثار ردود أفعال علمية وأخلاقية ودينية في مختلف أنحاء العالم، وقال كمساهمة منا في إزالة اللبس حول هذه المسألة ينعقد هذا الملتقى الذي يضم العديد من أهل الخبرة والاختصاص لتبادل وجهات النظر في محاولة لوضع الضوابط القانونية للحيلولة دون إساءة استخدام هذه التقنية، وأكد أهمية مشاركته الكاملة وتبادل المعارف والمعلومات ووجهات

[1] Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, 19 October 2005.

النظر حول هذه القضية الحساسة والبالغة الخطورة في نفس الوقت .وقال أن الإعلان المثير عند ولادة أول حيوان ثديي يتم استنساخه من خلية نسيج جداري من قبل معهد روزالين اعتبر فتحاً كبيراً في قرننا هذا، وأثار أحد أكبر معضلات القرن المقبل، وأشار إلى أن الاستنساخ وخاصة ما يتعلق منه بالكائن البشري قد فجر قضايا كثيرة هامة وأخلاقية وعلمية ودينية ولا يزال معظمها بلا إجابة [1].

وبدأت أولى جلسات العمل حيث ترأسها الدكتور (جروجيز كونو كوجبان) مدير وحدة الأخلاقيات الحيوية في منظمة اليونسكو وتحدث خلالها الدكتور (ألان كوفان) مدير وحدة الإنتاج في شركة PPL في اسكتلندا حول قصة النعاج الثلاث (ترايس ودوللي وبولي) حول المفاهيم والتطبيقات الطبية لتقنية نقل الجينات وتم تقديم شرحاً وافياً فيما يتعلق بسبب بدء هذه التجارب وأهميتها في الاستخدامات الطبية وقال أنها بدأت لأسباب علمية وتجارية ثم تأثير هذا النشاط على الإنسانية،وبخصوص استخدام الكيمياء الحيوية ونقل الجينات أشار إلى نجاح تجربة ولادة خمس نعجات عام 1995 مهجنة بالبروتين الإنساني، إضافة إلى 700 نعجة تعزز إمكانية القيام بتجارب أخرى هدفها استخلاص جينات ذات فوائد عديدة للإنسان،وتساءل الدكتور كوفان عن عدم الرضا الذي تلقاه من قبل الكثيرين حول استخدام هذه التقنية، وقال الهدف المؤكد هو استخلاص جينات تساعد في الاستخدامات الطبية من حيوانات مهجنة بجينات إنسانية وتحدث الدكتور عن نجاح تقنية نقل الجينات على الفئران وقال أن مثل هذه التجارب لم تثبت إمكانية استخدامها على الإنسان[2] .

وأوضح الدكتور أن الهدف العلمي لعمليات الاستنساخ يتوقف على استبدال ونزع جينات غامضة ومصابة بأخرى مستنسخة لتحل مكان المريضة وقال أن ما نحاول فعله سواء في إطار مكافحة الشلل لدى الإنسان أوالسرطان فضلا عن إمكانية الاستفادة من ذلك العلم في النواحي الزراعية من خلال الإكثار من التنوع الجيني لزيادة الإنتاج وتحقيق وفرة غذائية،واختتم الدكتور(ألان كولمان) محاضرته بمحاولة التخفيف من حدة الانتقادات العلمية والأخلاقية والدينية التي صاحبت الإعلان عن نجاح استنساخ الحيوانات وقال أن هذه الإعتراضات تركزت حول إمكانية زرع خلايا الإنسان والحصول على خلايا أخرى معدلة بفعل تقنية نقل وتبادل وزرع الجينات وقال أن رؤيته للمستقبل تتوقف على ما ثبت علمياً في عملية استنساخ النعجة (دوللي) وهي أن الخلية لم تفشل في امتلاكها لعناصر النمو بعد نقلها إلى موضع آخر، وأشار إلى أن التركيز تم على

[1] افتتاح مؤتمر الحيرة حول الإستنساخ بمشاركة عربية ودولية في دبي،ملخص منشور عبر الموقع الإلكتروني ، https://www.albayan.ae/across-the-uae/1998-04-05-1.1027779 .

[2] مؤتمر الحيرة حول الإستنساخ ،المرجع نفسه .

الخلايا المتطورة عن طريق نقلها وتجربتها على حيوانات أخرى مثلما هو الحال للنعجة (دوللي) وأوضح أن هذا التطور سيساعد على برمجة الخلايا وتحديد أطر وكيفية زرعها في خلايا أخرى وهو ما يحاول العلماء تحقيقه منذ أكثر من 50عاما ، وأشار إلى أن الهدف الرئيسي للخلايا المتطورة هو مهاجمة والقضاء على الخلايا المريضة مثل السرطان [1].

وتحدث البروفيسور (رودولف جانيس) من معهد (وايتهيد للأبحاث الطبية) وقسم العلوم الحيوية بمعهد (ماساتشوسيتس للتكنولوجيا) بالولايات المتحدة الأمريكية وقال خلال المحاضرة الثانية بعنوان (استنساخ الثدييات بين الخرافة والواقع) أن الاستنساخ الناجح للنعجة (دوللي) من خلية بالغة يمثل معلماً بارزا ليس في ميزان علم الحياة التجريبي في الثدييات فحسب بل له انعكاساته الواسعة الخطيرة على مستقبل المجتمعات.

بعد ذلك بدأت الجلسة الثانية وترأسها البروفيسور(رايموند سبير) من جامعة سادي بالمملكة المتحدة حيث تحدث في المحاضرة الأولى الدكتور (جورجيز كونو كوجيان) مدير وحدة أخلاقيات العلوم الحيوية في منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) وكانت المحاضرة بعنوان (الجدل العالمي حول الجوانب الأخلاقية للاستنساخ البشري) حيث أعاد إلى الأذهان الإعلان العالمي حول هندسة الجينات البشرية وحقوق الإنسان الذي أضافه لأول مرة عام 1993 (فوريكو مايور) مدير اللجنة الدولية للأخلاقيات علم الحياة التابعة لمنظمة(اليونسكو)، وتبنى المؤتمر العام لليونسكو له في نوفمبر 1992،كما ألقى الضوء على الموقف الذي يتبناه المدير العام حول النقاش الذي تفجر أثر نجاح استنساخ النعجة دوللي ويحظر تطبيقات مثل هذه التكنولوجيا على البشر، وأوضح الدكتور (كوجيان) أن هناك ثلاثة مجالات على الأقل لاستخدامات الاستنساخ تتفاوت فيها وجهات النظر الاجتماعية والأخلاقية وتتضارب .وقال أن التناول هنا يتم وفقا لحيثياتها :

1-الاستنساخ من خلال النقل الخلوي أو الانشطار الرحمي في الحيوانات.

2- الاستنساخ بأسلوب التحويل الخلوي لإنتاج خطوط خلايا بشرية أو أنسجة.

3- الاستنساخ بفعل الخلايا أو شطر الرحم لإنتاج كائنات بشرية(الاستنساخ البشري[2])

[1] أنظر،عدنان عباس موسى، المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الإستنساخ،مجلة العلوم السياسية،جامعة بغداد،عدد 43، 2011 ،ص.92. منشورة على الموقع الإلكتروني:

http://jcopolicy.uobaghdad.edu.iq/index.php/jcopolicy/article/view/233/179_ .

[2] عدنان عباس موسى،المرجع نفسه،ص. 94.

وفي المؤتمر العالمي السابع للإعجاز العلمي في القرآن والسنة أكدوا فيه على فوائد الاستنساخ البشري في النقاط الآتية:

1-لمساعدة العضو المنهك وأما باستبدال العضو كاملاً بديلاً عن تقنية زراعة الأعضاء في الوقت الحاضر لأن تكاليفها باهظة وغير مضمونة النتائج وينتج عنها مشاكل مناعية كبيرة.

2- الأنسجة المستخدمة من القلب مثلاً قد تعالج الذبحة الصدرية القلبية بحقن هذه الخلايا في العضلة القلبية المصابة لتنمو وتحل محل التالف منها، وتقوم بوظائفها وتعيد الحياة للقلب المريض وتنقذ صاحبه من الموت المحقق ..ومما يذكر أن أمراض القلب على المستوى العالمي تعتبر السبب الأول للوفاة على الإطلاق.

3- يتنبأ العلماء أن تقنية الاستنساخ سوف تقلل أو تمنع أمراض الشيخوخة وذلك من خلال تعويض الأنسجة التالفة في الأعضاء الحيوية في كبار السن ومن ثم تتحسن الوظائف الوظيفية وتطول أعمارهم وتقل أمراضهم.

4-علاج العقم: تساهم تقنية الاستنساخ في إنتاج خلايا المبيض أو الخصبة وحقنها في الأنثى أو الذكر لتقوم بوظائف إنتاج البويضات أو الحيوانات الذكرية المنوية بتكلفة قليلة وبنتيجة مضمونة.

5- علاج أمراض داء البول السكري والرعاش ومرض الزهايمر والأمراض الوراثية وأمراض ضعف المناعة والسرطانات ...الخ من خلال تعويض الأنسجة التالفة بأخرى مستنسخة من خلايا تؤخذ من المرضى المعنيين.

6- عمليات التجميل مثل تشوهات الحروق والكسور والثدیین ...الخ من خلال زراعة الأنسجة وإحلالها محل التالف منها.

7- هذه التقنية للعلاج أو الوقاية تعتبر عملية ورخيصة ومضمونة النتائج وفوائدها محققة في نظر علماء التقنية الاستنساخية[1] .

لقد تبين من دراسة الاستنساخ بصورة عامة والاستنساخ البشري بصورة خاصة من قبل المؤسسات والمنظمات الدولية، قد جوبه بالرفض في معظمها، وهذا الموقف ليس بغريب على المنجزات العلمية والفتوحات البحثية فقد عودتنا التجارب عبر المراحل التاريخية أن الرفض لهذه المنجزات من خلال ما يبرر لمخالفته للتقاليد والأديان والأخلاق كما يبدو لبعض الأوساط بينما حال البحوث العلمية الحديثة الخاصة

[1] أنظر،سالم نجم،الإستنساخ البشري محاذيره وفوائده،المؤتمر العالمي السابع للإعجاز العلمي في القرآن والسنة،العلوم الطبية،التشريح والأجنة،2004 ص.07. منشور على الموقع الإلكتروني https://www.zaadbooks.com/download .

بالاستنساخ مثلها مثل الفتوحات العلمية الكبيرة مثل نظرية دارون في القرن 19 والهندسة الوراثية وأطفال الأنابيب وفتح الفضاء وما إلى ذلك وصولاً إلى الاستنساخ البشري قوبلت بالرفض ثم انتهت إلى إقرارها والتعامل بها وإيجاد المبررات الدينية والأخلاقية .للتعامل بها وتطويرها وسيكون الاستنساخ البشري مثله مثل التجارب المذكورة سابقاً والتي جوبهت بالمعارضة الشديدة ثم تبين من خلال التطورات العلمية لابد من الاستفادة منها وتطويرها ولا نضع التشريعات المعرقلة لها بصورة مطلقة

الفرع الثالث

الإستنساخ البشري من الجانب القانوني

إن غالبية التشريعات القانونية لم تتطرق إلى عمليات الإستنساخ البشري ولم تنظمها بأحكام خاصة،ونظرا للعلاقة الوثيقة بين الإستنساخ البشري وحق الإنسان في سلامة جسمه،ارتأينا أن نبحث في مدي امكانية تجريم عمليات الإستنساخ البشري بالاستناد إلى القواعد القانونية التي تحمي الكرامة الإنسانية.

سنبين في هذا الفرع الموقف القانوني من عملية الإستنساخ البشري من خلال التطرق للقانون المقارن، ثم القانون الجزائري بعد صدر قانون الصحة الجديد.

أولا: موقف بعض القوانين المقارنة

سوف ندرس عملية الإستنساخ البشري في القوانين المقارنة بالتعريج على بعض القوانين الغربية (المؤيدة والمعارضة) والعربية

1-القانون الفرنسي

يعتبر القانون الفرنسي من القوانين الأوربية التي عارضت فكرة الإستنساخ البشري مقارنة بالقانون البريطاني،وبالرغم من أنه في سنة 1994 بدأ بالتقنين في نطاق التقدم البيولوجي والمشاكل الأخلاقية التي يثيرها،إلا أنه لم يتضمن نصا صريحا يمنع الإستنساخ البشري،بحيث تبنى البرلمان الفرنسي المكون من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ جملة من القوانين في هذا النطاق،أهمها القانون رقم 94-653 المتعلق بحماية الجسم البشري الصادر بتاريخ 1994/07/29والذي عدّل بعض مواد القانون المدني الفرنسي وأضاف إليه أحكاما جديدة، وكذلك القانون رقم94-654 المتعلق بالتبرع واستعمال عناصر ومنتجات الجسم والمساعدة الطبية على الإنجاب الصادر في نفس التاريخ والذي أضاف أحكاما جديدة إلى قانون الصحة العامة تتعلق

بأخلاقيات الطب وعلم الأحياء؛وتجدر الإشارة أن هذه القوانين لم تتطرق لعملية الإستنساخ البشري لأنه حينها كان يعتبر ضربا من ضروب الخيال العلمي[1] .

وفي أفريل 1997 طلب الرئيس الفرنسي جاك شيراك من اللجنة الوطنية الإستشارية للأخلاق في مجال علوم الصحة والحياة دراسة القانون الفرنسي وتحديد الثغرات التي يمكن أن تكون طريقا للباحثين لولوج عالم الإستنساخ البشري،وبعد إطلاعه على تقريرهم في نفس السنة خاصة الفكرة القائلة بأن " التماثل الوراثي التام يمكن أن يؤدي في حد ذاته إلى تماثل سيكولوجي تام لا تقوم على أي أساس علمي وأن الإستنساخ الإنجابي البشري يمكن أن يسبب اضطرابا عميقا في العلاقة بين الهوية الوراثية والهوية الشخصية في أبعادها البيولوجية والثقافية،ويؤدي إلى مخاطر كبرى التي تنطوي عليها مشروعات الإستنسال خاصة بالنسبة للأمهات والأطفال"، صرّح بأن الإستنساخ البشري إعتداء مهين على الكرامة الإنسانية ولابد من العمل على منعه على المستوى الوطني والعالمي ليمنع الإستنساخ البشري بنوعيه التكاثري والعلاجي[2].

وتواصل العمل والبحث القانوني حيث أنه بتاريخ 2002/01/18 بعد مراجعة البرلمان الفرنسي لقانون 1994 ،رأى ضرورة اجراء تعديلات لحظر تجارب الإستنساخ البشري العلاجي بعد معارضة الرئيس الفرنسي ونواب اليمين لهذا النوع من الإستنساخ البشري،خوفا من الإقبال علية وخاصة الإستنساخ الإنجابي وفي المقابل وجد هذا الحظر معارضة شديدة من طرف أحد النواب يدعى هنري ايمانيل، والذي اقترح على البرلمان مشروع يبيح الإستنساخ العلاجي حيث جاء في مجمل قوله إنه لن يمض وقت طويل وتحت ضغط الأحداث سينفتح باب الإستنساخ البشري ومن المؤسف أن نكون قد ضيعنا سنوات،لكن مشروعه لم يلق التأييد من طرف أعضاء البرلمان وثم رفضه[3].

واستمر الوضع إلى غاية 2004،أين قام المشرع الفرنسي بإصدار القانون رقم 2004-800 بتاريخ 2004/08/06 المتعلق بأخلاقيات البيولوجيا ،وأصدر قواعد قانونية تحظر صراحة الإستنساخ البشري استنادا على التوجيهات الأوربية ورأي اللجنة الإستشارية الوطنية للأخلاقيات في مجال علوم الحياة والصحة

[1] عدنان عباس موسى،المرجع السابق،ص121.

[2] A la demande du président de la république, Jacques Chirac ,le comite consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la sante (CCNE) à rendu un avis N°54 du 22/04/1997 qui concluait que «une tentative de reproduction à l'identique d'êtres humain dont le génome dépendrait non plus de la loterie de l'hérédité ,mais d'une volonté extérieure, porterait ainsi gravement atteinte à l'indispensable indétermination originaire ainsi qu'à d'autre traits fondamentaux de la personne»,publié sur le site internet http ://www.ccne.ethique.fr,.

[3] Roberto Andorno, Réflexions sur le clonage humain dans une perspective éthico-juridique et de droit comparé, les cahiers de droit (Paris), Mars 2003, p.129.

،بحيث عدل المادة 16-04[1] من القانون المدني بموجب المادة 23 من قانون المتعلق بأخلاقيات علوم الأحياء التي أصبحت تنص على أنه"لا يمكن لأحد أن يضر بسلامة الجنس البشري ويحظر أي ممارسة تحسين للنسل تهدف إلى تنظيم اختيار الأشخاص،ويحظر أي تدخل يرمي إلى ولادة طفل مطابق وراثيا لشخص آخر حي أو متوفي، ودون المساس بالبحوث الرامية إلى الوقاية من الأمراض الوراثية وعلاجها، لا يمكن إجراء أي تحول إلى الصفات الوراثية من أجل تغيير نسل الشخص".

كما منعت المادة 2151 [2] من قانون الصحة العامة أي انتاج لأجنة بشرية أو استنساخ لجنين بشري لأغراض بحثية مع حظر أي محاولة انشاء أجنة معدلة وراثيا .

كما يُمكن للقاضي أن يمنع أي عمل من شأنه أن يُشكل مساسا غير مشروع على الكيان الجسدي،وهذا بنص المادة16-02[3] من القانون المدني الفرنسي التي نصت على "للقاضي سلطة منع أي عمل من شأنه أن يشكل مساسا غير مشروع على الكيان الجسدي،أو تصرف غير مشروع على منتجاته وعناصره حتى بعد مماته".

كما شدّد على منع الإستنساخ البشري أيضا من خلال قانون العقوبات لاسيما المادة 214-02[4] والتي تعاقب بالسجن لمدة 30 سنة وغرامة مالية تقدر ب 7.5مليون أورو لكل شخص يقوم بتخليق طفل متماثل جينيا مع شخص أخر حي أو ميت وأضافت المادة 511-01 [5]من نفس القانون بالنص على

[1] «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.
Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne».Art16-04 du code civil francais modifié par Art 23 Loi n°2021-1017 relative à la bioéthique.

[2] «La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite»
La création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite» Art 2151-02 code C.S.P..f , précitée .

[3] «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, y compris après la mort» Art16-02 Co.c,,précitée

[4] «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 euros d'amende» Art214-02 code pénal francais

[5]«Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros 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» Art511-01 code pénal francais précitée

عقوبة الحبس لمدة 10سنوات وغرامة مالية تصل إلى 150000 أورو لكل شخص يقوم باقتطاع خلايا أوأمشاج بهدف استنساخ طفل متماثل جينيا مع شخص حي أو ميت، والمادة511-17[1] بأن اجراء عملية الإستنساخ البشري على أجنة بشرية حية بغرض الإتجار يعاقب عليه ب 07 سنوات سجن وغرامة مالية 100000 أورو،و الحكم ذاته جاءت به المادة 2162-03 من قانون الصحة العامة التي نصت على

2-في القانون البريطاني

باعتبار أن بريطانيا كانت مهدا لهذه التقنية وشاهدة على نجاح الإستنساخ،فقد أوصت الهيئة الاستشارية للأخلاقيات البريطانية باستنساخ الأجنة لأغراض علاجية، وقد اتفق موقفها هذا مع موقف الجمعية الملكية البريطانية التي أعلنت تأييدها لتعديل القوانين المتعلقة ببحوث الأجنة بما فيها قانون 1990،ففي 2000/08/16 قررت الحكومة البريطانية تعديل قانون 1990 بعد أن رفضت كل الاعتراضات الموجهة إليها، والمرتكزة أساسا على وجود البديل للحصول على الخلايا الجذعية من مصادر أخرى ،وأبدت تفاؤلا في السماح باستخدام الأجنة البشرية المستنسخة في الأبحاث العلمية على نطاق ضيق، على الرغم من إعلانها معارضتها للأبحاث على الأجنة من مبدأ أخلاقي، إلا أن ضغوط العلماء على الدولة وضعت الجهات الرسمية الصحية في موقف حرج، فكلفت مجموعة من الخبراء والباحثين بإعداد قانون جديد يتضمن في لوائحه قضية الاستنساخ البشري العلاجي،واستخلاص الخلايا الجذعية من الأجنة في مراحل نموها المبكرة، وتحديد حجم الفوائد المرجوة التحقيق من ورائها، وحجم الأخطار المتوقعة، ووضع قانون تعديلي لما تمت صياغته سابقا في قانون 1990[2]. فخلصت في أخر المطاف لإصدار قانون 2000 الذي يبيح بصفة رسمية قانونية الاستنساخ البشري العلاجي، وقد أجملت مضمونه في تسعة توصيات هامة :

*كل الأبحاث العلمية التي تقوم على استخدام الأجنة المخلقة خارج الرحم أو بالنقل النووي وأساليب علاجها بالخلايا الجذعية الجنينية يجب أن يسمح بها وتخضع لرقابة القانون .

*إذا اقتضت الضرورة السماح باستخدام الأجنة البشرية المحصل عليها بتقنية النقل النووي في الأبحاث العلمية، فان هيئة علم الأجنة والإخصاب البشري، يتعين عليها دون سواها التأكد من انعدام وسيلة أخرى تساعد على البحث.

[1] «Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende» Art 511-17 code pénal francais précitée.

[2] فواز صالح ،الإستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية،المرجع السابق ،ص.91.

*الاعتداد برضا الأشخاص الذين تستعمل خلاياهم وبويضاتها لاستنساخ الأجنة، واستخدامها في البحث، وأخذ موافقتهم في إمكانية استغلال الخلايا الجذعية المأخوذة من الأجنة المستنسخة في إثراء الأبحاث العلمية.

*السماح باستخدام تقنية النقل النووي للخلايا من أجل تطوير أساليب العلاج، وتعميق فهم أسباب الأمراض شريطة أن يكون تحت رقابة نصوص قانون1990

*كل الأبحاث العلمية القائمة على استخلاص الخلايا الجذعية من الأجنة ينبغي أن تخضع لرقابة لجنة خاصة تتكلف بتحديد نتائج الأبحاث وفوائدها، وبيان ما مدى تحقق نتائجها.

*يمنع منعا باتا خلط الجينوم البشري الموجود بالخلايا الجسدية البشرية البالغة مع بييضات حيوانية.

*تجريم الاستنساخ البشري التناسلي

*يجب أن تخضع للمراجعة والدراسة العلمية الحاجة المستقبلية لإصدار تشريع يسمح باستخدام الأجنة الناتجة عن هذه الأبحاث المستحدثة

*المستشارين في الأبحاث العلمية بجب أن يشجعوا على إقامة برنامج لبحث الخلايا الجذعية، وإمكانية إقامة مجموعات لها لإستعمالها في البحث [1].

وفي 2000/11/07 أصدرت منظمة الأطباء الكاثوليك بيانا تفصيليا لجميع النقاط الواردة في تقرير وزير الصحة البريطانية، والذي دعا فيها الحكومة البريطانية إلى الموافقة على القيام بأبحاث استنساخ الأجنة،مما نتج عنه الموافقة الرسمية من بريطانيا لاستنساخ أجنة بشرية من أجل استخلاص خلاياها الجذعية، للقيام عليها بتجارب، وأبحاث أملا في التوصل إلى طريقة لتحويلها إلى أنسجة بشرية مختلفة قد توفر وسيلة مستقبلية لعلاج الكثير من الأمراض المستعصية.

وفي 2002/02/27 مجلس اللوردات البريطاني يؤكد ويقر بالسماح قدما في استنساخ الأجنة البشرية للأبحاث العلمية في ظل شروط، وقيود صارمة، ويعلن عن إنشاء أول بنك عالمي للأجنة، واشترطت اللجنة لمنح ترخيص استنساخ الأجنة لحفظ الخلايا الجذعية الجنينية البشرية أن تودع بنكا لخلايا المنشأ، وقبل منح أي ترخيص على السلطات الصحية التأكد من عدم وجود مجموعة خلايا مناسبة، ومشابهة بالفعل لدى البنك[2].

[1] Human fertilization and embryology act1997 c.37

[2] عدنان عباس موسى ،المرجع السابق،ص.94.

3- في القانون المصري

قرّرت لجان البرلمان المصري المختصة البدأ في مناقشة مشروع قانون حماية الملكية الفكرية[1] بمصر وذلك في09 /03/ 2001 ،حيث انتهت الحكومة من إعداده بعد عمل استمر ثلاث سنوات من جانب الخبراء، والمختصين. والذي يوحد كافة النصوص التشريعية الخاصة به، كما أنه يأتي تنفيذا لاتفاقية الجات، وتصديق مصر على الاتفاقية الدولية بداية من اتفاقية باريس1983،وريزن 1986 ،ثم اتفاقية أورجواي 1994 وقد حدد القانون المصري الجديد خمس مجالات محظور منح براءة الاختراع بشأنها، وهي الاختراعات التي يكون من شأنها المساس بالأمن القومي، أو الإخلال بالنظام العام،والاكتشافات والنظريات العلمية، طرق تشخيص وعلاج وجراحة الإنسان والحيوان، عمليات استنساخ الأعضاء والأنسجة، الخلايا الحية والحمض النووي والجينوم وما عدا ذلك فهو مسموح[2].

وفي لائحة آداب مهنة الطب في مصر نصت المادة 52 على أنه « يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والقيم الإجتماعية والدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبية على الادميين »، والمادة 60 على « يحظر على الباحث إجراء البحوث والممارسات التي تنطوي على شبهة اختلاط الأنساب أوالمشاركة فيها بأية صورة،كما يحظر عليه إجراء أوالمشاركة في البحوث الطبية التي تهدف إلى استنساخ الكائن البشري أو المشاركة فيها »[3] .

كما طالب علماء مصر حكومتهم بضرورة استصدار التشريعات التي تمنح براءة اختراع وتكفل أحكام الرقابة على مختلف البحوث البيولوجية ،وأوصت نقابة الأطباء المصرية في ندوة لها عقدتها لمناقشة قضية استنساخ الخلايا، وتداعياتها من النواحي العلمية، والأخلاقية، والدينية، والاجتماعية بأمور عدة أهمها :

*ضرورة سن قانون يحمي حق الجنين مثل الذي تم إصداره في كل دول العالم،وهو يكفل حق الجنين في ألا يكون موضوع عبث، أو تجارب الآخرين، ويحافظ على عدم اختلاط نسبه.

*إحكام الرقابة والتأكيد على جدية تنفيذ الضوابط التي تحكم استقدام الخبراء الأجانب في هذا المجال،أو غيره من مجالات الممارسة الطبية حتى لا نتفاجئ بإجراء مثل هذه الأمور غير المقبولة في بلدنا هروبا من الحظر المفروض عليها في بلادهم[4] .

---

[1] قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم 28 لسنة 2002 الصادر في 02 يونيو 2002.

[2] رضا عبد الحليم عبد المجيد،المرجع السابق،ص. 58.

[3] لائحة آداب مهنة الطب المصري،الصادر عن وزير الصحة تحت رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 05 سبتمبر 2003.

[4] رضا عبد الحليم عبد المجيد،المرجع السابق،ص. 61.

ثانيا –موقف المشرع الجزائري

المشرع الجزائري لم يتعرض لقضية الإستنساخ البشري، ولم يتناوله في قانون الصحة الملغى رقم 85-05 ولا في الدستور ولا في قانون الأسرة، ولا في القوانين الأخرى بصفة مباشرة وصريحة، ولم نجد أي فتاوى فقهية أو قرارات صادرة عن الجهات المختصة كالمجلس الإسلامي الأعلى أو المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة، وذلك لحداثة الموضوع من جهة ولأنه مازال حبيس مخابر البحث العلمية، ولم يعلن عن ميلاد طفل بالاستعانة بهذه التقنية من جهة أخرى.

لكنه بتصفح مواد دستور 2016[1] نجد أن المادة 41 منه تنص على أنه «يعاقب القانون على المخالفات المرتكَبة ضدّ الحقوق والحرّيّات، وعلى كلّ ما يمسّ سلامة الإنسان البدنيّة والمعنويّة».فحياة المواطن وحرمة جسمه وحياته الخاصة محمية دستوريا ويمكن تفسير ذلك بأن المشرع الجزائري تأثر بالإستنساخ وبكل ما يمس الجسم البشري، فنص على هذه المادة لكن بدون تفاصيل ولعله سيتدارك هذا الأمر مستقبلا؛أما بالنسبة لقانون الأسرة بإعتباره أكثر القوانين ارتباطا بالإستنساخ، لأنه ينظم أحكام الزواج والنسب والأبوة ،فالزواج في مفهوم المادة الرابعة من قانون الأسرة « الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و إمراة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب».غير أن الوضع في الإستنساخ البشري لا يجري على هذا النحو،فهذه التقنية تشجع على الشذوذ الجنسي إذ يُصبح بمقدور مثليي الجنس أنجاب ذرية بغير جواز ودون نكاح وحتى دون أي اتصال جنسي، حيث يكون بوسع الرجل إختيار أي إمرأة لأخد بويضتها ثم يُلقحها بنواة خليته لينجب منها مولودا ذكرا،كما يُصبح بإمكان المرأة أن تختار أي رجل لتأخذ منه خلية جسدية وتضع نواتها في بويضتها لتنجب منه نسخة مطابقة له[2]. وبالرجوع لنص المادة 222 منه، يتبين لنا أن المشرع لا يجيز الاستنساخ البشري لأنه مخالف لأحكام قانون الأسرة والشريعة الإسلامية كونه يمس بكيان الأسرة، ومخالف للفطرة التي فطر الله الناس عليها في إنجاب الذرية وهو الزواج، كما أن الاستنساخ يتعارض مع أحكام النسب التي نظمتها المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة الجزائري.

[1] القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المؤرخة في 7 مارس 2016 ، ج.ر رقم 14 المتضمن الدستور الجزائري .

[2] نور الدين مختار الخادمي،المرجع السابق،ص.80.

ويمكن استخلاص هذا المنع أيضا من مدونة أخلاقيات الطب حيث ألزمت الفقرة الثانية من المادة السادسة[1] الطبيب بممارسة مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان،وباعتبار أن الإستنساخ البشري يصنف في خانة البحث الطبي والتجارب الطبية،فإن هذا الأخير يعتبر من العمليات الطبية الغير متعارف عليها ولا يمكن مباشرتها على الجسم البشري مباشرة .

وكنا نتطلع إلى أن المشرع الجزائري مستقبلا سيواكب التطور العلمي والأبحاث المخبرية وما توصل إليه الغرب من اكتشافات جديدة خاصة مع صدور قانون الصحة الجديد رقم 18-11،لكنه جاء مخيبا للتوقعات حيث تطرق إلى بعض الممارسات الطبية مثل التلقيح الإصطناعي والتجارب الطبية وضمّنها بعض الأمور التي لم تكن في القانون القديم،لكنه في قضية الإستنساخ البشري حصره في ثلاث مواد فقط، الأولى هي المادة 375 والتي نصت على أنه " يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتفاء للجنس"، الثانية هي المادة 376 " تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج عن طريق التنظيم"، ومادة عقابية هي المادة 436 والتي نصت على أنه "يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 375 من هذا القانون،المتعلّقة باستنساخ أجسام حية مماثلة وراثيا وانتفاء الجنس،بالحبس من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج".فهل يعقل أن يُختصر موضوع الإستنساخ في ثلاث مواد؟فجل الدول الغربية خصصت على الأقل عدة مواد وإن لم نقل فصولا بأكملها بالتطرق للتعريفات و الأنواع ،ومع ذلك لم تعط للإستنساخ البشري حقه. فهل تعتبر نظرة المشرع الجزائري للموضوع محدودة؟ أم أنه ينتظر وقوع الكارثة حتى يتحرك ويعالج الظاهرة .

كما نشير في الأخير إلى أنه قد اجتمعت لجنة الخبراء[2] و ممثلي عن وزارات العدل والداخلية العرب في اجتماع مشترك من أجل اعداد مشروع اتفاقيتين عربيتين الأولى تتعلق بالإستنساخ البشري والثانية تتعلق بتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها،وأن مجلس وزراء العدل العرب كان قد اعتمد في دورته الخامسة والعشرين، القانون العربي الإسترشادي لمنع الإستنساخ البشري لأغراض التناسل أولأغراض تجريبية[3] ،حيث تضمن هذا القانون 11 مادة جاءت في ثلاث فصول، حيث احتوى الفصل الأول على أحكام تمهيدية

[1] المادة 06 فقرة 02« يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد و الصحة العمومية ،يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري» ، مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات المهنة

[2] نشير في هذا المقام أن الدكتور ماروك نصر الدين كان ممثل الوفد الجزائري والذي ترأس الإجتماعين بمقر جامعة الدول العربية

3 قرار رقم 792 –د25 بتاريخ 2009/11/19 ، المتضمن القانون العربي الإسترشادي لمنع الإستنساخ البشري لأغراض التناسل أولأغراض تجريبية،منشور على الموقع الإلكتروني http://www.protectionproject.org/wp-content/ PublishingImages.pdf.

وجاء في مادتين الأولى تضمنت الغرض من هذا القانون وهو منع الإستنساخ البشري لأغراض التناسل أو لأغراض تجريبية، والمادة الثانية تعريف بعض المصطلحات المذكورة في القانون ،أما الفصل الثاني تضمن منع أشكال استنساخ البشر ،أما الفصل الثالث فقد تضمن أحكام جزائية.

ويستشف من دراسة مواد هذا القانون أنه:

– لم يتطرق لقضية الإستنساخ العلاجي مما يفهم منه بمفهوم المخالفة أنه يجيزه، رغم ذلك كان عليه تبيان موقفه منه وتحديد ضوابطه القانونية .

–اهتم بموضوع الإستنساخ البشري ولم يعرج على استنساخ النبات و الحيوان

يتبين لنا من دراسة الاستنساخ بصورة عامة والاستنساخ البشري بصورة خاصة أن المنظمات الدولية والقوانين الوضعية قد رفضت الإستنساخ البشري وخاصة الإستنساخ البشري الإنجابي،وهذا الموقف ليس بغريب على الإكتشافات الطبية ،فقد عودتنا التجارب عبر المراحل التاريخية أن الرفض لهذه المنجزات يكون بسبب مخالفته للتقاليد والأديان والأخلاق.ولكن مع مرور الزمن يتم ايجاد المبررات الدينية والأخلاقية والقانونية للتعامل بها والإستفادة منها لتطوير العلاج كما حدث مع الهندسة الوراثية وأطفال الأنابيب والتلقيح الإصطناعي.

الباب الثاني

التدخلات الطبية على الجسم البشري

بعد الولادة

لقد غيّر التقدم الطبي والعلمي كل المفاهيم التي كانت سائدة وتمنع كل شكل من أشكال المساس بالجسم البشري،بحيث أصبح هذا الأخير عرضة للمخاطر نتيجة لبعض التدخلات والتجارب الطبية التي غيرت جذريا مفهوم الحرمة والكرامة التي كان يتمتع بها خاصة بعدما تم التوصل إلى إمكانية استعمال واستغلال بعض أعضاء الجسم البشري في علاج بعض الحالات التي كانت في وقت قريب متعصية ولا أمل في شفائها،طالما كان ذلك برضا صاحب الحق وموافقته الصريحة.فانتقلنا بذلك من مبدأ حرمة الكيان الجسدي إلى مبدأ احترام إرادة ورغبة الشخص صاحب الحق،مع وجود الإستثناء في حالة الضرورة أو الإستعجال .

فتقدم العلوم الطبية جعل من موضوع حرمة جسم الإنسان مادة للبحث المتجدد،خاصة بعد النتائج الإيجابية المحققة على غرار التلقيح الإصطناعي والتجارب على الأجنة ونقل و زرع الأعضاء والبصمة الوراثية،لكن بالمقابل ظهرت ممارسات غير متوقعة وغير منتظرة بحيث أدت إلى اختلال في التوازن الإجتماعي والإنحلال الخلقي خاصة في مسألة التغيير الجنسي، والذي فتح الباب أمام مرضى النفوس ودعاة التحرر إلى نشر الأفكار والتوجهات التي تهدم الأسرة وتحطم المجتمع من خلال زرع فكرة امكانية الشخص تحويل وتغيير جنسه حسب ميوله.

وفي هذا الصدد يقول جيرمي ريفكن(Jeremy Rifken) بخصوص التقدم العلمي في مختل المجالات والمخاطر المصاحبة له"... إننا ندخل قرن التقنية الحيوية،وقد عقدنا صفقة ضخمة تُشبه صفقة فاوست،إذ نرى أمامنا خطوات واسعة،ونحقق إنجازات عظيمة،ونعيش مستقبلا زاهرا،لكن مع كل خطوة نقطعها نحو هذا العالم يبقى السؤال الذي يطاردنا:ما هي تكلفة ذلك؟... إن المخاطر المصاحبة لقرن التقنية الحيوية مشؤومة،كما أن البشائر المصاحبة لها مغرية.إن الحيرة بين الجوانب المظلمة للتقنية الحيوية تعد اختبارا لكل واحد منّا" [1].

فمن خلال هذا الباب سنحاول دراسة موضوعين شائكين،الأول يمكن تصنيفه في خانة التطورات الطبية الحديثة الإيجابية بالرغم ما يثيره من إشكالات قانونية وفقهية والمتمثل في نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن الموتى التي أصبح من خلالها جسم الإنسان عبارة عن قطع غيار يمكن استعمالها للغير.أما الموضوع الثاني المتمثّل في التغيير الجنسي والذي يمكن تصنيفه في خانة التطورات السلبية لما جاء به من

[1] أنظر،جيرمي ريفكن، قرن التقنية الحيوية:تسخير الجينات وإعادة تشكيل العالم ،مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية،أبوظبي،1999،ص.13.

خطوات خطيرة وهدامة للمجتمع، ومع ذلك وجد من يتبناه ويروج له وحتى من الدول من اعترفت به ووضعته في قالب قانوني يتمتع بالحماية القانونية .

الفصل الأول

نقل و زرع الأعضاء البشرية كآلية طبية لفائدة الإنسان

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي انتشرت في الوسط الطبي لم تلق القبول والإستحسان المتوقّع،لأنها وإن كانت انتصارا ومعجزة علمية لطالما حلم بها الباحثون من خلال استئصال[1] الأعضاء البشرية من شخص لآخر،سواء كان الأول على قيد الحياة،أو كان حديث الوفاة ،إلا أنها بالمقابل تثير العديد من المشاكل ذات الأبعاد الطبية والشرعية والقانونية سواء بالنسبة للمعطي أو المستفيد.

فبالنسبة للمعطي، فإن إجازة نقل الأعضاء البشرية من شأنه المساس بأهم حقوقه والمتمثّلة في معصومية وحرمة جسمه ،أما بالنسبة للمستفيد فإن إباحة زرع الأعضاء من شأنه زرع الأمل لديه في الحياة،ولا شيء يُعادل الأمل والفرحة في مواصلة الحياة بعد أن كاد يفقدها نتيجة إصابة أحد أعضائه الحيوية (القلب،الكبد،الكليتين...) بمرض،فزراعة الكلى مثلا لمريض القصور الكلوي تُعد بمثابة شهادة ميلاد جديد له[2].

وأمام انتشار بعض التجاوزات اللأخلاقية الهادفة إلي تحقيق الربح المادي من خلال المتاجرة بالأعضاء البشرية والبشر على حد سواء وغياب الوازع الديني والضمير الإنساني والمهني لأصحاب المهنة النبيلة خاصة ومستغلّوا الظروف الإجتماعية للناس بغرض ابتزازهم ،كان لا بد من تحريم هذا النوع من العمليات الهادفة لكسب المال،خاصة وأنه ظهرت شبكات دولية في هذا المجال نسجت خيوطها مع أصحاب المال والنفوذ من

---

[1] نظرا لتعلق موضوع البحث في هذا الفصل بنقل الأعضاء البشرية، لا بأس أن نُبين المقصود بكل من المصطلحات **"نقل"** ،**"الزرع"**،**"الإستئصال"**

***المقصود بالنقل transplantation** :هو نقل العضو البشري و يتضمن ثلاث عمليات جراحية مرتبطة أساساً و أهدافاً في عملية استئصال العضو البشري السليم من المنقول منه،و عملية استئصال العضو التالف من المنقول إليه (المريض)،و أخيرا عملية زرع العضو السليم محل العضو التالف ويعني ذلك أن النقل يشمل الإستئصال والزرع في آن واحد.

***المقصود بالإستئصال**: فصل العضو السليم من الشخص المعطي ،وكذا فصل العضو التالف من الشخص المريض،و هو بذلك يتعلّق بكل من المعطي والمستفيد.

***المقصود بالزرع greffe**:إدماج أو غرس عضو جديد في جسم الإنسان الحي للمساهم في علاج ما تعانيه وظائفه الفزيولوجية من أوجه النقص،فهو بذلك يتعلق بالمريض فحسب.أنظر،محمود أحمد طه،الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة(الإنعاش الصناعي،نقل الأعضاء البشرية،اجراء التجارب الطبية)،دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع،2015،ص. 136.

[2] محمود أحمد طه،الأساليب الطبية المعاصرة ...،المرجع السابق، ص. 125.

جهة وأطباء متخصّصين من جهة أخرى لإستغلال الفقراء والمحتاجين التي دفعتهم الظروف الإجتماعية لبيع أعضائهم البشرية،وحتى الأطفال الأبرياء لم ينجوا من هذه العصابات التي أصبحت تختطفهم وتقتطع أعضاءهم في حالة عدم وجود متبرّعين بعدما أصبحت هذه التجارة تذرّ عليهم أموال طائلة .

وفي ظل هذه التصرفات كان لا بد من وجود قوانين وضعية وردعية لتجريم كل ما يمس بحرمة الإنسان ،خاصة وأن الشريعة الإسلامية وكالعادة كانت السباقة منذ قرون في توفير الحماية للإنسان من كل الجوانب (النفس،العرض،النسل...)من خلال النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة والتي تُعتبر كمرجع صحيح وثابت .

المشرع الجزائري لم يكن في منأى عن باقي التشريعات الأخرى،فقد تناول هذه العمليات،ووضع قواعد قانونية مختلفة بداية من الدستور،مرورا بقانون الصحة وتعديلاته،وختاما بقانون العقوبات بتعديل وإضافة مواد جزائية لتشديد العقوبات على كل من تثبت له صلة مباشرة أو غير مباشرة تمس بالإنسان وأعضائه .

من خلال هذا الفصل سنبيّن كيف عالجت الشريعة الإسلامية الغراء هذا الموضوع باعتبارها الشريعة العامة،وهل أن القواعد القانونية الحالية وفّرت الحماية الكاملة واللازمة لحياة الإنسان، هذا ما سيتم الإجابة عنه بالتفصيل .

المبحث الأول

الأحكام العامة لنقل و زراعة الأعضاء البشرية وأساسها الشرعي

إن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية أو كما يُسميه البعض بغرس الأعضاء هو نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا من شخص متبرع إلى شخص مستقبل،ليقوم هذا العضو مقام العضو أو النسيج التالف لدى الغير.

إن القيام بهذا النوع من العمليات يترتب عليه جملة من الأحكام والقيود،لذا يتوجب علينا التمييز بين العضو البشري ومنتجاته.ففقهاء القانون هم المعنيون بهذا حتى يتمكنوا من توفير الحماية القانونية اللازمة ومنع أي اعتداء عكس الجانب الطبي الذي يسعى لتحقيق الهدف والتطور العلمي ولو على حساب صحة الفرد أحيانا.وحتى نتمكن من إعطاء صورة واضحة وشاملة عن نقل وزراعة الأعضاء لا بد من تعريف عملية نقل العضو البشري (مطلب أول) ثم الأساس الشرعي لهذه العملية (مطلب ثان) ثم أُسس الإباحة(مطلب ثالث).

المطلب الأول

مفهوم عملية نقل العضو البشري

بما أن جسم الإنسان يتكون من مجموعة متباينة من الأعضاء والمشتقات والمنتجات الجسدية،فإن دراسة الجوانب المادية للجسم البشري وتحليله إلى عناصر مختلفة له أهمية بالغة خصوصا مع تطور العلوم الطبية التي أصبحت تتعامل مع أعضائه وليس مع الجسم ككتلة واحدة،كما هو الحال في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. لذا يجب التفرقة بين ما يُعتبر من الأعضاء البشرية ،وما يُعتبر من المشتقات لتحديد الآثار القانونية المترتبة في حالة المساس بها .

في البداية سنحاول تحديد مفهوم عملية نقل العضو البشري بالتعريج أولا عن تعريف العضو البشري وبيان مصادره (فرع أول)،ثم نتعرض للتمييز بين نقل الأعضاء البشرية وبعض العمليات المشابهة له (فرع ثاني)،ثم نحدد ما هي الأعضاء الممكن التبرع بها (فرع ثالث) ،وما هي الأعضاء التي لا يجوز نقلها أو التبرع بها(فرع رابع).

الفرع الأول

تعريف عملية نقل الأعضاء البشرية وتحديد مصادرها

يُعد تعريف عملية نقل العضو البشري من الأمور التي لا تخلو من الصعوبة،ليس لتشابك هذا المصطلح وتداخله في علوم اللغة والطب والقانون والفقه الإسلامي،بل في ضبط مفهمومه من الناحية الفقهية والقانونية لبناء الأحكام وترتيب الآثار الدقيقة على ما يشتمله هذا المصطلح، ويدخل في نطاقه في محاولتنا لتسليط الضوء على العضو البشري،سنحاول تبسيط مفهومه هذه العملية من خلال التطرق لتعريف العضو البشري (أولا) ،ثم تحديد مصادر هذه الأعضاء (ثانيا) .

أولا. تعريف العضو البشري

يوجد صعوبة كبيرة في تحديد مفهوم العضو البشري بشكل دقيق،خاصة وأن رجال القانون هم الأكثر حاجة لتعريف دقيق وشامل من الأطباء لتحديد الأحكام وترتيب آثار المسؤولية الجنائية خاصة في حالة الإعتداء على هذه الأعضاء لتوضيح وتبسيط هذا المصطلح سنتعرض إليه من عدة جوانب لاسيما الجانب اللغوي و الإصطلاحي و القانوني،مع التعريج على نظرة الفقه الإسلامي له .

أ- التعريف اللغوي

العضو بضم العين هو "كل عظم وافر اللحم". ومن ذلك قولهم و عضيت الشاة و الجزور تعضية إذا جعلتها أعضاء[1].

وهناك من يُعرف العضو"كل لحم وافر من الجسم بعظمه،أو جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف[2] .

من خلال هذين التعريفين نلاحظ بأنهما ضيّقا من مفهوم العضو لاشتراطهما وجود "العظم"،لأن هناك أعضاء مثل القلب والكبد والرئتين والخلايا الجلدية لا تحتوي على العظم وتُعتبر من الأعضاء البشرية وهي الأكثر انتشارا في مجال زراعة الأعضاء البشرية.

فالأخد بالمعنى اللغوي لا يُحقق الغاية المرجوة من الدراسة،لأنه يُؤدي إلى إخراج طائفة كبيرة من الأعضاء البشرية من دائرة التعامل كعمليات نقل الدم مثلا،فالدم كان محل جدل من حيث اعتباره عضوا أو لا،حيث ظهر اتجاهان مختلفان،اعتمد الإتجاه الأول على المعنى اللغوي وبذلك فهو يُعارض تصنيف الدم من الأعضاء البشرية لافتقاره للعظم، بينما ذهب الإتجاه الثاني إلى تصنيف الدم من الأعضاء البشرية[3] وهذا رأي مجمع الفقه الإسلامي حيث عرّف العضو "أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء كان متّصلا به أو منفصلا عنه،وأن الدم يُعتبر من أعضاء الإنسان المتجدّدة"[4]وأمام قصور التعريف اللغوي لا بد من البحث عن مدلول العضو البشري من الجانب و الإصطلاحي و القانوني.

ب- المدلول الإصطلاحي للعضو البشري .

يُعرف العضو على أنه "مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والمتوافقة والقادرة على أداء وظيفة محدّدة"[5].إن كلمة عضو في الأصل مشتقة من كلمة organon اليونانية، والتي تعني الآلة أو الأداة

[1] أنظر،ابن منظور،لسان العرب،ج264/9،دار إحياء التراث العربي،لبنان ،1988 ص.1036 .

[2] أنظر،حسني عودة زعال،التصرّف غير المشروع بالأعضاء البشرية،دراسة مقارنة،الدار العلمية الدولية،الأردن،2004،ص.51.

[3] أنظر،وائل محمود أبو الفتوح العزيزي،المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم،دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة،القاهرة،2006،ص.39.

[4] قرار رقم 01 من قرارات الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة من 06إلى 11 فبراير 1988 ،منشور على الموقع الإلكتروني https://al-maktaba.org/book/33954/5106 .

[5]Ahmed ABDULDAYEM, Les organes du corps humain dans le commerce juridique ,publication juridique Alhalabi, Beyrouth,1999,p.95.

المستعملة في العمل.كما ينصرف لفظ العضو أيضا إلى الأنزيمات وكذا الجينات التي تؤدي مجموعة من الوظائف[1] .

كما يُعرّف العضو على أنه"جزء حي من المكونات الطبيعية للجسم لا يتوقف على نقله تعرض حياة الإنسان للخطر"[2].والمقصود بكلمة "حي" أن يكون العضو محتفظا بقيمتة البيولوجية وقت الزرع، وبالتالي فإنه يتم استبعاد نقل كل عضو مريض أو تالف وهذا لإنتفاء الغرض من نقله.وتعني كلمة "الطبيعية" استبعاد الأعضاء الإصطناعية لافتقارها لخصائص العضو الطبيعي لأنها شيء مادي فقط[3].

كما يُمكن الإشارة للعضو البشري على أنه "مجموعة من العناصر العضوية القادرة على أداء وظيفة معينة في الجسم سواء كانت ظاهرة في وظيفتها الداخلية أو الخارجية،فكلها أعضاء بشرية تؤدي وظيفة معينة"[4].أو «هو الكيان الذي يباشر به الإنسان وظائف الحياة عن طريق ما يتضمنه من سوائل كالماء و الدم والنخاع و مجموعة من الأعضاء الجامدة»[5].

وعرّفه مركز أخلاقيات العلوم الحيوية على أنه« كتلة من الخلايا الخاصة والأنسجة التي تعمل معا لكي تُؤدي وظيفة في الجسم،فعلى سبيل المثال القلب هو العضو وهو المكوّن من الأنسجة والخلايا التي تعمل لتؤدي وظيفة ضخ الدم لكافة أجزاء الجسم،وعليه فإن أي جزء من الجسم يؤدي وظيفة خاصة فهو عضو ،ولذلك فالعيون أعضاء لأنها تؤدي وظيفة الرؤية ،والجلد عضو لأنه يحمي الجسم ،و الكبد عضو أن وظيفته هي تخليص الدم الفضلات الموجودة به »[6].

إن هذا التعريف يحدّد الصفة الأساسية في العضو،وعلى أساسه يتم اعتبار كل عملية يتم فيها نقل نسيج أو عدد من الخلايا تُشكل عملية من عمليات نقل و زرع الأعضاء كعمليات نقل الخلايا من الكبد أو الجلد .

---

[1] أنظر،عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان،2001،ص. 106.

[2] وائل محمود أبو الفتوح العزيزي،المرجع السابق،ص38.

[3] أنظر،محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، الإسكندرية، 2004 ، ص. 20.

[4] حسني عودة زعال،المرجع السابق،ص. 56 .

[5] أنظر،طارق سرور،نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية،القاهرة،2005،ص.53.

[6] مشار إليه من طرف: خالد مصطفى فهمي،النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون رقم 5لسنة 2010 والإتفاقيات الدولية والتشريعات العربية–دراسة مقارنة–،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2012،ص28

ج–المدلول القانوني للعضو البشري

لم تنص تشريعات العديد من الدول على تعريف العضو البشري، وهذا هو حال القانون الجزائري الذي لم يعرفه لا في قانون الصحة القديم ولا في القانون الجديد المتعلق بالصحة.ويلاحظ أيضا أنه رغم التعديلات التي طرأت على قانون العقوبات وخاصة تعديل 09-01 المتعلق بمنع الإتجار بالأعضاء إلا أنه لم يحدد تعريف الأعضاء البشرية، بل أشار فقط إلى المصطلح وحدد العقوبات التي تطبق في حالة المساس بسلامة العضو البشري ابتداء من المادة 303 مكرر 16، رغم أنه كان من المفروض تحديد مفهوم هذا المصطلح حتى تطبق المادة تطبيقا صحيحا ولا يُعذر أحد بجهل القانون .

أما المشرع المصري،فرغم أنه أصدر القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية إلا أنه تفادى التطرق لتعريف العضو البشري،بالرغم من أنه من المفترض التطرق لتعريف المصطلحات المستعملة في هذا القانون لتبسيط الأمور،لكنه تغاضى عن ذلك وترك الأمر للفقهاء.كما نجد أنه استعمل مصطلح العضو في المادة 240 من قانون العقوبات رقم 95 لسنة 2003 بقوله «كل من أحدث بغيره جرحاً أوضرباً نشأ عنه قطع أو انفصال عضو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين أو نشأ عنه عاهة مستديمة يستحيل برؤها.... وتكون العقوبة الأشغال الشاقة لمدة لا تقل عن خمس سنين إذا وقع الفعل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من طبيب بقصد نقل عضو أو جزء منه من إنسان حي إلى أخر، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا نشأ عن الفعل وفاة المجني عليه. ويشترط لتوقيع العقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يقع الفعل المشار إليه فيها خلسة»[1].

يتضح من قراءة المادة،أن المشرع المصري لم يتطرق لتعريف العضو الذي تتحقق الجريمة بإنفصاله أو فقد منفعته،كما أنه لم يقدم مفهوم دقيق للعضو البشري بل وضع مرادفات وألفاظ لها نفس المعنى.

أما المشرع الفرنسي، فقد سلك نفس الطريق ولم يقدم تعريفا واضحا للعضو البشري ولكنه أشار في المادة 671 من قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية[2] لسنة 1994 والمعدل سنة 2004،إلى تعريف النخاع

---

[1] المادة 240 مضافة ومعدلة بالقانونين رقمي 155 و156 لسنه 1997 – الجريدة الرسمية عددين 23 مكرر ، 23 مكرر أ فى 1997/6/8، قانون العقوبات المصري منشور على الموقعhttp://www.almatareed.org/vb/showthread.php?t=5044

[2] علم أخلاقيات العلوم الإحيائية هو ذلك الفرع من العلوم الإنسانية الذي ظهرت معالمه في مطلع السبعينات، و هو يهتم بالجوانب القانونية والأخلاقية والإجتماعية والصحية للممارسات الطبية والعلمية الحديثة الماسة بالجسم البشري، و هذا العلم يتكون من قسمين:

القسم الأول : يتناول بالتحليل و الدراسة المبادئ القانونية و الأخلاقية التي تحكم المساس بالجسم البشري، ومن بينها ميدأ استقلالية الشخص و حق الإنسان في الخصوصية و الكرامة و الحق في سلامة الجسد و تكامله.

القسم الثاني : ذو طابع عام و شامل و يتناول كافة المسائل المتعلقة بالصحة و السلامة العامة داخل المجتمع ، أنظر ، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002 ، ص.16 .

العظمي بأنه « يعتبر بمثابة العضو في تطبيق الأحكام الخاصة بنقل الأعضاء البشرية »[1]. بالإضافة إلى أنه ميز بين الأعضاء والمشتقات والمنتجات البشرية واعتبر أن « المشتقات والمنتجات البشرية هي كل العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ولا يترتب على استئصالها فقدانها للأبد، بل يمكن للجسم البشري استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه دونما الحاجة إلى زرعها كالدم وكافة السوائل الأخرى التي تفرزها الغدد»[2].

وبالمقابل، نجد أن تشريعات دول غربية وضعت تعريفا للعضو البشري،حيث يُعد القانون الإنجليزي القانون الأول الذي أعطى تعريفا دقيقا من خلال المادة 07 فقرة 02 من قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء لعام 1989 حيث جاء نص المادة« كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة، والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل »[3].

د- العضو البشري في الفقه الإسلامي

لقد عرّف مجمع الفقه الإسلامي العضو البشري على أنه « أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين، سواء كان متصلا به أم انفصل عنه»[4].

كما عرّفه أيضا فقهاء الإسلام بأنه « أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضو مستقلا كاليد والكلية والعين وغير ذلك،أو جزء من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا،و سواء منها ما يُستخلف كالشعر والأظافر وما لا يستخلف سواء منها الجامد كما ذُكر أو السائل كالدم واللبن وسواء كان متصلا به أو انفصل عنه»[5]؛كما نجده في بعض الأحاديث النبوية الشريفة،فلقد رُوي عن الرسول صلى الله عليه وسلّم أنه قال« المؤمن كالجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر جسده بالحمى و السهر»[6]. وجاء كذلك مصطلح الأعضاء البشرية في الأحاديث النبوية الشريفة،لما حدّد لنا الرسول الكريم الأعضاء التي نسجد

---

[1] «La moelle osseuse est considérée comme un organe pour l'application des dispositions du présent livre». Art. L.671-1 de la loi n° 94-654 , Abrogée par Ordonnance 2000-548 2000-06-15 art 4 I JORF 22 juin 2000.

[2] أنظر،أحمد عمراني ،حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (القانون الوضعي والشريعة) ،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق جامعة وهران، سبتمبر 2010 ، ص 166 .

[3] Human Organ Transplants Act 1989, dated in july. 27. 1989, available on the link: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/31/pdfs/ukpga_19890031_en.pdf

[4] قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 26 (4/1) المنعقد بجدة من 06 إلى فبراير 11 فبراير 1988 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم انسان آخر حيا أو ميتا،مجلة المجمع ،عدد04 ،ج01 ،ص59.

[5] أنظر هيثم حامد المصاورة،نقل الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة،دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2004،ص12.

[6] أنظر، المسند للإمام أحمد بن مُحَمَّد بن حنبل،الجزء14 ،الطبعة الرابعة ،دار المعارف،مصر، 1980 ،ص54.

عليها،فعن ابن عبّاس أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال« أُمرت أن أسجد على سبعة أعضاء:الجبهة وأشار بيده إليها واليدين والركبتين و أطراف القدمين و أكف الثوب و لا الشعر»[1]

من خلال تعاريف الفقهاء ومجمع الفقه الإسلامي نرى أنها جاءت بتعاريف عامة وشاملة،حيث تضمّنت جميع مكونات الجسم من دم وأنسجة وخلايا ،وسواء كانت متصلة أو منفصلة،كما اعتبرت أي أعضاء سواء ظاهرة أم باطنة،سائلة أم جامدة،متجددة أم غير قابلة للتجدد من الأعضاء البشرية.

وفي الأخير وبعد عرضنا لهذه التعاريف نقول بأن الأعضاء البشرية هي تلك الأجزاء الحية المكونة للجسم البشري، حيث أن لكل عضو وظيفة خاصة يقوم بها دون غيره من الأعضاء، ويُمكن أن تكون هذه الأعضاء أحادية مثل القلب والكبد وتكون ثنائية مثل العينين والأذنين والكليتين.كما أن هناك أعضاء تعمل بكامل طاقتها أو بالتناوب والتبادل وبعضها لا يمكن للإنسان أن يعيش بدونها مثل القلب والرئة، على غرار بعض الأعضاء يمكن الحياة بدونها أو بجزء منها مثل العينين والأدنين.

ثانيا: مصادر الأعضاء البشرية القابلة للنقل

تتمثل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في نزع عضو من جسم شخص حي أو متوفي وزرعه في جسم إنسان مريض،لأن الطب الحديث لم يتوصل لحد الآن لإيجاد بديل اصطناعي يتميز بنفس الخصائص الطبيعية للعضو،بحيث يقوم بنفس الوظائف الحيوية بنسبة 100%،وهذه العملية تتم من الحي إلى الحي،أو من الميت إلى الحي،أو من الحيوان إلى الإنسان أحيانا.فبالتالي يمكن تحديد صور نقل الأعضاء البشرية كما يلي :

-مصدر العضو المنقول قد يكون الشخص ذاته الذي هو محل عملية نقل العضو،كأن يُستقطع أحد أوردة ساقه لمعالجة انسداد شريان القلب،أو يُنقل أُصبع بنصره مكان أُصبع الإبهام المبتورة لديه،أو أخد جزء من جلده لترقيع مكان آخر مصاب، فهذه العملية هي عبارة عن خليط محدد من مركبات عضوية كالخلايا والألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتلائم مع الجهاز المناعي للشخص،فهذا النوع من العمليات هو أقرب إلى العلاج التقليدي منه إلى العلاج الحديث ،وبالتالي لا يُثير أية اشكالية في دراسته من الناحية القانونية والشرعية .

- كما يُمكن أن يكون صاحب العضو الذي يُستقطع منه شخص آخر غير المريض سواء كان حيا أو ميتا، ويسمى في هذه الحالة بالواهب أو المتبرع أو المعطي، أما الشخص الذي يستفيد من العضو يُسمى

[1] أنظر،مُحَمَّد بن فتوح الحميدي،الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم،كتاب الصلاة،باب صفة صلاة النبي صلّى الله عليه وسلم، الجزء الثاني،الطبعة الثانية ،دار ابن حزم للنشر و التوزيع،بيروت،2002،ص160 .

بالمستفيد أو الموهوب له،كما أن هذه العملية لها بُعد ومصلحة انسانية تُعيد للمريض البسمة والأمل في الحياة[1].

-قد يكون مصدر العضو المنقول من الحيوانات،إذ تتشابه بعض أعضاء الحيوانات ونظيرتها لدى الإنسان من الناحية التشريحية،حيث أنه قد جرت أول محاولة للنقل على الحيوانات سنة 1959.وتبعتها محاولات لنقل الدم إلا أنه لم يتأكد نجاحها بعد،كما يمكن نقل صمامات القلب المنزوعة من الأبقار وكذا الجلود من الأغنام لترقيع جلد الإنسان[2].

كما يُمكن تحديد التكوين التشريحي للعضو المنقول بنوعين:

*الأعضاء ذات الخلايا المتجددة تلقائيا مثل الدم المني و الجلد؛

*الأعضاء غير متجددة الخلايا ولها نظير في الجسم،ويُطلق عليها الأعضاء المزدوجة كالأسنان ،العين، الأذن،الكلية.

كما يُمكن التمييز بين مجرد نقل نسيج خلوي مثل الشريان أو جزء عظمي وعضو بشري كالكبد أو الكلية فبالنسبة للأول فهو عادة لا يحتوي على نسيج واحد فسرعان ما تتكون خلايا تتماثل مع جسم المتلقي ،أما بالنسبة للنوع الثاني فإن العضو المركب كالكبد والكلية يحتوي على خليط من أنسجة متباينة سواء كانت أوعية دموية أو لمفاويات أو أعصاب[3] .

بعد تبسيط الصورة من خلال عرض مختلف التعريفات للعضو البشري من عدة جوانب مع معرفة مصادر هذه الأعضاء البشرية يمكننا في الأخير التعرض لمفهوم عملية نقل الأعضاء البشرية .

الفرع الثاني

التمييز بين نقل الأعضاء البشرية و بعض العمليات الطبية لغاية علاجية

إن الأعضاء البشرية متعدّدة ومختلفة ولكل منها مميزاتها و وظائفها الحيوية ،لذا فإن الدراسة تقتضي منا تحديد مضمون عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية تحديدا واضحا ودقيقا تميّزها عن بعض الأعمال الطبية

[1] أنظر،ياسر حسين بهنس،زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والإباحة-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون،الطبعة الأولى،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر ،2016 ،ص. 45 .

[2] أحمد عمراني،المرجع السابق، ص.160 .

[3] ياسر حسين بهنس،المرجع السابق،ص. 47.

التي كشف عنها الطب التطور الطبي الحديث،و التي قد تختلط أحيانا معها ،ومن بين هذه الأعمال الطبية نذكر على سبيل المثال وليس الحصر :التلقيح الإصطناعي ،نقل الدم ، زرع الأعضاء البشرية

أولا: التمييز بين نقل العضو البشري والتلقيح الإصطناعي

يتم اللجوء لعملية التلقيح الإصطناعي لعلاج مشكلة العقم،حيث يتمّ تلقيح البويضة بالحيوان المنوي بدون اتصال جنسي بين الرجل و المرأة ،ولقد تطرّقنا لصوره وأساليبه في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة .

والحقيقة أن مثل هذه التقنيات الطبية وما قد يُشابهها من مستجدات طبية يُشكل مظاهر خطيرة على الدعائم الأساسية التي تقوم عليها الأسرة وهي الزواج والنسب والميراث،و بالتالي فإن الشروط والأحكام القانونية الواجب توافرها في عمليات التلقيح الإصطناعي التي تتم بزرع الحيوان المنوي في البويضة وعمليات تأجير الأرحام التي تتم بواسطة زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى لا يمكن أن تتطابق مع نظيراتها في عمليات زرع الأعضاء البشرية .فلو سلّمنا أن عمليات زرع الأعضاء البشرية تتم لوجود ضرورة علاجية راجحة تقتضيها المحافظة على حياة الإنسان ليعيش حياة عادية ،فإن هذا الأمر لا يتحقق وجوده في عملية التلقيح الإصطناعي.وبالمقابل، إن كان يترتب على التلقيح الإصطناعي ثبوت النسب والإرث، فإن ذلك لا يمكن تصوره في حالة نقل عضو أو جزء منه كالكلية أو القلب أو الكبد،كما أن استئصال عضو معين يُؤدي إلى نقص دائم في جسم الإنسان،في حين أن التلقيح الإصطناعي لا يُنقص ولا يزيد في الأعضاء البشرية ،بل يتعلق بفعل الشخص و إرادته اللذان يكون لهما دور كبير في إجراء التلقيح الإصطناعي[1] .

كما يُعد التلقيح الإصطناعي انجاز يُضاف إلى باقي الإنجازات العلمية والطبية لكونه وسيلة تُحقق للفرد والمجتمع الشيء الكثير،لاسيما وأنه في أحوال وظروف معينة يُعد ضرورة اجتماعية كما هو الحال في زمن الحروب،و يسد ثغرة كبيرة لدى الكثير من العائلات التي يكاد أن يتسرب إليها اليأس بسبب انتشار العقم بين الرجال والنساء المرأة، أو بسبب الحاجة لتحديد النسل لعلاج بعض الأمراض الوراثية التي تنتقل بين الأجيال[2].

وفي الأخير وبغية عدم اخراج التلقيح الإصطناعي وزرع الأعضاء البشرية عن أهدافهما الطبية والإجتماعية لا بد من تنظيمهما بنصوص قانونية خاصة وصارمة وتدعيمهما بقواعد جزائية ينجر عن مخالفتها المساس بالنظام العام والذي يُحتم على المشرع التدخل لحمايته عن طريق قواعد قانونية صارمة .

[1] زياد أحمد سلامة ،المرجع السابق ، ص. 09.

[2] حسني عودة زعال،المرجع السابق ، ص. 102.

ثانيا: التمييز بين نقل العضو البشري ونقل الدم

يجدر بنا في البداية التعرّف على بعض المفاهيم التي تخدم الموضوع على غرار تعريف الدم ،فالدم هو السائل الأحمر الذي بوجد في الجهاز الدوري للجسم ،ويملأ الشرايين والأوردة في عروق كل الفقاريات الحية بما في ذلك الإنسان،و يحمل الغذاء والأكسجين وعوامل مقاومة الأمراض إلى جميع الجسم،كما ينقل ثاني أكسيد الكربون من جميع أجزاء الجسم إلى الرئتين للتخلص منه،كما أن الدم يتميز بخاصية غير موجودة في باقي منتجات أو أعضاء الجسم ألا وهي خاصية التجدّد ،فهو يتجدد من تلقاء نفسه[1] .

كما يتكون الدم من بلازما تشكل أكثر من نصف حجمه وهي تحتوي على عوامل التجلط والبروتينات،و مواد أخرى كالأجسام المضادة، بالإضافة إلى خلايا دموية هي كريات الدم الحمراء التي تحتوي على الهيموغلوبين التي تمتص الأكسجين ،وكريات الدم البيضاء التي تلعب الدور الرئيسي في مقاومة الميكروبات والصفائح الدموية المساعدة على وقف النزيف[2] .

إن مشروعية عمليات نقل الدم وانتشار بنوك لحفظه أمر مستقر،ويدل على ذلك أن هناك العديد من القوانين والأنظمة التي صدرت في هذا الصدد صنّفته في خانة المنتجات البشرية. ورغم أن الدم من أجزاء الجسم الحيوية إلا أننا نرى أن عملية التبرع به ونقله من شخص لآخر أو وضعه في البنوك الخاصة وفقا للمعطيات الطبية اللازم اتباعها لا تُشكل خطورة قياسا بنقل الأعضاء البشرية،لأن الدم يتجدد تلقائيا إذ سرعان ما تتجدد الكمية المتبرّع بها ويُعاد تكوينه مثل اللبن الذي يخرج من ثدي الأم المرضعة والبويضات من الأنثى البالغة والعرق والحيوانات المنوية من الرجل البالغ،في حين أن استئصال عضو كالكلى أو الكبد يُؤدي إلى نقص دائم لذلك العضو في جسم المتبرّع.

كما نشير إلى أن المشرع الفرنسي كان السباق في ابراز الفارق الجوهري بين المنتجات البشرية وغيرها من الأعضاء البشرية بموجب القانونين (94- 653 المتعلق بحماية الجسم البشري و94- 654 المتعلق بالتبرع واستخدام الأعضاء البشرية) من نفس السنة،حيث تطرق بموجبها للأحكام الخاصة بنقل واستغلال منتجات الجسم ونص على الشروط والقيود لضمان الحماية القانونية اللازمة.كما أورد أحكام خاصة بالأمشاج والأجنة البشرية بإعتبارها تدخل ضمن منتجات الجسم من جهة وكثرة التجارب الطبية عليها في مجال التلقيح الإصطناعي وفي الصناعات الدوائية ومستحضرات التجميل. لهذا قام المشرع الفرنسي بالتمييز

[1] أنظر ،أحمد سلمان سليمان الزيود ،المسؤولية المدنية عن نقل الدم الملوث،دار النهضة العربية،مصر ،2009،ص.54.

[2] أنظر،أنس محمّد عبد الغفّار،المسؤولية المدنية في المجال الطبي (دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية)،دار الكتب القانونية،مصر 2010 ،ص.62.

بين المكونات المختلفة الداخلة في تكوين الجسم، وهذا لعلمه بتفاوت الآثار القانونية الناتجة عن الممارسات بحسب العنصر الذي وقع عليه الفعل

وبناء على ما سبق فلا يُمكن تطبيق القواعد القانونية الخاصة بنقل الأعضاء البشرية على عمليات نقل الدم ،لأن المشرع الجزائري ومن خلال قانون الصحة رقم 18-11 قد خصص مواد قانونية لنقل الدم في الفصل الثاني عشر[1] من الباب الخامس تحت عنوان "هياكل الدم"، والقسم الثاني[2] من الفصل الرابع من الباب السابع تحت عنوان "الجوانب الأخلاقية المتّصلة بحقوق المتبرّعين بالدم "والتي أكّدت على سبيل المثال على مجانية التبرع بالدم وجواز التبرّع بالدم و الشروط الواجب توافرها في المتبرّع، كما نص على عقوبات جزائية من خلال المادتين 428 و429 من نفس القانون في حالة مخالفة المواد المذكورة سابقا.

إن القاسم المشترك في هذا الصدد أن قانون العقوبات فرض عقوبات على كل تُسوّل له نفسه الحصول على أعضاء أو أنسجة أو مواد من الجسم البشري بمقابل مالي أو على سبيل المتاجرة أو دون الحصول على الموافقة الصريحة المنصوص عليها في التشريع المعمول به وهذا استنادا للمادتين 303 مكرّر 18[3] و 19[4] على التوالي.

في الأخير نرى أنه بالرغم من وجود بعض القواعد القانونية في قانون الصحة وقانون العقوبات المنظمة لعمليات التبرع بالدم ،إلا أنه يجب اتخاد التدابير القانونية اللازمة لحماية الدم البشري من خلال اصدار تشريع قانوني خاص به يُلم بجميع جوانبه الطبية والتقنية والإجرائية،حتى تتوفر الحماية القانونية اللازمة خاصة أن له خصوصيات تختلف عن أعضاء الجسم البشري.

ثالثا: التمييز بين نقل العضو البشري و زرع العضو البشري

[1] المواد من258 إلى غاية 264 من قانون الصحة.

[2] المادتين 368 و 269 من قانون الصحة.

[3] تنص المادة303 مكرر 18 من ق.ع على أنه« يُعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 100.000دج إلى 500.000دج ،كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص».

[4] تنص المادة303 مكرر 19 من ق.ع على أنه« يُعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000دج إلى 500.000دج ،كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول. وتطبق نفس العقوبة إدا ثم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول ».

يُطلق على عملية نقل العضو البشري أيضا، بعملية استئصال أو انتزاع العضو البشري. حيث تُعرف عملية نقل العضو البشري بأنها" العملية التي تتم باستئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المعطي المتبرع وحفظه، تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي المريض في الحال أو المآل"[1].

كما يلاحظ أنه ليس كل أعضاء جسم الإنسان قابلة للنقل، فليس كل أعضاء جسد المعطي يجوز نقلها، إنما هناك بعض الأعضاء فقط تكون قابلة وصالحة للنقل،كما يجب أن يكون العضو سليما وأن تكون حالة المعطي تسمح بذلك، بحيث لا يؤثر نقل العضو على حالة المعطي الصحية وإلا انتفت الحكمة من نقله.

أما بخصوص زرع العضو البشري فقد عرفه الدكتور مُحَمَّد علي البار بأنه " نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف"[2]. ونجد نفس المعنى لدى الأستاذ مُحَمَّد فارح والذي عرف عملية زرع العضو البشري بأنه" نقل أعضاء سليمة من أجسام صحيحة إلى أجسام مريضة أعضاء منها أو تالفة"[3].

كما يُمكن أيضا تعريف عملية زرع العضو البشري بأنه " تثبيت العضو المنقول في جسد المتلقي بعد استئصال العضو المريض أو التالف لكي يقوم مقام الثاني في أداء وظائفه"[4].

من خلال هذه التعريفات،يمكن أن نستنتج أن عملية زرع العضو البشري تضم عمليتين مترابطتين، وهما:

-عملية استئصال العضو التالف العاجز عن أداء وظيفته من جسم المتلقي أي المريض.

-عملية تثبيت العضو المنقول وهو عضو سليم يحل محل العضو التالف.

كما أن هذه العملية تتم من خلال ثلاث صور هي:

- HAUTO: تسمى عمليات الزرع الذاتي، وفي هذه العمليات يكون المعطي والمتلقي نفس الشخص ونفس الجسم، فيقوم الطبيب المختص بنقل عضو أو نسيج من موضع إلى آخر في ذات الشخص.ومن أمثلته نقل الأوتار والعضلات، ونقل الصمامات من الأوردة في الساقين لإصلاح صمامات

[1] مُحَمَّد حماد مرهج الهيتي،المرجع السابق،ص.31.

[2]أنظر،مُحَمَّد المدني بوساق،موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر،دار الخلدونية،الجزائر ،2004 ، ص.11.

[3] أنظر،زبيدة إقروفة،نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص2 ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008 ، ص.358 .

[4] مُحَمَّد حماد مرهج الهيتي،المرجع السابق،ص.45.

القلب، ونقل جزء من الأمعاء لإصلاح المرئ، ونقل جزء من الغدة الكظرية لمداواة الشلل الرعاشي، ومن أهم الأمثلة أيضا ترقيع الجلد وإصلاح الأنف والأذن.

ومما لا شك فيه أن عمليات الزرع الذاتي قد تكون من قبل التعويض والتصحيح، كأن يكون في الشخص عيب ظاهر ومنظر غير مألوف، مثلما يحدث جراء الحروق والحوادث.

- HOMO: تسمى عمليات نقل وزرع الأعضاء بين البشر أو من حي إلى حي، وفيها ينتمي الشخص المعطي إلى نفس جنس المتلقي، كنقل عضو من أعضاء شخص إلى شخص آخر وقد يكون المعطي والمتلقي من نفس السلالة أي الزرع بين التوائم .إن أول عملية زرع كلية بين التوائم والتي تكللت بالنجاح كانت بتاريخ1954/12/23 في بوسطن، حيث حصل" ريتشارد هيرك" RICHARD HIRRIK على إحدى كلى شقيقه التوأم "رولاند" ROLAND"

- HETE :تسمى عمليات الزرع من الحيوانات، وفيها يختلف جنس المتلقي عن جنس المعطي .وقد أجريت عدة محاولات لزراعة أعضاء من الحيوانات للإنسان، منها محاولة استئصال كبد قرد وزرعه في جسد إنسان.وأجريت بعض الدراسات لزرع قرنية كلب لدى إنسان،ومحاولة زرع قلب قرد عند الإنسان[1] .

يلاحظ من خلال التعاريف السابقة أن هناك خلط بين المصطلحين" زرع" و"نقل"، فنقل العضو لا يعني زرعه، إذ أن عملية نقل العضو مستقلة عن عملية زرع العضو البشري ،فزرع الأعضاء لا يعني نقلها حتى وإن كان نقل الأعضاء قد يعد جزءا من عملية الزرع، باعتبار أن عملية نقل العضو قد لا يستتبعها إجراء عملية زرعه،وإنما قد يتم نقل العضو من أجل حفظه لحين الحاجة إليه، خصوصا إذا كان العضو المنقول من جثة ميت. كما أن الغاية من استئصال العضو السليم هي زراعته في جسم المتلقي، وغاية عملية الزرع هي علاج المريض المستقبل باستبدال عضوه التالف بعضو سليم [2] .

أما من الناحية اللغوية، فتعتبر كلمة غرس أدق وأصح لاستعمالها في مجال نقل الأعضاء، بدل كلمة الزرع، ذلك لأن مصطلح الزرع من الناحية اللغوية غير دقيق، فجميع المعاجم اللغة العربية اتفقت على أن عبارة غرس تعني إثبات الشيء المغروس في مكان الغرس، فيقال غرس الشجر أي ثبت في الأرض.بينما الزرع، فهو طرح الزرعة أي البذرة، وبهذا نجد أن كلمة غرس أدق وأصح من كلمة الزرع لاستعمالها في مجال نقل

[1] أنظر،محمّد رايس،المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،دار هومة ،الجزائر،2007 ،ص218،و حسني عودة زعال،المرجع السابق،ص50 .

[2] أنظر،عمرون شهرزاد،أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون–دراسة مقارنة– دار النهضة العربية،الإسكندرية 2012 ،ص.143.

الأعضاء، لكن رغم ذلك فنجد أن مصطلح الزرع أخذ مكانا عرفيا واسعا يكاد يكون اصطلاحا مستقرا في مختلف التشريعات[1] .

من خلال هذا العرض نرى بأن التسمية الأقرب للصواب هي الجمع بين النقل والزرع، ليكون هناك تكامل في العملية الطبية و التي تضم نوعين :

1-عملية نقل أو استئصال العضو من الشخص المتبرع.

2-عملية زرع العضو لدى الشخص المريض.

لكن هل كل الأعضاء البشرية يُمكن التبرع بها أو نقلها؟ما هي الضوابط القانونية والطبية الواجب توافرها في عملية نقل و زرع الأعضاء؟ هذا ما سنبينه من خلال الفروع الثالث و الرابع.

رابعا : التمييز بين العضو البشري والعضو الصناعي

الإنسان معرض في أية لحظة وفي أي وقت لفقدان أحد أعضاء جسمه سواء عن طريق خطأ طبي أو حادث مرور جسماني، ولا سبيل لتعويضها إلا باستخدام أعضاء صناعية تُساعده على أداء وظائفه المعطلة إن صح التعبير .

فالعضو الصناعي ما هو إلا«تعويض عضو أو جزء من عضو طبيعي تالف بعضو آخر مصنوع من المعدن أو البلاستيك ليؤدي وظيفته سواء من الناحية العضوية كالأسنان والمفاصل الصناعية أو الجمالية كالعيون الزجاجية والشعر المستعار»[2].

فبهذا يكون العضو الصناعي أو الإصطناعي أداة أو جهاز يصنعه الإنسان ويتم تركيبه أو زرعه في الجسم البشري لتعويض أو تعزيز العضو الطبيعي التالف.

ولقد أشار المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة الجديد للعضو الصناعي في المادة 212 منه والتي جاء فيها «يُقصد بمستلزم طبي،في مفهوم هذا القانون كل جهاز أو أداة أو تجهيز أو مادة أو منتوج،باستثناء المنتوجات ذات الأصل البشري ،أو مادة أخرى مستعملة لوحدها أو بصفة مشتركة،بما في ذلك الملحقات والبرمجيات التي تدخل في سيره وموجه للإستعمال لدى الإنسان لأغراض طبية »[3].فمن خلال هذا التعريف

[1] محمود احمد طه،المرجع السابق،ص.101 .

[2]أنظر، مروك نصر الدين،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،جامعة الجزائر،1996-1997 ،ص.15.

[3] نصت عليه المادة 173 من قانون حماية الصحة 08- 13 الملغى والتي كانت تنص على أنه«يُقصد بمستلزم طبي في مفهوم هذا القانون،كل تجهيز أو جهاز أو أداة أو منتوج باستثناء المنتجات ذات الأصل البشري أو مادة أخرى مستعملة وحدها أو بالإشتراك بما في ذلك الملحقات والبرمجيات التي تدخل في سيره و

يتبين لنا أن المشرع الجزائري استثنى الأعضاء الطبيعية التي يمكن زرعها في الجسم البشري من تعريف المستلزمات الطبية وحصرها في الأشياء المادية فقط. لكن هل هذا العضو الإصطناعي يتمتع بالحماية القانونية مثل باقي الأعضاء الطبيعية؟

في هذا الصدد وجدنا اختلافا في الآراء ،فقد ذهب الفقه الألماني إلى إعتبار أن مادة الجسم لا تقتصر على أجزائه الطبيعية،بل تشمل أيضا الأعضاء الصناعية التي يستعين بها الشخص لتعويض العضو التالف أو الناقص،لأنها متصلة بالأعضاء الطبيعية في الجسم وتؤدي نفس وظيفة الأعضاء الطبيعية لهذا السبب يجب أن تتمتع الأعضاء الصناعية بالحماية القانونية الكاملة التي يقرّرها القانون للأعضاء الطبيعية[1].أما الفقه الفرنسي فقد سار في نفس سياق نظيره الألماني لكن شريطة أن تكون هناك درجة من الإندماج بين الجهاز والجسم البشري لكي تستعيذ تلك الأعضاء الصناعية حكم العضو الطبيعي،مستثنية بذلك الأشياء والأجهزة التي يمكن فصلها بسهولة كالكرسي المتحرك والأسنان الصناعية التي تبقى في حكم الأشياء[2].و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 1992/08/28 والذي جاء في مضمونه « أنه لا يأخد حكم الجسم إلا الأشياء الموجودة داخل الجسد ويُقصد بها كل جهاز أو آلة تمّ تثبيته داخل الجسم بغرض القيام مقام العضو في أداء وظيفته أو في المساعدة على أداء تلك الوظيفة أو معالجته»[3].فهذا القرار جاء ليؤكد أنه حتى يأخد العضو الصناعي حكم العضو الطبيعي لا بد من تحديد درجة العلاقة و الإرتباط التي تجمع بين الجهاز و الجسد.

بعدما قمنا بشرح وتبسيط بعض المفاهيم المتعلقة بالأعضاء البشرية، يمكننا الآن التطرق لتعريف عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.بالرغم من عدم وجود تعريف جامع إلا أن هناك محاولات لتعريف هذه الوسيلة

الموجه للإستعمال لدى الإنسان للأغراض الآتية: تشخيص مرض أو الوقاية منه أو مراقبته أو معالجته أو التخفيف منه أو تعويض جرح أو إعاقة.-دراسة تشريح أو عملية فيزيولوجية أو تعويضها أو تعديلها-التحكم في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب

[1] MOINE Isabelle,Les choses hors commerce, «approche de la personne humaine juridique», Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1997,pp.384-385.

[2] Cass.civ.1ere ,28/08/1992,note. LAPORTE Sylvie,la vénalité des éléments du corps humain, Mémoire de Master,universite de Lille2,2004,p.63.

[3] Cass.civ.1ere ,28/08/1992,note cité par Sylvie LAPORTE,précité .

الطبية والعلاجية. حيث ثم تعريفها بأنها «تعويض العضو المقطوع بعضو سليم»[1].أو هي «إمكانية شفاء ومعالجة المرضى الذين أصيبوا بمرض قاتل نتيجة تعطل العضو عن العمل باستبداله بعضو سليم»[2].

أما الجمعية العالمية لزراعة الأعضاء فتمثل تعريفها في أنها «عملية من خلالها يستبدل عضو مريض بعضو سليم مأخوذ من شخص حي أو ميت،فالشخص الذي يتم له الزرع يُسمى المستقبل والشخص التي يتم النقل منه يسمى المتبرع و العضو المنزوع يسمى الغريسة » [3] .

بعدما قمنا بإعطاء فكرة عن الأعضاء البشرية وتعريف عمليات النقل والزرع،والتمييز بين الأعضاء البشرية و بعض الصور المشابهة لها وعرضنا الفرق بينهم ،سنبين في الفرع الموالي ما هي الأعضاء التي يمكن للإنسان التنازل عليها من أجل انقاد حياة غيره .

الفرع الثالث

الأعضاء البشرية الجائز التبرع بها

يتكون جسم الإنسان من عدة أعضاء وهي عبارة عن مزيج من الأنسجة التي بدورها تتكون من مجموعة من الخلايا باعتبارها الوحدة الأساسية في تكوين الجسم،هذه الأعضاء البشرية تتنوّع وتتعدد،فنجدها ظاهرة كالقرنية والرجل واليد وغيرها، وأعضاء باطنية لا يمكن مشاهدتها كالرئة والكبد والقلب، كما نجد أعضاء تشكل غالبية أجزاء جسم الإنسان وقد تكون مزدوجة مثل الكلية والقرنية والأذن، وقد تكون منفردة كالكبد والقلب والبنكرياس،ونجد أيضا أعضاء سائلة ومتجددة تتمثل بشكل خاص في الدم، ونجد أعضاء يؤدي استئصالها إلى إنهاء حياة الشخص كالقلب[4] .

ومن بين هذه الأعضاء يوجد أعضاء بشرية يُمكن الإنسان التبرع بها لغيره لأنه يُوجد مثيلاتها في الجسم وفقدانها لا يعيق حياته الطبيعية بنسبة كبيرة ، وهناك أعضاء بشرية لا يوجد مثيلاتها و بذلك لا يمكن الإستغناء عنها أو التنازل عنها للغير إلا بعد الوفاة.

ومن خلال قراءتنا لمواد قانون الصحة الجزائري سواء القديم أو الجديد خاصة (القسم الأول تحت عنوان أحكام تتعلّق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية)،لم نجد أي إشارة أو تحديد للأعضاء التي يجوز

---

[1] LACOMBE Sérverine, Les conditions de légitimité des prélèvements d'organes à finalité médicale, Thèse du doctorat, sciences politiques, centre de recherche politique de la Sorbonne, université Paris I, 2008, p.16.

[2] CABROL Christian, "Le don d'organes, laissons parler le coeur", La Liberté de la personne sur son corps, éditions Dalloz, Paris, 2010, p.30.

[3] أنظر،عمر علام، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر،المغرب،2001، ص .168.

[4] محمود احمد طه،المرجع السابق،ص.115.

التبرع بها ،وأمام غياب نصوص صريحة لا بد من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية واجتهاد الفقه،مع الإستعانة بالتطورات الطبية الحديثة لتحديد هذا النوع من الأعضاء البشرية .

أولا–التبرع بالأعضاء المزدوجة :

تتمثل الأعضاء المزدوجة في الأعضاء التي لها نظير في الجسم كالقرنية والكلية، وأهم ما يميزها إضافة إلى صفة الازدواج أنها أعضاء غير متجددة الخلايا، فالأعضاء المزدوجة يمكن استئصال إحداها دون أن يتأثر الجسم. ويشترط لإجازة استئصال الأعضاء المزدوجة فضلا عن تناسب المخاطر التي يتعرض لها المتبرع مع المزايا التي تعود على المريض، أن يكون العضو المتبقي قادرا على أداء الوظيفة البيولوجية للعضو المستأصل[1]. أما إذا كان استئصال أحد العضوين يؤثر في هذه الوظيفة رغم وجود العضو الآخر في جسم المتبرع فلا يجوز ذلك مثل اليد أو الرجل أو الأذن،فرغم ازدواجيتها إلا أن وظائفها متكاملة،ولا يمكن استغناء الواحدة عن الأخرى لأنها تؤدي إلى إعاقة صاحبها[2].

تجدر الإشارة في هذا المقام أن المشرع الجزائري ومن خلال قانون الصحة سواء القديم أو الجديد لم يتطرق لتحديد الأعضاء المزدوجة التي يُمكن أن تكون محلا للإستئصال والتبرع،فهل يُفهم من ذلك أن جميع الأعضاء البشرية يُمكن أن تخضع للتبرع ؟أم أنه لم يُرد حصر الأعضاء البشرية القابلة للتبرع نظرا للتطورات الطبية والمستجدات البيولوجية القادرة على الكشف عن خبابا الجسم البشري و السماح بنقل أعضاء جديدة لم تكن في الحسبان.هذا ما سيسفر عنه ربما الطب في المستقبل .

لأن التقدم الطبي والتكنولوجي تمكن من اصطناع بعض الأعضاء الخارجية التي يمكن تعويضها للشخص الذي فقد أعضاءه دون إحداث بالغير ،فلا حرج من استغلالها طالما أنها تؤدي الغرض المطلوب بنسبة كبيرة .

ثانيا–التبرع بالأعضاء المتجددة :

وتتميز الأعضاء الوحيدة المتجددة في تلك الأعضاء التي ليس لها نظير في الجسم لكنها تتميز بخاصية التجدّد كالدم والخلايا الجذعية، وهي خلايا أولية متجددة ولها القدرة على الانقسام والتكاثر لتعطي أنواعا مختلفة من الخلايا المتخصصة وتكون أنسجة الجسم المختلفة. ويمكن الحصول على مثل هذه الخلايا من

1 سميرة عايد الديات، المرجع السابق ، ص. 179.

2 أنظر،معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها، مجلة نقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد1،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 ، ص. 24.

الأطفال البالغين،أو عن طريق الاستنساخ بأخذ خلايا من الكتلة الخلوية الداخلية[1].كما يجوز الحصول على الخلايا الجذعية وتنميتها واستخدامها بهدف العلاج إذا تم الحصول عليها بطرق مشروعة، أي أخذها بإذن الشخص البالغ أو خذها من المشيمة أو الحبل السري في حالة الجنين الذي تم إجهاضه تلقائيا ولا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية في حالة الإجهاض المتعمد للجنين أو بإجراء تلقيح بين بويضة امرأة وحيوان منوي من أجنبي عنها أو أخذها من قاصر ولو بإذن وليه،ولكن استئصال مثل هذه الأعضاء لا يحرم المتبرع من تعطيل وظائفها[2].وقد تعرض مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في الفترة من 14 إلى 20 مارس 1990 في قراره رقم 6/7/58 إلى استخدام الأجنة كمصدر لزراعة الأعضاء البشرية و قرّر ما يلي:

1-لا يجوز استخدام الأجنة مصدر للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات بضوابط لابد من توفرها :

أ-لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل الإجهاض يقصد به الإجهاض الطبيعي غير المتعمد والإجهاض للعذر الشرعي أو لا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لاستخراج الجنين إلا لإنقاذ حياة الأم.

ب-إذا كان الجنين قابلا للإستمرار في الحياة، فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء، وإذا كان غير قابل للإستمرار في الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته بالشروط الواردة في القرار رقم (1)للدورة الرابعة لهذا المجمع وهو انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر ميتا أوحيا.

2-لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.

3-لابد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة[3].

وكما يوجد أعضاء متجددة ومزدوجة يمكن استعمالها لمساعدة الغير لأنها قابلة للنقل والتجدد ،يوجد أعضاء يؤدي استئصالها إلى مشاكل طبية أو اجتماعية لأنها تتميز بخصائص فريدة ،سنبينها في الفرع الموالي .

[1] أنظر، الوحيدي شاكر مهاجر، مدى مشروعية نزع الأعضاء البشرية والتصرف فيها، دراسة مقارنة، مكتبة ومطبعة دار المنارة، غزة ، 2004، ص. 68.

[2] نسرين عبد الحميد نبيه ، المرجع السابق ، ص .101 .

[3] عمرون شهرزاد،المرجع السابق، ص. 150 .

الفرع الرابع

الأعضاء البشرية التي لا يجوز استئصالها

نجد بعض الأعضاء في جسم الإنسان لا يجوز استئصالها، وذلك لما تشكله من خطورة عليه،ومن أمثلتها الأعضاء الوحيدة غير المتجددة، والأعضاء التناسلية.

أولا–الأعضاء الوحيدة الغير متجددة

يقصد بالأعضاء الوحيدة غير المتجددة تلك الأعضاء التي ليس لها نظير في الجسم،وتتميز بعدم التجدد كالقلب والطحال والكبد،فهي أعضاء لا يجوز استئصالها لأنها ستؤدي إلى وفاة المتبرع،وفيما يتعلق بالكبد فيجوز التبرع بجزء منه فقط إذ ثبت علميا أنه يمكن أخذ جزء من الكبد شرط ألا يتجاوز النصف، لأنه يتجدد خلال06 أشهر،و يبقى اللجوء إلى استئصال الكبد أمر استثنائي[1].

نجد أيضا من الأعضاء الوحيدة التي لا يجوز استئصالها الدماغ، حيث قررت الجمعية العامة للمؤسسة الدولية لزرع الأعضاء في مدينة لاهاي بتاريخ 10 سبتمبر1970 "أن زرع الدماغ أمر غير مقبول". وقد أجريت عدة تجارب لزرع الدماغ وذلك من الحيوانات .فلا يمكن أن نتصور نقل دماغ إنسان حي، بل يتم اقتطاعه بعد الوفاة .ويجب أن يكون هذا الدماغ في حالة جيدة، ويجب أيضا ألا يتوقف سريان سائله أكثر من خمس دقائق. لكن إذا جعل تطور الطب زرع الدماغ ممكنا فإن مركز المشاعر والذكريات وتفكير الشخص سوف ينتقل إلى شخص آخر، وسيصبح الشخص الذي حصل على الدماغ عن طريق الزرع شخصا آخرا مختلفا عن الشخص الأصلي .فمن الصعب إذا انسجام زرع الدماغ مع احترام الشخصية والكرامة الإنسانية[2].

كما تقوم المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب الذي يستأصل عضوا ليس له بديل في جسم الشخص لزرعه في جسم المريض إذا نجمت الوفاة عن هذا الاستئصال. ولا يعتد برضا المجني عليه أي المتبرع لأن هذا التنازل بمثابة تنازل عن الحياة، والحق في الحياة ليس خاصا للفرد وحده بل هو حق للمجتمع أيضا.

لمشرّع الجزائري في قانون الصحة الجديد لم يُحدد هذه الأعضاء ولم يُشر إليها في أي نص قانوني،لكن من خلال المادة 360 فقرة 01[3] ،نفهم بأنه يُمنع تعريض حياة المتبرع للخطر إذا كان التبرع بأحد أعضائه

---

[1] Ahmed ABDULDAYEM, Les organes…, op.cit, pp. 189 -190.

[2] أنظر، مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية،دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007 ،ص. 147.

[3] « لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع،إذا عرّض حياة المتبرّع إلى خطر» المادة 360 فقرة 01 من قانون الصحة الجزائري رقم18–11 . المادة162 فقرة 01 من قانون الصحة الملغى« لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء،إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر».

يشكل خطرا عليه،فما بالك لو كان العضو المقتطع هو الوحيد والمسؤول على الحياة .وأمام هذا الفراغ التشريع يجب اضافة مواد قانونية جديدة تُحدد على سبيل الحصر الأعضاء البشرية التي تخرج من دائرة التبرع البشري.

ثانيا– الأعضاء التناسلية الحاملة للجينات الوراثية

يقصد بالأعضاء التناسلية الأعضاء التي تساهم في عملية الإنجاب، فمثلا يتكون الجهاز التناسلي للرجل من القضيب والخصيتين وغدة البروستات والحوصلات المنوية، والمعروف هو نقل وزرع الخصية حيث تتمثل وظيفة الخصيتين في إفراز الهرمونات اللازمة لتكوين باقي الأعضاء الخاصة بالجهاز التناسلي للذكر، وكذا تكوين الحيوانات المنوية عند بلوغ الرجل سن البلوغ من الخلايا الأولية الموجودة في الخصية ، والتي تحمل الصفات الوراثية. كما تقوم الخصية بدور المصنع الذي ينتج الحيوانات المنوية ، فإذا تم نقل الخصية إلى شخص آخر يتم نقل المصنع بآلاته ومعداته والمواد الأولية التي يحتويها إلى مكان آخر، كما يؤدي زرع الخصية بين الرجال إلى اختلاط الأنساب[1] .

بينما يتكون الجهاز التناسلي للمرأة من المبيضين والرحم،كما يحتوي كل مبيض على بويضات قد تم تكوينها قبل ولادة الأنثى من بطن أمها، ففي حالة نقل المبيض من أنثى إلى أخرى فإنه يتم نقل كل ما يحتويه المبيض من بويضات تحمل الصفات الوراثية، التي ورثتها الأنثى المنقول منها المبيض من والديها إلى أنثى أخرى، والتي تم نقل المبيض لها، وفي ذلك اختلاط للأنساب[2].

أما الأعضاء التناسلية الأخرى كالقضيب والرحم والمهبل فهي كسائر أعضاء الجسم مثل الكلية والكبد والقلب من حيث عدم التأثير من الناحية الوراثية ونظرا لما تحمله الأعضاء التناسلية سواء تلك الخاصة بالرجل أو المرأة للصفات الوراثية، التي تنتقل عند زرعها لدى شخص آخر، فإنه لا يجوز أبدا نقلها، لأن في ذلك إختلاط الأنساب، وفي هذا الشأن أكد البيان الختامي والتوصيات الصادرة عن الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت في الفترة الممتدة من 23إلى26 اكتوبر1989 بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومجمع الفقه الإسلامي التي تناولت موضوع زراعة الأعضاء على أنه" بحكم أن الخصية والمبيضان يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلقي جديد، فإن زرعهما محرم

[1] نسرين عبد الحميد نبيه ، المرجع السابق ، ص.92.

[2] أنظر ،إيهاب مصطفى عبد الغني، الوجيز في نقل الأعضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011 ، ص.30 .

مطلقا نظرا لأنه يفضي إلى اختلاط الأنساب، وتكون ثمرة الإنجاب غير وليدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد زواج "[1] .

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بجدة من 14 إلى 20 مارس من سنة 1990 ما يلي:

-زرع الغدد التناسلية :بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية(الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما ،فإن زرعهما محرّم شرعا.

- زرع الأعضاء التناسلية:زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية-ماعدا العورات المغلظة- جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم "1" للدورة الرابع لهذا المجمع و: هو انتفاع الإنسان بأعضاء جسم انسان آخر حيا أو ميتا[2] .

كما نصت القوانين العربية والغربية على تحريم نقل الأعضاء التناسلية سواء الذكرية أو الأنثوية ، فمثلا المشرع المصري نص في المادة الثانية من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أنه " ويحضر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو لخلايا التناسلية بما يؤدي إلى إختلاط الأنساب"[3]. أما المشرع الجزائري فلحد الساعة فلم يصدر أي قانون خاص بتنظيم عملية التبرع بالأعضاء البشرية بصفة عامة والتناسلية بصفة خاصة، فنتمنى أن يتدارك هذا القصور القانوني مستقبلا ويواكب القوانين الأخرى في تنظيم المستجدات الطبية،لكنه حاول الحد من ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية خوفا من تفاقمها، نظرا لالتزامات الجزائر الدولية في هذا الشأن، من خلال قانون العقوبات[4]، فثم تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 09-01 الصادر بتاريخ 25 فيفري 2009 في وثم إضافة 13 مادة(303 مكرر16 إلى 303 مكرر 29) لتدارك النقائص الموجودة في قانون الصحة .

أما المشرع الفرنسي، فقد اعتبر مبدأ مجانية الأعضاء مبدأ عاما يجب تطبيقه على كافة التصرفات المتعلّقة بالأعضاء البشرية، حيث نصت المادة 04/1211[5] من قانون الصحة العامة رقم 2004-802 المؤرخ في 29 جويلية 2004 المعدل والمتمم على أنه "لا يجوز دفع أي مبلغ مالي في أي شكل من الأشكال

[1] أنظر،عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان ، 2004-2005، ص. 258 .

[2] أنظر،الأمين شريط، نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية،مجلة الفكر البرلماني،2003،عدد خاص،مجلس الأمة،الجزائر، ،ص. 148.

[3] قانون رقم 05 لسنة 2010 ، المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية ، مشار إليه سابقا .

[4] « كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد. و يعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت للوفاة »المادة 274 قانون العقوبات الجزائري المعدّل و المتمم

[5] «Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits.»Art L1211-4,c.s.p.f, loi n° 2004-802

في سبيل الحصول على أحد منتجات أو أعضاء الجسم"، وفرض أيضا عقوبات جنائية فجاءت المادة 511-2 من قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 916-2000 والمادة 1272-1[1] من قانون الصحة العامة على أن العقوبة تتمثل في سبع سنوات حبس و غرامة مالية تقدر بـ 100.000 أورو من جراء الحصول على أعضاء بشرية بمقابل مادي مباشرة أو عن طريق الوساطة لصالح الغير.كما حظر المشرع الفرنسي الإعلانات التجارية الداعية إلى الاتجار بالأعضاء، وكذا منع الأطباء والممارسين لهذه العمليات من تقاضي أي أجر عن قيامهم بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء[2].

بعدما تطرقنا في هذا المطلب لمفهوم العضو البشري وطريقة نقله وتحديد الأعضاء التي يُمكن نقلها والتي لا يمكن نقلها وموقف اقانون من ذلك،سنتطرق في المطلب الموالي إلى الموقف الشرعي من ذلك من خلال التعرض لمختلف الآراء الشرعية.

المطلب الثاني

الأساس الشرعي لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

تنظر الشريعة الإسلامية للإنسان نظرة شاملة وكاملة من خلال التطرق لكل جوانب حياته منذ ولادته إلى غاية دفنه،وفي خضم البحث عن الأساس الشرعي الذي يمكن من خلاله أن نضع الممارسة الماسة بالجسم البشري ضمن إطارها الشرعي،وجد فقهاء الشريعة الإسلامية أنفسهم أمام تحد كبير، خاصة بسبب عدم انعقاد الإجماع لديهم على جواز هذه الممارسات أو حرمتها،وهذا راجع لعدم وجود نصوص قرآنية صريحة ومباشرة تعالج المسائل المتعلّقة بالأعضاء البشرية والتي من خلالها يمكن إباحة مثل هذا النوع من الإعمال الطبية الجراحية مما أدى إلى تباين في الآراء والمواقف الشرعية.

إذن هذه التدخلات الطبية تندرج في خانة النوازل والمسائل الاجتهادية الحديثة خاصة مع عدم وجود نصوص صريحة في القرآن والسنة النبوية ،أدى لظهور آراء متباينة ،فهناك اتجاه يحرم هذه العمليات(الفرع الأول)، واتجاه يبيحها (الفرع الثاني).

[1] «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.» Art 511-2, Code pénal, et Art.1272-1, c.s.p.f modifié par l'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002 .

[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ،المرجع السابق ، ص.169.

الفرع الأول

الإتجاه المحرّم لعمليات نقل الأعضاء البشرية

حثّت الشرائع السماوية عامة والشريعة الإسلامية خاصة على كرامة الإنسان وعدم جواز المساس بجسمه أثناء حياته وحتى بعد وفاته،لكن العلماء وأثناء بحوثهم الطبية عن سبل انقاذ حياة الإنسان توصّلوا إلى نظريات وتدخلات طبية غالبا ما تتخلّلها تجاوزات خطيرة لا تكشف عن أهدافها الحقيقية رغم ما تقدمه من علاج وحلول للمرضى،مما يستدعى أخد رأي علماء الدين في الموضوع.

قد اختلفت الآراء الفقهية الشرعية بين مبيح لمثل هذا النوع من الأعمال الطبية المستحدثة،وبين معارض[1] لها أو مبيح لها لكن ضمن شروط وضوابط معينة لا بد من الالتزام بأحكامها حتى نضمن عدم حياد هذه الممارسة الطبية عن أطرها المشروعة.

أولا–أدلة التحريم المستمدّة من القرآن الكريم

أصحاب هذا الإتجاه يرون بعدم جواز استئصال الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من الجثث، وهو قول جمع من المعاصرين[2]،ومن بينهم الشيخ مُحَمَّد متولي الشعراوي[3]،فالإسلام عندما شرّع التداوي وسمح

---

[1] **متولي الشعراوي** :والتي جاء فيها" : أن الإسلام يمنع تنازل المسلم عن أي عضو من أعضائه بالبيع أو الهبة، لا حال حياته، ولا بعد مماته؛ لأن هذه التصرفات من تصرفات الملكية التي لا يملكها الإنسان في جسمه لا كله ولا بعضه، لأن مالك الجسم كله هو المولى عزوجلَ.أحمد محمود طه،المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، ، مركز الدراسات والبحوث، .الرياض، 1422 هـ 2001 –م، ص. 134 .

عبد الرحمان العدوي :حيث قال" :إذا كان الله تعالى قد أمر بعدم قطع شيء من البهيمة قبل أن تموت وتبرد حركتها، كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن أن نتعجل موتها فتسلخ أويقطع شيء منها قبل أن تموت وتبرد فأولى بذلك أن نتحرج من التصرف في الإنسان الذي كرمه الله حياً وميتاً، فنحن منهيون من باب أولى عن أن نتعجل موته وبقر بطنه لتأخذ كليته أو قلبه قبل أن يموت ويبرد تماماً، وإذا مات وبرد تماماً فإن أعضائه لا تصلح بذلك يكون الله قد حماه من تقطيع واستخدام أعضائه"،عبد الرحمان العدوي، عبد الرحمان العدوي ، نقل الأعضاء من الحي أو موتى المخ محرم شرعاً ، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر ربيع أول 1413 هـ، الموافق 10 مارس 2009 ،ص23 منشور على الموقع الإلكتروني : https://ebook.univeyes.com/130471/pdf ،تاريخ الإطلاع 2022/08/29 ص.35 .

عبد السلام السكري" لقد حرمت المذاهب الفقهية استخدام أعضاء الإنسان في العلاجات الطبية، ومنهم من علل ذلك بالنجاسة بالموت، ومنهم من علله بالكرامة الآدمية؛ فكيف بعد هذا يسوغ لقائل مسلم بجواز استخدام الأعضاء الآدمية في العمليات الجراحية؟".أحمد محمود طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة،المرجع السابق،ص.148.

[2] ومن بينهم فضيلة الشيخ مُحَمَّد العثيمين، وشيخ عبد الله العماري، شيخ حسن السقاف، عبد الله السكري، مُحَمَّد رشدي إسماعيل، عبد الرحمان العدوي، عبد الفتاح إدريس انظر، عارف علي عارف القره داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية سلسة بحوث فقهية، في قضايا معاصرة، موالامبور، ماليزيا ،2010–2011،ص.15.

[3] وقد ذهب فضيلة الشيخ المرحوم مُحَمَّد متولي الشعراوي إلى القول لماذا يؤخر المرء لقاءه بربه ولماذا يريد أن يأخذ من غيره ما ليس بحق؟، وما لا يحق لهذا الغير أن يتصرف فيه. فالأفضل أن نترك الأمور لطبيعتها ولقاء الله ليس شرا على كل حال، لكن بالرغم من رأي فضيلته إلا أنه أجاز نقل الدم. نقلا عن :فوزي مُحَمَّد محمود أبو طالب، مشروعية محل الإلتزام في الفقه الإسلامي،دراسة مقارنة بالقانون الوضعي،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق –قسم الشريعة الإسلامية–القاهرة ،2012،ص.518.

بالاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء فإنه قد ألزمهم بعدم تخطي حدود الوسائل المشروعة إلى وسائل غير مشروعة، حتى لا ينحرفوا إلى المحظور والمخالفة والاستهانة بمن كرمه الله تعالى. لهذا اعتبر أصحاب هذا الرأي أن الأطباء بإجرائهم لهذه العمليات، قد انزلقوا في أضواء الشهرة فأضلهم الشيطان[1]،وينطبق عليهم قول الله تعالى﴿ وَلأُضِلَّنَّهُمْ وَلأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّن دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا﴾[2].

كما عزّزوا موقفهم بأن الأصل هو مبدأ حرمة الجسم، فليس للفرد حق التصرف فيه بدون إذن الشرع فحق الله تعالى غالب على حق العبد على جسده، فمن لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه، مما ينجم عليه عدم جواز التصرف في الجسم البشري ولو بجزء منه سواء كان بالتبرع أو الهبة أو الوصية.

كما اعتبروا أن إقدام الشخص على التبرع بأحد أعضائه هو بمثابة تعريض نفسه للتهلكة والإضرار وإضعافها من غير مصلحة مقصودة شرعا وهذا مخالف للقاعدة العامة الإنسان أولى بنفسه من غيره،وهذا الأخير أمين عليها فقط وليس مفوضا لأن التفويض يتطلب الإذن.كما لا يملك حق التصرف فيها لأن الله تعالى هو المالك الحقيقي لجسد الإنسان ،لذلك لا يجوز التبرع بأي عضو لما قد يترتّب على ذلك من مخاطر على حياته[3]، لقوله تعالى ﴿...وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ...﴾[4].

بالإضافة إلى ما سبق ذكره،فالشرع يأبى أن يعامل الإنسان معاملة الأموال مصداقا لقول تعالى﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ حَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾[5]،ولأن الشريعة الإسلامية اعتنت بالإنسان ومنحته منزلة عظيمة وجعلته مكرّما حيّا أو ميتا،فهذه الآية أكبر تجسيدا لمبدأ كرامة وحرمة الإنسان حيث جاء لفظ التكريم فيها صريحا حيث يتجلى من خلال الإستخلاف في الأرض،وحسن الخلقة والصورة،وتعظيم الحياة الإنسانية[6].وعليه فإن نقل الأعضاء يتنافي مع التكريم فلا يجوز تحويل أعضاء الإنسان الذي كرّمه الله عزّ وجل إلى سلعة أو أشياء تباع و تشترى.

---

[1] عارف علي عارف القره داغي،المرجع السابق،ص.19.

[2] سورة النساء،الآية 119.

[3] أنظر،مزياني محمد،" مسالك الاستبدال الشرعية في عمليات زرع الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، عدد2 ، مجلد1 ،كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير بعد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012 ، ص. .40

[4] سورة البقرة،الآية 195.

[5] سورة الإسراء،الآية 70.

[6] أنظر،إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع لإسكندرية،2009 ، ص.87.

وأيضا في قوله عزّ وجلّ ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَلِكَ فِي الأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴾[1]. فتكريم الله للإنسان وتفضيله ليس في الحياة فقط،بل يتعداه حتى بعد وفاته من خلال تغسيله وتكفينه ودفنه والصلاة عليه ومنع المساس بجثّته وتشويهها ،كما جاء في الحديث النبوي الشريف قال رسول الله صلى الله عليه وسلّم« كسر عظم الميت ككسره حي»[2].

وفي قوله تعالى ﴿ ثُمَّ لَتُسْأَلُنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ﴾[3]،فالإنسان سيسأل شكر ما أنعم عليه الله من الصحة والعافية والأمن والرزق،أما تفسير علي ابن أبي طلحة عن أبي عباس عن معنى النعيم في هذه الآية، فهو صحة الأبدان والأسماع والأبصار، ويسأل الله العباد فيما استعملوها،لأن صحة الإنسان وعافيته من نعم الله التي تستوجب الشكر لا الكفر وتستوجب المحافظة لا التضييع بالتبرع أو بالبيع.[4]

كما جاء في قوله تعالى ﴿وَمَن يُبَدِّلْ نِعْمَةَ اللَّهِ مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾[5]،حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن في نقل الأعضاء البشرية تبديل لنعمة الله، لأن المتبرع بالعضو يتنازل عن نعمة التمتع بالعضو الذي منحه الله إياه، وقد توعد الله من يبدل نعمته بالعقاب الشديد،وليس العبرة بأن نزلت هذه الآية في حق بني إسرائيل،فالعبرة بعموم اللفظ بخصوص السبب[6] .

وقوله تعالى أيضا ﴿ أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَىٰ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ﴾[7]. من خلال هذه الآية الكريم فإن التبرع بالأعضاء هو بمثابة استبدال وعدم قبول للذي هو أدنى بالذي هو خير،وهو اختيار لما هو دون الأكمل والنفع،وإذا كان الله عزّ وجل عاتب بني إسرائيل على تبديل وقع منهم في أمور كانت مباحة لهم فمن باب أولى عدم إجازة تبديل الأعضاء البشرية التي تحول صاحبها من الكمال إلى النقص أو العكس[8].

---

[1] سورة المائدة،الآية 32.

[2] سنن أبي داوود،أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، ،كتاب الجنائز،ج05،رقم الحديث 3207 ،دار الرسالة العالمية ،1430 ،ص3116.

[3] سورة التكاثر،الآية 08.

[4] أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي،تفسير القرآن العظيم ،المجلد الأول ،دار ابن حزم ،بيروت ،1420،ص3125

[5] سورة البقرة،الآية 211.

[6] عبد الكريم مامون،رضا المريض ...المرجع السابق،ص. 237.

[7] سورة البقرة،الآية 61.

[8] أنظر،محمّد مصطفى الذهبي،نقل الأعضاء بين الطب و الدين،دار الحديث،مصر،1995 ،ص.52.

وفي قوله تعالى﴿ يَا أَيُّهَا الإِنسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاء رَكَّبَكَ﴾[1].

وأيضا في قوله تعالى ﴿ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴾[2].من خلال هذه الآيات يرى أصحاب هذا الرأي أن الإنسان مكرّم و عمليات نقل وزراعة الأعضاء إهدار لكرامة الإنسان الذي فضله الله على سائر المخلوقات ،و لا يمكن أن تكون هناك كرامة للإنسان إذا تم المساس بأعضائه من خلال اقتطاعها أو بيعها أو التبرع بها ولو كان بهدف العلاج.

من خلال هذا العرض لهذه الآيات القرآنية التي اعتبرها أصحاب هذا الرأي كأسانيد وحجج قوية وإن كانت صحيحة. ظهر أنها ليس لها صلة مباشرة ولا تعد كافية بمعنى أنها لا تتحدث عن الأعضاء البشرية بالخصوص وتبقى محل نظر للأسباب التالية:

-التبرع بالأعضاء لا يُؤدي لهلاك النفس،لأنه من شروط التبرع بالأعضاء عدم تعريض حياة المتبرع والمتلقي للخطر أو الموت.

-القول أن نقل الأعضاء فيه تبديل لنعمة الله لا يكون إلا في حالة تغيير الخلق أو اتباع طرق محرّمة شرعا.

-التبرع بالأعضاء يتم مجانا وهذا شرط أساسي وضروري لحماية الكرامة الإنسانية بنية مساعدة المريض (الطرف الضعيف).

ثانيا-أدلة التحريم المستمدّة من السنة النبوية

لقد خصّت الشريعة الإسلامية الإنسان بحماية كاملة وشاملة،حيث تناولت كل جوانب حياته وأحواله من ولادته إلى غاية وفاته سواء فيما تعلق بالمعاملات أو الحياة الشخصية.

من هذا المنطلق،لاقت مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية اهتماما كبيرا من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية في العصر الحالي لارتباطه مباشرة بالجسم البشري والذي يتمتّع بقدسية خاصة،لأن الإنسان لا يمكنه التصرف فيه حسب أهوائه،لأن الجسم وحدة متكاملة وكل عضو فيه له وظيفة محددة،كما أنه ليس من الحقوق المالية وبالتالي لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد.

استند أصحاب هذا الإتجاه الذي يحرم استئصال الأعضاء البشرية لغرض زرعها،إلى عدة أحاديث نبوية شريفة،ونحن في هذا المقام سنقوم بسردها مع الشرح ،حيث جاء في الأحاديث أنه :

[1] سورة الإنفطار الآيات 06-08.

[2] سورة المؤمنون،الآية 14.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو يتردى في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا﴾[1] .ففي معنى هذا الحديث جاء تحذير رسولنا الكريم لكل من تسوّل له نفسه أن ينتحر(بحديدة ،أوسم،أو رمي نفسه من أعلى الجبل) فمصيره الخلود في جهنّم والعياد بالله ،لأنه ليس المالك الحقيقي لجسمه ونفسه وبالنتيجة ليس له الحق في التصرف والتبرّع ولو في جزء من أجزاء هذا الكيان حتى يأذن له صاحب الحق سبحانه وتعالى،و بالتالي فكل تصرف بإرادته المنفردة فهو باطل[2].

لكن فإن نقل الأعضاء البشرية ليس فيه قتل للنفس،بل هو نوع من الإنسانية والتعاون والإيثار مادام لم يعرض الشخص المتبرع نفسه للخطر .

وجاء فيما رواه البخاري في صحيحه بسند عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صل الله عليه وسلّم قال ﴿ يا عبد الله ألم أخبرك أنك تقوم الليل وتصوم النهار؟ قلت إني أفعل ذلك يا رسول الله، قال:فإنك إن فعلت ذلك هجمت عيناك(غارت وضعفت)ونفهت نفسك(تعبت وكلّت) وإن لنفسك عليك حقًا ولأهلك حقًا فصم وأفطر وقم ونم﴾[3].وهو ما يفيد وجوب الاعتناء بالجسد والعمل على راحته وإعطائه ما يحتاجه من ضرورات الحياة ليكون صاحبه قادرا على القيام بواجباته، فإذا أهمله صاحبه وتصرّف فيه كالتبرع بأعضائه فإن من شأن ذلك أن يضعفه عن أداء واجباته،لذلك شدد العلماء على حرمة الجسم البشري بمنع التدخلات الماسة بسلامته إلا ما كان منها لغرض علاجي وطبي[4].

ومما جاء في الصحيحين من حديث الحسن عن جندب بن عبد الله البجلي أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال" كان رجل ممن كان قبلكم وكان به جرح فأخذ سكينا نحر بها يده فما رقا الدم حتى مات،قال الله عزّ وجل عبدي بادرني بنفسه حرّمت عليه الجنة"[5].ففي هذا الحديث يُخبرنا رسولنا الكريم أنه من يعتدي

[1] صحيح مسلم،للإمام أبي الحُسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، باب تحريم قتل الإنسان نفسه وأن من قتل نفسه بشيء يعذب به وأنه لا يدخل الجنة إلا مسلم، حديث رقم 109 ،دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان،1410 ،ص.1948.

[2] أنظر،محمود السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، جامعة حلوان، كلية الحقوق،مصر،2013، ص.21.

[3] صحيح البخاري، الجزء الثالث، مطابع دار الشعب ،القاهرة، 1980 ، ص.178 .

[4] مأمون عبد الكريم،المرجع السابق ، ص.373 .

[5] تفسير ابن كثير،المرجع السابق ، ص .2551.

على نفسه ظالما في هذا الإعتداء أي عالما بالتحريم فجزاءه غضب الله عليه، وبالتالي فنقل الأعضاء البشرية صورة من صور الاعتداء على الجسم[1].

لكن هذا الذي قطع يده لم يقطعها لمصلحة ضرورية لينتفع بها غيره،كما هو الحال في نقل الأعضاء البشرية،وإنما قطعها للتخلص من الألم الذي أصابه من جراء الجرح فلا يمكن مقارنة قطع العضو البشري من أجل التخلص من الآلام بذلك الذي يقوم بالتبرع به ،وإن كان هذا العضو (أي اليد) من الأعضاء التي لا يجوز الإستغناء عنها ولا التبرع بها.

وما رواه البخاري والترميذي عن عبد الله بن مسعود،وبن عمر وأبي هريرة،أن الرسول ﷺ قال﴿ لعن الله الواشمات والمستوشمات ﴾[2].إذا كان العلماء متفقين على أن الوشم حرام وفاعله ملعون لما فيه من تغيير لخلق الله وتشويه للشخص رغم ما ينتج عنه من ألم بسيط ،فما بال الذين يتبرّعون بأعضائهم و يؤذون أنفسهم ويتحمّلون شدة الألم الناتج عن العملية.

يبدو أن هناك فرق شاسع بين الوشم والتبرع بالأعضاء ولا يمكن المقارنة بينهما لأن الوشم ليس ضرورة أو طريقة علاجية،على غرار التبرع بالأعضاء الذي يعتبر منفذا و ضرورة طبية للعلاج وانقاد حياة الأشخاص.

وما رواه جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم﴿ قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا ﴾[3].

ومعنى هذا أن النبي ﷺ وضع أساس الترتيب في النفقة، فأوجب أن يبدأ الإنسان بنفسه، ثم بعد ذلك زوجه وأولاده ثم أقاربه،فلا يجب أن يؤثر أحداً على نفسه،فإذا كان هذا في النفقات فمن باب أولى يكون في جسم الشخص فلا يتلف الشخص جسده لإحياء غيره مهما كانت الضرورة لذلك [4] .

من خلال عرضنا لبعض الآدلة التي استند عليها الرافضون لفكرة التبرع بالأعضاء البشرية،نجد أغلبيتها ليست قطعية أو غير مقنعة إن صحّ التعبير لأنهم استعملوا القياس على مواضيع لا علاقة لها أو بعيدة كل

[1] ياسر حسين بهنس ،المرجع السابق،ص. 171.

[2] صحيح البخاري،المرجع السابق ،ص.111.

[3] صحيح مسلم،الجزء الثالث،المرجع السابق، ص.137.

[4] محمود السيد عبد المعطي خيال،المرجع السابق،ص.29 .

البعد عن فكرة التبرع بالأعضاء.وجزموا بعدم إباحة استئصال أي عضو من جسد الآدمي لزرعه في جسد آدمي آخر، مهما تكن الضرورة التي تستدعيها.فه يتنافى مع كرامة الإنسان سواء كان حيا أو ميتا.

بعدما عرضنا موقف المعارضين لفكرة التبرّع بالأعضاء البشرية،سنتطرق في الفرع الموالي لعرض آراء وأسانيد المجيزين لفكرة التبرع بالأعضاء البشرية.

الفرع الثاني

الإتجاه المبيح لنقل وزرع الأعضاء البشرية

نظرا لما حقّقته هذه العمليات الطبية من نجاح على الصعيد العالمي،ومع الانتشار الواسع للترويج لها كان لا بد من لفقهاء الشريعة الإسلامية دراسة الموضوع لتعلّقه المباشر بالإنسان وحرمته والفصل في مدى شرعيته لوضع حد للتلاعبات والتجاوزات الممكن حدوثها.فرغم وجود اتجاه فقهي حرّم هذه العمليات،ظهر في المقابل اتجاه يدعو على إباحتها كما صدرت العديد من الفتاوى والقرارات من الهيئات الشرعية .

فعمليات نقل الأعضاء تجسد معاني التعاون والتراحم والإيثار التي رغب فيها الإسلام، رغم ما فيها من بعض المفاسد، إلا أن مصالحها تربو عليها والعبرة بما غلب وهي من باب الضرورات التي تبيح استعمال بعض المحظور ،لكن بتوافر الشروط والضوابط الشرعية، كعدم التبرع بعضو وحيد في الجسم لأن فيه هلاك للمتبرع، التأكد من نجاح العملية، عدم التبرع بالأعضاء التناسلية منعا لاختلاط الأنساب،و أن تكون هناك ضرورة قصوى للنقل مع عدم وجود بدائل علاجية تحل محل عملية نقل العضو، عدم بيع الأعضاء أو استغلال حاجة المتبرع أو المتبرع له، ضرورة الحصول على رضا كل من المتبرع والمتبرع له[1] .

ونحن في معرض الحديث عن القائلين بالإباحة، سوف نذكر الأدلة التي استدل بها أصحاب الرأي الغالب من الفقه المعاصر[2] من القرآن الكريم والسنة النبوية.

---

[1] أنظر، بويزري سعيد،نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2008، عدد خاص، الجزء الثاني ص.404.

[2] **محمد خاطر** 03 :فبراير 1973 م وذلك بإباحته سلخ جلد الميت لعلاج حروق الأحياء في الفتوى رقم 1069 حيث قال ":فإذا كان أخذ الطبقات السطحية من جلد المتوفين بعد وفاتهم لعلاج الحروق الجسيمة والعميقة بالنسبة للأحياء يحقق مصلحة ترجح مصلحة المحافظة على الذي تؤخذ الطبقات السطحية من جلده وليس في هذا ابتذال للميت ولا اعتداء على حرمته."وقال أن ذلك جائز شرعاً واشترط في الإباحة على الموتى الذين لا أهل لهم إذا دعت الضرورة له، أو الأموات الذين أوصوا بذلك في حياتهم أو الذين أذن الأهل بذلك.مروك نصر الدين،المرجع السابق، ص. 66-67.

جاد الحق علي جاد الحق :في 05 ديسمبر 1979 م حول موضوع زرع الأعضاء والتي صدرت برقم 1323 حيث أجاز هذه العملية وفقاً للشروط السابقة الذكر أعلاه بالنسبة للميت الذي لا أهل له أو الذي أذن أهله في ذلك أو الذي أوصى بذلك.حيث قال " :ويجوز كذلك أخذ جزء من إنسان ميت ونقله إلى إنسان حي مادام قد غلب على ظن الطبيب استفادة هذا الأخير بهذا النقل باعتباره علاجاً ومداواة وذلك بناءًا على ما تقدم من أسس فقهية.

أولا–الأدلة المستمدّة من القرآن الكريم

بالرغم من أنه أحيانا لا توجد نصوص مباشرة وصريحة لوقائع حديثة،إلا أنه يمكن استنباط الأحكام من النصوص القرآنية بفضل اجتهاد الفقهاء والمفسرين،باعتبار أن القرآن الكريم تحدث عن كل المسائل الدنيوية والآخروية،ولم يستثني أي مسألة.

كما رخّصت جل المؤتمرات والقرارات التي عرّجت على الموضوع على غرار الفتوى والمجامع الفقهية في مختلف الدول العربية والإسلامية[1] ومن بينها :المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد في ماليزيا سنة 1969 ، مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة سنة 1988،ولجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر المنعقدة بتاريخ 20/04/ 1982[2]،بشرعية الإنتفاع بأعضاء الإنسان الحي أو الميت وفق ضوابط و حدود شرعية.

وباعتبار أن الأصل في الأمور الإباحة،فنقل الأعضاء البشرية مباح لعدم ورود نصوص قرآنية تُحرّمه صراحة وهذا حسب الآيات القرآنية التالية:

قوله تعالى في آيات الإضطرار :

﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[3] .

﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[4] .

﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[5].

الدكتور سيد الطنطاوي: مفتي الجمهورية السابق اشترط الضرورة واستثنى منهم المحكوم عليهم بالإعدام من اشتراط موافقة الشخص قبل وفاته وبموافقة أسرته بعد الوفاة، وأجاز فضيلته نقل الأعضاء منهم فور توقف حياتهم وذلك لإنقاذ حياة المرضى.أنظر، سميرة عايد ديات،عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع،منشورات الحلبي الحقوقية،ط 1،2004، ص23 .

[1] من بينها أيضا، فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، فتوى لجنة الإفتاء في الأزهر الشريف، عام1981

قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة في الفترة 27 ربيع الأول إلى 7 جمادي الأول 1405 هـ الموافق من 19–28 يناير 1985

– ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية في الكويت سنة1978

–قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم04/1126 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو مينا بتاريخ 18–23 صفر 1408 الموافق ل06–11 فبراير 1988 بجدة بالمملكة العربية السعودية، نقلا عن بويزري سعيد،مرجع سابق ص405–408

[2] يُعتبر الشيخ أحمد حيماني رحمه الله من العلماء الأوائل الذين أفتوا في موضوع نقل الأعضاء وزرعها حيث أفتى بجواز التبرع بالأعضاء البشرية بتاريخ 1985/02/14 بشرط أن يكون المتبرع قابلا وراضيا ولا يكون في ذلك إكراه ولا شبهة، أن يقرر الأطباء على أن لا ضرر على المتبرع ويتحققوا من نجاح العملية.

[3] سورة البقرة،الاية 175.

[4] سورة الأنعام،الآية 145.

[5] سورة النحل،الآية 115.

﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾[1].

﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[2] .

هذه الآيات الكريمة تشير إلى قاعدة كلية مفادها أن الضرورات تبيح المحظوارت فإذا كان الشارع قد أباح أكل المحرمات في حالات الإضطرار،فإنه بذلك يكون قد أباح التداوي بها،فضرورة العلاج تبيح المحظوارت مثلها مثل ضرورة الغداء،كما يرون أيضا أن من مقاصد الإسلام الكبرى المحافظة على الدين والنفس والعقل والمال والعرض والنسل وأن المحرمات يجب أن تحددها الشريعة الإسلامية،فالقرآن الكريم وضعه الله تعالى ليكون كتابا للمسلمين ومرشدهم يُنبأهم بالحقائق الغيبية ولوكان يرغب في تحريم نقل الأعضاء لذكرها صراحة بنصوص محددة[3].

وتعقيبا على ما تم ذكره، فإذا كان بالإمكان اللجوء لما تمّ تحريمه بالأدلة في حالة الضرورة وبرخصة شرعية، فلا مناص من اللجوء إلى أمور لم تُثبت فيها نصوص تحريمية صريحة أو ضمنية كالتبرع بالأعضاء أو الإنتفاع بها. بالإضافة إلى أن الممنوع شرعا يُمكن إباحته عند الحاجة الشديدة، فالشريعة الإسلامية أمرت الإنسان باتخاد كل الوسائل التي تُحافظ على ذاته وصحته وحياته،كما أوجبت عليه اتخاد كل سبل العلاج عند المرض.

وقوله تعالى ﴿ وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾[4].

في معنى هذه الآية يظهر أن التبرع بالأعضاء فيه نوع من إيثار الغير على النفس، بل أنه ذروة الإيثار الذي إمتدحه الله في القرآن الكريم، فالإسلام يحث على أن يؤثر الشخص أخاه المسلم على نفسه، أو أن يبذل الكثير من أجل الغير،ومن باب الإيثار أن يتبرع الإنسان قبل موته بعضو أو أكثر من أعضائه إحياء للنفس البشرية على أن تأخذ منه بعد الوفاة.

وجاء في قوله تعالى أيضا ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[5].

إن الإسلام جاء رحمة للعباد، ويظهر ذلك من خلال التيسير على العباد ورفع الحرج عنهم وفي إجازة نقل الأعضاء الآدمية تيسير على العباد ورحمة بالمرضى وطريق من طرق التداوي التي حث الإسلام عليها،

---

[1] سورة الأنعام،الآية 119.

[2] سورة المائدة،الآية 03 .

[3] أنظر،خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ،2012 ،ص.205.

[4] سورة الحشر،الآية 09.

[5] سورة الحج،الآية 78.

وهذا موافق لمقصود الشرع،عكس التشديد والتحريم الذي يجلب المشقة والحرج الأمر الذي يتنافى مع ما دلت عليه هذه النصوص الشرعية[1].

وجاء أيضا في بعض آيات التيسير :

قوله تعالى ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[2].وفي قوله تعالى﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفًا﴾[3].

يُستشف من هاتين الآيتين قاعدة عامة مفادها رفض المشقة وطلب التيسير،بمعنى أن الأحكام الشرعية المستمدة من النصوص القرآنية جاءت لتبسيط وتسهيل الأمور على العباد،لذلك فعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية وسيلة من وسائل رفع الحرج والمشقة التي يُمكن الإستنجاد بها لإحياء النفس البشرية.

وتماشيا مع ثم سرده،نجد أن الإتجاه المبيح والمؤيد للتبرع بالأعضاء أكثر صوابا وأقرب منفعة للإنسان لأخده بعين الإعتبار التعاون والإيثار والحث على التداوي لإنقاد شخص ومنحه فرصة للعيش،وعليه فالتبرع بعضو لشخص مُشرف على الموت يُعد إحياء للنفس وهذا ما جاءت به الآية الكريمة ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾[4].

ثانيا–الأدلة المستمدّة من السنة النبوية

إن تبرّع الإنسان بشيء من أعضاء جسمه لا يحدث إلا في حالات الضرورة وتحقيقا لمصلحة إنسانية،حيث أنه في هذا المقام سُئل الشيخ القرضاوي عن مسألة تبرع المسلم الحي بعضو من جسمه فأجاب قائلا "... لم أجد في أقوال الفقهاء السابقين من تعرض لمثل هذا الموضوع من التبرع ببعض الجسم،لعدم حاجتهم إلى بحثه في زمنهم،ولكن إذا كان يُشرّع للمسلم أن يجود نفسه ويخاطر بها في الحرب،فلماذا لا يجوز أن يجود المسلم بنفسه لإنقاد مريض من التهلكة أو ألم مبرح أو حياة قاسية"[5].

إن السنة النبوية جاءت صريحة بخصوص التداوي والعلاج ودفع الداء عن الإنسان،حيث وردة عدّة أحاديث نبوية تحث المسلم على العلاج والأخذ بالأسباب الطبية لدفع الضرر عنه والحفاظ على سلامة جسمه.ومن بين ما ورد في هذا الشأن نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

---

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال،المرجع السابق،ص.33 .

[2] سورة البقرة،الآية 185.

[3] سورة النساء،الاية 28 .

[4] سورة المائدة،الآية 32.

[5] أنظر،يوسف القرضاوي،فتوى معاصرة ،الجزء الثاني ،الطبعة الخامسة،دار الثلم للنشر والتوزيع،1990،ص.597.

قال رسول الله ﷺ ﴿ ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء ﴾[1].

كما جاء على لسان أبي موسى الأشعري رضي الله عنه،أن رسول الله ﷺ قال﴿ المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا ﴾[2] وشبّك أصابعه.متفق عليه.

وعن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال﴿ المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج على مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة﴾.كما ثبت عن الرسول ﷺ أنه قال ﴿خير الناس أنفعهم للناس﴾[3].

وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال لدغت منا عقرب ونحن جلوس مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال﴿ يا رسول الله أرقي﴾ فقال رسول ﷺ ﴿من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل﴾.وفي نفس السياق قال عليه الصلاة و السلام﴿ الله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه﴾[4].

تضمنت هذه الأحاديث الشريفة في مجملها إلى وجوب التعاون ونفع الناس بعضهم لبعض، وأن تفريج الكرب عنهم من الأخلاق التي يجب أن يتحلى بها المسلم، والتبرع بالأعضاء يدل على تعاون المسلم مع أخيه وتفريجه لكربه، وهو مباح كما تدل أيضا هذه الأحاديث على مبدأ التضامن الاجتماعي الذي نادت به الشريعة الإسلامية .وإذا كان المساس بأعضاء الجسم البشري يحقق مصلحة إنسان مسلم آخر فهو جائز شرعا، لأن هذا التصرف ينطوي على التعاون بين المسلمين على البر والتقوى من أجل تحقيق مصلحة اجتماعية، وهي سلامة الأفراد[5] .

بالإضافة إلى أن من مظاهر الإيمان أن يكون هناك تراحم وتعاون بين المؤمنين،بحيث لو أصيب أحدهم بكربة فعلى الجميع التخفيف عنه،ومن أبرز الأمثلة التي سجلها التاريخ الإسلامي في مجال إيثار الغير عن النفس،ما وقع في إحدى الغزوات الإسلامية،حيث طلب أحد الجرحى من إخوانه جرعة ماء،فلما جيء له بها سمع صوت جريح آخر يطلب الماء،فقال للساقي إذهب به إليه لعله أحوج مني،وبينما يُحاول هذا الأخير

[1] سنن أبي داود، الجزء السادس،كتاب الطب،المرجع السلبق ،رقم الحديث 3800،ص.05.

[2] صحيح مسلم ،كتاب البر والصلة والآداب ، المرجع السابق، رقم الحديث ،2585ص. 1301.

[3] صحيح مسلم ،باب قضاء حوائج المسليمن ،المرجع نفسه ، رقم الحديث2480ص.1199،

[4] صحيح مسلم ،باب قضاء حوائج المسليمن ،المرجع نفسه ، رقم الحديث2500ص.1202.

[5] محمود السيد عبد المعطي خيال،المرجع السابق،ص.36.

تناول قدح الماء،وهو يعاني سكرات الموت،إذا به يسمع جريح ثالث فيقول للساقي إذهب به إلى صاحبي ،فلما ذهب الساقي إلى الثالث وجده توفي شهيدا،ثم عاد للثاني والأول على التوالي فإذا بهما قد لقيا ربّهما [1].

وعن أنس ﷺ قال "رخّص رسول الله للزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف –رضي الله عنهما- في لبس الحرير لحكة كانت بهما"[2] .

من خلال هذا الحديث،يتضح لنا أن لبس الحرير يكون مرخّصا فقط في حالات الضرورة كالأمراض الجلدية ،بالرغم من أنه محرّم في الحالات العادية ،وبالتالي يُقاس على ذلك عملية نقل الأعضاء البشرية،إذ لا يجوز نقلها أو الإعتداء عليها في الحالات العادية إلا في حالة الضرورة المتعلّقة بالعلاج

وتأسيسا على ما تم سرده من أحاديث،فإن الرأي الراجح هو جواز نقل الأعضاء البشرية لإحياء النفس،لأننا وجدنا أن الشريعة الإسلامية تحث على التكافل والتعاطف بين أفراد المجتمع،حيث يُعتبر التبرع بالأعضاء البشرية صور من صور التكافل،ويتضمن فائدة طبية كما أن السنة النبوية تدعو للتيسير ورفع الحرج والتعاون والتعاطف بين الناس،وإجازة استعمال المحرم أو المنهي عليه في حالة الضرورة القصوى حفاظا على النفس البشرية،لأن انتفاع الشخص بعضو انسان آخر في حالة انعدام الطرق الطبية البديلة يعتبر من الضرورات الملحة لارتباطها بالحياة،على أساس أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يُثبت العكس بنص صريح ،وكل هذا يجب أن يكون في إطار الظوابط الشرعية والأخلاقية .

وتجدر الإشارة إلى أنه حتى وإن أجيزت عمليات نقل الأعضاء البشرية لفائدتها الكبيرة،لكن بالمقابل هناك أنواع من هذه العمليات تحتاج إلى اجتهاد فقهي للتمييز بين ما هو جائز وما هو محرّم منها، وفقا للقواعد والضوابط الشرعية،لارتباطها الكبير بخصوصيات الشخص على غرار الأعضاء التناسلية[3] خلايا دماغ الأجنة[4] .

---

[1] مامون عبد الكريم ،رضا المريض عن الأعمال...،المرجع السابق،ص386..

[2] رواه مسلم في صحيحه،كتاب اللباس والزينة ،باب إباحة لبس الحرير للرجل إذا كان به حكة ،رقم الحديث2076 ،ص.742.

[3] انعقدت ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية وهي الندوة الطبية السادسة التي انعقدت في الكويت في الفقرة ما بين23 و26 ربيع الأول 1410 هـ،الموافق 23 و26 أكتوبر 1989 وقد جاء فيها أن "رأت الندوة بالأكثر أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي، ماعدا العورات المغلظة التي لا تنقل الصفات الوراثية جائز استجابة لضرورة مشروعة ووفقا لضوابط والمعايير الشرعية.كما قرر مجمع الفقه الإسلامي، أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة جائز، أما نقل الأعضاء التناسلية الحاملة للشفرات الوراثية، فهي مخالفة لأحكام الشرع الإسلامي، لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 57 لعام 1990 ، والمتعلق بزراعة الأعضاء التناسلية ".

[4] نوقش هذا الموضوع في الندوة الفقهية السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة 1990، كما نوقش في الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالكويت، وقد اتفق الفقهاء المعاصرون، على أنه لا يجوز الانتفاع بالجنين المجهض عمدا، بقصد الاستفادة منه سواء نفخت الروح فيه أم لم تنفخ فيه بعد، وذلك لأن الجنين بعد نفخ الروح يصبح آدمي معصوم الدم،وإجهاضه في هذه المرحلة يعد جريمة قتل وإزهاق لروح آدمية لا يحل الاعتداء عليها، أما عن إجهاض الجنين قبل نفخ الروح فيعد فساد للجنين يوقفه عن التطور والتخلق ومن الوصول إلى مرحلة نفخ الروح.

بعدما بينا الموقف الشرعي من فكرة نقل الأعضاء البشرية ،وما هو الرأي الراجح سنبين في المطلب الثالث الأسس والقواعد الموضوعية والطبية لنقل الأعضاء .

المطلب الثالث

النظريات الفقهية والأسس الطبية لإباحة عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية

شكلت مسألة استئصال العضو البشري في الماضي اعتداء على سلامة الجسد وفعلا مجرما قانونا، لكن التقدم الطبي أثبت العكس من خلال إبراز دور هذه العمليات في إنقاذ حياة الأشخاص،مما دفع الفقهاء إلى البحث عن الأساس القانوني الذي تستند إليه عمليات استئصال الأعضاء وزرعها في جسد شخص مريض مهدد بالموت لتصبح بالتالي جائزة،وكذا البحث عن نظام قانوني يوازي بين مقتضيات التطور العلمي من جهة،والمحافظة على حد أدنى لسلامة الجسد وتكامله من جهة أخرى.وهو ما أدى أيضا إلى ظهور مفاهيم قانونية جديدة لمواكبة هذا التطور بما يحقق مصالح المجتمع.وكان للفقه الفرنسي الدور الفعال في وضع أولى النظريات التي تبرر التصرف في أعضاء الجسم البشري، باستئصال بعض الأعضاء لغرض زرعها في جسم الغير.وقد ظهرت عدة نظريات وتوجّهات لتبرير مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[1].

من خلال هذا المطلب سنتعرّض للقواعد الموضوعية (الفرع الأول)،ثم ما هي أهم الشروط الطبية المتعلّقة بعملية نقل زرع الأعضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النظريات الفقهية لتبرير عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية

أدى الفراغ التشريعي بشأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بالفقه إلى البحث عن أساس قانوني ترتكز عليه هذه العمليات، بوصفها من الأساليب الحديثة والفعالة للعلاج .والتي يتطلب إجراؤها استئصال عضو من جسد شخص سليم لا يشكو من علة لوجود مصلحة علاجية للغير

أما إذا كان الإجهاض تلقائيا أو لسبب طبي دون قصد الاستفادة منه، فإن الاستفادة من الأجنة المجهضة تلقائيا أو المجهض لسبب طبي متوقف على نوع الأجنة المجهضة، فإذا كان مكتمل النمو وخرج حيا لا يجوز المساس به أو الاعتداء عليه بأي صورة من صور المساس، ذلك لأن المساس به يعتبر قتلا له أوالشروع في القتل فهو بالتالي محرم.أما إذا كان مكتمل النمو ولم يخرج حيا أو كان غير مكتمل النمو وهناك قطع طبي باستحالة حياته، فإنه يجوز الاستفادة منه ضمن الشروط المقررة بجواز الاستفادة من أعضاء الجثة لمصلحة إنسان آخر . قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم1999/56 والمتعلق باستخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء،منوشر على الموقع الإلكتروني https://iifa-aifi.org/ar/1800.html تاريخ الإطلاع 2021/11/01 .

[1] مامون عبد الكريم ،رضا المريض عن الأعمال...،المرجع السابق،ص.418.

فذهب البعض من الفقه إلى تبرير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على أساس السبب المشروع (**أولا**)، وهناك من أسسها على الضرورة العلاجية(ثانيا)، في حين ذهب بعض الفقه إلى رد أساس مشروعية هذا النوع من الممارسات إلى المصلحة الاجتماعية(ثالثا) .

أولا: نظرية السبب المشروع

إن ما توصّل إليه الفقيه أندري ديكوك (André Décocq)راجع إلى جهود سلفه من الفقه الفرنسي، والذي أزاح عقبة قانونية كانت تحول دون الإقرار بمشروعية هذه العمليات، فقد ظل مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان إبان فترة زمنية طويلة أحد المبادئ الأساسية التي تهيمن على القانون المدني الفرنسي وما يترتب عنه من عدم جواز إخضاع جسم الإنسان إلى أي إتفاق قانوني.كما أن حرمة جسم الإنسان تعني استحالة المساس به وأن الجسم ليس محلا لأي التزامات مشروعة لأنه يخرج من دائرة التعامل ولا يدخل في الذمة المالية للشخص ،وإنما في إطار الحقوق اللصيقة بالشخصية[1] .

وكانت نقطة البداية للفقيه طرحه للإشكال التالي"ما دمنا قد سلّمنا بإجازة الإتفاقات التي يكون محلّها جسم الإنسان،فكيف يمكن التفرقة بين عمليات نقل الأعضاء المشروعة وتلك الغير مشروعة؟"

تقوم نظرية السبب المشروع على أساس أن مشروعية التصرفات الواردة على جسم الشخص تتحدد بالهدف المراد بلوغه من تلك التصرفات.فمتى كان الغرض مشروعا كان التصرف مشروعا،ومهما كانت عمليات نقل الأعضاء البشرية تهدف كأصل عام إلى إنقاذ صحة وحياة المريض الذي يكون بحاجة ماسة إلى العضو المنقول إليه، فإن مشروعيتها مرتبطة بمدى تحقيقها لهذا الغرض، أي إنقاذ حياة المريض.وإذا قلنا عكس ذلك فهذا يعني أيضا أن عقد العلاج الطبي يعد عمل غير مشروع كونه يمس الجسم بالرغم من مشروعيته وتحقيقه مصلحة علاجية للمريض[2].

كما أن الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة، إلا إذا كان هدفها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو غيره .وبناء على ذلك لا يجوز المساس بالجسم إلا إذا كانت المزايا والمنافع التي تترتب عن ذلك تفوق الأضرار الناشئة عن ذلك المساس، وإلا كان التدخل غير مشروع ومخالفا للأخلاق[3].

[1] أنظر، محمّد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية ،القاهرة، 2003 ،ص. 201 .

[2] مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.78.

[3] إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام...، مرجع سابق، ص.68 .

وحسب أنصار هذا الاتجاه قد تسبب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ضررا يسيرا بجسم المتبرع، مثل عمليات نقل الدم أو استئصال جزء من الجلد،ويمكن أيضا أن تخلف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ضررا جسيما، مثل استئصال الكلى.لكن يبقى الفعل مشروعا في كلتا الحالتين حسب الفقيه ديكوك طالما أن المتبرع يتصرف بدافع المساعدة الإنسانية، لكن بشرط الالتزام بضوابط معينة.فلا توجد هناك غاية أسمى وأفضل من أن يساعد الإنسان أخاه عند الحاجة إليه، خاصة وأن العلم أثبت أن المتبرع بعد استئصال العضو منه يستطيع أن يعيش حياة عادية لا تختلف عن حياة الآخرين[1].

رغم صلاحية هذه النظرية لإبراز الحكمة من نقل الأعضاء، إلا أنها تعرضت للنقد على أنها لا تصح كأساس لإباحة هذه العمليات،لافتقارها إلى معيار دقيق للتفرقة بين العمليات الجائزة والعمليات غير الجائزة في إطار الموازنة بين المصالح المختلفة، إضافة إلى أنها لم تشترط أن يكون ذلك في حالة الضرورة.

كما أنها حتى وإن كانت تصلح كأساس لإجازة الأعمال الطبية بصفة عامة، وتحقيق مصلحة علاجية للمريض، فإنها لا تصلح أساسا لمشروعية نقل العضو من المعطي، لأنه في هذه الحالة ليس للمتبرع مصلحة من التدخل الطبي على جسده .فضلا عن أن القانون لا يعتد في جرائم المساس بالحياة وسلامة الجسم بالبواعث الدافعة إلى القيام بها، سواء كانت مشروعة أم لا. ورغم كون الباعث شريفا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا أنه لا يصلح أن يكون سببا لإجازة مثل تلك العمليات[2] .

ثانيا:نظرية الضرورة العلاجية

ظهر أول اتجاه ينادي إلى اعتبار حالة الضرورة أساسا لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية في فرنسا بزعامة الفقيه" سافتيه" في ستينيات القرن الماضي، وذلك في ظل الفراغ التشريعي الذي كان سائدا حتى عام 1976حين ظهر أول قانون يعالج عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية[3].

---

[1] أنظر، حسام الدين كامل الأهواني،المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية"، المجلد17، عدد1، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس،1975، ص.37.

[2] سمير عايد ديات،المرجع السابق، ص.85.

[3] شهد تطبيق نظرية الضرورة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في فرنسا، سنة 1961 قبل صدور قانون loi caivallet لسنة 1976 والمتعلق بزرع الأعضاء، وذلك حينما أراد أحد الأطباء انتزاع إحدى كليتي فتاة تبلغ من العمر 14 سنة، من أجل نقلها لأختها التوأم التي كان يتهددها خطر جسيم، هذه العملية كانت محل جدل كبير لاسيما بخصوص المسؤولية الجنائية للجراح ، وما إذا كانت حالة الضرورة تبرر القيام بإجراء مثل هذه العملية، لذلك وللوقوف على مدى مشروعية العملية لجأ المجلس القومي للأطباء إلى القضاء لمعرفة موقفه من الأمر، وكان رده إيجابي حين أجاز إجراء عملية نقل الكلية، مادام أن هناك خطر يهدد حياة المريضة، قياسا على ما يقوم به الأطباء من عمليات إجهاض في حالة الضرورة الطبية

CHARAF EDDINE Ahmed, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, thèse de doctorat d'Etat, Tome I, Université de droit, économie et de sciences sociales, Paris II,1995, p. 336.

تُعرّف حالة الضرورة بأنها"حالة الشخص الذي يجد نفسه أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل محظور معاقب عليه"[1].وقد حظيت حالة الضرورة باهتمام كبير من جانب رجال الفقه والقضاء في القانون الأنجلوأمركي، من حيث طبيعتها وشروط تطبيقها.وتعد قضية البحارة الذين قاموا بقتل أحد زملائهم بغرض الأكل من لحمه لدفع الجوع عن أنفسهم، بعد أن انحرفت سفينتهم في المحيط الأطلنطي، وذلك في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، نقطة بداية الخلاف بين فقهاء القانون الأنجلوأمركي حول طبيعة حالة الضرورة [2].

تقوم الضرورة حسب هذا الاتجاه على أساس الموازنة بين المخاطر والأضرار، المخاطر التي يراد تفاديها والأضرار التي وقعت بحيث أن الضرورة لا تتحقق ولا تبرر عمل الطبيب إلا إذا كان الخطر المراد تفاديه بالنسبة للمتلقي(المريض) يتناسب مع الضرر الذي وقع للمعطي (المتبرع) .فالطبيب عندما يقوم باستئصال عضو يسبب ضررا بالمتنازل ليتفادى ضررا أكبر بالمريض وهو إنقاذه من الموت المحقق. وإذا انتفى هذا التناسب بأن كان الضرر يفوق في جسامته الخطر، حق حينئذ مساءلة الطبيب الذي أجرى عملية النقل [3].

واعتماد هذه الموازنة له ما يبرره، إلا إذا كان الهدف من ورائه هو أن يتفادى به الطبيب ضررا محدقا بالمتلقي لا يقل عن الخطر الجسيم أو الهلاك .وتقع مسؤولية الموازنة بين المخاطر والمزايا على عاتق الطبيب، الذي يقارن بينهما ثم يقرر إجراء العملية أو عدم إجرائها.

تتميز حالة الضرورة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بأن نطاق المقارنة بين الخطر وفرصة الشفاء لا تتعلق بشخص واحد وإنما بأكثر من شخص، أي أن نطاق حالة الضرورة في مثل هذه العمليات يتسع عن أي عمل طبي آخر فعملية تقدير الأضرار والفوائد تكون بالنسبة للمتبرع السليم والمتلقي المريض في آن واحد .والطبيب حينما يقوم بهذه المقارنة يجب أن يتنزه عن أية أغراض شخصية عند اختيار الشخص المتبرع، فهذا التدخل الطبي يكون مشروعا متى تم اختياره لغرض علاج المريض فقط، وليس من أجل إيذاء المتبرع[4].

كما يجب على الطبيب أن يراعي أيضا في الموازنة بين الخطر وفرصة الشفاء، الظروف التالية :

*أن يكون هناك خطر يحدق بالمريض، ويكون مآله الحتمي هو الوفاة في حالة عدم زرع عضو جديد.

---

[1] أنظر،أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية،2014،ص.128.

[2] أنظر ،محمّد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، الإسكندرية، 2004 ، ص.38 .

[3] انقسم الفقهاء قسمان بشأن حالة الضرورة، فهناك اتجاه يرى أن الضرورة تعد سببا للإباحة، وهي علة إعفاء الشخص من المسؤولية الجزائية للفعل الذي يأتيه تحت غطاء الضرورة .وهناك اتجاه آخر يرى أن الضرورة مانع من موانع المسؤولية الجزائية .أنظر، رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، عالم الكتب الحديث،عمان ،2006 ، ص.46.

[4] أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية،المرجع السابق،ص .100 .

* أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي وقع، فإذا كان استئصال كلية شخص سليم ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة له، فإن هذه المخاطر أقل بكثير من المخاطر التي يتعرض لها المريض لو لم تنقل إليه الكلية .فالخطر أقل من الضرر والمتنازل يظل على قيد الحياة، ويظل جسمه مؤديا لكافة وظائفه، ولا يصاب إلا ببعض النقص في الصفة التشريحية لجسمه .أما المريض فإنه يتعرض لخطر الموت، وبموازنة هذه المخاطر مع الضرر، نجد أن الضرر الذي يصيب المتنازل من استئصال جزء من جسمه، أقل من الخطر المراد تفاديها بالنسبة للمريض، أي ضرر يسير لتفادي خطر جسيم.

*أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشخص المتلقي،بالتالي إذا أمكن إنقاذ الشخص عن طريق نقل عضو من جثة، فلا تتوافر حالة الضرورة، ولا يجوز الاستئصال من جسم شخص حي[1].

*أن لا تؤدي عملية نقل العضو إلى موت المعطي أو إلى إصابته بنقص خطير ودائم في وظائف جسمه .وهذا الشرط متصل بشرط الموازنة بين مصلحتين، مصلحة المريض ومصلحة المتبرع، بحيث أن إجراء الطبيب التناسب بين الضررين من شأنه أن يؤدي إلى شفاء المريض وعدم المساس بالمعطي، ويدخل عمله في نطاق حالة الضرورة، ومن ثم لا يساءل جنائيا أو مدنيا .وعلى الطبيب أيضا أن يتحقق من صلاحية العضو المتنازل عنه للزرع وعدم إصابته بأمراض متنقلة،والتأكد من توافر كافة العناصر اللازمة لنجاح عملية الزرع[2].

ولا شك أن اعتبار حالة الضرورة وفقا لهذه الشروط كأساس لمشروعية عمليات نقل وزراعة الأعضاء يشكل تهديدا لسلامة جسم المتبرع .ففي كل مرة يوجد فيها شخص مريض يهدده خطر جسيم ولا سبيل لتفاديه إلا بنقل العضو له من شخص آخر سليم، فإنه تتحقق حالة الضرورة، والتي تسمح للطبيب المعالج باستئصال العضو من أي شخص يراه مناسبا من الناحية الطبية. وإدراكا لما ترتبه هذه النتيجة من انتهاك واضح لحق المتبرع في سلامة وتكامل كيانه الجسدي، عمد أنصار نظرية حالة الضرورة إلى اشتراط اقترانها بالرضا الحر للمتبرع، حتى يمكن إجراء عملية نقل العضو منه[3].

إن توفر الضرورة لا تكفي كأساس لإباحة استئصال أي جزء من جسم الشخص إلا إذا كانت هناك موافقة صريحة منه، نابعة عن إرادة حرة ورضا مستنير، ويكون الرضا حرا كلما كانت الموافقة مجردة عن أي

[1] محمد سامي السيد الشوا،المرجع السابق ،ص.289.

[2] أنظر،عبد الرحمن خلفي، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص2 ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008 ، ص.434.

[3] نصر الدين مروك، نقل...، مرجع سابق، ص.83.

ضغط مادي أو معنوي، قد يكون له تأثيرا في قرار الشخص بالتنازل عن جزء من جسمه .أما الرضا المستنير فلا يتأتى إلا بتبصير المتبرع وإحاطته بكافة الظروف المحيطة بالعملية وما يخفيها من مخاطر .

كما أعطى جانب من الفقه للرضا في حالة الضرورة أهمية كبيرة، بحيث رأى فيه أحد العناصر المكونة لأساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وليس مجرد شرط من شروط إجرائها، بحيث يجب أن يعطى لرضا المتبرع قيمة أكبر من ذلك .ويكمن سبب ذلك في أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتسم بطابع التعاون والتضامن بين الأشخاص، كما أن هذه القيمة في جوهرها تعد من الأصول الأخلاقية التي لا يمكن تحقيقها جبرا بقاعدة قانونية جنائية كانت أم مدنية فحسب، بل لا بد أن تكون هناك قناعة تامة ورضا حر ومستنير، من جانب الفرد الذي يبادر إلى تجسيد ذلك التضامن والتعاون بالتنازل عن جزء من جسمه، لإنقاذ من يتهدده خطر الموت أو المرض المستديم[1] .

لكن يرى جانب آخر من الفقه أن رضا المتبرع يجب أن ينظر إليه على أنه مجرد شرط من شروط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ولا يجب أن يعطى له قيمة أكبر من ذلك.فموافقة المتبرع لا تعطي الطبيب الحق في إجراء عملية انتزاع العضو، بل يجب قبل ذلك أن تكون الفوائد التي سوف تعود على المتلقي من وراء هذه العملية كبيرة، مع ضمان عدم تعرض المانح لانتقاص جسيم في أداء أعضائه لوظائفها الحيوية، بل إن الرضا لن ينتج أثره ولوكان ذلك من شأنه عدم الإلحاق بأية أضرار تذكر بالمانح، متى كان الهدف من استئصال العضو وزرعه يخالف النظام العام وأخلاقيات مهنة الطب[2].

وجدير بالذكر أن مؤتمر بيروجيا الذي انعقد بين 3 و7سبتمبر 1969 ، والخاص بزراعة القلب والتصرف في الأعضاء، قد تبنى معيار حالة الضرورة في توصياته كأساس لمشروعية إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء، إذ أكدت توصيات المؤتمر أنه لا بد أن تكون عملية زراعة العضو الوسيلة الوحيدة المتاحة لإنقاذ حياة المريض، وأن تفوق احتمالات النجاح بشكل مؤكد ما قد يصيب المانح من أضرار[3] .

رغم أن غالبية الفقه الفرنسي يميل لنظرية الضرورة وتأسيس عمل الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية على حالة الضرورة سواء كانت سبب إباحة أو مانع مسؤولية ،إلا أنهم رغم ذلك يرون عدم كفايتها. والتالي لا يمكن اعتبارها سندا قانونيا وأخد على هذه النظرية ما يلي:

[1] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية...، مرجع سابق، ص.68.

[2] إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام...، مرجع سابق، ص .73.

[3] رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء،المرجع السابق،ص .189.

-يُمكن لجسم المتلقي أن يرفض العضو الجديد،لأن ظاهرة لفظ الأجسام الغريبة مازالت مسيطرة على هذه العمليات.

-إن الأخذ بفكرة الضرورة هو هدر لحماية الحق في سلامة الجسد، ويسمح للطبيب باستئصال جزء من جسم أي شخص سليم .وإذا كان ذلك برضا المعطي، فرضا المعطي ليس عنصرا من عناصر الضرورة، إنما هو شرط يمكن للطبيب استخدامه وتبرير تصرفه[1].

-إن استخدام حالة الضرورة للتخلص من عبء المسؤولية المدنية والجنائية، إنما يفرض ظروفا يتعرض فيها شخص ما لخطر معين، فيدفعه لإلحاق ضرر أقل بالغير .ومن الصعب أن يتوافر هذا المنطق بالنسبة للطبيب في ممارسته لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

- إن الطبيب كمهني يمارس عمله في حدود الأصول القانونية، وليس له أن يدعي التعرض لضعف أخلاقي أو أدبي، ولديه ضرورة إنقاذ مريض يوشك على الموت على حساب صحة شخص سليم .ولا يهم في هذا المقام أن تثار بساطة التضحية في جانب، وضخامة الفائدة من جانب آخر[2].

من شروط حالة الضرورة وجود خطر حال وشيك الوقوع، وهو ما يقتضي أن يقوم الطبيب على وجه السرعة بإجراء عملية نقل عضو من شخص لزراعته في جسد المريض لإنقاذ حياته من الموت. هذا الشرط لا يتوفر في حالة استئصال الأعضاء لحفظها في بنوك الأعضاء البشرية، إلى حين الاحتياج إليها في المستقبل[3].

-هذه النظرية تجاهلت إرادة المتبرع بالعضو ذلك أنها ترتكز فقط على حالة الضرورة،ولا تشترط الحصول على رضا المتبرع، وهذا يتعارض مع حق الإنسان في قبول أو رفض المساس بجسمه .

-لا يمكن الاستناد إلى حالة الضرورة لتبرير جميع عمليات نقل الأعضاء البشرية، فإذا كانت تصلح لتبرير بعض العمليات كنقل الدم، فإنها لا تصلح لتبرير غيرها من العمليات مثل نقل الكلى، والتي من أجلها تبلورت فكرة الضرورة .فمن بين شروط حالة الضرورة أن تكون عملية النقل هي الوسيلة الوحيدة لتجنب الخطر الحال، لكن هذا الشرط قد انتفى باستحداث الكلى الاصطناعية، باعتبارها وسيلة علاجية بديلة لهذه العملية[4].

[1] نصر الدين مروك، نقل...، مرجع سابق، ص.85.

[2] أنظر،علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، 2005 ، ص .13.

[3] إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام...، مرجع سابق، ص.87.

[4] عبد الرحمن خلفي،المرجع السابق،ص .404.

بناء على ما تقدم، فإن حالة الضرورة لا تتوافر في كافة حالات نقل الأعضاء، وهو ما يجعلها غير صالحة كأساس لمشروعية التدخل الطبي في هذا المجال، إذ يجب أن يكون لهذا الأساس صفة العمومية بحيث يصلح ليواجه مختلف الحالات وعدم الاقتصار على بعضها فقط .

ثالثا :نظرية المصلحة الإجتماعية

تقوم هذه النظرية على فكرة التضامن الاجتماعي،الذي يقوم على التضحية بالمصلحة الأقل، في سبيل تحقيق المصلحة الأكبر، فإذا تعارضت مصلحتان تعين ترجيح المصلحة التي تحقق فائدة أكبر[1].لهذا يُعتبر تنازل الشخص عن عضو من أعضائه لمصلحة شخص آخر يعاني من مرض يتطلب عملية نقل عضو، هو من أسمى مظاهر التكافل والتضامن الاجتماعي والقيم الإنسانية الرفيعة.

إن فكرة المصلحة الاجتماعية تستمد أساسها من المبادئ العامة في الدين والقانون والأخلاق والتضامن والإيثار بين أفراد المجتمع،لذلك فهي تختلف من دولة لأخرى، فتنازل الفرد عن عضو من أعضاءه لا يعد مشروعا إلا من خلال ترجيح المزايا التي تعود على المستفيد بالمقارنة مع الأضرار التي تلحق بالمتبرع، بحيث يجري هذا الترجيح بين مصالح الأطراف من منطلق مصلحة اجتماعية[2].وكمثال على ذلك،من يتنازل عن إحدى كليتيه لمريض يعاني من قصور كلوي يهدد حياته بالموت،فإن مثل هذا التنازل وإن كان قد انتقص من المتبرع بقدر محدود، إلا أنه بالمقابل زاد من النفع الإجتماعي لمن انقدت حياته من الموت،فبالرغم من أن هناك مخاطر تترتب على هذه العملية لمن يقوم بالتبرع،إلا أنها محدودة وتستحق أن بتحمّلها باسم التضامن الإجتماعي الإنساني[3].

وباعتبار أن هذه النظرية تقوم على أساس المعادلة بين ما يفقده المتبرّع وما يتحقق من مصلحة إجتماعية للمتلقي،فقد وضعت شروط حي يتحقق الغرض من هذه العملية ،يمكن حصرها في :

-ألا يؤدي انتزاع العضو من المتبرع إلى انتقاص دائم وجسيم في صحته؛

-أن يتوافر قصد العلاج بالنسبة للمتلقي في عملية نقل العضو له؛

---

[1] فقد برّأت محكمة نابولي سنة 1931 طبيب قام بإجراء عملية استئصال خصية من شاب برضائه مقابل مبلغ مالي ،و زرعها لمريض آخر، حيث رأت المحكمة أن رضا المجني عليه يبرر الاعتداء على سلامة جسمه طالما أن هذا الاعتداء لا يؤدي إلى عجز المجني عليه عن القيام بوظيفته الاجتماعية أو عن القيام بأعبائه العائلي.إدريس عبد الجواد،المرجع السابق،ص.79 .

[2] عمراني أحمد، مرجع سابق، ص.198.

[3] أنظر،بن صغير مراد،معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزرع الأعضاء ،دراسة تأصيلية نقدية،مجلة الشريعة والإقتصاد،المجلد 1،عدد2 ،كلية الشريعة والإقتصاد ،جامعة الأمير عبد القادر ،قسنطينة،2012 ،ص .182.

-ألا تكون هناك وسيلة أخرى يمكن اللجوء إليها بدل هذه العمليات؛[1]

فالمصلحة الاجتماعية في هذا المجال قد تظهر في عدة أشكال، فقد تبرز في التنازل عن العضو في حد ذاته، كما تبرز أيضا على مستوى الصحة العامة، ذلك أنّ عمليات نقل الأعضاء هي عمليات بموجبها يتم تحقيق هدف من أهداف الصحة العامة يتمثل في تقليص الأمراض وتخفيض نسبة الوفيات، وعليه تعتبر عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية مشروعة طالما أنها من جهة تساهم في تحقيق التضامن والتكافل الاجتماعي، ومن جهة أخرى تكرس مبادئ الصحة العامة وهذا ما يجعلها من النظام العام[2].

ومن المزايا التي تحقّقها المصلحة الإجتماعية باعتبارها معيار مشروعية لنقل الأعضاء البشرية ما يلي :

-أنها تصلح معيارا لمشروعية الأعمال الطبية ذات الصفة التبرعية أي لا وجود لأي مصلحة أخرى سوى التبرع وهذا هو الأساس العام عمليات نقل الأعضاء و زرعها.

-أنها تفرض على الطبيب ضرورة احترام القوانين والأنظمة والتعليمات المهنية ،ومع ذلك لا بد من ترخيص قانوني

-تقتضي تحقيق المصلحة العامة وهي حماية حق الإنسان في الحياة،لذلك لا بد على الطبيب من المحافظة على صحة المريض مع توافر قصد العلاج[3].

وعلى الرغم مما جاءت به هذه النظرية من حجج تستند إلى قيم إنسانية وفكرة التضامن الاجتماعي، إلا أنها لم تسلم هي الأخرى من النقد،على أنها نظرية قد يترتب عليها آثار وخيمة ونتائج قد تتعارض مع بعض القيم الإنسانية، ذلك لأن الموازنة يكون مناطها دائما المنفعة والفائدة التي تعود على المجتمع بغض النظر عن الإعتبارات الفردية[4]

يعاب على هذا النظرية ارتكازها على فكرة غامضة يمكن أن تترتب عليها آثار خطيرة تتجلى في إمكانية إجراء عمليات نقل الأعضاء عنوة تحت شعار المصلحة الاجتماعية، ولاسيما في الأنظمة الشمولية ذات الطابع الاستبدادي ، ومثال ذلك أن يجبر عامل يدوي غير فني على التنازل على إحدى كليتيه لعالم في الذرة أو الفضاء يعاني من فشل كلوي، فالمساس الذي يمس هذا العامل يقدر بنسبة مئوية منخفضة مقابل

[1] عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل من الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية) ،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق ،جامعة وهران،2010 ، ص .199.

[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري ، المرجع السابق ، ص.63 .

[3] أنظر، مروك نصر الدين،نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،الجزء الأول،الكتاب االثاني،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2003 ، ص.94.

[4] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص.167.

النفع العام الذي يعود على عالم الذرة والذي يقدر بنسبة مئوية عالية، ،حيث يتم بموجبها الأخذ من صحة شخص لإضافتها إلى شخص آخر بسبب أهمية الوظيفة الاجتماعية للشخص الثاني، أي المريض ومن جهة أخرى فإن هذه النظرية تتجاهل مشاكل وآثار الجراحة على المستوى الفردي [1] .

وعلاوة على ذلك، فإن فكرة المنفعة الاجتماعية الكلية هي الأخرى فكرة واسعة يصعب تحديدها، لأن الأمر يختلف من حالة إلى أخرى .فلا يمكن الجزم بتحسن حالة المريض بعد عملية الزرع، لأن صحة الإنسان النفسية والعقلية تتأثر بظروف وعوامل مختلفة، يمكن التنبؤ ببعضها دون البعض الآخر .ويمكن أن تنجح عملية الزرع في بداية الأمر ثم تتدهور حالة المريض فيما بعد، كما قد لا تتأثر الوظيفة الاجتماعية للمتبرع عقب العملية مباشرة، بل بالعكس قد يتعرض لمضاعفات العملية مستقبلا[2].

واستخلاصا لما ذكره في هذا الفرع، فجميع النظريات تعرضت للنقد لعدم شمولها واحتوائها على حماية كافية للجسم وخاصة للمتبرع،لكن الحق في سلامة الجسم البشري يبقى حق أساسي وجوهري ومتكامل غير قابل للتجزئة ،وقد أخذت به جل التشريعات واعتبرته المبدأ القاضي بعدم جواز المساس بجسم الإنسان، غير أنّ الضرورة في بعض الأحيان تفرض المساس به حفاظا على صحته وحياته،في عمليات نقل الأعضاء البشرية كاستثناء عن المبدأ، والتي تستمد مشروعيتها من عدة مصادر أهمها القانون والشريعة الإسلامية، لذا يجب وضع شروط دقيقة حتى نكفل حماية كاملة للجسم البشري .

الفرع الثاني

الشروط الطبية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

كما هو معلوم فإن الهدف من وراء نقل وزرع الأعضاء البشرية هو تحقيق منفعة خاصة للمريض، الذي يتحصل على عضو سليم محل العضو التالف، مع الحرص على عدم الإضرار بالمتبرع والذي لا يستفيد من هذه العملية بل بالعكس فهو يضحي إن صح القول بحياته من أجل بعث الحياة في إنسان مريض .

ولتحقيق الموازنة بين هاتين المصلحتين، لابد من الحرص على التقيد بالشروط والضمانات لإنجاحها، وتقليص قدر المستطاع من المخاطر التي قد تنجم عنها.ولنجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يتوجب

[1] أنظر،أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، مصر،1999 ،ص .51 .

[2] مامون عبد الكريم،رضا المريض...،المرجع السابق،ص.432.

توفر شروط ذات صبغة طبية من أجل ضمان احترام القوانين المتعلقة بحماية المتبرعين،ومنعا للتصرفات غير المشروعة مثل الاتجار في الأعضاء وغيرها .وتتمثل هذه الشروط في :

أولا:توفير حماية صحية قبلية لكل من المتبرع والمتلقي

يشترط لنجاح عمليتي استئصال العضو من المتبرع وزرعه في جسم المريض،توفر شروط تتعلق أساسا بالمحافظة على الحالة الصحية لكل من المتبرع والمريض،والتأكد من توافق أنسجة المتبرع مع أنسجة المريض حتى لا يتم رفضه من طرف هذا الأخير.

1- المحافظة على الحالة الصحية لكل من المتبرع والمريض:

إن نسبة نجاح هذه العمليات تزداد وتنقص بالنظر إلى سن الأطراف(المتبرع،المستفيد)، فيشترط أغلب الأطباء للقيام باستئصال العضو أو زرعه أن لا يقل سن الأطراف عن 10 سنوات وأن لا يتجاوز سن 50 سنة،ذلك أنه ثبت في الواقع أن نسبة نجاح العمليات التي تمت تراوحت أعمارهم بين ذلك، لكن لا يوجد أي مانع من أن يقل السن عن هذا أو يزيد فتبقى مجرد فرضيات طبية.بالإضافة إلى ذلك أن نسبة النجاح تزداد أو تنقص بالنظر إلى الظروف الصحية للأطراف،حيث نجد أنه يشترط أيضا أن يكون المتبرع خاليا من الالتهابات البكتيرية والفيروسية والفطرية.وأن لا يكون مريضا أو يتناول الأدوية المثبطة لجهاز المناعة،كما يجب أن تكون الحالة النفسية للمتبرع مستقرة عند عملية نقل العضو منه[1] .

كما يجب على الأطباء القيام بمجموعة من الإختبارات والفحوصات والتحاليل من بينها اختبار الإيدز على سبيل المثال قبل نقل العضو أو زرعه.حيث أكد الأطباء أن هذا المرض ينتقل في عمليات نقل وزرع الأعضاء في حالة غياب خلايا المناعة في الجسم التي تقوم بدور الرقابه والقضاء على الخلايا السرطانية في بدايتها عند زراعة الكلى أو الكبد أو القلب، أو نقل قرنية العين من شخص مريض إلى شخص سليم[2] .

وفي هذا السياق، حث المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة لسنة 2018 في المادتين 360 و361[3] على التوالي على ضرورة المحافظة على صحة المتبرع بالدرجة الأولى وعدم تعريضه للخطر لأنه ليس المستفيد الأول من العملية بل يقدم عمل انساني ومجاني لإنقاذ حياة شخص آخر. وفي هذا المقام نذكر مقولة للفقيه SAVATIER حيث ذكر أن «جسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع ،فالقيم الإنسانية

[1] BEN CHABANE Hanifa, Prélèvement et transplantation d'organes chez l'enfant, R.A.S.J.E.P ,1999 n° 03, p.72.

[2] أنظر،أحمد محمّد لطفي، الإيدز وآثاره الشرعية والقانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 ، ص.176.

[3] المادة 360 تنص على أنه« لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع،إذا عرّض حياة المتبرع للخطر ».كما تنص المادة 361 « ... كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من اشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي » من ق.ص.ج .

تسمو على المال،ولما كان أحب أسمى هذه القيم فإن الإنسان يُمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال »[1].

كما اشترط عدم استئصال الأنسجة أو الأعضاء أو الخلايا البشرية من أشخاص يعانون من أمراض، فيجب قبل استئصال العضو أو زرعه أن يتم التأكد من خلو المتبرع من أمراض قد تضر به، ونفس الشيء بالنسبة للمتلقي يجب ألا يكون مصابا بأمراض تمنع نجاح عملية زرع العضو له.كما ينبغي على الطبيب الجراح أن يثبت قبل إجراء عملية استئصال العضو من المتنازل أو زرعه في جسم المريض المتلقي مدى صلاحية العضو طبيا للمتلق. وإذا ثبت عدم قابلية جسم المتلقي للعضو، أي إمكانية رفض جسم المتلقي للعضو المزروع، فلا فائدة ترجى أو تبرر عملية الزرع[2].

وتماشيا مع ما تمّ ذكره في هذا المجال، تظهر أولا أهمية القيام بالفحوصات والتحاليل الطبية المسبقة للتأكد من الحالة الصحية للمتبرع من أنه لن يتضرر لا قبل ولا بعد العملية،وثانيا مدى تقبل المتلقي المريض للعضو الجديد.مع الإشارة أنه ولتقليص المخاطر يجب اللجوء لجثث الموتى بدلا من الأحياء ،لأن مخاطر العملية أقل بكثير، إذ في هذه الحالة نكون أمام حماية مصلحة واحدة هي مصلحة المتلقي شرط أن تكون عملية الزرع هي الحل الوحيد لإنقاذ حياته مع الإلتزام بالشروط والضوابط المفروضة لإستغلال أعضاء الجثث.

2- قبول جسم المتلقي للعضو الجديد

يُشترط قبل مباشرة عملية نقل العضو التحقق من مدى توافق أنسجة المريض مع العضو المراد زرعه،لأن أهم المشاكل والعراقيل التي ترهن نجاح عملية نقل وزرع العضو هي ظاهرة رفض الأجسام الغريبة (Le phénomène de rejet)فمن غير المعقول المخاطرة واقتطاع عضو بشري سليم حتى يرفضه جسم المتلقي،وهو ما يتنافى مع الغاية الأساسية التي من خلالها تمّ اباحة نقل و زرع الأعضاء،و لهذا يجب على الطاقم الطبيي اتباع الأصول العلمية للتأكد من نجاح العلمية من خلال قبول جسم المريض للعضو المراد زرعه.

وكان الطبيب الإيطالي تاجليا كوزي أول من اكتشف وأشار لظاهرة رفض الأجسام الغريبة، وعبر عنها بقوله « إن ذاتية كل فرد تجعلنا نبتعد عن محاولة زرع جسمه بعضو مأخوذ من جسم آخر،ذلك أن قوة

[1] SAVATIER نقلا عن سطحي سعاد،نقل وزرع الأعضاء البشرية،دراسة فقهية طبية قانونية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، ط 1،2007،، ص.85

[2] أنظر،معاشو لحضر،النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية،دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة تلمسان 2014،ص.198.

الذاتية داخل كل شخص تبلغ من القوة والصرامة الحذ التي تمنع فيه أخد أي عضو من شخص آخر،والطبيب الذي يفكر في نقل الأعضاء من شخص لآخر،إنما يفتقر في الواقع إلى معرفة العلوم الطبيعية و يجعلنا نعتقد أن تفكيره خرافي و غير علمي»[1].كما كانت هناك محاولات عديدة لنقل الأعضاء من الحيوانات إلى الإنسان لكنها فشلت

ولقد عكف المختصون على إيجاد الحلول المناسبة ،حيث ثم التوصل لطريقتين تتمثّلان في :

*تعريض جسم المريض المتلقي للعضو لأشعة إكس

*إعطاء المريض بعض الأدوية المثبطة لجهاز المناعة مثل دواء سيكلوسبورين(cyclosporine)[2] .

وتجدر الإشارة إلى إنه هناك فرق كبير بين ظاهرة رفض العضو المزروع كنقل نسيج أو عضو بسيط من حيث التكوين التشريحي(نقل شريان،جزء عضوي،قرنية العين)،و بين نقل عضو مركب كجزء من الكبد أو الكلية.فبالنسبة للحالة الأولى، فهو ذو تركيب بسيط ولا يحتوي سوى على نسيج واحد، وسرعان ما يتأقلم مع خلايا جسم المتلقي،فهو أشبه بالعضو الصناعي، ويطلق على هذه العملية مصطلح Greffe أما الحالة الثانية، فالعضو المركب كالكلية يحتوي في ذاته على خليط من الأنسجة المتباينة، تتمثل في أوعية دموية أو ليمفاويات أو أعصاب، وغالبا ما تهدد هذه العمليات بظاهرة لفظ العضو،حيث أنها لا تتكيف مع جسم المريض، ويطلق على هذا النوع من العمليات مصطلح Transplantation [3].

كما نشير إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال قانون الصحة سواء الجديد أو الملغى،لم يناقش ويبين مصير العضو المنقول في حالة رفضه من جسم المريض،وهل تقوم مسؤولية الطبيب الجراح؟هل يتم ارجاع العضو لصاحبه أم الاحتفاظ به لزرعه لمريض أخر.أم يتم اتلافه خاصة إذا كان سريع التلف.فهل ترك السلطة التقديرية لأهل الاختصاص للتصرف ومعالجة القضية أم لم يتنبه للموضوع ؟ خاصة وأن المادة 357[4] من قانون الصحة لم تكن واضحة بما يكفي عندما نصت على إنشاء هيكل للحفاظ على الأنسجة والخلايا على مستوى المؤسسات المرخص لها .فما طبيعة هذا الهيكل؟ هل دوره مؤقت أم دائم؟ لماذا خصصه للأنسجة والخلايا فقط على غرار الأعضاء؟ هذا ما سيجيبنا عنه من خلال اصدار التنظيم المحدد لهذا الهيكل .

[1] نقلا عن سميرة عايد الديات، المرجع السابق ، ص.9.

[2] مروك نصر الدين ،نقل وزرع الأعضاء البشرية...،مرجع سابق ،ص.142.

[3] مروك نصر الدين ،المرجع نفسه،ص .139.

[4] « ينشأ كلما اقتضت الضرورة إلى ذلك في المؤسسات المرخص لها بنزع الأنسجة والخلايا،بعد أخد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء،هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا.تحدد شروط وكيفيات انشائه و سيره عن طريق التنظيم»،المادة 357 من ق.ص.ج .

فبالرغم من أنه وقبل اجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء يتم اجراء تحاليل طبية والتأكد من توافق أنسجة المتبرع مع المريض،ومع ذلك يبقى الخطأ وسوء التقدير وارد،لذا يتحتّم على المشرع الجزائري وضح حلول مسبق لهذه الحالات الشادة حتى نحافظ ونحمي طرفي العملية الطبية،ونحافظ على العضو المنزوع،لأن مدة حياة الأعضاء المنزوعة تختلف من نوع لأخر فلا يجوز تركها عرضة للتلف.

ثانيا–المراقبة الطبية اللاحقة للعملية

لا ينتهي دور الفريق الطبي بمجرد الانتهاء من العملية الجراحية وخروج المريض من قاعة العمليات،بل تمتد المرافقة والمتابعة حتى يسترجع المريض وعيه (الخروج من الغيبوبة)،ومع ذلك يبقى تحت المراقبة المستمرة تحسبا لأي مضاعفات خطيرة تتطلب التدخل العاجل لإنقاذ حياته،هذا في العمليات العادية التي أصبحت نتائجها مضمونة إن صح التعبير ،فما بالك في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية التي ما زالت لم تكشف عن كل أسرارها بعد .

وتدعيما لما ذكرناه بخصوص المرافقة والمتابعة الصحية،نصت المادة السابعة من البروتوكول الملحق لإتفاقية أوفيدو والخاص بنقل الأعضاء البشرية والأنسجة (ستراسبورغ 2002/01/24)[1]، والتي تضمنت على أن تكون مراقبة طبية ملائمة للمتبرع الحي والمستفيد بعد عملية زرع الأعضاء

كما نصت كذلك المادة 11 من نفس الإتفافية[2] على أن يتوجب القيام بالفحوصات الطبية اللازمة قبل الشروع في عملية نقل العضو أو الأنسجة وهذا للحد من المخاطر المحتملة على صحة ونفسية المتبرع .ويجب تجنب هذا النقل إذا كان هناك خطر مؤكد على حياة وصحة المتبرع.

وأيضا نص المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة على المرافقة والمتابعة الطبية لكل من المتبرع والمتلقي،بالإضافة إلى الفحوصات الطبية اللازمة لنجاح العملية في الفقرة الثانية من المادة 359[3] .

---

[1] Article 7 – Suivi médical« Un suivi médical approprié est proposé au donneur vivant comme au receveur après la transplantation ».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 ,publie sur le site internet : https://rm.coe.int/168008156e .

[2] Article 11 – Evaluation des risques pour le donneur

«Avant le prélèvement d'organes ou de tissus, des investigations et des interventions médicales appropriées doivent être pratiquées pour évaluer et limiter les risques pour la santé physique ou mentale du donneur.

*Le prélèvement ne peut être effectué s'il existe un risque sérieux pour la vie ou la santé du donneur »,.

[3] تنص المادة 359 من ق.ص.ج على أنه «... يجب أن يضمن الهيكل الصحي الذي ينتمي له المتلقي التكفل بالفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي،و كذا المتابعة الطبية لهما»،

إن المتابعة الطبية الدقيقة للمريض تساهم في معرفة مدى نجاح العملية بالنسبة للمتلقي،وبدرجة أكبر مدى قدرة المتبرع العيش بدون العضو الذي تم استئصاله منه،وبالتالي تبرز فكرة طبيعة الإلتزام الناشئ في عمليات نقل وزرع الأعضاء.هل تحقيق نتيجة كباقي العماليات الجراحية أم بدل عناية ؟

كما هو معلوم أن الأصل في مسؤولية الطبيب أمام المريض ينحصر بدل عناية لا تحقيق نتيجة و هذا ما استقر عليه القضاء[1] واستثناء في عمليات خاصة يقع على عاتق الطبيب تحقيق نتيجة (عمليات نقل الدم).

وفي عمليات نقل وزرع الأعضاء هناك من كيف التزام الطبيب أمام المتلقي التزام ببذل عناية و ليس تحقيق نتيجة ،وفي المقابل أمام المتبرع التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامته من أي ضرر يلاحقه جراء استئصال العضو[2].

ثالثا –تحديد وتأهيل المؤسسات الطبية

بالنظر لحساسية وخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية،حاولت الدول بسط رقابتها من خلال حصر هذه العمليات في المؤسسات الإستشفائية العمومية التابعة للدولة وبالتالي منع العيادات الخاصة من اجراء هذا النوع من العمليات حتى لا تخرج عن السيطرة،خاصة مع انتشار تجارة الأعضاء والتي أصبحت تُدر أموالا طائلة على عصابات تجار البشر هذا من جهة، و من جهة أخرى، حتى تحافظ على مبدأ المجانية بناء على المادة367 [3] من قانون الصحة ،لأنه لا يمكن للعيادات الخاصة أن تُجري هذه العمليات بدون مقابل خاصة إذا علمنا أنه تتطلب إمكانيات مادية وطبية و فنية كبيرة.

المشرع الجزائري سلك نفس المنهج وحاول تنظيم هذه العمليات الحساسة الماسة بالجسم البشري على مستوى المستشفيات العمومية بموجب المادة 366 [4]من قانون الصحة.و ترك أمر تأهيل و اختيار المؤسسات الإستشفائية للوزير المختص.

---

[1] وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا،في قرارها « إن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام،هو بذل عناية مثل قضية الحال،ماعدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على عاتق الطبيب تحقيق نتيجة ،حيث يعني الإلتزام ببذل عناية هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية» محكمة عليا ، غ.م،قسم23،2008/01/1 ،ملف رقم 399828 .

[2] محسن عبد الحميد البيه،التزامات الأطباء المتصلة بواجباتهم الإنسانية والأخلاقية والأعمال الفنية،عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب و القانون،الجزء الأول،جامعة الإمارات العربية النتحدة ،1999 ،ص. 647.

[3] تنص المادة 367 من ق.ص على أنه «لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع و الممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية أي أجر عن العمليات » .

[4] المادة 366 تنص على أنه «لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

كما نشير في هذا المقام أنه قد تم تحديد المؤسسات الإستشفائية المؤهلة لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بناء على القرار الوزاري رقم 29 بتاريخ 2012/06/14 الصادر عن وزير الصحة [1] ولم يتم

يجب أن تتوفر المؤسسات الإستشفائية على تنظيم طبي–تقني وتنسيق استشفائي كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء و الأنسجة.
تحدّد شروط و كيفيات الترخيص عن طريق التنظيم » من قانون الصحة الجزائري.

[1] **تتمثل هذه المؤسسات الصحية فيما يلي:**

بالنسبة للقرنية:

–المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا، الجزائر العاصمة
–المركز الاستشفائي الجامعي بحسين داي، الجزائر العاصمة
–المركز الاستشفائي الجامعي ببنى مسوس، الجزائر العاصمة.
–المركز الاستشفائي الجامعي بباب الواد، الجزائر العاصمة.
–المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.
–المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.
–المركز الاستشفائي الجامعي بتيزي وزو.
–المؤسسة الاستشفائية المتخصصة لطب العيون وهران.

بالنسبة للكلى:

المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا، الجزائر العاصمة
المركز الاستشفائي الجامعي بحسين داي، الجزائر العاصمة.
–المركز الاستشفائي الجامعي ببنى مسوس، الجزائر العاصمة.
–المركز الاستشفائي الجامعي بباب الواد، الجزائر العاصمة.
المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.
–المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.
–المركز الاستشفائي الجامعي بوهران .
–المركز الاستشفائي الجامعي بتيزي وزو.
–المركز الاستشفائي الجامعي بسيدي بلعباس.
–المركز الاستشفائي الجامعي بتلمسان.
–المؤسسة الاستشفائية المتخصصة معوش (المركز الوطني للطب الرياضي سابقا)
المؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة دقسي (قسنطينة)

بالنسبة للكبد:

المؤسسة الاستشفائية مركز بيار وماري كوري، الجزائر العاصمة.
–المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.
–المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.
–المركز الاستشفائي الجامعي بوهران

بالنسبة للنخاع العظمي:

–المؤسسة الاستشفائية المتخصصة مركز بيار وماري كوري، الجزائر العاصمة.
–المؤسسة الاستشفائية الصحية، مركز مكافحة السرطان، باتنة.
–المؤسسة الاستشفائية الجامعية بوهران

تحديثه أو تعديله لغاية كتابة هذه الأسطر بالرغم من تعديل قانون الصحة.فكان لا بد على المشرع تأهيل جميع المؤسسات الإستشفائية على مستوى كل ولاية حتى يُجنب المرضى عناء التنقل بين الولايات .

كما أنه تدارك الفراغ القانوني الذي كان في القانون الملغى والذي لم يذكر أو يُسلط أي عقوبات جزائية في حالة إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء خارج المؤسسات المحددة و المرخص لها .فجاءت المادة 433[1] من قانون الصحة الجديد وحددت العقوبات الجزائية بين الحبس والغرامة المالية،وبهذا يكون المشرع الجزائري صارما و رادعا لأي تجاوزات تخل بالسير الحسن وتمس بحياة الإنسان في مجال الأعضاء البشرية

وتعزيزا للمجهودات والقرارات المتخدة في هذا المجال، وبغية تنظيم هذه العمليات تم انشاء وكالة متخصصة بمراقبة سير وعمل نقل وزرع الأعضاء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 2012/04/05 تحت مسمى **الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء**،فهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة[2]، مهمتها الأساسية هي تنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها و أمنها[3].

وما تجدر الإشارة اليه أنه وعلى الرغم من الخطوة المهمة التي قامت بها الجزائر في إنشاء مثل هذه الوكالة إلا أنها تعد متأخرة نوعا ما، مقارنة بعدد من الدول العربية والغربية على غرار تونس مثلا، إذ تعتبر هاته الأخيرة السباقة في تجسيد هذه الفكرة حيث أنشأت مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المدنية والاستقلال المالي تسمى المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء سنة 1995 ،تحت شراف وزارة الصحة العمومية[4].

أما فرنسا، فقد أنشأت مؤسسة مختصة أطلقت عليها وكالة الطب البيولوجي وذلك بموجب القانون رقم 2004-800 المتعلق بالطب البيولوجي، والتي عوضت المؤسسة الفرنسية للزرع، وهي مؤسسة عمومية تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة تهتم بكل الاعمال الطبية خاصة المتعلقة منها بالممارسات الطبية الحديثة،

---

[1] تنص المادة 356 من ق.ص على أنه « يُعاقب كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية أو يمارس نشاطات المساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسة غير مرخص لها، بالحبس من سنتين (2) إلى (5) سنوات و بغرامة مالية من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج » .

[2] المادتين 2و3 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 2012/04/05 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج. ر عدد 22

[3] تنص المادة 356 من ق.ص على أنه «تنشأ وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بتنسيق و تطوير نشاطات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و ضمان قانونيتها و أمنها» .

[4] الفصل الأول من القانون عدد 49 لسنة 1995 المؤرخ في 12 جوان 1995 لمتعلق بإحداث المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 49.

وبتسيير السجل الوطني للتبرع بالأعضاء.وجاء في المادة [1] (L 1233-1) من ذات القانون أن نزع الأعضاء على وجه التبرع لا يمكن إجراؤها إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها من السلطة الإدارية بعد استطلاع رأي وكالة الطب الحيوي،كما أن الترخيص محددة ب05 سنوات قابلة للتجديد.

بعدما دراسة مختلف النظريات الفقهية،ثم تحديد الشروط الطبية لإباحة عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية،سنبين في المبحث الثاني الجانب القانوني والتشريعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء مع التركيز على الدراسة المقارنة مع القانونين المصري والفرنسي لإثراء الدراسة.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من التدخلات الجراحية الحديثة التي تنطوي على مخاطر متعددة، لذا حاول المجتمع الدولي من خلال هيئاته الرسمية دراسة الموضوع ووضعه في إطاره الصحيح،كما عكفت على ذلك أيضا جميع الدول على وضع قوانين داخلية لتنظيم هذا النوع من العمليات لحماية الأطراف المعنية وبالخصوص المتبرع باعتباره الطرف المتضرر في هذه العملية.

إن هذه العملية أصبحت تحقق نتائج مرضية من خلال نسبة نجاحها من جهة، وعلاج الأمراض المتعصية وبعث روح الحياة في المرضى من جهة أخرى.فكان لابد لرجال القانون التدخل ووضع تشريعها في قالب قانوني حتى لا تخرج عن هدفها.

ولتبسيط الصورة أكثر،سنحاول دراسة هذه العملية من خلال مطلبين،حيث نبين في الأول موقف المجتمع الدولي،ثم نبين الموقف الداخلي من خلال التعرض لبعض القوانين التي هي محور بحثنا.

[1] « Les prélèvements d'organes en vue de don à des fins thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative après avis de l'Agence de la biomédecine.
L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.
Tous les établissements de santé, qu'ils soient autorisés ou non, participent à l'activité de prélèvement d'organes et de tissus en s'intégrant dans des réseaux de prélèvement» Art L 1233-1 C.S.P..f.

المطلب الأول

نظرة المجتمع الدولي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

أمام تنامي ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية داخليا وخارجيا ،كان لابد للمجتمع الدولي التدخل ودراسة الموضوع و إبداء موقفه من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وكيفية ممارستها،خاصة وأن حياة الإنسان وكرامته ومعصومية جسده هي محور الدراسات والإتفاقيات والمعاهدات الدولية ،فكان لا بد لنا أن نعرج على موقف المجتمع الدولي من خلال التطرق في الفرع الأول إلى موقف المنظمات الدولية ،وفي الثاني إلى موقف المنظمات العربية وهل استطاعت مواكبة التحديات العالمية في مجال البحث الطبي .

الفرع الأول

موقف المنظمات الدولية من عمليات نقل و زرع الأعضاء

لقد كان للمنظمات الإقليمية والدولية موقف هام بالنسبة لموضوع التعامل بالأعضاء البشرية فقد عقدت عدة مؤتمرات وندوات انتهت بإصدار العديد من التشريعات والقرارات بهذا الشأن.

فقد قررت لجنة الأخلاق التابعة لجمعية زراعة الأعضاء الدولية عام 1970 أنه" لا يجوز على المانح تلقي أي تعويض مادي، ولا يجوز بيع الأعضاء تحت أي ظرف ويسري ذلك على الأعضاء المنقولة من شخص حي، أو تلك التي يتم الحصول عليها من الجثث".كما اهتمت منظمة الصحة العالمية بذلك وأصدرت توصية في عام 1987 حول المبادئ الأساسية لنقل الأعضاء،ثم توصية أخرى سنة 1989 حول منع بيع وشراء الأعضاء ،إلا أنه لم تكن لها القوة القانونية ولم تأخذ صفة الإلزامية مثل المواد القانونية[1].

وفي سنة 1991 أيدت جمعية الصحة العالمية الرابعة والأربعون في قرارها تحت رقم (ج ص ع44 – 25) المبادئ التوجيهية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية بشأن زرع الأعضاء البشرية،حيث تضمنت ولخصت الإجراءات التي بدأت سنة 1987 بالعاصمة الإسبانية مدريد والتي أدانت عمليات بيع وشراء الأعضاء البشرية وكافة وسائل تسهيل وترويج الإتجار بالأعضاء الآدمية[2].كما أعربت عن قلقها من ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية في القرار رقم (ج ص ع م40-13) والذي تضمن منع استغلال البؤس والشقاء الإنساني خاصة لدى الأطفال والأقليات الأخرى الضعيفة وتشجيع تطبيق المبادئ الأخلاقية التي تستنكر

[1] إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص.154.

[2] أنظر،شريط أيمن، نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة الفكر البرلماني،عدد خاص،ديسمبر2003،ص. 132.

شراء وبيع الأعضاء[1]. ومنها كانت بداية التأثير على القوانين الداخلية للدول من أجل تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وحماية الأشخاص،إلى أن تم التوصل إلى إبرام أول نص قانوني دولي ملزم، وهو الاتفاقية الأوروبية حول حقوق الإنسان وأخلاقيات الطب في 1997/04/04[2]،والذي يعتبر النص الدولي الأول الذي أقر قواعد قانونية إلزامية في مجال نقل الأعضاء ، ومن بين المبادئ التي تضمنتها خاصة المادة 19 منه ما يلي:

-عدم اللجوء إلى نزع العضو من إنسان حي إلا إذا تعذر ذلك من إنسان ميت، ولم يكن هناك طريق علاجي آخر يحقق نفس النتيجة.

- أن يكون التعبير عن الرضا كتابيا أو أمام هيئة مختصة.

- التأكيد على أن الجسم وأعضائه غير قابل للبيع ولا يمكن استعماله إلا لأغراض التي نزعت من أجله[3].

وفي سنة 2008 في الفترة الممتدة من 30 أفريل إلى 02 ماي، عُقدت ندوة عالمية ضمت أكثر من 150 ممثلا عن الهيئات العلمية والطبية وعلماء الاجتماع والمختصين بأخلاقيات الطب في اسطمبول بتركيا، والمنظم من طرف جمعية زرع الأعضاء والجمعية الدولية لطب الكلى لتحديد ظاهرتي "**سياحة زرع الأعضاء**[4]**"والإتجار بالأعضاء**" الآخذتين في الانتشار،والإعلان بأن هذه الممارسات تُشكل انتهاكا للمبادئ المتعلّقة بالإنصاف والعدالة واحترام كرامة الإنسان وينبغي حضرها[5] .

كما أكدت أيضا جمعية الصحة العامة الثالثة والستون في البند 11-21 من جدول الأعمال المتضمن "زرع الأعضاء و النُسج البشرية" بتاريخ 21 ماي2010 على جملة من المبادئ أهمها:

---

[1] Ahmed ABDULDAYEM, Les organes…, op.cit, p .117.

[2] الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان اتجاه التطبيقات البيولوجية والطب أوفيدو،منشورة على الموقع الإلكتروني
. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/718/fr

[3] Article 19 de convention sur les droits de l'homme et la biomédecine dispose que «le prélèvement d'organes ou de tissus aux fins de transplantation ne peut être effectué sur un donneur vivant que dans l'intérêt thérapeutique du receveur et lorsque l'on ne dispose pas d'organe ou de tissu appropriés d'une personne décédée ni de méthode thérapeutique alternative d'efficacité comparable -Le consentement visé à l'art. 5 doit avoir été donné expressément et spécifiquement, soit par écrit soit devant une instance officielle.».

[4] هو تنقل الأعضاء أو المتبرعين أو المرضى المستقبلين أو الفرق المهنية عبر حدود الدول بهدف زراعة الأعضاء. و يُصبح السفر لزراعة الأعضاء **سياحة لزراعة الأعضاء** في حال تضمن تجارة الأعضاء أو زراعة الأعضاء التجارية أو في حالة كانت المصادر(الأعضاء،الفرق،مراكز الزراعة) مكرّسة نحو تأمين الزراعة للمرضى من خارج البلد

[5] إعلان إسطنبول حول تجارة الأعضاء وسياحة زراعة الأعضاء، منشور على الموقع الإلكتروني
https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2008_Arabic-English.pdf

-تنفيذ المبادئ التوجيهية المعنية بزرع الخلايا والنسج والأعضاء البشرية عند صوغ وإنقاذسياساتها وقوانينها وتشريعاتها المتعلّقة بالتبرع بالخلاياوالنسج والأعضاء البشرية حسب الإقتضاء.

-تشجيع وتطوير النظم الخاصة بالتبرع التطوعي المجاني والإيثاري بالخلايا والنسج والأعضاء في حد ذاته، وزيادة وعي الناس وفهمهم للمزايا الناجمة عن التطوع بدون مقابل بخلايا ونسج وأعضاء المتبرعين الأموات والأحياء،بدلا من تعريض الأشخاص والمجتمعات المحلية للمخاطر البدنية والنفسية والإجتماعية الناجمة عن الإتجاء بالمواد البشرية المنشأ وسياحة زرع الأعضاء.

-معارضة البحث عن المكاسب المالية والمزايا المشابهة لها من الصفقات التي تتعلق بأجزاء من الجسم البشري والإتجار بالأعضاء وسياحة زرع الأعضاء،بما في ذلك تشجيع مهنيي الرعاية الصحية على إبلاغ السلطات المعنية بما ينمو إلى علمهم عن هذه الممارسات وذلك وفقا للقدرات والتشريعات الوطنية.

-تشجيع قيام نظام لتخصيص الأعضاء والخلايا والنسج على نحو شفاف وعادل وذلك بالإستهداء بالمعايير السريرية والقواعد الأخلاقية فضلا عن تعزيز تكافؤ فرص الحصول على خدمات الزرع وفقا للقدرات الوطنية لأنه أساس دعم الجماهير للتبرع الطوعي.

-تحسين مأمونية ونجاعة التبرع والزرع وذلك بتعزيز أفضل الممارسات الدولية.

-تعزيز السلطات و/أو القدرات الوطنية والمتعددة الجنسيات من أجل مراقبة وتنظيم وتنسيق أنشطة التبرع والزرع،مع التفطن بصفة خاصة إلى تحقيق أقصى منح من المتبرعين الأموات،وإلى حماية صحة ومعاناة المتبرعين الأحياء بتقديم خدمات الرعاية الصحية الملائمة وتأمين المتابعة الطويلة الأجل .

-التعاون على جمع البيانات ولاسيما عن الأحداث الضائرة وردات الفعل بشأن ممارسات التبرع والزرع وسلامتها وجودتها ونجاعتها وأوبئتها وأخلاقياتها.

-تشجيع استخدام نُظم التشفير المتسقة دوليا للخلايا والنسج والأعضاء البشرية حتى يسهل التتبع الوطني والدولي للمواد البشرية المنشأة المخصصة للزرع [1].

الفرع الثاني

موقف المنظمات العربية من عمليات نقل و زرع الأعضاء

[1] للمزيد من التفاصيل راجع قرارات جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون(ج .ص.ع 63-22) بتاريخ 21 أيار 2010 ،منشورة علة الموقع الإلكتروني ،https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA63/A63_R22-ar.pdf?ua=1

المنظمات العربية وكغيرها من المنظمات لم تكن عن منأى من هذه التطورات الطبية ،وحاولت جاهدة معالجة الأمر وترك بصمتها من خلال عقد عدة مؤتمرات حول مسألة الأعضاء البشرية وكل ما يتعلق بها، وكانت البداية من اللجنة الفنية لمجلس وزراء الصحة العرب المنعقدة في تونس سنة 1986.

كما أقر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم 1 المنعقد في جدة وذلك من 06 إلى 11 فيفري لسنة 1988 ، حول انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، بمبدأ مجانية التبرع بالأعضاء، فجاء في الفقرة 7 من هذا القرار ما يلي" :وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم مشروطا بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال من الأحوال، أما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو عند الضرورة، أو مكافأة و تكريما، محل اجتهاد ونظر" [1].

وناقش اجتماع وزراء العرب الثاني عشر والمنعقد في الخرطوم من14 إلى 16 مارس 1987 مشروع القانون العربي الموحد لزراعة الأعضاء، والذي انتهى بقرار جاء في مادته السابعة بأنه "يحظر الاتجار بالأعضاء بيعا وشراء، وكذلك لا يجوز دفع أي مكافأة لقاء التبرع بالعضو، كما لا يجوز للأطباء المشاركة في إجراء أيا من عمليتي النقل أو الزرع متى كانت لأغراض تجارية"[2].

كما تلتها توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، التي نظمها مركز البحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، التي عقدت في القاهرة في24 نوفمبر 1993، على عدم جواز نقل العضو مقابل ثمن. ويتعين أن يؤدي الشخص المنقول إليه العضو إلى الشخص الذي نقل منه العضو تكاليف عملية النقل كاملة .وتلتزم الدولة بتوفير النفقات اللازمة لعلاج الشخص المتبرع من جميع المضاعفات الناجمة عن عملية النقل، كما تقرر الدولة كذلك تعويضا عما أصابه من ضرر أو فاته من كسب[3].

ليتم التوصل في الأخير لإعداد مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية سنة 2009،حيث فجاء في مادته 8 ما يلي" يحظر بيع وشراء الأعضاء بأي وسيلة كانت أو تقاضي أي مقابل

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 18-23 جمادى الآخرة 1408هـ الموافق 6-11 شباط (فبراير) 1988م،منشور على الموقع https://iifa-aifi.org/ar/1698.html .

[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص. 154.

[3] نصر الدين مروك ، نقل...، مرجع سابق، ص.230 .

مادي عنها ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء العملية عند علمه بذلك[1].كما نصت المادة 09 منه على عدة شروط " يتحقق التبرع أو الوصية بأعضاء الجسم بشرط أن يكون الشخص راشدا قانونا وصادر بموجب إقرار كتابي موقع عليه.كما لا يجوز نقل عضو من أعضاء الجسم إذا كان ذلك يؤدي إلى وفاته أو إلحاق ضرر جسيم به، يتم التبرع بالعضو أو النسيج والإيصاء به دون مقابل، يحظر بيع العضو البشري أو النسيج أو شراؤه أو الإتجار به"[2] .

بعدما بينا الموقف الدولي من خلال منظمته الرسمية حول موضوع نقل و زرع الأعضاء البشرية وكيف حول تنظيمها وجعلها في نطاق صحيح يخدم البشرية،سنتطرق في المطلب الموالي إلى الموقف الداخلي لهذه العمليات من خلال التعرض للقوانين الداخلية للدول ،وهل نجحت في إيجاد قالب قانوني لتنظيم هذه العمليات الطبية المرتبطة بحرمة الجسم البشري.

المطلب الثاني

الموقف القانوني من عمليات نقل وزرع الأعضاء

إن حماية الجسم البشري في ظل التطورات الحاصلة في المجال الطبي تُثير الكثير من الإشكالات القانونية،ذلك أن جسم الإنسان أصبح اليوم حقلا خصبا لمختلف التجارب الطبية الحديثة المواكبة للتطورات العلمية والتي أحيانا لا تعترف بالحدود والخصوصيات من أجل تحقيق هدفها،وتحقيق السبق العلمي.

ووعيا منها بمكانة الجسد وقدسيته،فإن الكثيرمن التشريعات تسعى جاهدة إلى تنظيم هذه التدخلات الطبية والحد منها مع تحديد ظوابطها من أجل جعلها تحت المراقبة المستمرة بما يكفل الحماية عن طريق تنظيم هذه التصرفات الطبية بقواعد قانونية عامة و مجرّدة مع تحديد الجزاء المترتب عن مخالفتها.

ومن خلال هذا المطلب سنبين كيف عالجت القوانين الوضعية هذه الممارسات الطبية ،بداية بالقانون الفرنسي (فرع أول)،ثم القانون المصري (فرع ثان)،وختاما بالقانون الجزائري.

الفرع الأول

عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون الفرنسي

[1] المادة 08 من القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية و الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين بالقرار 791-د25 بتاريخ 2009/11/19

[2] المادة 09 من القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية .

لقد عرفت عمليات استئصال الأعضاء البشرية في القانون الفرنسي عدة مراحل وأشواط ،من خلال صدور مجموعة من القوانين كانت بدايتها بالقانون رقم 49-890 المؤرخ في 1949/07/07 (loi de LAFAYE) [1]،هذا الأخير نص على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الشخص المتوفى لاستقطاع القرنية .

ولدراسة مسألة تنظيم المشرع الفرنسي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب الإشارة للتطور التشريعي في هذا المجال، بمعنى دراسة التطور منذ صدور القانون رقم 76-1181 (1976/12/22) مرورا بقوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية لسنة 1994 بالإضافة إلى التعديلات التي طرأت على مواد قانون الصحة.

1-القانون رقم 76-1181 .(Code de Caillavet)

يعتبر هذا القانون أول تشريع ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن الأموات إلى الأحياء لأغراض علاجية،ودخل حيز التنفيذ بالمرسوم التنفيذي رقم 78-501 بتاريخ 1978/03/31[2] ، والذي حدّد القواعد الخاصة بكيفية للحصول على رضا المتبرع البالغ في حالة استئصال عضو غير متجدد ،حيث شدّد على أن يكون التصريح بالرضا أمام رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع في دائرته موطن المتبرع ، أو أمام قاض يعينه رئيس هذه المحكمة، على أن يصدر الرضا في شكل كتابي وموقعا عليه من كلا القاضي والمتبرع ، مع تسليم نسخة إلى إدارة المستشفى الذي سيقوم بالعملية ،كما تحفظ النسخة الأصلية لدى المحكمة. أما إذا كان العضو المراد نقله متجددا فيكفي إثبات الرضا في شكل كتابي موقعا عليه من المتبرع و شاهد[3] .

وعند دراسة قانون **Caillavet** نلاحظ أن المشرع الفرنسي ركز على الهدف من هذه العمليات وهو الهدف العلاجي،حيث تضمنت المادة الأولى منه نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء وضرورة صدور الرضا من المتبرع سواء كان بالغا أو قاصرا. فبالنسبة لكامل الأهلية، فإنه لا يمكن إجراء عمليات اقتطاع أحد أعضاؤه من حيث المبدأ إلا بعد أن يبدي موافقته الصريحة. أما بالنسبة للقاصر، فيمنع إجراء عملية اقتطاع عضو من أعضائه إلا إذا كان الأمر يتعلق بشيقه أو شقيقته،و في هذه الحالة لا بد من موافقة ممثله القانوني،كما يُشترط أن تكون هذه الموافقة محل مراقبة من خبراء،ثم يذهب المشرع الفرنسي بفاعلية الرضا،إذ يجعل من

[1] HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Le droit de la bioéthique, Editions La Découverte, Paris ,2009, p.200.
[2] Décret exécutif N° 78-501 du 31/03/1978 J.O, 04/04/1978.
[3] سميرة عايد الديات، المرجع السابق ، ص. 179.

رفض القاصر حائلا دون اجراء التبرع[1]،أما المادة الثانية منه فتتعلق باستغلال الجثث في نزع الأعضاء البشرية [2].و منعت أن يكون هناك أي مقابل مالي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في المادة الثالثة[3] .

وعليه، يمكن القول بأن رضا المتبرع يعد الأساس القانوني الذي تبناه المشرع الفرنسي في قانون **Caillavet** لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

2-قوانين 29 جويلية لسنة 1994 المتعلقة بأخلاقيات العلوم الإحيائية

لقد وضع المشرع الفرنسي نظاما تشريعيا يتضمن عدة مبادئ تتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وأخلاقيات العلوم الإحيائية من خلال القانونين 94-653 المتعلق باحترام جسم الإنسان والقانون رقم 94-654 المتعلق باستعمال عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية على الإنجاب بتاريخ 1994/07/29 ،مع إضافة وتعديل مجموعة من المواد على غرار قانون العقوبات والصحة العامة والقانون المدني لمواكبة التطورات الحاصلة في المجال الطبي.كما أعقبها بنصوص تنظيمية في شكل مراسيم لتبسيط الإجراءات والمفاهيم في هذا المجال، حيث أجازت استئصال الأعضاء سواء من الأحياء أو من الجثث، بشرط مراعاة الضوابط القانونية أو التقنية أو الطبية .مع التأكيد على احترام حرية وكرامة الإنسان[4].

ومن بين أهم المبادئ القانونية والأخلاقية التي كرّستها القوانين المتعلّقة بأخلاقيات العلوم الإحيائية نذكر منها:

*عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلا بناء على الرضا الحر والمستنير للشخص .

* تحقيق مصلحة علاجية للمتبرع و المستفيد مع ضمان الأمن الصحي في مواجهات اللأمراض المتنقلة والمعدية.

*خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل المالي وبالتالي ابعاد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن الصفقات التجارية الغير أخلاقية

---

[1] «En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti» Article 01 de la loi n°76-1181.

[2] «Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement.
Toutefois, s'il s'agit du cadavre d'un mineur ou d'un incapable, le prélèvement en vue d'une greffe ne peut être effectué qu'après autorisation de son représentant légal» Article 02 de la loi n°76-1181

[3] «Sans préjudice du remboursement de tous les frais qu'ils peuvent occasionner, les prélèvements visés aux articles précédents ne peuvent donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire.» Article 03 de la loi n°76-1181.

[4] طارق سرور، مرجع سابق،ص112.

* مبدأ السرية بين المتبرع والمستفيد[1] .

3-قانون الصحة رقم 2004-800 الصادر بتاريخ 2004/08/06

لقد جاء هذا القانون بأحكام وتعديلات جديدة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية من خلال توسيع دائرة الأشخاص المتبرعين ،وهذا بعد تسجيل نسب ضعيفة من طرف الأشخاص المتبرعين، حيث أن القانون الفرنسي كان قد اشترط لنقل الأعضاء بين الأحياء أن تكون هناك علاقة قرابة بين المتبرع والمتلقي، وهذا الشرط نصت عليه المادة 1231-1 [2] من قانون الصحة العامة الفرنسي واشترطت كقاعدة عامة أن يكون المتبرع له صفة الأب أو الأم بالنسبة للمتلقي، إلا أنه سمح في نص هذه المادة وعلى سبيل الاستثناء اقتطاع الأعضاء إذا كان في ذلك مصلحة علاجية مباشرة للمستفيد من زوجه، إخوته أو أخواته، أبنائه أو بناته، جده أو جدته، عمه أو عمته، أولاد الأعمام والعمات وكذلك زوجة الأب وزوج الأم، كما سمح أن يكون المتبرع أي شخص يأتي بإثبات عن وجود حياة مشتركة مع المتلقي لمدة عامين على الأقل.

كما أكد في الفقرة 02 من نفس المادة على عدم السماح بإجراء أخد الأعضاء بغرض التبرع من شخص على قيد الحياة إذا كان قاصرا أو بالغا يخضع للوصاية الشرعية [3].

وواصل المشرع الفرنسي مواكبته للتطورات الحاصلة في هذا المجال ،من خلال اصدار مجموعة من القوانين و المراسيم على غرار المرسوم رقم 332-2008 المؤرخ في 2008/04/09 المتعلق بوكالة الطب الحيوي ،إضافة إلى المرسوم رقم 1035-2012 المؤرخ في 2012/09/07 المتعلق بنقل وزراعة الأعضاء البشرية،مع تعديل بعض مواد قانون الصحة العامة إلى غاية 2021 على غرار المادة 1211-2[4] و التي

---

[1] DURAND Jean Pierre, Les conditions d'un assouplissement de la pratique du prélèvement d'organes", Revue générale de droit médical, numéro spécial, Paris, 2002, p. 98.

[2] « Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur.

Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou soeurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur» Article 1231-1 du C.S.P.

[3] « 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» Article 1231-1 du code de la santé publique.

[4] « Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment» Article1211-2 du code de la santé publique, modifié par Article 14 de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021relative à la bioéthique .

منعت نزع الأعضاء البشرية بدون الموافقة المسبقة والصريحة للمتبرع مع إمكانية تراجعه في أي وقت ؛والمادة 1211 -3[1]و التي منعت الإشهار أو الدعاية للتبرع بالأعضاء أو منتجات الجسم البشري سواء لشخص معين أو أي مؤسسة .

بعدها قام بتوسيع دائرة المتبرعين أكثر بموجب قانون 2011 المتعلق بالطب البيولوجي وهذا ما بيّنته المادة1231-01-02 [2]إذ سمح بالتبرع لكل شخص يُثبت وجود رابطة فعلية ووطيدة مع المستفيد لا تقل عن سنتين،مما يفهم أن رابطة القرابة ليس بالضرورة أن تكون زوجية فيمكن أن تكون صداقة [3]

غير أن هناك من انتقد تطوير مفهوم العائلة وتوسيع دائرة المتبرعين الأحياء إلى كل من العشيرين والأصدقاء،باعتبار أنها تثير الشك في وجود زواج مصلحة أو صداقة مفتعلة ،فتضعف بالتالي مبدأ المجانية وتفتح المجال واسعا أمام الاتجار بالأعضاء[4].

الفرع الثاني

عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون المصري

بالنسبة للتشريع المصري فقد مرّ بمرحلتين المرحلة الأولى قبل سنة 2010 بحيث لم يكن في هذه المرحلة تنظيم قانوني شامل لنقل الأعضاء البشرية ومع ذلك كانت هناك بعض النصوص القانونية مثل القانون رقم 178لسنة 1960 الخاص عمليات جمع الدم وتخزينه وكذلك توزيعه،بحيث أجاز لبنوك الدم الحصول عليه عن طريق التبرع أو الشراء أو بمقابل ، والقانون رقم 103 لسنة 1962 بشأن إعادة تنظيم بنوك العيون.

---

[1] «La publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite » Article1211-3 du code de la santé publique, modifié parl'article 09 de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021relative à la bioéthique

[2] « par dérogation au première alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou soeurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien effectif et étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur ». Article L1231-1AL 2 du C.S.P..f.

[3] BIOY Xavier, Droit fondamentaux et libertés publiques, 3ème édition ,Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2014,p.385.

[4] DURAND Jean Pierre,"Les conditions d'un assouplissement de la pratique du prélèvement d'organes" , Revue générale de droit médical,2002, n° spécial, Paris,p.118.

كما ثار نقاش فقهي، إذ استند جانب من الفقه المصري إلى القانون رقم 178 لسنة 1960 للقول بإباحة التبرع بالأعضاء البشرية قياسا على إباحة التبرع بالدم، وأن المشرع يبيح بذلك التعامل في جزء من جسم الإنسان.وبالمقابل عارض جانب من الفقه هذا الرأي على أساس أن الدم على خلاف الأعضاء فهو من العناصر التي تتجدد تلقائيا في الجسم ولا يترتب على نقله إصابة الجسم بضرر جسيم[1].ثم تحجج جانب من الفقه بالقانون رقم 103 لسنة 1960 الخاص ببنك العيون على أساس المادة الثانية منه والتي تبيح الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها أو التي يتقرر استئصالها طبيا ،فإباحة التبرع بعد الوصية يفيد أن التبرع جائز أثناء الحياة [2]. لكن ثم تعدل هذا الأخير بالقانون رقم 79 لسنة 2003 وأصبحت لمادة الثانية منه تنص على «تحصل هذه البنوك على قرنيات العيون من المصادر التالية :

قرنيات عيون الأشخاص الذين يوافقون موافقة كتابية على نقلها بدون مقابل... ».وبذلك يكون المشرع المصري قد رجع للأصل بشأن التوصية بالعين،و بذلك أنهى الجدال الفقهي الذي أثير حول جواز تبرع شخص سليم العينين بإحدى قرنيتيه ليس له معنى بعد هذا التعديل [3] .

والمرحلة الثانية بعد سنة 2010 حيث حاول المشرع المصري وكغيره من المشرعين مواكبة التطورات الحاصلة في الجانب الطبي وإيجاد حلول لعلاج المرضى وخاصة أصحاب القصور الكلوي، وذلك بإيجاد تنظيم قانوني ينظم ويبيح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ووضعها في إطار قانوني لتوفير حماية شاملة لأطراف العملية والقائمين عليها وسدا للثغرات القانونية. وكان له ذلك من خلال القانون رقم 05 لسنة 2010 [4] المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية.

ومن خلال اضطلاعنا على هذا التشريع وجدناه يحتوي على 28 مادة موزعة على أربعة فصول، تضمن الفصل الأول أحكام عامة موزعة على 08 مواد ،والفصل الثاني منشآت زرع الأعضاء حددت في 04 مواد ،الفصل الثالث إجراءات زرع الأعضاء فصّلت فيها 03 مواد ،الفصل الرابع تضمن العقوبات الجزائية جاءت في 13 مادة .

وما يجدر الإشارة إليه أن المشرع المصري من خلال هذا القانون لم يحدد الأعضاء التي يمكن التبرع بها ،مما يوحي أن جميع أعضاء الجسم البشري قابلة للنقل والزرع ما عدا الأعضاء والخلايا التناسلية التي تحمل

[1] حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص.138.

[2] أنظر،رمضان جمال،مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ،المركز القومي للإصدارات القانونية ،شركة ناس للطباعة ،2005 ،ص .122.

[3] خالد مصطفى فهمي،المرجع السابق ،ص.67.

[4] القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية ،المؤرخ في 06مارس 2010 ،الجريدة الرسمية2010، عدد 09 مكرر.

الصفات الوراثية[1].بالإضافة إلى أنه حدد الحالات التي تتمّ على أساسها عملية نقل العضو والغرض العلاجي مع التأكيد على أن تكون الوسيلة الوحيدة .لإنقاذ حياة المريض[2].كما حظر هذا القانون نقل عضو من مصريين إلى أجانب إلا بتوافر شروط وذلك لضمان عدم الاتجار بالبشر أو أعضائهم[3].

كما أجاز التبرع بين الأقارب وحتى للغير إذا كان في حالة خطيرة و ذلك بشروط مع التأكيد على مبدأ المجانية[4].

كما منع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وأكد على أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة و خالية من عيوب الرضا وثابتة بالكتابة، كما أبقى على جسم الإنسان خارج دائرة المعاملات المالية من خلال منع البيع والشراء لأعضائه تحت أي صورة من صور التصرفات[5].

كما نص هذا القانون على إنشاء اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية والمختصة بالإشراف والرقابة على المستشفيات والمراكز الطبية المعنية بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهذه اللجنة منح لها المشرع المصري الشخصية المعنوية، ويتولى وزير الصحة رئاسة هذه اللجنة ويعين أمانة فنية لها، والجدير بالذكر أن القانون رقم05 لسنة 2010 لم يقم بإلغاء القانون رقم 178 لسنة 1960 بشأن تنظيم عمليات جمع وتخزين الدم ومركباته والقانون رقم 103 لسنة 1962 بشأن إعادة تنظيم بنوك العيون[6].

وما يؤخذ على هذا القانون أنه لم يتطرق للأعضاء المنفردة أو التي يترتب على نزعها هلاك المتبرع كالقلب مثلا أو الكبد بأكمله أوالرئة لأنها أعضاء وحيدة و غير متجددة،مما يستوجب عليه إعادة النظر في هذا القانون بمزيد من التفاصيل تكون بحجم هذا الموضوع الذي أصبح الشغل الشاغل للعالم بأسره .

---

[1] تنص المادة 02 فقرة 02 على أنه «ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلي اختلاط الأنساب»،القانون رقم 05 لسنة 2010.

[2] تنص المادة 02 في فقرتها الأولى على أنه « لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة علي حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم علي حياته أو صحته» .

[3] تنص المادة 03 على أنه «مع مراعاة حكم المادة السابقة يحظر الزرع من مصريين إلي أجانب عدا الزوجين إذا كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً، علي أن يكون قد مضي علي هذا الزواج ثلاث سنوات علي الأقل وبعقد موثق علي النحو المقرر قانوناً لتوثيق عقود الزواج.ويجوز الزرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبي فيما بينهم جميعا».

[4] نص المادة 04 على أنه «مع مراعاة أحكام المادتين (3،2) من هذا القانون، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزراعة في جسم إنسان آخر، إلا إذا كان ذلك علي سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المصريين » .

[5] عمرون شهرزاد، مرجع سابق ،ص. 98 .

[6] تنص المادة 26 على أنه «تلغي الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة (240) من قانون العقوبات ويلغي كل حكم آخر يخالف أحكام هذا القانون فيما عدا الأحكام الخاصة بالقانونين رقمي 178 لسنة 1960بشأن تنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته و 103 لسنة 1962 في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون، والتي تظل سارية المفعول» .

بعد إعطائنا صورة ولو موجزة حول عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانونين الفرنسي والمصري وكيف تعاملا مع الموضوع،سنبين في المطلب الثاني كيف عالج المشرع الجزائري هذا الموضوع بنوع من التفصيل خاصة مع صدور قانون الصحة الجديد وهل تدارك النقائص التي شابت القانون الملغى.

الفرع الثالث

عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري

لم يكن المشرع الجزائري بمنأى عن التطورات والأحداث والإكتشافات التي ظهرت في العلوم الطبية،حيث حاول دراسة هذه المستجدات ووضعها في إطارها القانوني وخاصة موضوع الأعضاء البشرية والذي أشار إليه بداية بموجب القانون الملغى رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها من خلال الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان "انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها" من المادة 161 إلى المادة 168،مع تعديل البعض منها بموجب القانون رقم 90-17 الصادر بتاريخ 1990/07/31.بالإضافة لبعض المراسيم التنفيذية التي لها علاقة بالطب على غرار المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، والمرسوم التنفيذي رقم 96 -122 المتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه وعمله.

وتجدر الإشارة أنه وقبل صدور قانون 85-05 استند الأطباء والمختصون على فتاوى المجلس الإسلامي الأعلى والتي أجازت نقل و زرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من الأموات،مبررة ذلك أن هذا التصرف من قبيل الإيثار التي تعبير عن معاني التضامن الإنساني والأخوي.

من خلال هذا الفرع سندرس موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من خلال قانون الصحة الجديد رقم 18-11، والذي من المفروض جاء ليغطي النقائص والثغرات التي كانت موجودة في القانون القديم،ونبين الشروط التي فرضها لقيام هذه العمليات ،والتي تكاد جل التشريعات الدولية تتفق عليها .

أولا:الأهلية القانونية

يُقصد بالأهلية صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وكل من بلغ السن القانونية حسب قانون بلده وكان متمتعا بقواه العقلية لم يُحجر عليه كان أهلا لمباشرة التصرفات القانونية.وكما هو

متفق عليه شرعا وقانونا،فإن الأهلية شرط أساسي وجوهري في مباشرة أي تصرف قانوني[1]، فما بال التصرفات الماسة بحرمة الجسم البشري، لذلك شدد القانون أن يكون المتبرع بالعضو البشري بالغا سن الرشد، متمتعا بالقدرة على الإدراك والتمييز، وفي هذه الحالة لا تثار أية مشاكل بخصوص أهلية المتبرع لأن أهليته قائمة أصلا.

لكن تثار المشكلة إذا تعلق الأمر بالقاصر، فهل يجوز نقل الأعضاء من القصر؟ وهل يجوز الاعتداد برضا القاصر بشأن هذه العمليات في مواجهة الغير.

وكان المشرع الفرنسي نص على جواز التبرع بين الأصول والفروع ولوكان المتبرع غير مكتمل الأهلية حسب المادة 5/671[2] من القانون المتعلق بحماية الجسد البشري، فبعد أن قررت الفقرة الرابعة منه عدم جواز نقل الأعضاء ممن لم يبلغوا سن الأهلية، جاءت الفقرة الخامسة كإستثناء ونصت على جواز نقل النخاع الشوكي من الحدث لفائدة أخيه أو أخته، شرط قبول من له سلطة على القاصر، سواء أبويه أو ممثله القانوني، وهذه الموافقة تكون أمام المحكمة، وفي حالة الضرورة يبلغ النائب العام بأي وسيلة .لكن بالمقابل نجد أن الإتفاقية الأوربية المعروفة باتفاقية OVEIDO أجازت حتى الأنسجة المتجددة وهذا بموجب المادة 14 فقرة 02[3] ولكن بشروط مادام أن هناك توافق نسيجي يساعد في نجاح العملية ويزيد في نسبة الشفاء

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فكان قد تطرق إلى هذه المسالة في المادة 163 من قانون الصحة وترقيتها والتي جاء فيها « يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز ». ويفهم من استقراء هذه المادة أن منع الإقتطاع ليس فقط من القصر وإنما كذلك من الأشخاص المحرومين والأشخاص الذين يفتقدون إلى تقدير الأمور بشكل سليم كالمجنون والسفيه والمعتوه' وعلى هذا الأساس استبعد المشرع الجزائري القاصر ومن في حكمه من مجال التبرع بالأعضاء في القانون الملغى .

ولكنة غير من موقفه من خلال المادة 361 [4]من قانون الصحة الجديد ،متأثرا بنظيره الفرنسي بخصوص الخلايا الجذعية المكونة للدم فقط حيث سمح بنزعها من القصر لزرعها فقط للأخ أو الأخت لأن هذا النوع

---

[1] أنظر، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001 ،ص.115.

[2] «Par dérogation aux dispositions de l'article L. 671-4, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa soeur» Art 671/05 du Loi **relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain.**

[3] «A titre exceptionnel et dans les conditions de protection prévues par la loi, le prélèvement des **tissus régénérables** sur une personne qui n'a pas la capacité de consentir peut être autorisé si les conditions suivantes sont réunies» Art 14-2 de la dite OVEIDO , précité .

[4] « يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء،كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرّع أو المتلقي.

من الخلايا يتجدد ولا يؤثر على سلامة المتبرع،مع العلم أنه يشترط من الناحية الطبية التوافق النسيجي بين المتبرع والمستقبل في هذا النوع من النقل وهو أمر ممكن بين الإخوة فبإمكان القاصر أن ينقد أخاه أو أخته وحتى الوالدين من الهلاك عن طريق نقل هذه المادة المتجددة .وبذلك يكون المشرع الجزائري قد توسع في هذا الموضوع نوعا ما،ولكن يُعاب عليه في هذه المادة عدم ذكر الوالدين ضمن قائمة المستفيدين من الخلايا الجذعية بالرغم من التوافق النسيجي مع الأبناء .

أما بالنسبة للمشرع المصري فمنع المساس أو الإستفادة من أعضاء الأطفال أو ناقصي أو عديمي الأهلية بموجب المادة 05 فقرة02 [1] من القانون المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية.لكنه ومن خلال المادة 05 فقرة 03 [2]كان أكثر وضوحا من نظيره الجزائري من خلال تمكين الوالدين أيضا من الإستفادة من الخلايا الأم لطفلهما حتى ولو كان ناقص أو عديم الأهلية،بالإضافة للإخوة فيما بينهما ولكن بشروط في حالة عدم وجود مصدر أخر للأعضاء .

نشير هنا أننا ركزنا على المتبرع في العملية بإعتباره هو الحلقة المهمة في العملية عكس المستفيد، فموافقة المريض على إجراء عملية زرع عضو تقتضي أيضا وجود أهلية قانونية كاملة أي يكون المريض بالغا راشدا متمتعا بكامل قواه العقلية، والمشرع الجزائري في قانون الصحة سواء القديم أو الجديد لم يحدد سنا معينا يعتد به في تحديد أهلية المستفيد، خاصة وأن المسألة بالنسبة إليه نافعة نفعا محضا عكس المتبرع بحكم تنازله عن العضو فإن العملية ضارة ضررا محضا.

ثانيا:رضا المتبرع والمستفيد

تتفق التشريعات المتعلقة بنقل لأعضاء على أن يكون رضا الواهب في شكل صريح ومكتوب ، على أن البعض الآخر أضاف على أن يكون أمام شهود وتوقيع المتبرع، لأن نقل الأعضاء بصفة عامة والتبرع بصفة خاصة ينطوي على مخاطر كثيرة، لذا وجب أن يكون التعبير عن الرضا مكتوب حتى تتحقق الحماية القانونية للطاقم الطبي، وأن لا يتعرض لأية مساءلة جزائية إذا ما طرأ أي إشكال.وباعتبار أن الرضا شرط

-يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت » المادة 361 من ق.ص.ج

[1] «ولا يقبل التبرع من طفل، ولا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه،كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانونا» المادة 05 فقرة 02 من القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 05 لسنة 2010.

[2] «ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلي الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، وبشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما علي قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الاهلية أو ناقصها » المادة 05 فقرة 03 من القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 05 لسنة 2010.

أساسي لإباحة الأعمال الطبية، فقد أقرت به الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي التي أعدها مجلس أوروبا واللجنة الأوروبية في 4 أبريل سنة 1997 والمسماة اتفاقية أوفيدو OVEIDO حيث نصت في المادة 05[1] منها على ضرورة توافر شرط الرضا بوجه عام،ولا يمكن التدخل في مجال الصحة إلا بعد صدور رضا حر ومتبصر من صاحب الشأن واحاطته بكافة المعلومات حول الهدف من العملية والأخطار المتوقعة مع احتفاظه بحقه عن العدول عن العملية في أية لحظة .

وكان المشرع الجزائري قد تحدث عن رضا المتبرع في المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى،حيث اشترطت الموافقة الكتابية وبحضور شاهدين إثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.كما فرض إلتزامات قانونية تقع على عاتق الأطباء في مجال استقطاع الأعضاء البشرية من خلال إحاطة المتبرع بكافة المعلومات الضرورية حتى تكون الموافقة خالية من أي لبس، أما إذا كان لا يستطع التعبير عن إرادته، فتنتقل سلطة إتخاد القرار إلى أسرته حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 2/164 من نفس القانون[2] .كما أن هذه المادة كانت تثير بعض الإشكالات القانونية تمثلت في:

- من يحرر الوثيقة المتنازل أم الطبيب رئيس المصلحة ؟
- ما هي الأعضاء التي تكون موضوع موافقة المتنازل، هل هي الأعضاء المتجددة أم المنفردة ؟
- شكل التعبير عن الموافقة هل هي ورقة رسمية (مطبوعة) أو خطية ؟
- من غير المعقول تحرير الموافقة أمام الطبيب، رئيس المصلحة بإعتباره هو الخصم والحكم في نفس الوقت ؟ ومن يحضر الشهود هل المتبرع أم المريض؟ فكان عليه التدخل وإعادة صياغة النصوص، ويشترط مثلا في هذه الموافقة حضور أحد أعضاء القضاء كطرف محايد حتى لا تكون إدارة المستشفى هي الخصم والحكم في نفس الوقت، مثلما تحدث عن ذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 372 /3 من قانون الصحة العامة .

[1] «Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé.Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques.La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement». Art 05de la convention publié sur le site internet : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/718/fr#art_6.

[2] « وفي هذه الحالة ، يجوز الإنتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني و هو على قيد الحياة ، أو موافقة أحد أعضاء أسرته الراشدين حسب هذا الترتيب الأولى الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الإبن أو البنت ، الأخ أو الأخت ». المادة 164 /2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها الملغى

ومع صدور قانون الصحة الجديد كان منتظرا أن تكون مواده أكثر موضوعية وتتجاوز النقائص التي كانت موجودة ،ولكن احتوى على مادة واحدة فقط تتحدث عن الرضا تمثّلت في المادة 360 [1] من خلال بعض فقراتها والتي لم تفصل كثيرا في الأمر.

ويشترط في الرضا ما يلي :

1-أن يكون متبصرا ومستنيرا:

ظهرت فكرة الموافقة المستنيرة كما تعرف في وقتنا الحالي أول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1947تحت مصطلح "informed consent" أو الموافقة المتبصرة نتيجة لمحاكمة تمت في كاليفورنيا، ومنه صدر أول تقنين لأخلاقيات الطب بنفس السنة، وبذلك سار الأطباء يحرصون على ضرورة توفر الموافقة الشخصية للمريض وإلزامية إعلامه مسبقا قبل التدخل الطبي على جسمه[2].وقد قنن مبدأ الموافقة المستنيرة أول مرة في النصوص التشريعية من خلال قانون هيريات سيريكلا سنة 1988 [3].

إذا كان الترخيص للطبيب بإخفاء بعض المعلومات عن المريض بداعي المصلحة وتحقيق الشفاء له، فإن هذا الأمر لا نجد له مكانة في حالة الشخص الذي يوافق على التنازل عن جزء من جسمه،لذا يجب أن يحاط بطريقة جد مفصلة، ليس فقط بالمخاطر المحتملة وإنما أيضا بالنتائج المؤكدة المترتبة عن حرمانه من أحد أعضائه، وبالتعقيدات التي يمكن أن يسببها غياب العضو المستأصل في المستقبل، والاحتياطات التي تكفل الحد من هذه التعقيدات قدر الإمكان.وهذا ما يُسمى "الإلتزام بالإعلام"[4] الذي يعطي للعمل الطبي صفة المشروعية .

كما نُشير أن الهدف الرئيسي الذي يدفع الشخص المتمتع بصحة جيدة للتنازل عن جزء من جسمه هو الرغبة في إنقاذ شخص مريض،بالرغم من أن هذا التصرف لن يعود عليه بأي فائدة بل بالعكس حيث يُمكن أن يُعرض حياته للخطر. إذن ليس هناك أي سبب شرعي يسمح للطبيب التستر على المعلومات

---

[1] تنص المادة 360 في قرتيها 4و5 على أنه « لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدو الموافقة المستنيرة للمتبرع.
يجب أن يعبر المتبرع عن موافقته للتبرع وعند الاقتضاء ،للتبرع المتقاطع ،أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة و مستنيرة،وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليه في هذا القانون» .

[2] OSSOUKINE A.Traité de droit médical, publications du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies , Oran, 2003, p. 131.

[3] Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 modifié par la loi 91-86 du 23/01/1941 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

[4] الإلتزام بالإعلام يعتبر بمثابة نصائح يقدمها الطبيب للمتبرع قصد تنويره على وجه يُمكنه من التعبير عن اختياره عن وعي كامل بما سيخضع له من تدخل علاجي ،فالتفاوت العلمي الموجود بين الطبيب والمتبرع ألقى على عاتق الطبيب التزاما بإعلامه ،حتى ولو كان المتبرع طبيا وعلى دراية كافية بكل ما يتعلق بالمرض.فالإلتزام بالإعلام يستند على مبدأ حرمة جسد الإنسان واحترام حريته الشخصية.سعيدان أسماء،المرجع السابق،ص. 55.

الخطيرة، خشية تراجع المتبرع عن موقفه الإنساني ، لأنه ليس مريضا ولا يخشى على صحته إذا رفض التدخل الجراحي.فتقع على الطبيب مسؤولية تحديد العضو الجائز نقله، ثم تحديد إمكانية نقله أو عدمه في ضوء الحالة الصحية للمتبرع.

وهذا الإلتزام منصوص عليه في المادتين 43 و44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب[1]، والهدف منه هو منح إمكانية رجوع المتبرع عن تبرعه والمريض عن تلقي العضو ولا يترتب عن هذا العدول أية مسؤولية، لأنه حق منحه القانون لكل من المتبرع والمريض نظرا لخصوصية هذا النوع من العمليات وارتباطه بحرمة الجسم. وهذا ما أشارت المادة 162 فقرة 02 من قانون الصحة الملغى،والفقرة 06 [2]من المادة 360 والتي منحت حق العدول للمتبرع وبدون القيام بأي إجراءات أو شروط محددة

ولا بأس أن نبين في هذا المقام بعض التوضيحات التي يجب أن يشملها الإلتزام بالتبصير والمتمثلة في :

-الأضرار الطبية التي قد تأثر على قوة و سلامة جسم الإنسان نتيجة لعملية الإستئصال ،

- التأثيرات النفسية التي تنتج عن هذه العملية .

- يمكن لعملية التبرع بالعضو البشري أن تحد من ممارسة بعض الأعمال والأنشطة اليومية مما يؤثر على دخله و كسبه اليومي .

-تبصير المتبرع بنسبة نجاح العملية أو فشلها[3].

-كما يجب على الطبيب استخدام لغة واضح وبسيطة مع المتبرع،ويراعي المستوى التعليمي للمريض والإبتعاد عن المصطلحات التقنية المعقدة .

وحرصا منه على احترام الرضا،فقد أحالنا المشرع بموجب المادة 430 من نفس القانون إلى أحكام قانون العقوبات الجزائري من خلال المواد من 303 مكرّر 16 إلى 303 مكرّر 20 من أجل تكريس حماية قانونية مشدّدة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية. وتعتبر هذه الخطوة الأولى من نوعها في التشريع الجزائي

[1] تنص المادة 43 على أنه « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي ». وتنص المادة 44 على « يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة .....» ، مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب ،ج.ر 52 .

[2] تنص المادة 360 في فقرتها السادس على أنه « يُمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت و بدون أي إجراء » .

[3] عمرون شهرزاد ، المرجع السابق ،ص. 134.

بموجب تعديل قانون العقوبات بالقانون رقم 09-01 والذي خصص المادتين 303 مكرر 17 و303 مكرر 19 في حالة مخالفة أحكام الرضا [1].

لكن ما يُعاب على المشرع الجزائري أنه أوكل مهمة الإعلام والتبصير للجنة الخبراء، دون أن يبين عددها أو تشكيلتها أو طريقة اختيار الأعضاء، هل عن طريق التعيين المباشر من طرف وزير الصحة أو عن طريق الإنتخاب،فأشار فقط إلى صدور تنظيم و الذي لم ير النور إلى حد كتابة هذه الأسطر.

كما أجمعت التشريعات المقارنة والمنظمات الدولية على إلزامية وأهمية تبصير المتبرع تبصيرا كاملا وشاملا، بجميع المخاطر المترتبة على عملية استئصال العضو.فنصت الفقرة الثانية من المبدأ الثالث من القواعد الموجهة لنقل الأعضاء البشرية، التي تبنتها منظمة الصحة العالمية في 13 ماي 1991 على أنه يجب إعلام المتبرع بشكل كافي حتى يستطيع فهم وتقدير الأخطار ونتائج موافقته[2]. وأكدت توصيات مؤتمر بيروجيا المنعقد في أفريل 1969 بإيطاليا، على أنه يجب أن يسبق الحصول على موافقة المتبرع شرح وافي من قبل الطبيب، حول مخاطر العملية ونتائجها الآنية و المستقبلية ، سواء على الصعيد الفيزيولوجي أو الاجتماعي أو السيكولوجي أو المالي[3] .

ونصت القوانين الصادرة بفرنسا منذ1994، على ضرورة تبصير المتبرع بكافة المخاطر المؤكدة والمحتملة،وبمعنى أدق أكد على ضرورة التشديد في مسألة تنوير المتبرع بشكل واضح لا يكتنفه أي غموض أو لبس وذلك بضرورة تبصيره بالأخطار الطبية المحتملة والاستثنائية وطرق التبرع الهجين(don croisé) من طرف لجنة طبية ثلاثية، وهذا ما نصت عليه المادة 1231-1 [4]من قانون الصحة العامة الفرنسي.

---

[1] تنص المادة 303 في فقرتها 17 على أنه «يعاقب بالحبس من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة مالية من 000 500 دج إلى 000 000 1 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول» .والمادة 303 في فقرتها 19 على أنه « يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمس (05) وبغرامة مالية من 000 100 دج إلى 000 500 دج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول » .القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المعدل للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات،ج.ر عدد15 السنة 46 ،الصادرة بتاريخ 2009/03/8

[2] Ahmed ABDULDAYEM, Les organes…, op.cit, p .358.

[3] سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص.114.

[4]« Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article ***L. 1231-3*** des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal judiciaire ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier et second alinéas du I et, le cas échéant, au II. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement estrévocable sans forme et à tout moment». Art1231-1 du C.S.P..f.

هذا، ومن أجل توسيع دائرة الإعلام والتبصير فيما يخص عملية زرع الأعضاء، فقد نص المشرع الفرنسي أيضا على ضرورة قيام الأطباء بتوجيه وإعلام المرضى فيما يخص عملية زرع الأعضاء،إضافة إلى نصه على وجوب إشراف وزارة الصحة على حملات التوعية والتبصير بأهمية هذه العمليات وبالشروط اللازمة لإجرائها، وذلك على مستوى الثانويات، مؤسسات التعليم العالي والجامعي وعلى مستوى الجيش الوطني وهذا فقط من أجل التحسيس والإرشاد بأهمية هذه العمليات وتشجيع المواطنين على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة، وليس من أجل الإشهار أو الدعاية ، باعتبار هذه الأخيرة غير مسموح بها قانونا[1].

كما نص على وجوب قيام الأطباء بإعلام المرضى وتوجيههم لمصادر المعلومات التي تشرف عليها وكالة الطب البيولوجي، وجعل التبرع بالأعضاء أولوية وطنية حسب نص المادة 1231-1[2]،كما تم إنشاء نصب تذكارية تسمح بالاعتراف بالجميل للمتبرعين وعائلاتهم 1233-3[3]وتم تغيير تسمية اليوم الوطني للتبرع بالأعضاء ب"اليوم الوطني لمراجعة التبرع بالأعضاء والاعتراف بالجميل تجاه المتبرعين،كما نص في المادة 1111-4[4] من نفس القانون على إلزامية توفر الموافقة المسبقة للمريض قبل أي عمل طبي.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد سارت على نفس المنهج،حيث نصت المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد، على وجوب إحاطة المتبرع بكافة النتائج المحتملة والمؤكدة المترتبة عن استئصال العضو المتبرع به .وتتم الإحاطة من قبل فريق طبي القاهرة خلال شهر نوفمبر 1993 هذا الشرط، إذ أكدت على ضرورة إخطار المتبرع بشأن الأضرار الحالية والمستقبلية المترتبة عن نقل العضو[5].

---

[1] مواسة العلجة،مرجع سابق ،ص.193.

[2]« En cas d'échec du prélèvement sur un donneur ou de la greffe sur un receveur, l'Agence de la biomédecine est informée sans délai et applique les règles de répartition mentionnées à l'article **L. 1231-1 B** les plus favorables au receveur compte tenu de sa situation» Art1231-1 du C.S.P..f..

[3]« Dans les établissements de santé titulaires de l'autorisation mentionnée à l'article ***L. 1233-1***, il est créé un lieu de mémoire destiné à l'expression de la reconnaissance aux donneurs d'éléments de leur corps en vue de greffe» Art1233-3 du C.S.P..f..

[4] «Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment» Article 2 de l'ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020.

[5] أنظر،نسرين عبد الحميد نبيه،نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار الوفاء للطباعة والنشر،الإسكندرية،ط1، 2008،، ص.138 .

وفي هذا السياق،أوكل المشرع المصري عملية الاعلام والشرح والحصول على الموافقة للجنة طبية مختصة تتكون من ثلاث أطباء على مستوى كل مؤسسة طبية، تقوم بعمليات نقل وزرع الأعضاء وهذا بموجب المادة 07 [1]من القانون رقم 05 لسنة 2010 .

وبخصوص الطرف الثاني في العملية وهو المريض أو المستفيد من العضو،فمن حقه أن يكون على دراية بالتدخل الجراحي على جسمه ويُحاط بالقدر الكافي من المعلومات من طرف الطبيب حتى يتمكن من إعطاء موافقته وقبوله للعلاج بالرغم من أنه المستفيد الأول من هذا التدخل لإنقاد حياته ومع ذلك اشترط القانون الحصول على رضا المريض لما يتمتع جسمه من كرامة وحرمة ،و يكون التدخل الطبي مشروعا.وثم تكريس هذا الحق بداية بقرار MERCIER[2] الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1936 والذي أسس للعلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض،ثم تلاه قرار Teyssier [3]سنة 1942 والذي أكد بأن الطبيب الجراح الاستشفائي يجب عليه أن يحصل على موافقة المريض قبل إجراء التدخل الطبي.

ويقصد بالرضا المتبصر أوالمستنير للمريض، ذلك الرضا الصادر عن المريض أو ممثله،بعد تزويدهم بقدر كاف من المعلومات الضرورية واللازمة من قبل الطبيب، والتي تمكنه من اتخاذ القرار المناسب بشأن حالته الصحية، سواء بقبول العلاج أو رفضه [4].

وإذا كان الطبيب ملزما بتبصير المريض في الحالات الطبية العلاجية التقليدية ،فإن التزامه في مجال زرع الأعضاء البشرية يكون أشد إذ يجب على الطبيب أن يشرح للمريض أن الطريق الوحيد لإنقاذ حياته هو استخدام وسائل علاجية جديدة تتمثل في إجراء عملية زرع عضو له وذلك لعجز الوسائل العلاجية التقليدية وعدم فعاليتها في مثل حالته الصحية، كذلك يجب عليه أن يوضح له طبيعة عملية الزرع التي ستجرى له ومخاطرها ونتائجها المحتملة[5] .

---

[1] « لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد احاطة كل من المتبرع والمتلقي – إذا كان مدركاً – بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (13) من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة علي المدي القريب أو البعيد والحصول علي موافقة المتبرع والمتلقي، أو موافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها – بالنسبة للخلايا الأم – ..» من القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 05 لسنة 2010.

[2] Cass.ch.civ,30/12/1936,cour de cassation,chambre civile,legifrance.gouv.fr ;Bull des arrets cour de cassation,ch.civ,n°250,P.473.

[3] Cass.ch.civ,28/01/1942,cours HOERNI Bernard et BOUSCHARAIN J.P, arrét Teyssier de la cour de cassation 28 janvier 1942,quelques remarques sur une décision oubliée,histoire des sciences médicales ,T.XXXV,2001,n°03,PP299-304.

[4] عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص.92.

[5] أنظر،ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2013، ص.299.

وبالرجوع للتشريع الجزائري، فنجده أشار إلى رضا المريض في القانون الملغى بموجب المادة 166،وفي القانون الحالي في الفصل الثاني تحت عنوان "الجوانب الأخلاقية المتصلة بالمرضى"وذلك بموجب المواد 343 وما بعدها بصفة عامة،فيما يتعلق بكل تدخل طبي أيا كان نوعه وليس فقط في حالة زرع الأعضاء البشرية ،لكنه أجاز في الحالات المستعجلة التخلي عن إبداء المريض الموافقة لقبول العلاج الجراحي ومع ذلك يبقي القصور التشريعي حول مضمون الموافقة المستنيرة وكيفيتها والجزاء المترتب عن الإخلال بها .

2-أن يكون حرّا

لا يكفي لصحة الرضا أن يكون متبصرا وحسب، بل يشترط أيضا أن يكون حرّا أي صادرا عن شخص يتمتع بكامل قواه العقلية حتى يدرك طبيعة التدخل الجراحي ، والمخاطر التي يمكن أن يتعرض سواء كان متبرعا أو مستفيدا من العضو .

وتعد الموافقة الحرة للمتبرع بالعضو شرطا جوهريا بعد التأكد من عدم خضوعه لأي ضغط جسدي أو معنوي أو ابتزاز، خاصة إذا علمنا أن أغلب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتم بين الأقارب وخاصة ما تعلق منها بنقل الكلى، لأن هذا النوع من العمليات يستلزم وجوب التطابق بين المتبرع والمتلقي حسب الترتيب (التوائم ثم الإخوة الأشقاء ثم الوالدين ثم الأعمام ثم الأخوال)[1] .

وليكون رضا المتبرع حرا،يجب أن يكون خاليا من عيوب الإرادة المعروفة حسب المواد 82إلى89 من القانون المدني الجزائري كالغلط والإكراه والاستغلال والتدليس،بحيث يكون الغلط جوهريا ومعيبا للرضا إذا كان الدافع الرئيسي مثلا إلى التبرع هو اعتقاده أن العضو المتبرع به من الأعضاء المتجددة.وقد يقع المتبرع أيضا في التدليس،كأن يُعطي موافقته للتبرع بخلايا أو أنسجة معينة و هذا بعد تنويره والحصول على رضاه ، في حين يباشر الطبيب استئصال عضو آخر.وتنتفي أيضا حرية المتبرع إذا خضع للإكراه، وهو الضغط الذي يتعرض له المتبرع فيتولد في نفسه الرهبة والخوف مما يدفعه للتعاقد[2].

وللإكراه عدة مصادر، فقد يكون مصدره أفراد العائلة خصوصا وأنه غالبا ما يتم التبرع بين الأقارب، إذ يجب التأكد من عدم خضوع المتبرع لضغوط عائلية،لذا يفضل إعطاء المتبرع وقتا كافيا للتفكير، وهذا بعد تبصيره بكافة النتائج المحتملة عن استئصال العضو من جسده، كما يجب إخطار عائلته بنتائج الضغوط التي تمارس عليه[3].

[1] عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية والجنائية و التأديبية،) منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر1999،ص 246 .

[2] عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص .478 .

[3] OSSOUKINE A,Traité de droit médical ,op.cit, p.85.

كما يمكن أن يكون مصدر الإكراه هوى جامح تجاه الشخص المريض، ويعرف الهوى الجامح الولع الشديد الذي يحس به الشخص تجاه شخص آخر، أو شيء معين فيختل معه حسن التقدير بشأن ما تعلق به.فالحب الكبير الذي يحمله المتبرع للمريض هو الذي يدفع المتبرع للتبرع بأحد أعضائه دون التفكير في العواقب .وللتأكد من عدم وجود ضغوط تعيب إرادة المتبرع عند تنازله عن عضو من أعضاء جسده، نظمت بعض التشريعات نصوصا تلزم فيها بضرورة إخضاع المتبرع لفحص طبي شامل من الناحيتين النفسية والعقلية[1] .

تظهر أيضا حرية رضا المتبرع في كون أن المتبرع يحق له أن يتراجع عن رضاه في أي وقت كان، دون أن يخشى إجباره بتنفيذ الأداء الموعود به. فقد يوافق المتبرع في البداية التنازل عن أحد أعضائه، تحت تأثير عوامل خارجية، أو بناء على معطيات معينة، ثم يتضح بعد ذلك أن قراره بالتبرع لم يكن عقلانيا .ومادامت الموافقة شخصية فالرجوع عنها كذلك شخصي .غير أنه يشترط التصريح عن العدول قبل التنفيذ، لأنه لا يُمكن طلب استرجاع العضو بعد زرعه، لأنه صار من أعضاء المريض وقد يؤدي نزعه لمضاعفات صحية .كما لا يلتزم المتبرع بدفع تعويض عن عدوله، لأن العدول من طبيعة التصرف نفسه لكن قد يلتزم بدفع المصاريف الفعلية التي تكبدها المريض وضاعت عليه نتيجة العدول، والهدف هنا هو حماية جسم المتبرع، وعدم إمكانية المساس به إلا بناء على رضا حر ومتبصر إلى حين إجراء العملية[2].

نصت معظم التشريعات المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على حق المتبرع في الرجوع عن موافقته، حيث جاء في المادة الرابعة من مشروع القانون العربي الموحد ما يلي..." :ويجوز للمتبرع أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط".كما تناول المشرع الفرنسي حق المتبرع في العدول عن تبرعه في المادة 1231-1 [3]من قانون الصحة العامة، وأكد المشرع الجزائري من جانبه أيضا،على حق المتبرع في الرجوع عن موافقته للتنازل عن أحد أعضاء جسده، وذلك بموجب المادة 360 فقرة 06[4] والتي لم تأت بجديد مقارنه بالمادة القديمة 162 فقرة02 فتقريبا نفس الصياغة القانونية،بحيث لم تحدد بدقة وقت الرجوع ولا الطريقة أو الشكل المناسب .

[1] أنظر،محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر،ط2004،2 ، ص.203 .

[2] ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص. 201.

[3] «…le consentement est révocable sans forme et à tout moment….»Art 1231-1 du c C.S.P..f.

[4] تنص المادة 360 في فقرتها 06« يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء» من ق.ص.

أما بالنسبة للمشرع المصري فنصت كذلك المادة 05 فقرة03 [1]على إمكانية العدول عن التبرع بالعضو سواء من المتبرع أو من ينوب عنه وهذا قبل البدء في عملية النقل.فالمشرع المصري كان أكثر دقة من خلال التأكيد على أن عملية العدول يجب أن تكون قبل الشروع في النقل .

أما فيما يخص الطرف الثاني أو المستفيد من العملية،فبالرغم من أن التدخل الطبي في صالحه إلا أن القانون أحاطه بحماية قانونية كاملة ومنع المساس بجسمه حتى يبدي رضاه ويعطى الموافقة الصريحة والحرة على قبوله العلاج دون أي ضغط.

وبالتالي،فاحترام حرية المريض في قبول عملية زرع العضو أو رفضه، هو تجسيد لمبدأ احترام إرادته،واعتراف بحقه في التصرف في جسده وصحته، لأن الطبيب الجراح لا يمكنه أن يقرر بشأنه في اتخاذ القرارات الطبية أو الجراحية، أو يفرض عليه علاجا أو تدخلا معينا حتى ولو أدى ذلك إلى تحسين حالته الصحية متى رفض المريض هذا التدخل، وبالتالي استبعاد فكرة" **الوصاية الطبية** "عليه حتى لا يصبح عرضة للتجارب الطبية[2] .

كما يتوجب على المريض اتخاذ قرار التدخل الجراحي بإرادته الحرة، وإدراك تام بعواقب قراره ،ويمنع على الطبيب اللجوء إلى التدليس أو الإكراه للحصول على رضا المريض،كأن يكون المريض فعلا بحاجة إلى العضو، إلا أن الطبيب يحجب عنه المعلومات الضرورية خاصة ما يتعلق منها بالمخاطر،أو يؤكد له خلو العملية من أي خطر أو مضاعفات صحية لغرض انتزاع الموافقة من المريض. وهذه الحالة كثيرة الوقوع بسبب الاعتقاد الخاطئ لدى الأطباء والجراحين بأن المريض غير قادر على تقدير الأمور تقديرا سليما، ويتجاهلون بأن المريض هو وحده الذي يملك من الناحية القانونية سلطة الرفض أو القبول فيما يقترحه عليه الطبيب، طالما أنه يمتع بكامل الأهلية [3].

كما تبرز في هذه الحالة قضية الضغوط العائلية والتي تؤثر بشكل كبير على حالة المريض في اتخاذ القرار الصائب،فإذا كانت أمرا مقبولا في مجال العمل الجراحي العادي، إلا أنها لا تعد كذلك في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لأن هذه الأخيرة تنطوي على الكثير من المخاطر التي لا يجب أن يترك أمر تقديرها لإرادة الوالدين على حساب المريض[4] .

---

[1] «وفي جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته علي التبرع العدول عن التبرع حتي ما قبل البدء في إجراء عملية النقل» المادة 05 فقرة 03 من القانون المصري بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 05 لسنة 2010.

[2] أسامة السيد عبد السميع،مرجع سابق ، ص.140 .

[3] عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص.556.

[4] رمضان جمال،مرجع سابق ،ص. 198 .

المشرع الجزائري لم يترك المريض عرضة للإنتهاك والإستغلال الطبي بل وفر له حماية قانونية قبل ممارسة أي عمل طبي عليه وهذا بموجب المادة 343 من قانون الصحة ،حيث أوجب الحصول على موافقته الصريحة والحرة ،وفرض على الطبيب احترام اختيارات المريض وهذا بعد تنوبره و إطلاعه على نتائج اختياراته من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة [1] هذا من جهة ومن جهة أخرى، وحتى يضمن عدم مساءلة الطبيب مستقبلا اشترط على المريض أو ممثله الشرعي تصريح كتابي يتضمن رفضه للعلاج بموجب المادة 344 [2]من نفس القانون ،هذا في الحالة العادية أما في الحالات الإستثنائية والتي تتطلب التدخل العاجل أجاز لمهنيي سلك الصحة بدون استثناء تقديم العلاج المناسب دون الحصول على الموافقة المسبقة من المريض المادة 02/344 [3].

3-شكل الرضا

إن الرضا في الأعمال الطبية خاصة وفي التصرفات القانونية عامة ليس له شكل معين[4] ،لذلك اختلفت التشريعات المنظمة لهذا النوع من العمليات في شكل الموافقة فيمكن أن يصدر ضمنيا أو بالقول الصريح أو بالكتابة ، مع اشتراط الشهود والجهات الرسمية أحيانا لتعزيز الموقف. وليس للكتابة شكل معين تُفرغ فيه، فقد تكون مطبوعة أو بخط اليد ، لكن الأهم في كل ذلك هو وضوح العبارات ودلالتها .

لكن الملاحظ والمعمول به أن معظم التشريعات التي أباحت المساس بالجسم البشري عامة وعمليات نقل وزرع الأعضاء خاصة استقرت على أن يكون رضا المتبرع مكتوبا نظرا لخطورة هذا النوع من العمليات،وحتى لا يُكره أو يكون موضع تهديد.إضافة إلى ذلك فالكتابة لا تكشف عن وجود الرضا فحسب،وإنما تكشف كذلك على أنه صدر عن إرادة حرة ووعي وإدراك كاملين لمخاطر التدخل الجراحي[5].

---

[1] تنص المادة 343 في فقرتها الثانية على أنه « ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته» ق.ص.

[2] تنص المادة 344 على أنه « في حالة رفض علاجات طبية ،يُمكن اشتراط تصريح كتابي م المريض أو ممثله الشرعي » من نفس القانون.

[3] تنص المادة 344 في فقرتها الثانية « غير أنه في حالات الإستعجال أو في حالة مرض خطير أو معد أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير ،يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات و عند الإقتضاء تجاوز الموافقة » من نفس القانون.

[4] تنص المادة 60 على أنه « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاد موقفا لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا » القانون المدني الجزائري.

[5] عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص597 .

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد بأنه قد أخضع رضا المتبرع لرقابة السلطة القضائية، إذ يشترط المشرع الفرنسي بموجب المادة 1231 الفقرة 01 [1]من قانون الصحة العامة الفرنسي، ضرورة الحصول على الموافقة بشأن التبرع بالأعضاء البشرية سواء كانت من بين الأعضاء المتجددة أو غير المتجددة أمام رئيس المحكمة أو أمام قاضي معين من قبله بعد أن يتم إعلامه مسبقا عن طريق لجنة الخبراء المشار إليها في نص المادة 1231 فقرة 02 بالمخاطر التي يواجهها والتبعات المحتملة لعملية اقتطاع العضو منه .في حالة استعجال يحصل وكيل الجمهورية على رضا المتبرع بكل الوسائل،ويراقب القاضي رضا المتبرع سواء تعلق الأمر بالتبرع بأعضاء متجددة أو أعضاء غير متجددة [2].

وتكمن الحكمة من إخضاع المشرع الفرنسي رضا المتبرع لرقابة السلطة القضائية وعدم الاكتفاء بدعم الموافقة بشهادة الشهود إنما يتمثل أولا في ضرورة تأكد القاضي من وجود علاقة قرابة بين الشخص المتبرع والشخص المستفيد، ويتأكد كذلك القاضي من حقيقة وجدية رضا المتبرع و عد تعرضه لأي شكل من أشكال الضغط [3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد غير موقفه إن صح التعبير،فبدلا من أن يُفصّل في شكل الرضا وطريقة صدوره مثلا بالنسبة للأعضاء المتجددة أو الأعضاء الغير متجددة في قانون الصحة الجديد،جاء عكس تصورنا بحيث لم يتطرق بشكل واضح وصريح لشكل الرضا عكس ما كان عليه في القانون الملغى بموجب المادة 02/162 [4] والتي كانت أكثر وضوحا نوعا ما بنصها على أن يكون الرضا مكتوب(شرط الكتابة)بالرغم لعدم شرحه من يحرر الوثيقة التي يتم فيها التعبير عن الموافقة، هل الطبيب أم رئيس المصلحة، أم المتبرع؟، وهل هذه الوثيقة ورقة رسمية أم خطية، أم هناك نماذج موحدة فيها جميع المعلومات ؟.

[1] «Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article *L. 1231-3* des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et, le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République…» Art 1231-1 C.S.P..f. modifié par Art 08 du Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

[2] CARBILLAK Rémy, "Le corps humain", in CARBILLAC Rémy (sous la direction de), libertés et droits fondamentaux,21ème éd., D., 2015, p.216.

[3] BINET Jean-René, Le nouveau droit de la bioéthique, éditions Lexis Nexis, Paris, 2005, p.38.

[4] نصت المادة 162 في فقرتها الثانية على «وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة» . من قانون الصحة الملغى.

فكان يجب على المشرع الجزائري أن يتدارك النقائص والغموض التي كانت موجودة في قانون الصحة القديم ،ويساير التطور التشريعي ،لكنه تراجع للوراء بحيث أن المادة الوحيدة في قانون الصحة الجديد التي أشارت للموضوع هي المادة 364 والتي لم تتطرق لشكل الرضا فقد ذكرت مصطلح "عبّر عن موافقته" فهل يقصد بذلك أن لا يريد أن يفرض شكل خاص للتعبير عن الرضا،أم أنه ترك الأمر للفقهاء ليفصلوا في الأمر،مع الإشارة إلى أنه حسب رأينا يتبين لنا أن المشرع الجزائري يقصد التعبير اللفظي،بالإضافة أيضا إلى أن هذه المادة خاصة برضا المتلقي وليس المتبرع عكس المادة الملغاة و التي كانت تتحدث عن شرط الكتابة للمتبرع ،وبالتالي لم يعالج بذلك المشرع الجزائري رضا المتبرع، فهل يعتبر ذلك سهوا أم ماذا؟ ونشير أيضا أنه كان واضحا بالنسبة للحالة التي يكون فيها الملقي غير قادر على التصريح برضاه ،حيث اشترط صراحة الموافقة الكتابية من أفراد المتلقي حسب الأولوية وهذا بنص المادة 02/364 [1].

المشرع المصري،على غرار نظيره ،الجزائري كان أكثر وضوحا ودلالة باشتراطه الموافقة الكتابية بصريح العبارة من المتبرع وذلك بنص المادة 01/05 [2]من القانون المتعلق بتنظيم زراعة الأعضاء .

ثالثا–مجانية التبرع:

لقد أدت الظروف الإجتماعية والإقتصادية ببعض الأشخاص لبيع أعضاء من أجسامهم سواء في حياتهم أو بعد مماتهم، حيث عرفت هذه الظاهرة رواجا كبيرا، وتحولت إلى تجارة عالمية تنشط في الخفاء لأنها غير مشروعة وتتم بدون إرادة أصحابها، وغذتها أيضا عمليات خطف الأشخاص والإتجار بأعضائهم مقابل بمبالغ ضخمة،حيث أصبح التعامل في أعضاء الإنسان كالتعامل في قطع غيار السيارات. وأمام تنامي هذه التصرفات المشبوهة سعت كل الدول والمنظمات العالمية لمحاربة هذه الظاهرة اللأخلاقية من خلال سن قوانين ردعية للحد من انتشارها،وبالمقابل شجعت على زرع ثقافة التبرع بدون مقابل لإنقاذ حياة المرضى وخلق نوع من التضامن والإنسانية بين الأشخاص.

ولتبسيط هذا المفهوم لا بأس من عرض بعض التعاريف، حيث يتمثل مبدأ المجانية في عدم جواز بيع الأعضاء البشرية لأن في ذلك مساس بكرامة الإنسان وانتهاكا لحرمته واعتداءا على جسمه ،فحق الشخص على جسده لا يدخل ضمن التعاملات المالية ،و بالتالي فهو خارج من دائرة التعامل المادي [3].

---

[1] تنص المادة 364 على أنه « وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته ،فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362 أعلاه» من ق.ص

[2] «في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا، و ثابتاً بالكتابة وذلك علي النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون» المادة 01/05 من القانون 05 لسنة 2010 .

[3] أسامة السيد عبد السميع،مرجع سابق ، ص.162.

كما يُقصد بذلك أيضا عدم جلب أي ربح مادي من جراء عملية زراعة الأعضاء البشرية،وهذا المبدأ مستمد من مبدأ آخر هو **عدم قابلية الشخص أو جسمه للتجزئة**،لأن الجسم عنصر مادي مؤسس لشخصية الإنسان وبناء عليه لا يمكن أن يكون كله أو جزء منه محلا للتجارة[1].

إن مسألة مجانية التبرع أثارت جدلا كبيرا مما نتج عنه بروز رأيين مختلفين،حيث ذهب الرأي الأول إلى جواز بيع الأعضاء البشرية على أساس أن التبرع بالأعضاء وخاصة الغير المتجددة يخلف بعض الأضرار المختلفة من حيث الجسامة، وأن المقابل المادي هو بمثابة تعويض عما يتعرض إليه المتبرع من أضرار نتيجة لعملية الإستقطاع التي لا تحقق له أية فائدة مباشرة وإنما تحقق مصلحة إجتماعية بالحفاظ على صحة الأفراد؛ بالإضافة إلى أن بيع هذه الأعضاء قد يساهم في مواجهة الفقر في بعض المجتمعات حيث يمكن لمن يعاني من إنخفاض الدخل أن يبيع أعضاءه للأثرياء من المرضى[2].

وكذلك الذين يجيزون بيع الأعضاء يشترطون أن لا يكون هناك تعارض مع كرامة الإنسان، وأن لا يكون الهدف الربح والتجارة والتداول، بل يكون البيع من أجل الإنتفاع بهذه الأعضاء على الوجه الذي خلق من أجله، وأن يكون البائع لعضوه قد دفع خطرا أعظم من ضرر فقدان العضو نفسه، وأن لا يتعارض مع نص قانوني يمنع البيع ولا يتوفر للعضو بدائل إصطناعية كما أن البيع والشراء يكون تحت إشراف مؤسسة مختصة[3].

كما أن بيع الشخص لجزء من جسده كالدم والذي يعتبر من الأجزاء المتجددة لا يتنافى مع حريته، فمن باع عضوا مزدوجا لا يقوده إلى الهلاك،أو باع شيئا من مشتقات الجسم كاللبن أو الدم أو نسيجا، فذلك لا يفقده شيئا من حريته، لاسيما وأن أدلة الأحكام الشرعية أجازت التبرع باللبن بموجب عقد الرضاعة وحيث أن بيع اللبن جائز عند الشافعية والمالكية، فإن القياس هنا جائز مع الدم والأعضاء الأخرى[4].

وردّ أصحاب هذا الإتجاه عن الذين قالوا بأن الإتجار بالأعضاء البشرية يمس بكرامة الإنسان في المجتمع، بأن شخصية المتبرع لا تتعلق ببدنه فقط و إنما تمتد إلى قدراته الفكرية والإرادية وهذه العناصر من شخصيته لا

---

[1] أنظر، زايدي حميد،الضمانات القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الطبي الجزائري،مجلة المحاماة،عدد07،تيزي وزو،2008،ص.16.

[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص.152.

[3] سميرة عايد الديات ،مرجع سابق ،ص .181.

[4] أنظر،منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،ط 2002،،1.، ص .39.

تتأثر في حالة إستقطاع الأعضاء من جسده[1]. كما أن المشكلة القانونية تُثار في إمكانية التصرف في جسم الإنسان من عدمه، فمتى أجيز التصرف فليس هناك ما يمنع من تقاضي المقابل المالي، ولا يمكن القول أن المال من شأنه أن يشوه صورة الشخص، والتنازل بمقابل أو بدون مقابل مشكلة أخلاقية وليس مشكلة قانونية، فالتصرفات التبرعية والمعاوضة تعتبر مشروعة على حد سواء، وليس المقابل المالي من يبطل التصرف القانوني[2].ونشير هنا أن القانون المدني لمقاطعة الكيبيك بكندا أجاز بيع الدم والنخاع العظمي واعتبر أن ذلك لا يتعارض مع النظام العام شريطة أن يكون المتبرع قد صرّح كتابيا عن إرادته .

كما أن ايران تُعد من الدول المجيزة لبيع الأعضاء البشرية حيث تتم هذه العمليات تحت اشراف الجمعية الخيرية لدعم مرضى الكلى والمؤسسة الخيرية للأمراض الخاصة اللتان تسيطران على الأعضاء بدعم من الحكومة بحيث يختلف المبلغ بحسب العضو و أهميته[3] .

أما الرأي الثاني، يرى أنصاره أن بيع الأعضاء والإتجار بها يخالف القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع، ولا يمكن للأعضاء البشرية أن تعامل كقطع غيار وتخضع للمعاملات المالية، كما لا يكفي القول أن القدرات الفكرية والإرادية لدى الفرد تخرج من دائرة التعامل لأن الإنسان متكامل لا يقبل التجزئة .وأن عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية أو أجزائها أو الجثة باطل حتى ضمن الضوابط القانونية، فالبيع غير جائز بصورة مطلقة لأن محل الحقوق هي الأموال وليس الأشياء، فالشيء لا يصلح محلا للعقد ما لم يكن من الأموال المتقومة وأن جسد الإنسان ليس بمال يصلح للتعامل[4] .

كما نشير إلى أن العديد من القوانين سواء العربية أوالغربية أيدوا الرأي الثاني ومنعوا فكرة البيع كالقانون الفرنسي مثلا الذي نص على مبدأ مجانية التعامل بالأعضاء البشرية مهما كانت التصرفات الواقعة على الجسم البشري سواء على أجزائه أو مشتقاته وهذا ما أكدته المادة 16 من خلال الفقرتين01 و06 من القانون المدني الفرنسي،حيث نصت الفقرة الأولى[5] على ضرورة احترام جسم الإنسان وأنه غير قابل لأن

[1] منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص .41.

[2] حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص .134.

[3] Code civil du Quebec , publié sur le site internet https://digital.library.mcgill.ca/ccro/files/Rapport_ORCC_v2t1_commentaires_livres_1-4.pdf .

[4] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص .153.

[5] « Le corps humain est inviolable, Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » Article 16-1 Co.c

يكون محلا للحقوق المالية ،وتلتها الفقرة 06[1] والتي حضرت الحصول على أي تعويض مادي للشخص الذي يقبل اجراء التجارب الطبية على جسمه أو اقتطاع أحد أعضائه .كما عولج مبدأ المجانية في مواطن مختلفة وفقا للتعديلات التي طرأت على قانون الصحة والقانون رقم 94-654 من خلال قانون الصحة و هذا ما أكدته المادة 1211-04[2] من قانون الصحة العامة ،وأيضا المادة 1221-03[3] والتي جاء مضمونها حول مجانية التبرع بالدم باستثناء تعويض المصاريف التي دفعها المتبرع وفقا للشروط المحددة بموجب مرسوم.

وأيده في ذلك رجال الفقه على غرار الفقيه SAVATIER أحد رواد الفقه الفرنسي حيث قال " أن جسم الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، ولما كان الحب أسلمى هذه القيم فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال"[4]. وفي السياق ذاته يرى الأستاذ THOUVENIN أن "جسم الإنسان ليس شيئا وليس محلا للإتجار به، ولا يمكن أن يشكل إذا محلا لأي اتفاق قانوني، ولكن مع ذلك فهناك أجزاء من هذا الجسم تشكل محلا للتبرع وهي قابلة للإنتقال من شخص لآخر وقد أصبحت خاضعة لنظام خاص بها"[5].كما أنه منع أيضا اللجوء إلى الدعاية لبيع أعضاء شخص معين أو لفائدة مؤسسة أو منظمة خاصة وهذا بموجب نص المادة 1211-03 [6].

---

[1] « aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ». Article 16-6 du Co.c.

[2] « Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. Les frais afférents au prélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte…» Art1211-4 C.S.P..f.modifié par la loi n°2004-800 du 6 Août 2004relative à la bioéthique.

[3] «Aucune rémunération ne peut être allouée au donneur, sans préjudice du remboursement des frais exposés ,dans des conditions fixées par décret».Art1221-03 du C.S.P..f.,modifié par Art 01 du Ordonnance n° 2016-1406 du 20 octobre 2016.

[4] J. SAVATIER, Les prélèvements d'organes après décès, colloque sur la mort, aspects médico-légaux, Poitiers Cujas, 1980,P.104.

[5] أنظر ، THOUVENIN Dominique ، Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui ، مقتبس عن أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 28 (مترجمة)

[6] «La publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite».Art1211-03.

كما منع الإشهار بخصوص توزيع الدم في نص المادة1221 -11[1] من قانون الصحة العامة بشرط أن لا يشكل هذا المنع عائقا أمام توعية الرأي العام وتشجيعه على التبرع بالأعضاء بشكل عام، على أن تتم هذه التوعية تحت إشراف وزير الصحة بالتعاون مع وزير التربية الوطنية حسب نص المادة 1211-03[2].

يتضح مما سبق أن كل من الفقه والقانون الفرنسيين ضد فكرة بيع الأعضاء لأن الإنسان لا يملك حرية التصرف القانوني في جسده، وأي اتفاق يتضمن بيع عضو من أعضاء الجسم يقع باطلا لأنه مخالف للنظام العام والآداب العامة لكنه بالمقابل أجاز التنازل عن العضو بدافع الحب والإنسانية بإعتبارها أسمى القيم الأخلاقية

وبخصوص المشرع المصري فقد أكد في المادة 01/03 من القانون الخاص ببنك العيون على ضرورة أن يكون التنازل عن العين بدون مقابل[3]، وأيضا في المادة 06 من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية التي نصت "يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته علي سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أياً كانت طبيعته، وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب علي زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته، كما يحظر علي الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين"[4].

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المصري ذهب إلى حظر أية فائدة قد يكتسبها المتبرع أو ورثته من زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته، والمشرع هنا قد حظر الفائدة سواء للمتبرع أو أي من ورثته إذا

[1] « La publicité en faveur des substances mentionnées à l'article L. 1221-2 est interdite» ».Art1221-11 du C.S.P..f.,modifier par Art 01 du Ordonnance n° 2016-1406 du 20 octobre 2016 .
. relative à la bioéthique

[2]« La publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite. Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain.
Cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé de la santé, en collaboration avec le ministre chargé de l'éducation nationale». Art1211-03 du code de la santé publique, modifié par Art 09 de la Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique

[3] « تحصل بنوك قرنيات العيون على هذه القرنيات من المصادر الآتية:

– قرنيات عيون الأشخاص الذين يوافقون موافقة كتابية على نقلها بعد وفاتهم بغير مقابل » القانون رقم 79 لسنة 2003 الصادر بتاريخ 2003/06/08 المتضمن تعديل أحكام القانون رقم 103 لسنة 1962 بشأن إعادة تنظيم بنوك العيون المصري

[4] المادة 06 من ال قانون رقم 5 لسنة 2010 ..

كان التبرع من جسم المتوفى عقب وفاته، وهذه الفائدة يمكن أن تكون مقدمة من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل[1] .

كما أن المشرع المصري لم يترك الشخص الذي يقوم بأعمال الوساطة في عملية بيع أوشراء عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته يفلت من العقاب بل قرر له العقوبة وهذا بنص المادة 22 [2]من القانون 05 لسنة 2010 ،إلا إذا قام بتبليغ السلطات بالجريمة قبل تمامها وساهم ذلك في ضبط الجناة.

ونجد أن المشرع الجزائري هو أيضا كرس فكرة مبدأ المجانية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، حيث نصت المادة 358 من قانون لصحة على أنه « لا يُمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا وزرعها محل صفقة مالية ».وهي تقريبا نفس الصياغة الخاصة بالمادة 03/161 من القانون الملغى.وبخصوص التبرع بالدم أيضا حث على مجانية العمليات الطبية المتعلقة بالدم البشري وهذا بموجب المادة 263 والتي جاء فيها « يمنع كل نشاط مربح يتعلق بالدم البشري أو البلازما أو مشتقاتها ».

كما نصت المواد 303مكرر 16 إلى غاية مكرر 28 من القانون 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات على عقوبات خاصة بجرم انتزاع الأنسجة أو الخلايا مقابل منفعة مادية ،و نذكر على سبيل المثال لا الحصر المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري التي نصن على أنه « يعاقب بالحبس من ثلاث(3) سنوات إلى عشر(10) سنوات وبغرامة مالية من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص».وباستقراء هذا النص يظهر لنا أن المشرع بالرغم من تسليطه عقوبة جزائية على من يشتري العضو وأيضا على الوسيط الذي يشجع ويسهل العملية إلا أنه لم يذكر جزاء الشخص الذي يبيع عضوه

إن جل القوانين تقر بمبدأ المجانية وجاءت القوانين صريحة وواضحة الدلالة في وجوب أن يكون التنازل عن الأعضاء البشرية مجانا. وتطبيقا لمبدأ المجانية فهي تضمن عدم انحراف عمليات نقل الأعضاء عن الأهداف النبيلة ووضع حد لتجارة الأعضاء.لذا يجب الأخد بالإتجاه المحرم لبيع الأعضاء البشرية، لأن الإنسان مكرم ولا يجوز التعدي على حرمته. غير أن الواقع شيء آخر، فالظروف الإقتصادية والإجتماعية

[1] أنظر،أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، القاهرة،2014، ص.456.

[2] «يعاقب على الوساطة في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بالعقوبة المقررة للجريمة، ومع ذلك يعفى ال وسيط من العقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل تمامها وساهم ذلك في ضبط الحياة».

واتساع رقعة الفقر قد تدفع بمعسري الحال اللجوء لبيع أعضائهم للأغنياء لحل مشاكلهم، حتى أصبحنا نقرأ في الصحف عن أشخاص يعرضون كليتهم للبيع مقابل مبالغ مالية أو توفير سكن لعائلاتهم، لكن هذا التصرف سيفتح الباب على مصرعيه لإنشاء شبكات للإتجار بالأعضاء وجعلها مصدرا لمعاملاتهم على غرار ما نشاهده في الهند من وجود طوابير من البشر ينتظرون دورهم لبيع الكلية.

رابعا:سرية التبرع

إن اعتماد شرط سرية التبرع بالأعضاء في مختلف التشريعات هو امتداد لمبدأ عدم مالية جسم الإنسان وتأكيدا لمبدأ مجانية التعامل بالأعضاء البشرية، وهذا الشرط يطبق في إطار نقل الأعضاء من الأموات، ويستبعد في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء وذلك لاشتراط وجود قرابة بين طرفي العملية .

كما يعتبر مبدأ السرية قاعدة أساسية ضمن نطاق قوانين الأخلاق الحيوية، وقد طرحت السرية كمبدأ عام يجب التقيد به في عملية التبرع بالأعضاء[1].حيث نص المشرع الفرنسي في المادة 1211 –05[2] من قانون الصحة العامة والمادة 16–08) [3]من القانون المدني على مبدأ السرية،أي لا يمكن للمتبرع معرفة الشخص المستفيد من العضو والعكس صحيح. ولا يمكن إعطاء معلومات يمكنها تحديد أطراف هذه العملية مستقبلا،و كرس هذا المبدأ أيضا فيما بتعلق بالتبرع بالدم بنص المادة 1221–07[4] من قانون الصحة.

ويهدف أيضا المشرع الفرنسي من وراء تكريس هذا المبدأ في قوانين العلوم الإحيائية لمنع أي ضغط يمكن أن يمارس على المتبرع ،بالإضافة إلى أن هذا المبدأ له دور وقائي في درء شبهة الاتجار بالأعضاء البشرية

[1]AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements d'éléments du corps en droit français et koweïtien,revue de la recherche juridique,2004 .n° 1,p.418.

[2] «Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. » Art 1211-05 du code de la santé publique.

[3] «Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur.
En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. »Art16-08 du code civil français

[4] «Le receveur ne peut connaître l'identité du donneur, ni le donneur celle du receveur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don de son sang et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.
Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique» .Art1221-07 du C.S.P..f..

ويجعل الرضا الصادر من المانح بعيدا عن أي تأثير مادي أو معنوي ومنع أي ابتزاز قد يقع على المرضى الذين ينتظرون الزرع[1].

لكن لكل قاعدة استثناء فقد أجار المشرع الفرنسي كشف السرية وذلك لضرورة علاجية ملحة وهذا بنص المادة 1211-05-02 [2]، إذ أجازت للأطباء الإطلاع على المعلومات التي تسمح بالتعرف على هوية كل من المتبرع والمستفيد، وهكذا يستطيع الطبيب الذي يعالج المستفيد أن يطلع على المعلومات الصحية التي تسمح بالتعرف على هوية المتبرع، وكذلك الحال بالنسبة للطبيب الذي يشرف على الحالة الصحية للمتبرع، إذ يجوز له الإطلاع على المعلومات التي تسمح بالتعرف على شخصية المستفيد[3].ولقد كان اختيار المشرع الفرنسي لموضوع مبدأ سرية التبرع دقيقا جدا بسبب عدد الكبير من العوامل التي يمكن دخولها في الحسبان أثناء إتخاد قرار المجلسين النيابي والشيوخ، وقد طرح أثناء الجدل البرلماني عدد كبير من الحجج المعارضة والمؤيدة ومن بينها تلك المتعلقة بتأثير السرية على احترام مبدأ عدم مالية أعضاء الجسم البشري[4].

المشرع الجزائري بدوره أكد على هذا المبدأ من خلال المادة 360 فقرة03 [5]المتعلقة بالتبرع المتقاطع أو كما يسمي بالهجين والذي يتم خارج الإطار العائلي والمادة 363[6] أثناء التبرع من متوفي،والتي نصت على وجوب السرية وعدم كشف هوية أطراف العملية ،وأضاف أيضا شرطا آخر يتمثل في منع الطبيب الذي قام بمعاينة الوفاة أن يكون ضمن الطاقم الطبي الذي يقوم بالزرع وهذا حتى تبقى الأمور في سرية تامة،هذا في حالة ما إذا كان المتبرع متوفي.أما في حالة ما إذا كان التبرع بين الأحياء، فلم يشترط السرية لأنها تكون بين أفراد العائلة الواحدة ولا يتصور أن يكون هناك مطالبة مادية أو ابتزاز عائلي من أجل التبرع الذي يعتبر عمل انساني نبيل لإنقاذ نفس بشرية،

[1] CARBILLAK Rémy ,"Le corps humain",in CARBILLAC Rémy (sous la direction de),libertés et droits fondamentaux , 21ème édition, D. 2015, p.218.

[2] «Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique » Art 1211-05-02 du C.S.P..f..

[3] AL-KANDARI Fayez, op.cit,p.435.

[4] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 112 .

[5]تنص المادة 360في فقرتها 03 على أنه «غير أنه في حالة عدم الطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذان لهما قرابة عائلية ،يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء و المتمثل في تشكيل ثنائيين"متبرع–متلقي" متطابقين.ويكون التبرع المتقاطع للأعضاء بدون كشف هوية المتبرع و المتلقي» من قانون الصحة الجزئري

[6] تنص المادة 362 على أنه « يُمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع.

يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة و إثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع » من قانون الصحة الجزائري.

بعدما تم التفصيل في موضوع نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء من خلال التطرق لمختلف الحالات الممكنة وتبيان موقف كل من الشريعة الإسلامية والفقه والقانون الوضعي ،تبقى عمليات الإقبال ضعيفة ويبقى المريض يعاني في صمت في ظل غياب ثقافة طبية لمساعدة المرضى وخلق نوع من التضامن والتعاون،مع الإشارة أيضا إلى أن القوانين عامة وخاصة القانون الجزائري لايزال يحصر عمليات التبرع بين الأقارب وفي المستشفيات الحكومية حتى يبقى الموضوع تحت السيطرة والمراقبة،لذلك ثم التوجه لمصدر أخر لا يقل أهمية من أجل الحصول على الأعضاء البشرية خاصة إذا كان صاحبها لا يحتاج إليها والمتمثلة في الجثة .فهل تلبي هذه الأخيرة الطلبات المتزايدة ؟وهل يتنازل الشخص عن أعضائه خاصة إذا علم بموته ،أم يصرح بذلك من أجل التبرع بها بعد موته ؟أم يترك أمره لأقاربه لكي يحددوا مصيرها.

المبحث الثالث

الجثة كمصدر للأعضاء البشرية

تعتبر أعضاء الشخص الميت مصدرا هاما لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية خاصة أمام عزوف الأشخاص عن التبرع وحصرها في الجانب العائلي، ولكن قبل المساس بالجثة يجب التأكد أولا من موت الشخص،والموت[1] هو اللحظة الحاسمة التي يغادر فيها الإنسان الحياة الدنيا ليستقبل الآخرة،وبالرغم من بديهية الوفاة إلا أنه من الضروري تحديد اللحظة الحقيقية لها قبل مباشرة استئصال الأعضاء لأنه هناك فرق بين التعامل مع انسان حي والتعامل مع جثة.

لكن مع التقدم العلمي، ظهرت أساليب وتقنيات حديثة في مجال الطب حيث تغيرت المفاهيم القديمة ،خاصة مع ظهور أجهزة الإنعاش الصناعي، والتي يكون الشخص متصلا بها فلا هو حي، ولا هو ميت

[1] إن لفظ الموت أكثر دقة وشمولية من الوفاة لأن الموت هو مفارقة الروح عن البدن بحيث لا يبقى جهاز من أجهزة الجسم فيه صفة حياتية، أما الوفاة تتعلق بالنفس فهي تفارق الجسد ويكون ذلك عند حصول الموت، حسني عودة الزعال، المرجع السابق، ص.105. وكذلك عند المنام لقوله تعالى « اللَّهُ يَتَوَفَّى الأَنفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَى عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الأُخْرَى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ » سورة الزمر الآية41 .و هناك أيضا أنواعا من الموت نذكر على سبيل المثال:

الموت السريري : هي مرحلة موت وظيفي يبدأ باختلال جريان الدم، فيفقد الجسم حرارته مما يؤدي بالإنسان إلى فقدان وعيه والتوقف عن التنفس ويتبع ذلك بتوقف وظائف جسمه الحيوية وأهمها القلب الذي يتوقف عن النبض .

***الموت الظاهري**: وهو موت كلي حيث تتوقف جميع الوظائف الحيوية في جسم الإنسان لبضع دقائق فقط مما لا يفقد لأعضاء وظائفها ، حيث يمكن اللجوء على تقنية الإنعاش الإصطناعي.

***الموت الطبيعي** : وهو حالة تحقق الموت بشكل قاطع حيث أن الخلايا والأنسجة تفقد الأكسيجين فبالتالي تفقد حيويتها مما يؤدي لموتها وهذا ما يعرف بالموت النسيجي الحقيقي. أنظر، محمود أحمد طه ، المسؤولية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة، مركز الدراسات و البحوث ، الرياض 2001 ص. 08 .

بالمعنى الصحيح،فأصبحت هذه الأخيرة تؤثر بصفة مباشرة في تحديد لحظة الوفاة،مع إمكانية الاحتفاظ بأعضاء الجسم للاستفادة منها في وقت لاحق.

كما أن الموت ظاهرة بيولوجية وواقعة قانونية تترتب عنها مجموعة من الآثار بالنسبة للمتوفى أو الغير، ولا يمكن تحديدها إلا من خلال المعايير المعتمدة لذلك، ومن ثم يمكن للطبيب التصرف في الجثة خاصة إذا كان هدفه الحصول على الأعضاء المنفردة التي تتوقف عليها الحياة كالقلب والكبد والتي لا يمكن الحصول عليها إلا بعد وفاة الشخص

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق لثلاث نقاط أساسية متعلقة بالمساس بالجثة للإستفادة من أعضائها ،سنبين في المطلب الأول كيفية تحديد الوفاة ،ثم في المطلب الثاني موقف كل من الشريعة الإسلامية والفقه والقانون، وفي الأخير نحدد الشروط الواجب توافرها لإستئصال الأعضاء من الجثة .

المطلب الأول

كيفية تحديد الوفاة

في الماضي لم يكن هناك خلاف حول قضية الوفاة،حيث كانت تحدد بتوقف جميع مظاهر الحياة عند الشخص (التنفس،ضربات القلب،برودة الجسم)،إلى أن بدأت الإكتشافات الطبية في البروز وغيرت المفاهيم القديمة ،وبذلك أصبح تحديد لحظة الوفاة يكتسي أهمية كبيرة خاصة إذا كانت الجثة محل نزع للأعضاء.وبعد أن أصبح كل جزء من جسم الإنسان محل نقل و زرع، احتدم الجدل بين رجال الطب والقانون حول تحديد لحظة تحقق الوفاة للإستفادة من الأعضاء ، فالبعض يرى أن المسألة يحسمها القانون ،لكن رجال الطب يرون غير ذلك.

وبإرجاء المسألة إلى الجانب القانوني نجد أن رجال القانون تأخذهم الريبة في ترك الأمر بتفاصيله في أيدي الأطباء، خشية إعطائهم تقرير وفاة لشخص معين،تحت تأثير الرغبة في إحراز سبق علمي في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأبحاث العلمية ، فيثبتون أجهزة الإنعاش الصناعي على المرضى ويخضعونهم لهذا النظام الذي يؤدي إلى الإطالة الظاهرية للحياة.لذلك يتوجب على المشرع التدخل بإصدار قانون يتضمن تعريف دقيق للموت وينظم إجراءات التثبت من تحققه مستندا إلى قواعد علمية [1].خاصة مع استخدام أجهزة الإنعاش الإصطناعي وتقدم عمليات نزع الأعضاء من الجثث وزرعها لدى الأحياء ،مما أدى بالعاملين في

[1] أحمد شوقي عمر أبو خطوة ،مرجع سابق،ص. 51 .

مجال الطب والقانون على حد سواء إلى ضرورة دراسة ومناقشة مسألة تحديد لحظة الوفاة في ضوء هذه المتغيرات الجديدة ، ومحاولة وضع معيار علمي دقيق لضبط والتنبؤ بهذه الحالة إن صحّ التعبير، والتي تبقي من الأمور الغيبية التي لا يلمها إلا الله.

ففي ظل هذا الجدل العلمي لتحديد لحظة الوفاة ومفهوم الموت الحقيقي ظهرت اتجاهات وآراء في هذا الشأن، لذلك سيتم تبيان في الفرع الأول مختلف المعايير والتوجهات التي تطرقت لهذه الظاهرة،ثم في الفرع الثاني إن كانت الوفاة واقعة قانونية أو طبية، وأخيرا في الفرع الثالث كيفية تأثير الإنعاش الإصطناعي في مسألة الوفاة.

الفرع الأول

المعايير المعتمدة في إعلان الوفاة

كما ذكرنا آنفا لم تكن مسألة تحديد الوفاة تثير إشكالات قانونية أو طبية ،ولكن مع ظهور عمليات إستئصال الأعضاء من الجثث أصبح من الضروري التأكد من لحظة الوفاة وتحديدها بدقة حتى لا تكون هناك متابعات قانونية أو قضايا بخصوص التعدي على حياة الشخص، لذلك برزت معايير لتحديد لحظة الوفاة و تتمثل في :

أولا:المعيار التقليدي

حسب هذا المعيار فإن الوفاة تتمثل في حالة التوقف النهائي للقلب (الدورة الدموية) وتوقف الرئتين (الجهاز التنفسي) عن العمل، وهو كذلك توقف جميع أجهزة الإنسان عن العمل، فالوفاة وفقا لهذا المعيار حدث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في آن واحد [1].

ويترتب على هذا المعيار أن الطبيب يستطيع الحكم بوفاة الشخص بتوقف هذه الأجهزة عن العمل، وبالتالي يمكنه البدأ في استئصال الأعضاء لزرعها في مرضى آخرين بحاجة إليها[2].

وبالرغم من أهمية المعيار التقليدي في إثبات الوفاة إلا أنه يفتقر الى الدقة، لأن توقف القلب والتنفس قد لا يدلان إلا على الموت الظاهري وليس الموت الحقيقي. فاللجوء إلى وسائل الإنعاش أو الى الصدمة الكهربائية أو تدليك القلب قد تؤدي إلى عودة القلب إلى العمل[3]، بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا المعيار يؤدي

[1] أنظر،بن سعادة زهراء ، الحماية الجنائية لحرمة الميت في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في العلوم القانونية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، باتنة ، 2010-2011 ، ص. 06.

[2] سميرة عايد الديات ، المرجع السابق ، ص. 263.

[3] حسام الدين الأهواني،المرجع السابق ،ص .172.

إلى استحالة إجراء عمليات نقل الأعضاء المنفردة كالقلب والكبد، لأن هذا النوع من الأعضاء يتطلب سرعة استئصال هذه الأعضاء للمحافظة على قيمتها البيولوجية[1]. كما أن هذا المعيار يعتمد على 03 طرق تقليدية جاءت في قرار وزير الصحة الفرنسي بتاريخ 03 نوفمبر 1948 :

1-الوخز الوريدي (L'artériotomie) والمتمثل بالتعرض للجسم من الخارج بوخز الوريد الكبير أو المركزي فإن أذى لخروج الدم فهذا يعني أن الدم في حالة سير طبيعي مما يبشر باستمرار الحياة و العكس صحيح.

2-طريقة إيكارد (La méthode d'Icard) وعلامة الأثير (signe d'éther) متشابهتان تقريبا حيث يتم حقن الجسم ببعض المواد الكيماوية وملاحظة النتائج بعد ردة فعل الجسم حيث يمكن من خلالها للأطباء الجزم بما إذا كان الشخص قد مات أو إن فيه بقية من الحياة[2].

ولما كان جسم الإنسان لا يموت في لحظة واحدة بل يموت على فترات فهناك الموت الإكلينيكي، وهناك موت الخلايا والأنسجة الذي هو عبارة عن موت خلايا الجسم ، والتي تتمكن من الاستمرار في الحياة اعتمادا على مخزونها من الأكسجين إلى أن ينتهي هذا المخزون، وينتهي الموت الخلوي بعدم استجابة الأنسجة والعضلات للإشارة الكهربائية أو الحرارية أو الكيميائية[3].

كما يمكن أن يبقى القلب والجهاز التنفسي في حالة نشاط ، بينما تموت خلايا المخ وهنا يكون الموت حقيقيا، لا ظاهريا، لأنه بموت خلايا المخ تتوقف وظائف المراكز العصبية العليا، ويعتبر الإنسان ميتا في هذه الحالة رغم أن وظائف القلب والجهاز التنفسي تؤدي دورها[4].

وعليه، فإن هذا المعيار ليس حاسما وغير كاف لتحديد لحظة الوفاة، ولذلك كان لا بد من البحث عن معيار جديد ودقيق حتى نحافظ على حرمة الشخص وسلامة العضو المراد نقله من التلف.

ثانيا :المعيار الحديث

ظهر المعيار الحديث، بعد عجز المعيار التقليدي عن تحديد لحظة الوفاة الحقيقية ومسايرة العلوم الطبية الحديثة ،حيث يُعد الشخص ميتا وفق هذا المعيار إذا ماتت خلايا المخ حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية،لأنه

[1] أنظر،نبيل حزام الحمادي ، الطب الشرعي،المتفوق في الطباعة والنشر صنعاء ،ط 2، 2010 ، ص .33.

[2] للمزيد من التفاصيل رجع في ذلك :خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص.289 و ما يليها

[3] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ،المرجع السابق ، ص.315 .

[4] أنظر،محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد ،دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة،2010 ،ص.24.

عكس الخلايا الأخرى التي يمكن أن تستعيد نشاطها بعد التوقف، وبالتالي يستحيل عودة الإنسان إلى وعيه وحياته الطبيعية [1].

فالمخ هو العضو الوحيد في الجسم الذي يتحكم في نشاط سائر الأعضاء ، وبالتالي إذا مات المخ، فإن جميع أعضاء الجسم تتوقف تدريجيا حتى تحدث الوفاة الكاملة،كما تموت خلايا المخ نتيجة عدم تدفق الدم بالأكسجين، وبموت هذه الخلايا يدخل الإنسان في غيبوبة لارجعية أو نهائية coma dépassé[2] فيتبعه توقف نهائي لعمل المراكز العصبية التي تتحكم في الوعي ، والكلام ، والحركة ، والذاكرة ، والتنفس ، والسمع ، والبصر، والسيطرة على الغدد وعلى درجة الحرارة، وتنظيم وظائف الأعضاء الهامة في الجسم[3].

وتحدث حالة الغيبوبة النهائية عند ضحايا التلف الدماغي السريع[4]، الذي يحصل في بضع دقائق أو ساعات ، بسبب إصابات شديدة في الجمجمة ، وفي هذه الحالة عودة الحياة إلى الشخص تكون مستحيلة.

ومن بين أهم المبررات التي استند إليها أنصار هذا المعيار:

في أن الوفاة لا تقع مرة واحدة بل تتم على مراحل متعددة، فتوقف القلب أو الرئتين يحدث في فترة زمنية محددة، ويشكل ما يسمى بالموت الإكلينيكي .أما موت الدماغ فيتم بالتدرج، وهو ما يستغرق دقائق أو ساعات حسب الأحوال .فتوقف المخ قد يبدأ في جزئه الأمامي ثم ينتقل إلى جزئه الخلفي أو ما يسمى بجذع المخ، وعندئذ يتحقق الموت النهائي للمخ .

وبعد حدوث هاتين المرحلتين تظل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو لآخر حتى تتلف نهائيا، فيحدث حينها ما يسمى بالموت الخلوي وهو يشكل المرحلة الثالثة للموت[5].

---

[1] نبيل حزام الحمادي ،المرجع السابق ، ص. 41.

[2] نجد نوعا آخر من الغيبوبة وهو ما يسمى بالغيبوبة الممتدة أو الطويلة coma prolongé والتي يفقد فيها الشخص كل ،إدراك وقدرة على الاتصال بالعالم الخارجي، رغم استمرار خلايا المخ في العمل .ويبقى عودة الوعي ممكنا حتى بعد تجاوز الغيبوبة عدة شهور .ويبقى المريض خلال هذا الوقت محتفظا بحياته الاعاشية التي تتميز بالتنفس ودوران الدم والتنظيم .الحراري .أنظر :رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص.105 .

[3] أنظر ،بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 ، ص.60.

[4] نشير إلى أن المدرسة الفرنسية كانت أول من تنبه إلى موت الدماغ وذلك في عام 1959 ، بعد النتائج التي توصل إليها الباحثان مولاري وكولون، إذ قاما بنشر بحث ضم 23 مريضا أصيبوا بغيبوبة عميقة وانقطاع التنفس مع غياب منعكسات جذع المخ وغياب أية فعالية للتخطيط الكهربائي للدماغ، وسميت هذه الحالة" مرحلة ما بعد الإغماء" coma dépassé. وبعد المدرسة الفرنسية ظهرت المدرسة الأمريكية عن طريق لجنة تابعة لجامعة هارفارد الأمريكية عام 1968 ، والتي وضعت مواصفات لموت الدماغ، عرفت فيما بعد بمعايير هارفارد .رجع في ذلك:

ARNOUX Irma, Les droits de l'être humain sur son corps, Presses universitaires de Bordeaux,1994, p 73;HENNTTE-VAUCHEZ Stéphanie, Disposer de soi ?: Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps, l'Harmattan, Paris, 2004, p.25.

[5] أنظر ،ليلى بعتاش،الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، مجلة الشريعة والاقتصاد، عدد الثاني، المجلد . الأول، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012 ، ص.210 .

كما يمكن للطبيب التأكد من موت الإنسان بالتحقق من موت خلايا المخ عن طريق الرسام الكهربائي للمخ،والذي يمكن من خلاله تسجيل إرسال واستقبال أي ذبذبات كهربائية. فإذا توقف الجهاز عن إعطاء إشارات، فهذا يعني أن خلايا المخ توقفت،ويحدث ذلك حتى إذا كان القلب ينبض أو كان الجهاز التنفسي لا يزال يعمل حينئذ يمكن إعلان وفاة الشخص عن طريق الإجراءات الرسمية المنصوص عليها في القانون، ويمكن حينئذ انتزاع الأعضاء التي لا تزال حية من الناحية البيولوجية،واستخدام الأجهزة الصناعية في هذه الحالة لا يكون بقصد حفظ حياة المريض لأنه أصبح ميتا، وإنما لغرض حفظ الأعضاء التي يراد استئصالها من أجل زرعها[1] .

لقي المعيار الحديث تأييدا واسعا خاصة في المؤتمرات العلمية(المؤتمر الخاص بنقل الأعضاء المنعقد في مدريد عام 1966 ، والمؤتمر العلمي المنعقد بجنيف عام 1968 ،مؤتمر الخليج الأول للتخدير والعناية المركزة بالدوحة عام 1991[2].

وبالرغم من ذلك لم يسلم هذا المعيار من النقد خاصة من قبل بعض الأطباء، فقد أثبتت مجموعة من الأطباء في أمستردام بالدليل القاطع أن مخ الإنسان الذي اعتبر ميتا وفقا لهذا المعيار، يستمر في إرسال إشارات تدل على وجود حياة داخل الخلايا العصبية للمخ[3] .وهناك أيضا من يستند في رفضه لهذا المعيار إلى أن حالات الغيبوبة العميقة أو توقف المخ عن العمل لا يتحقق بها الموت الحقيقي الذي يعني مفارقة الروح للجسد، بل يجب توقف جميع الأعضاء الحيوية في الجسم عن العمل بما في ذلك القلب،لأن هناك العديد من الأمثلة الطبية على استرداد بعض الأشخاص لوعيهم بعد دخولهم في غيبوبة طويلة، بالرغم من أن جهاز الرسم الكهربائي للمخ لم يعط إشارات،مما خلق نوعا من الشك حول مصداقيته ، لذلك نجد أن أغلب الأطباء ينتظرون مهلة تتراوح ما بين 48 ساعة إلى 72 ساعة كحد أقصى من إعطاء هذا الجهاز خطوطا مستقيمة، لإعلان حالة الوفاة[4].

كما أن الجهاز المستعمل لا يعكس من نشاط المخ إلا النشاط القريب من المراكز العصبية وبالتالي قد لا يعطي معلومات كافية عن نشاط بقية المراكز العصبية العميقة والتي من المحتمل أن تكون حية، كما أن

---

[1] بشير سعد زغلول،المرجع السابق،ص 54

[2] أنظر،محمد عسال،المسؤولية الطبية الناجمة عن الخطأ الطبي في تحديد لحظة الوفاة،رسالة ماجستير تخصص قانون طبي،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تلمسان، 2012 ،ص.46.

[3] أنظر ،بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، 2009 ، ص. 31 .

[4] أنظر،بلقاسم شتوان، إشكالية الموت السريري الإكلينيكي، بين الفقه والطب وأثره على نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة الشريعة والاقتصاد، مجلد1،عدد1،كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012 ، ص.132.

هذا الجهاز قد يتوقف عن العمل بفعل عوامل كثيرة كانخفاض درجة حرارة الجسم إلى ما دون المعدل الطبيعي ،أو حالة التسمم الخطير والغامض، وحالة الأطفال المصابين بالغيبوبة .[1]

كما أن موت دماغ إمرأة حامل لا يمنع استمرار نمو الجنين، ففي العديد من حالات الغيبوبة التي جرى تشخيصها نهائيا كموت الدماغ وكانت الأم حاملا جرى متابعة الجنين فيها لمدة بلغت أكثر من خمسة أشهر، حيث نمى الحمل بشكل طبيعي وتمت الولادة بعملية قيصرية ولعل ذلك يؤكد أن نمو الجنين في هذه الحالات ما كان ليتم إلا لاستمرار الحياة في جسد الأم[2].

من خلال ما تم عرضه، فإنّه في الوقت الراهن يُعتبر المعيار الحديث أو ما يُسمى بالموت الدماغي أو موت جذع المخ،هو الأقرب من حيث الفاعلية والسرعة في النتائج والمخرج الوحيد الذي وجد فيه أنصار إباحة الممارسات الطبية الحديثة بوجه عام، وعمليات نقل وزراعة الأعضاء على وجه الخصوص الحل المناسب الذي يتيح نقل الأعضاء والخلايا في حالة جيدة قبل أن تتعرض للتلف.ولكن يبقى من الصعب الاعتماد على معيار واحد مهما كانت درجة فعاليته لإعلان وفاة الشخص،وذلك من أجل تكريس حماية فعالة للأشخاص وعدم الاعتداء على حرمتهم الجسدية بحجة إنقاذ الغير،فالحق في الحياة يتمتع به الجميع دون ترجيح مصلحة على أخرى.وبالرغم من التطور العلمي والمجهودات المبذولة تبقى مسألة تحديد لحظة الوفاة أو موت الشخص وخروج الروح من الجسد، من الأمور الغيبية وبأمر من الله عزّ و جل، ولا يمكن للإنسان مهما وصل من علم أن يحدد على وجه اليقين لحظة الوفاة.

ونشير في الأخير أنه يجب التمييز بين موت الدماغ والسكتة الدماغية،فهذه الأخيرة تعني وصول جلطة دموية إلى جزء من الدماغ وهي آتية من أي مكان من الجسم. فينتج عنها انسداد أوعية دموية في الدماغ وحدوث نزيف دموي نتيجة ارتفاع ضغط الدم هذا ما يؤدي إلى موت خلايا الدماغ التي مستها تلك الحجيرة الدموية،فتحدث إعاقة أجزاء الجسم التي يتحكم فيها ذلك الجزء من المخ المصاب[3] .

ثالثا :المعيار الشرعي

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن خروج الروح من الجسد بواسطة ملك الموت هي السبب الحقيقي لانتهاء حياة الإنسان ويستندون في ذلك إلى آيات قرآنية ،حيث نذكر على سبيل المثال قوله تعالى ﴿ هُوَ

[1] بلحاج العربي، معصومية...،المرجع السابق ،ص.33.

[2] أنظر، افتكار مهيوب ديوان المخلافي ،حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، مكتبة شادي مصر، 2008،ص.180.

[3] أنظر، بلحاج العربي، الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري ، دار هومه، الجزائر ، 2016 ، ص.88.

الْقَاهِرُ فَوْقَ عِبَادِهِ وَيُرْسِلُ عَلَيْكُم حَفَظَةً حَتَّىَ إِذَا جَاءَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ تَوَفَّتْهُ رُسُلُنَا وَهُمْ لاَ يُفَرِّطُونَ﴾[1]؛وقوله تعالى ﴿ قُلْ يَتَوَفَّاكُم مَّلَكُ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ ثُمَّ إِلَى رَبِّكُمْ تُرْجَعُونَ﴾[2]، وقوله جلّ جلاله ﴿ اللَّهُ يَتَوَفَّى الأَنفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَى عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الأُخْرَى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[3] .حيث يفرق علماء التفسير بين الوفاة الكبري والتي تعني قبض الروح عن البدن،وبين الوفاة الصغرى التي تتمثل في النوم،لأن النائم يأخذ حكم الميت.

وفي هذا يقول سيدنا عبد الله ابن عباس في تفسيره لهذه الآية "إن في ابن آدم نفسا وروحا بينهما مثل شعاع الشمس، فالنفس التي بها العقل والتمييز والروح التي بها النفس والحياة فيتوفون عند الموت وتتوفى النفس وحدها عند النوم"[4]،وذلك في قوله تعالى ﴿ يَا أَيَّتُهَا النَّفْسُ الْمُطْمَئِنَّةُ ارْجِعِي إِلَى رَبِّكِ رَاضِيَةً مَّرْضِيَّةً فَادْخُلِي فِي عِبَادِي وَادْخُلِي جَنَّتِي﴾[5]،وقوله سبحانه وتعالى ﴿ وَلَوْ تَرَى إِذِ الظَّالِمُونَ فِي غَمَرَاتِ الْمَوْتِ وَالْمَلائِكَةُ بَاسِطُواْ أَيْدِيهِمْ﴾[6].

كما ذكروا بعض علامات الموت على غرار :

-شخوص بصر الميت

-انقطاع التنفس.

-استرخاء عام يطرأ على الجسد (استرخاء القدمين،انفصام الكفين،...).

-انخساف الصدغين.

-برودة جسم الميت.

-توقف نبض القلب

-تغير رائحة البدن [7].

---

[1] سورة الأنعام،الأية 61 .

[2] سورة السجدة،الآية 11.

[3] سورة الزمر،الآية 42.

[4] تفسير ابن كثير،المرجع السابق ، ص .2548.

[5] سورة الفجر،الآيات 27-30.

[6] سورة الأنعام،الآية 93.

[7] بلقاسم شتوان ،المرجع السابق ،ص .141.

كمااستدل الفقهاء ببعض الأحاديث منها :قول الرسول صلى الله عليه وسلم :" إن الروح إذا قبض أتبعه البصر"، وقوله صلى الله عليه وسلم" إذا حضرتم موتاكم فأغمضوا البصر، فإن البصر يتبع الروح، وقولوا خيرا، فإنه يؤمن على ما يقول أهل الميت". صحيح مسلم ،ج2،باب إغماض الميت والدعاء له إذا حضر ،ص634،حديث رقم 920 .

ورغم ذلك تركوا المجال مفتوحا لأهل الاختصاص والخبرة، في تحيد العلامات الدالة على الوفاة، استنادا إلى قوله تعالى﴿... فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا﴾[1]،وقوله تعالى:﴿... فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾[2].

كما اهتمت الدول الإسلامية بموضوع تحديد لحظة الوفاة، فانعقدت في الكويت ندوة عن بداية الحياة ونهايتها، تحت إشراف منظمة المؤتمر الإسلامي للعلوم الطبية، وتطرقت لموت الدماغ وذلك بتاريخ 15 جانفي عام 1985 ، ولم تسفر هذه الندوة عن توصيات .ثم انعقدت في نفس السنة، الدورة الثامنة لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة لبحث الموضوع ذاته .وعقد مؤتمرا لدراسة الرعاية الصحية وموت الدماغ بالأردن بتاريخ 24 إلى 27 ديسمبر 1985 ، لإصدار توصيات في موضوع موت الدماغ.[3]كما قرر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بعمان في دورته الثالثة، والمنعقدة من 11 إلى16 أكتوبر 1986 بشأن أجهزة الإنعاش وموت الدماغ، وبعد استماعه إلى شرح مستفيض من الأطباء المتخصصين قرّر ما يلي :

يعتبر شرعا أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة للوفاة عند ذلك إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

1-إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

2-إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الاختصاصيون بأنهذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل.

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلا لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة[4]

كما تقرر في الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة للفترة من6 إلى 11 فيفري 1988، بشأن معيار الموت ما يلي:

الحالة الأولى :موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلا نهائيا لا رجعة فيه.

الحالة الثانية :توقف القلب والتنفس توقفا تاما لا رجعة فيه[5]

---

[1] سورة الفرقان،الآية 59.

[2] سورة النحل ،الآية 43.

[3] أنظر،خالد محمّد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009،ص.75.

[4] افتكار مهيوب،المرجع السابق،ص .176 .

[5] علي محمّد بيومي، نقل...، مرجع سابق، ص .88.

يتبين لنا أن المعيار الشرعي يجمع بين المعيارين التقليدي والحديث لتحديد لحظة الوفاة. فهو يشترط لتحقق الموت، توقف القلب والتنفس وفقا لما يقتضيه المعيار التقليدي، وكذا موت الدماغ كما يشترطه المعيار الحديث. وتأسيسا على ذلك فإن المعيار الشرعي يتفادى إمكانية استمرار حياة من يتم إعدادهم لانتزاع أعضاء منهم، وهم من يسمون" بالجثة ذات القلب النابض".والمحافل الطبية مليئة بأسئلة كثيرة لأناس يرجعون إلى الحياة من جديد رغم موت قشرة المخ بعد استمرار تشغيل أجهزة الإنعاش الصناعي التي تجعل باقي أجهزة الجسم تعمل بصورة طبيعية، بل يحدث نمو الأظافر والشعر. لذلك نرى ترجيح المعيار الشرعي،لأنه يتجنب الانتقادات الموجهة لكلا المعيارين، ويضمن عدم استئصال أي عضو من شخص قبل وفاته من جهة أخرى.

كان هذا الجانب الشرعي ،فكيف سيكون الجانب المقابل والمتمثل في الجانبين الطبي والقانوني باعتبارهما المسؤولان عن توفير وضمان الحماية اللازمة حتى يكتسب هذا الفعل مشروعيته.

الفرع الثاني

مسألة الوفاة بين الآراء الطبية والقانونية

أثارت مسألة تحديد لحظة الوفاة خلافا كبيرا بين الأطباء ورجال القانون، فالأطباء يعتبرون تحديد تلك اللحظة من اختصاصهم، لأن الإعلان عن الوفاة يعد في جوهره عملا طبيا محضا يقرره الأطباء وفقا للوسائل الفنية المتبعة. بينما يرى رجال القانون أنها واقعة قانونية لها آثارها التي ترتبط بحقوق والتزامات الشخص وورثته،لذا يجب على المشرع تحديد مفهومها وموضوعها.من خلال هذا الفرع سيتم التطرق إلى مدى إمكانية تخويل تنظيمها للتشريع أو تركها لأهل الاختصاص من الأطباء باعتبارها مسألة طبية.

أولا:مسألة قانونية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن مسألة تحديد لحظة الوفاة يجب متابعتها قانونيا، باستصدار قوانين تنظم هذه العملية، بغية حماية جسم الإنسان من أي تجاوز يمكن أن يحصل عليه، خاصة بعد أن شاعت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كوسائل علاجية، بالإضافة إلى أن القانون هو الذي يعطي الإنسان الشخصية القانونية، وهو المسؤول عن نزعها أو إسقاطها منه بتحديد لحظة الوفاة كما هو شأن بعض التشريعات المقارنة، ولاسيما بعد أن قام الطبيب الفرنسي" برنارد "بأول عملية زرع قلب من جثة متوفى دماغيا إلى جسد حي[1].

[1] سميرة عايد ديات، مرجع سابق، ص.260 .

اعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن الموت مسألة قانونية، توجب تدخل المشرع بالنص على تعريفها وتحديد معايير إثباتها،لأن الهدف من ذلك هو كبح اندفاع الأطباء نحو تحقيق انتصارات علمية على حساب أرواح الناس، فقد ثبت فعلا قيام طبيب في جنوب إفريقيا باستئصال قلب إنسان لا يزال على قيد الحياة، فمثل هؤلاء الأطباء يحتاجون إلى قانون يحد من هوسهم واندفاعهم نحو تحقيق الشهرة بطريقة غير مشروعة[1] .

كما استند أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه من حق الطبيب أن يحتمي بالقانون، فهو يريد أن يعرف حدود مشروعية أعماله، والقانون هو الذي يحدد للطبيب ذلك من وجهة نظر المجتمع .ولأن القاعدة القانونية تعبير عن ضمير المجتمع، وتحمي الأطباء من نزواتهم وتقدم لهم العون والطمأنينة، فلا يجب ترك تنظيم هذه المسألة لقواعد وآداب مهنة الطب،لذلك فإن حسم هذه المسألة بالنص عليها تشريعيا يشيع نوعا من الاطمئنان[2].كما قد لا تلقى تلك القواعد لدى أفراد المجتمع نفس التقدير الذي يكنه رجال الطب نحوها، وما يجري عليه العمل بين الأطباء قد لا يلقى القبول لدى الرأي العام، باعتبار أن مسألة الموت من المسائل التي لها آثار قانونية تتعلق بالحياة الإجتماعية[3]. لهذا بات من الضروري الشروع في وضع قواعد قانونية تنظم ظاهرة الموت من خلال تحديد المفهوم والقواعد المتبعة للتأكد من الوفاة مع ضبط صلاحيات الأطباء في ممارسة مهامهم،كما أن القانون عندما يعالج الموت كواقعة قانونية يضع في حسبانه كل الآثار التي يمكن أن تترتب على حدوث هذه الواقعة.

ثانيا :مسألة طبية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن من ناحية تعريف الموت ليس من عمل المشرع، لكونه مسألة طبية بحتة تترك لأهل الاختصاص، وهم الأطباء ليتولوا تعريفها. فتحديد لحظة الوفاة طبقا لمعيار موت خلايا المخ، لا يثير أية مشكلة قانونية، وإنما يثير مسائل فنية بحتة تدخل في اختصاص مهنة الطب ،كما أن حصر الوفاة بنصوص قانونية يعتبر من المسائل الصعبة بسبب التقدم السريع والمستمر للعلوم الطبية،وجمود أوتأخر المشرع في تحديث أواصدار القوانين لمواكبة الاكتشافات الطبية.[4]

ومن ناحية أخرى إن تحديد لحظة الوفاة أمر ضروري في مجال نقل الأعضاء من المتوفين من حيث الاستفادة بالعضو في الوقت المناسب، ففاعلية العضو المنقول يتوقف على سريان الحياة في الأنسجة

[1] محمد سعد خليفة،المرجع السابق،ص.92.

[2] حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص .122.

[3] أنظر، تدريست كريمة، تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب،المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق،جامعة تيزي وزو، 2008 ، ص .375.

[4] أنظر،محمد عبد اللطيف عبد العال،إباحة نقل وزرع الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ومشكلاتها،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2005 ص .129.

والخلايا المكونة له الأمر الذي لا يتأتى إلا بنقل العضو من حديث الوفاة ويقصد بذلك الأشخاص الذين لا يزال في أجسادهم بعض علامات الحياة فنقل الأعضاء من الأجساد التي توقفت فيها الدورة الدموية عن كافة أجزائها يعد من الناحية العلمية أمرا غير ذي جدوى وذلك لفساد وتلف الخلايا المكونة للأعضاء[1] .

كما يستدل أنصار هذا الاتجاه بأن توقف القلب عن النبض، كان قديما هو الحد الفاصل بين الحياة والموت، ثم اتجه الطب الحديث إلى تبني معيار موت المخ، وربما سيكشف العلم مستقبلا أساليب جديدة لتنشيط خلايا المخ ،لذلك يجب وضع نصوص تنظيمية ولوائح تصدر من الجهات الطبية المختصة، تتضمن المعايير التي يجب على الأطباء الاسترشاد بها وتهدف هذه المعايير إلى توفير الطمأنينة للمرضى من جهة، وحماية الأطباء من جهة أخرى.فيترك للطبيب حرية تقدير إثبات الوفاة من عدمه، لأن المسألة طبية بطبيعتها . ولكن نظرا لخطورتها، فإن الطبيب نفسه يناشد القانون في مساعدته، وذلك بوضع بعض القواعد السلوكية التي يسترشد بها الطبيب عند تحديد الوفاة، مع احتفاظ الطبيب بحرية التأكد منها وفقا للأساليب العلمية الحديثة[2].

ومما سبق ذكره ،يمكن القول أن تحديد الوفاة ومظاهرها يعد شأنا طبيا من حيث تفاصيله الفنية وشأنا قانونيا من حيث صياغته في قالب تشريعي يضبطه ويحدد الآثار الناتج عنه. لأنه اتجاه توفيقي يجد سنده بين وظيفة القانون والذي يهدف لحماية حقوق الإنسان، ومنها الحق في سلامة الجسم وغاية الطب والذي يهدف إلى شفاء الشخص والحفاظ على صحته.

نشير هنا أننا لم نذكر القواعد القانونية ولا القرارات الصادرة عن وزارة الصحة وتركنا الأمر لاحقا لنفصل فيه حينما نتناول موقف المشرع سواء القانون المقارن أو القانون الوطني .

الفرع الثالث

دور أجهزة الإنعاش الإصناعي في المحافظة على سلامة أعضاء الجثة

أسفر العلم الحديث عن ظهور تقنيات ووسائل طبية جديدة من بينها أجهزة الإنعاش الصناعي،والتي بفضلها تمكن الطب من مساعدة الإنسان الذي توقف قلبه وجهازه التنفسي عن العمل واستعادة نشاطهما مرة ثانية.

[1] مهند صلاح أحمد فتحي العزة،المرجع السابق،ص. 93.

[2] أنظر علي محمد علي أحمد،معيار تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقة الإسلامي(الموت الرحيم)،دار الفكر الجامعي،الإسكندية،2008 ص.75.

يُمكن تعريفه على أنه"عبارة تقنيات طبية تعتمد على استخدام الأساليب الصناعية لمساعدة المريض على التنفس وبقاء الأمل في استعادة وعيه"[1] .وأيضا "يقصد بها مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أو تقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف الأساسية للمريض، حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه، يكون فيها معرضا لخطر الموت إذا لم تستعمل هذه الوسائل"[2].

فالدور الأول للإنعاش الصناعي هو محاولة إطالة حياة المريض،و ذلك بوضعه تحت أجهزة الإنعاش حتى يمكن إنقاذه كي لا تموت خلايا الدماغ، لأن موت هذه الأخيرة أسرع من غيرها ولا يمكننا القول هنا أن الإنعاش يعيد الحياة للمريض لأنه ما يزال حيا أو إعادة الروح إلى البدن لان الروح لم تفارقه لكن الإنعاش هنا يعتبر إمدادا لحياته الطبيعية [3].

أما في حالة موت خلايا المخ المؤدي إلى توقف المراكز العصبية العليا عن عملها فهو موت حقيقي للإنسان بحسب المعيار الحديث، ولا يمكن هنا وضع الشخص تحت أجهزة الإنعاش لإطالة حياته فدوره يتمثل في المحافظة على بقية أعضاء جسمه للاستفادة منها، فهذا الشخص يعد مصدرا للحصول على الأعضاء البشرية لأن الأعضاء المراد استئصالها مازالت حية من الناحية التشريحية وهذه الأعضاء تقتضي استعمال واستمرار أجهزة الإنعاش الصناعي ليس بهدف حفظ الحياة لأن هذه الأخيرة انتهت فعليا وإنما بهدف بقاء لأعضاء حية لأجل إعادة زرعها في جسد آخر[4].

وبذلك فالإنعاش الصناعي هو حالة تتوسط بين مرحلتين مرحلة الموت السريري و مرحلة الموت الحقيقي وهو ما يثير الكثير من المشاكل الطبية والقانونية والأخلاقية والدينية والتي تتعلق باللحظة التي يُسمح للطبيب بنزع أجهزة الإنعاش الصناعي والتي يترتب عنها العديد من المشكلات القانونية المتعلقة بها[5].

لقد أدى استعمال هذه الوسائل الصناعية لظهور عدة مشاكل قانونية من بينها ظهور طائفة جديدة من الأشخاص، الذين هم ليسوا بأحياء ولا بأموات، وهم المرضى الفاقدون للشعور أي الذين هم في غيبوبة غير محددة والخاضعون لهذه الأجهزة.فما محلّهم الإعراب ؟و كيف يُمكن التصرف معهم ؟ هل تُوقف هذه الأجهزة عنهم أم تستمر معهم. هذا ما سنتطرق إليهم من خلال هذا الفرع .

[1] مُحَمَّد عبد اللطيف عبد العال،المرجع السابق،ص.143.

[2] تدريست كريمة،المرجع السابق ،ص .370.

[3] افتكار مهيوب،المرجع السابق ،ص .121.

[4] خالد مُحَمَّد شعبان،المرجع السابق ،ص .80.

[5] Zina YACOUB, Euthanasie et responsabilité pénale du médecin, Revue critique de droit et sciences politiques, numéro spécial 1,Université Mouloud Mammeri,Tizi-Ouzou, 2008 ,p. 486.

أولا: إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي[1]

إن موت خلايا المخ هو المعيار الحقيقي للوفاة وبالتالي فإن إيقاف عمل أجهزة الإنعاش الصناعي لا يُعد جريمة لأنه متى ماتت خلايا المخ تنتهي الحياة الإنسانية ومن ثم يستحيل عودة الإنسان إلى وعيه وحالته الطبيعية، فهو شخص ميت وما يفعله الإنعاش الصناعي هو مجرد إطالة حياته العضوية بطريقة صناعية ليس إلا ،كما أنه لا فائدة من الاستمرار.وبما أنه قد يكون هناك من المرضى من هو في أشد الحاجة إليها لانقاد حياتهم،إضافة إلى التكلفة المادية التي تتكبدها عائلته من جهة وعذابهم النفسي من جهة أخرى جراء استخدام هذه الأجهزة و بقائه موصولا بها[2].

أما إذا لم تتأكد الوفاة وذلك بموت الدماغ، فلا يجوز للطبيب المعالج إيقاف أجهزة الإنعاش عن المريض، فإذا فعل وترتب على ذلك موت خلايا مخه فيكون قد تسبب في موت المريض موتا فعليا،وتترتب مسؤولية الطبيب الجزائية، وذلك بتوافر القصد الجنائي أو حتى الخطأ، لان الطبيب ملزم ببذل عناية لعلاج المريض، حتى ولوكان المريض في حالة حرجة ووضعه في أجهزة الإنعاش سوف تسمح باستمرار حياته لفترة وجيزة فقط،فإيقاف الإنعاش الصناعي عن شخص توقف قلبه وجهازه التنفسي غير أن خلايا مخه مازالت حية يعتبر حيا من الناحية الطبية والقانونية، والتالي يعتبر الطبيب هنا مرتكبا لجريمة قتل عمديه، مع مساعدة المريض التخلص من الألم بانهاء حياته (الموت الرحيم) [3].

وهو ما ذهب إليه القرار رقم 5 الذي أصدره مجلس الفقه الإسلامي المؤرخ في 11 إلى 16أكتوبر 1986، والمنعقد في دورته الثالثة بعمان، بشأن وقف أجهزة الإنعاش .فحسب هذا القرار، كي يستطيع الطبيب نزع أجهزة الإنعاش الصناعي، عليه التأكد أولا من توقف قلب المريض وتنفسه من قبل الأطباء، وتعطل جميع وظائف دماغه تعطلا لا يمكن عودة المريض للحياة ثانية، وذلك بحكم اختصاصيي الإنعاش الصناعي، وهي علامات أكيدة للموت .حينها فقط يمكن رفع أجهزة الإنعاش الصناعي دون أن يسأل الطبيب عن وفاة المريض[4] .

كما تم وضع مجموعة من القيود والضمانات من أجل رفع أجهزة الإنعاش الصناعي والمتمثل في :

---

[1] من بين أجهزة الإنعاش الصناعي التي توجد في العناية المركزة نذكر:جهاز الرئة الإصطناعي الذي يقوم بدور الرئة في حالة الفشل التنفسي ،جهاز الكلية الإصطناعي الذي يعوض الكلية في حالة الفشل الكلوي،جهاز منظم ضربات القلب،جهاز مزيل رجفان القلب،وسائل التغدية الصناعية ،علي مُحَمَّد علي أحمد، مرجع سابق ،ص.80.

[2] أنظر،محمود أحمد طه،المسؤولية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة،مركز الدراسات والبحوث ،الرياض،1422،ص.39.

[3] محمود أحمد طه،المرجع السابق،ص.41.

[4] خالد مُحَمَّد شعبان ،المرجع السابق،ص .75.

-اللجان الطبية المتخصصة :

يشترط قبل إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي إثبات حصول الموت بشكل يقيني، لأن الخطأ في التشخيص يؤدي إلى إنهاء حياة الشخص .وبما أن الخطأ أمرا متوقعا من طبيب يقوم بهذه المهمة الدقيقة، فإنه يشترط إثبات الوفاة من طرف أكثر من طبيب مختص،حيث اشترط القانون الفرنسي بموجب المرسوم التنفيذي الصادر عام 1978، أن يتم التحقق من الوفاة من قبل طبيبين .يكون الأول رئيس قسم أو نائبه المرخص له قانونا، ويكون الثاني مختصا برسم موجات الدماغ[1].وحسنا فعل المشرع الفرنسي باعتماده على أكثر من طبيب واحد و هذا تفاديا للأخطاء الطبية المتوقعة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فكان هو أيضا قد أوكل مهمة تحديد الوفاة لطبيبين وفقا للمادة 03/167 من القانون الملغى والتي جاء فيها "يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين".فطبقا لهذه الفقرة، يتم التحقق من الوفاة من طرف طبيبين على الأقل، عضوان في اللجنة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة، ويمكن أن يتعدى عدد الأطباء اثنان،يضاف إليهم طبيب شرعي .ويقوم الأطباء بتدوين خلاصتهم وملاحظتهم في سجل خاص بالمستشفى.إن اشترط تعدد الأطباء المثبتون للوفاة، يعد ضمانة كبيرة ضد الشكوك والأخطاء الفردية من القرار الإنفرادي .كما اشترط أيضا أن لا يكون الطبيب الذي أثبت الوفاة ضمن المجموعة التي تقوم بعملية زرع العضو للمريض، وذلك طبقا للمادة 3/165من القانون الملغى، والتي نصت" ولا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع ."ولعل السبب في عدم مشاركة الطبيب المثبت للوفاة في الفريق الذي يقوم بالزرع، هو منع تفضيل مصلحة المريض على مصلحة المتبرع، فيستعجل الطبيب إثبات موت المتبرع لمصلحة المريض.

لكن المشرع الجزائري بموجب قانون الصحة الجديد لم يكن واضحا بما فيه الكفاية عكس القانون القديم،فباستقراء المادة 362[2] منه نجدها تركت للوزير المكلف بالصحة صلاحية تحديد المعايير الطبية والشرعية المعتمدة في تحديد الوفاة في الفقرة الأولى،ومع ذلك لم يصدر عن الوزير أي قرار جديد،فما زال القرارين القديمين ساريي المفعول(الأول صادر في 1989/03/26 والثاني في 2002/11/19 المتضمنين ضرورة التأكد

[1] Ahmed ABDULDAYEM, Les organes…, op.cit, p. 270.

[2] تنص المادة 362 على أنه « لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية و شرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحدّدها الوزير المكلف بالصحة...» قانون الصحة الجزائري .

من موت خلايا الدماغ باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي وغياب النشاط العفوي الدماغي)[1]، بالرغم من أننا نتعامل بقانون جديد ومستجدات وتقنيات حديثة ،بالإضافة إلى أنه أشار في الفقرة 03 [2]من نفس المادة إلى مصطلح "الفريق الطبي" بدون تحديد عدد وبدون تحديد تخصصهم ،فهل ترك المهمة أيضا لوزير الصحة لإختيار هذا الفريق وتحديد اختصاصهم ؟أم يُعتبر سهوا ينبغي تداركه مسقبلا ؟ وهل كان يقصد بالمعاينة الشرعية في الفقرة الأولى " الطبيب الشرعي" ؟فالأجدر كان يحتفظ بصياغة المادة القديمة والتي كانت أكثر تحديدا. لذلك على المشرع الجزائري أن يتدارك هذه الثغرات مستقبلا خاصة و أنها تمس مباشرة بحقوق وكرامة الشخص والتي نصت على حمايتها الإتفاقيات الدولية و الدساتير .

وبدوره المشرع المصري اشترط لجنة طبية حدد عدد أعضائها وتخصصهم من أجل اللتحقق من الوفاة و إعلانها ،و ذهب إلى أبعد من ذلك حينما منح للجنة صلاحية استشارة من تراه كُفئ في سبيل أدائها مهامها على أحسن وجه، وذلك بموجب المادة 14 من قانون تنظيم وزرع الأعضاء والتي نصت على أنه «لا يجوز نقل أى عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته الى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب،أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الاعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجري اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقاً للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا ويصدر بها قرار من وزير الصحة، وللجنة في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين علي سبيل الاستشارة».

-موافقة أهل المتوفى :

عندما يكون المريض قادرا على التعبير ومتمتع بكامل قواه العقلية فهو الأجدر من يناقش معه الطبيب سبل العلاج ، كما أتاح له القانون الفرنسي إمكانية أن يتخذ في بداية مرضه أو حتى قبل مرضه قرارا يوضح فيه نوع العلاج الذي يرغب به أو حتى الذي يرفضه ،مع إمكانية التصريح بذلك أمام الموثق عن طريق وصية تكون بمثابة الحجة الدامغة، مثلا تعيين وكيل عنه la personne de confiance في حالة عجزه ليقوم

[1] وبحسب المادة 02 من القرار الصادر في 2002/11/19 ،تثبت الوفاة :الإنعدام التام للوعي-التأكد من الإنعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار Hypercapnie -التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين من طرف طبيبين مختلفين .القرارين أشار إليهما مامون عبد الكريم،مرجع سابق،ص. 533.

[2]المادة 362 في فقرتها 03 تنص على أنه «يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع ... ».من ق.ص

هذا الشخص الموثوق في شخص باتخاذ جميع الإجراءات لصالح موكله المريض[1].كما أن الطبيب المعالج هو من يقرر وضع أجهزة الإنعاش الصناعي للمريض بعد استشارة الأطباء المختصين ثم يناقش من أهله كيفية استمرار العلاج والرقابة الطبية المريض وذلك فينتقل تقرير مصيره إلى الغير ،أي أفراد العائلة حسب الترتيب المنصوص عليه في القانون حيث نصت المادة 362 فقرة 03 من قانون الصحة الجزائري على أفراد الأسرة حسب الأولوية (الأب ، الأم ، الزوج ، الأبناء ،الإخوة ،الأخوات،الممثل الشرعي) .

-تقرير وتحديد مصير المريض مع جهاز الإنعاش الصناعي

إن إيقاف الطبيب لأجهزة الإنعاش الصناعي عن شخص يُعتبر حيا من الناحية الطبية والقانونية رغم توقف قلبه وجهازه التنفسي، يعتبر مخاطرة قد تؤدي إلى قيام مسؤوليته المدنية والجنائية عن مريض لا يرجى شفاءه، دون أن يتأكد من موته وهذا بدافع الشفقة،لإنهاء معاناته، فيعد بذلك مرتكبا لجريمة القتل بدافع الشفقةEuthanasie [2].والقتل إشفاقا أو قتل الرحمة هو نوع من القتل يرتكبه الشخص، سواء كان طبيبا أم لا، بغرض تخليص مريض لا يرجى شفاءه من آلام لا تحتمل. وهناك من يعرفه على أنه« وضع حد لحياة مريض لا يرجى شفاءه من آلامه المبرحة و الغير محتملة بناء على طلبه الصريح أو الضمني»[3].

ويختلف القتل بدافع الشفقة عن القتل بناء على الطلب أو برضا المجني عليه، في كون القاتل بدافع الشفقة يرتكب الفعل دون طلب أو رضا سابق من المجني عليه، بل يرتكبه من نفسه بدافع الشفقة عليه، لإراحته من الآلام التي يشعر بها[4].

لم تهتم البلدان العربية بالقتل بدافع الشفقة بنفس الاهتمام الذي أولته البلدان الأجنبية مع العلم أن قوانين العقوبات الخاصة بالعديد من الدول مثل لبنان، وسوريا،تأخذ بمبدأ تخفيف العقوبة في حالة القتل بناء على رضا المجني عليه، أي المريض[1].

---

[1] «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. Elle rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite par écrit et cosignée par la personne désignée. Elle est révisable et révocable à tout moment.
Si le patient le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions».Art 1111-6 du code de la santé publique ,modifié par Art 03 de l'Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique.

[2] أنظر،جمعة يوسف،المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء،دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2005،ص.134.

[3] أنظر،عشوش كريم،العقد الطبي،دار هومة،الجزائر ،2009،ص.112.

[4] أنظر ،نجية عراب تاني، مدى مساءلة الأطباء جنائيا عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونية والإدارية،عدد 3، جامعة سيدي بلعباس، 2005، ص.148.

أما في فرنسا، فقد ذهب غالبية الفقه والقضاء الفرنسيين إلى مساءلة الطبيب جنائيا عن جريمة القتل العمدي في حالة إيقافه أجهزة الإنعاش عن مريض يصارع الموت، وذلك قبل أن يصدر القانون في 2005/04/22 والذي يسمى قانون ليونتي Loi Léonetti والمتعلق بحقوق المرضى في الحد من الحياة[2]، والذي أجاز للمرضى الذين يعانون من أمراض لا يرجى شفاؤها، أن يصرحوا بعدم الرغبة في العيش بتلك الآلام غير المحتملة وبإمكان الطبيب أن يسهل ويساهم في موت ذلك المريض، عن طريق إعطائه الأدوية المهدئة للآلام،وهذا بعد إخبار أهل المريض بقرار المريض الرامي وقف العلاج، وتسجيله في سجل طبي خاص به حتى لا يسأل الطبيب جنائيا عن موت المريض، لأن ذلك قد تم بطلب منه [3].

كما يُعتبر القتل بدافع الشفقة في التشريع الجزائري جريمة يعاقب عليها وذلك في صورة المساعدة على الإنتحار ،أو في حالة القيام بأي فعل من طرف الطبيب أو أي شخص بغرض التعجيل بوفاة المريض الميؤوس من شفائه ،سواء كان بفعل ايجابي أو سلبي،بالرغم من عدم وجود نص صريح يجرم هذا النوع من القتل، لكون القتل بدافع الشفقة يأخذ بالباعث وهو الشفقة. والمعروف وفقا للقواعد العامة في القانون الجنائي أن الباعث منعدم، ولا تأثير له على المسؤولية الجنائية،إذ يقوم القصد الجنائي متى أراد الجاني النتيجة أيا كان الدافع أو الباعث، وبالتالي من يقدم وبصفة عمدية على إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي، على مريض ميؤوس من شفائه قبل أن يموت جذع مخه، يعد مرتكبا لجريمة القتل العمد طبقا للمادة 254 من قانون العقوبات التي تنص" **القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا**"، وذلك تحقيقا لحماية أكثر للحق في الحياة[4].

---

[1] قانون العقوبات السوري الذي لم يأخذ بإباحة الموت السهل إلا أنه لم يضعه على حد سواء ومرتبة واحدة من حيث المسؤولية والعقوبة في درجة القاتل بغياً وعدوانا بل اعتبره مما يمكن أن يرأف به وتنزل به الرحمة.أي جريمة من نوع القتل المقصود المخفف.وتطبيقاً للمادة538من قانون العقوبات السوري يستلزم تحقق شرطين:

بشخص المجني عليه الذي يلح في الطلب وشرط يتعلق بشخص الجاني الذي كان دافعه في القتل هو الشفقة

وعلى هذا الأساس خفف القانون السوري عقوبة القتل بدافع الشفقة وجعلها اعتقال لمدة لا تجاوز10 سنوات.وجاء أيضا موقف القانون اللبناني حسب نص المادة552من قانون العقوبات اللبناني"يعاقب بالاعتقال عشر سنوات على الأكثر من قتل إنسانا قصداً بعامل الإشفاق." محمود أحمد طه، المرجع السابق،ص.45.

[2] Loi n°2005-370 du 22 avril 2005,relative aux droits des malades et à la fin de vie (loi Léonetti),publiée sur le site :https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000446240/, consulté le 08/08/2022.

[3] مامون عبد الكريم ،مرجع سابق ،ص. 354.

[4] نجية عراب تاني،مرجع سابق،ص.151.

أما إذا قام الطبيب بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي خطأ، معتقدا أن المريض قد مات،فإنه يعتبر مسؤولا جنائيا عن وفاته. وهو ما يستفاد من نص المادة 413[1] من قانون الصحة ، والتي يعاقب بموجبها الطبيب المرتكب لخطأ مهني خلال ممارسة مهامه الذي يؤدي إلى وفاة أحد الأشخاص، بالعقوبات المقررة لجريمة القتل الخطأ المنصوص عليها في نص المواد 288و 289 و 442 فقرة 02من قانون العقوبات.

ويسأل الطبيب أيضا عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لمريض في حالة خطر، وذلك لعدم تركيبه لأجهزة الإنعاش الصناعي لإنقاذ حياته المهددة بالموت .ولكي تقوم جريمة الامتناع عن تقديم مساعدة، يجب أن يكون هناك مريض مهدد بموت أكيد وحال، مما يتعين على الطبيب تقديم المساعدة له قدر الإمكان، عن طريق تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي، ما دامت له فرصة ولو ضئيلة للبقاء حيا، فإذا امتنع عن القيام بواجبه وكان ذلك قبل موت المريض دماغيا، فإنه يسأل جزائيا[2].

وقد ذكر المشرع الجزائري جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة في المادة 182 من قانون العقوبات والتي تنص على أنه "يعاقب بالحبس من ثلاث أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جناية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بذلك بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة.

ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير".

ثانيا: استمرار أجهزة الإنعاش الصناعي

إذا أثبت الأطباء وفاة الشخص الموجود تحت أجهزة الإنعاش الصناعي وذلك بموت خلايا المخ، فيجب التصريح بالوفاة، من أجل ترتيب الآثار القانونية الناجمة عن ذلك،كإمكانية اقتطاع الأعضاء من جثة ذلك الشخص الذي أصبح ميتا سواء في نظر القانون أو في نظر الطب[3].

---

[1] تنص المادة 413 على أنه « باستثناء الضرورة الطبية المبررة ،يعاقب طبقا لأحكام المواد 288و289 و 442 فقرة02 من قانون العقوبات ،كل مهني الصحة عن كل تقصير أو خطأ مهني ثم اثباته،يرتكبه ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها و يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يُحدث له عجزا مستديما أو يعرّض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته» ،من ق.ص

[2] سميرة عايد الديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص.285.

[3] كريمة تدريست، مرجع سابق، ص.383.

وبعد الإعلان عن الوفاة الرسمية للمريض يحافظ الطبيب صناعيا على التنفس ودوران الدم، أي تستمر أجهزة الإنعاش الصناعي من أجل المحافظة على الحيوية البيولوجية للأعضاء، لاستعمالها وزرعها في جسم مريض بحاجة ماسة إليها،ومن ثم فاعتمادا على معيار الموت الدماغي يمكن استمرار الإنعاش الصناعي مما يساعد على نقل الأعضاء في حالة جيدة.

ويرى بعض الفقه أنه بعد موت الدماغ يصبح الشخص جثة هامدة، حتى وإن استمر دوران الدم، واستمرت معه حالة الحياة النباتية لتلك الجثة،وبهذا فإن قضية استمرار أو وقف الإنعاش الصناعي تحكمها مقتضيات تقنية زرع الأعضاء[1].

كما اعتبر آخرون أن بعد ثبوت الموت الدماغي لا تبقى أية أهمية طبية لأجهزة الإنعاش الصناعي بالنسبة للمتوفى، لأن عملها سيقتصر على نفخ الجثة بالهواء، وبالتالي ليس في إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي بالنسبة لمن ثبتت وفاة مخه ما يعتبر جريمة، وبالتالي يمكن وقف أجهزة الإنعاش في أية لحظة، وذلك بمجرد استئصال العضو،ولا يعد الطبيب حينئذ مرتكبا لجريمة القتل، لأن جريمة القتل تفترض وجود حياة إنسانية طبيعية[2] .

ولا يمكن تصور إجراء أي اقتطاع للأعضاء من مريض مادام لم يثبت موته، فموت المتبرع شرط ضروري لمشروعية انتزاع الأعضاء،ومتى ثبتت الوفاة، فإنه يسمح بإجراء اقتطاع الأعضاء بدون أية مهلة،لكن يشكل تحديد لحظة وفاة الشخص الموجود في الغيبوبة الطويلة مشكلة معقدة، لأن مدتها قد تطول أو تقصر، في حين تفترض المعاينة القانونية دائما حدوث الموت في لحظة محددة[3]

ومع ذلك لا يمكن القول أن اللحظة القانونية لموت الشخص الخاضع لتقنية الإنعاش الصناعي، هي تلك التي يوقف فيها طبيب الإنعاش إجراءات الإنعاش فعليا، لأن وقف الإنعاش الصناعي نتيجة للتحقق السابق من الموت ،فيجب أن تسبق اللحظة القانونية للوفاة بالضرورة وقف أجهزة الإنعاش، وإذا أوقف الطبيب تلك الأجهزة قبل التحقق الفعلي من موت الشخص، فإنه سوف يتهم بالقتل[4]

بعد التطرق لقضية الإنعاش الصناعي وما يقدمه من فائدة للبشرية،فيبقى استعماله في مساعدة المريض واعطائه الأمل ربما في استعادة وعيه أولى من اتخاده كوسيلة من أجل البدأ والتسرع في الحصول على أعضاء

[1] افتكار مهيوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص .437.

[2] أنظر،بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار حامد، عمان، 2002 ،ص.264.

[3] حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص .129.

[4] Ahmed ABDULDAYEM, Les organes…, op.cit., p.272.

المريض وهي في حالة جيدة لإنقاد حياة مريض أخر،لأنه بالرغم من التطور الطبي الكبير فيبقى ناقصا أمام قدرة الله عزّ وجل ،لأن الأجل بيد الله ، ولا يمكن للإنسان مهما وصل من علم أن يحدد على وجه اليقين لحظة الوفاة.وبالتالي، لا يمكن التذرع بإراحة المريض ومساعدته على الموت الرحيم بغية التخفيف عليه،لأنه بقدرة قادر يمكنه الشفاء فلا يمكن التحجج باحترام الحياة الشخصية للمريض وإرادته في وضع حد لحياته،فيجب تقديم المساعدة سواء بتوفير الأجهزة الطبية وحث الأطباء على بذل جهدهم من أجل المحافظة على حياة المريض وابقاء الأمل في شفائه إلى أن تفارق الروح الجسد.

ولأجل التوسع أكثر في الموضوع سنبين في المطلب الموالي النظرة الشرعية والقانونية لموضوع تحديد الوفاة من خلال عرض اللآراء والقواعد القانية التي عالجت الفكرة .

المطلب الثاني

الموقف الفقهي والقانوني من استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي وتحديد زمن الوفاة

إن حق الإنسان في الحياة وفي سلامة وتكامل جسده مكفول شرعا وقانونا، وحتى لا تخرج الاستفادة من مزايا نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء عن دائرة المشروعية تبرز أهمية التطرق للضوابط الشرعية والقانونية لهذه العملية.

وكان مؤتمر "بيروجيا" المنعقد في 1968 قد أوصى بأنه «لا يقع على رجال القانون مع الأخذ بعين الإعتبار التقدم الملحوظ الذي تمر به مهنة الطب وضع تعريف قانوني لوقت أو زمن الوفاة وتحديد الطرق أو الوسائل التي يمكن لها التأكد من الوفاة ، بل أن هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصهم ودراستهم ونشاطهم الفني ورائدهم في ذلك شرف المهنة وعلى الطبيب أن يكون مُلما بأحداث معطيات العلم في هذا الشأن»[1] .

فالتقدم العلمي في مجال الطب والجراحة اقتضى الخروج عن مبدأ الحرمة المطلقة للجثة وذلك لأسباب علاجية مشروعة كإجراء عمليات نقل الأعضاء من الجثة لزرعها في شخص مريض، لذلك، فقد اتجهت التشريعات المختلفة إلى تنظيم نقل الأعضاء من الجثة، محاولة إقامة نوع من التوازن بين حرمة الجثة والمصلحة الإنسانية التي لا تتحقق إلا بتحديد لحظة الوفاة .

[1] بلحاج العربي، معصومية الجثة...،مرجع سابق،ص .98.

فمن خلال هذا المطلب سنستعرض أولا الرأي الفقهي لفقهاء الشريعةالإسلامية، ثم موقف القانون المقارن من خلال التشريعين الفرنسي والمصري(ثانيا)، وأخيرا نرى كيف عالج المشرع الجزائري هذه القضية .

الفرع الأول

الموقف الفقهي من تحديد لحظة الوفاة

إن تحديد مفهوم الوفاة ولحظة وقوعها مسألة تتنازع فيها عدة إعتبارات قانونية وطبية وشرعية،فهي بالنسبة للطبيب واقعة بيولوجية تحدث عبر مراحل مختلفة(توقف القلب،الدورة الدموية،الجهاز التنفسي)، وقانونا هي حدث فجائي يرتب آثار قانونية للخلف العام والخاص، أما شرعا فيتمثل في خروج الروح من الجسد وصعودعها إلى بارئها ويترتب على وقوعها أحكام دينية بداية بتغسيل الميت ودفنه إلى عدة الزوجة والميراث والديون والوصية.كما اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الغرض من الإنعاش الاصطناعي هو إنقاذ الأرواح التي يتعرض أصحابها لأزمات وقتية بإعادتهم إلى وعيهم بصفة كاملة حتى لا تموت خلايا المخ لديهم ، فإن هذا جائز شرعا لأن استمرار الحياة في هذه الحالة لا يعد من قبيل إعادة الروح للمريض الذي لا يزال أصلا حيا في حكم الشرع .

وفي مستهل الحديث وجدنا إن المعيار المتبع من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية القدماء، هو توقف الجهاز التنفسي وتوقف نبضات القلب، فكتاباتهم جاءت منصبة نحو هذا السياق، ولكن تطور العلوم الطبية والوسائل الطبية الحديثة أرغم رجال الدين على إتباع التقدم الطبي، وذلك تماشيا مع القاعدة القائلة أن الدين الإسلامي صالح لكل زمان ومكان.

حاول علماء الشريعة الإسلامية وضع بعض الضوابط لتحديد لحظة الموت،لكنهم لم يعرفوا الحالة الثالثة والمتمثلة في كون المريض بين الحياة والموت، وهي حالة الغيبوبة المستديمة،فإعتماد فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى على ضابط توقف نبضات القلب،الذي أصبح لا يساير التطور العلمي، حيث أبدى فقهاء الدين حديثا رأيهم وهناك من إتخذ معيار الدماغ لتحديد لحظة الموت وهناك من رفض هذا المعيار الحديث[1] .

ولا مناص من القول أنه في حالة تركيب الطبيب لأجهزة الإنعاش الصناعي للمريض يكون قد قام بواجبه المهني والتزاماته اتجاهه بموجب العقد الطبي الذي يفرض عليه علاج المريض وبذل قصارى جهده وعنايته به لمحاولة شفائه وتخفيف الآلام ،وليس التعجيل بإنهاء حياته .

[1] علي محمّد علي أحمد،مرجع سابق،ص.97.

لكثرة الآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع سيتم التعرض إلى البعض منها لأن المقام لا يتسع لذكرها جميعا،واستنادا لما سبق يرى فضيلة الشيخ أحمد حماني[1] رحمة الله عليه بعد دراساته المستفيضة للموضوع "إن الإسلام الذي أمر بالعلم وطلبه وجعله فرضا على الأمة، قد أمر بالتداوي وأخذ فيه،جاء ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وإقرارا، فقد ثبت أنه كان يتداوى إذا مرض ويرى أصحابه يتداوون ولا ينكر عليهم، وأنه قال لأمته (تداووا عباد الله فإن الله تعالى لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد :الهرم .) فهذا أمر جازم من رسول الله صلى الله عليه وسلم...، إذ من المعلوم أن الذي يتولى علاج الناس ومداواتهم ووصف الأدوية لهم، إنما هم من كانوا خبراء بالأمراض وأنواعها عارفين بالأدوية وتراكيبها وهم أهل الذكر في الموضوع...." [2] .

وفي نفس الصدد يضيف قائلا "...إذا توقف شفاء مريض أو جريح، وإنقاذ حياته من الهلاك على نقل الدم إليه من صحيح، جاز أن ينقل إليه من مسلم أو غير مسلم، ولا حرج عليه في ذلك ولا حرج على الطبيب ... مما يوجب على المجتمع أن يعمل لإنقاذ حياته، فلو ترك حتى هلك لتحمل المجتمع مسؤولية موته ...فهذا مثل الجوعان يموت جوعا، والعريان يموت عريا، والغريق لا يتقدم أحد لإنقاذه" [3].

وأضاف قائلا "إذا كان الطب قد بلغ تقدمه ونجاحه درجة زرع قلب من جسم حديث الوفاة في جسم حي، وجعله يستمر حياته به بدل قلبه، فلا حرج في ذلك مادام صاحب القلب المزروع قد مات، وتحقق موته .فلو كان ما يزال حيا ولو ميؤوسا منه لم يجز الإقدام على تعجيل موته لذلك،أنه متى قرر الله وحكم بموت إنسان، فليس بمقدور أي شخص إيقاف أو تعطيل حكم الله فإنه قضاء الله الذي يُحيي من يشاء ويُميت من يشاء، حيث يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب ما يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة"[4] .لقوله تعالى {وَلَن يُؤَخِّرَ اللَّهُ نَفْسًا إِذَا جَاءَ أَجَلُهَا وَاللَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ}[5].

ومن زاوية أخرى فإن هناك من الفقهاء، من لم يعتمد هذا الرأي ورفضه ويرجع ذلك إما للتشبث بالعلامات التي حدّدها العلماء الأوائل للوفاة، وإما لتخوفهم من الإستعجال في إصدار حُكم مُبالغ فيه

[1] الشيخ أحمد حماني (1915-1998) رئيس المجلس الإسلامي الأعلى الجزائري من سنة 1972 حتى1989 .

[2] أنظر، الشيخ أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، استشارات شرعية ومباحث فقهية، الجزء الثاني ،منشورات قصر الكتاب، البليدة،ط 1 ،2001.، ص 446.

[3] الشيخ أحمد حماني،مرجع سابق،ص .447.

[4] الشيخ أحمد حماني،مرجع سابق،ص .448.

[5] سورة المنافقون،الآية 11.

يقضي بوفاة إنسان حي، أو لعدم إطمئنانهم لما وصل إليه العلم في هذا الزمان، وأن علامة موت الدماغ المعتبرة اليوم قد يصل الطب لإلغائها غدا، وربما لعدم تحكمهم في المصطلحات الطبية كمفهوم الغيبوبة وأنواعها، فتبنى أحكام شرعية على تصورات غير واضحة، أو ربما لحالات شخصت فيها أنها موت دماغي ولكن بمرور الوقت لوحظ أنه وقع خطأ في التشخيص، وربّما لكل هذه الأسباب يوجد من رفض إعتبار موت الدماغ معيار لتحديد لحظة الموت[1] .

يتبين لنا من خلال رأي الشيخ حماني أحمد،أن الله عزّ وجل أمر عباده بالتعلم والتفقه من أجل التداوي ومساعدة المرضى،حتى ولو كان المرض ميؤوسا منه، فلا يحق للطبيب التعجيل بموته تحت حجة الحصول على أعضائه من أجل إنقاذ مريض آخر،فالأولى تقديم المساعدة والرعاية الطبية له بدل إحياء روح على حساب روح أخرى ،لأنه بالرغم من كل شيئ تبقى الأعمار بيد الله ولا أحد يستطيع تحديد الوفاة قبل وقوعها.

ويرى فضيلة شيخ الأزهر جاد الحق علي جاد الحق أن الموت الذي تُبنى عليه الأحكام الشرعية لا يتحقق إلا بمفارقة الروح للجسد، وبهذه المفارقة تتوقف جميع أجهزة الجسد لأن موت الجهاز العصبي ليس دلالة قطعية على الموت، بل إنه في حالة توقف الدماغ مع إستمرار التنفس وعمل القلب، فهذا ما يدل على إستقرار الحياة بالجسد،وحتى أن الإنسان لا يعتبر ميتا بتوقف الحياة في بعض أجزائه بل يكون كذلك متى تحقق الموت لكل أجزاءه[2] .

وجاء في ردّه على سؤال عميد" معهد الأورام "بأنه حتى وإن كان المخ هو العضو المهيمن على كل الجسم، وأن استحالة عودة مَن توقف دماغه للحياة وإن أمكن التأكد من هذا بواسطة جهاز رسم المخ الكهربائي، إلا أنه لم يصل إلى مرتبة الحقيقة العلمية المستقرة، لأنه قد يقرر الأطباء مستقبلا إضافة علامات جسدية ليتم التأكد من موت الإنسان" [3].

كما ذكر أيضا أنه "يمنع شرعا تعذيب المريض المحتضر باستعمال أية أدوات متى ظهر للطبيب المختص أن هذا كله لا جدوى منه إطلاقا وأن الحياة في البدن ذاهبة لا محالة إلى الموت الكلي النهائي ، وأكد كذلك أن قتل المرحمة ليس من الحق بل من المحرم قطعا بنصوص القرآن الكريم "[4].

[1] كريمة تدريست، مرجع سابق، ص305

[2] أنظر، جاد الحق علي جاد الحق، تعريف الوفاة، جامعة الأزهر، مصر،1413 ،ص.139.

[3] انظر جاد الحق علي جاد الحق ،قضايا معاصرة ، الفقه الإسلامي ،مرونته و تطوره،جامعة الأزهر،1987 ،ص.508.

[4] جاد الحق علي جاد الحق ،قضايا معاصرة،مرجع سابق،ص .510.

وتماشيا مع ما تم ذكره،فشيخ الأزهر السابق لا يعتد بموت الدماغ كمعيار لتحديد لحظة الوفاة ،وأنه لا فائدة من استعمال أجهزة الإنعاش الإصطناعي عندما يكون الشخص في حالة إحتضار.ولكن نرى أنه من واجب الطبيب بدل العناية من أجل علاج المريض وانقاذ حياته ، ولا يبق مكتوف الأيدي ينتظر وفاته،لأنه سيتابع بجريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر .

وإضافة لما سبق ،يرى الدكتور مُحَمَّد سعيد رمضان البوطي[1] حول قضية الوفاة أن "الدليل المعتمد لذلك شرعا هو سكون النبض، ووقوف حركة القلب وقوفا تاما،إلا أنه يجب الإحتياط والتحري بتلمس أدلة أخرى كلما حامت الشبهة ، ...أما الأطباء، فهم يعتمدون اليوم بالإضافة إلى الأدلة الشرعية التي هي محل إتفاق ،على ما يُسمونه موت الدماغ ،هي حالة دماغية تبعث على اليقين عند الأطباء بإنحدار حالة المريض إلى الموت، بمعنى إنقطاع أمل الحياة عنه إنقطاعا تاما في يقينهم العلمي مع إحتمال إستمرار دقات القلب وحرارة أو حركة في النبض .بيد أن موت الدماغ هذا، لا يعد وحده في ميزان الشريعة الإسلامية دليلا قاطعا على حلول الموت فعلا، بل هو في أكثر الأحيان نذير موت محقق حسب المقاييس الطبية المجمع عليها .إلا أنه ليس نذيرا قطعيا بالموت في حكم الشريعة الإسلامية.ذلك لأن هذه الحالة وإن كان من شأنها أن تورث الطبيب يقينا تاما بأنها حالة موت وبأن المسألة عندئذ لا تعدوا أن تكون مسألة وقت يتمثل في بضع دقائق ويسكن القلب بعدها بيقين، إلا أن هذا اليقين بحد ذاته ليس يقينا علميا لدى التأمل والتحقيق .وإنما هو طمأنينة نفسية منبعثة من كثرة التجارب المتكررة التي لم تشذ، وهي التي يسميها كثير من العلماء ومنهم الغزالي(اليقين التدريبي)وسبب عدم الإعتبار بهذا الدليل الطبي من قبل الشريعة الإسلامية أمران اثنان:

أولهما :أن أحكام الموت أيا كانت إنما تترتب على وقوعه الفعلي التام، لا على توقعاته مهما كانت يقينية جازمة.

ثانيهما: أن هذه الدلالات أو التوقعات، مهما إستندت إلى اليقين العلمي فإن إنتعاش المريض وتوجهه مرة أخرى إلى الحياة ليس مستحيلا عقلا، ومن ثم فليس مستحيلا شرعا، ذلك لأن الموت الحقيقي التام لما ينزل به، ومقدمات الموت وأسبابه التي لم تشذ قط، ليست أسبابا موجبة بطبعها ...ومن ثم فإن قرار الموت بناء على هذا الذي يسمونه الموت الدماغي لا يرقى إلى يقين علمي جازم، بأن الروح قد فارقت أو ستفارق البدن، كما هو الشأن في الموت الحقيقي التام المصطلح عليه لغة وشرعا ...ليس هذا الذي نقوله نتيجة لعدم

[1] مُحَمَّد سعيد رمضان البوطي (1929- 2013)عالم سوري متخصص في العلوم الإسلامية و رئيس إتحاد علماء بلاد الشام.

إتفاق أحكام الشريعة الإسلامية مع مقتضى العلم وأحكامه، وإنما هو جنوح إلى الحيطة في الأمر أولا، ورعاية لأعراف الناس وقناعتهم ثانيا، وسدا لباب الفتنة ومنعا لتشرب الظنون السيئة "[1].

بعد عرضنا لرأي الشيخ البوطي رحمة الله عليه ،يتبين لنا أنه لم يجزم صراحة باعتماده في تحديد الوفاة على موت الدماغ بالرغم من عدم وجود اختلاف كبير بين الطب والإسلام حول الموضوع،إلا أن الأطباء يميلون لإعتماده دون إهمالهم للمبادئ المتعارف عليه بين الناس ،واستنادا على مبدأ سد الذرائع والإبتعاد عن الفتنة والشكوك ،فلا يعتبر الشخص ميتا إلا بتوقف قلبه عن النبض ،وأن موت الدماغ لا يعتد به مادامت الروح لم تفارق الجسد وهذا من باب الحيطة و الحذر.

أما بخصوص موقف المجامع الفقهية الإسلامية حول هذه المسألة،فبعد انتشار فكرة موت الدماغ واستعمال الإنعاش الإصطناعي،كان لا بد من فتح نقاش والخروج برأي سديد بالتنسيق مع الأطباء ،فظهرت مجموعة من الفتاوى والتوصيات على غرار:

1- فتوى المجلس الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي المنعقد في دورته العاشرة في 1408/02/24 والذي نظر في موضوع تقرير حصول الوفاة بالعلامات الطبية القاطعة، بعد استعراضه لتقارير وتدخلات لأعضاء من وزارة الصحة في المملكة العربية السعودية، حيث خرج بفتوى تضمنت ما يلي "المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش يجوز رفعها إذا تعطلت جميع وظائف دماغه نهائيا، وقررت لجنة من ثلاثة أطباء إختصاصيين خبراء أن التعطل لا رجعة فيه، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آليا بفعل الأجهزة المركبة، لكن لا يحكم بموته شرعا إلا إذا توقف التنفس والقلب توقفا تاما بعد رفع هذه الأجهزة"[2]

من خلال هذه الفتوى يتبين لنا أنه بالرغم جواز رفع أجهزة الإنعاش الإصطناعي بعد التحقق من موت خلايا الدماغ وهذا بعد قرار صادر من 03 أطباء مختصين ،إلا أنه لا يتم التصريح بالوفاة إلا بعد التوقف التام للقلب والتنفس.وما يلفت انتباهنا في فتوى المجلس الفقهي أنها اشترطت أمر فني طبي يتمثل في رأي أهل الإختصاص (03أطباء)،وهو ما أخذت به معظم التشريعات سواء العربية أو الغربية كما أشرنا إليه سابقا .

2-فتوى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في مدينة عمان موضوع تحديد لحظة الموت، وأصدر قراره رقم17 (3/5) والذي تضمن " أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث ب" عمان "عاصمة" الأردن "من 08-13 صفر1407هـ والموافق 11-16 أكتوبر 1986 ،بعد التداول في سائر النواحي التي أثيرت حول موضوع أجهزة الإنعاش واستماعه إلى شرح مستفيض من

[1] أنظر، البوطي محمد سعيد رمضان،قضايا فقهية معاصرة، مكتبة الفرابي، دمشق، ط 1413،4،ص.127. وما بعدها.

[2] أنظر، محمد علي البار ،الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دمشق، دارالقلم،ط 1994،1،ص.271.

الأطباء المختصين، قرّر ما يلي "يعد شرعا أن الشخص قد مات ، وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك

إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

1-إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

2-إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الإختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لارجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل، وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلا لايزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة[1]"

من خلال مقارنة بسيطة بين القرارين نجد أن القرار الصادر عن المجلس الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي لا يعتبر المريض ميتا حتى يتوقف قلبه وتنفسه نهائيا بعد رفع أجهزة الإنعاش، بينما ذهب القرار الثاني الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي إلى الجمع بين الأمرين حيث يُعد المريض ميتا شرعا عند تعطل جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا كما يعتبر ميتا متى توقف قلبه عن النبض . فهذه الفتوى أخذت بالمعيارين وربما تكون بهذا التوجه تقريب الرؤى وتوحيد الآراء بين العلماء المسلمين .

3-موقف المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث في دورته الحادية عشرة، التي انعقدت في العاصمة السويدية "ستوكهولم "في الفترة من 01 إلى 07 يوليو 2003 ، موضوع قتل المرحمة برئاسة فضيلة الإمام العلامة الدكتور يوسف القرضاوي رئيس المجلس، وبحضور غالبية الأعضاء وقد جاء موقفه كما يلي في البند الخامس:

-"تحريم قتل المرحمة

-وبالنسبة لتيسير الموت بإيقاف أجهزة الإنعاش الإصطناعي عن المريض الذي يعتبر في نظر الطبيب "ميتا "أو"في حكم الميت"، وذلك لتلف جذع الدماغ أو المخ الذي به يحيا الإنسان ويحس ويشعر، وإذا كان عمل الطبيب بمجرد إيقاف أجهزة العلاج فلا يخرج عن كونه تركا للتداوي فهو أمر مشروع، ولا حرج فيه وبخاصة أن هذه الأجهزة تبقي عليه هذه الحياة الظاهرية المتمثلة في التنفس والدورة الدموية وإن كان المريض ميتا بالفعل وهو لا يعي ولا يحس ولا يشعر نظرا لتلف مصدر ذلك كله وهو المخ ،وبقاء المريض على هذه الحالة يتكلف نفقات كثيرة دون طائل ويحجز أجهزة قد يحتاج إليها غيره مما يجدي معه العلاج والله أعلم "[2].

[1] أعمال مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة في عمان عام1407هـ-1986 ، المجلة البحوث الإسلامية، عدد 33 ،ربيع الأول- جمادى الثاني 1412هـ، 1991 م، ص 321،منشور في الموقع الإلكتروني https://al-maktaba.org/book/8356.

[2] فتوى المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث،منشورة على موقعه الإلكتروني: https://www.e-cfr.org/. .

نلاحظ أن موقف المجلس الأوربي للإفتاء جاء عكس المواقف السابقة بتبنيه لفكرة موت الدماغ كأساس لتحديد الوفاة ،وإجازته لإيقاف أجهزة الإنعاش الإصطناعي عن المريض لأنها لن تفيده بالرغم من بقاء القلب ينشط طالما أن خلايا المخ تعطلت .

4-فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية والتي إلى أنه "لا مانع شرعا من نزع أجهزة الإنعاش الإصطناعي عن المريض المحتضر الذي مات دماغه إذا قرر طبيبان فأكثر أنه في حكم الموتى، ولكنه يجب أن ينتظر بعد نزع الأجهزة مدة مناسبة حتى تتحقق وفاته" [1].

ويتضح لنا من ذلك أن اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، تأخذ بمعيار موت الدماغ ومعيار توقف القلب والدورة الدموية معا حتى تكون الوفاة حقيقية و مؤكدة .

وخلاصة الكلام ،فإنه :

– لا بد من اعتماد موت الدماغ لتحديد لحظة الوفاة من أجل الإستفادة من الأعضاء البشرية لأن جل الدراسات أكدت على إستحالة رجوع المريض للحياة بعد موت خلايا المخ .

-لا فائدة ترجو من إبقاء المريض مرتبطا بأجهزة الإنعاش الإصطناعي بعد تأكيد اللجنة الطبية المختصة لموت الدماغ .

-إنتظار توقف القلب و الجهاز التنفسي و الدورة الدموية عن العمل سيفوت الفرصة على الحصول على الأعضاء البشرية في حالة جيدة .

كان هذا الموقف الشرعى باختلاف توجهاته ،فكيف سيكون الموقف التشريعي سواء المقارن أو الجزائري ،هذا ما سنبينه في الفروع الموالية

الفرع الثاني

الموقف القانوني من استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي في تحديد الوفاة

حرصت بعض التشريعات على أن تتضمن نصوصا تضمع بمقتضاها تعريفا للوفاة وتحديد المعيار المعتمد لحسم المسألة،بينما أغفل البعض الآخر التعرض لهذه القضية، نظرا لما يرتبط بهما من مشاكل فنية وعلمية، لذلك استوجب علينا الأمر التطرق لها بشيء من التفصيل من خلال التعرض لتوجهات كلا من القانونين الفرنسي والمصري.

[1] أنظر، بلحاج العربي، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة،عدد 42 ،1999، ص .54.

أولا: القانون الفرنسي

لم ينظم القانون الفرنسي قضية الوفاة ولم يقدم تعريفا محددا للموت بل اعتبرها مسألة طبية وفنية على أساس أن اثبات الوفاة تقوم على أدلة متفق عليها طبيا تسمح للطبيب أن يقتنع بموت الشخص، في الوقت الذي كان في حاجة إلى معايير ثابتة لتحديد وقت الوفاة وذلك لخطورة الأمر.فبصدور المرسوم المؤرخ في 1941/12/31 والذي اعتمد على المعيار التقليدي من خلال أخذه بتوقف الدورة الدموية ،ثم نتيجة الإكتشافات الطبية وتغيير المفاهيم صدر المنشور المؤرخ في 1968/04/24 والذي غير المفاهيم واعتمد على توقف خلايا الدماغ،وأكد هذا التوجه أيضا المرسوم رقم96/1041 المؤرخ في 12/02/ 1996 المتعلق بمعاينة لحظة الوفاة قبل إجراء عمليات اقتطاع الأعضاء والأنسجة والخلايا لأغراض علاجية أو علمية [1].

وبعدها ثم التوصل لمجموعة من الشروط الواجب توفرها لإعلان الوفاة على غرار :

-الغياب التام والكامل عن الوعي وانعدام الحركة التلقائية للجسم.

-توقف كافة ردود الأفعال للجذع المخي.

-انقطاع التنفس التلقائي (بدون أجهزة إنعاش) .

-عدم وجود أي نشاط كهربائي في رسم المخ

-موت جميع خلايا الدماغ بحيث لا يكون فيها أي نشاط كهربائي من خلايا الدماغ

-أن تكون جميع الأفعال المنعكسة مفقودة تماما بما في ذلك الأفعال المنعكسة من النخاع الشوكي.

كما يجب التفريق بين بين موت الشخص وموت الأنسجة، فهذه الأخيرة قد تستمر فيها الحياة لفترة ساعتين أو أكثر خاصة إذا تم الإستعانة بأجهزة الإنعاش، وهذا ما يحتاج إليه الأطباء عند نزع الأعضاء من جثت الموتى لزرعها في الأحياء[2] .

[1] Décret n°96-1041 du02/12/1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes ,de tissus et des cellules à des fins thérapeutique ou scientifiques, modifiant le code de la santé publique ,JORF n°282 du 04/12/1996 .Dans un avis donné sur l'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de la mort cérébrale, rendu le 07/11/1988,le comité consultatif national d'étique 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 31/12/1941 avait retenu le critère de l'arrêt de la circulation sanguine ;un circulaire du 24/04/1968 a substitué à ce critère celui de la mort cérébrale ou du coma dépassé. pour plus de détails V.LACUBE Marcela ,la construction de la mort en droit français, Enquête en ligne(7/1999) publie sur le site https://journals.openedition.org/enquete/1564 .

[2] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية... ، المرجع السابق ، ص. 278.

كانت هذه النصوص هي اللبنة الأولى التي نصت على الشروط القانونية،التي لا يمكن بدونها التصريح بصورة صحيحة بموت الإنسان، ليسمح للطب بنزع الأعضاء لزرعها،وبعدها ثم إدراج هذه الأحكام في قانون الصحة العمومية الفرنسية [1].

وبعد التصفح لمواد قانون الصحة الفرنسي بعد تعديلها ومسايرتها للتوجهات الطبية الحديثة،ظهر أن بعض المواد المتعلقة بكيفية تحديد الوفاة وشروطها، على غرار المواد 1231-1 التي تنص على أنه «إذا توقف قلب الشخص وبقي متنفسا،فلا يمكن التصريح بالوفاة ،إلا إذا كانت المعايير السريرية الثلاثة التالية موجودة في وقت واحد:

* الغياب الكلي للوعي والنشاط الحركي التلقائي
* غياب كلي انشاط الدماغ
* غياب كلي للتنفس التلقائي »[2].

والمادة 1231-2« إذا كان الشخص الذي تمت معاينة وفاته عياديا،يتم مساعدته عن طريق أجهزة التنفس،مع بقاء الدورة الدموية في حالة نشاط،فإنه يمكن التحقق من غياب التنفسي الإرادي عن طريق اختبار الغازات في التنفس.وتكملة للمعايير السريرية المشار إليها في المادة 1231-01 أعلاه، ومن أجل التأكد للتلف النهائي للدماغ لا بد من اللجوء إلى:

-إجراء رسم دماغي (électroencéphalogramme)مرتين،بفارق 4 ساعات بين كل واحد منهما وبأقصى تضخيم يستغرق 30 دقيقة من التسجيل ، ويقوم الطبيب بتفسيره فورا .

-القيام بأخذ صور عالية الجودة للأوعية الدموية (angiographie) توضح توقف حركة الدماغ ويقوم الطبيب المختص في التصوير و الأشعة الإ شعاع بتفسيره فورا»[3].

[1] كريمة تدريست، مرجع سابق، ص.310.

[2] Art1231-01 dispose que«Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents :
* Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ;
* Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ;
* Absence totale de ventilation spontanée. » code de la santé publique.

[3] Art1231-02 dispose que « Si la personne, dont le décès est constaté cliniquement, est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique, l'absence de ventilation spontanée est vérifiée par une épreuve d'hypercapnie. De plus, en complément des trois critères cliniques mentionnés à ***l'article R. 1232-1***, il est recouru pour attester du caractère irréversible de la destruction encéphalique :

من خلال هاتين المادتين، يظهر جليا أن تحقق الموت بالمعنى القانوني، يتمثل في الموت الدماغي بالمفهوم الطبي، ومعيار تلف الدماغ هو اليوم المعيار الوحيد الثابت، حيث يجب على القانون مسايرة التطور الطبي،بالنظر إلى معطيات العلم الحالية والتي أكدت أن تلف النظام العصبي وخلايا المخ مرحلة لا رجوع فيها ،ولم يتمكن أي طبيب من إعادة النشاط الدماغي لأي مريض توقف نظام العصبي المركزي.

وعليه لا يمكن استئصال أي عضو أو نسيج من الجثة قبل التحقق تماما من الوفاة، وإذا تم التحقق من الوفاة وأريد استئصال عضو من الجثة لأغراض علاجية، فإنه يسمح باستمرار وسائل الإنعاش حتى يمكن المحافظة على العضو المراد استئصاله في حالة صالحة لزرعه في جسد شخص آخر. ويجب أن يكون الفريق الطبي الذي يقوم بإجراء الاستئصال مختلف تماما عن الفريق الذي تحقق من الوفاة[1].

كما أن معاينة الوفاة حسب القانون الفرنسي تتم بتقسيم الأدوار بين الطبيب وموظف الحالة المدنية حيث يعاين الطبيب الموت طبيا، ثم يأتي دور موظف الحالة المدنية وهو السلطة التي عينها القانون المدني بإعتباره مسؤولا عن التسجيل الرسمي للوفاة .

ويمكن لكل طبيب تحرير شهادة وفاة تشير خاصة إلى وقت الوفاة، وبالنظر إلى شهادة الوفاة الطبية، يحرر موظف الحالة المدنية شهادة الوفاة المدنية التي تضمن الآثار القانونية للوفاة بالنسبة للمتوفي، ويسمح بإصدار رخصة الدفن وإجراءات الجنازة ومنها غلق النعش[2].

ثانيا –في القانون المصري

لم يتضمن التشريع المصري أي نص بشأن تعريف الوفاة وقد أشار القانون رقم260 سنة 1960 في شأن الأحوال المدنية والمعدل بالقانون رقم 11 سنة 1965 في مادته التاسعة والعشرين على ضرورة الإبلاغ عن الوفاة خلال 24 ساعة من حدوثها، وقد استلزمت المادة 01/32من هذا القانون بعض البيانات التي يجب أن يشتمل عليها التبليغ ومنها الوفاة، تاريخها وساعتها ومحلها، ولا يتم القيد في دفتر الوفيات إلا بعد تقديم شهادة بالوفاة وسببها وأن تكون صادرة من طبيب مصرح له بمزاولة مهنة الطب، وفي حالة عدم وجود

1-Soit à deux électroencéphalogrammes nuls et a réactifs effectués à un intervalle minimal de quatre heures, réalisés avec amplification maximale sur une durée d'enregistrement de trente minutes et dont le résultat est immédiatement consigné par le médecin qui en fait l'interprétation .
2-Soit à une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique et dont le résultat est immédiatement consigné par le radiologue qui en fait l'interprétation». du C.S.P..f..

[1] أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق،ص.193 .

[2] RAVILLION Laurence ,Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique , Revue de droit sanitaire et social,1999,P.185.

شهادة طبية يقوم طبيب الصحة في المدن التي بها مكاتب الصحة أو مندوب الصحة في القرى بإجراءات الكشف على الجثة[1].

وهكذا ترك المشرع المصري للطبيب السلطة التقديرية في لحظة الوفاة والتحقق من حدوثها وسببها ولم يحدد له وسائل معينة يستطيع بواسطتها التحقق من الوفاة فهذه مسألة وقائع متروكة لتقدير الطبيب يحددها طبقا للأصول العلمية والطبية للمهنة.

ولم يضع المشرع المصري في القانون 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل زرع الأعضاء معايير محددة للحظة الوفاة فنص في المادة 14 على أنه" لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينيا تستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب،أمراض وجراحة القلب والأوعية الدموية والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، وذلك بعد أن تجري اللجنة الاختبارات الإكلينيكية والتأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت طبقا للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا ويصدر بها قرار من وزير الصحة، واللجنة في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المتخصصين على سبيل الاستشارة.ولا يجوز أن يكون لأعضاء اللجنة علاقة مباشرة بعملية زرع الأعضاء أو الأنسجة ".

وفي السياق ذاته، وضع المشرع المصري عقوبة مشددة تصل إلى حد الإعدام توقع على كل من يقوم بنقل عضو من جسم إنسان دون ثبوت الموت، فنص في المادة 21 من القانون رقم 05 لسنة 2010بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على ما يلي" يعاقب بعقوبة القتل العمد مع سبق الإصرار المنصوص عليها في المادة 230 من قانون العقوبات من نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان دون ثبوت موته ثبوتا يقينيا وفقا لما نصت عليه المادة 14 من هذا القانون مما أدى إلى وفاته مع علمه بذلك، وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن لكل من شارك في إصدار قرار التثبيت من الموت دون إجراء الاختبارات المنصوص عليها في المادة 14 من هذا القانون".

مما تقدّم شرحه، من خلال ما ذكرناه يظهر جليا أن كلا القانونين الفرنسي والمصري، بالرغم من عدم تطرقهما لتعريف الموت،إلا أنهما يعتمدان على التوجه السائد حاليا وفقا للتطورات الطبية بالإعتماد أساسا

[1] محمد سامي الشوا،مرجع سابق ،ص .261.

على موت الدماغ واعتباره دليلا قاطعا على وفاة الشخص والشروع في إستئصال أعضائه البشرية.فهل سلك المشرع الجزائري نفس التوجه ؟.

الفرع الثالث

موقف القانون الجزائري من استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي في تحديد لحظة الوفاة

باعتبار أن تحديد لحظة الموت تعني شرعا وقانونا الحكم بالموت، فلقد احتلت مسألة تحديدها والتأكد من حدوثها مساحة واسعة من جهود شراح القانون مثلهم في ذلك مثل علماء الطب وفقهاء الشريعة الإسلامية.وإذا كان تحديد لحظة بدأ الحياة أو الوجود للجسم البشري هو الإعلان عن دخول الكيان المادي للإنسان إلى نطاق الحماية المقررة له، فإن الوقوف على لحظة حدوث الوفاة يعد الفيصل في انتهاء نطاق هذه الحماية هذا بمفهومه الواسع. فبتحقق الموت ينتهي وصف الجسم عن الكيان المادي للإنسان ليدخل إلى باب الأحكام الخاصة بحماية حرمة الجثث وشتان بين النطاقين فليس الميت كالحي وليس تدنيس الجثة والمساس بها كانتهاك حرمة جسم الإنسان الحي[1].

المشرع الجزائري مثل أغلب التشريعات (الفرنسي،المصري، الإنجليزي) لم يعط تعريفا للوفاة وذلك لصعوبة المسألة وإشكالاتها العلمية والفية والدينية مكتفيا بالنص على أن نهاية شخصية الإنسان تنتهي بموته دون أن يتوسع في مفهوم الموت،وذلك من خلال المادة 25 من القانون المدني[2].أما بخصوص الإثبات في الجانب الإداري فيكون عن طريق سجلات خاصة يتم الإحتجاج بها حسب نص المادة 26 [3]من نفس القانون.

وتماشيا مع ما تم ذكره، ومن خلال قانون الصحة الجزائري الملغى،وجدنا أن المشرع لم يهتم بتحديد لحظة الوفاة ولم نجد ما يوحي بالمعيار المعتمد عليه، فقط ما نصت عليه المادة 164 من القانون 17/90[4] المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم للقانون 85-05. فالمشرع لم يقم بتعريف الوفاة ولا معايير تحققه، واتخذ موقف السكوت وترك سلطة التحقق من الموت وسببه للجنة الطبية المحددة في نص المادة 167 والتي عليها أن تتأكد من تحقق الوفاة معتمدة على المقاييس أو المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة

[1] عمرون شهرزاد ، المرجع السابق ، ص 53

[2] تنص المادة 25 على أنه « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا،وتنتهي بموته » من ق.م.ج

[3] تنص المادة 26 على أنه « تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك» من نفس القانون

[4] تنص المادة 164 على أنه « لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الاثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة» القانون 90-17 المؤرخ في 09 محرم 1411 الموافق 31 يوليو 1990 ،يعدل و يتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 و المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ،ج.ر عدد35 لسنة 27 ،ص.1123.

العمومية مع ضرورة إثبات الوفاة من قبل طبيبين على الأقل وطبيب شرعي. هذه المعايير جاءت في قرارين وزاريين يحددان المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بنزع الأعضاء، الأول رقم 89-39 صادر بتاريخ 26 مارس 1989، الثاني رقم 2002-34 الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 .[1]

أولا –المعايير العلمية للوفاة حسب القرار المؤرخ 1989/03/26

من خلال الإطلاع على أحكام القرار الوزاري المؤرخ في 26 مارس 1989 الذي يحدد المعايير الطبية التي يتعين مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بنزع الأعضاء، يتبين أنه أخذ بالمعيار الحديث كمعيار أساسي للتأكد من الوفاة أي معيار الموت الدماغي، وبحسب المادة الأولي من القرار فإن الوفاة تثبت كما يلي :

-المعايير الإكلينيكية ،

-المعايير المتعلقة بإنعدام الوعي،

-المعايير الكهربائية (التأكد من موت خلايا المخ باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي)،

-إجراء فحوصات أخرى خاصة،

غير أن هذا القرار تعرض للنقد من قبل الأطباء على أساس أن واضعي هذا القرار اعتمدوا على مقاييس علمية دولية متطورة لا يمكن تطبيقها في الجزائر، نظرا لقلة الأجهزة الطبية في المستشفيات، هذا ما أدى إلى صدور قرار وزاري ثاني ألغى الأول ووضع ضوابط جديدة لمعاينة الوفاة[2].

ثانيا –المعايير العلمية للوفاة حسب القرار المؤرخ في 2002/11/19

نشير إلى أن هذا القرار أخذ أيضا بالموت الدماغي في إثبات الوفاة، غير أن المعايير المعتمدة عليها تختلف عن المعايير المعتمدة في القرار الأول، وبحسب المادة الثانية من هذا القرار حيث تثبت الوفاة ب:

-الإنعدام التام للوعي؛

- غياب النشاط العفوي الدماغي؛

- التأكد من الإنعدام التام للتهوية العفوية عن طريق إختبار Hypercapnie؛

- التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ومن إنجاز طبيبين مختلفين[3]؛

[1] أشار إليهما،سليمان النحوي ، تحديد لحظة الوفاة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، معارف ،قسم العلوم القانونية ، جامعة البويرة ،عدد13،سنة 2018 ،ص.46.

[2] أنظر، عبد الكريم مأمون، رضا المريض ...،مرجع سابق، ص 342 .

[3] Art 2 de l'arrêt du 19/11/2002 fixant les critères scientifiques permettant la constatation médicale et légale du décès en vue du prélèvement d'organes et de tissus :

ومع هذا النقص في القوانين،انتظرنا من المشرع الجزائري أن يتدارك هذه الثغرات من خلال تعديل القوانين التي لها صلة بالموضوع على غرار قانون الصحة،فبالرغم من إصداره للقانون الجديد رقم 18-11 إلا أنه جاء خاليا من أي تعريف للوفاة أو المعايير المحددة له،ما عدا الإشارة إلى بعض الإجراءات المتعلقة باجراءات الوفاة والدفن ،مثل وجوب تحرير شهادة طبيبة من طرف طبيب يثبت الوفاة وأسبابها كشرط جوهري لاستخراج تصريح بالدفن، لأنه لا يمكن الدفن دون الحصول على التصريح وهذا حسب المادة 204 [1]من قانون الصحة الجديد.

وأيضا المادة 362 [2]من نفس القانون والتي نصت على عدم نزع الأعضاء من الشخص المتوفي إلا بعد المعاينة الطبية والشرعية للوفاة، حسب المعايير الصادرة عن وزير الصحة.لكن لم يصد أي تنظيم عن الوزير المختص بخصوص الموضوع ماعدا القرار السابق، والذي يُعتبر قديم بالنسبة للقانون الجديد وهذا ما يتعارض مع المبادئ القانونية.ولكن بالرجوع للمادة 449[3] من نفس القانون أشارت إلى بقاء النصوص التنظيمية سارية المفعول إلى غاية صدور نصوص جديدة .

وعليه، تبقى المعايير الصادرة في القرار الأخير رقم 34 لسنة 2002 سارية المفعول إلى إشعار لاحق، بالرغم من أنها صدرت قبل قانون الصحة الجديد إلا أنها حملت معايير طبية هي نفسها المعمول بها في الساحة الطبية حسب التوجه الجديد، فما على الوزير المكلف بالصحة سوى تأكيدها وإصدارها في قالب قانوني جديد،لأنها هي نفسها المعايير المعتمدة في تشخيص الوفاة عن طريق موت الدماغ حيث لم يُشر القرار إلى توقف القلب ولا الدورة الدموية التي تعد من المعيار التقليدي لتحديد الوفاة. ومن هذا المنطلق يلاحظ توجه المشرع الجزائري إلى اعتماد معيار موت الدماغ في حالة كون الشخص المصرح بوفاته محل لنزع الأعضاء

« les critères scientifiques prévus à l'article 1er ci-dessus sont fixés comme suit
-Absence totale de conscience et d'activités motrice spontanée,
-Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral,
- Absence totale de ventilation spontanée vérifiée par une épreuve d'hypercapnie,
- Deux électroencéphalogramme interprétés par deux médecins différents » ,

أشار إليه أيضا مامون عبد الكريم ،المرجع السابق ، ص. 344 .

[1] تنص المادة 204 منه « لا يتم الدفن إلا على أساس شهادة طبية لإثبات الوفاة يعدّها طبيب حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

تبين هذه الشهادة المحرّرة حسب نموذج تعده الإدارة المختصة ،سبب أو أسباب الوفاة وعند الإقتضاء المعلومات المفيدة للصحة العمومية وفق شروط تضمن سرّيتها» .

[2]تنص المادة 362 منه « 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».

[3] تنص المادة 449 منه «تلغى أحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 و المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،المعدل والمتمم ،غير أن النصوص المتّخذة لتطبيقه تبقى سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المنصوص عليها في هذا القانون».

تطبيقا لأحكام المادة 362 من قانون الصحة الجديد، مع بقاء العمل بتوقف القلب والجهاز التنفسي في حالة وفاة عادية يكون صاحبه في منأى عن المساس بأعضائه،مع تحرير شهادة طبية للوفاة وفق المرسوم التنفيذي 22-178 الذي يحدد نموذج الشهادة الطبية للوفاة[1]،مع التأكيد على تحديد نوع الوفاة في الشهادة الطبية حتى يتسنى لأهل الميت وضابط الحالة المدنية معرفة التفاصيل ونوع الوفاة(عادية أم موت الدماغ) .

وما يؤكد أيضا أن المشرع الجزائري ربط بين معيار موت الدماغ والتبرع بالأعضاء هو ما جاءت به لمادة12/05 [2]من المرسوم التنفيذي رقم12-167 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها والتي أكدت أن معاينة الوفاة المطلوبة في التبرع بالأعضاء هي معاينة موت الدماغ.

وخلاصة القول في هذا الفرع،هي أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا للوفاة واعتبرها مسألة طبية،ونص على الأخد بالموت الدماغي كمعيار أساسي للتأكد من الوفاة حسب القرار الصادر عن وزير الصحة في حالة التبرع بالأعضاء .لكن المشكلة أن مستشفياتنا تفتقر للأطباء الأخصائيين في هذا المجال وأيضا للأجهزة الطبية المتطورة والخاصة بتحديد الموت الدماغي، حيث لا يزال بعض الأطباء يعتمدون على مؤشرات تقليدية للتأكد من الوفاة حسب الإمكانيات المتوفرة لديهم، ولكن هذه المؤشرات أصبحت غير دقيقة مقارنة والتطور العلمي الذي وصل إليه الطب في الدول المتقدمة.

ونشير في الأخير أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن الإنعاش الإصطناعي في قانون الصحة الجديد،مما يؤدي إلى غياب الضمانات القانونية لاستعمال هذا النوع من الأجهزة والحالات التي يمكن ايقافها عن المريض.لكن حسب المعيار الحديث الذي اتخده في تحديد الوفاة ،فيظهر أنه يمكن توقيف هذه الأجهزة في حالة التحقق من موت الدماغ.

إذن الإشكال لا يكمن في تعريف الوفاة بقدر التحقق منها بسبب نقص الإمكانيات المادية التي تعاني منعا المستشفيات، فكيف نريد تشجيع ونشر ثقافة التبرع بالأعضاء وبالمقابل لا توجد أجهزة طبية متطورة لتحديد الوفاة دماغيا والإستفادة من الأعضاء البشرية في حالة جيدة .لذا يجب على الدولة تدارك هذا الأمر عاجلا و ليس أجلا.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 22-178 المؤرخ في 28 أفريل 2022 ،يتعلّق بالشهادة الطبية للوفاة ،ج ر عدد 32 ،لسنة 59 ،ص.15.

[2] تنص المادة 12/5 منه «تكلف الوكالة في مجال انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا من جسم الإنسان، على الخصوص بما يأتي:

-تقييم النتائج المختلفة للزرع ومتابعة تطور الحالة الصحية لمستقبلي الزرع من خلال متبرعين في حالة موت دماغي ومتبرعين ومستقبلين للزرع من خلال متبرعين أحياء مع الفرق الطبية الجراحية المعنية » من المرسوم التنفيذي المتعلق بانشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء ...

بعد دراسة الموقف الشرعي والقانوني من تحديد الوفاة والمعيار المعتمد في ذلك من أجل الحصول على الأعضاء البشرية في حالة جيدة وصالحة لإنقاد شخص آخر،ستم التطرق في المطلب الموالي للشروط الواجب توافرها من أجل الحصول على الأعضاء من الجثة دون المساس بحرمتها.

المطلب الثالث

الضوابط العامة لاستئصال الأعضاء من الجثة

تعتبر جثة الإنسان مصدرا ومخزونا للأعضاء البشرية إن صحّ التعبير في حالة عدم توفرها من الأحياء، إذ تكون جثة الإنسان المورد الوحيد لعمليات نقل الأعضاء الوحيدة مثل القلب والكبد؛ لذا اتجهت معظم القوانين إلى السماح بالمساس بالجثة الإستفادة من بعض الأعضاء الوحيدة مثل القلب والرئة التي يتعذر الحصول عليها من الأحياء.

لكن الإشكال الذي يُطرح هل يتم النزع مباشرة أم أن هناك قيود قانونية مفروضة؟وهل يجب على الشخص اتخاد موقف أثناء حياته بخصوص المساس بجثه ؟أم مصيره ينتقل لغيره؟ كيف عالجت الشريعة الإسلامية هذا الموضوع؟.

للإجابة على هذه التسؤلات سنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع،حيث نتناول في الفرع الأول الشروط المطلوبة لإستئصال الآعضاء من الجثة،وفي الثاني إلى موقف الشخص في التصرف في جسده بعد الموت،وفي الفرع الثالث إلى كيفية إنتقال حق التصرف في الجثة إلى الغير،وأخيرا إلى موقف الشريعة الإسلامية بخصوص المساس بالجثة.

الفرع الأول

الشروط المطلوبة لاستئصال الأعضاء من الجثة

لاشك أن مشروعية إجراء العمل الطبي الخاص باستقطاع وزرع الأعضاء البشرية يتطلب من المشرع ترجيح المصلحة العامة، ووضع تشريع ينظم هذه المسألة يسمح من ضبط تلك العمليات وجعلها تحت السيطرة حتى لا تخرج عن هدفها وبالمقابل المحافظة على حرمة الميت،وعليه يمكن تقسيم هذه الشروط إلى عامة وخاصة .

أولا :الشروط العامة :

أن تتم عمليات استئصال الأعضاء ونقلها في مستشفيات عمومية يتم تعيينها مسبقا وهذا ما نصت عليه المادة 366[1] من قانون الصحة الجزائري، وقرار وزير الصحة رقم 30 المؤرخ في 2 أكتوبر 2002[2] المتعلق بالمؤسسات المخول لها القيام بعملية نزع الأعضاء وزرعها.كما تم النص على ترتيب المسؤولية الجزائية لكل من يمارس نزع وزراعة الأعضاء خارج المؤسسات المرخص لها بذلك بحسب المادة 433[3] من قانون الصحة.

أما بخصوص المشرع المصري فقد فرض إجراء هذه العمليات في المراكز المتخصصة التي يصدر بشأنها قرار من وزير الصحة، حسب المادة 12[4] من القانون رقم 05 لسنة 2010 مع تحديد مدة سنة قابلة للتجديد إلى 03 سنوات،حسب إلتزام المراكز بالمعايير المفروضة.أما المشرع الفرنسي بدوره تطرق لهذه النقطة من خلال قانون الصحة العامة وأن نزع الأعضاء على وجه التبرع لا يمكن إجراءها إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها من السلطة الإدارية بعد استطلاع رأي وكالة الطب الحيوي، وهذا الترخيص يمنح لمدة 05

[1] تنص المادة 366 على أنه « لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة ،بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء .

يجب أن تتوفر المؤسسات الإستشفائية على تنظيم طبي-تقني وتنسيق استشفائي،كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء و الأنسجة ». من ق.ص..

[2] تمت الإشارة لهذا القرار في الفرع الثاني من المطلب الثالث ضمن الشروط الطبية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من هذه الأطروحة.

[3] تنص المادة 433«يعاقب كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية أو يمارس نشاطات المساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسة غير مرخص لها بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات و بغرامة مالية من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج » .

[4] «يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين فى شأن ما تم إجراؤه من عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة فى هذا الشأن وما يجب أن يتسم به تنظيم عمليات التبرع والزرع من شفافية، فإذا ثبت توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليها يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات.

ويكون إصدار الترخيص وتجديدة مقابل رسم تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون فئاته بما لا يجاوز عشرين ألف جنيه لكل ترخيص أو تجديد له.

ويجب أن يتسم تنظيم وتنفيذ أنشطة التبرع والزرع بالشفافية على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون». المادة 12 من القانون 05لسنة 2010

سنوات قابلة للتجديد وفقا لما نصا عليه المادة 1233-01[1]،مع تقرير عقوبة الحبس لمدة سنتين وغرامة مالية تقدر بـ 30.000أورو[2] في حالة الإخلال بشرط الحصول على هذا الترخيص القانوني.

نلاحظ أن كلا المشرعين الفرنسي والمصري حدّدا مدة زمنية للمراكز المتخصصة حتى تبقى دائما محافظة على الشروط والمعايير المتفق عليها،وخلق نوع من المنافسة،عكس المشرع الجزائري الذي أهمل هذه النقطة.

02-أن لا يشارك الطبيب الذي قام بالتحقق من حالة الوفاة في عمليات الاستئصال ونقل الأعضاء، وهذا ما جاءت به المادة 02/363[3] من قانون الصحة الجزائري، وهذا تجنبا لعدم تكليف الطبيب بمهمتين في نفس الوقت ، أولهما تتمثل في التحقق من الوفاة وإثباتها فيسجل خاص، وثانيهما تتمثل في القيام بإجراء عملية نقل الأعضاء من الجثة وزرعها في المريض الحي حيث يعتبر هذا الأمر صائب لغلق الباب أمام التلاعب والمضاربة في حياة الأشخاص للانتفاع بأعضائهم.

أما المشرع المصري لم يكن واضحا بخصوص هذه النقطة،وأشار فقط بموجب المادة 13[4] من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية على منع أعضاء اللجنة الطبية الثلاثية المكلفة بالموافقة على إجراء عمليات الزرع من المشاركة في العمليات الطبية المتعلقة بزرع الأعضاء.

ويرجع أساس منع الطبيب الذي عاين الوفاة من مشاركته في الفريق الطبي الذي يقوم بالإستئصال هي اعتبارات أخلاقية فلو سمح له فسيقوم بذلك لحساب المستقبل ولمصلحته،وبالتالي عدم النزاهة في إعلان الوفاة

[1] Art1233-01« prélèvements d'organes en vue de don à des fins thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative après avis de l'Agence de la biomédecine.
L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable» C.S.P..f.

[2] Art 511-7 «Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des greffes d'organes,à des prélèvement de tissus ou des cellules, à des greffes de tissus ou à des administrations de préparations de thérapie cellulaire, à la conservation ou à la transformation de tissus ou de préparations de thérapie cellulaire dans établissements n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 1233-1, L. 1234-2, L. 1242-1, L. 1243-2 ou L. 1243-6 du code de la santé publique, ou après le retrait ou la suspension de cette autorisation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende ». code pénal.

[3] تنص المادة 366« يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة و إثبات وفاة المتبرع من الفريق الطبي الذي يقوم بالزرع » .

[4] تُشكل بقرار من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية لجنة طبية ثلاثية فى كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع، وذلك من بين الأطباء المتخصصين ، من غير المالكين أو المساهمين فى هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية، تختص دون غيرها بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية طبقاً للأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون و لائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له.
ولا يجوز لأعضاء اللجنة أن يشتركوا فى إجراء عمليات الزرع أو تولى الرعاية اللاحقة لأى من المتلقين بالمنشأة» المادة 13 من قانون 05 لسنة 2010 .

وهذا يتنافى مع مبدأ احترام الجثة وأخلاقيات عملية نقل الأعضاء،إذ أنه من الممكن أن يتسرع في إعلان الوفاة هذا من جهة.بالإضافة أيضا إلى ،[1].

أن لا يتم الإعلان عن اسم المتنازل للمتلقي ولا أسرته وهو ما نصت عليه المادة 01/363 [2]من قانون الصحة الجزائري ، والمادتين 1211-5 و1221-7 والمشار إليهما سابقا في الفرع الأول من المطلب ضمن الشروط الواجب توافرها في طرف العملية،تحت مبدأ السرية principe d'anonymat في قانون الصحة العامة الفرنسي.

-عدم جواز إجراء عمليات الاستئصال لجثث الموتى إذا كان ذلك يعيق عمل الطبيب الشرعي :

حيث أنه من أجل القيام بعمليات التشريح على أكمل وجه والوصول إلى تحديد أسباب الوفاة،منع المشرع الجزائري القيام باستئصال الأعضاء من الجثة بنص المادة 03/363[3]،لكن بالمقابل لم يذكر الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المختص الذي يجيز الاستئصال[4] .

ثانيا :الشروط الخاصة

وتتمثل هذه الشروط الخاصة فيما يلي :

– عدم جواز القيام بعمليات استئصال الأعضاء البشرية من الجثة إلا بعد التحقق من موت المتبرع، وخاصة إذا كانت الأعضاء المراد استئصالها ضرورية للحياة، كالقلب مثلا الذي لا يجوز استئصاله من شخص حي وجب انتظار مدة معينة على الإعلان عن الوفاة، هذه المدة تختلف بين مختلف التشريعات [5].

– الالتزام بالسر المهني في عمليات نقل الأعضاء،ولا يجوز صدور أي بيان عن هذه العمليات إلا عن طريق المختص بذلك قانونا وهو إدارة المستشفى.

– قصر الاستئصال على جثث رعايا الدولة المنظمة لهذه العمليات ما لم يعبر المتوفى الأجنبي على عكس ذلك صراحة. غير أنه هناك وجهة مستشار الدولة الفرنسي BURIN DES ROSIERS الذي يرى أنه بعد الموت لا يعد هناك أي وجود للحالة الشخصية للأجنبي المقيم في فرنسا والتي تحكمه مادام

[1] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص .154 .

[2] تنص المادة 01/363 على أنه « يمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع» .

[3] تنص المادة 03/363 منه «ويمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي».

[4] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء.....، ص .256 .

[5] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء.....، ص .266.

موجودا على قيد الحياة، فيمكن إذن تطبيق نصوص القانون الفرنسي على الأجنبي المتوفى في فرنسا مما سيسمح بزيادة عدد حالات اقتطاع الأعضاء المنجزة في فرنسا[1] .

– كما يجب الإشارة إلى وجود رأي يقول بوجوب نص المشرع الجزائري على شرط مفاده :قصر عمليات استئصال الأعضاء من جثث الأموات دون الأحياء، وهذا من أجل التحكم أكثر في الميدان وتجنب المتاجرة بالأعضاء البشرية، حيث هذا الشرط موجود حتى في التشريعات الغربية [2].

وعلية،يتبين مما تقدم أن التشريعات قيدت الأطباء عند استئصال الأعضاء من الموتى بشروط من أجل ضمان حماية الجثث وتجنبا لأي عبث يؤدي للمساس بحرمة الميت وجعله عرضة للتجارب والمتاجرة بأعضائه.

الفرع الثاني

موقف الشخص في التصرف في جسمه بعد موته

إن المبدأ في مجال التصرفات الواردة على جسم الإنسان هو الرضا،حيث يكتسي جسم الإنسان حرمة خاصة سواء أثناء حياته أو بعد مماته،لأنه يملك كامل الحرية بالتصرف في جسمه، والسماح بانتفاع الغير من أعضائه بعد وفاته؛ وهذا الأمر لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، لأن الهدف من وراء ذلك هو التضامن الإنساني الذي يسعى إلى إنقاذ حياة الآخرين المهددة بالموت مادام هذا الأمر بعيد عن المعاملات المالية. وإذا كانت الموافقة الصريحة والحرة ضرورية لشرعية المساس بجسم المتبرع وهو على قيد الحياة، فإنها كذلك لاستئصال الأعضاء من جثته بعد مماته،وعليه يجب على الطبيب قبل مباشرة استئصال الأعضاء من الجثة، يجب عليه أولا التأكد والتحقق من إرادة الشخص بخصوص استئصال أعضائه بعد وفاته.فكيف نظمت القواعد القانونية هذا التصرف؟ . .

أولا– صور تعبير الشخص عن موقفه

إذا كانت الموافقة الصريحة والحرة من الشخص ضرورية لمشروعية التصرف في جسمه أثناء حياته وهو بكامل قواه العقلية والجسدية،فتبقى كذلك حتى في وفاته ومباشرة إستئصال الأعضاء من جثته .وبالرغم من تأكد الطبيب من وفاة الشخص إلا إنه لا يملك السلطة لمباشرة العمل على جثة الشخص ونزع الأعضاء إلا

[1] H. KREIS et J.HAMBURGER, Les aspects juridiques et médicaux des transplantations d'organes, Groupe coopératif de l'île de France (G.C.I.F), Paris, 1992, p.95 .

[2] رأي الأستاذ مروك نصر الدين خلال ملتقى حول النقص القانوني الذي يعاني منه القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المنعقد بتاريخ 1997/05/12، مشار إليه في مؤلفه أحكام نقل و زرع الأعضاء البشرية من الأموات ....،ص.158.

بعد إطلاعه على موقف المعني بالأمر أثناء حياته ،لكن أحيانا تأتي الوفاة فجأة ولا يوجد ما يبين موقف الشخص .فكيف يتصرف الطبيب في هذه الحالة؟.

هذا ما سنحاول التطرق إليه بالتفصيل والشرح من خلال إبراز مختلف صور التعبير كالوصية بأشكالها واعتماد بطاقات تحدد موقف الشخص بعد موته .

1-الوصية

على الرغم من أن جسم الإنسان ليس بمال ولا يدخل ضمن التعامل المالي،إلا أن بعض التشريعات أدخلته ضمن الأشياء التي يمكن الوصية بها[1]،وبالتالي نصت على ضرورة أن يتم تعبير الشخص عن إرادته بشأن التصرف في جثته عن طريق الوصية[2]،وهي تعبير الشخص عن إرادته الصريحة بإعطاء الإذن للطبيب الجراح استئصال أي عضو من أعضائه،فتكون الوصية تصرفا أحاديا. وسميت وصية لأن الميت يحرر وصية في حياته لتنفيذها بعد مماته.أما الوصية شرع،ا فهي تمليك إلى ما بعد الموت بطريق التبرع،كما نصت على ذلك المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري سواء أكان الموصى به عينا أم منفعة[3].

كما يجب أن تصدر الوصية الواقعة قبل الوفاة عن إرادة حرة غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة (الغلط،الإكراه، الإستغلال ،التدليس).وعليه، يشترط في الوصية المتعلقة باستئصال الأعضاء من الجثت ما يلي:

-منها ما يرجع إلى الباعث من ورائها حيث لا يجب أن يكون أمرا منافيا للشرع أو للقانون أو للأخلاق أو الآداب العامة، فمن حق الشخص قبل وفاته أن يوصي بكامل جسده أو بجزء منه أو بنسيج من أنسجته لأغراض علمية أو علاجية، وتعتبر الوصية بالجثة لمثل هذه الأغراض من المصادر المهمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية [4] .

---

[1] افتكار مهيوب دبوان المخلافي، مرجع سابق،ص.338.

[2] إن استعمال مصطلح الوصية في هذا النوع من التصرف غير دقيق من الناحية القانونية،لأن الوصية لا ترد إلا على الأموال التي تصلح أن تكون محلا للتركة،ولما كان الجسم البشري خارج التعاملات المالية فبالتالي لا يدخل في التركة ولا يصح إطلاق هذا الوصف على التصرف المتعلق بالأعضاء البشرية.ولهذا نجد الفقيه SAVATIER يستعمل مصطلح التنازل في مجال الدم.وهناك من يرى أن لا يوجد مانع من استعمال هذا المصطلح في التصرف بأعضاء الجثة،فالشخص الذي يطلب استعمال جثته من أجل أغراض علاجية أو طبية بعد وفاته،لا يقوم إلا بمجرد تصرف مضاف إلى بعد الموت وهذا هو تعريف الوصية،وبالتالي لا يوجد سبب لإستعمال مصطلح آخر.لمزيد من التفاصيل راجع حسام الدين كامل الأهواني،مرجع سابق،ص191 .خالد مصطفى فهمي،مرجع سابق،ص.418

[3] سميرة عايد الديات ، المرجع السابق ، ص 296 .

[4] سميرة عايد الديات ، المرجع نفسه، ص. 298.

-يشترط لصحة الوصية أن تتوفر في الموصي بعض الشروط، فيجب أن تكون موافقة الموصي صريحة قبل وفاته وأن تكون واضحة لا لبس فيها ويجب أن تصدر عن إرادة حرة وخالية من العيوب التي تشوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال. كما يشترط أن تصدر الوصية عن شخص سليم العقل، حيث أجمع الفقهاء على اشتراط أن يكون الموصي عاقلا مميزا، فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية [1] .

- كما يجب أن تصدر عن شخص له الأهلية الكاملة لإبرام هذا النوع من التصرفات وهو ما نصت عليه المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري بقولها »[2]. أما إذا كان الموصي قاصرا، فلا يمكن الإقتطاع من جثته إلا بعد الموافقة الكتابية من وليه أو ممثله الشرعي وهو ما نصت عليه المادة 1232-2 من قانون الصحة الفرنسي[3].

كما يشترط أيضا في الوصية أن تكون بدون مقابل وعدم استفادة الموصي المتبرع من أي تعويض أو امتيازات. وباعتبار الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فله الحق في أن يرجع عن وصيته. وبالإضافة إلى ذلك ،فإن نطاقها يشمل جميع اعضاء الجسم بما في ذلك الأعضاء الوحيدة والغير متجددة مثل القلب إلا ما ثم تحريم نقله لارتباطه باختلاط الأنساب والحامل للصفات الوراثية مثل الخصية والمبيض[4].

***شكل الوصية**

اختلفت التشريعات بخصوص شكل التعبير عن إرادة الموصي في حالة قبوله الإستئصال من جثته، فذهبت بعض التشريعات إلى الأخد بنظام الوصية كالقانون المصري الذي أجاز صراحة الوصية الخاصة بالعين بموجب القانون رقم 103 لسنة 1962 في مادته الثانية، وهذا الإيصاء لا يكون لشخص معين بالذات بل إلى بنك العيون وما أكدها بقرار وزير الصحة رقم 654 لسنة 1963[5].وختمها بالمادة 08[6] من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية والتي تضمنت إما أن تكون وصية موثقة،ورقة رسمية،إقرار.

---

[1] أنظر، عمر حمدي باشا، عقود التبرعات(الهبة، الوصية، الوقف)،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ، ص .48.

[2] تنص المادة 186 منه « يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغ من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل» ، قانون الأسرة الجزائري.

[3]« Si la personne décédée était un mineur, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L. 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacune des personnes investies de l'exercice de l'autorité parentale y consente par écrit.»Art 1232-01 modifié par art 11 du loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

[4] عبد الكريم مامون ، المرجع السابق ، ص. 416 .

[5] منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص. 153.

[6] تنص المادة 08 «يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة علي حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أونسيج من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصي بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقاً للاجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون»، قانون تنظيم الأعضاء البشرية.

ومن ثم يتضح لنا أن المشرع المصري اتجه إلى الأخذ بالشكل في الوصية بالأعضاء وهو الكتابة وإن تعددت صورها من حيث التوثيق في أي ورقة رسمية[1] .

وبالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد سمح القانون الصادر في07 جويلية 1949 بإستئصال قرنية العين في الحالة التي يكون فيها المتوفي قد وافق على ذلك بموجب وصيته[2]؛ لكن بموجب قانون CAILLAVET لسنة 1976 أصبح يأخذ بما يسمى «قرينة الموافقة»[3]،وهذا ما ورد في نص الفقرة الأولى من المادة الثانية «يمكن اقتطاع الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية من جثة شخص لم تعترض أثناء خياته على الإعتراض»[4].وأبقى على هذا المبدأ في القانون الصادر سنة 1994 لأنه لم يأت بتعديلات جوهرية في مجال نقل الأعضاء من الأموات و تبنى نفس المبادئ.

وقرينة الموافقة هي حيلة قانونية إعتمدها المشرع الفرنسي نقل بموجبها عبء إثبات الموافقة من الجراح إلى المتبرع بالعضو، فالإقتطاع من الجثث جائز إلا إذا عارضه المتوفي صراحة أثناء حياته حيث تستخلص موافقة المتبرع بطريقة ضمنية على أساس أن الذي لم يعترض على الإقتطاع يعتبر قد وافق عليه، وبالتالي لم يعد هناك حاجة إلى الموافقة الصريحة للمتبرع لكي يتم إقتطاع من الجثة إلا في حالات محددة مثل الإقتطاع لأغراض علمية أو من جثة قاصر أو عديم الأهلية[5].وهذا مانصت عليه المادة 1232-2 [6]من قانون الصحة العامة.

---

[1] عمرون شهرزاد ، المرجع السابق ،ص. 238.

[2] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 286 .

[3] لقد أبدى بعض الفقه معارضة شديدة لقرينة الموافقة التي جاء بها قانون CAILLAVET ، فقد اعتبرها البعض فخا من المشرع لغرض إقتطاع الأعضاء من الأشخاص الذين يتوفون فجأة خاصة الوفيات الناتجة عن حوادث المرور ، كما أن هذه القرينة حسب رأيهم تسهل الوصول لأعضاء المتشردين و المحرومين الذين يجهلون القانون ؛ في حين إعتبر آخرون أن المساس بالجثة بهذه الطريقة إنكار لقواعد الديمقراطية ؛ و بالمقابل فقد أثنى جانب من الفقهاء على هذا القانون واعتبر قرينة الموافقة هي الحل الأنسب لمشكلة الموافقة على الإقتطاع و توفير الظروف القانونية الملائمة لإقتطاع أكبر عدد ممكن من الأعضاء البشرية من الجثث لتلبية الطلبات المتزايدة على زرع الأعضاء، وهذا عكس الموافقة الصريحة التي تعرقل كثيرا عمليات الإقتطاع. أنظر في هذا الصدد ،مامون عبد الكريم،رضا المريض..،مرجع سابق،ص520

[4] Art02 dispose que «le prélèvement d'organes sur le cadavre d'une personne lorsque, de son vivant, elle n'avait pas fait connaître son refus d'un tel prélèvement. Les lois de bioéthique du 29 juillet 1994 et du 6 août 2004 ont procédé de la même façon. La règle posée est une présomption de consentement au prélèvement après le décès» la loi Caillavet du 22 décembre 1976.

[5] MONDEILLI Eric ,L'essentiel de la bioétique et du droit de la biomédecine ,Extenso Edition, Paris, 2008, p.145.

[6]Art1232-2 dispose que «Si la personne décédée était un mineur, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article **L. 1232-1** ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacune des personnes investies de l'exercice de l'autorité parentale y consente par écrit» code de la sante publique.

وعليه، فبالرغم من محاولة المشرع الفرنسي التخفيف من قرينة الموافقة الضمنية ،باستثناء الإقتطاع الذي يكون لأغراض علمية محمضة أو الإقتطاع الذي يكون من جثة القاصر، فلا يشترط الموافقة الصريحة للمساس بالجثة[1] . أما بخصوص المشرع الجزائري،في البداية كان يشترط الكتابة بموجب المادة 2/164 [2]من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى،لكن بعد تعديل سنة 1990 أصبحت هذه المادة تنص على التعبير بصفة عامة دون تقييد أو تحديد[3] .

باستقراء النصين، نلاحظ أن المشرع في النص القديم اشترط الموافقة الكتابية للمتوفي لكنه تراجع في التعديل عن الكتابة وبسط في إجراءات التنازل عن الأعضاء،حيث يمكن للمتبرع التنازع عن أعضائه إذا عبر عن ذلك بكافة أساليب التعبير[4] سواء بالكتابة أو الإشارة، كما يمكن أن يتم ذلك بإتخاد موقف لا يدع مجالا للشك، ويمكن للمتبرع أن يوصي أهله بعدم الإعتراض على التبرع بعد وفاته، كما يمكنه تحديد العضو[5] .

ولعل السبب في تراجع المشرع عن اشتراط الكتابة في تعبير المتوفي عن إرادته ورغبته في التبرع بأعضائه، قد يرجع إلى أنه لا يتصور أن يفكر إنسان متمتع بصحة جيدة في الإيصاء كتابة بأعضاء من جثته.ومن جهة أخرى،لا يتصور مطالبة شخص مريض يخضع لعملية جراحية تحدد مصيره بأن يوصي كتابة باستئصال عضو من جثته وأن مجرد التفكير في ذلك يؤثر سلبا على حالته الصحية والنفسية؛بالإضافة إلى أن إعتماد الشكلية رغم حجيتها يؤدي إلى إنقاص عدد الراغبين في التبرع بأعضائهم بعد الموت[6] .

أما الجديد في قانون الصحة الجزائري رقم 18-11،فقد أبقى على نفس التوجه الذي كان في المادة02/164 من القانون 90-17،أي التعبير بالطرق المتعرف عليها ،مع إضافة شرط جديد يتمثل في سجل الرفض الذي يعبر من خلاله الشخص عن رفضه التام التبرع بأعضائه بعد الوفاة وهذا حسب المادة

---

[1] OIKAOUI Younes,Don, prélèvement et transplantation d'organes en droit marocain:étude rospective a partir du modèle français, thèse de doctorat de l'Université de Toulouse, 2010.p.134. publié sur le site https://www.theses.fr/2010TOU10038.

[2] نصت المادة 02/164 على أنه « وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة ....».القانون 85-05 الملغى.

[3] نصت المادة 02/164 منه « وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله لذلك» . القانون 90-17 الملغى.

[4] تنص المادة 60 على أنه « التعبير عن الكتابة يكون باللفظ والكتابة ،أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاد موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا»الأمر رقم75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري

[5] أنظر، عبد الكرم مامون ،إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى،المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،عدد خاص، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو 2008 ، ص.270.

[6] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ....،المرجع السابق ،ص 412.

362[1] من القانون.لكن لحد الآن لم يصدر أي تنظيم تشريعي يعرف هذا السجل ولا كيفية وشروط التسجيل فيه،ولا الوثائق المطلوبة.فهل سيبقى حبر على ورق؟لاسيما أن هذا الأمر لا يجب التغاضي عليه، لأنه يمس بكرامة الشخص مباشرة.

كما فرض على الفريق الطبي قبل مباشرة نزع الأعضاء الإطلاع على السجل وجوبا لمعرفة موقف المتوفي،حسب الفقرة 03 من نفس المادة[2].لكن الملاحظ من خلال هذه المادة أنها لم تتطرق لقضية الشخص القاصر أو عديم الأهلية، فهل هذا يعتبر سهوا، أم يُعد صمته رفضا قاطعا، فكيف سيكون مصير جثتهم، لذا يجب على المشرع تدارك هذه النقطة.لأننا لا نستطيع الاستناد على المادة 361 لأنها جاءت صريحة و ذكرت "قصر أو عديمي الأهلية أحياء".

من خلال ما تم ذكره، يبدو أن المشرع الجزائري ساير نوعا ما نظيره الفرنسي من خلال اعتماده أيضا على قرينة الموافقة مبدئيا من أجل فتح المجال لإستغلال أعضاء الجثث مع إضافة شرط التسجيل في سجل الرفض. لكن في الواقع العملي قد تثير مسألة عدم اشتراط الكتابة أوالشكلية عدة مشاكل من الناحية التطبيقية، لأنه إذا لم يسجل الشخص في سجل الرفض،أو إذا عبر الشخص لأفراد عائلته عن رغبته في التبرع لكن بدون دليل مادي وملموس يبقى من الصعب إثبات موقفه،وهو ما سيعطل السرعة المطلوبة لاستئصال العضو من الميت قبل أن يفقد قيمته الحيوية والبيولوجية من خلال البحث عن موقف عائلته.لذا يتبين أن التعبير عن إرادة المتوفى في حالة قبوله التبرع بأعضاء من جثته بعد وفاته يكون كتابة وبوصية أو أمام جهات معينة كالقضاء أو مصالح الصحة وهذا لتفادي أي تعقيدات .

2-اعتماد نظام البطاقات.

نجد أنه أحيانا قد لا تتفق الإجراءات القانونية العادية للحصول على الرضا باستئصال الأعضاء من جثة المتوفى، والسرعة التي تستلزمها عمليات نقل وزرع الأعضاء، تلك العمليات التي يجب أن تتم بعد التحقق من الوفاة مباشرة، حفاظا على القيمة البيولوجية للعضو أو الأعضاء المراد استئصالها، فإذا لم يصدر عن المتوفى أثناء حياته ما يفيد قبوله أو اعتراضه عن إجراء الاستئصال،فيجب الحصول على الموافقة من أسرته بعد

[1] تنص المادة 362 على أنه « ...،يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفي عن رفضه النزع خلال حياته.
يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة،لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء،وتحدد كيفيات التسجيل في سجل الرفض عن طريق التنظيم ».

[2] تنص المادة 3662 في فقرتها 03 على أنه« يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفي ...» .

وفاته،غير أن ذلك قد يقابل بصعوبات كثيرة، حيث أن مثل هذا الطلب بالاستئصال من الأسرة وهي في ظروف نفسية سيئة قد يقابل بالرفض[1].

ونظرا إلى أنه من الصعب أن يتنبأ معظم الناس بوفاتهم ، أو أن إصابة أحد ما من شأنه أن يعرض حياتهم للخطر، فيصبح من الصعب مطالبتهم بالموافقة على التبرع بعد وفاتهم[2] .

قصد تفادي كل هذه الصعوبات، اعتمدت بعض الدول نظام البطاقات الخاصة بالتبرع بالأعضاء، يحملها كل شخص معه بصفة دائمة، مثل بطاقات التعريف الوطنية ورخص السياقة أو بطاقات العمل،وبهذه البطاقات يستطيع كل شخص أن يأذن أو لا يأذن باستئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته.فإذا توفى الشخص دون أن يتراجع عن رضائه، فإن العثور على بطاقة التبرع معه تغني عن اتخاذ الإجراءات القانونية للحصول على رضا أفراد الأسرة خاصة إذا كانوا في أماكن يصعب الاتصال بهم[3].

يسمح عمل بطاقة منفصلة للشخص بالرجوع عن رضائه بالتصرف في جثته في أي وقت يشاء، أو أن يطلب من جديد التعبير عن إرادته في السجل الخاص بالمستشفى الذي يقبل فيه،حيث نجد في بعض المستشفيات سجل خاص بحفظ المعلومات الخاصة بموافقة أو اعتراض الشخص على الاستئصال من جثته بعد وفاته .وقد تتخذ هذه المعلومات صورة وثيقة توجد مع الشخص لحظة دخوله المستشفى تبين موقفه من الاستئصال بعد وفاته، أو قد يطلب الشخص بنفسه سواء عند دخوله المستشفى أو أثناء إقامته به، التعبير عن إرادته في السجل فيتمثل في شهادة الغير، وهم أشخاص يكونون محلا لثقة المريض، أو يكلفون من جانبه سواء قبل أو أثناء إقامته في المستشفى .وهؤلاء الغير إما أن يكونوا أعضاء من المستشفى، أو بعض المرضى الذين يقيمون معه بالمستشفى أو أعضاء أسرهم[4].

وقد أخذت بنظام بطاقة التبرع بالأعضاء تشريعات القانون المقارن على غرار الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق القانون الموحد الصادر سنة 1968 التي تجيز التأشير على رخصة القيادة بما يفيد التبرع بالأعضاء في حالة الوفاة نتيجة حوادث المرور، مع العلم أن هذا التنظيم لا يتعارض مع حق الرجوع عن التبرع، إذ يكفي أن يخطر المتراجع عن التبرع بأحد أعضائه من جثته، الجهة المختصة لكي يتم شطب اسمه من سجلات المتبرعين .أما في القانون البلجيكي الخاص باستئصال الأعضاء والصادر في 19 جانفي

[1] حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص.188 .

[2] رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء،مرجع سابق، ص.114 .

[3] أنظر،صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية(دراسة مقارنة)، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000،ص.148.

[4] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء.....، ص. 417 -418.

1969، فيستطيع كل شخص أن يطلب من الجهة المختصة أن يدون في بطاقته الشخصية موافقته على التصرف في جثته في حالة تعرضه لحادث مميت .وفي هذه الحالة يمكن للطبيب الجراح أن يستأصل الأعضاء من الجثة[1] .

وقد تم أيضا اعتماد نظام بطاقة التبرع في إنجلترا منذ عام 1981 ، حيث يتعين على حامل البطاقة أن يوقع عليها ويحدد

العضو أو الأعضاء التي يرغب في التبرع بها بعد وفاته .وذلك بالتأشير على الأعضاء المدونة على البطاقة، وكذا تدوين اسم أحد الأقارب وعنوانه ورقم هاتفه [2].

أعتقد أن بنظام بطاقة التبرع بالأعضاء في الواقع العملي خطوة هامة وناجحة وجديرة بالتأييد، في سبيل تفادي بعض الصعوبات التي تعترض عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .فبفضل هذه البطاقات سيتمكن الطبيب الجراح من الإطلاع على موقف الشخص المتوفي مباشرة بخصوص التبرع بأعضائه بعد وفاته في وقت وجيز، وهذا ما يتناسب مع السرعة الواجبة لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية .

ونرى أنه ومع شروع الجزائر في عصرنة الإدارة والقضاء على البيروقراطية من خلال التقليص من الوثائق الإدارية وجعل النظام الألي هو المسيطر،ومع تشجيع المواطنين على التعامل بالبطاقات الإلكترونية في كل المجالات،فإن الوقت مناسب من أجل إدراج معلومات حول قبول أورفض التبرع في البطاقة البيومترية التي يحملها المواطن دائما معه .لكن يبدو أن المشرع الجزائري اختار توجها آخر باختياره لنظام التسجيل الوطني في سجل الرفض بدل استعمال البطاقات.

بعدما رأينا كيف يمكن للشخص التعبير عن موقف بخصوص المساس بأعضاء جثته ،سنبين في الفرع الموالي كيف يكون مصير الشخص المتوفي عندما ينتقل تقرير مصيره للغير.

الفرع الثالث

انتقال حق التصرف في الجثة إلى الغير

إذا صرح الشخص أثناء حياته عن موقفه بشأن جثته،فهذا لا يطرح أي إشكال، لكن قد يحدث أن يتوفى الشخص دون معرفة موقفه خاصة في حالة الموت المفاجيء أو حوادث المرور، ففي هذه الحالة ينتقل حق التصرف بالجثة إلى الأسرة وهناك حالات أخرى ينتقل فيها هذا الحق إلى الطبيب .

[1] صاحب عبيد الفتلاوي،مرجع سابق ،ص.152.

[2] نقلا عن ،عبد الكريم مأمون، رضا المريض...، مرجع سابق، ص.620.

أولا : حق الأسرة في التصرف في جثة المتوفي

إذا لم يعلن المتوفي عن موقفه من عملية الإستئصال قبل، وفاته فتصبح موافقة أسرته ضرورية لمباشرة عملية الإستئصال، ويدخل ذلك ضمن الإطار العام لحقوق الأسرة على جثة المتوفين.فكيف تكون هذه الموافقة صريحة أو ضمنية

1-أن تكون الموافقة صريحة

بداية فإن المشرع الجزائري و من خلال القانون الملغى كان ينص على حصول الموافقة الصريحة لأسرة المتوفي وهذا بنص المادة 2/164 [1]من قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم (90-17) الملغى.حيث يفهم من هذه المادة أن المشرع اشترط الحصول على موافقة أفراد الأسرة من أجل انتزاع الأعضاء من الجثة وهذا الشرط ما هو إلا تعبير صريح عن حقوق أفراد الأسرة المعنوية على جثة قريبهم.لكنه لم يحدد شكل الموافقة التي يجب تقديمها من طرف العائلة ومن ثم يجوز لأفراد الأسرة حسب الترتيب، تقديم الموافقة إما كتابة أو شفاهة أو التوقيع على الوثيقة المعدة مسبقا من المؤسسة الصحية لهذا الغرض[2] .

ويستند حق الأسرة أو الأقارب في الموافقة على الأعمال التي تمس جثة قريبهم إلى الحصانة القانونية والدينية المقررة للجسم البشري، والتي تقضي بعدم جواز المساس به إلا بعد الحصول على الموافقة الصريحة من الشخص ذاته أو أقاربه.كما يستند حق الأسرة على الجثة و الحلول محل المتوفي في المحافظة على كرامة الجثة وصيانة حرمتها، ومن ثم فإن التغاضي عن موافقة الأقرباء عند المساس بالجثة نطوي على إعتداء صارخ على حقوقهم المعنوية والإحترام الواجب للأموات[3] .

كما لم يأت الترتيب الذي جاءت به المادة 02/164 عشوائيا، لأن سلطة القرار تنتقل من شخص لآخر حسب الأولوية. وحسنا فعل المشرع بذكر لفظ أسرة المتوفي بدلا من ورثة المتوفي، لأن لفظ الورثة دليل على أن الجثة جزء من الإرث وبهذا الخصوص، فإن حق الأقارب على الجثة ليس حق ملكية وإنما هو من الحقوق المعنوية، وأيضا الجثة لا تدخل ضمن الأشياء المادية التي يصنف في خانة المعاملات. وفي حالة إذا لم يكن للمتوفي أسرة ،فتؤول سلطة إتخاد القرار إلى الولي الشرعي لإعطاء الموافقة ولكن لم تحدد المادة صفة الولي

[1] تنص المادة 164 في فقرتها 02 على أنه « وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله لذلك.

إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته لا يجوز الإنتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي : الأب أو الأم، الزوج أوالزوجة، الإبن أوالبنت،الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفي أسرة ».

[2] عبد الكريم مامون ، رضا المريض ...،المرجع السابق ، ص. 421.

[3] أنظر، أحمد محمّد بدوي ، نقل و زرع الأعضاء البشرية ، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الإقتصادية ، الإسكندرية، 1999 ، ص. 134 .

الشرعي، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة، فبإمكان القاضي أن يكون وليا شرعيا ويقدم الموافقة بشأن الإستئصال[1] .

لكن بعد صدور قانون الصحة الجديد،نجده قد نص في المادة 03/362 على انتقال حق التصرف في الجثة إلى أفراد أسرته بالترتيب الذي كان عليه قديما مع استعماله للجمع بدل التفريد في الروابط العائلية،لكنه استعمل مصطلح "استشارة" بدل "الموافقة"،والذي يبدو أن المصطلح القديم هو الأنسب لأنه يحتمل أكثر من صورة للتعبير عن الرأي ،وهو شائع الإستعمال في مختلف التشريعات القانونية ويكون مرتبطا بالأفراد،عكس مصطلح "الإستشارة "الذي يستعمل في الجانب االمعرفي عندما نبحث عن حلول ويكون صادرا عن أهل الإختصاص.فهل اختلط الأمر على المشرع ؟أم وقع سهوا .

كما نص كذلك في الفقرة الأخيرة من نفس المادة [2]على وجوب إخطار الأسرة بعمليات النزع التي قام بها الفريق الطبي والهدف من ذلك ربما هو وضع الأسرة في الصورة من خلال إطلاعها على تنفيذ وصية الميت أو موافقة الأسرة بخصوص التبرع بالأعضاء وأيضا مراقبة مدى احترام الأطباء لنوع الأعضاء المنزوعة حتى لا تخرج هذه العملية عن نطاقها المشروع والإبقاء على العلاقة والثقة بيا أفراد المجمتع و الطاقم الطبي المكلف بنزع الأعضاء.

كما نشير أن حق الأقارب على الجثة ليس حق ملكية لأن الجثة ليست من عناصر التركة فهي ليست من الأموال،وإنما هو حق من الحقوق المعنوية التي يفرضها واجب خدمة الميت والحلول محله في المحافظة على كرامة الجثة وصيانة حرمتها وباعتبار الأقارب الممثل الشرعي للميت[3].

وفي الأخير نشير على أن الأخذ بموافقة الأسرة أمر ضروري، وذلك مراعاة للضرورات الإنسانية للأسرة والمتمثلة في احترام كرامتها وحقوقها المعنوية على جثة قريبهم، إلا أن هذا الطريق قد يعيق الإجراءات السريعة في نقل الأعضاء،ويعيق أيضا عمل الأطباء أثناء الإنتظار والبحث عن موافقة الأسرة،مما يؤدي إلى تلف العضو المراد نقله، لأن بعض الأعضاء مثل القلب.

أما المشرع المصري ومن خلال قانون تنظيم نقل الأعضاء البشرية فلم يتطرق لهذه الحالة، أي لم يمنح حق تقرير المساس بأعضاء الجثة لأسرة المتوفي وجعل الشخص هو المسؤول عن تقرير مصير جثته بعد موته من خلال وصية مكتوبة ،وهذا من خلال نص المادة 08[1] من قانون تنظيم الأعضاء البشرية.

---

[1] عبد الكريم مامون ، رضا المريض عن الأعمال....،المرجع السابق، ص. 422 .

[2] تنص الفقرة 362 في فقرتها 04 «ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفي البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها».

[3] مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص.650 .

2-أن تكون الموافقة ضمنية

الموافقة المفترضة تعني مشروعية الإقتطاع ما لم يصدر إعتراض من أقارب المتوفي،وقد جاء في توصيات المؤتمر الدولي لرجال القضاء المنعقد في بيروجيا سنة 1968 على أنه« يفترض وجود الإذن بالأخذ من قبل المتوفى أو من قبل أقربائه، ومع ذلك لا يجوز أخذ عضو من جثة إذا كان المتوفى أثناء حياته، أو كان أفراد عائلته قد منعوا ذلك بتصريح كتابي، ومن الفائدة وجوب تبصير الرأ ي العام بأن قرينة الرضا باستئصال الأعضاء تتعلق بالمصلحة العامة وتتفق مع ضرورة التعاون والتضامن الإنساني التي تتمثل في إنقاذ حياة إنسان مريض في خطر وأن هذه القرينة لا تنطوي على أي مساس بالاحترام الواجب لجثة الميت أو النيل من كرامته»[2].

كما أعلنت في نفس الصدد اللجنة الوزارية المنبثقة عن المجلس الأوربي في قرارها الصدر بتاريخ 1978/05/11 والخاص بالتنسيق بين تشريعات الدول أعضاء المجلس في مجال اسئصال الأعضاء،أن الضرورة الطبية تستلزم سرعة إستئصال العضو عندما لا يوجد ما يؤكد أن صاحبها كان سيعترض على ذلك[3].

ووفقا لهذا المبدأ يُمكن للطبيب أن يباشر استئصال الأعضاء اللازمة من الجثة، مادام لم يتلق أي اعتراض من الأسرة في الوقت المناسب،فهناك قرينة الرضا لمصلحة الطبيب،لكنها قابلة لإثبات العكس وذلك باعتراض الأقارب. لكن هذا ليس معناه أن الطبيب وفقا لهذا الاتجاه يمكنه اللجوء إلى الاستئصال سرا وخفية من وراء الأقارب .فذلك يعتبر خيانة الأمانة التي وضعها المرضى في الطبيب وهو ما قد يحدث أزمة ثقة في غاية الخطورة بين الطبيب والمريض وأقاربه، كما أنه يعرض الطبيب إلى المساءلة القانونية[4].

وتقتضي المصلحة العلاجية للمرضى من جهة، والتقدم في مجال الطب من جهة أخرى تفضيل مصلحة الأحياء المحتاجين لهذه الأعضاء على مصلحة الشخص المتوفى وأقاربه، فجثث الموتى تعد من أهم المصادر التي يحصل منها على الأعضاء البشرية، وأن هذا المصدر تقل أهميته إذا ما اشترطنا موافقة الشخص

[1] تنص المادة 08 على أنه «...إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة...».من قانون تنظيم نقل الأعضاء البشرية.

[2] المؤتمر الدولي لرجال القضاء والحقوقيين الذي انعقد ببيروجيا سنة 1969 ،أشار إليه أحمد محمد بدوي ،المرجع السابق ،ص.157.

[3] مقتبس عن محمد سامي الشوا،مرجع سابق،ص.351.

[4] حسني عودة زعال، التصرف...، مرجع سابق، ص .147.

المتوفى أو أقاربه، فطلب الموافقة يعيق الاقتطاع وخصوصا أن تقنية نقل الأعضاء تحتاج إلى السرعة في التنفيذ، وطلب الموافقة قد يؤدي إلى ضياع فرصة نجاح عملية النقل[1] .

وكان المشرع الفرنسي قد أجاز الاستئصال من الجثة بشرط عدم اعتراض المتوفى أثناء حياته، أو اعتراض أقاربه بعد وفاته وذلك حسب قانون **Caillavet** لسنة1976، والمرسوم التنفيذي الصادر سنة 1978 لكن طعن البعض بعدم شرعية هذا المرسوم التنفيذي، لإغفاله النص على حق أسرة المتوفى في الاعتراض على أية عملية استئصال تجرى على الجثة[2].

وقد صدر في هذا الصدد قرار عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 18 مارس1983 رافضا ذلك الطعن على أساس أن المشرع لم يرد أي نص بحق أسرة المتوفى في الاعتراض،وذكر الحكم مبدأ استبعاد القانون لقيام أحد أفراد العائلة بمعارضة استئصال الأعضاء، إذا لم يظهر الشخص المتوفى معارضته على ذلك أثناء حياته[3].

والجدير بالذكر أن القانون الفرنسي الخاص باحترام جسم الإنسان لسنة 1994 ،وإن كان يأخذ بالموافقة المفترضة، إلا أنه لم يمنح الأقارب حق الاعتراض أو الموافقة على الاقتطاع من الجثة، بمعنى أن المشرع الفرنسي اعتبر الأقارب مجرد شهود في هذه الحالة [4].وهذا بحسب نص المادة 1232-1 [5]من قانون الصحة العامة المعدلة سنة 2016 والتي تضمنت ضرورة قيام الطبيب بإعلام أقارب الشخص المتوفى بالاقتطاع المستهدف وطبيعته وهدفه، إلا أنه لم يشترط موافقتهم.

ولقد تعرضت هذه الفكرة لإنتقادات من بينها:

-أن الأخذ بفكرة الموافقة المفترضة ينطوي على خطورة كبيرة بالنسبة للطبيب،فهو غير ملزم بالحصول على الموافقة الصريحة من الأقارب لمباشرة عملية الإقتطاع من الجثة،ولكنه ملزم بعدم المسام بها حالة اعتراضهم

[1] عمرون شهرزاد، .. ، مرجع سابق، ص244

[2] حسني عودة زعال ، المرجع السابق، ص. 146 .

[3] Cité par ABDULDAYEM Ahmed, Les organes…, op.cit., p.290.

[4] AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit.,p.452.

[5] Art1231-1 dispose que «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.
Le médecin informe les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'Agence de la biomédecine.
Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révocable à tout moment» code de la santé,modifié par l'art.192 ,du Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016,de modernisation d notre système de santé.

على ذلك ،وبهذا قد يصر الأقارب على قيامهم بالإعتراض في الوقت المناسب،في حين يصر الطبيب على أن الإعتراض لم يصله في الوقت المناسب ،وأن الأخذ بالموافقة المفترضة لا يحمي حقوق الأقارب بخصوص جثة قريبهم فالطبيب غير ملزم باستشارتهم بشأن الاقتطاع، وإنما يتعين عليهم أن يعترضوا بوسائلهم الخاصة في الوقت المناسب لتجنب المساس بالجثة.كما يثير مشكلات تتعلق بفقدان الثقة في المستشفيات والأطباء على حد سواء،مما يؤدي إلى إحجام الناس عن دخول المستشفيات وفي ذلك خسارة مادية وتقليص فرص البحث العلمي الذي يتم على الجثث .[1]

ثانيا –سلطة الطبيب في التصرف في الجثة

أجازت بعض التشريعات الإستئصال من الجثة بدون موافقة المتوفي أو أسرته،وبالتالي يمكن للطبيب أن يستأصل الأعضاء من الجثة بدون موافقة أحد، فيتصرف باسم المجتمع و لمصلحته وذلك استنادا إلى فكرة الإستعجال، بينما ذهبت التشريعات الأخرى إلى تبني فكرة تأميم الجثة لتبرير الإستئصال .

أ حالة الإستعجال :

يحق للطبيب المساس بالجثة من أجل إستئصال الأعضاء بدون موافقة أحد، عندما يتعلق الأمر بحالة الإستعجال التي لا تقبل التأخير، كأن يتعذر الإتصال بالأقارب في الوقت المناسب أو يخشى تلف العضو المراد نقله،أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمريض المستفيد التخل السريع لنقل العضو إليه لإنقاد حياته [2].

ويعتبر التشريع الجزائري من التشريعات التي إستندت لفكرة الضرورة أو حالة الإستعجال لتبرير الإستئصال بدون موافقة الأسرة، بداية بالفقرة الأخيرة من المادة 164[3] من قانون الصحة القديم المعدل سنة 1990 ،كما أن تلك الإجازة مشروطة بحالة الإستعجال التي تثبتها اللجنة الطبية.حيث سمحت للطبيب المساس بالجثة واستئصال بعض الأعضاء المحددة على سبيل الحصر دون الحصول على موافقة أفراد أسرة المتوفي إذا تعلق الأمر بالكلية وقرنية العين فقط، مما يعني أن باقي الأعضاء الأخرى تحتاج إلى الموافقة المسبقة لأفراد الأسرة .لكنة لم يعط تعريفا محددا لحالة الإستعجال ولا الشروط الواجب توافرها ،مما يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة للقانون .

---

[1] J. SAVATIER, Les prélèvements d'organes…,op.cit.,P.185.

[2] عبد الكريم مامون ، رضا المريض عن الأعمال....،المرجع السابق، ص .426.

[3] « غير أنه يجوز إنتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في أجل الإنتزاع يؤدي لعدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع .إذا اقتضت الحالة الإستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون ».

إن المشرع باضافته للفقرة الأخيرة من المادة 164 من ذات القانون يكون قد راع المنفعة العامة التي تعود على المجتمع بعد عملية الزرع، فالتدخل للمساس بالجثة واستئصال أعضاء منها سواء أكانت قرنية أو كلية إنما مردها حالة الإستعجال التي تفرضها ظروف المتلقي أي المريض وهذا المساس بالجثة دون موافقة أحد يستمد أساسه من القانون في مثل هده العمليات، فهو الذي يرخص للطبيب مباشرة العملية ولا يمثل اعتداء على حرمة الميت ولكنها تهدف للمحافظة على حياة شخص حي[1].

ولكنه بموجب القانون الجديد لم يتطرق لهذه الحالة ولم يُشر إليها،وتحدث فقط عن الإمتناع من نزع الأعضاء إذا كان يعرقل التشريح الطبي الشرعي بموجب المادة 03/363[2]،وبذلك يكون قد قدم مصلحة القيام بعملية التشريح من أجل كشف أسباب الوفاة على مصلحة اقتطاع الأعضاء البشرية.

ب–تأميم الجثة

يعتبر هذا الإتجاه أن الجثة ملك للدولة تتصرف فيها كيفما تشاء في إطار المصلحة العامة، ويرى الفقيه الإيطالي Giovanni الذي نادى بهذا الرأي إلى ضرورة تغليب حق المجتمع على الحقوق المعنوية للأسرة[3] .

يقوم هذا الاتجاه على أساس ضرورة مواكبة القانون للتقدم العلمي الذي يحصل في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فالقانون يجب أن يساير التقدم الحاصل من أجل انقاد البشرية و يراعي المصالح المستجدة، حيث يمكن للطبيب بمفرده ودون الحاجة إلى موافقة أقارب المتوفي الإستئصال من الجثة عندما يرى أن هناك ضرورة لنقل العضو وأن الأمر سينقد حياة إنسان[4]. فالموافقة كانت مطلوبة في ظل وضع طبي لا تستخدم فيه الجثة إلا لأغراض علمية أو تشريحية لغرض الوقوف على أسباب الوفاة.فمصلحة المجتمع أو الجماعة هي أساس التصرف بالإضافة إلى وجود مصلحة خاصة وراء هذا التصرف تتمثل في مصلحة المريض العلاجية. ويقترب هذا الإتجاه إلى حد ما مع الفكرة التي ترى بأن الجثة تعتبر من الأشياء، وبما أن حالة الضرورة تبيح المساس بالأشياء دون الحصول على موافقة أحد، فالأمر كذلك بالنسبة للجثة إذ يجوز التصرف فيها دون

[1] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء....،المرجع السابق ، ص. 398.

[2] تنص المادة 363 في فقرتها 03 على أنه «ويمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي» .

[3] عبد الكريم مامون ، رضا المريض .....، المرجع السابق ، ص. 427.

[4] أنظر،عبد الحليم محمد منصور، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2013 ،ص. . 168

موافقة، فيجب عدم تعليق شرعية المساس بالجثة لأغراض علمية وعلاجية على إرادة ذوي الشأن في حالة عدم التعرف على أقارب المتوفي[1] .

إن المشرع الجزائري كان قد كرس مبدأ حرمة الجثة من خلال قانون الصحة القديم من خلال المواد التالية :

-المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، على عدم جواز المساس بالجثة إلا لأغراض علاجية أو علمية وفقا لمبدأ كرامة الجسم .

-المادة 168 المتعلقة بأحكام عمليات نقل وزرع الأعضاء من الجثة .

وبعد صدور القانون الجديد،نصت المادة 200[2] منه على احترام الاجراءات التنظيمية المعمول بها أثناء الفحص الطبي الشرعي للجثة في حالة الوفاة المشبوهة أو العنيفة،....

كماخوّل الجهات القضائية المختصة مهمة تعيين الطبيب الشرعي ليقوم بمهمة التشريح[3] ،وفرض عليه الحفاظ على الجثة ،وارجاعها قد الإمكان لحالته الأولى[4] .

أما بالنسبة لقانون العقوبات، فقد أقر حماية جزائية خاصة للجثة حسب المادة 151 التي نصت على معاقبة كل شخص يقوم بانتهاك حرمة الموتى في المقابر، بالإضافة إلى المواد 152-153-154 من نفس القانون[5].

وبالرجوع للمشرع الفرنسي فمثلما نص على حرمة جسم الإنسان وكرامته في الحياة، قرر له حماية حتى بعد الموت أي عندما يصبح جثة، ويظهر ذلك من خلال التطبيقات القضائية التي منعت التعامل بالجثة وكرست حماية لها وهو ما جاء في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2010 عن الغرفة المدنية الأولى في قضية تتلخص أهم وقائعها فيما يلي :

« بتاريخ 12 فيفري 2009 قامت شركة Encore Events بتنظيم معرض بباريس عرضت فيه مجموعة من الجثث وأعضاء بشرية لأشخاص صينيين محكوم عليهم بالإعدام، بعضهم في وضعيات رياضية

[1] حسني عودة زعال ، المرجع السابق ، ص. 150.

[2] المادة 200 تنص على أنه «في حالة وفاة مشبوهة أو عنيفة أو وفاة في الشارع وفي حالة وفاة بمريض متنقل يمثل خطرا كبيرا على الصحة العمومية،لا يسلم الطبيب المعني إلا شهادة لإثبات الوفاة ،ويخطر السلطات المختصة بذلك للقيام بالفحص الطبي الشرعي للجثة ،مع احترام الإجراءات التنظيمبة المعمول بها» .

[3] تنص المادة 201 على أنه « يقوم بالتشريح الطبي الشرعي في الهياكل الإستشفائية العمومية طبيب شرعي تعينه الجهة القضائية المختصة» .

[4] تنص المادة 202 على أنه « عند القيامبأي نزع على جثة في إطار التشريح الطبي الشرعي ،يجب أن يتحقق الطبيب الذي قام بالنزع من إعادة الجثة بصفة لائقة إلى ماكانت عليه» .

[5] الأمر رقم 66-156 ، الصادر بتاريخ 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ،المعدل و المتمم.

مختلفة يسمح بمعرفة كيفية عمل الأعضاء الداخلية لجسم الإنسان حسب الجهد العضلي المبذول؛ وعلى إثر ذلك قامت جمعيتي معا ضد عقوبة الإعدام والتضامن مع الصين بمظاهرة ورفع دعوى قضائية استعجالية مؤسسين موقفهم على أن هذا العمل غير قانوني لأنه يمس بحرمة الجسم واستندوا على المواد التالية :

المادة 16-1 إلى 16-9 من القانون المدني الفرنسي والمادة 1232-1 من قانون الصحة العام الفرنسي والمادة 225-17 من قانون العقوبات الفرنسي، فصدر قرار محكمة الإستئناف في 30 أفريل 2009 يقضي بوقف العرض، فقامت الشركة بالطعن بالنقض مثيرة عدة أوجه من بينها :

*اختصاص قضاء الإستعجال ينظر فقط في القضايا التي تخص النظام العام وأن مسألة عرض الجثث لا تندرج ضمن هذا الإختصاص ولا يمس بالطقوس والشعائر الدينية .

* أن الغرض من عرض المومياء له هدف علمي حتى يتمكن الجمهور من التعرف على التقنيات الحديثة في التشريح والتحنيط،عكس ما تم الترويج له بأن الشركة تتاجر بالجثث والأعضاء البشرية

* أن الشركة قد حصلت على الموافقة من قبل المعنيين أو من ذويهم الذين تبرعوا بها لكليات الطب بالصين حتى تساهم هذه الجثث في تطوير البحث العلمي

* كما أكدت الشركة احترامها للقواعد المتعلقة باحترام الجثث وبالسرية وعدم الكشف عن هوية أصحابها.

* والتمست في الأخير قبول الطعن مع إلغاء القرار المطعون فيه .

– غير أن محكمة النقض اعتبرت الدفوع التي أثارتها الشركة غير مؤسسة قانونا، واستندت في ذلك على المادة 16-1-1[1] من القانون المدني الفرنسي،التي تتضمن في محتواها أنه يتعين التعامل مع بقايا الأشخاص الموتي باحترام وكرامة، وأن الشركة لما قامت بالعرض كانت تهدف لعمل تجاري أي الربح من وراء هذا المعرض،وبهذا فإن قضاة الإستئناف لما قضوا بوقف هذا العرض يكونون قد طبقوا صحيح القانون واستندوا في ذلك على المادة 16-2[2] من القانون المدني الفرنسي»[3].

[1] Article 16-1-1 «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.» du Co.c .

[2] Article 16-2 «Le juge peut prescrire touts 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, y compris après la mort.» du Co.cf .

[3] Cass.[1er] ch.civ,16/09/2010,arret n° 764,(09-67.456) publié sur le site internet https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022826393/.

إن هذا القرار يدعم مبدأ الحماية القانونية للجسم البشري، وللأعضاء البشرية والجثة ويمنع التعامل فيها لأغراض تجارية، حتى ولو كانت تحت غطاء البحث العلمي والتجارب العلمية لأنه عمل غير مشروع ويمس النظام العام .

وخلاصة لما سبق، فإن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الموتى تتم وفق شروط محددة، فقبل الاستئصال من الجثة لابد من التحقق أولا من الوفاة، بعد حصول الطبيب على الموافقة المسبقة من الشخص أثناء حياته، فهو الوحيد الذي يملك حق التصرف في جسده .وفي حالة عدم معرفة موقف المتوفى ينتقل حق التصرف في الجثة إلى أسرته.

بعدما رأينا كيف عالجت النصوص القانونية هذه الحالة،سنتطرق في الفرع الموالي إلى رأي الشريعة الإسلامية،وموقفها من استغلال الجثة للحصول على أعضاء بشرية.

الفرع الرابع

موقف الشريعة الإسلامية من المساس بالجثة

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بحرمة وكرامة الإنسان وجسده، وامتد هذا الإهتمام إلى ما بعد الحياة، بالحرص على احترام جثته وعدم جواز الإعتداء عليها.لكن مع التطورات العلمية والطبية وبروز فكرة الإنتفاع بأعضاء الميت بعدما تعذر الحصول عليها من الأحياء، خلق نوعا من الإختلاف بين مؤيد ومعارض،الشيء الذي دفع بفقهاء الشريعة الإسلامية للبحث في أدق تفاصيل العملية ،مما أدى لبروز اتجاهين متعارضين .

المذهب الأول:جواز نقل الأعضاء من جثة الميت إلى الحي، واستدلوا على جواز نقل الأعضاء بما يلي:

أولا:من القرآن الكريم

إن التضحية ببعض الحقوق في سبيل إنقاذ المضطر من الأمور المطلوبة شرعا،مادامت ضمن الحدود التي أمر بها الشرع وتكون من البر الذي قال فيه الله تعالى﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبَرِّ وَالتَّقْوَى﴾[1] .

وقوله تعالى﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[2]،وقوله سبحانه وتعالى ﴿وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ

[1] أنظر،عبد الله يشري،مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي والشرائع السماوية،دار محمود للنشر والتوزيع،القاهرة،2014،ص.15.

[2] سورة البقرة،الآية 173.

فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ﴾[1].

بوجه عام نستخلص من هذه الآيات أنه ثمّ استثناء حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه فيها،والإنسان المريض إذا احتاج إلى نقل العضو، فإنه سيكون في حكم المضطر، وإذا كانت حالته حالة اضطرار، فإنه يدخل في عموم الاستثناء المذكور فيباح نقل ذلك العضو إليه، وأيضا هذه الآيات عامة في كل أنواع المحرمات التي يضطر إليها الإنسان ولا فرق بين ما كان لضرورة التغذي والتداوي وعملية غرس الأعضاء من باب التداوي، إذ إن الحكم العام إباحة المحرمات عند الضرورة[2].

وفي قوله تعالى أيضا ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[3]،وقواه تعالى﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾[4]،وبقوله عزّوجل ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفًا ﴾[5].

من خلال هذه الآيات الكريمة، يتجلى لنا أن الله عزّ وجل رحيم بعباده من منطلق التيسير وليس التعسير عليهم، وفي إجازة نقل الأعضاء الآدمية تيسير على العباد ورحمة بالمرضى لتخفيف آلامهم،وكل ذلك موافق لمقصود الشرع، بخلاف تحريم نقلها فإن فيه حرجا ومشقة،الأمر الذي ينافي ما دلت عليه هذه النصوص الشرعية[6].

كما جاءت الآية الكريمة في قوله تعالى ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾[7].

إن هذه الآيات تدل في عمومها على المساعدة وتبسيط أمور الحياة، مما يستدعي إنقاذ الشخص من التهلكة، من خلال مساعدة المريض الميئوس من شفائه إلا بواسطة غرس عضو مما يضمن له الحياة أو يعيد النور لبصره، ومن المعلوم أن إنقاذ المشرف على الهلاك أو الوقوع في مضرة شديدة من فروض الكفاية على كل من استطاع[8] .

---

[1] سورة الأنعام،الآية 119.

[2] أنظر،عبد الحميد إسماعيل،ضوابط ثقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دار الفكر، القاهرة، ط1 2000،ص.93.

[3] سورة البقرة،الآية 185.

[4] سورة المائدة،الأية 06 .

[5] سورة النساء،الآية 28.

[6] سميرة عايد الدايات،مرجع سابق،ص.98.

[7] سورة المائدة ،الآية 32.

[8] أنظر،سطحي سعاد،المرجع السابق،ص.26.

ثانيًا:من السنة النبوية:

قوله صلى الله عليه وسلم"من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل"[1].

يتبين أنه بإمكان المؤمن مساعدة أخاه بما ينفعه وما دام باستطاعته التبرع بأعضائه لإنقاد حياة أخيه ،فذلك من أعظم النفع.

-عن عرفجة بن أسعد رضي الله عنه قال "أصيب أنفي يوم الكلاب في الجاهلية فاتخذت أنفا من ورق فأنتن علي، فأمرني رسول الله ﷺ أن أتخذ أنفا من ذهب"[2].

إن استعمال الذهب محرم على الرجال، وقد اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم التشويه في الوجه من الضرورات، لأن النفس تتأذى منه، أفلا يعتبر نقل عضو من ميت إلى حي لإنقاذ حياته من الضرورات التي تبيح المحظورات[3] .

-قول رسول الله ﷺ "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له[4]".

إن بقاء أعضاء جثة الميت لشخص حي ينتفع بها، تعتبر من باب الصدقة الجارية، وهذا الأمر مندوب إليه خاصة إذا أوصى صاحبها بذلك محتسًا الأجر عند الله عز وجل[5] .

ثالثًا:القواعد الشرعية :

-"إذا ضاق الأمر اتسع "،-"الضرر يُزال"،-"الضرورات تبيح المحظورات"[6].

إن هذه القواعد المستنبطة من نصوص الشريعة دلت على الترخيص للمتضرر بأدلة ضرر ولو بالمحظور[7].

- "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"[8].

---

[1] الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم،كتاب السلام، باب استحباب الرقية من العين، حديث 2199 ، ص.1726 .

[2] الترمذي السلمي، مُحَمَّد بن عيسى أبو عيسى ،الجامع الصحيح سنن الترمذي ، باب ما جاء في شد الأسنان بالذهب، حديث 1770،تحقيق أحمد مُحَمَّد شاكر وآخرون دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر،ص.240 .

[3]أنظر، إبراهيم مُحَمَّد يسري، سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المترتبة عليها في الفقه الإسلامي، دار طيبة، مكة المكرمة، ط 1، 1426 هـ، 2005، ص. 215 .

[4] سنن الترمذي، باب الوقف، حديث 1376 ،مرجع سابق ، ص.660 .

[5] أنظر،مُحَمَّد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عليها،الطبعة الثانية ،مكتبة الصحابة، جدة،1994،ص.375.

[6] مجلة الأحكام العدلية ، المواد 18،20،21،،ج1،ص18 ،منشورة عبر الموقع الإلكتروني :

،تاريخ الإطلاع 2021/04/12.foulabook.com/ar/book/مجلة-الأحكام-العدلية-pdf

[7] مُحَمَّد مختار الشنقيطي،مرجع سابق،ص.377.

[8] مجلة الأحكام العدلية،ج1،ص.19.

إن القاعدة دلت على أنه إذا وقع التعارض بين مفسدتين فإننا ننظر إلى أيهما أشد،فنقدمها على التي أخف منها، وفي مسألتنا هذه وقع التعارض بين مفسدة أخذ العضو من جثة الميت، وبحصول التشوه في جثته، وبين مفسدة هلاك الحي المتبرع له، ولا شك أن مفسدة هلاك الحي المتبرع له أعظم من المفسدة الواقعة على جثة المتبرع، فتقدم حينئذ لأنها أعظم ضررا وأشد خطرا[1] .

-"الأمور بمقاصدها"[2] .

دلت هذه القاعدة على أن الأعمال معتبرة على حسب النيات والمقاصد، وعليه فإن نقل الأعضاء الآدمية يختلف حكمه بحسب اختلاف المقصود منه، فإن كان المقصود به إنقاذ النفس المعصومة المحرمة، ودفع الضرر الأشد بالأخف فإنه يكون مقصدا محمودا وعملا مشروعا يثاب فاعله ويمدح عليه.وأما إن كان المقصود به إهانة الميت وأذيته بالتمثيل و التنكيل به، فهذا عمل محرم[3] .

-"يختار أهون الشرين "، "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"[4].

إن نقل الأعضاء الآدمية كان من قبل يعتبر من المحضور والآن بعد تقدم الطب أصبح سهلا ومضمون النتيجة، فوجب تغيير الحكم بتغير الحال، فنقول هو حرام حينما كان في العصور السابقة، ويعتبر حلالا في هذه العصور الحديثة التي أصبح فيها دواء وامكانيات طبية تحقق المطلوب [5].

رابعا:قرارات المجامع الفقهية

-قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بشأن زرع الأعضاء رقم (99) بتاريخ 1402/11/06 هـ،حيث قرر المجلس بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان ميت إلى مسلم إذ اضطر إلى ذلك، وأمنت الفتنة في نزعه ممن أخذ منه، وغلب على الظن نجاح زرعه فيمن سيزرع فيه .ويباح أيضا تبرع الحي لمسلم مضطر إلى ذلك[6].

ولقد قرّر المؤتمر الإسلامي الدولي الذي عقد في ماليزيا سنة 1969 إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء من ميت إلى حي إذا تحققت المصلحة العلاجية من ذلك، كما أصدر مفتي جمهورية مصر فتوى بتاريخ 05-02-1974يجيز فيها عمليات نقل وزرع الأعضاء من الميت إلى الحي، ذلك لأن قواعد الدين

[1] إبراهيم محمّد يسري،مرجع سابق،ص.216. محمّد مختار الشنقيطي،مرجع سابق،ص.377.

[2] مجلة الأحكام العدلية،المادة02 ،ج1،ص.16.

[3] عبد الحميد إسماعيل،مرجع سابق،ص.158 .

[4] مجلة الأحكام العدلية،المادتين29،39 ،ج1،ص.20.

[5] إبراهيم محمّد يسري،مرجع سابق،ص220.

[6] مقتبس عن بلقاسم شتوان،مرجع سابق،ص.136.

الإسلامي مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر، وليس في هذا ابتذال للميت ولا اعتداء على حرمة المنهي عنها شرعا، لأن النهي إ نما يكون لغير مصلحة راجحة أو لغير حاجة ماسة[1].

ولقد أيدت لجنة الإفتاء الجزائرية التابعة للمجلس الأعلى بتاريخ20 أبريل 1972 هذا الرأي وأباحت التصرف في الأعضاء البشرية، سواء من الأحياء أو من جثث الموتى.

وإن كانت هذه القرارت أفتت بجواز عمليات نقل وزرع الأعضاء من الميت إلى الحي،ولكن ذلك ليس بصفة مطلقة، بل أحاطتها بقيود شرعية يجب توافرها مجتمعة تتمثل فيما يلي:

1-حقق قيام الضرورة، إذ يجب أن يكون المنتفع مضطرا إلى هذا الانتفاع، بحيث أصبح العلاج العادي أو البسيط دون جدوى.

2-تحقق الموت من الجثة المستقطع منها.

3-قبول جسم المنقول إليه لهذا الجزء المستقطع من الجثة.

4-أن يكون هناك إذن بالانتفاع بأجزاء الميت، منه قبل وفاته عن طريق الوصية، أو استئذان أهله بعد موته.

5-عدم بيع الأعضاء أو أخد بدل مادي من قبل الميت قبل وفاته أو من ورثته.

6-أن تتم العملية في مؤسسات رسمية خاضعة للرقابة وتحت إشراف فريق طبي متخصص [2] .

وبذلك تتضافر الآيات القرآنية والأحاديث النبوية والقواعد الفقهية كلها معا لبيان الحكم بإباحة هذه المسألة، بل بالوجوب أحيانا من أجل التداوي مادامت تجري في إطار شرعي بعيد عن المعاملات المالية والإتجار الغير شرعي.

المذهب الثاني : إن زراعة الأعضاء البشرية تعتبر من النوازل الفقهية،حيث ذهب بعض الفقهاء المعاصرين[3] إلى تحريم نقل الأعضاء من جثث الموتى معتبرين أن الجسد ملك لله تعالى، من خلال الأسانيد والحجج التالية :

---

[1] مقتبس عن مُحَمَّد عبد الوهاب الخولي،مرجع سابق،ص.257.

[2] أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص .109 .

[3] فتوى متولي الشعراوي والتي جاء فيها: "أن الإسلام يمنع تنازل المسلم عن أي عضو من أعضائه بالبيع أو الهبة، لا حال حياته، ولا بعد مماته؛ لأن هذه التصرفات من تصرفات الملكية التي لا يملكها الإنسان في جسمه لا كله ولا بعضه، لأن مالك الجسم كله هو المولى عز وجل".فتوى عبد الرحمان العدوي: حيث قال" :إذا كان الله تعالى قد أمربعدم قطع شيء من البهيمة قبل أن تموت وتبرد حركتها، كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن أن نتعجل موتها فتسلخ أو يقطع شيء منها قبل أن تموت وتبرد فأولى بذلك أن نتحرج من التصرف في الإنسان الذي كرمه الله حيا وميتا، فنحن منهيون من باب أولى عن أن نتعجل موته

أولا:من القرآن الكريم

-قوله تعالى﴿ لآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾[1]،إن نقل الأعضاء فيه تغيير في خلق الله، فهو داخل في عموم هذه الآية الكريمة ويعتبر من المحرمات[2]؛وأيضا في قوله تعالى﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَ فَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴾[3]، دلت الآية الكريمة على تكريم الله للآدمي، وهذا التكريم شامل لحال حياته وما بعد موته، وانتزاع العضو منه مخالف لذلك التكريم سواء في حال الحياة أو بعد الموت[4].

وفي قوله تعالى﴿كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[5].إن الله سبحانه وتعالى أعطى للإنسان عصمته وحرمته لنفسه ولأعضائه، فكما لا يجوز الاعتداء على النفس كذلك لا يجوز الاعتداء على أعضائه. وبالتالي لا يجوز لأي شخص أن يعتدي على الميت بقطع أي جزء منه لحرمة هذا الجزء[6].

-وجاء في قوله تعالى ﴿وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[7]وقوله عزّوجل﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾[8]،دلت هاتين الآيتين الكريمتين على تحريم إلقاء النفس إلى المخاطر وذلك بإتلافها أو إضعافها من غير مصلحة مقصودة شرعاً، ومما لا شك فيه أن تبرع الشخص بعضو من أعضاء جسده لآخر يؤدي حتماً إلى إتلاف جسده في سبيل إحياء غيره، والإنسان أولى بنفسه من غيره كما أن الله تعالى نهى الإنسان

وبقر بطنه لتأخذ كليته أو قلبه قبل أن يموت ويبرد تماما، وإذا مات وبرد تماما فإن أعضائه لا تصلح بذلك يكون الله قد حماه من تقطيع واستخدام أعضائه".فتوى عبد السلام السكري"لقد حرمت المذاهب الفقهية استخدام أعضاء الإنسان في العلاجات الطبية ،ومنهم من علل ذلك بالنجاسة بالموت، ومنهم من علله بالكرامة الآدمية؛ فكيف بعد هذا يسوغ لقائل مسلم بجواز استخدام الأعضاء الآدمية في العمليات الجراحية؟،أحمد محمود طه،مرجع سابق،147 وما يليها .فتوى عبد العزيز ابن باز "المسلم محترم حيًا وميتًا، والواجب عدم التعرض له بما يؤذيه أو يشوه خلقته، ككسر عظمه وتقطيعه، وقد جاء في الحديث" كسر عظم الميت ككسره حيًا" ويستدل به على عدم جواز التمثيل به لمصلحة الأحياء، مثل أن يؤخذ قلبه أو كليته أو غير ذلك؛ لأن ذلك أبلغ من كسر عظمه.وقد وقع الخلاف بين العلماء في جواز التبرع بالأعضاء وقال

بعضهم : إن في ذلك مصلحة للأحياء لكثرة أمراض الكلى وهذا فيه نظر،والأقرب عندي أنه لا يجوز؛"منشورة على الموقع الإلكتروني: https://binbaz.org.sa/fatwas/21338 ،تاريخ الإطلاع2020/02/15 .

[1] سورة النساء،الآية 119.

[2]أنظر،السقاف حسن بن علي، الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان ط 2،، 1999 ،ص.15.

[3]سورة الإسراء،الآية 70.

[4] السقاف حسن بن علي،مرجع سابق،ص.17 .

[5] سورة المائدة،الآية 45.

[6] عبد الرحمان العدوي ،المرجع السابق،ص.23.

[7] سورة البقرة،الآية 195 .

[8]سورة النساء،الآية 29.

عن قتل نفسه سواءً كان بسبب مباشر أو غير مباشر، فالنهي هنا عام لتناوله جميع الأسباب المنهي عنها ومنها أن يبرم شخص اتفاقاً مع آخر ليتبرع له بجزء من جسده[1].

وقوله تعالى﴿وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلاَّ بِإِذْنِ اللَّهِ كِتَابًا مُؤَجَّلاً﴾[2] ،وما كان الموت حاصلاً لنفس من النفوس مطلقاً لأي سبب من الأسباب إلا بمشيئة الله وأمره فهو سبحانه الذي كتب لكل نفس عمرها كتاباً مؤقتا بوقت معلوم، وعلى ذلك فنقل العضو إلى الإنسان الحي لن يطيل أجله، لأن الأجل محدد لا يزيد ولا ينقص[3] .

ثانيا :من السنة النبوية

جاء اعتراضهم عن المساس بأعضاء الجثة من خلال الأحاديث النبوية التالية:

-أحاديث النهي عن المثلة، ومنها حديث بريدة رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ إذا أمَّر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله، ومن معه من المسلمين خيرا، ثم قال "اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ، اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا "[4] ، إن الحديث دل على حرمة التمثيل، وإن التمثيل لا يختص تحريمه بالحيوان وبتغيير خلقة الإنسان على وجه العبث والانتقام، بل هو شامل لقطع أي جزء أو عضو من الآدمي أو الحيوان أو جرحه حيا أو ميتا بغير مرض وهي صورة وحشية حرّمها لإسلام[5]

وجاء في حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال "وكسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم"[6]، أفاد الحديث أن الحي يحرم كسر عظمه أو قطع أي جزء منه، وكذا الميت لأي سبب إلا الحي لسبب إذن الشارع فيه[7] .وكذلك ما جاء في حديث الرسول ﷺ لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا عليها".وفي حديث آخر قال رسول الله ﷺ "لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده،خير لم من أن يجلس على قبر" [8] ،وذلك أنه لا يجوز الجلوس على القبر لأن صاحبه يتأذى بذلك، مع

---

[1] عبد الله يشري ، مرجع سابق،ص130.

[2] سورة آل عمران،الآية 145.

[3] عبد الرحمان العدوي،مرجع سابق،ص26 .

[4] أنظر،أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ،صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير،باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث، ، حديث 1731 ،دار الحياء الكتب العربية ،بيروت ،لبنان، ج 1،ط 1،1991، ص.1357 ،منشور على الموقع الإلكتروني https://ketabonline.com/ar/books/2229/read?part=3&page=5317&index=5730612، الإطلاع2022/08/29 .

[5] السقاف حسن بن علي،مرجع سابق،ص.19 .

[6] السجستاني، سليمان بن الأشعث أبو داود الأزدي :سنن أبي داود، تحقيق :محمّد محي الدين عبد الحميد،كتاب الجنائز، باب في يجد العظم، حديث رقم327 ،دارالفكر بيروت،ب.س.ن.، ص 212 ،

[7] محمّد مختار الشنقيطي،مرجع سابق،ص380.

[8] سنن أبي داود، كتاب الجنائز، باب الجلوس على القبور والصلاة عليها، حديث 498،499 ،مرجع سابق ص305.

أن الجلوس عليه ليس فيه مساس مباشر بجسد صاحبه وثم تحريمه، فبالتالي فلا يجوز التعدي على حرمة الجسد وتقطيع أجزائها لأن ذلك أشد انتهاكا[1].

وفي حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال لرجل "ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا"[2]،فالنبي ﷺ قد وضع أساس الترتيب في الصدقة فأرشد إلى أن يبدأ بنفسه ثم زوجته، ثم ذي القرابة فلا يجب أن يؤثر أحداً على نفسه .فإذا كان هذا في النفقات فمن باب أولى ألا يتلف الشخص نفسه لإحياء غيره مهما كانت الضرورة إلى ذلك، ونحن مأمورون بإتباع المنصوص عليه شرعا [3].

وقال ﷺ "ما أطيبك وأطيب ريحك، وما أعظمك وأعظم حرمتك،والذي نفس مُحَمَّد بيده لحرمة المؤمن أعظم عند الله حرمة منك ماله ودمه وأن لا نظن به إلا خيرا". وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال،قال رسول الله ﷺ "من قتل نفسه بحديدة ،فحديدته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم أبدا،ومن شرب سما فقتل نفسه فهو يتحسّاه فينار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا،ومن تردّى من جبل فقتل نفسه فهو يتردّى في نار جهنم خالدا مخلّدا فيها أبدا"[4]،يفيد هذان الحديثان الشريفان حرمة الاعتداء على النفس والمساس بها، وذلك بقتل الإنسان نفسه، أو الاعتداء عليه من قبل غيره، وكذا حرمة المساس بأطرافه سواء من نفسه أو من غيره، فبدن الإنسان ونفسه مملوكان لله تعالى دون غيره[5].

ثالثا :من القواعد الفقهية:

-الضرر لا يزال بالضرر" و"الضرر لا يزال بمثله"[6] ،إن هاتين القاعدتين تتضمنان المنع من إزالة الضرر بمثله، وذلك موجود في هذه المسألة حيث يزال الضرر عن الشخص المنقول إليه بضرر آخر يلحق الشخص المتبرع.

"-ما جاز بيعه جازت هبته ومالا فلا" ،إن أصحاب القول الثاني يوافقون على أن الأعضاء الآدمية لا يجوز بيعها وقد دلت القاعدة على أن ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته، إذا فلا يجوز التبرع بالأعضاء الآدمية لا من حي لمثله في حال الحياة ولا بعد الممات[1].

---

[1] عبد الرحمان العدوي،مرجع سابق،ص.29.

[2] سنن أبي داود، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة،حديث رقم 997 ،ص.455.

[3] أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص .123 .

[4] سنن الترمذي، كتاب الطب ،باب ما جاء فيمن يقتل نفسه بسم أو غيره، حديث رقم 2040 ،مرجع سابق ، ص.660.

[5] نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص.83.

[6] مجلة الأحكام العدلية،المادتين 21و25 ،ج1،ص.19.

من خلال عرضنا لمختلف الأدلة سواء المجيزين أو المانعين لفكرة الإستفادة من أعضاء الميت ،فإنه بالنظر للوضع الراهن الذي نعيشه والمتميز بكثرة الحوادث والكوارث الطبيعية وما تخلف من إعاقات جسدية، ومع قلة المتبرعين بأعضائهم سواء أثناء الحياة أو المماة ،فإن الرأي المجبز لإقتطاع الأعضاء من الجثث هو القرب للصواب لتوفير أكبر قدر ممكن من الأعضاء من أجل انقاذ المرضى،كما أنه لا نستبعد مستقبلا الدعوة لإنشاء بنوك لحفظ أعضاء الجثث بعد نزعها مباشرة للقضاء على النقص الكبير في الحصول عليها أثناء الحياة.ولكن تبقى المشكلة الكبيرة في كيفية اقناع الأشخاص أو ذويهم التبرع بأعضاء جثتهم،والتي لحد الآن لم تتجسد في أرض الواقع بالرغم من الفتاوى الشرعية والقوانين التي تنص على ذلك.

الفصل الثاني

التغيير الجنسي وما يثيره من إشكالات قانونية وطبية

إن العصر الحالي هو أكثر العصور تأكيدا للوسائل الحديثة المتعلقة بالعلوم الطبية والبيولوجية، من حيث الفاعلية والكفاءة ذلك أنها جعلت من هذه الإكتشافات أداة رئيسية لإنجاز أهداف الباحثين،وإشباع الحاجات المجتمعية والشخصية.لكن ذلك لا يعني أن سائر البحوث أصبحت تتماشى والمصلحة العامة، إذ منها ما هي اكتشافات إيجابية، ومنها ما هي منبع لذرائع الإنحراف والشذوذ من أجل تغيير ما هو موجود، كون أنها أصبحت تمس فطرة الإنسان،خاصة عندما يصل الأمر إلى منازعة الخالق في شؤون خلقه ومحاولة تغيير الجنس[2] بالتدخل الجراحي وتحويله إلى الجنس المخالف،أي تغيير الجنس الذي ينتمي إليه ماديا بالجنس الذي يشعر بالإنتماء إليه بعد إجراء عملية جراحية على جهازه التناسلي،مما ينجر عنه المساس بسلامة جسم الشخص[3].

فلقد أصبحت عمليات التحويل الجنسي من الظواهر التي انتشرت بصورة لافتة في السنوات الأخيرة في الدول الأجنبية ،كنوع من أنواع العلاج الطبي، إلا أن النظرة فيما بعد قد تغيرت وأصبح حق الإنسان في تحويل جنسه واختيار نوعه من الحقوق الأساسية التي ينادي بها الغرب، والتي تنظمها بعض التشريعات الأجنبية ضمن إجراءات قانونية تختلف من دولة إلى أخرى.

---

[1] محمد مختار الشنقيطي،مرجع سابق،ص.380.

[2] هناك من يستعمل مصطلح :تغيير النوع،التحول الجنسي،العابر جنسيا.عدم الرضا عن النوع الجنسي،الهوية الجنسية،تثبيت الجنس

[3] أنظر،مروك نصر الدين،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن الشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،ط 1، 2004، ص.437.

كما أصبح مضمون السلامة الجسدية للإنسان يصطدم بنقيض له يتمثل في الحرية الجسدية، هذه الأخيرة أصبحت شعار يُرفع من مختلف البيئات والثقافات وأضحت من المواضيع المهمة التي تخص هذا الزمن. حيث من الحريات الشخصية التي فرضت نفسها في الوقت المعاصر وفي أرجاء المعمورة الحرية الجسدية التي أصبح يطالب بها الكثير من أفراد المجتمعات.تكمل الحرية الجسدية نظرية الجنس" النفسي الاجتماعي " الذي يحمل في طياته الحق الأساسي في التصرف في الجسم والحالة، من أجل إعادة انسجام الشخصية، وهذا ما يسمح بالالتفاف عن مبدأ عدم جواز التصرف في الجسم المقرر قانونا[1].

والجدير بالملاحظة، أنه مع التطورات الكبيرة والانفتاح الغير مقيد على الآداب في الدول الغربية خاصة، أصبح الشخص اليوم يتحكم في جسمه، وله أن يغير مظهره الجسدي والمورفولوجي الذي يكون في تعارض تام مع إحساسه وشعوره النفسي، فيتّولد لديه اقتناع راسخ الانتماء إلى الجنس الآخر.

وبدأت ظاهرة الشذوذ والتحول الجنسي في الظهور في انجلترا في أواخر القرن السادس عشر وبدايات القرن السابع عشر، تلك الفترة التي عرفت تاريخيا بعصر إليزابيث الذهبي، وتجلى ذلك في الأعمال المسرحية التي قُدمت على خشبة المسرح، ولعل أشهر الأدباء الذين عالجوا هذه القضية الكاتب الإنجليزي "وليام شكسبير في مسرحيته Midsummer Night's Dream [2]

كما نشير أن عبارة التغيير الجنسي ليست وليدة اليوم،حيث يرجع ظهورها لسنة 1869،عندما نشر « krafft-Ebing » كتابه المعنون « psychopathia sexualis »تحدّث فيه عن صنف معقّد ومتغيّر للأمراض النفسية الجنسية،وبعده استعمل "cauldwell" عبارة تغيير الجنس في كتابه "psychopathia transsexualis" عرّفه على أنه إمرأة في جسم رجل أو رجل في جسم إمرأة[3].

والأصل أن جنس الإنسان الذي تم تحديده وقت ولادته لا يتغير، بمعنى أن ما ورد في شهادة ميلاده يبقى سارياً طيلة حياته، ولكن يبدو أن الغرب لم يعد يقبل بذلك، وبات من حق الإنسان في بعض الدول تغيير جنسه البيولوجي الذي حدد له وقت ولادته بناء على طلبه. وقد بدأ الأمر عندما سمحت بعض الدول الأجنبية للأشخاص بتغيير جنسهم المحدد في الوثائق الرسمية بعد إجراء عملية جراحية يتم بموجبها تغيير جنسهم بشكل فعلي وكانت أول دولة سمحت بذلك السويد بموجب القانون رقم(1972-119)[4].

---

[1] أنظر،زكية حميدو،التغيير الجنسي بين التطور العلمي والإجتهاد،المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد،2018 جامعة تلمسان ،المجلد03،عدد02،ص.03.

[2] أنظر، أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر و الإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1999،ص.70 .

[3] Cf. Jean- Pierre AGARRA, Aspect médico-légal et social du transsexualisme, thèse, faculté de médecine de Marseille, 1991,p.07.

[4] Act (1972:119) concerning recognition of gender in certain cases نصوص القانون السويدي متاح على الرابط

ولكن مسألة تحويل الجنس لم تقف عند هذا الحد،بل بدأت منظمات حقوق الإنسان تطالب بالإعتراف بحق الإنسان في اختيار النوع الذي يريد أن يعيش فيه وبالسماح بتحويل الجنس دون أية شروط(Right of self-determination) .

وكانت البداية بالإجتماع الذي عقد في يوغياكارتا بأندونيسيا عام 2007 ،وما صدر عنه من مبادئ حول تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالميل الجنسي والهوية الجنسية والتي شكلت حجر الأساس فيما يتعلق بحق الإنسان في تحديد ذاته أي اختيار نوعه الاجتماعي[1].

وفيما بعد وتحديدا عام 2010 أصدرت لجنة مجلس الوزراء في أوروبا التوصية رقمCM/rec(2010)5 بهدف إلغاء شروط تغيير الجنس ومكافحة التمييز على أساس الميل الجنسي أو الهوية الجنسية[2] .

وقد ميز القانون بين نوعين من عمليات تغيير الجنس:

-تغيير الجنس لأسباب عضوية: ويكون إذا ثبت وجود خلل جسدي لدى الشخص يقتضي إجراء عملية جراحية يتم بمقتضاها تغيير جنسه، وقد سمح القانون السويدي بهذا النوع من تغيير الجنس دون شروط كونه تغييراً علاجيا.

تغيير الجنس لأسباب نفسية: أي وجود اضطراب في الهوية الجنسية، ويتطلب تغيير الجنس في هذه الحالة مجموعة من الشروط هي: أن يكون مقدم الطلب سويدياً، أن يكون غير متزوج، أن يكون قد أتم الثامنة عشرة من العمر، أن يكون عقيما أو غير قادر على الإنجاب لأسباب أخرى، أن يكون لديه شعور أو رغبة بالانتماء للجنس الآخر منذ فترة طويلة مع إمكانه لعب هذا الدور من الناحية الجنسية في المستقبل، تقديم طالب تغيير الجنس طلب الحصول على ترخيص خاص سابق لإجراء التدخل الجراحي لتقويم أعضائه التناسلية بما يتلاءم مع الجنس الآخر[3].

---

https://tgeu.org/sweden-gender-recognition-act-reformed-2012 .

[1] مبادئ يوغياكارتا التي وضعها أعضاء الفريق الدولي لخبراء القانون الدولي لحقوق الإنسان المكلف بالتوجه الجنسي وهوية النوع ،منشورة على الرابط الإلكتروني:

https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e752

[2] لمزيد من التفاصيل حول توصية لجنة الوزراء في مجلس أوروبا لعام 2010 ، يرجى تصفح على الموقع الإلكتروني

. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805b1652

[3] Ehrhardt, Anke A. ,John Money, PhD,The Journal of Sex Research,volume44 , 2007,p.223 .

كما أنه مؤخرا ظهرت مفاهيم ومفردات جديدة لحالة تغيير الجنس، فأصبح حاليا يعبر عنه بحالة اللاارتياح في النوع Dysphorie du genre ، ثمّ ظهر الحديث أيضا عن هوية النوع identité de genre بدلا من الهوية الجنسيةidentité sexuelle[1] .

ومع انتشار مسألة التحول الجنسي على مستوى العالم، وإصدار معظم الدول الأجنبية لقوانين تعترف بها بالإضافة لإستغلالهم للإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي كوسيلة لعرض حالتهم والدفاع عنها وإقناع الآخرين بها ،كان لابد للمشرع الجزائري من التدخل صراحة وبيان موقفه من مسألة التحول الجنسي.

تكمن أهمية الدراسة في أنها تسلط الضوء على ظاهرة خطيرة جدا،والتي انتشرت بصورة كبيرة في الوقت الحاضر، ذلك أن تحويل الجنس لم يعد فقط علاجاً لمشكلة الخنوثة، بل أصبح من العمليات التي يقدم عليها البعض لمجرد الرغبة في تغيير جنسهم، أو لمجرد وجود إحساس بعدم التوافق بين جنسهم الحقيقي والجنس الذي يشعرون بالانتماء إليه تحت غطاء الحرية الشخصية.

وعليه ستكون الدراسة من خلال تقسيم الفصل إلى مبحثن،نتناول بالدراسة في المبحث الأول ماهية التغيير الجنسي،وفي الثاني إلى الآثار القانونية الجديدة للمتغير الجنسي.

المبحث الأول

ماهية التغيير الجنسي

إن مرض التغيير الجنسي أو مرض الرغبة في التحول إلى الجنس الآخر ليس وليد اليوم ،بل يضرب جذوره عبر التاريخ حيث رُوي أنه قد أصيبت شخصيات تاريخية بهذا المرض مثل الإمبراطور الروماني"كوليجورلا"،والملك الإنجليزي"هنري الثالث"،والإمبراطورة السويدية "كوترين"[2].ولم يهتد الطب قديما إلى تشخيص هذه الحالة الغريبة ليستمر الآمر إلى يومنا هذا،حيث مازال الطب الحديث يواجه صعوبات في التعامل مع هؤلاء الأشخاص الذين يظنون أنفسهم أنهم ضحايا الحياة ويريدون تصحيح حالتهم الخلقية حسب ما يشعرون به.

ولقد أصبحت عمليات تغيير الجنس تتصدر الأخبار اليومية عبر مختلف وسائل الإعلام،مما أدى بشكل مباشر إلى الترويج لهذه الظاهرة،حيث أصبح تطور العلوم الطبية والبيولوجية له علاقة مباشرة في نشر

[1] Cironi François, psychologie des transsexuels et des transgenres, Odile jacob, Paris, 2011, p.18.

[2] سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص. 192 .

الأفكار الهدامة من خلال نشره للحلول الطبية لتحقيق الرغبات والشهوات الجنسية تحت غطاء الحلول العلاجية.

كما نشير إلى أن أولى عمليات التغيير الجنسي كانت تجري في المغرب في الستينات،لدرجة أن أولى الإبتكارات الطبية في هذا المجال كانت تسمى "تقنية كازابلانكا" قام بها طبيب فرنسي يهودي يدعى "جورج بيرو" كان مستقرا بالدار البيضاء،فأجرى أول عملية من هذا النوع لشخص بريطاني تحول من رجل لإمرأة سنة 1960 [1].

سنحاول في هذا المبحث تحديد مفهوم التغير الجنسي من خلال التطرق لتعريفه من الجانب اللغوي والإصطلاحي (المطلب الأول)،ثم معرفة موقف الديانات السماوية منه(المطلب الثاني)،وأخيرا التطرق للمعايير المعتمدة في تحديده .

المطلب الأول

تعريف التغيير الجنسي وتحديد طبيعته

يعد تحديد المقصود بتحويل الجنس حجر الأساس في هذه الدراسة،ويعود ذلك إلى تعدد المصطلحات المتعلقة بموضوع الجنس والهوية الجنسية بصورة عامة ، فقد تتداخل المصطلحات مع بعضها البعض لتشابهها وتقاربها في المعني،لذا سنحاول سرد بعض التعاريف عن التغيير الجنسي كمحاولة لتبسيط الأمور ورفع اللبس عن هذه الظاهرة حتى نبسط المعني الحقيقي لهذه العملية،بدية بالتعريف اللغوي و الإصطلاحي (فرع أول)،ثم التمييز بينه وبين بعض المصطلحات المشابهة له(فرع ثان)،وختاما بسرد الدوافع التي أدت للمطالبة به (فرع ثالث).

الفرع الأول

التعريف اللغوي والاصطلاحي للتغيير الجنسي

إن ظاهرة التحول الجنسي تعد حديثة ولم تكن موجودة في السابق، وقد ابتليت بها البشرية بفعل تصرفات الشواذ نفسيا، جنسيا ودينيا وأخلاقيا، ومحاولتهم إضفاء وصف المشروعية عليها بحجة الحرية الفردية أو عدم منع الشارع لها،أو لكونها ضرورة في بعض الحالات حسب رأيهم. لذلك ليس من السهل ضبط تعريف للتحول الجنسي لما يتسم به من تعقيدات، لكونه في الأصل يتعلق بمسألة داخلية تتمثل في الإحساس

[1] هجيرة خدام،فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري حماية لمؤسسة الزواج،المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد،جامعة تلمسان، 2020 ، مجلد05 ، عدد02 ص.42.

والشعور بالإنتماء للجنس الآخر. ومع ذلك سوف نحاول البحث عن مفهوم تحويل الجنس من خلال تعريفه لغة و اصطلاحا .

أولا التعريف اللغوي

إن المدلول اللغوي للتغيير الجنسي يحمل في طياته كلمتين "التغيير" و"الجنس"، فالتغيير من الفعل تغيّر،أي تحوّل وتبدّل.يقال تغير الشيء عن حاله تبدّل وتحوّل[1]. وغيّر الشيء :حوّله وبدّله كأنه جعله غير ما كان[2].

من خلال هذا التعريف تبين لنا أن مصطلح التغيير ينطوي على تغيير في الشكل والهيئة أي تغيير كامل وشامل، وهذا ما لا نلمسه في التغيير الجنسي،لأنه في الواقع يكون في الشكل والهيئة فقط لكن من حيث الوظائف الداخلية والفيزيولوجية غير ممكن. لذلك فمصطلح التغير غير ملائم لموضوع الجنس، عكس مصطلح التحول الذي يُطلق على التغيير في الهيئة دون الجوهر ،فكلمة تحول في اللغة تطلق على عدة معاني،منها الإنتقال ومنه تحول أي انتقل من حال إلى حال أومن موضع إلى موضع[3].

أما الجنس[4]، فهو الضّرب من كل شيء، وهو من الناس ومن الطير ومن حدود النحو والعروض والأشياء جملة. والجمع أجناس وجنوس. والجنس أعم من النوع، ومنه المجانسة والتجنيس. ويقال هذا يجانس هذا أي يشاكله[5] .

ثانيا –التعريف الإصطلاحي

---

[1] المنجد في اللغة والأعلام،ط 42 ، دار المشرق، بيروت، 2007 ، ص.563 .

[2] ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، دار الحديث، القاهرة،2013 ،ص.708؛ المنجد في اللغة والأعلام،مرجع سابق،563 .

[3] المنجد في اللغة والأعلام، مرجع سابق ، ص .570

[4] يوجد فرق بين الجنس والجندر،**فالجنس** هو الجنس البيولوجي أي النوع الإنساني الذي ينقسم إلى نوعين(ذكر،أنثى) ويحدد ذلك بموجب السمات البيولوجية،وليس فيه اختلاف أو لبس إلا بقدر ما يكون هناك خروج عن القاعدة ،واستثناء وشذوذ في الخلقة الإنسانية يتمثل في البشر الذين يولدون بجنس مضطرب لا تعرف حقيقته لإحتوائه على الأعضاء الجنسية للنوعين أو خلوه منها.وقد ظهر في العصر الحديث مصطلح أصبح شائعا للتعبير عن النوع الإنساني ويستعمل بكثرة في قضايا المرأة و قضايا الشواذ، يتمثل في النوع الإجتماعي أو **الجندر Gender** فهو النوع الاجتماعي هذه الأخيرة لم يتم تعريفها بشكل دقيق،حيث عرّفته منظمة الصحة العالمية على أنه« المصطلح الذي يفيد استعماله في وصف الخصائص التي يحملها الرجل والمرأة كصفات مركبة اجتماعيا،لا علاقة لها بالإختلافات العضوية». منشور على موقع منظمة الصحة العالمية، https://www.who.int.

–يهدف هذا التوجه الجديد ليجعل من حق الذكر أن يتصرف كالأنثى،بما فيه الزواج من ذكر آخر،ومن حق الأنثى التصرف كذلك و لها الحق في إنشاء أسرة قوامها امرأة واحدة تنجب ممن تشاء،وهذا ما تنادي به سياسات بعض المنظمات الدولية كالأمم المتحدة في مؤتمرات السكان المعددة التي تقيمها،وكذلك منظمة الصحة العالمية في مطبوعاتها ومنشوراتها وهذا تغليا للثقافة الغربية الحديثة التي ترى مشروعية كل ذلك وتجاهلا لغيرها من ثقافات الأمم والشعوب المختلفة بما فيها الثقافة الإسلامية والثقافات الشرقية التي ترفض ذلك.أنظر،أنس عبد الفتاح أبوشادي،التحول الجنسي بين الفقه والطب والقانون،مجلة الدراية،كلية الدراسات الإسلامية العربية،جامعة الأزهر مصر،2016، عدد16، ص.517.

[5] ابن منظور،مرجع سابق،ص.263.

إن ظاهرة التحول الجنسي لم تكن مثارة عند الفقهاء القدامى،لذلك لم نعثر لها على تعريف تدقيق ،عكس ما كان متداولا كمصطلح الخنثى والذي يبدو للوهلة الأولى بأنه مشابه للتغيير الجنسي ولكن بعد التعمق في دراسته يظهر الفرق الشاسع ولا مجال للمقارنة بينهما .

هناك عدة محاولات من أجل ضبط التعريف الإصطلاحي لظاهرة التغيير الجنسي،نذكر على سبيل المثال :

يعرفه الأستاذ جيلالي تشوار على أنه" استبدال جنس الشخص بجنس آخر أي تغيير جنسه الطبيعي بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي"[1] .

وفي نفس السياق، ثم تعريفه بأنه" تحويل جنس الشخص من ذكر إلى أنثى أو من أنثى إلى ذكر، وذلك عن طريق المعالجات الهرمونية أو المداخلات الجراحية التي تهدف إلى إنماء الأعضاء التناسلية أو إلغائها "[2] .بهذا فإن التغيير الجنسي لا يكون إلا بالتدخل الطبي الجراحي والهرموني .

كما جاء في تعريف آخر بالنظر إلى "الأشخاص" حيث عادة ما نقصد ب« Transsexuels» الأشخاص الذين يبدو مظهرهم الفيزيولوجي أنهم من جنس معين ومشاعر انتمائهم لجنس مضاد ويحاولون دائما أن يبدوا بهوية أكثر تناسقا وأقل اشتباها، وهذا بالخضوع لعلاجات طبية وتدخلات جراحية[3].

وعرّفه أخر بأنه«شعور الشخص بكراهية الجنس الذي ولد عليه نتيجة لعوامل مختلفة تعود أغلبها حسب الأطباء–إلى فترات مبكرة من حياة الإنسان وتربيته وتكون هذه التربية غير سليمة ،وهؤلاء الأشخاص لا يوجد فيهم أي لبس في تحديد جنسهم سواء من ناحية المظهر أو من ناحية الجوهر» [4].

إن المغير لجنسه Transsexuelهو الشخص الذي يطلب تغييرا لجسمه وهذا بعدما تتكون في ذهنه فكرة راسخة أن جنسه الحقيقي عكس الجنس البيولوجي الذي هو عليه[5] .

وعرّفته المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان على أنه « التغيير الجنسي يتمثل في إحساس أشخاص بانتمائهم إلى الجنس الأخر للوصول إلى هوية أكثر اتساقا بعد الخضوع إلى العلاج الطبي والجراحي للتكيف مع الخصائص الفزيائية والمرفولوجية للجنس الذي يشعرون به »[1].

---

[1] أنظر، تشوار جيلالي،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، جزء36، رقم 04 ، الجزائر ،1998 ، ص.29.

[2] زكية حميدو،التغيير الجنسي بين التطور...،مرجع سابق،ص.10.

[3] Cf Robert Jacques ,Droits de l' homme et libertés fondamentales, collaboration de Jean Duffar, 15é Edition – Domat droit privé, Montchrestien , Paris, 2009, p. 338.

[4] أنظر،محمد مختار الشنقيطي،المرجع السابق،، ص199.

[5] Cf Abdelhafid Oussoukine ,L'Etique Biomédicale, édition Dar El Gharb,Oran,2000, p.203.

ولقد تطرق الدكتور على جمعة مفتى جمهورية مصر الأسبق، فى فتوى له حول هذا الأمر والذى عرفه بأنه "اضطراب الهوية الجنسية أو ما يسمى بالإنجليزية (Gender identity disorder) ويعرف اختصارًا بـ (GID)هو تشخيص يطلقه أطباء وعلماء النفس على الأشخاص الذين يعانون من حالة من عدم الارتياح أو القلق حول نوع الجنس الذى ولدوا به، وهو يعتبر تصنيفًا نفسيًّا، يصف المشاكل المتعلقة بالتغير الجنسى وهوية التحول الجنسى والتشبه بالجنس الآخر، وهذا المرض النفسى يعنى باختصار أن يجد الإنسان المريض فى نفسه شعورًا لا إراديًّا بأنه ينتمى إلى الجنس الآخر رغم اكتمال خلقته الجسدية وسلامة أعضائه التناسلية" [2].

ونذكر أنه في اللغة الفرنسية يُستعمل مصطلحين للدلالة على التغيير الجنسي transsexualisme أو Transsexualité، فالأولى تعني لغة إحساس الانتماء إلى الجنس المضاد،غالبا ما يقترن بالرغبة في تبديل الجنس، والثانية ،تفيد بأنها حالة شخص يبدّل جنسه مع الإشارة أن بعض الفقه الفرنسي يستعمل المصطلحين معا كمرادفين لا يختلفان للدلالة على نفس المفهوم[3].

وإذا كان الشخص المراد تبديل جنسه امرأة كاملة الأنوثة من الناحية الخلقية والجينية، فإن الجراح يقوم باستئصال الثديين والرحم والمبيض، ويقفل المهبل ويصنع لها قضيبا اصطناعيا، يمكن أن ينتصب بواسطة تيار كهربائي من بطارية مزروعة في الفخذ عند الحاجة وتعطي المرأة هرمونات الذكورة بكمية كبيرة لتغير الصوت إلى طابع الخشونة، ونتيجة لذلك ينبت شعر الوجه واللحية[4].

ونشير في هذا المقام أن التغيير الجنسي كان يُعتبر مرض حقيقي وأكدته أيضا المنظمة العالمية للصحة، فثم تكييفه على أنه مرض عقلي أو اضطراب في الهوية الجنسية،لكن بعد ضغوطات المحكمة الأوربية لحقوق

---

[1] La Cour européenne des droits de l'homme définit le transsexualisme comme le fait pour des personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à l'autre » et qui « essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter leurs caractères physiques à leur psychisme »**Avis du 30 juin 2010 relatif à la prise en charge des personnes transsexuelles incarcérées .** JORFn°0170du25juillet2010,publier surle site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022512514

[2] أكرم القصاص،كيف تعامل الأزهر مع حالات تغيير الجنس، جريدة اليوم السابع على الموقع الإلكتروني . https://www.youm7.com/story/2019/3/15

[3] زكية حميدو، التغيير الجنسي بين التطور...، مرجع سابق،ص.07.

[4] مُحَمَّد مختار الشنقيطي،مرجع سابق،ص.205 .

الإنسان[1] تراجعت فرنسا عن هذا وقامت بسحب التقاطع الجنسي من قائمة الأمراض العقلية،بموجب المرسوم 125-2010 المتعلق بتحديد قائمة الأمراض العقلية [2].

وبخصوص التعريف القانوني نجد أن المشرع الإماراتي هو الوحيد من بين الدول العربية الذي قام بتعريف التغيير الجنسي وذلك من خلال قانون المسؤولية الطبية بأنه« تغيير جنس الشخص الذي يكون انتمائه الجنسي واضحاً ذكورة أو أنوثة، وتتطابق ملامحه الجسدية الجنسية مع خصائصه الفسيولوجية والبيولوجية والجينية، ولا يوجد اشتباه في انتمائه الجنسي ذكراً أو أنثى، كما يعني هذا التعريف الانحراف في عملية تصحيح الجنس بما يخالف الصفة الجنسية التي انتهت إليها التحاليل»[3].

من خلال هذه التعريفات،نرى أن التغيير الحاصل بعد التدخل الجراحي إنما هو تغيير ظاهري في الأعضاء التناسلية فقط بحيث لا يحصل معه تغيير في الوظائف، لأن الرجل إذا تم تغيير أعضائه التناسلية إلى أنثى، فإنه لا يستطيع أن يحيض مثلا أو يحمل لعدم وجود مبيض ورحم وبقطع أعضائه التناسلية الأصلية، فإنه يستحيل تعويضها بأخرى وبالتالي تفقد وظيفتها البيولوجية.

وبعدما أشرنا إلى التغيير الجنسي وبيان المقصود منه، لابد لنا من الإشارة إلى بعض المصطلحات المشابهة له والتي تكون أيضا من جراء تدخل طبي، لكن تختلف عن التغيير الجنسي.

الفرع الثاني

تمييز التغيير الجنسي عن بعض المفاهيم المشابهة له

إن فعل التغيير الجنسي يعتبر جريمة ومساس بحرمة الجسم البشري لما ينتج عنه من عاهات مستديمة لا يمكن تداركها بسبب نتائجها السلبية والتي تعبث بالخلق، وبالمقابل هناك بعض التدخلات الطبية والتي تشبه نوعا ما التغيير الجنسي لكن نتائجها أقل خطورة، والتي سنحاول ابرازها وتحديد الاختلاف الموجود.

---

[1] CEDH req. 57/1990/248/319, 25 mars 1992, B. c. F.

[2] Décret n° 2010-125 du 08 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». Ce décret stipule que " Au 4 du I de l'annexe de l'article D.322-1 du code de la sécurité sociale, les mots «troubles précoces de l'identité de genre;» sont supprimés".

[3] المادة الأولى من المرسوم بقانون اتحادي رقم 04 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية و قرار مجلس الوزراء رقم 40 لسنة 2019م في شأن اللائحة التنفيذية،منشور على الموقع الإلكتروني :

https://courts.rak.ae/Shared Documents/Lawsanddecisions/قانون المسؤولية الطبية.pdf

أولا– الخنثى [1] .

الخنثى لغة الذي لا يخلص لذكر ولا أنثى والخنثى الذي له للرجال والنساء جميعا ،وأخنث تثنى وتكسّر[2]

إن التخنث بمختلف أنواعه "L'hermaphrodisme" أساسه إبهام جنسي أصلي، ثم إذا كان الخنثى ضحية الطبيعة بحمله للأعضاء الذكرية والأنثوية (مما يبرر إجراء العمليات الجراحية لتحديد جنسه الأصلي)، فإن الشخص محل التغيير، على النقيض من ذلك، له جنس مورفولوجي محدد ومميز تماما، إلا أنه يشعر نفسيا بأنه ينتمي الى الجنس المضاد لجنسه الطبيعي.إذا الأمر لا يتعلق بتصحيح الجنس، إنما بتغييره مما يفترض عدم وجود أي خلط في الجنس، لأن الشخص محل التغيير لم يكن قط يوم الولادة ضحية لغلط، إلا أنه يحس بالإنتماء لجنس مضاد لجنسه، فيبحث مهما كان الثمن لتغييره بواسطة عمليات جراحية جد صعبة[3].

والخنثى في الفقه الإسلامي "أدمي تظهر فيه علامات تدل على الأنوثة و علامات أخرى تدل على الذكورة ،فإن غلبت عليه علامات الذكورة حكم بأنه ذكر، وإن تبين أن علامات الأنوثة غالبة حكم بأنه أنثى، وفي بعض الأحيان لا تظهر الأمور جيدا فينتظر بلوغة حتى يفصل في الأمر و إن لم نتبين فنكون أمام خنثى مشكل[4] .

وعرفه وهبة الزحيلي بأنه" من اجتمع فيه العضوان التناسليان :عضو الذكورة وعضو الأنثى، أو لم يوجد فيه شيء مهما أصلا[5]".

والخنثى نوعان، غير مشكل ومشكل، فالخنثى غير المشكل (الواضح)هو الذي ترجحت فيه صفة الذكورة أو الأنوثة، كأن تزوج فولد له ولد، فهذا رجل، أوتزوج فحملت، فهي إمرأة، ويطبق عليه حكم

---

[1] -« Hermaphrodisme » :Présence, chez un même individu ,des organes reproducteurs des deux sexes. Cf Le Petit Larousse Illustré, librairie Larousse, France .2009,p.489,
-« Transsexualisme :Conviction qu'a un sujet d'appartenir à l'autre sexe, qui le conduit à tout mettre en oeuvre pour que son anatomie et son mode de vie soient le plus possible conformes à sa conviction». Le Petit Larousse Illustré ,op.cit.,p.185 .

[2] ابن منظور، مرجع سابق، ص.22 .

[3] تشوار جيلالي ،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي ، المرجع السابق ، ص. 293.

[4] بوشي يوسف ، المرجع السابق ، ص 226.

[5] أنظر،وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10 ، الأحوال الشخصية، الحقوق المالية، الوصايا والوقف والمواريث، ، دار الفكر، دمشق، ط9، 2006 ، ص.789.

كلمنهما. وإن بال من آلة الرجال فهو رجل، والآلة الأخرى زيادة خرق في البدن، وإن بال من آلة النساء، فهو أنثى، والآلة الأخرى زيادة نشوء في البدن.وعليه، فإنه يختبر بالتبول، وظهور اللحية، والحيض[1] .

وعليه فإن التدخل الطبي بالنسبة للخنثى ليس تغييرا لجنسه وإنما تصحيح بالإعتماد على الجنس الغالب بعد البلوغ ،مما يبرر شرعية العمليات الجراحية.وعليه يكمن الإختلاف بين الخنثى والمغير لجنسه في:

– الخنوثة مرض يعاني صاحبه من خلل في تكوينه البيولوجي يؤدي الى اختلال في أعضائه الظاهرة والباطنة، أما التغيير الجنسي لايعدو أن يكون رغبة للشخص في العبث بأعضائه التناسلية من خلال التدخل الجراحي.

–التدخل الجراحي في حالة الخنثى يهدف لتحديد الجنس الصحيح ويكون ذلك بتوافر القصد العلاجي،عكس في حالة التغيير الذي تنعدم فيه حالة المرض المؤدية لضروة التدخل الجراحي.

–في حالة الخنثى يمكن أن يكون الشخص عقيما أصلا،أما في حالة المتغير جنسيا يكون سليما ولكن نتيجة التدخل الجراحي فسيتحول حتما إلى شخص عقيم

–في حالة الخنثى تكون الأعضاء التناسلية غير مكتملة النمو،أو ضامرة أصلا،عكس المتغير الجنسي الذي تكون أعضاؤه التناسلية مكتملة وظاهرة[2] .

ثانيا – الشذوذ الجنسي

ظاهرة الشذوذ الجنسي Homosexualitéتتسم بميل الشخص إلى نفس الجنس الخاص به ،فهي تعني اللواط (الشذوذ الجنسي واللواط كانا قد ظهر في قوم سيدنا لوط–عليه السلام– فاستحبوا اتيان الذكور على الإناث) عند الذكور والسحاق عند الإناث وهو ضغط جنسي موجه للأشخاص من نفس النوع نتيجة نشوء نزوة و شذوذ جنسي اتجاه أفراد أخرين من نفس النوع ويمكن تصور هذه الظاهرة حتي في إتيان الحيوانات والإستمناء[3].

وتفرق بعض الدراسات الطبية الجنسية بين المثلية الجنسية وبين الشذوذ الجنسي،حيث الأولى هو توجه جنسي وانجذاب عاطفي بين أشخاص من نفس الجنس؛ أما الثانية فهي حالة الشعور الدائم والمتكرر بالإثارة الجنسية تجاه أشياء وحالات لا تكون جزءا من المنبهات الجنسية العادية[4].

[1] وهبة الزحيلي،مرجع سابق،ص.790.

[2] حمد مختار الشنقيطي،مرجع سابق،ص.219.

[3] مُحَمَّد مختار الشنقيطي ،المرجع السابق، ص 125،

[4] زكية حميدو، التغيير الجنسي بين التطور ...،مرجع سابق،ص.09.

وعليه يظهر الإختلاف بين الشذوذ الجنسي والتغيير الجنسي،حيث أن الأول ليس ضحية الطبيعة لأن أعضاءه التناسلية سليمة وكاملة ولا يعاني من مشاكل نفسية بخصوص جنسه الحالي،إلا أن له ميول وشغف جنسي بالأشخاص من بني جنسه بالمقابل فإن المتغير جنسيا يشعر بأنه عكس الجنس الذي هو عليه ويحاول الخروج منه ،وبالتالي لا توجد أية علاقة أو صلة بين الشذوذ الجنسي والتغيير الجنسي من حيث الشعور والسلوك،والشيئ المشترك بينهما أنهما يتمتعان بأعضاء تناسلية كاملة وسليمة إلا إنهما يعانيان و يشتركان في المرض النفسي .

ثالثا – التشبه بالجنس الآخر

يكون التشبه بالجنس الآخر حينما تبدو النساء في المظهر الخارجي كالرجال في ملابسهم وسلوكهم ،أما تشبه الرجال بالنساء عندما يبدو الرجال كالنساء في هيئتهم الخارجية كارتداء ملابسهم و التزين مثلهن و التميع في الكلام وإن غلب الظن أن هناك تشابه بين التغيير الجنسي و الشذوذ الجنسي إلا أن الفرق يكمن في :

*إن التشبه بالجنس هي مسألة وقتية وعرضية تنتهي بمجرد إشباع الرغبة المنحرفة ،عكس التغيير الجنسي الذي هم اقتناع تام بالإنتماء الأبدي للجنس الاخر.

*إن المتشبه بالجنس الآخر يعي هويته الجنسية البيولوجية ولا يرغب في التخلص منها، بينما في حالة التغيير الجنسي فإن الشخص لا يقتنع بوضعه الأصلي ويحس بالظلم والقهر يدفعه للتخلص من أعضاء التناسلية الأصلية ، لذلك يمكن اعتبار أن التشبه بالجنس الآخر هي أولى الخطوات للوصول إلى التغيير الجنسي[1].

كما يدل الواقع على أن الرغبة في التغيير الجنسي تمر بمراحل تتمثل في :

*مرحلة إرتداء ملابس مخالفة لجنسه.

*الشعور بالرغبة في تملكه للأعضاء التناسلية الخاصة بالجنس الاخر.

*الرغبة في التخلص من أعضائه التناسلية والمطالبة بإجراء عملية جراحية و في حالة رفض الإستجابة لطلبه قد يلجأ إلى إحداث تشويه بنفسه أو الإنتحار، ويظهر هذا المرض عادة بالنسبة للذكور ما بين سن 13 إلى 50 سنة و بالنسبة للإناث فلا يتعدى 20 عاما [2].

[1] بوشي يوسف،المرجع السابق ، ص .226.

[2] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...، المرجع السابق ، ص. 440.

ونشير في الأخير أن الختان(L'exision) يختلف تماما عن التغيير الجنسي لأنه ناتج عن إجبار معنوي و جماعي وسلفي يحتفظ به الشخص على جنسه ولا يغيره ،بل هم امتثال للشرع و الفطرة و الإهتداء بالسنة الكريمة [1] .

رابعا– تصحيح الجنس

إن عملية تصحيح الجنس فهي عملية مباحة شرعاً ، إذ تكون الحالة عبارة عن شخص لديه خلل في الجهاز التناسلي أو البنية الجسدية بحيث يبدو أنثى ، وهو في الحقيقة ذكر، وفي هذه الحالة يتم إجراء الجراحة التصحيحية إلى الجنس الحقيقي وهو الذكورة ، والعكس قد يكون الشخص أنثى ولديها خلل في الجهاز التناسلي ويبدو وكأنها ذكر، ويتم إجراء الجراحة التصحيحية إلى الجنس الحقيقي وهو الأنثى،وبالتالي فتصحيح الجنس عبارة عن تدخل جراحي للشخص الذي يكون جنسه وانتماؤه غامضا منذ ولادته، وهنا يتضح أن عمليات تصحيح الجنس هي تصحيح من الوضع الخطأ إلى الوضع الصحيح وهي عملية جراحية كاشفة وليست منشئة لجنس جديد.

ويمكن التمييز بين تصحيح الجنس والتغيير الجنسي في مايلي:

-تصحيح الجنس هو حالة خلقية خاصة تصيب الإنسان من الناحية العضوية. أما تغيير الجنس،فهو رغبة نفسية تلازم صاحبها بتغيير جنسه دون وجود أي دواعي طبية مؤكدة.

-يتم فعل التصحيح والتغيير للجنس عن طريق التدخل الطبي،وفي حالة التصحيح يكون التدخل الطبي مشروعا لعلاج حالة مرضية،أما في الحالة الثانية فهو غير مشروع لإنتفاء السبب ويكون فقط لوجود شهوة أو مرض جنسي و التي تستلزم العلاج النفسي بدل الجراحي[2].

خامسا–المقاطع الجنسي

يرى الأستاذ تشوار جيلالي بأن "المقاطع الجنسي لم يكن قط يوم الولادة ضحية لغلط إلا أنه يشعر بأنه ضحية الطبيعة،وأن جنسه الفعلي والحقيقي هو ليس جنسه المرفولوجي وإنما جنسه البسيكولوجي،... فيبحث مهما كان الثمن على تغيير أعضائه الجنسية بواسطة عدة عمليات جراحية جد صعبة، ومن ثم تعديل حالته المدنية"[3].

[1] تشوار جيلالي ،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي ، المرجع السابق ، ص.32.

[2] محمد مختار الشنقيطي ،المرجع السابق، ص 129،

[3] أنظر،تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.19.

وكما أن الفقه اتفق على أن التقاطع الجنسي هو إحساس شخص بأنه ينتمي للجنس المخالف للذي عين له عند الولادة. أي هو شعور الشخص بكراهية الجنس الذي ولد عليه نتيجة لعوامل مختلفة ، ومن هنا يمكن القول بأن الجنس ليس فقط تكوين خارجي، ولكن يمثل خصائص كروموزونية وهو مظهر للهوية النفسية أو السيكولوجية [1].

كما عرّفه الدكتور كوس (Küss) على أنه "الشعور العميق الثابت بالانتماء إلى الجنس الآخر، رغم التكوين المتطابق مع الجنس الصبغي ،إلا أنه يوجد رغبة قوية في تغيير الجنس والحالة المدنية "[2]

وهذا التعريف تبناه الكثير من الفقه الفرنسي، فمنهم من ذكر أنه إحساس يشعر به شخص ، مكون دون تشويه، بأنه ينتمي إلى الجنس المضاد، مع الرغبة القوية والملحة بتغيير الحالة الجنسية، بما فيها التشريحية، للعيش في مظهر ملائم ومطابق للفكرة المكوّنة لديه .وهناك من عرفه ببساطة بأنه رجل له مظهر رجل، ولا ينفي ذلك، ولكنه يحسّ بأنه امرأة أو العكس[3] .

من خلال مجمل التعريفات،يمكننا القول أن التحول الجنسي هو اضطراب نفسي سلوكي، يعبر عن عدم رضا المريض ذكرا أو أنثى عن هويته الجنسية التي ولد بها،وهذا راجع خاصة لقلة الوازع الديني،وهناك فرق بين محاولة تغيير الجنس وحالة الخنثى التي يتم تصحيح الجنس فقط لأن العملية الجراحية لها دور كاشف، دون تغييره وهذا بتوافر شروط طبية و قانونية .

الفرع الثالث

دوافع التحول الجنسي

لم يهتد الطب في الماضي إلى الوصول لسبب وطبيعة هذا المرض النفسي ،ولا يزال البحث متواصلا لتحديد وحصر أعراضه وطرق علاج المصابين به، خاصة وأن القضاء والطب لم ينسجموا في تبرير توجهاتهم، فنجد أن الجانب الطبي في الدول التي أجازت التغيير الجنسي قد ساير الميول النفسي والجنسي للأشخاص

[1] Cf. AUGST-MERELLE A. et NICOT S., Changer du sexe, identités transsexuelle, Le cavalier Bleu, Paris, 2006, p.33.

[2] Le transsexualisme est le «sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé, malgré une conformation sans ambigüité en rapport avec le sexe chromosomique, et besoin intense et constant de changer de sexe et d'état civil».Dalloz Actu Étudiant fait le point, publié sur le site internet : https://actu.dalloz-etudiant.

[3] Robert Jacques,op.cit.p.158.

المتحولين جنسيا مما أثر على القضاء الذي يستند في بعض أحكامه على الخبرة الطبية الفنية من أهل الإختصاص .

وإذا تم تصنيف هذا المرض بأنه مرض نفسي ،فإنه يستوجب علاج المريض بتصحيح مسلكه السيكولوجي أو بإعطائه هرمونات علاجية تساعده على تحمّل جنسه الطبيعي، شريطة عدم تجاوزه لمرحلة البلوغ ومع ذلك، فإن أغلب المحاولات باءت بالفشل مما استدعى اللجوء للعمل الجراحي كوسيلة أخيرة وفعالة في ظل الوضع الراهن. ورغم ذالك يرى « RASSAT» "أن هناك استحالة لتغيير الجنس ويبرر موقفه بأن تدخلات الطب الإكلينيكي أو العمليات الجراحية تتجه نحو الأعقد ،لأنها لا تؤدي للتغيير الكلي للجنس شكلا وخاصة الجانب الوظيفي"[1].

ومن بين الأسباب والدوافع وراء اللجوء لجراحة تغيير الجنس ندكر على سبيل المثال:

* أن يكون الشخص المصاب بمرض اضطراب الهوية الجنسية يقوم بإجراء عملية تغيير الجنس غاية في علاج نفسه ،وربما يحصل ذلك لبعض الأشخاص الذين يعانون من خلل نفسي أو تربوي اجتماعي دفعهم إلى الرغبة في تغيير جنسهم، وذلك لأن تقاليد المجتمع لا تسمح بالتعايش مع الظاهرة وأصحابها الذين يعانون في صمت، إذ ما زال يرى فيهم الذين يعتبرون أنفسهم أسوياء مجرد أفراد شاذين عن طبيعة باقي البشر، ويجمعون على جعلهم يعيشون في الهامش.

* قلة الوازع الديني :إن الدين الإسلامي هو المعيار الأساسي للإنسان والذي عليه تستقيم أموره ، وهو المعلم الذي يدله على الحلال والحرام والصحيح والسقيم، فإذا ابتعد الإنسان عن الدين قل عنده هذا الوازع الديني وبالتالي تجده يتخبط يمنةً ويسرة ، وأن تغيير الجنس بقصد التخنث منهي عنه شرعاً ، ولكن من قلّ عنده الوازع الديني تجده لا يهتم بهذا النهي ، ويمارس كل ما يخطر على هواه دون مراعاة لأحكام الدين الإسلامي[2].

*التربية الخاطئة :إن للتربية دوراً مهماً في تكوين شخصية الطفل منذ نعومة أظافره فهو يكتسب الخصائص النفسية والاتجاهات والقيم والمعتقدات التي تعتبر مناسبة لجنسه ، وبالتالي يكتسب الطفل هويته

[1] راجع، RASSAT M.L,sexe médecine et droit مقتبس عن مكرلوف وهيبة ،المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ،مذكرة ماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية،جامعة تلمسان،2004،2005،ص.99.

[2] أنظر ،طارق حسن كسّار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية،كلية التربية للعلوم الإنسانية ،جامعة ذي قار،2015 مجلد5،عدد 1 ،ص216 . بحث منشور على شبكة الأنترنيت ، http://utq.edu.iq/Research/pdf10/11.pdf .

الجنسية، فإذا اتبعت الأسرة في تربية طفلها أساليب خاطئة كالتدليل الزائد أوالحرمان العاطفي والقسوة وعدم إشباع الحاجة النفسية للطفل تجد الطفل يتجه للانحراف السلوكي وحدوث اضطرابات في هويته الجنسية .

*وسائل الإعلام : إن وسائل الإعلام لها أهمية بالغة وتأثير قوي على نفسيات الأفراد خاصةً على الأطفال، فمثلاً مشاهدة أفلام العنف تولد العنف وإن عرض مشاهد فيها انحرافات سلوكية ومخالفة لأعراف المجتمع يؤثر في نفوس الناس ويهدم كل القيم والتقاليد[1] .

*التنكر والتخفي من جريمة معينة ومن ثم يرغب في تغيير جنسه ليتنكر ويختفي من العدالة ليفلت من العقوبة .

*السعي وراء تحصيل كسب معين : قد يرغب شخص في تغيير جنسه سعياً وراء تحصيل كسب معين لا يستطيع تحصيله وهو على الجنس الأصلي الذي خلق عليه وهذا الكسب قد يكون أوفر من الذي سيحصل عليه و هو على جنسه الأصلي[2] .

*من الأمور البديهية المعروفة هو مدى تأثير المجتمع على الفرد الذي يعيش فيه، وكلما كان هذا المجتمع أكثر قرباً من الشخص كان أشد تأثيرا عليه، وعليه فإن الأسرة هي أكثر محيط أو مجتمع يؤثر في شخصية الطفل، فمنها يكتسب قيمه وعاداته وتقاليده وشخصيته، فإذا ما تعرض هذا الطفل لأي إساءة خاصة إن كانت جسيمة من أسرته فإن آثارها وانعكاساتها عليه سوف تكون كبيرة، وقد تؤدي إلى اهتزاز أو هدم كل القيم التي اكتسبها وتربى عليها، مما يخلق لديه جملة من التناقضات التي قد تقود بدورها إلى حالة من الشعور بالعزلة وفقدان الثقة بالنفس والشعور بانتقاص الذات، وتزداد فرصة حدوث مثل هذه الانعكاسات في حالة تعرض الطفل لاعتداءات من أفراد كبار في الاسرة والمحيط وبشكل أخص الاعتداءات الجنسية منها[3].

*ومن الأسباب الأسرية:تعاطي الأم لهرمونات الأنونثة خلال فترة الحمل، العنف الذي يمارس ضد الطفل داخل الاسرة خاصة من قبل الأب،تشجيع الأم للطفل على ارتداء ملابسها، تشجيع الطفل على وضع المساحيق والزينة النسائية،إطلاق لقب أنثوي على الطفل،تواجد الطفل مع الأم وكراهية الأب أو العكس[4].

---

[1] أنظر ،فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، 2003 ، عدد2 ، ص70.منشور على شبكة الأنترنيت http://damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/2003/19-2/saleh.pdf،تاريخ الإطلاع 2021/04/14.

[2] طارق حسن كستار، المرجع السابق ،ص. 218 .

[3] أنظر،أحمد محمود سعد،تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية ،مصر،ط 1، 1993 ،ص. 81 .

[4] أنظر،خليفة فاطمة،اضطراب الهوية الجنسية و علاقته بالقلق ومفهوم الذات،مجلة الإرشاد النفسي،مصر،2015،عدد42 ،ص.103.

-كما تشير بعض المصادر الطبية الحديثة إلى أن أسبابه بيولوجية،كالتركيبة الجينية للإنسان،أو البنية الدماغية المتعلقة بالتأثيرات الهرمونية على الدماغ في فترة التكوين الجيني قبل الولادة ،وأن هناك ما يسمى بالخطوط الجندرية أو الجنسية في المخ وهي المسؤولة عن تعريف المخ وشعوره بالجنس الذي ينتمي إليه وهو ما يسمى بالهوية الجندرية،حيث أنه كان سابقا يُعد مرضا نفسيا أو يعود إلى طريقة التربية والبيئة التي يعيش فيها.كما أشارت أيضا إلى أن هذه الخطوط تكون مختلفة في مرضى اضطراب الهوية عمن يماثلهم في الجنس وهو سليم فيتولد لدى المريض شعور بأنه ينتمى للجنس المغاير لجنسه التشريحي ،كما أن هذه الأعراض قد تظهر منذ الولادة ثم تزداد فتكون أكثر وضوحا في مراحل الطفولة المبكرة وقد تتأخر إلى فترة البلوغ[1] .

ويرى بعض علماء النفس أن الفرق بين الرغبة الشخصية في التحول الجنسي، وبين اضطراب الهوية الجنسية، وهو الاضطراب الناشئ عن عدم التوافق بين الصفات العضوية وبين شعور الإنسان الشخصي بالجنس الذي ينتمي إليه ،ووضعوا في ذلك نظريات لتبرير هذا الشذوذ والدافع للتحول حسب بعض النظريات والتي تتمثل بعضها في:

*تعرض الجنين داخل الرحم في المراحل الأولى للتكوين الجنيني لتأثير كميات زائدة من هرمون الأنوثة، في حالة الحمل بجنين ذكر والعكس، فتؤثر هذه الهرمونات على الجهاز العصبي والمخ في طور التكوين الكامل للأعضاء التناسلية، كما يرى البعض حالة الاضطراب إلى أسباب جنينية ، استناداً إلى وجود بعض هذه الحالات في توأم البيضة الواحدة.

* أنه ينشأ نتيجة قلق يتطور بالطفل إلى خيالات إصلاحية بالاندماج التكافلي، فالذكر مع والدته، والأنثى ربما مع والدها أوأخوها، وهذا ما يعلل لجوء الشخص لإجراء تغييرات جراحية، إذ من المقرر عندهم أن الهوية الجندرية ليست ثابتة بالولادة، بل ربما تغيرت، بمعنى أنها قد تكون متوافقة مع جنس المولود، ثم إنها تتغير بعوامل التربية والبيئة الاجتماعية ونحوها[2] .

بالرغم من هذه الأسباب والدوافع إلا أنها ليست مبررا لإقدام الشخص عن رفض ذاته وجنسه الطبيعي،فالأولى به سلوك طريق علاجي والإبتعاد عن الأفكار السلبية والتسليم بقضاء الله ،ومحاولة العيش حسب جنسه الخلقي.

بعدما بينا المقصود بالتغيير الجنسي والفروق الموجودة مع بعض الحالات الشاذة المشابهة له ،ننتقل للمطلب الثاني من أجل معرفة وجهة نظر الديانات من هذه الحالة.

[1] C.f Abdelhafid Oussoukine ,op.cit ,p.75

[2] أحمد محمود سعد ،المرجع السابق ، ص.71.

المطلب الثاني

مدى مشروعية التغيير الجنسي في الشرائع السماوية

لقد اختلفت الأديان السماوية في نظرتها إلى ظاهرة تغيير الجنس،لذا سنبين من خلال هذا المطلب موقف مختلف الديانات السماوية من فكرة التغيير الجنسي على غرار الديانة اليهودية والمسيحية والشريعة الإسلامية .

الفرع الأول

موقف الديانة اليهودية

يعتبر العهد القديم المصدر التشريعي الرئيس الذي يستقي منه اليهود شرائعهم، والمرجع الذي يعودون إليه من أجل الفصل في أمورهم اليومية، ومن بين فقرات التوراة ما جاء ليؤكد على أن الرب خلق الإنسان في أفضل صورة دون عيب أو نقص،ومع ذلك تضم إسرائيل عددا لا بأس به من المتحولين جنسيا الذين يتفاخرون بتغيير جنسهم سواء من رجل إلى أنثى أم العكس، على الرغم من تحريم التوراة ارتداء الرجل ملابس المرأة بوصفه مكروها عند الرب. وأول عملية تحول جنسي كانت من طرف إمرأة تُدعى "إفرات تيلما" بوصفها واحدة من أول المتحولين جنسياً في إسرائيل، في الخمسينيات من القرن الماضي،والتي تطوعت للعمل في شرطة تل أبيب، واشتركت أيضا بنفسها في العرض المسرحي تحت عنوان **"لذلك تدعى إمرأة"** على خشبة مسرح " هَبيما "عام 2017 للأديب الإسرائيلي" يوناتان كلدرون"[1] .

فالديانة اليهودية تميز بين الرجل والمرأة عن طريق الأعضاء التناسلية الخارجية حصرًا،ولا تأخذ هذه الديانة بالحسبان الأعضاء الداخلية ولا الصفات الوراثية، ولا العوامل النفسية،وبالتالي تحرم العمليات الجراحية أو المعالجات الطبية التي تهدف إلى تغيير الجنس لأن الأمر محسوم منذ البداية .كما تطرقت التوراة إلى مسألة الخنثى ولكن لم تفصل في الأمر من الجانب القانوني فبقي غامضا فهو إما رجل وإما امرأة؛ وبناء على ذلك تطبق عليه أحيانا الأحكام المتعلّقة بالرجل،وأحيانا أخرى الأحكام المطبقة على المرأة معتمدة فقط على المعيار الأشد صرامة[2].

---

[1] أنظر،دعاء محمّد سيف الدين طه،التحول الجنسي في الفكر الديني اليهودي وتأويله دلاليا في المسرحية العبرية،دراسة في دلالة الشكل و المضمون لمسرحية"لذلك تدعى إمرأة"،للأديب الإسرائيلي يوناتان كلدرون، مجلة رسالة المشرق،منشور على الموقع الإلكتروني :
.https://rmshreq.journals.ekb.eg/article_88105_303cebc330b20acc5a5239721af42c36.pdf

[2] فواز صالح ،المرجع السابق،ص.52.

ويترتب على ذلك أن الخنثى باستطاعته أن يتزوج من امرأة، وليس من رجل وذلك لأنه فيما لو تبين أنه رجل فيؤدي زواجه إلى خرق المنع التوراتي المتعلق بالممارسة الجنسية بين المثليين، ومن هنا فعليه أن يرتدي زي الرجال.

أما إذا تغلبت لدى الخنثى صفة الأنثى، فإن علاقته الزوجية مع زوجته سوف تزول عن طريق التطليق، وتجيز الديانة اليهودية للخنثى إجراء العمليات الجراحية، ولكن ضمن حدود معينة. فمثلا الأنثى التي يظهر أن لديها، بالإضافة إلى أعضائها التناسلية الأنثوية ، مظاهر الأعضاء التناسلية الذكرية (القضيب) ،لأنها تعتبر تلك المظاهر عبارة عن تضخم في الأعضاء التناسلية الأنثوية (البظر) ،وبالتالي يمكن لها في مثل هذه الحالة، ودون خلاف بين رجال الدين اليهود، أن تخضع لعملية جراحية بهدف إزالة هذا العضو الزائد[1] .

وإذا برز لدى الشخص كروموزومات ذكرية،أو حتى خصية ضامرة في داخل الجهاز التناسلي الأنثوي، فوفقًا للديانة اليهودية يُعد هذا الشخص أنثى، ومن ثم يحق لها أن تخضع لعملية جراحية تهدف إلى إبراز هذا التطور الطبيعي للأنوثة لديها.أما بالنسبة للخنثى الحقيقي، فيمكن له الخضوع لعملية جراحية تهدف إلى إعطائه مظهرًا ذكريًا بشكل حصري. وبالمقابل، فقد اختلف رجال الدين اليهود في مدى مشروعية إلغاء الأعضاء الذكرية وقطعها، وذلك لتعلق هذا الأمر بمسألة الإخصاء الذي يُعد من حيث المبدأ، ممنوعًا في الديانة اليهودية[2].

وعليه يبدو أن الديانة اليهودية تعترف بصحة تغيير الجنس، ولكنها توصي بمعالجة هذه الحالة عن طريق المعالجة النفسية، أو عن طريق الغدد الصم، ولكنها تحرم الرجوع إلى العمليات الجراحية كوسيلة لمعالجة ظاهرة تغيير الجنس وذلك استنادًا إلى قاعدة تحريم الخصاء المشار إليها أعلا.

ولكن ماذا لو خالف الشخص هذه الأحكام، وخضع لعملية جراحية أدت إلى تغيير جنسه ، نظريًا إذا استطاع رجل فعلا أن يصبح امرأة، أو بالعكس، فيؤدي هذا الأمر إلى تغيير وضعه القانوني. فإذا كان هذا الرجل متزوجًا، فينحل الزواج دون حاجة إلى صدور حكم قضائي.ولكن يبدو في ضوء الوضع الراهن للمعالجات الطبية، أن عمليات تغيير الجنس ما هي إلا عمليات تجميلية اصطناعية وسطحية، تخلق تغييرا ظاهريا حيث إن الأعضاء التناسلية الجديدة لا تعمل بصورة طبيعية ومن ثم فإن هؤلاء الأشخاص هم عقيمون جنسيا وللأبد.

[1] PETTITI Louis Edmond, Les transsexuels, Que sais-je, p.u.f.,1er éd.1992,p.117.

[2] فواز صالح ،المرجع السابق،ص.54.

الفرع الثاني

موقف الديانة المسيحية

في الديانة المسيحية يجب التمييز بين موقف الكنيسة الكاثوليكية وموقف الكنيسة البروتستانتية.

أولا–موقف الكنيسة الكاثوليكية

"الكنيسة الكاثوليكية لا تعتبر الإنسان مالكا لجسده وإنما فقط له حق الانتفاع به، وهذا يعني أنه لا يحق له، أخلاقيًا ، أن يفني جسده ولا أن يقتطع بعض الأجزاء منه، وأن يحترم الطبيعة الجنسية لجسده،وحق الاستعمال هذا مقيد بالغاية الطبيعية لقدرات وقوى طبيعته الإنسانية.ومن ثمّ لا يحق للإنسان أن يشوه جسده ويقتطع أعضاء منه إلا إذا توافرت أسباب خطيرة لذلك،ومشروعية المداخلة الجراحية التي تؤدي إلى تشويه وظيفي أو تشريحي مقيدة بتوافر ثلاثة شروط تتمثل في :

1–أن يثير بقاء عضو أو عمله في الجسم ضررا أو يشكل ذلك تهديدا للجسم.

2–لايمكن تجنب ذلك الضرر، أو إنقاصه بشكل ملحوظ، إلا عن طريق اقتطاع ذلك العضو، وأن تكون فعالية الاقتطاع مضمونة.

3–التأكد من أن الإقتطاع سيعود بالأثر الإيجابي المتمثل في زوال الخطر للجسد كلّه وتخفيف الألم،كما تطبق هذه الشروط في حالة تغيير الجنس أيضا"[1] .

وقد أثارت عمليات تغيير الجنس منذ البداية ردود أفعال متناقضة في وسط الكنيسة الكاثوليكية،حيث يرى بعضهم أن الجنس هو موروث بيولوجي، فلا يجوز اقتطاع الأعضاء التناسلية،في حين أن بعضهم الآخر يأخذ بالحسبان العذاب الذي يعيشه الشخص الذي يعاني من أعراض تغيير الجنس، حيث يسمح له أن يبحث عن حل من شأنه أن يخفف عذابه، ولا يتعلق الأمر بالخصاء، وإنما تغيير الجنس يعد في هذه الحالة علاجًا ممكنا [2].

كما تعارض الكنيسة الكاثوليكية من حيث المبدأ، عمليه الخصاء، ولكنها أجازت، في الفترة الواقعة من القرن السابع عشر والقرن التاسع عشر الخصاء بالنسبة للأطفال الذين تم تعيينهم في مجال الفناء الكنهوتي،حيث يجيز في الحالة التي يكون فيها الجنس البيولوجي غير محدد كالخنثى مثلا، المعالجة الهرمونية أو

[1] أحمد محمود سعد ،مرجع سابق،ص.53.

[2] PETTITI Louis Edmond,op.cit,p.120.

المداخلة الجراحية التي تهدف إلى تأكيد وتغليب الجنس الأكثر احتمالا والأكثر ترجيحا. ويتحقق في مثل هذه الحال، الانسجام بين أعضاء الجسد الأمر الذي يضفي طابع الشرعية على مثل هذه العمليات [1].

أما في الحالة التي يكون فيها الجنس البيولوجي محددًا، ولكن الجنس النفسي غير محدد أو ظهرت لدى الشخص ميول قوية نحو الجنس الآخر، تشكل المداخلة الجراحية تشويها خطيرا للجسد، لذلك يعارض فقهاء القانون الكنسي إجراء مثل تلك العمليات عندما يكون الجنس البيولوجي محددا.

ومع ذلك يمكن أن نميز بين تيارين فقهيين :

*التيار الأول يرى أنه عندما يكون الجنس البيولوجي محددا، فإن اقتطاع الأعضاء التناسلية لا يمكن تبريره بأنه يحقق فائدة للجسد بأكمله .

*في حين أن التيار الثاني يأخذ بالحسبان ليس فقط جسد الإنسان وإنما شخصه أيضا، ويقبل بتحفظ الأخذ بالحسبان الحالات الاستثنائية التي يمكن فيها إضفاء طابع الشرعية على المداخلة الجراحية وذلك من أجل فائدة الشخص.

وفي حال إضفاء طابع الشرعية على المداخلة الجراحية التي تهدف إلى تغيير الجنس، فإن هذا التغيير يثير تساؤلات كثيرة فيما يتعلق بالزواج [2].

إذا كان مغير الجنس متزوجا قبل إجراء العملية، يمكن أن تؤدي هذه العملية إلى إبطال الزواج، وذلك استنادًا إلى أحكام القانون الكنسي التي تقضي بأنه يُعد غير أهل لإبرام عقد الزواج الأشخاص الذين لا يستطيعون – لأسباب ذات طبيعة جسدية – القيام بالالتزامات الأساسية التي يفرضها عقد الزواج ويثور السؤال حول ما إذا كان يجوز لمغير الجنس، بعد

إجراء العملية الجراحية أن يتزوج شخصًا من جنسه الوراثي أو الصبغي نفسه؟[3] .

كانت الكنيسة الكاثوليكية تستلزم، قبل العام 1977،من أجل تحقق المجامعة التامة الذكرية ولوج العضو الذكري في مهبل المرأة وخروج السائل المنوي الحقيقي الذي تنتجه الخصية. ولكن البابا بولص السادس ألغى هذا الشرط وذلك بموجب المرسوم البابوي الصادر في 1977/5/13، الذي لا يعد مغير الجنس إلى الذكر عاجزًا بالمعنى الطبيعي للكلمة شريطة أن تتكلل العملية بالنجاح.

[1] خليفة فاطمة ،مرجع سابق،ص .45.

[2] فواز صالح،مرجع سابق،ص54.

[3] أحمد محمود سعد ،مرجع سابق،ص.65.

وكذلك الحال بالنسبة للعجز الأنثوي، فهو أيضًا معرّف وفقًا لتحقق المجامعة التامة، وثار الخلاف بين فقهاء القانون الكنسي حول هذه المسألة أيضًا، حيث يرى بعضهم أن مهبل المرأة يجب أن يكون مستقبلا البذرة الذكرية وناقلها، وبعضهم الآخر – وهو الاجتهاد الحديث– يستبعد مثل هذا الشرط، ويترتب على ذلك أن مغير الجنس إلى أنثى يمكن لها أن تتزوج من ذكر[1] .

ونتيجة لما تمّ عرضه فإنه من وجهة نظر الكنيسة الكاثوليكية يترتب على تغيير الجنس بالنسبة للزواج أمران :

– أن تغيير الجنس يؤدي إلى إبطال الزواج السابق.

–يجوز من حيث المبدأ في حالة تغيير الجنس الزواج اللاحق وينتج آثاره.

ثانيا :وقف الكنيسة البروتستانتية

كانت الكنيسة البروتستانتية أكثر تسامحا في هذا الموضوع بخلاف الكنيسة الكاثوليكية، وذلك من منطلق أن الله خلق العباد وأراد لهم السعادة، ومن ثمة فعلينا أن نعمل على إسعاد الإنسان والابتعاد عن كل ما يعذبه بل والسعي إلى إسعاده بكل السبل.

ومن هنا فالبروتستانت لا يرون مانعا من عمليات تغيير الجنس وذلك في ظل التقدم العلمي والتكنولوجي التي تعرفه الإنسانية بغض النظر عن المرض الذي يعانيه الشخص، أي سواء كان فيزيولوجيا أو نفسيا وبغض النظر عن نوع العلاج أكان هرمونيا أو جراحيا أو نفسيا[2].

الفرع الثالث

موقف الشريعة الإسلامية

لم تترك الشريعة الإسلامية واقعة دون الحكم بحرمتها أو جوازها،وبما أنها صالحة لكل زمان ومكان فلا بد من معرفة رأيها في بعض الموضوعات المستجدة لمعرفة رأي الشرع فيها، حتى يمكن الحكم على عليها، ومن بين النوازل التي برزت للواجهة وأسالت الكثير من الحبر مسألة المساس بالجنس ومحاولة العبث به .فهل يجوز تحويل الذكر إلى أنثى أو بالعكس ؟

[1] فواز صالح،مرجع سابق،ص55.

[2] PETTITI Louis Edmond,op.cit,p.1.23

أثارت هذه الحالة جدلا واسعا بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فتباينت آرائهم الأمر الذي أدى إلى عقد ملتقيات عالمية من أجل التدخل واصدار الحكم الشرعي .

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة حيث فرقوا بين التدخل الجراحي من أجل تحديد الجنس الحقيقي بالنسبة للخنثى الوراثي، وبين التدخل الجراحي لتحقيق الجنس النفسي حسب الأهواء.

أولا–الاتجاه الأول: يرى بعض الفقهاء المعاصرين[1] بجواز إجراء تلك العمليات من التحول لأنها في الحقيقة تصحيح للجنس،و تأخذ حكم الخنثى والعلاج من المرض النفسي لا يقل أهمية عن العلاج من المرض العضوي، مصداقا لقوله تعالى" وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا"[2] ثم إن الذكورة والأنوثة من الطبيعة، فإذا تحول أحدهما إلى الآخر لم يكن شاذاً عن الطبيعة،وقد أجيز تغيير الجنس لعدم وجد نص يمنع أجراء عمليات تغيير الجنس.

–أما قوله الله تعالى عن إبليس لعنة الله عليه" وَلأُضِلَّنَّهُمْ وَلأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللهِ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيّاً مِّن دُونِ اللهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَاناً مُّبِيناً"،فإن الفقرة من الآية الشريفة " وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللهِ " هي بمعنى تغيير دين الله وليس خلقة البشر والأنعام ، ويدعم هذا التفسير قوله تعالى " فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ "[3]

وقد حثّنا الدين الإسلامي على العلاج والتطبّب، فعن جابر أن رسول الله ﷺ قال" إن لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله تعالى"[4] .هذا وقد كان رسول الله ﷺ والأئمة الطاهرون يراجعون الأطباء، لهم أو لغيرهم، فعن معاوية بن حكم قال "إن أبا جعفر (عليه السلام) دعا طبيباً ففصد عرقاً من بطن كفه" ،فإذا كان الرسول ﷺ والأئمة يراجعون الأطباء، لما لا يحذوا حذوهم فقهاء الدين ، خاصة وأن أهل الخبرة

---

[1] فيصل مولوي:داعية ومفكر إسلامي،ونائب رئيس المجلس الأوربي للبحوث والإفتاء سابقا ،فتوى حكم عمليات تغيير الجنس ، 2009،منشورة على الموقع الإلكتروني
.http://transsexual2011.blogspot.com/2009/08/blog-post_9693.html
العلامة المرجع السيد مُحَمَّد حسين فضل الله مؤلف وأستاد الفقه والأصول بلبنان،فتوى تغيير الجنس في نظر الشرع، منشورة على الموقع الإلكتروني ،
.http://arabic.bayynat.org/ArticlePage.aspx?id=27818

[2] سورة المائدة ،الآية 32.

[3] طارق حسن كستار، المرجع السابق،ص.220 .

4 مسلم، صحيح مسلم، كتاب السلام، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي، ص .1050.

من علماء الطب والعلم النفسي قد أجمعوا على أن مرض التحول الجنسي مرض حقيقي وأن علاجه طبياً أو جراحياً قد يكون الحل الأمثل أو الوحيد للكثير من هذه الحالات [1].

أدلة القول الأول:

1-إن شروط الضرورة توفرت وعملاً للقاعدة الشرعية" الضرورات تبيح المحظورات" لا يعد الأمر تغيير لخلق الله بل هو تغيير لحالة مرضية حتى يكون هذا الإنسان أكثر قدرة على القيام بمسئولياته التي خلق من أجلها يرد عليه من وجهين:

الوجه الأول :أن القاعدة الشرعية" الضرورات تبيح المحظورات "لها شروط ومن شروطها أن تكون الضرورة ملجئة أي يخشى الشخص على نفسه أو أعضائه من التلف ، وبتطبيق هذا الشرط على حالة المصاب بمرض التحول الجنسي نجد أنه لا ينطبق عليه، وذلك لأن المرض المصاب به مرض نفسي غير عضوي ولا يترتب عليه هلاك الشخص أو فقدان عضو من أعضائه حتى نقول معه أن الضرورة تبيح إجراء العملية [2].

الوجه الثاني :أن الأضرار المترتبة على إجراء العملية أكبر من الأضرار المترتبة على إبقاء المريض على حالته ، وأن فعل المحظور مباح عند الضرورة لإزالة الضرر والقاعدة الشرعية" الضرر يزال "تنص على وجوب إزالة الضرر وبتطبيق ما سبق على حالة المصاب بمرض التحول الجنسي نجد أن إجراءه للعملية فيه ضرر كبير عليه سواء من الحالة النفسية أو الجسدية أوالاجتماعية[3].

2-حديث عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال" لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال" لا يشمل التحول الجنسي، إذ إن حالة التحول الجنسي تختلف عن حالة التشبه بالجنس الآخر، فإن المريض يشعر بانتمائه للجنس الآخر شعوراً يغلب كل مشاعره وأعماله، وهو يتألم ويسعى للخلاص من هذا الانفصام والازدواجية وبإجراء عملية تغيير الجنس يشعر أنه عاد لطبيعته الحقيقية[4].

واستدلوا بأن تغيير الجنس يختلف عن التشبه بالجنس الآخر وبالتالي لا يدخل في النهي الوارد في حديث" لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال". ويرد عليه إن

[1] جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، الطبعة الثانية، ،القاهرة مصر،1997 .ص321.

[2] طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص221 .

[3] أنظر،عبد الرشيد القاسم، اختيار جنس الجنين دراسة فقهية طبية،دار اللينان الحديثة،لبنان، ط 1،2000،ص.63.

[4] مصلح النجار،إياد أحمد إبراهيم،مستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي،مكتبة الرشد،الرياض،1426 ،ص.205.

العلماء قد بينوا معنى التشبه الوارد في الحديث والحكمة من النهي. قال ابن حجر"الحكمة في من تشبه إخراجه الشيء عن الصفة التي وضعها عليه أحكم الحكماء"[1].

إن عملية تغيير الجنس نجد أن فيها إخراج الشخص المصاب بمرض التحول عن الصفة التي خلقه الله سبحانه وتعالى عليها فهو يدخل إلى العملية بصفة رجل ويخرج بصفة أنثى أو بالعكس وبالتالي فإنه يتبين عدم جواز إجراء عملية تغيير الجنس للمريض.

3-قال رسول الله ﷺ " لا ضرر ولا ضرار"[2]

وجه الدلالة :أن ترك المريض على حالته فيه ضرر شديد عليه ويتمثل الضرر في الألم النفسي والجسدي والاجتماعي الذي يعانيه، فالألم النفسي شعوره بالنقص والألم الجسدي عدم إمكانيته من ممارسة دوره في الحياة كإنسان عادي والألم الاجتماعي هو نبذ المجتمع له ومعاملته كمخلوق غريب لا قيمة له، وبالتالي لا بد من إزالة الضرر عنه حتى يتمكن من التعايش مع مجتمعه وممارسة دوره كإنسان طبيعي وأنه لا يوجد في هذه الجراحة تغيير لخلق الله وإنما الذي يحدث فيها هو إزالة التشوه الخلقي عن المريض وبيان الجنس الحقيقي الذي ينتمي إليه، ويعد السيد الخميني مبتكراً لمسألة تغيير الجنس الفقهية، وقد ذكر عشر مسائل حول تغيير الجنس في رسالته" تحرير الوسيلة "[3].

الاتجاه الثاني : وهو الإتجاه الغالب حيث يرى كل من الشيخ عبد العزيز بن باز،الشيخ عبد الرزاق عفيفي،الشيخ عبد الله بن قعود، أن الله تعالى أقام توازنا على وجه الأرض، وخلق الذكر والأنثى وجعل لكل منهما بنية وصفات خاصة به تنسجم ودوره في الحياة وفي المجتمع، وجعل لكل منهما هرمونات تختلف في الذكر عنها في الأنثى.ومن ثم فمن يخرج عن هذه القاعدة، يشكل ذلك خروجًا على الفطرة السليمة التي فطر الله جل جلاله الناس عليها،وانطلاقًا من ذلك لا يقبل الإسلام التخنث لا الذكري ولا الأنثوي، وبالمقابل فقد اعترف الإسلام ببعض الأحكام للخنثى إذا كان التشوه وراثيًا[4].

أقرت الخبرة الطبية ضرورة إجراء عمليات جراحية، فلا مانع من ذلك ولكن يجب أن لا يكون الهدف من إجراء مثل تلك العمليات هو تغيير الجنس، لأن العمليات الجراحية التي تؤدي إلى تغيير الجنس هي محرمة لأن فيها تعديا على خلق الله وخروجا على الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها. أما إذا كانت مثل تلك

[1] محمد مختار الشنقيطي ،المرجع السابق ، ص 183.

[2] أنظر،أبو عبد الله بن يزيد بن ماجة الربعي القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام " باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، دار الفكر، بيروت، ط1، 2003، ص.542.

[3] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية ...،المرجع السابق، ص 465.

[4] أنظر، بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ط 1، 2011،ص.20.

العمليات تشكل علاجا ضروريا كي تؤمن الانسجام بين المظاهر الجسمية الظاهرة لدى المريض وبين الجنس الذي أثبتت الخبرة الطبية الموثوق بها أنه ينتمي إليها (تصحيح الجنس) وفقًا لهذه المظاهر ولهذه التغيرات، فحكم مثل تلك العمليات أنها جائزة ولكن يجب وضع ضوابط لها [1].

فهذا الإتجاه يحرم التغيير الجنسي مطلقا ولا يجيز إجراء جراحة تغيير الجنس للشخص ،ومن بين أسانيدهم،فقد صدر

عن مجلس المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة، والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية فتوى بعدم جواز لجوء الرجل أو المرأة إلى إجراء عمليات التغيير الجنسي بأي حال من الأحوال،حيث جاء بعد البحث والمناقشة ما يلي "الذكر الذي كملت أعضاء ذكورته، والأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة، لأنّه تغيير لخلق الله، وقد حرّم سبحانه وتعالى هذا التغيير، بقوله تعالى مخبرا عن قول الشيطان ﴿وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ ﴾ سورة النساء"[2]

بالإضافة إلى مجموعة من الآيات القرآنية الكريمة منها قوله عز وجل ﴿وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا﴾[3] .وقوله تعالى ﴿ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ﴾[4]. وقوله عز وجل ﴿أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَىٰ ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّىٰ فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَىٰ ﴾[5] .فوجه الدلالة في هذه الآيات الكريمات النهي والأمر عن عدم تغيير خلق الله،أضف إلى ذلك جعل الله توازنا في الكون الذي لولاه لإختل التوازن من حيث عدد الذكور والإناث وذلك بصريح الآية الكريمة ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ ﴾[6] . وقوله عز وجل ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴾[7].وأيضا في قوله تعالى ﴿لاَ تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ

[1] فواز صالح ،المرجع السابق ، ص 57-58،ح

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي في حكم عمليات تحويل الجنس،بتاريخ 2005/06/01 ،منشور على موقع الأنترنيت https://al-maktaba.org/book/31621/23054 .

[3] سورة النساء، الآية 119.

[4] سورة الروم، الآية 30.

[5] سورة القيامة، الآيات 37،38،39

[6] سورة الرعد،الآية 08 .

[7] سورة الشورى، الآية 49

بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُواْ وَلِلنِّسَاء نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُواْ اللّهَ مِن فَضْلِهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾[1].

ففي هذه الآية الأخيرة دلالة واضحة على أنه يحرم الاعتراض على خلق الله تعالى لمجرد الرغبة والتشهي والهوى،فقد جعل الله لكل من الرجل والمرأة دورا في الحياة،كما جعل لكل منهم خصائص ومميزات ينفرد بها منهم عن الآخر، ويساعده على ذلك تكوينه الجسدي والنفسي،وفي عمليات تغيير الجنس وتحويله من ذكر إلى أنثى أو العكس بدون ضرورة تعدصارخ على هذه المميزات[2].

أما بالنسبة للسنّة النبويّة الشريفة نجدها تأخد بالأحاديث التي تنهى عن تشبه المرأة بالرجل والعكس، وتنهى عن تغيير خلق الله .فعن ابن عباس رضي الله عنه قال "لعن رسول الله المتشبّهين من الرّجال بالنّساء، والمتشبّهات من النّساء بالرّجال "[3]. وجاء في حديث آخر "لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمّصات والمتفلّجات للحسن المغيّرات خلق الله"[4].وجاء عن أنس رضوان الله عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "لعن رسول الله ﷺ المخنثين من الرّجال والمترّجلات من النّساء"[5].

إلى جانب ذلك، ليس من المعقول إباحة هذا النوع من الجراحة لأنّه يشتمل على إباحة المحظور شرعا حيث يتم الكشف عن عورة المرأة دون ضرورة أو دوافع معتبرة من الناحية الطبية، ولن تحقّق لها غرضا ولن تغيّر في تركيبها إلاّ في مظهرها الخارجي فتتعطل وظائفها الأساسية ويتضرر جسمها وتصاب بخلل نفسي واضطراب وتغيّر في طباعها وسلوكها جراء الهرمونات والأدوية المصاحبة للتغيير، وفوق هذا هو إجراء يتضمن التطاول على مشيئة الله تعالى والاعتراض على قدره وحكمته، وفيه جلب للمفاسد وفتح لباب الشذوذ الجنسي[6]

إنّ تغيير الخلق حرام، وإنّ تغيير الجنس يُعدّ تغييراً للخلق والنتيجة أنّ تغيير الجنس حرام ،لكن هل يمكن التمسّك بالآية لإثبات الحرمة ؟ يمكن القول أنه يجب أن نبحث عن المقصود من تغيير الخلق في هذه الآية . ويوجد هنا احتمالان:

---

[1] سورة النساء، الآية 32.

[2] بديعة أحمد على،مرجع سابق،ص. 25.

[3] مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، مختصر صحيح الإمام البخا ري، "كتاب اللباس، باب اخراج المتشبهين بالنساء من البيوت"،المجلد04، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية ، 2002،ص.247.

[4] الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، الجزء11، كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشمات والمتفلجات ، تحقيق :مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان،1987 ،ص.367

[5] مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، ،مرجع سابق،ص.48.

[6] أنظر، مُحَمَّد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلّقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن،ط 2، ،2004،ص.204.

الاحتمال الأول إنّ المقصود منها تغيير وضعية الخلق.

الاحتمال الثاني إنّ المقصود تغيير دين الله ، وتغيير دين الله معناه إيجاد حالة(اللادينية) عن طريق طاعة الأهواء المستلزمة لترك دين الله أنّ المفسدة المترتّبة على هذا النوع من التبديل أكثر من المصلحة التي تُرضِي صاحبها إذ أنّ نتيجة هذا النوع من التبديل هو استمتاع الرجال بعضهم ببعض وهو فاحشة وساء سبيلاً.[1]

فإن كان المقصود من الآية هو الاحتمال الأول فيثبت حرمة تغيير الجنس وإن كان المقصود الاحتمال الثاني فلا نستطيع إثبات حرمة تغيير الجنس، ويبدو أنّ الاحتمال الثاني هو الذي يمكن إثباته[2] .ذلك مصداقا لقوله تعالى{ فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لاَ تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّه}[3].

بالإضافة إلى أنّ بعض الأطباء الذين قاموا بإجراء هذه العملية تمسّكوا بأنّ هذا الصنف من الرجال إذا لم تجر لهم هذه العملية ربما ينتحرون، وجعلوا هذا الأمر تبريراً لقيامهم بإجراء هذه العملية وهو دليل ضعيف جدا، لأنّ حفظ النفس الخبيثة ليس بأهم من جعله بؤرة للفساد ، لذلك فإن عملية تشبه كل جنس بالآخر هي عملية احتقار للجنس الذي يكون عليه الإنسان، مع ما يستتبع ذلك من إخلال بكل التكاليف المترتبة على جنسه الواقعي[4].

بالإضافة إلى أن هذا النوع من الجراحة ترتكب بسببه محظورات شرعية ،ككشف العورة كثيرة والإطلاع عليها وإطلاع الرجال على النساء والعكس دون مبرر شرعي، لكن الفقهاء اتفقوا على إباحة النظر للضرورة والحاجة، وحيث لا ضرورة أو حاجة في التغيير للجنس الآخر، فلا يجوز النظر إلى بدن المرأة الأجنبية[5].

ولقد ذكر المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بخصوص حكم الشارع في عمليات تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس وبعد البحث والمناقشة بين أعضائه قرر ما يلي:

أولا :الذكر الذي كملت أعضاء ذكورته، والأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلي النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنه تغيير لخلق الله، وقد حرم سبحانه هذا

[1] طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص. 224 .

[2] بديعة أحمد على،مرجع سابق،ص 35 .

[3] سورة الروم ، الآية 30 .

[4] طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص.225.

[5] أنظر،عارف علي عارف القره داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية معاصرة،سلسلة بحوث فقهية في قضايا عصرية، الطبعة الأولى، International Islamic University Malaysia، 2011.، ص.522.

التغيير، بقوله تعالى، مخبرا عن قول الشيطان{ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ}[1]،فقد جاء في صحيح مسلم، عن ابن مسعود أنه قال "لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنامصات والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله ". ثم قال :ألا ألعن من لعن رسول الله، وهو في كتاب الله عزّ وجل –يعني قوله{وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُو}[2].

ثانيا :أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبياً بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة، جاز علاجه طبياً، بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء أكان العلاج بالجراحة، أم بالهرمونات، لأن هذا مرض والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييراً لخلق الله عز وجل[3].

وبالنتيجة فإن الإسلام لا يمانع من إجراء العمليات الجراحية التقويمية التي يراد بها إصلاح اختلال عضوي قد يسبب لصاحبه قصورا وظيفيا أو إحراجا اجتماعيا ، ومن هذا القبيل أن الصحابي عرفجة بن أسعد كان قد أصيبت أنفه يوم الكُلاب فاتخذ أنفا اصطناعية من حديد، فوجهه النبي صلى الله عليه وآله وسلم إلى أن يتخذ بدلا عنها أنفا من ذهب، تنبيها منه عليه السلام إلى ما يمثله اتخاذ الحديد من احتمال إصابته بمرض ما[4] .

ويشير سيد طنطاوي مفتي الديار المصرية سابقا "إن حكمة الله سبحانه وتعالى قد إقتضت أن يعمر هذا الكون عن طريق وجود الرجل والمرأة.وحكمة الله سبحانه وتعالى أن يجعل للرجل مميزات تميزه عن المرأة.وأن يجعل المرأة ايضا مميزات عن الرجل.وإن كان الله سبحانه وتعالى قد أوجدهما من نفس واحدة كما قال عزّ وجل" يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاء وَاتَّقُواْ اللّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً " وقال أيضا في أية أخرى " فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ "[5] .

ويفتي الشيخ يوسف القرضاوي في شأن عمليات التحول الجنسي ويقول «في مثل هذه الامور تحويل الذكر المكتمل الذكورة ظاهرا أو باطنا أو العكس هذه جريمة، وهي من تغيير خلق الله عز وجل ويرد علي من يدعون بأن هذا مرض نفسي ومعروف في الموسوعة البريطانية (باضطراب الهوية الجنسية) ،ويقول فضيلته لمن

[1] سورة النساء،الآية 119.

[2] سورة الحشر ،الآية 7.

[3] قرار مجمع الفقه الإسلامي في حكم عمليات تحويل الجنس،مشار إليه أعلاه.

[4] القرار رقم 05 ، الدورة 11 ،المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ، مشار إليه أعلاه.

[5] فتوى سيد طنطاوي، أشار إليها مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...، المرجع السابق، ص .466

يدعي بأنه رجل مكتمل الرجولة ويرفض رجولته ويشعر بأنه انثى ويتصرف ويسلك سلوك الانثى وليست فيه عذاب نتيجة ذلك الشعور يقول: «الاحساس ليس كل شيء فيجب أن نحاول معالجة هذا الاحساس نفسيا مع اساتذة متخصصين نهيئ له بيئة تساعده على هذا اما كل من احس بشيء فيستجيب له فهذا من المحرمات و الكبائر» [1].

ويرى أيضا الدكتور علي جمعة "لايجوز إجراء العملية الجراحية التي تسمى تحويل الجنس أو تغييره أو تصحيحه إلا في حالة الخنثى الذي اجتمعت فيه أعضاء جسدية تخص الذكور و الإناث" [2].

من خلال ما تمّ سرده من آراء وحجج و أسانيذ ،نرى ترجيح الرأي المحرّم لعملية التغيير الجنسي وذلك:

-أن النصوص الدالة على النهي عن تغيير خلق الله واضحة الدلالة ،وأن هذا الفعل من عمل الشيطان بغية تضليل الخلق، كما أن النهي عن تشبه الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر أمر منهي عليه، والمتحول جنسيا قد خرج من دائرة التشبه إلى ما هو أسوأ منه من خلال تحدي الخالق في شؤون خلقه .

-تحقيق رغبة الإنسان من خلال اتباع الشعور الداخلي والميول النفسي،أمر غير مقبول شرعا لأنه سيعمل على تغيير الشكل الخارجي وإلحاق الأذى بنفسه،كما أنه يحتوى على الغش و الخداع.

-القول أن عملية تحويل الجنس لمن يعاني من المشاكل النفسية والاضطرابات هي الحل الأفضل تبقى موضع شك وقابل للنقاش، حيث قد ثبت تحريم هذا العلاج المزعوم بنصوص من القرآن والسنة، وليس له دليل قاطع ولا دراسة كافية تبين نفعه بالنسبة للمصابين باضطراب الهوية الجنسية،كما أن التدخل الطبي في مثل هذا النوع من الحالات يخضع للضوابط الشرعية وأحكام الخنثى.

-إن تحويل الجنس هو رفض للأقدار التي قدّها الله لعباده قبل خلق السماوات والأرض ،والإنسان مأمور بقبول القضاء والقدر خيره وشره،وأن الله لم يخلق الإنسان عبثا وكل شيء قدّه الله فيه خير وصلاح في حق العباد.

-التغيير الجنسي باب من أبواب الفساد ينجم عنه انتشار الأمراض الجنسية، وممارسة العلاقة المثلية، والتناقضات في الأحكام و التفكك الأسري .

-من جانب الإنسانية يجب معاملتهم كمرضى حتى نستطيع مساعدتهم لأنهم ليسوا من فئة الشواذ الجنسي.

---

[1] فتوى الشيخ يوسف القرضاوي ،منشورة على الموقع الإلكتروني:
www.elazayem.com/main/problems_categories/مشاكل_جنسية/التحول_الجنسي_بين_الطب_والدين/596.

[2] علي جمعة،تغيير الجنس لعلاج اضطراب الهوية الجنسية،مقال منشور على الموقع الرسمي للدكتور، https://www.draligomaa.com .

بعد عرضنا لموقف التشريعات السماوية من فكرة التغيير الجنسي ،سنبين في المطلب الموالى ماذا يترتب عن هذا التحول في الجنس في الحياة اليومية و التصرفات القانونية .

المطلب الثالث

معايير تحديد الجنس

يتحدّد جنس الشخص عند ولادته حسب أعضائه التناسلية،وهذا ما هو معمول به حتى منذ القدم،إلا أن هناك حالات قد يشوبها غموض جنسي فيتعذر معرفة نوع الجنين مما يخلق نوعا من التضارب في الآراء سواء الطبية أوالقانونية.لذلك كان من الضروري وضع معيار لتحديد الجنس للفصل في الحالات الشاذة (إزدواجية الأعضاء التناسلية،اضطراب الهوية الجنسية، الغموض الجنسي).

من خلال هذا المطلب سنبين المعايير المعتمدة لتحديد الجنس على غرار المعيارين العضوي والغدة التناسلية (فرع أول)،المعيارين الكروموزومي والهرموني(فرع ثاني)،معيار الجنس النفسي والسلوك الاجتماعي(فرع ثالث).

الفرع الأول

المعيارين العضوي والغدة التناسلية

هذه المعايير التي حدّدها الطب تعتمد على وجود أعضاء تناسلية متمايزة للتفريق بين الذكر والأنثى،قد تكون ظاهرية أو داخلية،وأحيانا تكون مجتمعة في شخص واحد مما يتطلب تشخيص طبي دقيق لتحديد النوع.

أولا:المعيار العضوي:

يتمثل في الأعضاء المحددة لكل من الذكر والأنثى خاصة الظاهرة والباطنة منها

أ–الأعضاء التناسلية:

إن الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة يمكن من خلالها تحديد جنس الشخص، وذلك لأنها في الذكر تختلف عن الأنثى، وبالتالي يمكن التمييز بينهما، فالذكر تتكون أعضاءه التناسلية الباطنة من الحبل المنوي والحويصلة المنوية والبروستات وغدد كوبر؛ أما الأعضاء الظاهرية تتمثل في القضيب، الصفن ،الإحليل (مجرى

البول). وتتكون الأعضاء التناسلية الباطنة للأنثى من المبيضان والرحم وقناتي الرحم والمهبل، أما الأعضاء التناسلية الظاهرية تتمثل في الشفران (الكبيران،الضغيران)،الفرج،البظر[1].

ويمكن القول أن هناك علامات خاصة بالذكر وهي البول من الذكر فقط وخروج اللحية وغلظة الصوت والإمناء وتمكنه من الوصول إلى المرأة أثناء الجماع وكون المرأة تحمل منه. ومن جانب آخر توجد علامات خاصة بالإناث وهي البول من الفرج وظهور الثدي والحيض والولادة ونزول اللبن.

ولكن نجد أن غالب هذه المعايير والعلامات تتضح بعد فترة البلوغ ، والمعيار الوحيد الذي يمكن من خلاله تحديد الجنس قبل البلوغ هو البول فإن بال من الذكر فهو ذكر وإن بال من الفرج فهو أنثى، ونجد في بعض الحالات قد تتنافر هذه العوامل أو تتصارع فتؤدى إلى حالة من الإنشقاق بين الجسد والنفس،فقد يكون الجسد جسد أنثى، ولكن التركيبة النفسية تنتمي لعالم الذكورة ، وهنا يحدث ما نطلق عليه حالات اضطراب الهوية الجنسية[2] .

بالمناسبة نشير إلى أن هذا المعيار هو المعتمد من طرف المشرع الجزائري في تسجيل المواليد في سجل الحالة المدنية (حسب الجنس الظاهر)[3] .وكان قبله القضاء الفرنسي[4] قد استند أيضا على هذا المعيار في قضايا عديدة.

ب- دور المخ في الإختلاف الجنسي

أثبتت عدة دراسات طبية وعلمية جرت بهولندا سنة 1997 أن حجمBSTC في المخ هو مقياس يحدد الجنس، وأن حجمه في مخ المغير لجنسه هو المطابق للجنس الذي يشعر بالإنتماء الشديد إليه، وليس الحجم المطابق لجنس ولادته،وقد أجريت دراسات على 42حالة لأعداد الخلايا العصبية في قسم الBSTCمنهم رجال ونساء ذوي ميول جنسية مختلفة، اتضح بغض النظر عن الميول الجنسية أن للرجال ما يقرب من ضعف عدد الخلايا العصبية في هذا القسم مقارنة بالنساء، كما اتضح أن عدد الخلايا العصبية في

[1] Youcef FEHAM, La vie sexuelle, éd El maarifa, Alger,2003,p.11.

[2] Jean Paul BRANLARD, Le sexe et l'état des personnes, L.G.D.J, Paris, 1993, p.406.

[3] المادة 63 من الأمر 20 – 70 الصادر في 1970/02/19 والمتعلق بالحالة المدنية،المعدل والمتمم بالقانون17- 03 الصادر في 10 جانفي 2017 ،ج.ر عدد 02 ،لسنة 54،ص.09 .

[4] En réalité, la jurisprudence a souvent négligé les organes internes et ne s'est souciée que des caractères
sexuels secondaire et des organes externes, Jacqueline PETIT, L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel , R.T.D.civ 1976, éd Sirey, paris, n° 2, p. .285.

الBSTC للمغيرين لجنسهم من الذكورة إلى الأنوثة يطابق أو يقارب ذلك في النساء وبالعكس عدد الخلايا العصبية للمغيرين لجنسهم من الأنوثة إلى الذكورة في محاذاة مع الأعداد التي وجدت في الرجال[1].

ولم تجد الأبحاث أي تأثير من العلاج الهرموني أو اختلافات نسب الهرمونات في البلوغ على حجم ال BSTC وأعداد الخلايا العصبية به. وبناء على هذه الاكتشافات التي تشير إلى انعكاس بين أدمغة المغيرين لجنسهم،والاختلاف الجنسي لهذه الخلايا العصبية.يبدو واضحا أن حالة تغيير الجنس فيها تفارق بين المخ والأعضاء التناسلية،والذي يتجه في اتجاهات عكسية،ويشير إلى أساس عصبي-بيولوجي لاضطراب الهوية الجنسية[2].

وفي نفس الصدد وطبقا لجريدة نيوساينتيت فقد ذكر علماء أمريكيون أنه ربما يكون المخ وليس الأعضاء التناسلية هو العامل الذي يحدد أولا ما إذا كان الشخص ذكرا أم أنثى، و هذه الدراسة أجريت على جنين الفأر وتبين أنه قبل أن تنمو له أعضاء تناسلية في الرحم، فإنه يكون قد تم إشعار مخه بأنه من جنس معين وإذا صدق ربما ذلك فإن ذلك يساعد على تحديد جنس مخ الأطفال ذوي الأعضاء التناسلية غير المتميزة ،وهذا إذا تأكد فإنه سيكون بمقدور الأطباء يوما ما أخذ عينة من ذم الرضيع لتحديد جنس مخه[3] .

وفي نفس السياق،أثبتت دراسات أجريت في قسم الأشعة التشخيصية التابع للطب النفسي في المستشفى الجامعي بألمانيا باستخدام التصوير بالرنين المغناطيسي الوظيفي لرصد التفاعل المخي أثناء عرض مقتطفات من الإثارة الجنسية البصرية لفلم جنسي على 12 رجلا وإمرأة،وقد أجريت هذه الإحصائيات باستخدام البرنامج الإحصائي التخطيطي،حيث تم التوصل على رصد تفاعل كبير من طرف الرجال مقارنة بالنساء وذلك في المناطق المسؤولة عن الإستجابة للإثارة الجنسية،في حين لم يتم تسجيل أي تفاعل دماغي عند الإناث .[4]

بالرغم من هذه الدراسات والنتائج إلا أنها تبقى نسبية أولا ولا تظهر نتائجها مباشرة عند الولادة مما يدفعنا إلى الإعتماد على الأجهزة التناسلية بالدرجة الأولى حتى نتمكن من تسجيل المولود في سجل الحالة

[1] بديعة علي أحمد،مرجع سابق،ص.53 .

[2] أنظر،مكرلوف وهيبة،الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس-دراسة مقارنة-،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تلمسان، 2016/2015،ص.19.

[3] أنظر،منذر الفضل،المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلة،المكتبة القانونية،عمان، ط 1،2001،ص.15.

[4] أنظر،هشام عبد الحميد فرج،الجريمة الجنسية لأعضاء القضاء والعلماء والمحاماة والشرطة والطب الشرعي،مطابع الولاء الحديثة،القاهرة،2015،ص.58.

المدنية حسب الجنس الظاهر لأن هذه العملية محددة بمدة زمنية مثلما أشار إليها المشرع الجزائري ب 05 أيام[1] إلى أن يثبت العكس.

ثانيا –معيـار الغـدة التنـاسلية

ويقصد به أن تكوّن الغدة الجنسية ووضوح نوعها،فأحيانا الأعضاء التناسلية الظاهرة لا تكفي لوحدها لتحديد جنس المولود، مما يتطلب الأمر اللجوء إلى معيار آخر هو الغدد التناسلية الداخلية والكشف عنها بالطرق العلمية،وهذا للتأكد من مدى مطابقة المظاهر الخارجية مع العناصر الداخلية.وهذا بالتأكد من وجود خصية عند الذكر، ومبيض عند الأنثى ولا يكفي الشكل الخارجي للغدتين التناسلية لتحديد نوعيتهما إذ لابد من التحليل الباثولوجي للأنسجة بهما[2].

الفرع الثاني

المعيارين الكروموزومي والهرموني

يتميز كل شخص بأن له كروموزومات أو جينات لا يمكن تغييرها، تختلف من الذكر إلى الأنثى.وتؤدي نسبة الهرمونات المفرزة في جسم الانسان إلى تحديد جنسه.و من تم فإن هذين المعيارين لهما أيضا دور في تحديد جنس الشخص.

أولا:المعيار الكروموزومي

من خلال المستوى الصبغي يمكن تحديد الجنس ،حيث أكّد الاجتهاد القضائي بأنه المعيار الأفضل والأدق في تحديد جنس الفرد الأصلي وهو قطعي وثابت،حيث يوجد بنواة كل خلية من خلايا الجسم 23 زوج من الكروموزومات، منها 22 زوج من الكروموزومات العادية و زوج من الكروموزومات الجنسية.والثابت علميا أن المرأة تحمل كروموزومين مماثلين لكي لا نقول توأمين (XX)،في حين أن الرجل يحمل كروموزومين مختلفين (XY)، وهذا بمعنى أن جنس الإنسان يتحدد عند التلقيح بين المرأة التي تعطي كروموزوم (X)مع الرجل الذي يعطي إما الكروموزوم (X) يصبح الجنين (XX) أي جنس أنثى،أو على العكس إذا الزوج يعطي الكروموزوم (Y) مع كروموزوم الزوجة (X) ليصبح الجنين (XY) أي جنس ذكر.والمؤكد أنه حتى الأسبوع

[1] المادة 61 من قانون الحالة المدنية .

[2] أنظر،الشهابي إبراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني،رسالة دكتوراه في الحقوق،جامعة القاهرة،2002. ص 99.

السادس لنموالجنين تكون له أجهزة تناسلية أنثوية أكثر من الذكرية، لكن الهرمونات هي التى توقف تكوين الأجهزة الذكرية أو الأنثوية[1].

ويحتاج فحص كروموزومات الخلية إلى احتياطات وإمكانيات معينة ولكن توجد طرق أكثر بساطة لفحص الخلايا مجهريا لتحديد جنس الشخص و تتمثل في :

-البحث عن الجسم العضوي: بالفحص المجهري لعينة من خلايا الجسم (مثلا عينة من الغشاء المخاطي المبطن لتجويف الفم) تظهر في الغشاء النووي للخلية جسم عضوي إذا كانت الخلايا مأخوذة من جسم أنثى، أما في الذكور فلا يظهر هذا الجسم العضوي.

-نتوء عصا الطبلة:من خلال فحص عينة من دم الشخص المراد تحديد جنسه، بالنظر إلى النواة المفصصة لخلايا الدم البيضاء، يظهر بهذه النواة نتوء بنهايته انتفاخ يشبه عصا الطبلة في عينات دم 3 % من الإناث في حين لا يظهر في عينات دم الذكور، والسبب في ظهور الجسم العضوي أو نتوء عصا الطبلة في نواة الأنثى(x) عينات الإناث يرجع إلى وجود اثنين من كروموزوم (x) في نواة الأنثى[2].

-وفي بعض الأحيان يحدث عيب خلقي في تركيب الكروموزومات الجنسية بالنواة، فبدلا من وجود اثنين من الكروموزومات قد يكون واحد (x) فقط أو ثلاثة (xxy) أو (xyy) ويصاحب هذا العيب الخلقي عيوب جنسية في درجة الذكورة أو الأنوثة، وكذلك عيوب نفسية وعقلية، وكل هذا قد يؤدي أحيانا إلى صعوبة تحديد جنس الفرد مما يتطلب البحث عن معيار آخر[3].

ثانيا :المعيار الهرموني

الهرمونات الجنسية هي مواد تفرزها غدد الجسم، وينقلها الدم إلى الأجهزة الخاصة التي تعمل في اتجاه تنشيطها أو كبحها، هذه الهرمونات تدخل تساعد في تحديد جنس طفل (الذكر أو الأنثى)، وهذا يثبت أهميتها الكبرى في نمو جسم الانسان على المستوى الجسدي و النفسي.

هناك هرمونات جنسية أنثوية تسمى: الأستروجين والبروجسترون،أما الهرمونات الجنسية الذكرية فهي: التستسرون و الأندروجين(منشط الذكورة)،وهذه الأخيرة نجدها أيضا عند الأنثى ولكن بكمية أقل[4].

إن الزيادة في إفراز هذه الهرمونات تؤدي إلى اضطرابات في وظائف الغدد التناسلية الرئيسية الخصيتين و المبيضين ويرجع الأطباء هذا الخلل إلى عدة أسباب من بينها:

[1] Youcef Feham, op.cit., p.120.
[2] Youcef Feham, op.cit., p.121.
[3] أنظر، أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، مصر،2006، .ص90 .
[4] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص38.

-فرط إفراز غير طبيعي لهرمونات الذكورة للأنثى تؤدي إلى اشتباه أعضائها الأنثوية الخارجية،وتضخمها لتشابه الذكر على قمة هذه الأسباب هو نقص انزيمات الغدة الكظرية.

-عدم اكتمال إفراز الهرمونات الذكرية لنقص في الغدة النخامية أو في الخصية أو في مدى استجابة الأنسجة الخارجية يؤدي إلى صغر في الأعضاء الذكرية، يؤدي إلى اشتباه هذا الذكر بالأنثى.

-وفي حالات نادرة تكون خلايا الجسم خليط من الخلايا الذكرية والأنثوية يصاحبه خليط من علامات الذكورة والأنوثة.

-وهناك من يرى أن تعاطي الأم بعض الأدوية التي تحتوي على هرمونات أثناء فترة الحمل يمكن أن يؤثر على تكوين الجنس المخي للجنين.

-كما أن تناول أطعمة ملوثة بالإشعاع أو مبيدات أو هرمونات أومخصبات تؤثر على صبغيات الخلايا،فتحدث اضطرابا هرمونيا، أو تحولا في الخصائص الذكرية أو الأنثوية، أو تغيرا في الهوية الجنسية،أو الميول السلوكية نحو الجنس المقابل [1].

- ونشير إلى أن حدوث خلل في الهرمونات،سيؤدي إلى خلل في تكوين أوإكتمال نمو الأعضاء التناسلية، وهي حالة من حالات الخنثى .

الفرع الثالث

معياري الجنس النفسي والسلوك الاجتماعي

إلى جانب المعايير سالفة الذكر، فإن الجانب النفسي والتصرفات الشخصية داخل المجتمع يمكن أن تؤثر في ميولات الشخص الجنسية ،هذا ما سنبينه في هذا الفرع .

أولا :معيار الجنس النفسي

الأصل أن يتفق الشعور النفسي للإنسان بجنسه مع تكوينه البيولوجي أو التشريحي،إلا أنه قد تميل مشاعر وأحاسيس الإنسان نحو الجنس الآخر إلى درجة أنه يشعر أنه أحد أفراده، ويجعله يسلك مسلكهم في جميع تصرفاته، فيحدث تعارض بين الجنس البيولوجي والجنس النفسي مما يطرح مشكلة الهوية الجنسية، و هو الأمر الذي أثار خلافا كبيرا يصعب حله[2].

[1] أنظر، شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، جامعة الأزهر،2007 ،الجزء الثاني ،عدد 11 ، ص.97.

[2] Jean Paul BRANLARD,op.cit.,p.301.

إن الاعتماد على المعيار النفسي على إطلاقه يشكل خطورة حسب اعتقاد البعض، باعتباره يجعل الشخصية الجنسية قابلة للتغيير بحسب عدة عوامل دون أن تتوافق مع التكوين البيولوجي للإنسان. وأنه لا يقصد به تحديد نوع الشخص على أساس نفسي وإنما إدخال العامل النفسي ضمن مقومات اكتمال خصائص نوعه الحقيقي، وفي الوقت ذاته فإن فقدانه لا يعني مطلقا التدخل الجراحي لمسخ الشخص على عكس حقيقته الجنسية، وإنما الخضوع للعلاج النفسي كأي مرض نفسي آخر[1].

إلا أن الملاحظ أن تحديد جنس الإنسان بالنظر إلى شعوره النفسي للجنس الأخر، أصبح من المعايير الحديثة التي إعتمدها الطب، وجعل المحكمة الأوربية في اجتهادها تأكد أن الصعوبة التي يتلقاه الأشخاص المولودين بجنس لكن لهم شعور لا يقهر بالإنتماء إلى الطائفة الجنسية المقابلة، يعانون من تحول جنسي يؤدي إلى تغيير جنسهم الجسدي وفقا لجنسهم النفسي، وهو الأمر الذي جعل مفهوم الجنس يتجدد باعتبار أنه لا يمكن أن يحدد وفقا للمعايير البيولوجية لوحدها[2].

وهذا يعني تبني معيار الجنس النفسي باعتبار أن هذا الأخير يمكن أن يكون مختلف عن الجنس الوراثي والتشكلي[3].

ثانيا :معيار السلوك الاجتماعي

نظرا لعجز القضاء في مواجهة ظاهرة غموض الجنس فهناك من الفقه القانوني من عرف الجنس قانونيا أنه هو الذي يعيشه الشخص من الناحية الاجتماعية[4].

أما الطب اعترف بمعاناة المغير لجنسه، الذي يظهر له تعارض جنس جسمه والدور الاجتماعي الذي يعيشه من طرف أشخاص من نفس جنسه.فالثابت أن سلوك الذكر اجتماعيا يختلف عن الأنثى، وبهذا أصبح السلوك الاجتماعي للفرد من بين المعايير الموضوعية التي يعتمد عليها في تحديد الجنس في الدول الغربية، إذ غالبا ما يتطابق سلوك الفرد الاجتماعي ونوعه الحقيقي. وإذا كان القضاء الفرنسي قد تطور

[1] أنظر،فهد سعيد الرشيدي، أثر اضطراب الهوية الجنسية في مشروعية عملية التحول الجنسي و بيان ما أخذ به القضاء الكويتي ،جامعة الأزهر،مصر،2008،ص.105.

[2] " Une jurisprudence importante de la cour européenne des droits de l'homme à travers le transsexualisme.La cour a en effet du apprécier les difficultés rencontrées par les personnes qui, nées avec un sexe mais ayant le sentiment irrépressible d'appartenir à la catégorie sexuelle opposée, subissaient une conversion sexuelle aboutissant à une modification de leur sexe physique, conformément à leur sexe psychologique ».Olivier Dubos et J.P.Marguenaud, Sexe sexualité et droits européens,éd A.Pedone, Paris, 2007, p.20.

[3] Olivier Dubos et J.P.Marguenaud,op.cit,cit.p.22.

[4] أحمد محمود سعد، المرجع السابق،ص.238 .

وأصبح يقر عملية تغيير الجنس لمجرد انخراط الشخص في الجنس الآخر و ولائه له، كما اشترط القضاء الأوربي الاندماج الاجتماعي للمعني بالأمر بأن يكون مطابق للجنس الظاهري[1] .

من خلال هذه المعايير يمكن أن نعرف:

الذكر كامل الذكورة : أنه من كانت خلايا جسده تحوي الكروموزوم الذكري(xy)ووجدت له خصيتان والأعضاء الداخلية ذكرية، والأعضاء الخارجية كاملة النمو أو أنها ناقصة قابلة للتحريض من قبل هرمون ذكري، ويشعر أنه رجل ويعيش ويتعامل كذلك مع الآخرين.

أما **الأنثى كاملة الأنوثة** : أنها من كانت خلايا جسمها تحوي الكروموزوم الأنثوي(xx) ولديها مبيضان والأعضاء الداخلية أنثوية، والأعضاء الخارجية كاملة النمو أو ناقصة قابلة للتحريض من قبل هرمون أنثوي، وتشعر أنها أنثى وتعيش وتتعامل كذلك مع الآخرين[2].

وقد اختلفت الآراء حول المعيار المعتمد عليه لتحديد الجنس وهذا يرجع كما قال الفقهاء " أن القانون الطبيعي لاختلاف الجنس هو حقيقة في غاية الغموض "وهو ما أدى إلى تضارب آراء المتخصصين في مجال الطب الجنسي ،و وصل إلى حد التمييز بين من لديهم غموض حقيقي (ازدواج جنسي عضوي)ومن لديهم غموض زائف (الرغبة في تحويل الجنس لأسباب نفسية)[3].

ومن الواضح أن الطب لا يمكن أن يقرر الجنس بالنظر إلى معيار واحد سواء كروموزومي أو غددي أوتناسلي،كل المعايير الجنسية تكون عادة متطابقة، لكن أحيانا تكون غير متطابقة.لو أن معيار مظاهر الأعضاء التناسلية الظاهرية قد اتبع بطريقة دقيقة وصلبة لتحديد الجنس، يجب أن نعلم أن عناصر تحديد الاختلاف الجنسي قبل الولادة (الكروموزوم، خصائص الغدد، إفراز الهرمون) يمكن أن تكون غير مطابقة مع طبيعة الأعضاء التناسلية الظاهرية، بمعنى آخر، معيار الأعضاء التناسلية الظاهرية المستعمل في تحديد الجنس أقل أهمية أقل وضوحا عما يظهر لغالبية القانونيين [4].

[1] Cf, Henry FRIGNET, Le transsexualisme, Descellée de Brouwer, Paris, 2000, p.130.

[2] أنظر، علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1991ص.83.

[3] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق،ص.42.

[4] Henry FRIGNET.op.cit.,p.134.

هذا المعيار فقد قيمته أمام المعطيات العلمية الحديثة والتي برهنت على أن التمييز الجنسي ليس تصور عاملي أحادي، لكن سلسلة متوالية من مراحل النمو التي تتطابق فيما بينها.وأنه يجب على القانون أن يهتم بالمولودين الجدد الذين لم تكن لهم هذه المراحل الواضحة والمتطابقة مع جنسهم ومراحل نموهم[1].

إن معرفة الجسم إن كان مؤنثا أو ذكوريا لا يتأتى عن طريق الكشف العضوي فقط، و إنما له عدة أشكال أولها الكشف العضوي التناسلي المباشر ثم الكشف الجيني والذي يتحدد منذ بداية التلقيح، ثم الجنس المخي والذي تحكمه شيفرات خاصة لم يتمكن العلم من تحديدها تماما و المتعلقة بالنويات القاعدية، ثم يأتي سلوك الجنس النفسي وأخيرا الجنس الاجتماعي[2].

كما أن تعارض أي من هذه العناصر مع العناصر الأخرى، يعني أن هناك خللا ما يتطلب حله، وعلاجا طبيا أو نفسيا دون تدخل الشرع، باعتباره تصحيح وضع خاطئ، مع مراعاة أن الشخص ذاته لديه دور في تحديد جنسه من خلال فهمه لذاته وإحساسه بها.و لن يستطيع أحد ما أن يفهم ذات الآخر أكثر من الشخص نفسه، مهما بلغ من العلم[3] .

بالرغم من المعايير الطبية والنفسية والإجتماعية يبقى مرض التحول الجنسي غامضا ويحتاج للمزيد من الدراسات والبحوث ليس من أجل إعطائه الصبغة القانونية وإجازته بل العكس من ذلك يجب ايجاد العلاج النفسي الصحيح من أجل إرجاع هذه الفئة إلى الصواب.وتبقى هذه النظريات والمعايير نسبية لأنها لم تأت بجديد بل مجرد حقائق طبية كانت موجودة،ويبقى الجانب الإجتماعي الذي تأثر بالسلوكات والممارسات الجنسية الشاذة هو السبب في ظهور هذه الظواهر الأفكار الهدامة.

المبحث الثاني

الآثار القانونية الجديدة للمتغير الجنسي

من الطبيعي أن تنشأ بعض التغييرات والمشاكل القانونية عن عملية التحول الجنسي التي أصبحت بفضل الأساليب الفنية المتطورة تجرى في العديد من بلدان العالم، فتقوم بتغيير نوع الإنسان من ذكر إلى أنثى أو العكس، وهذه التحولات ينجم عنها تغييرات جدرية في كل الجوانب المتعلّقة بالحياة سواء كانت مرتبطة بالتصرفات القانونية العامة (مطلب أول) ،أوالتصرفات القانونية المرتبطة بحالة الشخص (مطلب ثان).

[1] علي حسين نجيدة،مرجع سابق،ص.85.

[2] Olivier Dubos et J.P.Marguenaud ,op.cit.,p.30

[3] Olivier Dubos et J.P.Marguenaud ,op.cit.,p.31

المطلب الأول

الآثار القانونية للتغيير الجنسي في بعض التصرفات

بعد الخضوع للتدخل الجراحي وتغيير الملامح والأعضاء التناسلية للشخص تصبح له حياة وشخصية قانونية جديدة مما يستدعي الأمر تغيير جذري في علاقاته الإجتماعية وحالته الشخصية.سنبين من خلال هذا المطلب مختلف التحولات الطارئة في المسائل المدنية(فرع أول)، والمسائل الجنائية (فرع ثان).

الفرع الأول

في المسائل الخاصة

بعدما أصبح التغيير الجنسي ظاهرة واقعية تفرض وجودها في أغلب دول العالم بدون استثناء،ألزمت بذلك الأشخاص المتحوّلين جنسيا بتغيير وضعهم حسب حالة الجديدة ،خاصة في الجانب الإداري من خلال الوثائق التعريفية .لكن الإشكال المطروح هل قوانين الدول أصدرت تشريعات خاصة تنظم هذا التغيير؟أم تطبق مجرد نصوص متفرقة مع العلم أن حالات التغيير الجنسي و الخنثى تؤدي لا محالة لاضطراب النصوص القانونية المشكلة للأحكام الخاصة بجنس الذكورة والأنوثة على غرار :

أولا:قانون الحالة المدنية

تتمثل الحالة المدنية للشخص في تحديد الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب عليها القانون آثارا في حياته الاجتماعية ككونه ذكرا أو أنثى ،زوجا أو زوجة،أرملة أو مطلقة،أبا شرعيا،...إلخ[1]

إن تحديد نوع المولود من حيث الذكورة والأنوثة يكتسي أهمية كبيرة ،إذ بفضله يمكن تحديد حالة الشخص من حيث الاسم والجنس...الخ،وهذا ما نصت علية المادة 63 من قانون الحالة المدنية الجزائري المشار إليها سابقا، والتي أوجبت ضرورة تحديد نوع المولود في شهادة الميلاد، فإذا تغير الشخص من ذكر لأنثى والعكس كان من الضروري تغيير جميع بياناته الشخصية حسب الوضع الجديد.

ونجد نفس القانون نص صراحة على إمكانية تعديل عقود الحالة المدنية في القسم الخامس من الفصل الثاني من خلال المادتين 55 و57[2] في حالة ما أراد الشخص تغيير لقبه أو إسمه .

---

[1] أنظر،بن عبيدة عبد الحفيظ،الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ،دار هومة،الجزائر،2011،ص.54.

[2] تنص المادة 55 على أنه« يترتب على تغيير اللقب أو الإسم تصحيح عقود الحالة المدنية».

تنص المادة 57 على أنه «إن الأسماء الواردة في عقد الولادة يجوز تعديلها للمصلحة المشروعة بموجب حكم رئيس المحكمة...»، الأمر 20-70 الصادر في 1970/02/19 والمتعلق بالحالة المدنية ،المعدل والمتمم.

لكن باسقراء نص المادة 56[1] من ذات القانون وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 20-223[2] المتعلّق بتغيير اللقب نجد أن المادتين 55و57 تطبقان فقط في حالة ما أراد الشخص البالغ تغيير أو تعديل لقبه أو إسمه (لقب مشين،معيب،..) فقط، وليس في حالة التغيير الجنسي.فقانون الحالة المدنية لم تطرق أو يشير لإمكانية الشخص المتحول جنسيا تغيير أو تصحيح وثائقه الإدارية وهذا لعدم اعتراف المشرع الجزائري أصلا بالتغيير الجنسي.

لكن في تركيا مثلا، فبموجب المادة 40 من القانون المدني المعدلة سنة 1988 فقد سمح المشرع للأشخاص المتحولين جنسيا بتغيير جندرهم في وثائقهم المدنية،وبيّنت أن التغيير يمر على مرحلتين، الأولى طبية والتي من خلالها يرخص القاضي بإجراء العملية الجراحية حسب الشروط كعدم قدرة الشخص على الإنجاب، أما المرحلة الثانية ذات صبغة قانونية تكمن في موافقة القاضي بعد إجراء العملية الجراحية على تغيير جنس المعني في الحالة المدنية. وزيادة على ذلك ففي فبراير من سنة 2014 بعث معهد الأمن الاجتماعي إرسالية إلى جميع المستشفيات الحكومية يأمرهم بإجراء عملية التغيير الجنسي مجانا بما فيها العلاج النفسي وتغيير الهورمونات،كما ألغت السلطات العامة في 29 نوفمبر 2017 شرط التعقيم كإجراء أولي في عمليات التغيير الجنسي[3] .

أما في فرنسا وبعد تعديل القانون المدني بإضافة الفصل 2مكرر تحت عنوان تعديل نوع الجنس في الحالة المدنية والذي تضمن المواد من 61-5 إلى61-8، بموجب المادة 54 من القانون رقم1547-2016 المتضمن تحديث العدالة في القرن 21 والمادة 35 من الأمر رقم 964-2019 المتعلق بالبرمجة وإصلاح العدالة[4]، حيث سمح للمتغير جنسيا بتعديل أوراقه الثبوتية بما يتوافق مع الجنس الجديد .

فمن خلال المادة61-5 [5]والتي أجازت تعديل الجنس المدون في أوراق الحالة المدنية لكل شخص قاصر أو بالغ متحرّر يبين أن جنسه الحالي لا يتوافق مع حالتة الجنسية الحقيقية بشروط :

---

[1] تنص المادة 56 على أنه« كل شخص يتذرع بسبب معين لتغيير لقبه يمكن أن يرخص له بذلك ضمن الشروط التي تحدد بموجب مرسوم »،الأمر 20-70 والمتعلق بالحالة المدنية ،المعدل والمتمم

[2] مرسوم تنفيذي رقم 20-223 الصادر بتاريخ 2020/08/08 يعدل ويتمم المرسوم رقم 71-157 الصادر بتاريخ 1971/06/03 ،والمتعلق بتغيير اللقب،الجريدة الرسمية عدد 47 لسنة 57،ص.09.

[3] زكية حميدو،التغيير الجنسي بين التطور العلمي والإجتهاد،المرجع السابق،ص.28.

[4] LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.
-Ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019 prise en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n°0218 du 19 septembre 2019.

[5] «Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se

-أن يصرح علانية بانتمائه للجنس الآخر.

-أن يكون معروفا بانتمائه للجنس الآخر في المحيط العائلي و مع الأصدقاء وفي الوسط المهني.

-أن يكون الإسم الجديد متوافقا مع الجنس الجديد الذي ثم اختياره.

كما نصت المادة 61-06[1] على الإجراءات المتبعة من أجل الحصول على الترخيص لتغيير وثائق الحالة المدنية للمتغير الجنسي والمتمثلة في:

-تقديم طلب إلى المحكمة.

-يعلن مقدم الطلب موافقته الحرة والمستنيرة على تعديل جنسه في وثائق الحالة المدنية،مع تقديم كل الأدلة الداعمة لطلبه.

-عدم خضوع المعني للعلاج الطبي أو الجراحة أو التعقيم ليس سببا لرفض الطلب.

- بعد أن تتحقق المحكمة من أن المعني يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 61-05 تأمر بتغيير الجنس المدون والأسماء في وثائق الحالة المعدنية .

وبالرغم من تغيير نوع الجنس في وثائق الحالة المدنية فلا يؤثر ذلك على الإلتزامات التعاقدية السابقة على هذا التعديل وبالتالي لا يمكن للمتغير جنسيا أن يتحجج بهذا التغيير ويطالب بسقوط التزاماته التعاقدية ضد الغير ويتهرب من المسؤولية وحسنا فعل المشرع الفرنسي من خلال نصه على ذلك بموجب المادة 61-08[2] من نفس القانون.

---

présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification.
Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :
1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué;
2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;
3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué».Art61-5 du code civil français modifié par l'art 56 du loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 .

[1] « La demande est présentée devant le tribunal judiciaire.
Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande.
Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande.
Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil».Art61-06 du Co.c .

[2] « La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification» Art61-08 du code civil,op.cit.

كما نشير إلى أن المشرع الفرنسي وتجنبا للأخطاء التشخيصية الطبية،وفي حالة عدم التأكد من حقيقة جنس المولود ،أجاز من خلال المادة 57 [1]من القانون المدني المعدلة بالمادة 30 من القانون رقم1017-2021 المتعلق بأخلاقيات علم الأحياء بعدم ذكر نوع الجنس في عقود الحالة المدنية بأمر من النيابة العامة ومنحهم مدة 03 أشهر من يوم التصريح بالولادة من أجل التأكد النهائي من الجنس الحقيقي.فمن خلال هذا التعديل المشرع الفرنسي، وتفاديا لأي لغط أو تسرع منح بعض الوقت من أجل التأكد من نوع الجنين في حالة الغموض (الخنثى) حتى يتفادى مستقبلا دعاوي تغيير الجنس التي أصبح تشكل هاجسا كبيرا من حيث الإعتراف بها.لكن هل مدة 03 أشهر كافية من أجل التأكد من نوع الجنس؟.

وفي المقابل أجاز للمواطنين الفرنسيين رفع دعوي تصحيح ction en rectificationوهي الدعوى التي ترفع في حالة وجود خطأ مادي في بيانات الحالة المدنية أو في حالة وجود غموض جنسي عضوي عند الأشخاص الذين يعانون من ازدواج جنسي عضوي كالخنثى ويتضح فيما بعد الجنس الراجح الذي ينتمون إليه.أي أنها ترفع لتصحيح خطأ أثناء تحرير العقد بخصوص الجنس.و تقدم وجوبا إلى رئيس المحكمة ،وترفع هذه الدعوى على أساس المادة 99[2] من القانون المدني الفرنسي .

وعليه،ومما سبق ذكره يتبين لنا أن القضاء الفرنسي هو المختص بقبول أو رفض تغيير الجنس في وثائق الحالة المدنية للشخص وبالتالي يمكن للمحكمة أن ترفض طلب وتقبل طلبا لشخص آخر حسب إقتناع القاضي بالأدلة المقدمة، مما يخلق نوعا من عدم الاستقرار في الأحكام الصادرة،خاصة وأن القضاء أصبح يسير عكس القوانين في هذا المجال.

أما في مصر، فإن الوضع القانوني معقد يكتنفه الكثير من الغموض ،حيث يمكن تلخيصه في:

---

[1] « En cas d'impossibilité médicalement constatée de déterminer le sexe de l'enfant au jour de l'établissement de l'acte, le procureur de la République peut autoriser l'officier de l'état civil à ne pas faire figurer immédiatement le sexe sur l'acte de naissance. L'inscription du sexe médicalement constaté intervient à la demande des représentants légaux de l'enfant ou du procureur de la République dans un délai qui ne peut être supérieur à trois mois à compter du jour de la déclaration de naissance. Le procureur de la République ordonne de porter la mention du sexe en marge de l'acte de naissance et, à la demande des représentants légaux, de rectifier l'un des ou les prénoms de l'enfant» Art 57 du code civil ,modifie par Art30 de la loi loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ,JORF n°0178 du 3 août 2021.

[2] « La rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le président du tribunal. La rectification de l'indication du sexe et, le cas échéant, des prénoms est ordonnée à la demande de toute personne présentant une variation du développement génital ou, si elle est mineure, à la demande de ses représentants légaux, s'il est médicalement constaté que son sexe ne correspond pas à celui figurant sur son acte de naissance.L'annulation des actes de l'état civil est ordonnée par le tribunal. Toutefois, le procureur de la République territorialement compétent peut faire procéder à l'annulation de l'acte lorsque celui-ci est irrégulièrement dressé» Art.99 du Co.c .

-"القانون لا ينص لا شيء بخصوص التغيير الجنسي.

-عمليات التحول الجنسي مسموح بها طبيا بعد موافقة نقابة الأطباء.

-نتيجة العملية الطبية غير معترف بها قانونا من السلطات الإدارية في الدولة،ولا يتم تغيير الجنس في الأوراق الرسمية للدولة" [1].

وبالتالي فإنه يوجد تناقض بين القانون والطب،حيث أن الموقف الطبي يوافق على التغيير و يجسده في أرض الواقع بعد المرور بعدة مراحل،بينما الموقف القانوني لايعترف به ولم يصدر أي قانون يجيزه أو يمنعه، مما خلق نوعا من الإختلافات بين أجهزة الدولة الواحدة مما ينبغي العمل على إزالته وتوحيد المواقف.

ورغم تصفحنا لقانون الأحوال المدنية المصري رقم 143 لسنة 1994 الصادر بتاريخ 1994/06/09(ج.ر عدد 23) لم نجد أي إشارة لتغيير الجنس أو تغيير الإسم للمتحول الجنسي،ماعدا المادتين 46و47 المتعلقتين بتصحيح أو تغيير في عقود الميلاد والزواج والوفاة التي لم يبلغ عنها في الآجال القانونية،بناء على قرار اللجنة المنصوص عليها في المادة 46.

وعليه، فإن الطريق القانوني لتصحيح قيود الحالة المدنية في مصر يتم إما بواسطة تقديم طلب تصحيح، إلى اللجنة الثلاثية طبقا لمادة 46 من القانون السالف الذكر كقاعدة عامة،وإما برفع دعوى قضائية طبقا لنص المادة02/47، ويؤول الاختصاص فيها للمحاكم .

ثانيا:قانون الأسرة

اقتضت حكمة الله سبحانه وتعالى وسنته في خلقه،أن يكون الخلق أزواجا مصداقا لقوله تعالى في الآيات الكريمات {وَمِن كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ}[2]،{وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنثَى}[3]، {يا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاء}[4].

إن الحديث عن قانون الأسرة أمر ضروري لتعلّقه بتنظيم العلاقات الثنائية بين الرجل والمرأة ،ومن المسلم به أيضا وجود صلة وثيقة بين الحالة الشخصية والعائلية كوجهين للحالة المدنية،فتغيير الشخص لجنسه سيؤدي لا محال لتعديل حالته الشخصية والبيانات المدرجة في السجلات المدنية والأوراق الرسمية،بالإضافة إلى

[1] أنس عبد الفتاح أبوشادي،المرجع السابق،ص.528.

[2] سورة الذاريات ،الآية 49.

[3] سورة النجم،الآية 45 .

[4] سورة النساء،الآية 01.

المراكز القانونية داخل الأسرة والمجتمع مما يعني أن التغيير لا يرتبط بالشخص فقط بل يمتد حتى إلى العلاقات الأسرية وآثارها (الزواج،النسب،الميراث) والاجتماعية(التصرفات القانونية السابقة)[1] .

ولاشك أن الأولاد هم الطرف الضعيف والمتضررين من هذا التغيير في الحالة الجسدية للأبوين ،فقد يجدون أنفسهم أمام أبوين أو أمين، ففي حالة الطلاق من يمارس حق الحضانة؟وهل يحتفظ الأبناء باسم والدهم بعد التغيير؟.

وفي هذا الصدد وأمام أهمية الزواج الذي شُرّع لغاية نبيلة ويهدف لتكاثر البشرية،يثار اليوم أمامنا واقع خطير أصبح يفرض وجوده عالميا يتمثل في زواج المتغير جنسا،فأي الأحكام تطبق عليه؟هل القوانين العادية أم يجب اصدار تشريع جديد ينظم هذا الزواج؟

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجده يتحدث على علاقة زواج بين رجل وإمرأة فقط حسب المادة 04[2] منه،مما يوحي أنه يستبعد كل علاقة خارج هذا المجال بالرغم من انتشار علاقات جديدة تحت مسميات مختلفة تبنتها الإتفاقيات الدولية على غرار(الزواج المثلي،زواج المتغير جنسيا،زواج المتعة ...).فجميع المواد نظمت الزواج وشروطه والرضاع والحضانة والعدة والنسب والمهر،والنفقة،والميراث،والوصية بالنسبة للزوجين (اشتراط إختلاف الجنس) فقط دون التعرض للحالات الشاذة مثل قضية الخنثى وما تثيره من إشكالات،مما يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 منه لمعرفة حالات المتعلّقة بها كالزواج والميراث.

كما أنه يمكن لنا أن نميّز حالتين:

حالة أولى :إذا قام الزوج بعملية التحول الجنسي،فيحق للزوجة طلب الخلع حسب المادة 54 ،أو التطليق بناء على المادة 53 من قانون الأسرة،خاصة

– الفقرة 02 العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: لأن المتغير جنسيا لا يستطيع معاشرة زوجته ولا حتى الإنجاب بعد تغيير أعضائه التناسلية وبالتالي تتحول العلاقة الزوجية إلى (السحاق واللواط) وتصبح جواز مثلي الجنس.

–الفقرة 07 ارتكاب فاحشة مبينة:حسب ديننا الحنيف الذي يحث على مكارم الأخلاق،فيمكن تصنيف العبث بالأعضاء التناسلية ومحاولة تغيير الخلق بالفاحشة الكبيرة التي تتنافى مع النظام العام والدين الإسلامي.

---

[1] بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق ،ص.45.

[2] « الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و إمرأة على الوجه الشرعي،من أهدافه تكوين أسرة أسسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب» المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري.

-الفقرة 10 كل ضرر معتبر شرعا:تغيير الزوج لجنسه يسبب ضررا كبيرا له و لزوجته من حيث الضرر المعنوي والجسمي.

ونفس الشيء ينطبق على الزوجة إذا قامت بتغيير جنسها يحق للزوج أن يطلقها مباشرة

حالة ثانية:إذا أراد الزواج بعد التغيير الجنسي فلا يمكنه ذلك بناءا على المادة 04 من قانون الأسرة التي اشترطت اختلاف الجنس،والمادة 07 مكرر التي اشترطت الشهادة الطبية التي تثبت خلوهما من أي عامل يشكل خطرا يتعارض مع الزواج وهو ما ينطبق على التغيير الجنسي .

أما إذا وقعا الزوجان في غلط أو تدليس في حقيقة الجنس فيمكنهما طلب ابطال عقد الزواج من أصله ،كما يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (باطل بطلانا مطلقا)

وبالتالي لو اعترف المشرع الجزائري بالتغيير الجنسي فهل ستبقى قواعد قانون الأسرة صالحة للتطبيق؟ بالطبع لا مما يستلزم قواعد قانونية جديدة مستمدة من الإتفاقيات الدولية الداعمة لهذا التوجه .

وعليه يظهر لنا حجم الاضطراب التشريعي الذي سيمس القواعد القانونية عند تغيير الجنس ،لذلك حسنا فعل المشرع الجزائري لعدم اعترافه بهذا التحول،لكن عليه مستقبلا تحديث القواعد القانونية وغلق الثغرات حتى لا يمنح الفرصة للمتربصين بقيم الأمة الجزائرية من خلق البلبلة و محاولة هدم الكيان الأسري وانهيار العلاقة الزوجية.

أما في فرنسا، فإن الفكرة لم تبق مجرد تساؤل أو افتراض،وإنما تحولت إلى واقع تفرض منطقها خاصة بعد التعديل الذي أحدثه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم2013-404[1] (الزواج للجميع)الصادر بتاريخ 2013/05/17 والذي فتح باب المساواة بين الجنسين وسمح بزواجهما وثم من خلاله تعديل القانون المدني بتعديل المادة 143[2] ،والتي أصبحت تنص على أن الزواج يكون لأشخاص من جنس مختلف أو من نفس الجنس؛وبالتالي فليس هناك اشكال للمتغير الجنسي في ابرام عقد زواجه ببغض النظر عن جنسه أو الجنس الآخر الذي سيرتبط به، شريطة توفر الرضا حسب المادة 146 [3]من القانون المدني.وتعديل وثائقه المدنية و اجراء العملية الجراحية.

---

[1] 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

[2] «Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe.»Art 143 du code civil ,modifie l'Art 1er de la Loi n° 2013-404

[3] « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.» Art 146 code civil

وبالنسبة للمشرع المصري،فبالرغم من انتشار ظاهرة التغيير الجنسي تدريجيا في المجتمع من خلال قيام الأطباء بها والإعتراف بأحقية الشخص تغيير جنسه حتى يتمكن من العيش دون اضطرابات ،لكن في المقابل يبقى القانون رافضا لها بالرغم من عدد الحالات المتواجدة،فلم يشرُع قوانين تسمح بالتغيير الجنسي وتصحيح حالتهم المدنية،وبذلك يبقى الشخص معلقا بين الطب والقانون إلى وقت لاحق حتى يفصل القضاء في أمره.

وبتصفحنا لقانون الأحوال الشخصية المصري رقم 15 لسنة 2019 نجده أيضا ربط الزواج باختلاف الجنس (رجل وإمرأة) من خلال المادة 05[1] منه والتي جعلت الهدف من الزواج تكوين أسرة والتكاثر (الإنجاب) وبالتالي فالمتغير جنسيا حتى ولو سلمنا بأنه يمكن أن يكون أسرة إلا أنه لا يستطيع الإنجاب إذا تحول إلى رجل. وعليه فزواج المتحول جنسيا غير ممكن في القانون المصري لعدم الإعتراف به قانونا ولعدم تحقيقه أهداف الزواج .

الفرع الثاني

في المسائل الجنائية

في القانون الجنائي، فإن الأمر يتعلق بإلتزام يقع على عاتق الدولة بإعتبارها تسهر على حماية المجتمع والحفاظ على النظام العام، وهي التي تحدد بواسطة السلطة التشريعية كيفية تنفيذ العقوبات السالبة للحرية التي تتطلب الفصل بين فئة المحكوم عليهم الذكور والإناث وتخصص لكل نوع من الأفراد سجون خاصة بكل فئة،ومن تم إذا تغير جنس أحد المحكوم عليهم أثناء تنفيذه للعقوبة، فيقع على عاتق الدولة ممثلة في وكلاء الجمهورية أو لنواب العامين الذين يمثلون المجتمع حسب الاختصاص،الحرص على إتمام تنفيذ العقوبة، وفقا لما نص عليه القانون فكيف ستضمن تحقق هذا الغرض ؟[2].

وإذا سلمنا بعدم وجود السند الطبي،أي الشروط الموضوعية لإباحة الأعمال الطبية، فهل يمكن تبريره على سند من رضا المجني عليه،إذ أن الشخص الذي يرغب في تغيير الجنس يرضى إجراء هذه العملية رغم ما فيها من مساس بالتكامل الجسدي،وهل له الحق في تخويل الغير حق المساس بسلامة جسمه؟ بحيث يكون هذا المساس مباحا استنادا إلى رضاء المجني عليه، لما له من أثر في المسؤولية الجنائية[3].

لتوضيح الصورة سنعالج هذه المسألة في نقطتين،الأولى مدى تأثير تغيير الجنس على تنفيذ العقوبات السالبة للحرية،والثانية متابعة المتغير جنسيا عن الإخلال بالآداب العامة.

[1] « الزواج عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل» المادة 05 من قانون الأحوال الشخصية رقم 05 لسنة 2019.

[2] مكرلوف وهيبة،المرجع السابق،ص .429.

[3] أنظر، هشام عبد الحميد فرج، الجريمة الجنسية، مطابع الولاء الحديثة،القاهرة، 2005،ص.35 .

أولا: أثر تغيير جنس الشخص على تنفيذ العقوبات السالبة للحرية.

نصت المادة 44 من الدستور الجزائري[1] على أنه «لا يتابع أحد ولا يُوقف أو يحتجز،إلا ضمن الشروط المحدّدة بالقانون،وطبقا للأشكال التي نص عليها».

ونصت المادة 03 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين[2] على أنه «يرتكز تطبيق العقوبة السالبة للحرية على مبدأ تفريد العقوبة الذي يتمثل في معاملة المحبوس وفقا لوضعيته الجزائية وحالته البدنية والعقلية».كما نصت المادة 25 من نفس القانون على أنه« المؤسسة العقابية هي مكان للحبس تنفذ فيه وفقا للقانون العقوبات السالبة للحرية، والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية والإكراه البدني عند الإقتضاء وتأخذ المؤسسات العقابية شكل البيئة المغلقة أو شكل البيئة المفتوحة... ».وحددت المادتان 28 و 29[3] مراكز متخصصة للنساء مما يوحي أنه لا يمكن تصور اختلاط في السجون،وبالتالي أين سيقضي المتحول جنسيا مدة العقوبة المحكوم بها؟

هنا سنكون أمام حالتين:

الحالة الأولى : إذا كان تغير جنس الشخص لأسباب عضوية.

بصرف النظر عما يتعرض له الشخص المتغير جنسيا من مخاطر طبية، فإن التحول الجنسي يثير بعض المشاكل أيضا من الناحية الجنائية، إذ أن إجراء عملية التحول في حد ذاتها تعد من الأعمال الماسة بعناصر الحق في سلامة الجسم لإخلالها بعناصر التكامل الجسدي للمتحول.فهذه العملية تقتضي إجراء بعض الجراحات للجهاز التناسلي للمتحول كإزالة الخصية، العضو التناسلي،...إلخ.[4]بالإضافة أنه يثور التساؤل عن شرعية هذه العمليات الطبية ومدى تعارضها مع فكرة النظام العامة والآداب العامة وبالتالي لا يجوز مخالفتها ويعتبر الاتفاق على مخالفتها باطل.أم أنها فكرة نسبية لا يمكن الاعتماد عليها؟

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأول 1442 الموافق 30ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري،المصادق عليه في استفتاء أول نوفمر 2020،ح.ر عدد 82،لسنة 57،ص03

[2] قانون رقم 05-04 مؤرخ في 06 فيفري2005،يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين ،الجريدة الرسمية عدد12 لسنة 42،ص.10.

[3] «**ثانيا :المراكز المتخصّصة**

-مراكز متخصّصة للنساء،مخصصة لإستقبال النساء المحبوسات...» المادة 28 من قانون تنظيم السجون

« تخصص بمؤسسات الوقاية ومؤسسات إعادة التربية عند اللزوم ،أجنحة منفصلة لإستقبال المحبوسين مؤقتا من الأحداث و النساء...» المادة 29 من نفس القانون

[4] فواز صالح،المرجع السابق،ص.65.

وإذا كان الشخص خنثى لسبب عضوي ولم تتبين حقيقته الجنسية خاصة إذا كان خنثى حقيقي، فكيف ستنفذ العقوبة في هذه الفترة ؟

لقد وضع الفقهاء قديما الحل في مثل هذه الحالة بأن قرروا أن الخنثى يسجن لوحده في سجن إنفرادي حتى يتم التأكد من حقيقته الجنسية، فطريقة الفصل بين الرجال والنساء هي لمنع الإختلاط وعدم قيام علاقات غير شرعية بين المحكوم عليهم وهو ما سيحدث لو تم وضع الخنثى مع الرجال تم تبين أنه أنثى أو العكس[1].

الحالة الثانية :إذا كان تغيير جنس الشخص لأسباب نفسية.

إن الحالة المدنية للشخص هي التي تحدد نوع المؤسسة العقابية التي سيقضي فيها فترة العقوبة،وبالتالي إذا كان الشخص يعاني من إضطراب نفسي نتيجة فكرة نفسية عميقة راسخة بإنتمائه إلى الجنس المقابل، وبدأ في مراحل العلاج من أعراض تغيير الجنس لأسباب نفسية من علاج نفسي وعلاج هرموني لتغيير مرفولوجيته الخارجية وإكتسابه مظاهر جسدية للجنس الآخر الذي يرغب في التحول إليه تجعله يصبح ذكرا ظاهريا بعدما كان أنثى أو العكس دون أن يصل الأمر إبتداء إلى تغيير حالته المدنية[2].

إن الصعوبة هنا تكمن في أننا أمام شخص مثلا، له مظاهر خارجية أنثوية، لكنه يحتفظ بالأعضاء التناسلية الذكورية،وهو الأمر الذي يجعله في موقف صعب،بسبب الوضعية التي يكون فيها والتي تفرض عليه التأقلم مع المكان المحبوس فيه، لأن حبسه في مؤسسة عقابية يحتم عليه الكشف الجسدي والذي لا يمكن للمتغير جنسيا إخفاء الطابع المرفولوجي المطابق لهويته الجديدة .ومن تم لن يتمكن من الإندماج الإجتماعي في الجنس المقابل[3].

وبفرض أن هذه العمليات الطبية لا يمكن تبريرها بالحق في ممارسة مهنة الطب أو برضا المجني عليه، فهل يمكن تبريرها وفقا لحالة الضرورة، سواء لضرورة طبية أو نفسية أو اجتماعية؟

إلا أن الواقع العملي في العديد من الدول بين الأشخاص الراغبون في تغيير جنسهم هم بمثابة ضحايا للتعسف الجنسي في السجون أثناء تنفيذ عقوبتهم السالبة للحرية ،ففي سنة 1999 تمّ إدانت 03حراس للمؤسسات العقابية من طرف محكمة Evry لإغتصابهم المتكرر للمغيرين لجنسهم المحبوسين.مما دفع بمديري المؤسسات العقابية للحد من هذه التصرفات وبمساعدة المدراء الجهويين لإرسال المغيرات لجنسهم في سجون

[1] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص133 .

[2] بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق ،ص.95

[3] Voir, Marine Friant-Perrot, une modification des conditions du changement de sexe ?, D.1999, p.508.

خاصة بالنساء في فرنسا وإن كانت الحالات نادرة، عندما تتم جراحة تغيير الجنس لكن الهوية الجديدة للحالة المدنية لم يتحصل عليها.و هذا الإجراء يبقى تحفظي إلى غاية لإصدار نصوص قانونية من طرف المشرع الفرنسي[1] .

بالمقابل هناك من الدول من تبنت حلا وسطا،كإيطاليا في مارس 2010 ،أعلنت عن فتح أول سجن مخصص لإستقبال المغيرين لجنسهم لأسباب نفسية، حيث وصل عدد إلى 30 من المغيرين لجنسهم لأسباب نفسية،لكن هذا الحل لم يلق التأييد والموافقة من طرف الملاحظ الدولي السجون (OIP)واعتبره تصرف تمييزي،ولا يتمنى أن يطبق في فرنسا، لأنه يرى أن فصل الأشخاص ليس هو الذي يساعد على الاندماج[2] .

أما بالنسبة للجزائر ومصر اللتان لم تعترفا بالتغير الجنسي قانونا،فلا يمكنهما أن ينتهجا المنهج الإيطالي وبهذا فإن الحل الذي يتماشى مع المنطق القانوني أن تصنيف المحكوم عليهم وتنفيذهم للعقوبة سيكون وفقا للحالة المدنية للمحكوم عليه والتي من خلالها يتم تحديد نوع المؤسسة العقابية؛وكإحتراز وقائي نرى أنه يجب وضع هذه الفئة المرضى نفسيا في زنزانات انفرادية (الإحتباس الإنفرادي)[3] ووضعهم تحت حراسة خاصة لتفادي الإعتداء عليهم والإختلاط بغيرهم تجنبا لإنتشار الممارسات الجنسية الشاذة بين المساجين مع تخصيص الوقت لعرضهم على أطباء نفسانيين من أجل معالجتهم وإرجاعهم إلى الطريق الصحيح.

ثانيا : أثر تغيير جنس الشخص على المتابعة الجزائية للجرائم الماسة بالنظام والآداب العامة.

ما يهمنا في هذا الفرع هو ما مدي اعتبار نوع الجنس كمرجع أو كأساس لقيام بعض الجرائم، ولاسيما عند ارتكاب المتحول جنسيا جريمة أو يكون ضحية،حيث يُعد نوع الجنس ركنا أساسيا من أركانها.

وبداية لابد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة المسؤولية الجنائية للمتحولين جنسيا،سواء أكان التحول كاملا بمعنى تحويل الجنس جراحيا مع التغيير في الوثائق الرسمية، أم كان تحويلا قانونياً فقط،كما هو الحال في تغيير النوع القانوني دون أي تدخل طبي. ويرجع ذلك بالدرجة الأولى إلى

[1] Elsa Ferreira ,Les transsexuels sont-ils emprisonnés dans la prison pour femmes ou pour hommes ? article publié sur le site : https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-nos-vies-connectees/20130319.RUE3398/les-transsexuels-sont-ils-emprisonnes-dans-la-prison-pour-femmes-ou-pour-hommes.html.

[2] Anouchka Collette, Transsexuels en prison la double peine, article publié sur le site : https://www.lesinrocks.com/actu/transsexuels-en-prison-la-double-peine-128228-10-02-2010/,consulté le 20/08/2022.

[3] « نظام الإحتباس الإنفرادي هو نظام يخضع فيه المحبوس للعزلة عن باقي المحبوسين ليلا و نهارا و يطبق على الفئات التالية

... المحبوس المريض أو المسن ويطبق عليه كتدبير صحي ،بناء على رأي طبيب المؤسسة العقابية» المادة 46 من قانون 05-04 .

مقومات المجتمع الجزائري المحافظ،وثانيا لعدم اعتراف المشرع الجزائري أصلا بالتغيير الجنسي،وحتى في حالة الخنثى فقد أحالنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية حتى لا يكون هناك تعارض مع الدين الإسلامي.

وبالمقابل نجد فئة من الجرائم المخلة بالآداب العامة والتي لا تتأثر بنوع الجنس حتى ولو قام الجاني أو المجني عليه بتغيير جنسه الأصلي سواء بقصد أو بغير قصد على غرار:

1-جريمة الشروع أوارتكاب الفعل المخل بالحياء ضد رجل أو امرأة بغير عنف[1].وتقابلها المادة 268 من قانون العقوبات المصري و التي لم تفرق بين نوع الجنس المجني عليه.[2]

وعليه هذا النوع من الجرائم لا يأخد بعين الإعتبار جنس معين سواء على الجاني أو المجني عليه حتى تقوم الجريمة ،ومن تم لا يؤثر فيها تغيير جنس الجاني أو المجني عليه لقيام المسؤولية الجزائية.

2-جريمة الفعل العلني المخل بالحياء العام التي نص عليها المشرع الجزائري في المادتين01/333 و334[3] من قانون العقوبات، وتقابلها المادة 278[4] من قانون العقوبات المصري،بحيث لا يوجد أي اعتبار في هذه الجريمة لنوع الجاني أو المجني عليه لأنها من الممكن أن تقع من الذكر أومن الأنثى،ومن تم لا يؤثر تغيير جنس الشخص على قيامها.

3-جريمة تحريض القصر على الفسق والدعارة والتي نص عليها المشرع الجزائري في القسم السابع من خلال المادتين 342 و347[5]،وكذلك المشرع المصري من خلال المادة 269 [6]مكرر.

---

[1] « يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى 10 سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد انسان ذكر كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك» المادة 01/335 من ق.ع.ج.

[2] «كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع فى ذلك يعاقب بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى سبع» المادة 03/268 من القانون58 سنة 1937 المعدل بالقانون رقم 06 لسنة 2020 المتضمن قانون العقوبات المصري

[3] « يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500إلى 2000دج كل من ارتكب فعلا علنيا مخلا بالحياء» المادة 01/333 من ق.ع.ج..

« يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر لم يكمل السادسة عشر ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك» المادة 334 من نفس القانون

[4] «كل من فعل علنية فعلا فاضحا مخلا بالحياء يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه» المادة 278 من قانون العقوبات المصري

[5] «كل من حرض قصرا لم يكملوا التاسعة عشرة ذكورا أو إناثا على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعهم عليه أو تسهيله لهم وكل من ارتكب ذلك بصفة عرضية بالنسبة لقصر لم يكملوا السادسة عشرة يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 25.000 دج» المادة 342 من ق.ع.ج

«يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 1.000 إلى 20.000 دج كل من قام علنا بإغراء أشخاص من أي من الجنسين بقصد تحريضهم على الفسق وذلك بالإشارة والأقوال أو الكتابات أو بأية وسيلة أخرى»،المادة 347 من نفس القانون.

[6] «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر كل من وجد فى طريق عام أو مكان مطروق يحرض المارة على الفسق بإشارات أو أقوال...» المادة 269 مكرر من قانون العقوبات المصري.

فالمشرع الجزائري كنظيره المصري لم يفرقا في نوع الجنس الخاص بالمجني عليهم من أجل تحديد أوتخفيف أو تشديد العقوبة على الجاني في حال قيامه على تحريض القصر سواء كانوا ذكورا أو إناثا من أجل ممارسة الدعارة والفسق،بل صنفهم في نفس المرتبة وأوجب عقوبات ثابتة على الجاني وبذلك لم يأخد بعين الإعتبار نوع الجنس كمعيار لتسليط العقوبة.

ومن زاوية أخرى، يوجد بعض الجرائم المخلة بالآداب العامة والتي يؤثر فيها تغيير نوع الجنس سواء على الجاني أو المجني عليه، ومثال ذلك :

1-جريمة هتك عرض قاصرة والتي نصت عليها المادة 336 [1]من قانون العقوبات الجزائري،وتقابلها المادة 267 [2]من قانون العقوبات المصري.

يتمثل الركن المادي في هذه الجريمة في الوطأ الطبيعي والمتمثل في إيلاج الجاني عضوه الذكري في فرج الأنثى،وبالتالي فهتك العرض لا يكون إلا من رجل على إمرأة،مما يعني أن اختلاف الجنس له تأثير في تحديد أركان الجريمة[3].وبالتالي إذا غيرت الأنثى جنسها إلى ذكر مثلا ، فإنه في هذه الحالة لا أثر لقيام الجريمة والمسؤولية الجزائية لأنه تخلفت الصفة المطلوبة في المجني عليها التي أصبحت رجلا،ولكن مع ذلك يمكن مساءلة الجاني بجريمة أخرى إذا توافرت شروطها (الشذوذ الجنسي)[4].وفي حالة إذا كان الجاني الذكر هو الذي غير جنسه وأصبح أنثى بالجراحة، فإنه أيضا لا تقوم الجريمة لأن المشرع الجزائري إشترط أن يكون هتك العرض هو المواقعة من رجل على امرأة أي أن جنس الجاني هنا هو محل إعتبار، وتغير جنس الجاني وجعله ذكرا يجعل الجريمة غير قائمة لتخلف أركانها ولا يتم مساءلة الجاني في مثل هذه الحالة[5].

2-جريمة الزنا والتي نصت عليها المادة 339[6] من قانون العقوبات الجزائري وتقابلها المادة 274[1] من قانون العقوبات المصري

---

[1] « كل من ارتكب جناية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا وقع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشرة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة» المادة 336 من ق.ع.ج

[2] « من واقع أنثي بغير رضاها يعاقب بالسجن المشدد » المادة 267 من قانون العقوبات المصري .

[3] أنظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، الجزائر،ط 5، 2012-2013،ص.104.

[4] «كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار» المادة 338 من ق.ع.ج

[5] مكرلوف وهيبة،الأحكام القانونية...،المرجع السابق،ص.433.

[6] «يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته.

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة» المادة 339 من نفس القانون

فمصطلح الزنا يطلق على علاقة غير شرعية تربط بين رجل وإمرأة متزوجين،فاختلاف الجنس شرط ضروري لقيام الجريمة ،لأنه لا يمكن اطلاق مصطلح الزنا على علاقة بين نفس الجنس،لذلك فاختلاف الجنس ركن جوهري.

فإذا تغير جنس الزوج أو الزوجة، وصحح جنسيا على عكس ظاهره،فإنه سيترتب على ذلك بطلان الزواج بطلانا مطلقا كما سبق وأن رأيناه في الحالة الأولى.ومن تم تنتفي صفة الزوجية ولا يمكن تقديم الشكوى لأن قيام العلاقة الزوجية وقت تقديم الشكوى شرط لقبولها .مما يوجب إبطال الإجراءات المترتبة عليها سواء كانت الزوجة هي المتهمة بالزنا وصحح زوجها جنسه على الأنوثة أو كان الزوج هو المتهم بالزنا وزوجته هي التي صححت جنسيا على الذكورة، مع الإشارة أن ذلك لا يحول دون معاقبة الزوج الزاني على جريمة أخرى إذا توافرت شروطها القانونية[2].

وتماشيا مع ما ثم التطرق إليه فتغيير الجنس لأسباب عضوية أو ما يسمى تصحيح الجنس يتم بعلاج طبي مشروع، ومن تم يجعل صاحبه يتمتع بالحقوق والواجبات التي يتمتع بها أي شخص عادي،كالحق في التعليم، والحق في منصب عمل يتناسب مع جنسه المصحح، وأن يوضع في الحبس الذي صحح عليه عند تنفيذه للعقوبة السالبة للحرية التي يمكن أن توقع عليه، و هذا تماشيا مع الجنس الذي المدون في سجلات الحالة المدنية، والحق في الإسم الجديد الذي يناسب مظهره.وبالمقابل يكون أمام إلتزامات كأداء الخدمة الوطنية ،و إلتزامه بالنفقة،

إلا أن المغير لجنسه لأسباب نفسية أي مرضية فقد إختلفت الآراء الفقهية والقضائية حوله بين مؤيد و معارض لمدى إمكانية الإعتراف له التمتع بهذه الحقوق والواجبات في ظل الجنس الجديد الذي إختاره،مع العلم أن التدخل الطبي الذي يخضع له لا تتوافر فيه شروط المشروعية للمساس بجسمه عامة وبأعضائه التناسلية بالتحديد بالرغم من توافر ركن الرضا والذي لا يعتد به في مثل هذا النوع من التدخلات الطبية ، والتي ينجم عنه تشويه وإضرار بالجسد مما يؤدي إلى قيام المسؤولية الجنائية عن هذه الأعمال الطبية.

[1] «المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين...»

[2] الشهابي ابراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص582 .

المطلب الثاني

مدى مشروعية عمليات التغيير الجنسي

الأصل أن جنس الإنسان الذي تم تحديده وقت ولادته لا يتغير، بمعنى أن ما ورد في شهادة ميلاد يبقى ساريا طيلة حياته، ولكن يبدو أن الغرب لم يعد يقبل بذلك، وبات من حق الإنسان في بعض الدول تغيير جنسه البيولوجي الذي حدد له وقت ولادته بناء على طلبه، وقد بدأ الأمر عندما سمحت بعض الدول الأجنبية للأشخاص بتغيير جنسهم المحدد في الوثائق الرسمية بعد إجراء عملية جراحية يتم بموجبها تغيير جنسهم بشكل فعلي.

ونشير في هذا الصدد أن القانون ميز بين حالتين لتغيير الجنس، فالحالة الأولى سبب عضوي ويكون إذا ثبت وجود خلل أو غموض في الأعضاء التناسلية لدى الشخص تقتضي إجراء عملية جراحية يتم بمقتضاها تصحيح الجنس وهذا مشروع. أما الحالة الثانية تكون لأسباب نفسية، أي وجود اضطراب في الهوية الجنسية وعدم تقبل الشخص لجنسه الطبيعي وهذا هو لب الإشكال.

لقد اختلفت النظم القانونية حول موضوع التغيير الجنسي بين مؤيد بصفة صريحة ومطلقة وبين مؤيد مع شروط خاصة وفقا للمبادئ القانونية العامة على أساس أن الأصل في الأشياء الإباحة وأن الفعل مادام غير محرم بنص صريح فهو مباح، وبين رافض للفكرة حتى ولو كانت تحت غطاء التدخل الطبي برضا المريض من أجل التداوي .

إن الاتجاه العام الذي تسير عليه الدول الغربية هو السماح بتغيير الجنس،حيث تعد السويد أول دولة أوربية تشرع قانونا بتاريخ 1972/04/21 ينظم عملية التحول الجنسي وشروطه المتمثلة في:

-أن يتملكه شعور راسخ ودائم منذ ولادته بالإنتماء إلى الجنس الآخر المدون في شهادة ميلاده وسجلات الحالة المدنية.

-أن يبلغ من العمر ثمانية عشر سنة لضمان الحصول على رضا يعتد به قانونا

-أن يكون غير قادر على الإنجاب بسبب العقم أو لأي سبب آخر.

- أن يكون المتحول الجنسي سويدي الجنسي.

-أن يكون غير متزوج

-أن يكون سلوكه في المستقبل متوافقا من الجنس الجديد.

-أن يقدم طلبا لوزير الصحة للحصول على ترخيص مسبقا قبل إجراء العملية[1].

ثم توالت بعد ذلك صدور القوانين الغربية المنظمة لهذا الأمر وبعض الدول الإسلامية (تركيا،ايران).

من خلال هذا المبحث سنركز دراستنا المقارنة بنوع من التفصيل على القانون الفرنسي أولا ثم المصري ثانيا وأخيرا الجزائري على أساس أن القانونين الفرنسي والمصري لهما تجربة بخصوص هذا الموضوع .

الفرع الأول

موقف القضاء والقانون الفرنسيين

فبالرغم من أن الفقه والقضاء الفرنسيين كانا يتجهان نحو عدم مشروعية عمليات تغيير الجنس، نظرا لكونها عمليات ليس لها أي غاية علاجيه فهي لا تستهدف سوى تحقيق رغبات أو هواجس شخصية نفسية لا أساس لها،وبالتالي لا تتضمن أي هدف علاجي ضروري يمكن أن يبررها.لذلك سنستعرض التوجه القضائي أولا ثم القانوني ثانيا على اعتبار أن القضاء كان أول من تعرض لقضية التغيير الجنسي.

أولا :موقف القضاء الفرنسي

بداية نشير إلى أنه في فرنسا لم يكن هناك أي نص تشريعي يتعلق بالتغيير الجنسي أو تعديل الجنس في وثائق الحالة المدنية ،وأمام هذا الصمت والفراغ القانوني سيطر القضاء على الموضوع من خلال أحكامه الصادرة في قبول أو رفض الدعاوى حسب الشروط التي كان يراها ضرورية[2] .

لقد مرّ القضاء الفرنسي بمراحل متغيّرة فيما يتعلّق بتغيير الجنس، ففي المرحلة الأولى لم يعترف إلاّ بالجنس الذي ولد عليه الشخص عند الميلاد، لذا اعترف بالجراحة التي تصحح الجنس فقط، أمّا في المرحلة الثانية اعترف فيها بمشروعية تغيير الجنس لعدم التوازن النفسي للشخص[3]، وفي المرحلة الثالثة أجاز عمليات

---

[1] Loi suédoise du 21 avril 1972:119 ,Concernant la détermination du sexe dans certains cas

[2] «À ce jour, la France n'a adopté aucune disposition législative ou réglementaire concernant le Changement de la mention du sexe à l'état civil. Devant ce silence, il est donc nécessaire de se tourner vers la jurisprudence afin de connaître les conditions requises pour qu'une personne trans puisse obtenir la modification de la mention du sexe à l'état civil»,Marie-France BUREAU,Jean-Sébastien SAUVÉ, Changement de la mention du sexe et état civil au Québec :critique d'une approche législative archaïque ,
R.D.U.S. 2011,n°41,p.21 ,article publié sur le site internet :
https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_41/41-1-bureau.PDF.

[3] مقتبس عن حميدو زكية، التغيير الجنسي بين التطور...،مرجع سابق،ص.34 .

Trib.Toulouse, 29/01/1976, D. 1976, réf. 61 ; T.G.I., Saint Etienne, 11/07/1979, D.1981, p. 270 ; T.G.I., Créteil, 22/10/1981, D. 1982, I.R., 205 ; T.G.I. Paris, 24/11/1981, J.C.P., 1982, 19792, obs. G. PINAULT.

التغيير لأسباب ودواعي طبية وليس لمجرد أسباب نفسية من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1987/03/03[1]،ليستقر بعدها في المرحلة الرابعة على إباحة عمليات التغيير الجنسي من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 1992/12/11 مستندة في ذلك على حرية الشخص في تغيير جنسه وفق قناعته، مع ضرورة احترام القضاء لهذه الحرية والاختيار[2].

كما أن القضاة اختلفوا في تأسيس أحكامهم فمنهم من اشترط خبرة طبية لتحديد ما إذا كان الشخص فعلا خضع لتدخل جراحي أدى لتغيير الجنس،والبعض الآخر اشترط تقديم شهادة طبية صادرة عن أطباء مختصين في المجال تثبت إدعاء الشخص تحوله الجنسي[3].

بالإضافة إلى أن وزارة العدل والحريات الفرنسية اقترحت على المحاكم إمكانية اشتراط تقديم دليل على أن يكون التحول الجنسي نهائي لا رجعة فيه دون الحاجة لإزالة الأعضاء التناسلية [4].

ولابد من الإشارة إلى أن موقف المحكمة الفرنسية كان متماشيا مع الواقع الطبي والمنطق، فلقد ظل القضاء الفرنسي صاحب موقف ثابت،حيث أرست محكمة النقض الفرنسية في 1990/5/21 مبدأ بأن: «التحول الجنسي، حتى لو كان معترفًا به طبيًا، لا يمكن أن يتحول إلى تغيير حقيقي للجنس، لأن المتحول وإن فقد بعض صفات الجنس الذي ينتمي إليه، لا يكتسب مع ذلك صفات الجنس المقابل»[5].

إلا أن صمود محكمة النقض الفرنسية وعدم إعترافها بالتغيير الجنسي، جعل الدولة الفرنسية تتعرض لعقوبات من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان[6] على أساس حرية الأشخاص في التصرف في

---

[1] Cass.1ere civ.,03/03/1987,n°84-15.691,Bull.civ.I,n°79,publié sur le site: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007018060.

[2] Cass, ass. plén., 11 déc. 1992, JCP 1993, II, 21991 conc. Jéol, note G. Mémeteau, *RT* 1993, p. 97 et 325, obs. J. Hauser.

[3] «Certains juges exigent qu'une expertise médicale soit réalisée pour déterminer si la personne est trans ou pas, alors que d'autres ne demandent que la remise d'attestations médicales de médecins compétents
dans le domaine», Marie-France BUREAU , Jean-Sébastien SAUVÉ,op.cit,P.22.

[4] Circulaire de la DACS n°CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil,NOR : JUSC1012994C, publié sur le site internet : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1012994C.pdf ,consulté le28/09/2022.

[5] KUSS, Rapport devant l'académie de médecine, cité par MASSIP Jacques, Rapport sous Cass. civ. 21/05/1990, sur le transsexualisme, Dalloz, Paris, 1991,publié sur le site https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/JANVIER2011/cas_pratique/D1991.169_MASSIP.pdf

[6] نجد أحكام المحكمة الاوربية لحقوق الإنسان في هذا الموضوع، تستند لمضمون المادة 08 والمادة 12 من الإتفاقية الاوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

حيث تنص المادة 08 على " : لكل إنسان الحق في احترام حياته الخاصة."

بينما تنص المادة 12 على الحق في تكوين أسرة.

وجاء مضمون قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان رقم / 232ج ل 25 مارس 1992 في قضية B. Norbert ضد فرنسا

أجسادهم،رغم أن بعض المحاكم الإبتدائية كانت تعترف بهذا التغيير في بعض المناطق الفرنسية مما أدى إلى تناقض في المواقف،مما جعله يعدل عن موقفه الثابت ويسلك منعرجا حاسما بتاريخ 1992/12/11[1] حينما أصدرت قرار بدوائرها مجتمعة قبلت بذلك دعوى التغيير الجنسي وسببت قراراها على حرية الشخص في تغيير جنسه وفق قناعته، وأن دور القضاء ينحصر في إحترام واختيار حرية الفرد [2]، بعد أن تمت إدانته من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان بالاستناد للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان التي تنص على أنه "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة والاسرية"، حيث قررت المحكمة الأوربية ادانة محكمة النقض الفرنسية استنادا الى أن رفض السلطات الفرنسية تصحيح البيانات المدنية (بيان الجنس في سجل الحالة المدنية والأوراق الرسمية لأخرى)،يضطر صاحبه الى اطلاع الغير على معلومات تتسم بالخصوصية وهو ما يتعارض مع الحق في احترام الحياة الخاصة الذي تفرضه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان،وبالتالي تكون المحكمة الفرنسية مضطرة لتغيير توجهها نتيجة للضغط الذي تعرضت إليه من المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان بعدما كانت تمنع التغيير لأسباب نفسية[3].

مما سبق يظهر جليا أن القضاء الفرنسي كان معارضا لفكرة التغيير الجنسي رغم الضغوطات الخارجية لكن سرعان ما عدل عن موقفه واستجاب لأفكار الشواذ والمنحطين ومكنهم من تغيير جنسهم جسديا و إداريا في وثائق الحالة المدنية .

وتماشيا مع الوجهة ذاتها ، تبنت محكمة استئناف Paris في قرارها الصادر في 25 مارس 2014 حق الشخص في تغيير جنسه بعد خضوعه لعلاج هرموني واحد ونماء الثدي[4].كما أن محكمة استئناف

اعتبرت المحكمة ذلك انتهاك لنص المادة 08 من الإتفاقية الاوربية لحقوق الإنسان وقالت : إن من يعارض تغيير الإنسان لجنسه، لابد عليه أن يعلم مقدار ما يواجه هذه الفئة عندما تكون وثائقهم غير متناسبة مع حالتهم الجديدة"...، وينجم عن هذا)اتخاذ الدولة لإجراءات من شأنها الحد من عدم احترامها لحرية الحياة الخاصة

من جهة أخرى يمكن أن نسوق قرارات اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان حيث أنها اعتبرت أن رفض تغيير الجنس (الانتقال من جنس ذكر لأنثى) يطرح إشكالية اعتبار هذا الفعل يدخل ضمن المعاملات المهينة التي نصت الإتفاقية على تحريمها في المادة03 منها.

[1] CEDH, B.C./France, 25/03/1992, Série A, n° 232, CEDH, 25 mars 1992, Aff. 13343/87, B c/ France, JCP, éd. G, 1992, II, 21955, note T. Garé.

[2] محاضرة تحت عنوان التغيير الجنسي، ألقيت على طلبة الماجستير تخصص قانون طبي" في مقياس المسائل الطبية الماسة بالأسرة تحت إشراف الدكتور تشوار جيلالي ، بتاريخ 2014/02/23 .

[3] Voir, Patrice HILT, Transsexualisme: états des lieux, publié sur site internet : http/www-iej.u-strasbg.fr/LE TRANSSEXUALISME.htm, p.08.

[4] "Les magistrats autorisent le changement de sexe avec un seul traitement hormonal et une augmentation mammaire". C.A Paris, 25 mars 2014, pôle 1, ch 1 n° 13/17984,publié sur le site internet :https://journals.openedition.org/revdh/1640#ftn28.

Douai ألغت الحكم الذي بني رفضه للاعتراف بالتغيير على غياب التعقيم النهائي، إذ وافقت المحكمة على التغيير الجنسي مرتكزة في ذلك على أن الحالة اللارجوعية ينبغي أن تقتصر فقط على تحويل المظهر [1] .

وفي المقابل وجدنا قرارات لمحكمة النقض رفضت التغيير الجنسي على غرار :

– قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 13 فيفري2013، رفضت طلب التغيير الجنسي بحجة أن المدعي لم يقدم ما يثبت الحقيقة الجوهرية لميوله الجنسي واستناده أنه ينتمي للجنس الأخر في نظر الغير غير كافي لقبول طلبه[2].

–في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 2013/02/13 رفضت طلب التغيير الجنسي لحجة أن الشهادة الطبية المقدمة من طرف المدعي بتاريخ 2009/04/23 والتي تثبت تناوله للهرمونات الأنثوية منذ 2004 غير كافي لإثبات قبول طلبه والمتمثل في تغيير حالته الجنسية في أوراقه المدنية من ذكر إلى أنثى[3] .

– وفي قرار آخر لمحكمة استئناف مونبولييه بتاريخ 15مارس2017 ، قبلت دعوى تغيير الجنس مع تصحيح وثائق الحالة المدنية للمعني بدون القيام بعملية جراحية حيث تتلخص وقائع الدعوي في أن السيد Adrien Y المولود بتاريخ 1987/04/01 قد تم قيده في سجل الحالة المدنية على أساس أنه ذكر،وفي 2015/06/05 تقدم بطلب للنائب العام لدى محكمة مونبلييه من أجل إعادة النظر في عقد ميلاده و تصحيح الجنس من ذكر إلى أنثى مع تغيير الإسم من Adrien pierre Marie إلى Aline MarieAlbertine فتم قبول طلبه من طرف الوزارة العامة و لكن المحكمة رفض طلبه بحكم صادر بتاريخ 2016/03/24 على أساس أنه لم يقدم ما يثبت هذا التحول النهائي و اللارجعة فيه من ذكر إلى أنثى.

وبتاريخ 2016/03/31 قام المعني باستئناف هذا الحكم مستندا على المواد 61-5 و 99 من القانون المدني الفرنسي والمادة 08 من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.وبعد إعادة النظر في القضية تم قبول

[1] «C'est d'ailleurs précisément ce raisonnement que tient la cour d'appel de Douai pour infirmer un jugement qui se fondait sur l'absence d'infertilité définitive pour écarter l'irréversibilité du changement de sexe. La Cour d'appel accepte le changement de sexe en se fondant sur le fait que l'irréversibilité doit porter uniquement sur la transformation de l'apparence» C.A. Douai, 24 mars 2014, ch.1 sect.1, n° 218/ 2014, publié sur le site internet :https://journals.openedition.org/revdh/1640#ftn28.

[2]Arret n°106 du 13/02/2013 (11.14-515), Cour de cassation, civile, Chambre civile, publié sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027072698 /.

[3]Arret n°108 du 13/02/2013 (12.11-949), Cour de cassation, civile, Chambre civile, publié sur le site : https://www.acthe.fr/upload/1445374692-arrets-cour-cassation-13-fevrier-2013.pdf

الإستئناف وتمكين المعني من تغيير جنسه وإسمه في وثائق الحالة المدنية على أساس المواد61-05 و61-6 من القانون المدني المعدل بالمادة 114 من القانون رقم1547-2016 [1].

من خلال هذه القرارات يتبين لنا أن موقف القضاء الفرنسي لا زال يتخبط في مبادئه تجاه التغيير الجنسي مادام هناك تضارب في الأحكام والقرارات رغم تدخل المحكمة الأوروبية، مما يدل أن الأمر بيد القاضي الذي يبني حكمه حسب اقتناعه بالدلائل المقدمة له.بالإضافة أيضا أن الأحكام الصادرة ليست عامة أي أن القاضي يدرس كل حالة على حدى مما يعني أن مسألة الإجتهاد القضائي غير ثابتة ،وأن فكرة التغيير الجنسي ليس لها أساس ثابت فهي تختلف من شخص لآخر، حيث أصبح يقبل التغيير حتى بدون تدخل جراحي .مما يوجب تدخل المشرع الفرنسي من خلال قوانين صريحة و هذا ما سنبينه في الشطر الثاني.

كما نشير في الأخير أن البرلمان الأوروبي تبنى قرارا حول التمييز الذي يكون موجه ضد المغيرين لجنسهم وذلك بتاريخ12 سبتمبر 1989، واعترف القرار صراحة بالحق في الهوية الجنسية لذلك قام العديد من الافراد المغيرين لجنسهم برفع دعاوى قضائية ضد دولهم للمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان للحصول على أحكام بإدانة دولهم الرافضة لهويتهم الجنسية الجديدة، من هذه الدول:بريطانيا سابقا، ألمانيا الاتحادية، سويسرا بلجيكا، إيطاليا، فرنسا [2].

ثانيا:موقف القانون الفرنسي

عكس بعض تشريعات الدول الأوربية التي كانت قد اعترفت بالتغير الجنسي صراحة على غرار السويد وهولندا وإيطاليا وألمانيا وبلجيكا [3]،فإن التشريع الفرنسي لم يساير هذه النظم ولم يعترف بالتغيير الجنسي والتزم الصمت،فمن الناحية العملية كانت تقاس هذه العملية على جريمة الخصاء أو بتر الغدد الجنسية أو التعقيم

[1] arret n°106 du 15/03/2017 (15/03425) cour d'appel de Monpellier,3eme chambre B, publier sur le site https://www.courdecassation.fr/decision/6253cd96bd3db21cbdd93c38 .

[2] الشهابي ابراهيم الشرقاوي،المرجع السابق ،ص. 255.

[3] **Suède,** Loi sur la détermination du sexe (1972 :119) ; **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) ; **Italie,** Loi n°164 du 14 avril 1982 modifiée le 3 novembre 2000 sur la « rectification de l'attribution de sexe » ; **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). 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/.

المنصوص عليها في المادتين 316[1] و325[2] من قانون العقوبات الفرنسي الملغى والتي تعاقب كل شخص مذنب بارتكاب جريمة الإخصاء ،وبالتالي لا تعفي الطبيب من المسؤولية الجنائية حتى ولو برّر ذلك برضا صاحب المصلحة في العملية، أو على أساس المادتين 309 [3] المتعلقة بالجرح العمدي المفضي إلى عجز يتجاوز 08 أيام ،والمادة 310[4] المتعلقة بجريمة الضرب والجرح العمدي المفضي إلى عاهة مستديمة من نفس القانون ؛ومن الناحية المدنية كان يستند على مبدأ حرمة الجسم البشري من خلال المواد(16، 16-1 ،16-2 ....) من القانون المدني الفرنسي والتي تضع الجسم البشري خارج المعاملات والممارسات الطبية المشبوهة وتمنع أي تدخل علاجي وجراحي غير مضمون النتائج.

وعليه فالمشرع فرنسي، لم يقم بتنظيم عمليات تحويل الجنس من خلال تشريع خاص به، ولذلك كانت له مواقف مختلفة بين الفقه والقضاء، فالفقه الفرنسي مبدئيا لم يكن يجيز عمليات تغيير الجنس،عكس القضاء الذي كان مهتما بالموضوع بالرغم من وجود بعض الإختلافات بمعنى ليست كل المحاكم كانت تقبل فكرة التغيير الجنسي مع ما يترتب عنه من تغيير وثائق الحالة المدنية[5].

وأمام هذا اللغط تدارك المشرع الفرنسي مؤخرا الوضع وأمر بالتخلي عن فكرة التغيير الجنسي من خلال إصداره للقانون رقم 2022-92 الصادر بتاريخ 2022/01/31 والذي يُجرم الممارسات الطبية التي تجبر المتحولين والمثليين على تغيير جنسهم،حيث عدّل بعض القوانين ويكون بذلك قد خالف مجددا قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان والتي كانت قد فرضت عليه حرية الشخص في اختيار جنسه الذي يتماشى مع ميوله النفسي.لكنه بالمقابل لم يعدل أو يشير إلى مواد القانون المدني التي تضمنت وتبنت فكرة التغيير الجنسي من خلال تحديد الشروط القانونية ،وهو ما يطرح التساؤل حول حقيقة هذا التوجه الجديد.

---

[1] «Toute personne coupable du crime de castration subira la peine de la réclusion criminelle à perpétuité.
Si la mort en est résulté avant l'expiration des quarante jours qui auront suivi le crime, le coupable subira la peine de mort».Art 316 ancien code pénal français. Abrogé par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 - art. 372 (V) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994

[2] « Le crime de castration, s'il a été immédiatement provoqué par un outrage violent à la pudeur, sera considéré comme meurtre ou blessures excusables». Art 325 ancien code pénal français.

[3]« Toute personne qui, volontairement, aura porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné une maladie ou une incapacité totale de travail personnel pendant plus de huit jours sera punie d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 500 F à 20.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement ». Art 309 ancien code pénal français.

[4] « Toute personne qui, volontairement, aura porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné une mutilation, une amputation ou la privation de l'usage d'un membre, la cécité, la perte d'un oeil ou d'autres infirmités permanentes sera punie d'une peine de cinq à dix ans de réclusion criminelle ». Art 310 ancien code pénal français

[5] Patrice HILT,op.cit, p.22.

وبتصفحنا للقانون رقم 2022-92 المشار إليه سابقا وجدنا أنه يتضمن ثلاث فصول،جاءت لتعديل وإضافة مواد قانونية للتشريع الفرنسي،حيث جاء الفصل الأول تحت عنوان استحداث جريمة تتعلق بالممارسات التي تهدف إلى تغيير التوجه الجنسي أو الهوية الجنسية ،والذي تضمن مادتين فقط ،حيث أن المادة الأولى منه عدلت قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية وقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي ،أما الفصل الثاني جاء تحت عنوان منع الممارسات الهادفة إلى تغيير التوجه الجنسي أو الهوية الجنسية في المنظومة الصحية والذي تضمن مادة وحيدة عدل من خلالها قانون الصحة العامة،أما الفصل الثالث والأخير فيتعلق بالتطبيق خارج الدولة والذي احتوى على مادة وحيدة أيضا استهدفت تعديل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية.

فمن خلال المادة الأولى من الفصل الأول :

1- ثم تعديل قانون العقوبات بادراج قسم جديد (خامس) في الفصل الخامس من الباب الثاني من الكتاب الثاني تحت عنوان الممارسات التي تهدف إلى تغيير الجنس أو الهوية الجنسية والذي تضمن مادة جديدة فقط تمثلت في المادة 225-4-13[1] والتي فرضت عقوبة السجن لمدة عامين نافدة و غرامة مالية ب

[1]«Les pratiques, les comportements ou les propos répétés visant à modifier ou à réprimer l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, vraie ou supposée, d'une personne et ayant pour effet une altération de sa santé physique ou mentale sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.
«Les faits mentionnés au premier alinéa sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'ils sont commis:
1-Au préjudice d'un mineur ou lorsqu'un mineur était présent au moment des faits et y a assisté;
2-Par un ascendant ou toute personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait;
3- Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, à un état de grossesse ou à la précarité de sa situation économique ou sociale, est apparente ou connue de leur auteur;
4-Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteurs ou de complices;
5- Par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique.
«L'infraction prévue au premier alinéa n'est pas constituée lorsque les propos répétés invitent seulement à la prudence et à la réflexion, eu égard notamment à son jeune âge, la personne qui s'interroge sur son identité de genre et qui envisage un parcours médical tendant au changement de sexe. «Lorsque l'infraction est commise par une personne titulaire de l'autorité parentale sur le mineur, la juridiction de jugement se prononce sur le retrait total ou partiel de l'autorité parentale ou sur le retrait de l'exercice de cette autorité en application des articles 378 et 379-1 du code civil.»Art 225-4-13 du code pénal ,modifié par la loi n°2022-92 du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne,JORF n°0026 du 1 février 2022,texte n°03
,publié sur le site internet : www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2022/1/31/ECHX2127873L/jo/texte

30.000 أورو ضد كل الممارسات والسلوكيات التي تهدف لتعديل أو تغيير الجنس وتلحق أضرار بالحالة الجسدية أو العقلية للشخص .

كما أن عقوبة هذه الأفعال والممارسات قد تصل إلى 03 سنوات سجن و 45000 أورو عندما ترتكب في الحالات التالية:

-إذا تمت على حساب قاصر أو كان قاصرا وقت وقوع الفعل.

-إذا تمت من طرف أحد الأصول أو أي شخص له سلطة قانونية أو فعلية على الضحية-

-إذا تم اختيار شخص بسبب ضعفه أو مرضه أو عجزه الجسدي أو على إمراة حامل أو استغلال الحالة الاجتماعية أو الاقتصادية للشخص .

-من قبل عدة أشخاص يتصرفون كجناة أو متواطئين.

-من خلال استخدام خدمة الإتصال العام عبر الأنترنيت أو من خلال وسيلة رقمية أو الكترونية

-لا يمكن تطبيق المخالفة المنصوص عليها في الفقرة الأولى عندما تكون الملاحظات أو التساؤلات من أجل التحذير أو التوجيه فقط ،خاصة في حالة شخص صغير السن الذي يسأل عن هويته الجنسية أو يفكر في طريقة طبية تؤدي إلى تغيير الجنس.

-عندما ترتكب الجريمة من قبل شخص له سلطة الأبوة على القاصر أو الولاية القضائية فيتم تجريده منها إما عن طريق حكم قضائي بالسحب الكلي أو الجزئي لهده السلطة أو تطبيق المادتين 378 و 379-1 من القانون المدني.

2-تعديل قانون الإجراءات الجزائية:

حيث عدّل الفقرة الثالثة من المادة 2-6 [1]منه،بإضافة الإحالة للمادة 25-4-13 من قانون العقوبات وإدراج مصطلح "التوجه الجنسي ،الهوية الجنسية " بعد مصطلح "الجنس".

3-تعديل قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي:

حيث عدّل المادة 06 [1]منه بإضافة لمادة 225-4-13 لمواد قانون العقوبات التي كان يحيل إليها من أجل محاربة الجرائم ضد الإنسانية،والتحريض على الكراهية ضد الناس بسبب جنسهم أو توجههم الجنسي أو هويتهم الجنسية.

[1] «… à l'intégrité de la personne et de destructions, dégradations et détériorations réprimées par les articles 221-1 à 221-4,222-1 à 222-18, 225-4-13 et 322-1 à 322-13 du code pénal, lorsque ces faits ont été commis en raison du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre…»Art. 2-06 du code de procédure pénal ,modifié par la loi n°2022-92.

أما المادة الثانية منه فتضمنت تعديل المادة 132-77 من قانون العقوبات المتعلقة بالجريمة أوالجنحة المسبوقة أو المصحوبة أو المتبوعة بكلمات أو كتابات أو صور أو أشياء أو أفعال تضر بشرف أو اعتبار الضحية أو مجموعة من الناس التي ينتمي إليها الضحية بسبب جنسه أو توجهه الجنسي أو هويته الجنسية الحقيقية أو المفترضة و التي كانت تتضمن عقوبات مشددة بالسجن تصل حتى 30 سنة.حيث استثنت جريمة التغيير الجنسي من هذه العقوبات .

-أما الفصل الثاني والذي جاء تحت عنوان منع الممارسات الهادفة إلى تغيير التوجه الجنسي أو الهوية الجنسية في المنظومة الصحية و الذي تضمن مادة وحيدة فقط والتي عدّلت الفصل الثالث من القسم الرابع من الكتاب الأول من قانون الصحة بإضافة مادة جديدة 4163-11[2] و التي منعت القيام بالفحوصات أو اعطاء أدوية تساعد على تغيير التوجه الجنسي مع تحديد عقوبة 02 سجن و غرامة مالية تقدر ب 30000 أورو .

كما أنها منعت الطبيب الذي يقوم بعمليات التغيير الجنسي من ممارسة مهنة الطب ل 10 سنوات ،مع تشديد العقوبة في حال ارتكابها على قاصر أو على شخص مريض جسديا أو عقليا .

---

[1] « ...des infractions visées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24 et à l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et aux articles 222-33,222-33-2-3,225-4-1,225-4-13,225-5,225-6,227-23 et 227-24 et 421-2-5 du code pénal» Art.06 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, modifié par la loi n°2022-92

[2] « Le fait de donner des consultations ou de prescrire des traitements en prétendant pouvoir modifier ou réprimer l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, vraie ou supposée, d'une personne est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

L'infraction prévue au premier alinéa n'est pas constituée lorsque le professionnel de santé invite seulement à la réflexion et à la prudence, eu égard notamment à son jeune âge, la personne qui s'interroge sur son identité de genre et qui envisage un parcours médical tendant au changement de sexe.

Une interdiction d'exercer la profession de médecin peut également être prononcée, pour une durée ne pouvant excéder dix ans, à l'encontre des personnes physiques coupables de l'infraction prévue au même premier alinéa.

Les faits mentionnés audit premier alinéa sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'ils sont commis au préjudice d'un mineur ou d'une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, à un état de grossesse ou à la précarité de sa situation économique ou sociale, est apparente ou connue de leur auteur »Art. 4163-11 du code de la sante publique modifié par la loi n°2022-92.

-وأخيرا الفصل الثالث المعنون ب التطبيق في ما وراء البحار فتضمن هو أيضا مادة واحدة والتي عدّلت المادة 711-1[1] من قانون العقوبات الفرنسي والتي تحظر كل أنواع الممارسات التي تهدف إلى تعديل التوجه الجنسي أو جنس الشخص،في كاليدونيا الجديدة وبولينيزيا الفرنسية وجزر واليس وفوتونا التابعين للدولة الفرنسية، بالإضافة إلى تعديل المادة 807 من قانون الإجراءات الجزائية و المتعلّقة بإجراءات و قانون العمل .

فبالرغم من اصدار المشرع الفرنسي لهذا القانون إلا أنه يبقى ناقصا بالنظر لتشعب فكرة التغيير الجنسي وارتباطها بعدة جوانب تمس الحياة الخاصة للشخص ،كما أنه لم يتطرق لتعريف هذه الظاهرة واكتفي بتعديل بعض القوانين خاصة العقابية منها ،مع اهمالها لمواد القانون المدني التي كانت تنظم عمليات التغيير الجنسي وكيفية الإعتراف بها من خلال تعديل وثائق الحالة المدنية.

بعدما رأينا الموقف الفرنسي من خلال بعض الأحكام والقرارات،والمواد القانونية المتعلقة بالمسألة،سنتعرض في الفرع الموالي للموقف المصري ونري كيف عالج هذه الظاهرة الجديدة على المجتمع العربي والإسلامي ،خاصة وأن قضاؤه قد عالج هذه المسألة ،في ضل غياب نصوص قانونية خاصة ،فهل تدارك هذا الفراغ القانوني لاحقا؟ هذا ما سنبينه من خلال الفرع الموالي .

الفرع الثاني

موقف القضاء والقانون المصريين

إن ظاهرة التحول الجنسي في مصر أصبحت تعرف انتشار واسعا في الوسط الإجتماعي وهذا راجع لتركيبة الشعب المصري واختلاف دياناتهم ،ومع التفتح الكبير الذي يعرفه المجتمع المصري في الجانب الطبي والفني والمسرحي وتأثيره الكبير على الشعب أصبحت ظاهرة التحول الجنسي تشق طريقها وتفرض وجودها خاصة بين الفنانين وذويهم والذين يملكون شعبية كبيره في الوسط المصري تؤثر بشكل مباشر على المتابعين والمعجبين بهم، وبالتالي يخلق نوعا من التعاطف والتأييد مما يُؤدي لا محالة لتقليدهم. ومن أجل ضبط الأمور أصبح لزاما على المشرع المصري التدخل لمواجهة هذا النوع من العمليات الذي يحتاج إلى قوانين خاصة مع

[1] « Sous réserve des adaptations prévues au présent titre, les livres Ier à V du présent code sont applicables , dans leur rédaction résultant de la loi no 2022-92 du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, en Nouvelle-Calédonie,en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna» Art.711-1 du code pénal, modifiépar la loi n°2022-92.

ابراز موقفه صراحة،خاصة وأن القضاء المصري عالج هذا النوع من القضايا ،مما يساعد المشرع على تحديد موقفه بشكل واضح.

ولعل الحديث عن هذا الموضوع يعيد إلى الأذهان الواقعة التي شهدها المجتمع المصري في سنة 1988م،والمتعلقة بالشاب «سيد» الذي كان آنذاك طالبا في كلية الطب بجامعة الأزهر، وخضع لعملية تحويل جنس من ذكر إلى أنثى، بناء على التقارير الطبية التي تؤكد أن نسبة هرمون الأنوثة أكبر من هرمونات الذكورة.كما أن هذه القضية لاقت رواجا كبيرا خاصة بعد الجدل الذي أثير حولها بين مؤيد ة معارض بين الجانب الطبي والقانوني والقضائي،لذلك سنبين في هذا المقام رأي القضاء والتشريع حول هذا الظاهرة ،و هل توصلوا إلى حل و توافق أم مازال الإختلاف قائما.

أ–موقف القضاء المصري

تتجه الدول العربية إلى رفض تغيير الجنس لأسباب نفسية مع عدم الاعتداد بآثاره، وحتى وإن لم تقم بتنظيم المسألة من الناحية التشريعية الا أنها تصدت للمسألة عن طريق القضاء، ومن هذه الدول جمهوريه مصر العربية في أشر قضاياها التي أثيرت،في ظل غياب تنظيم قانوني لعمليات التحول الجنسي، الأمر الذي اقتضى الاحتكام إلى الاجتهاد القضائي،حيث كانت أول قضية عرضت على القضاء سنة 1988 ، المعروفة ب "سالي "و " سيد محمد عبد الله مرسى" سابقا ، فقد كانت ذكرا كامل الذكورة إلا انها أجرت عملية لتحويل جنسها إلى أنثى نظرا لما لها من ميول أنثوية سيكولوجية . وقضت المحكمة الإدارية في(القضية رقم 42/5432 ق جلسة 1991/07/02 التي أقامها المدعي بالطعن على قرار فصله من كلية الطب بسبب ما أجراه من عمليات)في الشق المستعجل برفض طلب إيقاف فصله، مستنده في ذلك إلى كون المدعي مكتمل الذكورة من الناحية العضوية وأنه بالرغم من ذلك وافق على اجراء عملية جراحية لم تكن لها دواعي طبية عضوية على الاطلاق،بالإضافة الى كون الطالب كان كثيرا ما يتشه بالنساء قبل العملية فيكون بذلك قد حاذ عن السلوك الطبيعي السليم وعن التعاليم الإسلامية[1] .

كما أن لمحكمة المصرية حادة عن موقفها في الشق الموضوعي للدعوى الذي طلب فيه إلغاء قرار الفصل، فلقد استغل المدعي الثغرات الموجودة في قانون الأحوال الشخصية المصري ، وتمكن من تغيير حالته المدنية بشهادة قيد بإعادة قيد اسمه باسم انثى سالي)وتغيير بيان نوعه الى انثى وأصدرت الجهة المختصة صورة قيد ميلاد بإسمه ونوعه الجديد وبطاقة شخصية ،واستطاع بهذه الوثائق أن يستصدر حكما من المحكمة

[1] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص98.

الإدارية بتاريخ1991/07/02 يقضي بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية طب الازهر بفصله وأسست المحكمة حكمها على أن الوثائق التي صدرت– المشار اليها أعلاه –صدرت من جهات رسمية تؤكد أن الطالب أصبح أنثى وهي مستندات لها حجيتها ويتعين الاعتماد عليها .بالتالي يكون القاضي الإداري قد حاد عن الصواب لأنه تجاهل التقارير التي اثبتت أن الحالة المعروضة هي حالة نفسية بحتة، وبأن الشخص كان مكتمل الذكورة وأجرى العملية ليصبح انثى ناقصة وذكرا مشوها ، وفضل الاستناد للوثائق التي بُنيت على ثغرة قانونية، وكان من الاجدى لها ان تحكم ببطلان المستندات لأنها استخرجت استنادا لوضع غير صحيح [1].

وكانت جريدة «المصري اليوم» قد التقت سالي التي روت تفاصيل 18 سنة من العذاب، وقالت: المشكلة عندنا في مصر أننا لا نتقبل الواقع، وتلك العملية الجراحية التي أجريتها شيء عادي وطبي معروف في كل دول العالم، ولكن للأسف الناس في مصر يعتبرونه شذوذا.وأضافت سالي: كنت قد اتجهت للعمل كفنانة استعراضية وليس كراقصة، وبعدها قررت الاعتزال وعدم الرقص، وكنت أشعر منذ الصغر بأنوثتي، وحكيت ذلك لأسرتي وتقبلوا الأمر ولكن طبقا لآراء الأطباء لم يكن من الممكن تحويل الجنس وإجراء العملية قبل سن 21 عاما. وقالت: تزوجت من شخص كان يعرف كل شيء عني، ولديه فكرة عن تفاصيل الموضوع من البداية، ولكننا لم نتفق في بعض الأمور التي لا تتعلق بتلك القضية، وقررنا الانفصال، وتعرفت علي شاب آخر «هاني» ووافق علي الزواج مني، ولم أبلغه بتفاصيل تحويل الجنس، وتزوجنا بشكل طبيعي، ولم يشعر هو بأي تغيير، ولذلك أبلغته بالتفاصيل كاملة، ولم ألاحظ عليه أي تغيير، ونعيش حياة سعيدة عادية.واستطردت سالي بقولها: لم يرزقنا الله بأبناء حتى الآن، وهذا الأمر ليس له علاقة بمسألة تحويل الجنس كما أكد الأطباء، وأعمل حاليا مدرسة في مدرسة خاصة مشتركة، بعد أن حصلت علي ليسانس الآداب من جامعة القاهرة، وبعد أن عرف مسؤولو المدرسة بواقعتي بدأت بيننا المشاكل وأنتظر الخروج منها»[2] هكذا انتهت قصة «سيد» أي «سالي» بالإعتراف لها قانونا بالوضع الجديد ،وما يترتب على ذلك من أثار اجتماعية ودينية .

ومن المعروف علميا أن العلاج النفسي لهذه الظاهرة لا يجدي نفعا بعد سن البلوغ وأن التدخل الجراحي التحويلي هو الحل الوحيد لهذه الحالة،حيث أن المريض هو أنثى من الناحية النفسية وغير صالح لحياة

[1] الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص99.

[2] أنظر،أحمد شلبي،" سالي سيد سابقا" بعد 18 سنة قضاء مشاكل تحويل الجنس تطاردني إلي الآن » مقال منشور في جريدة اليوم المصري بتاريخ 2009/12/09 ،الموقع الإلكتروني .http://today.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=40334

الذكورة، وبهذا يكون القضاء المصري قد أخذ بالمعيار النفسي الإجتماعي لتحديد الجنس،وعلى هذا الأساس سمح للطلب بتغيير جنسه من ذكر إلى أنثى[1].

لكن حسب رأينا أن هذا الإعتراف سيفتح المجال واسعا أمام الشواذ للعبث بتقاليد المجتمعات العربية الإسلامية ويلبي رغباتهم النفسية والجنسية، وهذا ما يحدث حاليا في مصر من خلال قضية "نوران"، والتي طلبت من القضاء الإعتراف بالتغيير الجنسي، وإصدار حكم ضد وزارة الداخلية لجبرها على تغيير وثائق الحالة المدنية وجاء موقف المحكمة كالتالي:

«بتاريخ 2016/01/25 سببت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة حيثيات حكمها الصادر برفض الدعوى القضائية المقامة أمامها والمطالبة بإلزام وزارة الداخلية بتعديل اسم ونوع "**نوران مجد الدين**" من أنثى إلى ذكر في بطاقة الرقم القومي، بعد إجرائها عملية تصحيح جنس.وقالت المحكمة إن حرية الإنسان ليست مطلقة في تغيير جنسه في ظل الوضع القانوني الراهن في مصر الذي خلا من وجود تنظيم قانوني لعمليات تغيير الجنس يحدد حالات إجراؤها كضرورة طبية علاجية ،وباعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، فإن التصور الإسلامي لحرية تغيير الجنس فرق بين عمليات تصحيح الجنس وعمليات تغيير الجنس، حيث أباح جمهور رأي الفقهاء شرعا عمليات تصحيح الجنس باعتبارها علاجا للمرضى الذين يعانون اضطرابات عضوية كحالات الخنثى الذكرية والخنثى الأنثوية". وقالت المحكمة "أما عمليات تغيير الجنس التي تتم للمرضى الذين يعانون من اضطرابات الهوية الجنسية وهو الإحساس الداخلي بالأنوثة أو الذكورة وهو ما يسمى بالجنس العقلي وهو في حقيقته تغيير من وضع سليم إلى خاطئ فكان إجماع الفقهاء على تحريم عمليات تغيير الجنس لما تنطوي عليه من تغيير خلق الله". وأشارت المحكمة إلى أن التقارير الطبية الواردة في الدعوى قطعت بأن "**نوران**" في حقيقة خلقها أنثى مكتملة الأنوثة من ناحية الأعضاء الداخلية والخارجية مؤكدة أنه ثبت للمحكمة أن ما تم للمدعية من عملية جراحية لم تكن علاجا من مرض عضوي يقتضي تصحيح الجنس.

وقالت "كانت حالة نوران تقتضي العلاج النفسي دون إجراء عملية تغيير الجنس التي تعد تلاعبا في خلق الله منهي عنه في الشريعة الإسلامية".

وقالت المحكمة أنها ترى أن يسند اختصاص في حسم الأمر الطبي لراغبي التحول جنسيا لمصلحة الطب الشرعي وليست نقابة الأطباء التي لا تتعدى كونها نقابة مهنية تقوم على رعاية شؤون أعضائها، وطلبت

[1] مكرلوف وهيبة ، المرجع السابق، ص.107.

المحكمة من مجلس النواب أن يتحرك ويتحمل التزاماته التشريعية بإصدار تشريع يحمي حرمة جسد الإنسان من العبث والعمل بأحكام الدين الإسلامي لحماية للنظام العام على أن يبين ذلك التشريع الجهة القانونية الرسمية بالدولة التي تصدر التصاريح اللازمة لإجراء عمليات تصحيح الجنس»[1] .

كما علّلت المحكمة حكمها بأن الثابت من مطالعة تقرير الإدارة المركزية للمعامل الطبية الشرعية بمصلحة الطب الشرعي المؤرخ 2014/02/09 المرفق بتقرير مصلحة الطب الشرعي المقدم ضمن حافظة مستندات جهة الإدارة بجلسة المرافعة المنعقدة بتاريخ 2015/02/01 ،أنه قد أثبت نتيجة التحليلي المعملي للبصمة الوراثية للحمض النووي المستخلص من عينة دماء المدعية وانتهى إلى أن البصمة الوراثية لاثني تحمل الكروموسوم(XX) ، وبالتالي فان الثابت بيقين أن المدعية كانت تعاني من حالة اضطراب الهوية الجنسية وهي في الأساس حالة من حالات المرض النفسي، وهو ما أكد عليه الأستاذ الدكتور طارق أحمد عكاشة أستاذ الطب النفسي في تقريره بأن المدعية في حقيقة خلقها أنثى مكتملة الأنوثة من ناحية الأعضاء الداخلية والخارجية، وأنه وإن تم استئصال الثديين وزرع جزء مشكل على هيئة قضيب بطول 9 سم وعرض حوالي 2 سم بموضع النظر فقد كان ذلك دون إمكانية وجود خصيتين المسؤولتين عن الإنجاب عند الرجال، وفي المقابل تم الاحتفاظ للمدعية بفتحة البول في الوضع الأنثوي والشفران الغليظان وأيضا فتحة المهبل موجودة، وبالتالي فإن ما تم في حقيقة الواقع من عملية جراحية للمدعية لم تكن علاجاً من مرض عضوي يقتضي تصحيح الجنس، وإنما كان لمعالجة المدعية مما تشعر به من ألم نفسي وليد إحساسها بالانتماء إلى جنس الذكر، وهي حالة نفسية كانت تقتضي العلاج النفسي دون إجراء عملية تغيير الجنس التي تعد في تلك الحالة من قبيل التلاعب بخلقة الله المنهي عنه في الشريعة الإسلامية، والذي لا سبيل للمحكمة إلا الاحتكام إليها في ظل خلو التشريعات القائمة من تنظيم لعمليات تصحيح وتغيير الجنس، وذلك تطبيقاً مباشراً لنصوص أحكام الدستور التي اعتبرت مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع، ولا مجال للادعاء بالحرية الشخصية للفرد، فتلك الحرية مقيدة بعدم الإضرار بالآخرين ولا شك في أن تغيير الشخص لجنسه على خلاف حقيقة خلق الله له إنما يؤدي إلى آثار خطيرة في الزواج والطلاق والميراث وهي أضرار يتعدى أثرها إلى غيره، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه برفض طلب المدعية تغيير جنسها من أنثى إلى ذكر واسمها من «نوران ...» إلى «ايدين ....» قد جاء قائماً على صحيح حكم القانون، وهو ما تقضي معه المحكمة برفض الدعوى[2].

[1] للمزيد من التفاصيل يرجى تصفح بوابة روز اليوسف ،على الموقع الإلكتروني :http://www.rosaelyoussef.com/news/195251/.

[2] بوابة روز اليوسف،نفس الموقع الإلكتروني.

وبعد هذه القضية أصدرت دار الإفتاء فتوى جاء في مجملها« أن الأحاديث الشريفة تجيز إجراء جراحة يتحول بها الرجل إلى إمراة ،والمرأة إلى رجل متى انتهى الطبيب الثقة إلى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الأنوثة المطمورة أو علامات الذكورة المغمورة، باعتبار هذه الجراحة مظهرة للأعضاء المطمورة أو المغمورة تداويا من علة جسدية لا تزول إلا بهذه الجراحة» [1]. يتضح من هذه الفتوى أنه ينبغي توافر الأعضاء التناسلية للجنس الذي سيتم التحول إليه لتكون العملية مجرد كشف عن تلك الأعضاء وليس لزرع أعضاء جديدة.

وفي الأخير، نشير إلى أن القضاء المصري لا تزال تعرض عليه قضايا التحول الجنسي على غرار قضية ابنة الفنان المصري هشام سليم المسماة نورا إلى قامت بعمليات جراحية من أجل التحول إلى ذكر، وأصبحت تسمى نور، وكأن الشعب المصري أصبح ينافس الشعوب الأوربية في هذا المجال بالرغم من أن القضاء لم يفتح المجال من أجل تبني فكرة التغيير الجنسي وبالمقابل المشرع المصري لم يُحرك ساكنا من أجل الضرب بيد من حديد ومنع التغيير الجنسي صراحة ،ولا ندري ما الذي يمنعه لحد الآن من معالجة الموضوع أم أنه لا يزال ينتظر ما ستسفر عنه التطورات الطبية الحديثة ،أم أنها مسألة وقت فقط يريد من خلالها إيجاد حلول أو فتاوى شرعية تبيح له تبني فكرة التحول الجنسي نظرا لتركيبة المجتمع المصري ،لأنه من غير المعقول لبلد كمصر معروفة بعلمائها و فقهائها سواء القانونيين أو الشرعيين عاجز عن تنظيم موضوع بطريقة قانونية.

ب–موقف المشرع المصري

القانون المصري لم ينظم مسألة التحول الجنسي ولم يصدر لحد الساعة تشريع خاص به،رغم مطالبة جهات عديدة منها القضاء الإداري الذي طلب من البرلمان إصدار تشريع خاص بالتحول الجنسي، لكنه ترك الأمر للقضاء مبدئيا.وبالرجوع إلى القوانين السارية المفعول نجد بعض المواد القانونية التي يُمكن للمشرع المصري الاستناد عليها مثل بعض مواد قانون العقوبات التي جرمت أي فعل ينتج عنه قطع أو بتر أي عضو من أعضاء الإنسان يؤدي إلى عجز أو عاهة مستديمة مما يُفقده دوره الحيوي؛وبالمقابل نجد أن لائحة آداب مهنة الطب في مصر فرقت بين عمليات تغيير الجنس،حيث منعت الأطباء من القيام بعمليات تغيير الجنس، وسمحت بعمليات تصحيح الجنس.

[1] فتوى صادرة من دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1980/03/23 /و إقرارها بواسطة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة في جانفي 1985 ، أشار إليها منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية،ط 1، 2008،ص 448

-في قانون العقوبات.

نصت المادة 240 من قانون العقوبات على أنه "كل من أحدث بغيره جرحا أو ضربا نشأ عنه قطع أو انفصال عضو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين أو نشا عنه أ ي عاهة مستديمة يستحيل برؤها يعاقب بالسجن من ثلاث سنين إلى خمس سنين، أما إذا كان الضرب أو الجرح صادرا عن سبق إصرار أو ترصد أو تربص فيحكم بالسجن المشدد من ثلاث سنين إلى عشر سنين. ويضاعف الحد الأقصى للعقوبات المقررة بالمادة 240 إذا ارتكبت الجريمة تنفيذا لغرض إرهابي وتكون العقوبة السجن المشدد لمدة لا تقل عن خمس سنين إذا وقع الفعل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من طبيب بقصد نقل عضو أو جزء منه من إنسان حي إلى أخر ، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا نشأ عن الفعل وفاة المجني عليه. ويشترط لتوقيع العقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يقع الفعل المشار إليه فيها خلسة[1]. "

ونصت المادة 241 على أنه "كل من أحدث بغيره جرحا أو ضربا نشأ عنه مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية مدة لا تزيد على عشرين يوما يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين أو بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها مصريا ولا تجاوز ثلاثمائة جنيه مصري . أما إذ ا صدر الضرب أو الجرح عن سبق إصرار أو ترصد أوحصل باستعمال أية أسلحة أو عصى أو آلات أو أدوات أخرى فتكون العقوبة الحبس.وتكون العقوبة السجن الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة 241 إذا ارتكب أي منها تنفيذا لغرض إرهابي"[2] .

وفي نفس السياق، فأن استئصال الأعضاء التناسلية في عمليات تغيير الجنس يعد جريمة معاقبا عليها طبقا لقانون العقوبات المصري، و لو تمت برضاء صاحب الشأن لتعارضها مع الأصول والمبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القانوني، وتعارضها مع النظام العام، لعدم توافر قصد العلاج فيها، ومساسها بعصمة الجسم وسلامته، والانتقاص الدائم من قدراته الطبيعية بإلغاء وظيفة جوهرية وخروجها على مبدأ حظر التصرف أو المساس بعناصر الحالة المدنية للفرد.

فمن خلال هاتين المادتين،يتبين لنا أن بتر الأعضاء التناسلية يُسبب العقم سواء للرجل أو المرأة من خلال حصول عاهة مستديمة،مع تعطيل الوظيفة التناسلية بشكل نهائي، إذ أن التغيير يقتضي بتر أعضاء الذكورة في الذكر وإيجاد ما يشبه فرج الأنثى، والتغيير في الأنثى يكون ببتر كل عضو يكون مميزا لها كالثديين ،الرحم، والمبيض، وايجاد ما يشبه العضو الذكري.

[1] المادة 240 من القانون رقم 58 لسنة1937 المعدل بالقانون 95 لسنة 2003 م المتعلق بإصدار قانون العقوبات المصري.

[2] المادة 241 من نفس القانون.

ومن ثم يمكن تكييف الفعل المؤدي إلى بتر الأعضاء الجنسية في عمليات التحول الجنسي على أنها جريمة جرح نشأ عنها بتر عضو وفقدان منفعته .

وفي هذا الصدد، يرى الدكتور مُحَمَّد أنس إبراهيم في قضية سالي" أن النيابة العامة قد تجاهلت التقارير الطبية التي تبناها الاتجاه المخالف رغم رجحانها، والتي أكدت عدم توافر قصد العلاج في هذه الأعمال الطبية التشويهية والتخريبية للقدرات الطبيعية التي أدت إلى إلغاء وظيفة جوهرية، ولم تحقق سوى رغبة منحرفة لصاحبها دون توافر ضوابط قانونية لإباحتها"[1].

من المتفق عليه فقها وقضاء في مصر، أن رضاء المجني عليه لا يعد سببا للمشروعية ولا يحمي الجريمة ولا ينفى العقاب، لأنه من حق المجتمع وليس الفرد. ومن تم فإن إجراء الطبيب لعملية جراحية لاستئصال مبيض التناسل بناء على طلب المرأة لا تستلزمها حالتها الصحية أواستئصال قضيب الرجل أو خصيتيه دون دواع طبية إنما استجابة إلى رغبة تلك المرأة أو ذلك الرجل، لوجود ميول منحرفة لديها واعتقاد راسخ قهري لا تعرف أسبابه لحد اليوم يجعله لا هو برجل ولا هي بامرأة بأتم معنى الكلمة.مع علم الطبيب أن هذا النوع من الجراحة لم يعترف بعد بمشروعيتها، يجعله عرضة للمسؤولية عن جريمة عمدية، لا يمكن دفعها بحصوله على رضا الراغب في تغيير جنسه والتمسك بتطبيق سبب الإباحة [2].

-في لائحة آداب المهنة

حيث نصت المادة 43 من الباب الثالث المتضمن التدخلات الطبية ذات الطبيعة الخاصة على أنه " يحظر على الطبيب إجراء عمليات تغيير الجنس، أما بالنسبة لعمليات تصحيح الجنس فإنه يشترط موافقة اللجنة المختصة بالنقابة، وتتم عمليات التصحيح بعد إجراء التحليلات الهرمونية وفحص الخريطة الكروموزومية وبعد قضاء فترة العلاج النفسي والهرمون المصاحب لمدة لا تقل عن عامين" [3].

وعليه،يتبين لنا أن هذه المادة جاءت متماشية مع ما أثبتته الدراسات الطبية بعدم جدوى التدخل الجراحي من أجل التحول الجنسي،عكس تصحيح الجنس التي أجازته ولكن بشروط محددة حتى لا يتحول إلى عملية تغيير جنسي خاصة عندما اشترطت الخضوع للعلاج النفسي ،لأن لب الموضوع في المطالبة بالتغيير الجنسي أساسه مرض نفسي لا غير.

[1] أنظر،أنس مُحَمَّد إبراهيم بشار، تغيير الجنس وأثره في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة منصورة للحقوق،مصر،2003،ص.210.

[2] أنس مُحَمَّد إبراهيم بشار،المرجع السابق،ص.225.

[3] المادة 43 من لائحة آداب المهنة الصادرة بقرار معالى وزير الصحة والسكان رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 5 سبتمبر 2003،بعد العرض و الموافقة من الجمعية العمومية المنعقدة في 2003/03/21 ،ومؤتمر النقابات الفرعية لأطباء مصر في الفترة من 04-2003/07/06

وعلى الرغم من أن هذه اللائحة صدرت إلى غاية 2003 ،وإلا أنها أشارت صراحة بمنع الطبيب من ممارسة جراحة المساس بالجسم البشري من أجل تغيير جنس المريض الأصلي، بالرغم من أنها لم تفصل في الموضوع من حيث تحديد المفهوم والأسباب المرتبطة بالظاهرة ،ولكن تبقى هذه اللائحة مجرد تنظيم داخلي مرتبط بمهنة الطب ولا ترق لمرتبة القانون حتى تكون له القوة الإلزامية في التطبيق [1].

ونشير إلى أن نقابة الأطباء تعتبر حلقة وصل بين المريض ولجنة الفتوى بالأزهر الشريف،حيث ترفع تقريرها من أجل أخد رأي الفقه،حيث يقوم رئيس لجنة الفتوى بتحويل الحالات المرفوعة إلى اللجنة الفقهية بمجمع البحوث الاسلامية أواللجنة الفقهية بهيئة كبار العلماء ويتم بعدها ابلاغ نقابة الأطباء،حيث تندرج تلك الحالات تحت مسمى القضايا المستحدثة طبيا، والتي تكون في الغالب حالات نفسية .

كان هذا حال الجانب المصري الذي بالرغم من أنه عالج قضية التغيير الجنسي قضائيا،إلا أنه عجز أو يتماطل إن صح التعبير من تنظيمها قانونيا ،مما أدي إلى فراغ قانوني يدفع بالراغبين في التحول إلى التشبث بأمل قبول طلبهم.فكيف سيكون موقف نظيره الجزائري هل سيسير على خطاه أم يكون له موقف آخر،هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي .

الفرع الثالث

موقف القضاء والقانون الجزائريين

المشرع الجزائري كأغلب المشرعين العرب لم يتطرق لموضوع التغيير الجنسي بقوانين خاصة تحدد المفهوم وتبين الحضر أو الإباحة من القيام بهذه التدخلات الطبية الجراحية وهذا راجع لحساسية الموضوع أو لعدم الإلمام الكافي بالجوانب الخفية من وراء انتشار هذه الظاهرة الغريبة ،لذلك سنبين من خلال هذا الفرع كيف يمكن للقضاء الجزائري أن يواجه هذه الظاهرة في الوقت الراهن في ظل غياب النصوص القانونية الخاصة،وما هي المواد القانونية التي يمكن أن يستنجد بها لمنع انتشار هذا الوباء ان صح التعبير بعدما تغلغل وانتشر في العالم كله.

[1] علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص.228.

أ–موقف القضاء الجزائري .

من خلال بحثنا وجدنا أنه لم تُسجل أي دعوى بخصوص التغيير الجنسي على مستوى المحاكم باعتبارها أولى درجات التقاضي وصاحبة الإختصاص [1]، وهذا راجع للطبيعة الأخلاقية والدينية للمجتمع الجزائري، ولا أتصور أن يقوم مواطن جزائري بعملية جراحية داخل الوطن ثم يلجأ للقضاء من أجل الحصول على حكم يقضي بالإعتراف بجنسه الجديد مع تصحيح حالته المدنية لأنه أصلا لا يمكن للطبيب الجراح أن يُقدم على هذا الفعل لعدم وجود نصوص قانونية تبيح له هذا التدخل،بالرغم أنه في الآونة الأخيرة بدأت تنشر ظاهرة التخنث والتشبه بالجنس الآخر من خلال اللّباس وتحليقة الشعر،فهل هذه بوادر التوجه نحو التحول الجنسي ؟ هذا ما ستبينه الأيام القادمة .

لكن يمكن أن نكون أمام حالة شخص قام بتغيير جنسه في دولة أخرى وأراد تغيير حالته المدنية في موطنه الأصلي،و هذا ما وجدناه من خلال بحثنا لمواطن جزائري قام بتغيير جنسه في فرنسا وتحصل على حكم قضائي سنة 2004 عن محكمة غرونوبل يقضي بالإعتراف بتوجهه الجنسي الجديد مع تغيير أوراقه الثبوتية ،حيث توجه للقضاء الجزائري من أجل الحصول على الصيغة التنفيذية من أجل تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي ،لكن قضاة المجلس رفضوا تنفيذ الحكم بحجة مخالفته للنظام العام والشريعة الإسلامية ،مما دفع بالمعني بالأمر الطعن بالنقض على مستوى المحكمة العليا لكن بالرغم من قبول طعنه شكلا إلا أنه ثم رفضه في الموضوع ،حيث جاء تسبب رأي قضاة المحكمه العليا كالآتي :

المبدأ:يتعارض السند الأجنبي المراد امهاره بالصيغة التنفيذية والقاضي بتغيير طبيعة الجنس من ذكر لأنثى مع النظام العام والآداب العامة وأحكام الشريعة الإسلامية بالجزائر.

وجه الطعن المثار من الطاعن المرتبط بالمبدأ:

«عن الوجه الوحيد المأخوذ من قصور التسبيب وينعى فيه الطاعن على القرار أن قضاة المجلس وفي تبريرهم لرفض الدعوى اكتفوا بالقول أن طلب المدعي يتعارض مع النظام العام والآداب العامة ومع مبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ المجتمع الجزائري في حين أن طلب الطاعن لم يكن يهدف إلى تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى كونه بطبيعته هو أنثى وأن والديه تسرعا إلى تسجيله على أنه ذكر لكونهما كانا يرغبان في مولود ذكر

[1] عكس الحكومة الإيرانية التي تسمح بإجراء عمليات تغيير الجنس وتساهم أيضاً في مساعدة حصول الشخص على أوراق ثبوتية جديدة ، إذ ترى الحكومة أن التكاليف والخسائر الاجتماعية المتمثلة في **حالات الانتحار** أكبر إذا لم تتكفل الحكومة بمساعدة هذه الفئة؛و القضاء المصري و التونسي الذين كانت لهم تجارب حول الموضوع

وأضاف الطاعن أنه لم يغير جنسه وإنما صححه طبيا وأن مبادئ الشريعة الإسلامية لا تمنع هذا التصحيح ما دام لا ذنب له فيه مما يجعل القرار مشوبا بقصور التسبيب».

رد المحكمة العليا عن الوجه المرتبط بالمبدأ :

«لكن حيث إن البين من القرار محل الطعن أن قضاة المجلس كيفوا موضوع الدعوى التي صدر بشأنها الحكم الأجنبي المطلوب إضفاؤه بالصيغة التنفيذية بأنه تغيير للجنس من ذكر إلى أنثى وخلصوا إلى أن الطلب بذلك يتعارض مع النظام العام والآداب العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية والمجتمع الجزائري وانتهوا استنادا إلى ذلك إلى رفض الطلب.

حيث إنه من الشروط الواجب توافرها لا يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر وفقا لنص المادة 605/4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ألا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، ولما كان البين من الحكم الأجنبي الصادر عن محكمة غرونوبل الفرنسية بتاريخ 2004.01.19 أنه قضى بتصحيح طبيعة الجنس للطاعن من ذكر إلى أنثى ومنه فإن تصحيح الجنس إذا كان سببه عيوب خلقية ولد صاحبه وهو مصاب بخلل أو غموض جنسي يحتاج إلى عملية جراحية لإصلاحه أو حصل تغيير الجنس بسبب تطور الجسم وبدون وسائل فنية كتناول الهرمونات وصار مظهر الشخص مختلفا عن الجنس الذي انتهى إليه عند ولادته مما استوجب تصحيح الهوية دفعا للحرج ودفعا للالتباس والسخرية والاستهزاء، أو كان تصحيح الجنس لأسباب عضوية يعاني منها الخنثى لوجود غموض جنسي أو تشوه في أعضائه التناسلية، فإن مثل ذلك تقره الشريعة الإسلامية المتحكمة في ظل انعدام القانون وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة لأن غاية ذلك إظهار الجنس الغالب مما يحقق مصلحة مشروعة للمعني. أما تغيير الجنس لأسباب نفسية في محاولة الإنتماء للجنس الآخر وباستعمال وسائل فنية ومعالجة طبية بتناول الهرمونات والخضوع إلى عملية جراحية لتلبية رغبة صاحبه، فإن ذلك يعد من قبيل تغيير خلق الله بل ويتعارض مع المبدأ العام الذي يمنع التصرف بالطبيعة البشرية ومنه وبالرجوع إلى القرار، محل الطعن، فإن قضاة المجلس وقفوا على أن الطاعن خضع لعملية جراحية سبقتها معالجة بالهرمونات لأجل تغيير جنسه كونه مصاب بداء التوق للتحول إلى الجنس الآخر واستمدوا ذلك مما جاء في الحكم الأجنبي على لسان الطاعن بأنه شرع منذ ثلاث سنوات في تناول علاج هرموني غير مظهره وما ورد في ذلك الحكم من أسباب من أن الطاعن مصاب بداء التوق للتحول إلى الجنس الآخر بعد خضوعه لعلاج طبي جراحي بهدف علاجي للاقتراب من الجنس الآخر الذي يوافق تصرفه الإجتماعي فإن هذا التغيير للجنس من طرف الطاعن سببه نفسي لإرضاء الرغبة الكامنة فيه

للانتماء إلى الجنس الآخر وباستعمال العلاج الهرموني والتدخل الجراحي مما يعد تغييرا لخلق الله وتعديا منه على الطبيعة البشرية ولما لهذا التغيير من أثر قانوني تجاه الغير مما يصطدم معه تنفيذ الحكم بالجزائر بالنظام العام ويكون قضاة المجلس بما انتهوا إليه من قضاء قد طبقوا صحيح القانون وسببوا قرارهم التسبيب الكافي مما يجعل الوجه غير سديد. حيث إنه فضلا عن ذلك، فإن الطاعن مولود في الجزائر ومسجل في سجلات الحالة المدنية لبلدية العفرون وأن تصحيح عقد ميلاده يخضع للإجراءات المنصوص عليها في المواد من 49 إلى 57 من قانون الحالة المدنية وأن الاختصاص بذلك يؤول للقضاء الجزائري ومنه يكون الطاعن قد تهرب من أحكام قانون الحالة المدنية الجزائري المختص إلى القضاء الفرنسي لاستصدار الحكم الأجنبي المطلوب إضفاؤه بالصيغة التنفيذية ويكون بذلك هذا الحكم قد انطوى على غش نحو القانون وهو أمر يتعارض مع النظام العام في الجزائر.حيث إنه بذلك يصبح الوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين معه رفض الطعن» .

منطوق القرار :قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا[1] .

فمن خلال هذا القرار يتبين جليا أن القضاء تصدى لفكرة التغيير الجنسي رغم صدور حكم قضائي أجنبي سابق يقضي بالإعتراف بالتحول الجنسي،فبالرغم من عدم وجود قانون خاص إلا أن القضاء استند لمبدأ عام يتعلق بعدم المساس بالنظام العام والآداب العامة وعدم مخالفة تعاليم الشريعة الإسلامية.فهو بذلك يكون قد وضع حدا لمثل هذا التلاعب والتحايل ،لكن هذا لا يمنع من وجوب اصدار تشريع خاص يمنع المطالبة بحق الإعتراف بالتغيير الجنسي.مع التشديد على الأطباء بعدم ممارسة هذا النوع من العمليات حتى و لو كان برضا الشخص لأن ذلك لا يعفيهم من المسائلة الجزائية.

كما أنه كان بإمكان القضاء الجزائري الدفع بقواعد الإسناد على غرار المادة 10 [2]من القانون المدني الجزائري والتي تفرض تطبيق قانون الجنسية فيما يخص الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم.وبالتالي فقانون الحالة المدنية الجزائري لايعترف بالتحول الجنسي ولا يغير الأوراق الرسمية للشخص بمجرد عدم رضاه بجنسه الطبيعي ،وكان على القضاء الفرنسي التنبه إلى الآمر و رفض الدعوى.

[1] ملخص قرار المحكمة العليا رقم 1258812 الصادر بتاريخ 2018/07/04 ،منشور على الرابط :
www.coursupreme.dz2022/ملف-رقم-1258812-قرار-بتاريخ-04-07-2018/الغرف-المدنية/من-قرارات-المحكمة-العليا

[2] تنص المادة 10 على أنه « يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ...» من القانون المدني الجزائري.

ب–موقف القانون الجزائري

نشير إلى أن القانون الجزائري لم يتطرق لعملية التغيير الجنسي بنصوص قانونية خاصة ومباشرة،لكن يمكن استخلاص موقفه من خلال تصفح القوانين التي لها علاقة بالموضوع على غرار الدستور ، قانون الأسرة وقانون العقوبات .

أ–الدستور الجزائري

الدستور باعتباره اسمى القوانين والإطار العام للمنظومة التشريعية فقد اهتم بالمواطن وحقوقه في كل جوانب الحياة وكل الدساتير التي عرفتها الجزائر أكدت على حرمة الإنسان وسلامته البدنية لأنها من الحقوق اللصيقة بالشخصية وخصصت له مواد دستورية تضمن له الحقوق وتحدد الواجبات .

وباعتبار أن التغيير الجنسي مساس بحرمة الشخص ونوع من التعذيب النفسي والجسدي يمكن أن يؤدي بالشخص للإنتحار أو يسبب له عاهة مستديمة مما يحرمه من ممارسة حياته بشكل عادي فقد نصت المادة 39 [1]من الدستور الجزائري على اعتبار أن سلامة الجسد مبدأ دستوريا يتوجب على الدولة توفير الحماية القانونية له من أجل حمايته من أي شكل من أشكال الممارسات الغير قانونية .

ب–قانون الأسرة الجزائري

إن تغيير الشخص لجنسه يتعارض مع القواعد القانونية والشرعية، وهو بذلك يتعارض مع قانون الأسرة الذي جل قواعده مستمدة من الشريعة الإسلامية، والذي اشترط في انعقاد الزواج أن يكون طرفاه رجل وإمراة (شرط اختلاف الجنس)[2] ومن هذا المنطلق فالزواج المبرم بين شخصين من نفس الجنس بين رجلين أو امرأتين معا لا أثر له[3] ،وهذا طبقا لنص المادة 32 [4] من قانون الأسرة.

وإذا كانت جراحة تحويل الرجل إلى إمرأة أو العكس، لمجرد الرغبة النفسية في تغيير الجنس ودون أسباب طبية (كحالة تصحيح الجنس في الخنثى) فيعتبر حرام شرعا وقانونا، ويترتب على ممارسة مثل هذا النوع من

[1] «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان.

يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة.

يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللاإنسانية أو المهينة، والاتجار بالبشر »،المادة 39 من الدستور الجزائري

[2] تنص المادة 04 من ق.أ على أنه « الزواج هو عقد رضائي يتم بين **رجل و إمرأة** على الوجه الشرعي،من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب »

[3] تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات ...،المرجع السابق ، ص10 .

[4] المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري تنص« يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد»

العمليات الجراحية قيام المسؤولية الجنائية للطبيب حتى ولو كانت برضا المعني ، وندعم هذه الفكرة بما رواه البخاري عن أنس قوله « لعن رسول الله ﷺ المخنثين من الرجال و المترجلات من النساء »[1] .

وفي حالة ما تقدّم المغير لجنسه بطلب لعقد الزواج للجهة المختصة سواء مع شخص من نفس جنسه أو من جنس أخر،يجب على ضابط الحالة المدنية أن يرد طلبه لأنه من جهة لا يمكن تغيير عقد ميلاده ومن جهة أخرى هناك اختلاف بين وضعه الحالي المكتسب و وثائق الهوية، بالإظافة إلى الشخص الذي يريد الإرتباط به ،فاحتمال كبير أن لا يكون على علم ويدلس عليه مما يوقعه في غلط ويصبح العقد كأن لم يكن لأنه لم يدل بحقيقته إلى الطرف الثاني الذي يجهل الحقيقة وسواء تم التغيير الجنسي قبل أو بعد الزواج لأنه يعتبر زواج مثلي الجنس[2] .

وحسب رأي الدكتور جيلالي تشوار، فهذه الحالة ينكرها أصلا قانونا، وهذا الإنكار إنكار مطلق، فعدم شرعية العمل الطبي يؤكد أن زواج المقاطع الجنسي متعذر بعدم سماح القانون لأي شخص من التزوج به، لأن الجنس الطبيعي هو الأساس في إباحية الزواج وعليه فالقانون الجزائري لا يهمه مطلقا إثبات ما إذا كان التغير قد تم قبل الزواج أو بعده [3].

وفي هذا الصدد يرى الدكتور مروك نصر الدين « أن المواطن الجزائري عضو في مجتمعه ،ومن ثمّ فإنه مقيد في حرية التصرف في جسمه متى كان هذا التصرف يمس بالمجتمع الذي يعيش فيه، وتغيير الشخص لجنسه من ذكر إلى أنثى أو بالعكس يمس بالقيم الدينية والأخلاقية والقانونية للمجتمع الجزائري فضلا عن مخالفته لقوانين الجمهورية فمثلا قانون الأسرة يشترط أن يختلف الزوجان جنسيا بنص المادة 04 فإذا كان الطرفين من جنس واحد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا هذا من جهة و من جهة ثانية فإن قواعد الميراث في القانون الجزائري تجعل للذكر مثل حظ الأنثيين فإذا أبيح للأنثى أن تغير جنسها إلى ذكر،إختل نظام الميراث من أساسه»[4].

ج–قانون العقوبات الجزائري

إن كل عملية جراحية لابد أن تنصرف لغرض طبي علاجي، أما إذا انعدم الغرض مثلما هو الحال في تغيير الجنس، فإن الطبيب يخرج عن رسالته النبيلة وأخلاقيات مهنته، ويفقد الحصانة القانونية، ويتعرض

[1] حديث سبق تخريجه .

[2] لتفاصيل أكثر ، راجع المحاضرات التي ألقيت على طلبة الماجستير ، المرجع السابق .

[3] تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات ...،المرجع السابق ، ص12 .

[4] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...،المرجع السابق ، ص 473.

للمسؤولية الجنائية وفق القواعد العامة طبقا لما يقضي إليه فعله من نتائج تضر الجسم البشري وتحدث فيه تشوها، فهذه العملية تعتبر في التشريع الجنائي الجزائري، بمثابة بتر عضو،أو إحداث عاهة مستديمة يعاقب فاعلها استنادا للمادتين 274 و264 .

فالمادة 274 من قانون العقوبات نصت على « كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة». فيمكن تشبيه عملية التغيير الجنسي بجريمة الخصاء لأن الأمر يتعلق باستئصال أو بتر إرادي لعضو ضروري للتناسل.

وفي المقابل يمكن معاقبة الطبيب الذي قام بالعملية طبقا لنص المادة 264 من قانون العقوبات التي تنص« كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربة أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أوالتعدي يعاقب بالحبس من(1) سنة الى(5) خمس سنوات، وبغرامة من 100.000 الى 500.000دج، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض، أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوما» .

وتنص الفقرة 03 من نفس المادة على أنه « وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات»، لأنه ارتكب جريمة الضرب والجرح العمدي التي نتج عنها تغييرفي مظهره الخارجي حتى ولو لم يتغير جنسه.

كما أن الطبيب لا يمكن أن يدفع عن نفسه المسؤولية الجنائية بموجب المادة39 من قانون العقوبات (حالة الضرورة) ، حتى ولو كان المريض في نفسية جد خطيرة كونه لا يسمح له عن طريق الإتفاق بخرق الأحكام الجنائية المانعة للضرب، أو الجرح العمدي، فجسم الإنسان ذاته يخرج عن التصرف الحر للشخص، رغم أن هذا الرضا يعد أمرا ضروريا في الميدان الطبي فيما عدا الحالات الإستثنائية ، أي حالة الضرورة أو الحالة المستعجلة التي تقتضي إنقاذ حياة المريض، كأن يكون في وضع لا يسمح له بالتعبير عن رضائه، كحالة الطبيب الذي يضطر أثناء عملية جراحية للقيام بعملية أكثر خطورة من المتوقعة في البداية [1] .

ونشير إلى أن المغير لجنسه في حالة رفض الجهات المختصة إبرام عقد زواجه، ولجأ إلى الزواج العرفي، وثم إكتشاف أمره فسوف يتابع جزائيا على أساس المادة 338 من قانون العقوبات والتي تنص « كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى100.000 دج

[1] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...،المرجع السابق ، ص 474.

وإذا كان أحد الجناة قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة فيجوز أن تزاد عقوبة البالغ إلى الحبس لمدة ثلاث سنوات وإلى غرامة 100.000 دينار»[1].

إن عمليات تغيير الجنس تعد انتهاكا صارخا للكرامة الإنسانية في غياب نصوص قانونية محددة وصارمة مانعة للتغيير الجنسي، يمكن مؤقت العمل بالمادة 274 من قانون العقوبات بإعتبار أن الخصاء يؤدي نفس حالة التغيير الجنسي ببتر العضو التناسلي وإحداث تغيير في الشخص والمساس بكرامة الإنسانية ويحرم الشخص من الإنجاب .

د- مدونة أخلاقيات مهنة الطب

بالرجوع للمادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب ،نجد أن المشرع الجزائري كان له موقف واضح في حمايته للحق في سلامة الجسم من خلال منع أي تدخل جراحي دون ضرورة طبية،حيث نصت هذه المادة على أنه "لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة ، وما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي و موافقته " [2] .

من خلال هذه المادة الصريحة يتجلى لنا أن المشرع الجزائري أضفى حماية قانونية على أعضاء جسم الإنسان،بتقريره لمسؤولية الطبيب عن أي تدخل جراحي على أعضاء الجسم دون توفر عنصر الضرورة ومن بين هذه العمليات عملية تغيير الجنس التي لها تأثير كبير على مكونات الجسد من خلال استئصال و زرع بعض الأعضاء الحساسة،وبالتالي يمكن اعتبار الطبيب مسؤولا لارتكابه عمدا جناية الضرب والجرح العمدي المؤدي إلى عاهة مستديمة متمثلة في بتر أحد الأعضاء لتغيير منظر الخارجي ومن ذلك استئصاله لأعضائه التناسلية الذكرية واستبدالها بأعضاء تناسلية أنثوية أو العكس مع علمه المسبق والأكيد بأن هذا النوع من التدخل الجراحي لن يغير في عمل الوظائف التناسلية.كما أنه لا يمكنه أن يدفع بالمادة 39 من قانون العقوبات حتى يعفى من المسؤولية الجنائية، لأن هذا الفعل لا يأمر أو يأذن به القانون، لأن هذا الأخيرة لايسمح للمريض باستئصال أعضائه التناسلية وفقدان وظيفة ضرورية في المجتمع والمتمثلة في الزواج والإنجاب حتى ولو كان هذا برضا المريض و رغبته الصريحة من أجل حالته النفسية التي يراها خطيرة حسب احساسه الداخلي

وفي الأخير، نجد أنه وبالرغم من أن الباحثين في العلوم الصحية والطبية من أهم الفئات التي قدمت للبشرية خدمات جليلة من خلال تطوير الحقل الطبي في التشخيص والعلاج والجراحة والأدوية وكل ما

[1] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق ، ص41 .

[2] المادة 34 من مدو نة أخلاقيات الطب.

يساعد الإنسان على التمتع بصحة جيدة والتعافي من الأمراض، وقد كانت إحدى المشكلات التي عانى منها الإنسان منذ القديم مشكلة الخنوثة، حيث يحمل خصائص الذكورة والأنوثة في ذات الوقت، لكن استطاع الباحثون في المجال الطبي الوصول إلى علاج هذه المشكلة من خلال الأدوية الهرمونية والعمليات الجراحية و بالتالي رفع الأذى والحرج عن المريض.

ولكن بالمقابل ،نجد بعض الأطباء انحرفوا عن أخلاقيات المهنة في استخدام هذه الأدوية الهرمونية والعمليات الجراحية عن مسارها الصحيح ، وبدؤوا باستخدامها في عمليات تحويل الجنس بناء على الرغبة الشخصية والميول الذاتية وليس بقصد العلاج من الخنوثة، وأول ما ظهر ذلك في الدول الأجنبية التي سرعان ما تدخلت وأصدرت التشريعات المنظمة لعمليات تحويل الجنس، بينما بقيت التشريعات العربية بمنأى عن تنظيم هذا الموضوع الشائك مستندة في ذلك إلى القواعد العامة التي تحكم العمل الطبي وإلى أحكام الشريعة الإسلامية.ورغم ذلك يجب عليها التدخل لتنظيم مسألة التحول الجنسي بقوانين خاصة و صارمة مع دراسات كافة الحالات على تتفادى الثغرات القانونية التي يمكن أن يحتج بها طالبوا التغيير الجنسي مع الإستفادة من تجارب و قوانين الدول الغربية التي لها سوابق في هذا المجال .

الخاتـــــــــمة

لقد تناولنا في هذه الدراسة بعض الممارسات الطبية التي يمكن أن ترد على الجسم البشري، هذا الموضوع أصبح اليوم حديث الساعة ويعتبر من أهم وأحدث الدراسات سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، لإرتباطه بالعلوم الطبية الحديثة والتي أصبحت تعرف تقدما سريعا من خلال اكتشاف تقنيات وأساليب جديدة لها علاقة مباشرة بجسم الإنسان، فالضرورة فرضت علينا وضع نظام قانوني يتعامل مع الجسم البشري في إطار الشرعية.

ولقد عرفت تصرفات الإنسان في جسده في الوقت الحالي تغييرات كثيرة واختلفت عن التي كانت معروفة من قبل، ليصبح الدافع منها الإنسانية أحيانا، أوالتجارة أحيانا أخرى، وهذا ما جعل موقف القوانين يختلف من زمن إلى آخر.

هذا التطوّر العلمي أوجد بعض الأعمال المستحدثة المماسة بسلامة الجسم، والتي فتحت مجالاً للجدل العلمي المثار بين علماء الطبّ والقانون والدين. حيث انصّب الجدل حول مشروعية الأعمال المستحدثة خلال السنوات الأخيرة ،لأنّها تميّزت ببعض الاختلافات عن الأعمال الطبيّة التقليدية، مع خروجها عن القواعد المستقرّة في علم الطب، وتمّس حقًا من الحقوق المرتبطة بشخصية الإنسان، وهو الحق في التكامل الجسدي والذي يعتبر حقًا مشتركًا بين الفرد والمجتمع عند فقهاء القانون، وحقًّا مشتركًا بين العبد وربّه عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

وما إباحة التشريعات المساس بالسلامة الجسدية إلا تحقيق لمصلحة اجتماعية تقف في وجه التجريم الذي يطبق في ظروف معينة والذي يهدف إلى الحفاظ على الجسم البشري وحمايته من أي تجاوز تعسفي وبالتالي فإباحية المساس بالسلامة الجسدية تزيل صفة التجريم على الفعل ليكتسب الشرعية من حيث التطبيق في الواقع.

وإعتبارا لما تثيره الممارسات الطبية من مشكلات قانونية لتجاوزها الحدود التقليدية في العلاج،صار لزاما التعامل معها بمبدأ النازلة والضرورة العلاجية التي تحتاج لمواكبة القواعد القانونية حتى تحظى بالحماية والقبول،مع الحرص على المحافظة على المبدأ العام المتمثل في السلامة الجسدية في ظل تطور المجال الطبي سواء عن طريق التجارب العلمية أو البيوأخلاقية، مع توسيع فكرة الرضا عن طريق الإخطار بالمخاطر الآنية والمحتملة وغير المحتملة،مع عدم التفريط في المصلحة الصحية للفرد مهما كانت الفائدة العلمية.

فرغم ايجابيات هذه التطورات الطبية وما تقدمه من حلول لابدّ من الحرص على بقاء الحماية القانونية اللازمة لجسم الإنسان، التي من شأنها الحد من المساس بسلامة الجسم البشري الأمر الذي يستوجب

معه التأسيس لمسؤولية طبيّة جديدة ومستقلة عن القواعد العامة التي أصبحت لا تتماشي مع المستجدات الطبية.

كما تم توضيح الشروط التي يجب أن يراعيها الأطباء قبل ممارسة الأعمال الطبية الجراحية حتى تتسم بالمشروعية من خلال الترخيص الطبي الذي يحصل عليه الطبيب، والغرض العلاجي الذي يجب أن يتحقق من تلك العمليات، مع التأكيد على الحصول على الرضا قبل اجراء تلك العمليات، وتوقيع العقاب سواء الجزائي أو حتى المهني.

وعلى مستوى التشريعات،ظهر لنا أن التشريع الفرنسي يعتبر مسايرا للتطور الطبي مقارنة بنظيريه الجزائري والمصري، فهو يضع نصوصا جديدة كلما استجد الموضوع. ولكن هذه الحماية القانونية غير كافية لوحدها إذا كانت مقتصرة على نصوص عقابية فقط، بل يجب الحرص أيضا حتى على وضع ضوابط أخلاقية للأعمال الطبية حتى تتوفر حماية كاملة للمريض.

والجدير بالذكر،أن الإسلام اهتم بالعلم في كافة الميادين، فأول آية قرآنية نزلت كانت في قوله تعالى{اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ، خَلَقَ الإِنسَانَ مِنْ عَلَقٍ، اقْرَأْ وَرَبُّكَ الأَكْرَمُ، الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ، عَلَّمَ الإِنسَانَ مَا لَمْ يعْلَمْ}[1].وفي قوله تعالى أيضا {إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ}[2]. فالعلم في الإسلام يشمل كل العلوم بما فيها العلوم الطبية، ولكنه في نفس الوقت يحصرها في التي تخدم مصلحة الإنسان، فهو يحرص بألا يترك الباب مفتوحا بدون ضوابط وبالتالي لا يسمح بما يضر الإنسان ولا يحقق مصلحة الأفراد و الجماعات،وفي المقابل فإن العلماء وبرغم الإكتشافات والإنجازات التي توصلوا إليها،ليست سببا أو حجة في تحدي قدرة الخالق أو الخروج عن الدين.

وتماشيا مع ما ذكرناه فإن النهضة الطبية ومن خلال الصور الطبية الحديثة التي شملت المساس بجسم الإنسان غيرت المفاهيم والأوضاع القانونية المنظمة لأسس التعامل مع الجسم البشري وأدت إلى ضرورة إعادة النظر في الأحكام والقوانين، وإعادة صياغتها لكن دائما في إطار يضمن الحماية والكرامة للكيان الجسدي.

وعليه، ولحداثة التنظيم القانوني في الجزائر وانعدام القرارات القضائية إن صحّ القول،اعتمدنا أسلوب الدراسة المقارنة لمعرفة موقف الشريعة الإسلامية في هذا المجال من جهة، ومن جهة أخرى الوقوف على تجارب الدول الغربية الرائدة في هذا المجال، مع التركيز على المشرع الفرنسي والإشارة في بعض الأحيان للقانون المصري في بعض المسائل التي عالجها،والتي من خلالها توصلنا في الأخير إلى بعض الإستنتاجات:

[1] سورة العلق ،الآيات 1-5

[2] سورة فاطر،الآية 28

أن التلقيح الاصطناعي يعتبر من أحدث الوسائل العلمية المساعدة على الإنجاب وثورة بيولوجية في هذا المجال وهو طريقة استثنائية لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالة وجود مبرر طبي، لأن الجماع هو الأصل في عملية الإنجاب،وبخصوص ما مدى تأثيره على نطاق الحماية القانونية للمقبلين عليه،فبالرغم من اعتباره من الحلول المحققة للغريزة الفطرية على غرار الإنجاب إذا كان في إطاره الشرعي والقانوني،فهو يحقق الإستقرار للزوجين لما ينتج عنه من آثار على الجانب النفسي في حالة فشل الطرق الطبيعية للإنجاب بإعتباره أسلوب علاجي لحالات العقم،وما توصلنا إليه أيضا من خلال دراستنا أنه يعتبر صورة مختلفة عن الصور المشروعة للتدخلات الطبية حيث ينحصر بين الزوجين في ظل قيام الحياة الزوجية ويمنع كل تدخل من غير الزوج أو بويضة غير الزوجة، ويمنع أيضا هذه التدخلات بإختلاف أنواع التلقيح سواء داخلي أو خارجي، كما يمنع التلقيح الإصطناعي الخارجي في صورة إستئجار الأرحام أي الأم البديلة وهو الأمر الذي منعته تقريبا كل القوانين الغربية على غرار القانون الفرنسي، ولذلك يعتبر هذا الأخير نموذج للقوانين الذي تطرقت للموضوع بجميع مسائله وحالاته ونظمته بقواعد قانونية عكس المشرع المصري الذي تخلوا تشريعاته من أي تنظيم مما أدى إلى إحتدام الإجتهادات الفقهية والقضائية ،أما المشرع الجزائري فقد حسم الأمر من خلال تعديله لقانون الأسرة من خلال المادة 45 مكرر وأتبع ذلك أيضا من خلال مواد في قانون الصحة الجديد.

أما في الشريعة الإسلامية فهذا الأسلوب يدخل في باب التداوي والذي يفتح آفاقا كبيرة لتحقيق أغراض الزواج مادام في إطار العلاقة الزوجية وحال حياتهما ووفقا للسنن الطبيعية لتكوين الجنين.

أما مسألة الإستنساخ البشري ومن حيث إنه محل اهتمام المجتمع الدولي والتشريعات الدولية.فتطرقنا إلى مختلف المواقف والاتجاهات العلمية، والأخلاقية والقانونية، مع إبراز موقف الفقه الإسلامي من هذه التقنية وهذا لضبط كل ما يتعلق بهذه التقنية الحديثة لتمييزها عن التقنيات المشابهة لها،كالتلقيح الاصطناعي، ونقل الأعضاء ...الخ، وأيضا ما يترتب على تقنية الاستنساخ من آثار ونتائج لاسيما مع تعدد أشكال هذه التقنية.

فبينا أنه عملية تهدف إلى إنتاج مجموعة من الخلايا أو الأعضاء المتماثلة من شخص معيّن.وهناك طريقتين يمكن بهما تحقيق الإستنساخ، وهو ما يطلق عليه الاستنساخ التوالدي أو التناسلي أو التكاثري ويتم ذلك عن طريق أخذ نواة خلية جسدية وزرعها في بويضة مفرغة النواة وهذا لإيجاد نسخة طبق الأصل لصاحب نواة الخلية الجسدية وتدعى هذه الطريقة« الاستنساخ الجسدي» أو عن طريق الحصول على توائم متطابقة من انقسام بويضة مخصبة واحدة بطريقة صناعية إلى خليتين أوليتين ثم إلى عدد كبير من الخلايا

للحصول على عدد كبير من الأفراد، وهذا ما يسمى« الاستنساخ الجيني».وهناك في المقابل نوع آخر من الاستنساخ يطلق عليه « الاستنساخ العضوي أو الخلوي» ويكون الهدف منه علاجيا، ويتمثل في الحصول على أعضاء بشرية قصد استعمالها في العلاج إما باستنساخ العضو المراد الحصول عليه فقط، أو يتم الحصول على الأعضاء أو الأنسجة عن طريق القيام باستنساخ أجنة تستخدم أعضاءها وأنسجتها كقطع غيار بشرية،وتعتمد هذه الطريقة أساسا على تخليق أجنة بشرية عن طريق النقل النووي الجسدي وتنميتها في المخابر لاستخلاص الخلايا الجذعية منها ثم تحويلها لأنسجة وأعضاء حسب الطلب.

كما أنه اتفقت كافة التشريعات على منع وحظر الاستنساخ الجسدي بجميع صوره لعدم وجود ضرورة علاجية له، ولمخاطره على الأسرة والمجتمع واختلاط الأنساب، وضياع بعض الأحكام المتعلقة بالأبوة والأمومة والميراث وغيرها من الحقوق المدنية للإنسان المستنسخ .كما يعدّ الاستنساخ الجيني أيضا عملا غير مشروع إذا كان الهدف منه الحصول على نسخ مطابقة للأصل للنسخة الأصلية.

أما بشأن الاستنساخ العضوي، فهو جائز شرعا وقانونا لتوافر الضرورة العلاجية إذا لم يدخل في هذه العملية طرف أجنبي، وما دامت هذه التقنية تخضع للضوابط والشروط المتطلبة لإباحة العمل الطبي، وأيضا للشروط والأحكام المنظمة لعملية نقل الأعضاء البشرية، بحيث لا يتم الاتجار بها أو التعامل بها فيما يخالف القواعد القانونية والنظام العام.

كما وجدنا أن الدول النامية بما فيها العربية مازالت بمعزل عن أية أعمال تشريعية في هذا المجال، مما يجعلهم عرضة لتجارب الباحثين من أجل إجراء وإنجاح هذه التقنية على البشر، في الوقت الذي باشرت الدول الغربية إلى اصدار قوانين لسدّ التغرات قبل فوات الأوان و حماية شعوبها .

وعليه فالاستنساخ كغيره من الاكتشافات العلمية سلاح ذو حدين ،لذلك يجب على المشرع الجزائري أن يصدر قانونا خاصا بالاستنساخ البشري، ويتناوله بجميع تفاصيلها وتنظيم الإجراءات والأبحاث في مجال هذه التقنية بكافة أنواعها، مع التشديد في العقوبات المقررة في حالة مخالفة أي حكم من أحكام هذا القانون.مع الإستئناس بقوانين و تجارب الدول الأخرى حتى يتفادى الوقوع في الأخطاء

أما قضية نقل وزرع الأعضاء البشرية فهي من المواضيع التي أصبحت مطروحة بشدة ومن أهم الدراسات سواء على مستوى الداخلي أو الفقه المقارن بعدما بعثت الحياة من جديد في نفوس البشرية،لكن بالمقابل لازالت تبعث في المجتمع تخوفا كبيرا لما يترتب عليها من مشاكل وتعقيدات طبية بالنظر لطبيعة التدخل الجراحي ونوع العضو المراد استئصاله وإعادة زرعه.

كما أنه تُثار مسألة تخلف الغرض العلاجي بالنسبة للشخص المتبرع بالعضو،فبدونه لا مجال للحديث عن مشروعية هذه الأعمال الطبية،والتي تجاوزت العلاج التقليدي وأصبحت تمس حتى الشخص السليم من خلال التدخل الجراحي لإنقاذ الغير.ورغم ذلك اتجه أغلب علماء الشريعة الإسلامية المعاصرين إلى تبني هذه العلاجات والتدخلات الطبية وإجازة الإنتفاع بالأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو حتى من الأموات .

كما سارت أغلبية التشريعات سواء الداخلية أو المقارنة على هذا المنوال، حيث أباحت هذه العمليات سواء بين الأحياء أو بين الأموات ما دامت الطرق التقليدية لم تعد تجدي نفعا ،لكن بشروط محددة على غرار رضا المتبرع كامل الأهلية،كما يشترط أن تتم هذه العمليات وفقا للنظام العام والآداب العامة بحيث يكون محل وسبب الاستئصال مشروعا فلا يمكن أن يكون التنازل عن الأعضاء الوحيدة الغير متجددة كالقلب مثلا من شخص حي لأن ذلك يودي بحياته لا محالة، أو نقل الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية منعا لاختلاط الأنساب. مع الإشارة إلى أن حق المتبرع في الرجوع عن رضاه مكفول في أي مرحلة من مراحل العلاج قبل استئصال العضو منه.

أما بالنسبة للنقل من جثث الأموات قد ذهب أغلبية فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات إلى جواز النقل من الموتى لأنه يوفر الأعضاء المنفردة التي لا يمكن الحصول عليها من الأحياء، وكذا باقي الأعضاء الاخرى وهذا وفق شروط وضوابط معينة،بحيث لا يتم الاستئصال إلا بعد التأكد من الوفاة وفق معايير تحديد الوفاة وبعد أن يكون المتبرع قد أوصى بذلك قبل وفاته أو بعد إذن ورثته بذلك ما لم يكن قد اعترض على ذلك في حياته،كما أنه ونظرا لنقص التبرع بالأعضاء سواء من الأحياء أو من الأموات ذهبت بعض التشريعات إلى افتراض رضا المتوفى ما لم يكن قد أبدى اعتراضه على الاستئصال من جثته حال حياته.

أما فيما يتعلق بالتغيير الجنسي، هو عملية استبدال الشخص لجنسه، عن طريق عملية جراحية يتم من خلالها تغيير الأعضاء الظاهرية للذكر بالأعضاء الظاهرية للأنثى،فهو تغيير ظاهري لا أكثر ولا أقل،إلا أنه يثير مشاكل في الجانب القانوني (الحالة المدنية،مسائل الاسرة و غيرها...)،ورغم عدم تعرض المشرع الجزائري بنصوص متعلقة بهذه المسألة، إلا أننا من خلال دراستنا،تبين لنا أنه يثير العديد من المشاكل المدنية في مجال قانون الحالة المدنية لما يطرأ من تغيير في البيانات، وفي مسائل الأسرة لإخلاله بالشرط البيولوجي وما ينجر عن ذلك من إضطراب في أمور كثيرة كأحكام الزواج ،الطلاق،الخلع والحضانة والنفقة والميراث.

كما أن هناك اختلاف كبير بين هذه الحالة وقضية الخنثى،ذلك أن التدخل الجراحي في الحالة الأولى مرفوض شرعا وقانونا،وتعتبر مساسا صريحا بالسلامة الجسدية وإخلالا بمبدأ الكرامة الجسدية، ولا يمكن

الإستناد إلى حالة الضرورة ولا إلى رضا المجني عليه لمخالفة هذه الجراحات لمبادئ النظام العام والغرض العلاجي.عكس الحالة الثانية والتي يكون التدخل الجراحي بغرض ترجيح الجنس الغالب، وهذا يسمى تثبيت الجنس أو تصحيح الجنس،والتي تكتسب مشروعيتها تحت غطاء علاجي محض سواء في القانون أو الشريعة الإسلامية والتي عنيت بدراسة هذه الحالة من كل جوانبها وفي أدق تفاصيلها.

كما وجدنا أن القانون الفرنسي عالج الموضوع سواء من خلال النصوص القانونية أو الإجتهادات القضائية بعد أخد ورد ليخلص في الأخير لمنع التغيير الجنسي ويكون بذلك قد خالف قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان والتي كانت قد فرضت عليه حرية الشخص في اختيار جنسه الذي يتماشى مع ميوله النفسي.أما في مصر فبالرغم من أن القضاء المصري عالج قضايا التغيير الجنسي إلا أنه يبقى بدون قانون صريح يبيح أو يمنع التغيير الجنسي، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري،ورغم عدم وجود نصوص صريحة فإنه يمكن الرجوع لأحكام قانون الأسرة التي تعتبر الإختلاف في الجنس من أحد الأركان الجوهرية لبناء الرابطة الزوجية، ومن ثم لا نتصور قيام علاقة زوجية في غير ذلك، والقول بخلاف ذلك يعد جريمة يمكن تكييفها على أنها شذوذ جنسي، أو جريمة إخصاء أو بتر لأحد الأعضاء.لكن هذا لا يكفي في ظل تسارع الأحداث وبروز أساليب جديدة مما يدفع بالمشرع الجزائري إلى أخد الأمور بجدية وتجريم هذا الفعل بنصوص قانونية صريحة خاصة في قانوني الصحة والعقوبات.

وفي الأخير ارتأينا تقديم بعض التوصيات حول المسائل الطبية التي أصبحت تغزو الحياة البشرية،لعلها تكون بداية لعهد جديد في المجال القانوني والتي يمكن حصرها في:

– يجب وضع تعريف دقيق وشامل للمصطلحات والتقنيات الطبية الجديدة حتى يمكن استعابها من جهة وتحديد معالم المسؤولية الجنائية في حالة انحرافها عن هدفها.

–لا يمكن أن تصنف العلاقة التي تجمع الشخص بجسمه ضمن الحقوق العينية، وإنما تصنف ضمن الحقوق اللصيقة بالشخصية، وبالتالي الشخص ليس حرا في التصرف في جسده كما يشاء من خلال تغيير جنسه أو بيع أعضائه .

–أن مبدأ معصومية الجسد ليس بالمبدأ المطلق، ترد عليه استثناءات من بينها التدخلات الطبية من أجل مصلحته، فالعمل الطبي يعد مشروعا كلما استهدف غاية علاجية،واحترم المبادئ والقواعد القانونية المنظمة له.

– العمل على توفير حماية أكثر للجسم البشري خاصة في ظل التطورات الحاصلة،وهذا لا يتأتى إلا بإصدار قانون خاص بكل تقنية طبية جديدة يُعالج ويضبط كل الجوانب التقنية،ويحدد حالات التدخل والإستفادة من هذه التقنية ويكون مستقلا عن قانون الصحة،بحيث يبقى هذا الأخير الشريعة العامة للصحة الذي يحدد المبادئ الأساسية،مع انتهاج أسلوب الحملات التوعوية خاصة في الصحافة المكتوبة والمرئية وفي المساجد خاصة حول موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية لإنقاد المرضى والتخفيف من ألامهم،خاصة وأنه يُعتبر التوجه الحديث للعلوم الطبية لما حققه من نتائج ايجابية.

–إخضاع المراكز التي تجري فيها عمليات التلقيح الاصطناعي لإشراف الدولة مباشرة، وفرض الصرامة والتشديد في المساءلة الجنائية للأطباء، في حالة إخلالهم بالشروط القانونية والطبية،مع تجريم كل صور التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية وذلك بوضع نصوص ردعية لكل من يقوم بهذه العملية سواء من الأطباء أوالأزواج .

–ندعو المشرع إلى إعتماد معيار الموت الدماغي صراحة من خلال النص عليه في قانون الصحة،وهو المعيار المعتمد في أغلب الدول العربية والغربية حتى يفتح المجال من الإستفادة من الأعضاء السريعة التلف،والمبادرة بإنشاء بنوك ومراكز لحفظ الأعضاء البشرية وإحاطتها بقواعد قانونية ووضعها تحت الرقابة.

–زيادة على ذلك لا يجوز بيع الأعضاء البشرية سواء في الشريعة الإسلامية أو في القوانين الوضعية ،لكن بالمقابل تجريم بيع الأعضاء البشرية لا يمنع من التبرع بها دون مقابل مادي، كما أن الشخصية القانونية للإنسان تنتهي بموته حيث أن الوفاة تشكل نقطة البداية اللازم توافرها لإستئصال العضو من الجثة بالإعتماد على الموت الدماغي حتى نحافظ على صلاحية العضو المنزوع،لأن الموت الحقيقي للإنسان كما ذكرنا يتمثل في موت خلايا المخ حتى ولو بقيت خلايا القلب والرئة حية.

يجب على المشرع الجزائري مسايرة التطورات السريعة الحاصلة في المجال الطبي وما تثيره من اشكالات قانونية من خلال اصدار قوانين خاصة تحدد وتضبط مجالها حتى تبقى في إطارها الإنساني،لأن الآمر ليس بالآمر الهين خاصة وأننا تعيش في زمن السرعة و زمن تحقيق ما كان يعتبر ضربا من الخيال في وقت ليس ببعيد.خاصة وأن البحوث المخبرية تعمل على الترويج مستقبلا لقضية الرحم الإصطناعي،وبالتالي ستتغير المفاهيم والإتجاهات وتظهر اشكالات جديدة،فربما سيصبح التوجه نحو الإستفادة من هذا الرحم الإصطناعي لجميع النساء بغض النظر عن كونها تعاني من المرض أو لتفادي صعوبات ومشقة الحمل.

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولا–المراجع الفقهية والقانونية باللغة العربية .

1–المراجع الفقهية

1. ابن السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1، 1411 هـ،1991 .
2. ابن حجر العسقلاني، " فتح الباري بشرح صحيح البخاري"، الجزء 1 ،كتاب النكاح، باب أي النساء خير، ط2 ، دار الريان للتراث،القاهرة،،1407، ص.28.
3. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تفسير القرآن العظيم،تحقيق سامي بن مُحَمَّد سلامة، دار طيبة ،ط3،ج7، 1420 هـ 1999م
4. أبو عبد الله بن يزيد بن ماجة الربعي القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام " باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، دار الفكر، بيروت، ط1، 2003.
5. أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ،صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير،باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث، حديث 1731 ،دار الحياء الكتب العربية ،بيروت ،لبنان، ج 1،ط 1،1991، ص1357 ،منشور على الموقع الإلكتروني .https://ketabonline.com/ar/books/2229/read?part=3&page=5317&index=5730612
6. أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي،تفسير القرآن العظيم ،المجلد الأول ،دار ابن حزم ،بيروت ،1420.
7. أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني استشارات شرعية ومباحث فقهية، الجزء الأول، منشورات قصر الكتاب، الجزائر،ط1، 1986.
8. أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، استشارات شرعية ومباحث فقهية، الجزء الثاني ، ،منشورات قصر الكتاب، البليدة،ط 1 ،2001.
9. الإمام أحمد بن مُحَمَّد بن حنبل، المسند، الجزء14 ،الطبعة الرابعة ،دار المعارف،مصر، 1980.
10. الترمذي السلمي، مُحَمَّد بن عيسى أبو عيسى،الجامع الصحيح سنن الترمذي ، باب ما جاء في شد الأسنان بالذهب، حديث 1770 ، تحقيق أحمد مُحَمَّد شاكر وآخرون دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر.
11. الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري الدمشقي، مختصر صحيح مسلم، الجزء11، كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشمات والمتفلجات تحقيق :مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان،1987.
12. السجستاني، سليمان بن الأشعث أبو داود الأزدي :سنن أبي داود، تحقيق :مُحَمَّد محي الدين عبد الحميد،كتاب الجنائز، باب في يجد العظم، حديث رقم327 ،دارالفكر بيروت،ب.س.ن.
13. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة،مؤسسة الرسالة، بيروت،ط1، ، 1416 هـ ، 1996.
14. جاد الحق علي جاد الحق ،قضايا معاصرة ، الفقه الإسلامي ،مرونته و تطوره،جامعة الأزهر،1987.
15. جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، الطبعة الثانية، ،القاهرة مصر،1997
16. جمعية العلوم الطبية الإسلامية، قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، مج01 ، الأردن،ط1، 1421 هـ،2000 .
17. سنن أبي داوود،أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، ،كتاب الجنائز،ج05،رقم الحديث 3207 ،دار الرسالة العالمية ،1430.
18. سنن الترميذي، كتاب الطب، باب ما جاء في الدواء والحث عليه، حديث رقم 2038 ،مج 04

19. صحيح البخاري، الجزء الثالث، مطابع دار الشعب ،القاهرة، 1980
20. صحيح مسلم،للإمام أبي الحُسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، باب تحريم قتل الإنسان نفسه وأن من قتل نفسه بشيء يعذب به وأنه لا يدخل الجنة إلا مسلم، حديث رقم 109 ،دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان،1410.
21. عارف علي عارف القره داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية معاصرة،سلسلة بحوث فقهية في قضايا عصرية، الطبعة الأولى، International Islamic University Malaysia، 2011.،
22. عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت،الطبعة الأولى،2010.
23. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي ج 8 ،الطبعة الثالثة،دار عالم الكتب للطباعة والنشر و التوزيع ، الرياض،1998
24. فيصل مولوي:داعية ومفكر إسلامي،ونائب رئيس المجلس الأوربي للبحوث والإفتاء سابقا ،فتوى حكم عمليات تغيير الجنس ، 2009،منشورة على الموقع الإلكتروني
.http://transsexual2011.blogspot.com/2009/08/blog-post_9693.html
25. مُحَمَّد بن فتوح الحميدي،الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم،كتاب الصلاة،باب صفة صلاة النبي صلّى الله عليه وسلم، الجزء الثاني،الطبعة الثانية ،دار ابن حزم للنشر و التوزيع،بيروت،2002.
26. مُحَمَّد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلّقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن،ط 2، ،2004،
27. مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، مختصر صحيح الإمام البخا ري، "كتاب اللباس، باب اخراج المتشبهين بالنساء من البيوت"،المجلد04، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية ، 2002
28. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10 ، الأحوال الشخصية، الحقوق المالية، الوصايا والوقف والمواريث،دار الفكر، دمشق، ط9، 2006 ،

2 – المراجع القانونية العامة

أ–باللغة العربية

1. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، الجزائر،الطبعة الخامسة، 2012-2013.
2. أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث،دار النهظة العربية، المنصورة، مصر،1986 .
3. بن عبيدة عبد الحفيظ،الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ،دار هومة،الجزائر،2011.
4. شلتوت،الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامة،الطبعة الثامنة،دار الشروق،القاهرة،1975.
5. صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، مكتبة وهبة، القاهرة،الطبعة الثانية،2006..
6. عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في قضايا المرأة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان،2012 .
7. عبد الرحمن ابن خلدون،المقدمة،دار ومكتبة الهلال،بيرت،1983.
8. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001 .
9. عمر حمدي باشا، عقود التبرعات(الهبة، الوصية، الوقف)،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004
10. مُحَمَّد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، الإسكندرية،2004 .
11. مُحَمَّد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي،مؤسسة الرسالة ، بيروت،الطبعة الأولى، 1422 هـ، 2001 م
12. مُحَمَّد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر،الطبعة الثانية،2004.

13. هشام عبد الحميد فرج، الجريمة الجنسية، مطابع الولاء الحديثة،القاهرة، 2005

14. يوسف القرضاوي،فتوى معاصرة ،الجزء الثاني ،الطبعة الخامسة،دار الثلم للنشر والتوزيع،1990.

ب–باللغة الفرنسية

1.BIOY Xavier,Droit fondamentaux et libertés publiques, 3ème édition ,Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2014.
2.BRANLARD Jean Paul , Le sexe et l'état des personnes, L.G.D.J, Paris, 1993.
3.COURBE Patrick, Droit de la famille, collection,compact, Armand collin, 2eme édition 2001.
4.MOINE Isabelle, Les choses hors commerce,«approche de la personne humaine juridique» Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1997.
5.MARCUS HELMONS Silvio, La quatrième génération des droits de l'homme dans, Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Bruxelles, Bruylant, 2000.
6.ROBERT Jacques,Droits de l'homme et libertés fondamentales, collaboration de Jean Duffar, 8é Edition – Domat droit privé, Montchrestien , Paris, 2009.
7.TERRE François,L'Enfant de l'Esclave Génétique et Droit, Flammarion,Imprime en France.1987.

3– المراجع القانونية المتخصصة

أ–المؤلفات

1–باللغة العربية

1. إبراهيم محمد يسري، سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية وأحكام القصاص المترتبة عليها في الفقه الإسلامي، دار طيبة، مكة المكرمة، الطبعة الأولى ، 1426 هـ،2005 .

2. أحمد سلمان سليمان الزيود ،المسؤولية المدنية عن نقل الدم الملوث،دار النهضة العربية،مصر ،2009.

3. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، مصر،1999.

4. أحمد عمراني ،حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية و العلمية الحديثة (القانون الوضعي والشريعة) ،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق جامعة وهران، سبتمبر 2010.

5. أحمد محمد بدوي ، نقل و زرع الأعضاء البشرية ، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الإقتصادية ، الإسكندرية، 1999.

6. أحمد محمد لطفي أحمد ، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2006.

7. أحمد محمد لطفي، الإيدز وآثاره الشرعية والقانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2005.

8. أحمد محمود سعد،تغيير الجنس بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية ،مصر،الطبعة الأولى،1993

9. أحمد محمود طه،المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، ، مركز الدراسات والبحوث، .الرياض، 1422 هـ2001 –

10. إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع الإسكندرية،2009.

11. أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في جسم الآدمي في ضوء الشريعة والقانون،،دار النهضة العربية، القاهرة،الطبعة الأولى،1998.

12. أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، مصر،2006

13. افتكار مهيوب ديوان المخلافي ،حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، مكتبة شادي مصر، 2008.

14. أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية،2014.

15. أمير فرح يوسف،أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية،الطبعة الأولى،مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ،2013.

16. أنس مُحَمَّد عبد الغفّار،المسؤولية المدنية في المجال الطبي (دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية)،دار الكتب القانونية،مصر 2010.

17. إياد أحمد ابراهيم، الهندسة الوراثية بين معطيات العلم و ضوابط الشرع، دار الفتح ،عمان،الطبعة الأولى، 1423هـ

18. إياد العبيدي،الإستنسال البايولوجي الطريق الطويلة نحو دولي والإستنساخ البشري،دار المسيرة،عمان، الطبعة الأولى،2001.

19. أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الاجنة البشرية في اجراءات تجارب البحث العلمي(دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2008.

20. إيهاب مصطفى عبد الغني، الوجيز في نقل الأعضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011 .

21. الحسين بلحساني، الاستنساخ البشري مقاربة فقهية وقانونية، الأحمدية، الدار البيضاء،الطبعة الأولى ، 1421 هـ.

22. السقاف حسن بن علي، الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان الطبعة الثانية،1999.

23. المصاروة هيثم حامد،نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة (دراسة مقارنة) دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2003.

24. الوحيدي شاكر مهاجر، مدى مشروعية نزع الأعضاء البشرية والتصرف فيها، دراسة مقارنة، مكتبة ومطبعة دار المنارة، غزة ، 2004

25. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار حامد، عمان، 2002.

26. باديس دياني،حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري،دار الهدى للنشر ،ا لجزائر،2010.

27. بديعة علي أحمد، الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2011.

28. بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة،2010 .

29. بلحاج العربي، الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري ، دار هومه، الجزائر ،2016 .

30. بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2009 .

31. بن عيسى رشيدة، الإستنساخ البشري(دراسة طبية فقهية قانونية)،دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن،الطبعة الأولى ،2014.

32. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية،ط1 ديوان المطبوعات الجامعية، .الجزائر،2001 .

33. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية،ط2 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2017.

34. جاد الحق علي جاد الحق، تعريف الوفاة، جامعة الأزهر، مصر،1413.

35. جمعة يوسف،المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء،دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2005.

36. جيرمي ريفكن، قرن التقنية الحيوية:تسخير الجينات وإعادة تشكيل العالم ،مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ،أبوظبي 1999.

37. حسني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر،2006 .

38. حسني عودة زعال،التصرّف غير المشروع بالأعضاء البشرية،دراسة مقارنة،الدار العلمية الدولية،الأردن،2004.

39. حسين عبد الكريم السعدي، الخصوبة والتلقيح الاصطناعي، جامعة الموصل، العراق، ب س ط.

40. حسيني محمود عبد الدايم،عقد إجارة الأرحام بين الحظر و الإباحة ،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ،مصر،2007.

41. حسيني هيكل، النظام القانوني للانجاب بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر،الطبعة الأولى ، 2006.

42. خالد مُحَمَّد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.

43. خالد مُحَمَّد منصور ، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء فى الفقه الإسلامى ، ، دار النفائس،جدة الطبعة الأولى ،2009.

44. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية 2012.

45. خالد مصطفى فهمي،النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون رقم 5لسنة 2010 والإتفاقيات الدولية والتشريعات العربية–دراسة مقارنة–،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2012.

46. خالد مصطفى فهمي،النظام القانوني للإنجاب الصناعي والإستنساخ واحمية القانونية للجنين بين الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية،والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،مصر،الطبعة الأولى ،2014.

47. الخولي عبد الوهاب، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة دراسة مقارنة، دار التهظة العربية للنشر و التوزيع،مصر،الطبعةا لأولى،1997 .

48. رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، عالم الكتب الحديث،عمان ،2006.

49. رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري، دار النهضة العربية، القاهرة،2009.

50. رضا عبد الحليم عبد المجيد،الحماية القانونية للجين البشري "الإستنساخ و تداعياته"،دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،الطبعة الأولى ،2002.

51. رضوان يسرى،قضية إستنساخ إنسان،دار البشير للثقافة و العلوم، طنطا ،2000.

52. رمزي الناجي وعصام الصفدي ، تشريح جسم الإنسان، دار اليازوري العلمية، عمان، الأردن،2010 .

53. رمضان جمال،مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ،المركز القومي للإصدارات القانونية ،شركة ناس للطباعة ،2005.

54. زياد أحمد سلامة،أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة،الطبعة الأولى،دار البيارق،بيروت ،1996.

55. سطحي سعاد،نقل وزرع الأعضاء البشرية،دراسة فقهية طبية قانونية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، الطبعة الأولى ،2007.

56. سعد الشويرخ،أحكام الهندسة الوراثية،الطبعة الأولى،دار كنوز إشبيليا،المملكة العربية السعودية،2007.

57. سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثي،كنوز إشبيليا،المملكة العربية السعودية،الطبعة الأولى،2007.

58. سفيان بن عمر بورقعة, النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته, دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع, الرياض ، السعودية الطبعة الأولى،2007

59. سميرة عايد ديات،عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الأولي،2004

60. سناء عثمان الدبسي،أحمد اللدان،الإجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي،منشورات الحلبي الحقوقية،،بيروت،الطبعة الأولى،2010

61. شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي،دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2006 .

62. شهاب الدين الحسيني، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع،لبنان،الطبعة الأولى،2001

63. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي الداخلي والخارجي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، العلم والإيمان للنشر والتوزيع،مصر 2006 .

64. صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية(دراسة مقارنة)، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000.

65. صبري الدمرداش،الإستنساخ قنبلة العصر،مكتبة العبيكان ،الرياض،الطبعة الأولى ،1418.

66. صفاء محمود مُحَمَّد العياصرة،المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية،،دار عماد الدين للنشر،عمان،الطبعة الأولى،2009.

67. طيب منذر البرزنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري فِي منظور الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،2001.

68. عادل العوض،الأصول الفلسفية لأخلاقيات الطب،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية،2011.

69. عادل يحي ،الحماية الجنائية للحق في الصحة،بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،،2010.

70. عارف علي عارف القره داغي ، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، مجلس النشر العلمي الماليزي، 2011.

71. عارف علي عارف القره داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية سلسة بحوث فقهية، في قضايا معاصرة، موالامبور، ماليزيا 2011-2010

72. عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان،2001.

73. عامر قاسم احمد قيسي، المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي،الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع،الأردن، الطبعة الثانية ،2002.

74. عبد الحليم مُحَمَّد منصور، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2013.

75. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري،ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة،دار الفكر العربي،القاهرة ،الطبعة الأولى،2000.

76. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية والجنائية و التأديبية،) منشأة المعارف،الإسكندرية ،مصر، 1999.

77. عبد الرشيد القاسم، اختيار جنس الجنين دراسة فقهية طبية،دار اللينان الحديثة،لبنان، الطبعة الأولى،2000..

78. عبد العزيز الخياط ،حكم الإسلام في العقم،طبعة وزارة الأوقاف والإسلامية ،عمان،الأردن ،ب.س.ن.

79. عبد الله يشري،مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي والشرائع السماوية،دار محمود للنشر والتوزيع،القاهرة،2014.

80. عبد الهادي مصباح ،الإستنساخ بين العلم والدين،الدار المصرية اللبنانية،القاهرة،الطبعة الثانية 1999.

81. عتريسي جعفر حسن، الاستنساخ جدل العصر،دار الهادي،بيروت،الطبعة الأولى،2002.
82. عثمان بن حمادي المطرفي، التطبيقات الفقهية لقاعدة–الضرورة تقدر بقدرها في النوازل الطبية–المملكة العربية السعودية، 1435 هـ، 1436هـ.
83. عشوش كريم،العقد الطبي،دار هومة،الجزائر ،2009.
84. عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، مكتبة وهبة،ط1 القاهرة، 2006.
85. علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، القاهرة،2014.
86. علي مُحَمَّد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية،2005 .
87. علي مُحَمَّد علي أحمد،معيار تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقة الإسلامي(الموت الرحيم)،دار الفكر الجامعي،الإسكندية،2008.
88. علي هادي عطية ، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي بيروت،الطبعة الأولى ،2012.
89. عمر سليمان الأشقر و آخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة ،دار النفائس،الأردن ، الطبعة الأولى، 1321،2001،.
90. عمر علام، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر،المغرب،2001.
91. عمرون شهرزاد،أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون–دراسة مقارنة– دار النهضة العربية،الإسكندرية 2012.
92. فرج مُحَمَّد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد و ظوابطه –دراسة مقارنة– بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى،2012 .
93. فضل الله حسن ، الاستنساخ جدل العلم والدين والأخلاق،دار الفكر،دمشق،الطبعة الأولى، 1997.
94. فوزي مُحَمَّد حميد،الإستنساخ البشري بين التحليل والتحريم ،دار الصفدي،سوريا ،1999.
95. كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998.
96. كامل مُحَمَّد صالح العحلوني، الاستنساخ بين العلم والأديان والمعتقدات، مطبعة الأجيال، عمان، الأردن،2004 .
97. كمال مُحَمَّد السعيد عبد القوي عون، الضوابط القانونية للاستنساخ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2013 .
98. الكومى أحمد فايد،أحكام الاستنساخ في الفقه العربي الإسلامي،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2006.
99. مُحَمَّد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي ،أحكامه القانونية و حدوده الشرعية ، مطبعة جامعة الكويت ، 1991.
100. مُحَمَّد المدني بوساق،موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر،دار الخلدونية،الجزائر ،2004.
101. مُحَمَّد المراكشي،النظرة للعلمية للإستنساخ–الإستنساخ أبحاث المجلس الإسلامي الأعلى،،شركة فنون الرسم والنشر والصحافة تونس،الطبعة الثانية، 1999 .
102. مُحَمَّد رايس،المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،دار هومة ،الجزائر،2007.
103. مُحَمَّد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية ،القاهرة،2003
104. مُحَمَّد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد ،دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة،2010 .
105. مُحَمَّد صالح المحب، حول الهندسة الوراثية وعلم الاستنساخ،الدار العربية للعلوم،،لبنان، الطبعة الأولى،2000.
106. مُحَمَّد عبد الشلتاوي، التخلص من الأجنة الفائضة، بدون دار نشر،القاهرة،الطبعة الأولى،2008.
107. مُحَمَّد عبد اللطيف عبد العال،إباحة نقل وزرع الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ومشكلاتها،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2005.

108. مُحَمَّد علي البار ، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ،الدار السعودية للنشر والتوزيع ،جدة،الطبعة الثامنة، 2005.
109. مُحَمَّد علي البار ،الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دمشق، دارالقلم،الطبعة الأولى، 1994.
110. مُحَمَّد علي البار، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي، الدار السعودية،جدة ،1987.
111. مُحَمَّد علي البار، طفل الأنبوب الاصطناعي قضايا طبية فقهية معاصرة ، الدار السعودية للطبع والنشر والتوزيع ، جدة،2003.
112. مُحَمَّد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010.
113. مُحَمَّد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عليها،الطبعة الثانية ،مكتبة الصحابة، جدة،1994.
114. مُحَمَّد مصطفى الذهبي،نقل الأعضاء بين الطب و الدين،دار الحديث،مصر،1995.
115. محمود أحمد طه،الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة(الإنعاش الصناعي،نقل الأعضاء البشرية،اجراء التجارب الطبية)،دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع،2015.
116. محمود أحمد طه،الإنجاب بين التحريم و المشروعية،منشأ المعارف،الإسكندرية،2003.
117. محمود أحمد طه،الإنجاب بين المشروعية و التجريم (رفض الإنجاب–التلقيح الاصطناعي–الاستنساخ–تعديل الصفات الوراثية في الجنين) دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع،المنصورة، مصر 2015.
118. محمود أحمد طه،المسؤولية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة،مركز الدراسات والبحوث ،الرياض،1422.
119. محمود السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، جامعة حلوان، كلية الحقوق،مصر،2013.
120. محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الاسلامي منها،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،2010 .
121. مروك نصر الدين،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن الشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،الطبعة اللأولى، 2004.
122. مروك نصر الدين،نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،الجزء الأول،الكتاب االثاني،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2003.
123. مصلح النجار،إياد أحمد إبراهيم،مستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي،مكتبة الرشد،الرياض،1426
124. ممدوح مُحَمَّدخيري هاشم السيد ،الإنجاب الصناعي في القانون المدني دراسة مقارنة،،الطبعة الأولى،القاهرة،1999،.
125. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،الطبعة الأولى،2002..
126. منذر الفضل،المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلة،المكتبة القانونية،عمان، الطبعة الأولى،2001.
127. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ، الطبعة الأولى، 2008.
128. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002
129. ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2013.
130. ناهدة البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، عالم المعرفة، الكويت، ،1993 .
131. نبيل حزام الحمادي ، الطب الشرعي،المتفوق في الطباعة والنشر صنعاء ،الطبعة الثانية، 2010.

132. نسرين عبد الحميد نبيه،نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار الوفاء للطباعة والنشر،الإسكندرية،الطبعة الأولى، 2008.

133. نسرين منصور،مشكلات المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات الإستنساخ على البشر،دار النهضة العربية ،القاهرة،2008.

134. نور الدين الخادمي، الاستنساخ في ضوء الأصول والمقاصد الشرعية، دار الزاحم ،الرياض،الطبعة الأولى، 1418هـ،1998 .

135. هشام عبد الحميد فرج،الجريمة الجنسية لأعضاء القضاء والعلماء والمحاماة والشرطة والطب الشرعي،مطابع الولاء الحديثة، القاهرة،2015.

136. هيثم حامد المصاورة،نقل الأعضاء البشرية بين الحظر و الإباحة،دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2004.

137. وائل محمود أبو الفتوح العزيزي،المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم،دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة،القاهرة،2006.

138. وجدي سواحل،ثورة الهندية الوراثية،مؤسسة الكويت للتقدم العلمي،الكويت،1999.

139. وهبة الزحيلي، الجوانب الإنسانية والأخلاقية والدينية في الإستنساخ جدل العلم والدين و الأخلاق، دارالفكر، دمشق،الطبعة الأولى، 1998.

140. ياسر حسين بهنس،زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والإباحة–دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون،الطبعة الأولى،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر ،2016.

2–باللغة الفرنسية

1. ABDULDAYEM,Ahmed Les organes du corps humain dans le commerce juridique publication juridique Alhalabi, Beyrouth,1999.
2. ARNOUX Irma, Les droits de l'être humain sur son corps, Presses universitaires de Bordeaux,1994.
3. AUGST-MERELLE A. et NICOT S., Changer du sexe, identités transsexuelles, Le cavalier Bleu, Paris, 2006.
4. BINET Jean-René, Le nouveau droit de la bioéthique, éditions Lexis Nexis, Paris, 2005.
5. CABROL Christian, "Le don d'organes, laissons parler le coeur", La Liberté de la personne sur son corps, éditions Dalloz, Paris, 2010.
6. CARBILLAK Rémy, "Le corps humain", in CARBILLAC Rémy (sous la direction de), libertés et droits fondamentaux,21ème édition, Dalloz, 2015.
7. CIRONI François, Psychologie des transsexuels et des transgenres, Odile jacob, Paris, 2011.
8. CLAVERT André, la fédération Française des CECOS, l'heure du doute, insémination artificielle :Enjeux et problèmes éthiques, - Ethiques et sciences -, éd. John LIBBEY Eurotext, Paris, 1994.
9. DUPERT Marc et ESPER Claudine, droit hospitalier, 4éme édition, Dalloz, Paris, 2003.
10. ELENI Yiannakis, humun reproductive cloning,McGill university, Canada,1999.
11. ENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie,Le droit de la bioéthique,Editions La Découverte , Paris,2009

12. FEHAM Youcef, La vie sexuelle, éd El maarifa, Alger,2003.
13. FRIGNET Henry, Le transsexualisme, Descellée de Brouwer, Paris, 2000.
14. KREIS H et HAMBURGER J., Les aspects juridiques et médicaux des transplantations d'organes, Groupe coopératif de l'île de France (G.C.I.F), Paris, 1992.
15. LABRUSSE-Riou,Filiation,Répertoire de droit civil, septembre ,2009.
16. MONDEILLI Eric ,L'essentiel de la bioétique et du droit de la biomédecine , Extenso Edition, Paris, 2008.
17. NOELLE Lenoir, Aux frontières de la vie, une étique biomédicale à la française, Paris 1991.
18. OLIVIER Dubos et MARGUENAUD J.P, Sexe sexualité et droits européens,éd A.Pedone, Paris, 2007.
19.OUSSOUKINE Abdelhafid ,L'Etique Biomédicale, édition Dar El Gharb, Oran, 2000.
20. OUSSOUKINE Abdelhafid.Traité de droit médical, publications du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies , Oran, 2003.
21. PETTITI Louis Edmond, Les transsexuels, Que sais-je, p.u.f.,1er édition 1992.
22. VIALLA François, les grandes décisions du droit médical, édition alpha, liban, 2010.

3–باللغة الإنجليزية

1.Human cloning and human dignity– An Ethical Inquiry. The President council on Bioethics, Washington DC, July 2002, p.42.
2.Hwang Woo-suk,Ruy.Y.J..Park, «Evidence of a Pluripotent Humman Embryonic Stem Cell. Line Derived from a cloned Blastocyst». Science 303(5664):1669-1675, 12 March2004,publié sur le site internet https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/14963337, consulté le 15/11/2019.
3.Human Organ Transplants Act 1989, dated in july. 27. 1989, available on the link: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/31/pdfs/ukpga_19890031_en.pdf
4.Sue A. Meinke, Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues, Bioethics Research Library, Georgetown university Washington, p.03.site internet https://repository.library.georgetown.edu.
5.The Challenges of Human Cloning for Public Policy in Illinois,Institute of Government and Public Affairs, UNIVERSITY OF ILLINOIS ,February 2001.

ثانيا–أطروحات الدكتوراه

1–باللغة العربية

1. أنس مُحَمَّد إبراهيم بشار، تغيير الجنس وأثره في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة منصورة للحقوق،مصر،2003.
2. الشهابي إبراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني،رسالة دكتوراه في الحقوق،جامعة القاهرة،2002.

3. العربي الشحط عبدالقادر،الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران،1999-2000.
4. العلجة مواسي ،التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية،أطروحة دكتوراه في العلوم،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،2016.
5. النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012-2013.
6. بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا –دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة تلمسان ،2013/2012 .
7. رقية أحمد داود، الحماية القانونية للجنين المخبري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2014-2015.
8. سعيدان أسماء،الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الإصطناعي،أطروحة دكتوراه،جامعة يوسف بن خدة،الجزائر، 2012-2013
9. طفياني مختارية،التلقيح الإصطناعي،دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تلمسان ، 2013-2014
10. عبد العالي صدقي السيد مُحَمَّد الزيني ،الإستنساخ من منظور حرية الإنسان في كيانه البشري،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،القاهرة 2010.
11. عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان ، 2004-2005.
12.علي عارف، مدى شرعية التصرف في الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، بغداد،العراق،1998
13.عمراني أحمد،حماية الجسم البشري في ظل من الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية) ،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق ،جامعة وهران،2010.
14.فوزي مُحَمَّد محمود أبو طالب، مشروعية محل الإلتزام في الفقه الإسلامي،دراسة مقارنة بالقانون الوضعي،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق – قسم الشريعة الإسلامية-القاهرة ،2012
15.مروك نصر الدين،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،جامعة الجزائر،1996-1997.
16.معاشو لخضر،النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية،دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تلمسان 2014.
17.مكرلوف وهيبة،الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس-دراسة مقارنة-،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تلمسان ، 2016/2015

2-باللغة الفرنسية

1.BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle : Limites morales et juridique et responsabilité médicale, thèse de Doctorat, Faculté de droit, université Paris XII Val-De-Marne, 2004.
2.CHARAF EDDINE Ahmed, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, thèse de doctorat d'Etat, Tome I, Université de droit, économie et de sciences sociales, Paris II,1995.

3.Cf. Jean- Pierre AGARRA, Aspect médico-légal et social du transsexualisme, thèse de doctorat, faculté de médecine de Marseille, 1991.
4.LACOMBE Sérverine, Les conditions de légitimité des prélèvements d'organes à finalité médicale, Thèse du doctorat, sciences politiques, centre de recherche politique de la Sorbonne,université Paris I, 2008.
5.OIKAOUI Younes,Don, prélèvement et transplantation d'organes en droit marocain:étude rospective a partir du modèle français, thèse de doctorat de l'Université de Toulouse, 2010.p.134. publié sur le site https://www.theses.fr/2010TOU10038 ,consulté le 15/08/2022.

ج–رسائل ماجستير

1–باللغة العربية

1. بن سعادة زهراء، الحماية الجنائية لحرمة الميت في التشريع الجزائري، مذكرة ماجيستر في العلوم القانونية ،كلية الحقوقوالعلوم السياسية باتنة ، 2010-2011.
2. الجيلالي بغدالي،الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري،دراسة مقارنة ،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر01 ،2013-2014.
3. مُحَمَّد عسال،المسؤولية الطبية الناجمة عن الخطأ الطبي في تحديد لحظة الوفاة،مذكرة ماجستير تخصص قانون طبي،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تلمسان، 2012
4. مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية،دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2007 .
5. مكرلوف وهيبة ،المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة ماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية،جامعة تلمسان،2004،2005
6. مليكة غريب، الاستنساخ بين الحظر والإباحة(دراسة مقارنة) مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية،جامعة، بن عكنون، الجزائر، 2009.
7. هجيرة خدام ،التلقيح الاصطناعي بين القانون الفرنسي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2007.

2–باللغة الفرنسية

-Meddah Benabou,Textes internationaux et nationaux de la bioéthique face aux enjeux du progrès biomédicale, mémoire de Magister, faculté des sciences de la nature et de la vie, Université d'Oran, 2015.

ثالثا–المقالات

1-باللغة العربية

1. أحمد شلبي،" سالي سيد سابقا" بعد 18 سنة قضاء مشاكل تحويل الجنس تطاردني إلي الآن » مقال منشور في جريدة اليوم المصري بتاريخ 2009/12/09 ،الموقع الإلكتروني
. http://today.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=40334
2. الأمين شريط، نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية،مجلة الفكر البرلماني،2003،عدد خاص،مجلس الأمة، الجزائر.
3. بلحاج العربي، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة،1999، عدد42.
4. بلحاج العربي، الاستنساخ الجيني البشري في ميزان الشرع .مجلة الوعي الإسلامي، الكويت،2002،عدد 435.
5. بلحاج العربي ،المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي،المجلة القضائية السعودية،عدد السادس،جمادى الأول 1434.
6. بلقاسم شتوان، إشكالية الموت السريري الإكلينيكي، بين الفقه والطب وأثره على نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مجلة الشريعة والاقتصاد، مجلد1،عدد1،كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012 ،
7. بن زريط ، الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي، مجلة الحقيقة، ،جامعة أدرار،2008،عدد11.
8. بن صغير مراد،معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزرع الأعضاء ،دراسة تأصيلية نقدية،مجلة الشريعة والإقتصاد، ،كلية الشريعة والإقتصاد ،جامعة الأمير عبد القادر ،قسنطينة،2012، المجلد 1،عدد2
9. بوسندة عباس، الحماية الجنائية للإنجاب البشري، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، منشورات جامعة معسكر، جوان 2010، عدد2.
10. بويزري سعيد،نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2008، عدد خاص، الجزء الثاني.
10.تدريست كريمة، تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب،المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ، كلية الحقوق،جامعة تيزي وزو، 2008، عدد خاص، الجزء الأول
11.تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر،.1998، جزء 36، رقم04.
12.تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون،2003، ج 41 عدد 01،
13.حسام الدين كامل الأهواني،المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية"، المجلد17، عدد1، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس،1975
14.حسن مُحَمَّد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء،العراق 2010،السنة الثانية، عدد 01.
15.حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة- في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2010 ، السنة الثانية، عدد 02.
16.خليفة فاطمة،اضطراب الهوية الجنسية و علاقته بالقلق ومفهوم الذات،مجلة الإرشاد النفسي،مصر،2015،عدد42.

17.دعاء مُحَمَّد سيف الدين طه،التحول الجنسي في الفكر الديني اليهودي وتأويله دلاليا في المسرحية العبرية،دراسة في دلالة الشكل و المضمون لمسرحية"لذلك تدعى إمرأة"،للأديب الإسرائيلي يوناتان كلدرون، مجلة رسالة المشرق،منشور على الموقع الإلكتروني : https://rmshreq.journals.ekb.eg/article_88105_303cebc330b20acc5a5239721af42c36.pdf،

18.رايس مُحَمَّد،مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، مجلة المحامي، منظمة المحامين، سيدي بلعباس، 2004،عدد03.

19.رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول،عدد الثاني ،2009ص.309-310 ، منشور على الموقع الإلكتروني : http://www.feqhweb.com/vb/t3712.html .

20.زايدي حميد،الضمانات القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الطبي الجزائري،مجلة المحاماة، ،تيزي زو،2008، عدد07.

21.زبيدة إقروفة،نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،2 ،جامعة مولو معمري، تيزي وزو،2008 ، عدد خاص.

22. زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع .ق .إكلية الحقوق، جامعة تلمسان،2006،عدد40.

23.زكية حميدو،التغيير الجنسي بين التطور العلمي والإجتهاد،المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، جامعة تلمسان ،2018،المجلد 03، عدد02.

24.سليمان النحوي، تحديد لحظة الوفاة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، معارف ،قسم العلوم القانونية ، جامعة البويرة، سنة 2018، عدد13.

25.شريط أيمن، نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة الفكر البرلماني، ،ديسمبر2003، عدد خاص.

26.شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، جامعة الأزهر،2007 الجزء الثاني ،عدد 11 ،

27.صالح عبد العزيز الكريم، الاستنساخ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء3 ، 1483 هـ، عدد10

28.طارق حسن كسّار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية،كلية التربية للعلوم الإنسانية ، جامعة ذي قار،2015 مجلد5،عدد 1 بحث منشور على شبكة الأنترنيت http://utq.edu.iq/Research/pdf10/11.pdf ،تاريخ الإطلاع : 2022/01/30

29.عبد الرحمن خلفي، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2008 ،عدد خاص.

30.عبد الكرم مامون ،إثبات الموافقة بشأن التصرف في حثث الموتى،المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،عدد خاص، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2008 .

31.عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، عدد الثاني، ص 313.منشور على الموقع الإلكتروني https://shamela.ws/book/8356/315

32.عبد الناصر أبو البصل، حفظ الأجنة والخلايا التناسلية وأحكامها الشرعية، مجلة اليرموك،2003 ،مج 16،عدد 04.

33.عدنان عباس موسى، المسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي حول الإستنساخ،مجلة العلوم السياسية،جامعة بغداد،،عدد43،ص.92. منشورة على الموقع

.http://jcopolicy.uobaghdad.edu.iq/index.php/jcopolicy/article/view/233/179

34. علي جمعة،تغيير الجنس لعلاج اضطراب الهوية الجنسية،مقال منشور على الموقع الرسمي للدكتور، .https://www.draligomaa.com

5.غادة عبد القادر أبو حجمة،الاستنساخ البشري بين الشريعة والقانون، دراسات علوم الشريعة والقانون،2017،المجلد 44،ملحق 02.

36.فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، 2003 ، عدد.2 منشور على شبكة الأنترنيت .http://damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/2003/19-2/saleh.pdf.

37.فواز صالح،الإستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية،مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية،2004،المجلد20 ،عدد الأول،

38.قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الإصطناعي تعريفه ، نشاته وموقف المشرع الجزائري منه مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2007 ، عدد الثالث.

39.ليلى بعتاش،الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء، مجلة الشريعة والاقتصاد، ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر2012 ، عدد الثاني، المجلد الأول.

40.مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية،كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006. ،عدد01.

41.مجلة الأحكام العدلية ،منشورة عبر الموقع الإلكتروني : foulabook.com/ar/book/مجلة-الأحكام-العدلية-pdf

42.مجلة مجمع الفقه الإسلامي،الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي،عدد الثاني،الجزء الأول،1986.

43.مُحَمَّد واصل،الإستنساخ البشري في الشريعة و القانون،مجلة جامعة دمشق،المجلد 18 ،قسم القانون الخاص ،2002،عدد الثاني.

44.مُحَمَّد يحي المحاسنة،الإستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية،مجلة الحقوق الكويتية، ،2004، عدد الثالث

45.مروك نصر الدين ،الأم البديلة،La mére porteuse,بين القانون و الشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية،عدد الرابع،المجلد1999،36

46.مروك نصر الدين،التلقيح الإصطناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، جانفي 1999 ،الجزائر.

47.مزياني مُحَمَّد،مسالك الاستبدال الشرعية في عمليات زرع الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، عدد2 ، مجلد1 ،كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير بعد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر2012 .

48.معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها، مجلة نقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد1 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 .

49.مفتاح سليم سعد، الإستنساخ وما يشتبه به،مجلة مركز الإعلام الأمني،البحرين،2011،ص15 منشور على الموقع الإلكتروني www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/58e567bf-f9c6-4c98-a9ae- .

50.نجية عراب تاني، مدى مساءلة الأطباء جنائيا عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونية والإدارية،عدد 3، جامعة سيدي بلعباس، 2005.

51.هجيرة خدام،فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري حماية لمؤسسة الزواج،المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد،جامعة تلمسان، 2020 ، مجلد05 ، عدد02.

52.هند الخولي،تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، 2011 .

ب–باللغة الفرنسية والإنجليزية

1.AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements d'éléments du corps en droit français et koweïtien,revue de la recherche juridique,2004.
2.ANDORNO Roberto , Réflexions sur le clonage humain dans une perspective éthico-juridique et de droit comparé, les cahiers de droit (Paris), Mars 2003.
2. ANKE . A Ehrhardt,JOHN Money, PhD,The Journal of Sex Research,volume44 , 2007.
3.ANOUCHKA Collette, Transsexuels en prison la double peine, article publié sur le site :
https://www.lesinrocks.com/actu/transsexuels-en-prison-la-double-peine-128228-10-02-2010/.
5.BAUDOIN Jean –Louis et LABRUSSE Catherine , Produire l'homme de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles, presse universitaire de France ,1987, publié sur le site :
https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1988_num_10_1_1603_t1_ 0549_0000_2 .
6.BEN CHABANE Hanifa, Prélèvement et transplantation d'organes chez l'enfant, R.A.S.J.E.P,1999 n° 03.
7.BUREAU Marie-France,SAUVÉ Jean-Sébastien,Changement de la mention du sexe et état civil au Québec :critique d'une approche législative archaïque,R.D.U.S. 2011, n°41,p.21 ,article publié sur le site internet :
https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_41/41-1-bureau.PDF.
8. CARRERE d'ENCAUSSE Marine et CYMES Michel, Un bébé sur commande, tout ce qu' il faut savoir sur l'assistance médicale à la procréation, Magazine de la santé au quotidien, Marabout, 2006.
9.COUSTET Thomas ,Gestation pour autrui (filiation),La CEDH condamne la France,Dalloz,actualité,30 juin 2014.
10.DURAND Jean Pierre,"Les conditions d'un assouplissement de la pratique du prélèvement d'organes" , Revue générale de droit médical,2002, n° spécial, Paris.
11. FERREIRA Elsa ,Les transsexuels sont-ils emprisonnés dans la prison pour femmes ou pour hommes ? article publié sur le site https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-nos-vies-connectees/20130319.RUE3398/les-transsexuels-sont-ils-emprisonnes-dans-la-prison-pour-femmes-ou-pour-hommes.html.
12. François Geraud, Mére porteuse et droit de l'enfant,2016, p.06. publié sur le site internet :
https://hal.science/hal-01329458/file/MERE%20PORTEUSE%20ET%20DROITS%20DE%20L%27ENFANT.pdf.
13.FRIANT –PERROT Marine , une modification des conditions du changement de sexe ? Recueil Dalloz, no 35,paris, D.1999

14. GLUCKMAN Eliane, cellules souches : des thérapies pour futur, Commission européenne/ D.G Recherche/ Directorat des Science de la vie, 2002.
15.HILT Patrice, Transsexualisme: états des lieux, publié sur site internet : http/www-iej.u-strasbg.fr/LE TRANSSEXUALISME.htm,.
16.HENNTTE-VAUCHEZ Stéphanie, Disposer de soi ?: Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps, l'Harmattan, Paris, 2004.
17.KUSS, Rapport devant l'académie de médecine, cité par MASSIP Jacques, Rapport sous Cass. civ. 21/05/1990, sur le transsexualisme, Dalloz, Paris, 1991,publié sur le site : https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/JANVIER2011/cas_pratique/D1991.169_MASSIP.pdf
18.LETTERON Roseline,Le droit de la procréation, Presses universitaires de France,1ere édition ,Paris, France,1997.
19.POUSSON - PETIT Jacqueline, L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel R.T.D.civ 1976, éd Sirey, paris, n° 2.
20.RAVILLION Laurence ,Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique , Revue de droit sanitaire et social,1999.
21. YACOUB Zina, Euthanasie et responsabilité pénale du médecin, Revue critique de droit et sciences politiques, numéro spécial 1,Université Mouloud Mammeri,Tizi-Ouzou, 2008 .

د–المداخلات

1.أسماء فتحي عبد العزيز شحاته،الحكم الشرعي في اسقاط عدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا،مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني،القضايا الطبية المعاصرة،جامعة الإمام مُحَّد بن سعود الإسلامية،المملكة العربية السعودية،المجلد الثالث،2010.

2.أعمال مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة في عمان عام1407هـ-1986 ، مجلة البحوث الإسلامية، عدد 33 ،ربيع الأول- جمادى الثاني 1412 هـ، 1991 م، ص 321،منشور في الموقع الإلكتروني https://al-maktaba.org/book/8356،

3.زينب مُحَّد رشاد فهمي البنا،" أطفال على رقائق إلكترونية"، منشورة على الموقع http://kenanaonline.com/zeinabelbana/25462 .

4..عبد الرحمان العدوي ، نقل الأعضاء من الحي أو موتى المخ محرم شرعاً ، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر ربيع أول 1413 هـ ، الموافق لـ 10 –مارس 2009 ،ص23 منشور على الموقع الإلكتروني : https://ebook.univeyes.com/130471/pdf .

5.ماهر حامد الحولي، الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي في أطفال الأنابيب، بحث مقدم في اليوم الدراسي تحت عنوان "التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب بين العلم والفقة"،الجامعة الإسلامية غزة ،كلية الشريعة والقانون، 2004، منشور باختصار في الموقع الإلكتروني http://www.azahera.net/showthread.php?t=10253 .

6.مُحَّد نزيه الصادق المهدي، المسؤولية المدنية العقدية التقصيرية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، بحث مقدم في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون،يومي 05و07 ماي 2002 .

7.- سالم نجم،الإستنساخ البشري محاذيره وفوائده،المؤتمر العالمي السابع للإعجاز العلمي في القرآن والسنة،العلوم الطبية،التشريح والأجنة،2004 ص.07. منشور على الموقع الإلكتروني https://www.zaadbooks.com/download .

8.مهند بنيان صالح, مدى مشروعية استخدام الرحم الظئر (الأم البديلة), دراسة قانونية، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم التطبيقية والسياسية والقانونية، عدد الأول، 2003.

9- تشوار جيلالي ،محاضرة تحت عنوان التغيير الجنسي، ألقيت على طلبة الماجستير تخصص قانون طبي" في مقياس المسائل الطبية الماسة بالأسرة ، بتاريخ 2014/02/23.

رابعا–النصوص القانونية والقرارات الفقهية والمواثيق الدولية

1–النصوص القانونية الوطنية

الدستور

1–مرسوم رئاسي رقم 20–442 المؤرخ في 15 جمادى الأول 1442 الموافق 30ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمر 2020،ح.ر المؤرخة في 2020/12/30، عدد 82،لسنة 57.

2–القانون رقم 16–01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المؤرخة في 7 مارس 2016 ، ج.ر عدد 14،المتضمن التعديل الدستوري.

الأوامر

–3الأمر رقم 66–155 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

4–الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، المعدل والمتمم.

5–الأمر 20 – 70 الصادر في 1970/02/19 والمتعلق بالحالة المدنية،المعدل والمتمم .

6–الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26،المتضمن القانون المدني الجزائري المعدلو المتمم.

القوانين العادية

1–القانون رقم84–11 المؤرّخ في 1984/06/09 ،المتضمن قانون الأسرة،المعدّل والمتمّم بالأمر02/05 المؤرّخ في 2005/02/27، ج.ر 15

2–القانون رقم 85–05 المؤرخ في 1985/02/16،المتعلّق بالصحة و ترقيتها.(الملغى)

3–القانون رقم90–17 ،المؤرخ في31يوليو1990 المعدل و المتمم للقانون رقم 85–05،المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،ج ر.المؤرخة في 1990/08/15 ،عدد 35 لسنة27.(الملغى)

4–القانون رقم 05–04 مؤرخ في 06 فيفري2005،يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين،ج.ر مؤرخة في 2005/02/13، عدد12 لسنة 42،المعدل والمتمم بالقانون رقم 18–01 الصادر بتاريخ 2018/01/30،ح.ر عدد 05.

5–القانون رقم 06–23 ،المؤرخ في 2006/12/20،المعدل والمتمم للأمر الأمر رقم 66–156،المتضمن تعديل قانون العقوبات ج.ر المؤرخة في 2006/12/24،عدد 84.

6–القانون رقم 18–11 المؤرخ في 02 جويلية 2018،يتعلّق بالصحة ،ج.ر ،عدد 46 المؤرخة في 29 جويلية 2018، ، المعدل و المتمم

المراسيم التنفيذية

-1 المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 ،المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب،ج.ر عدد 52.المؤرخة في 1992/07/08 .

-2 المرسوم التنفيذي رقم 22-178 الصادر بتاريخ 28 أفريل 2022،المتعلق بالشهادة الطبية للوفاة،ج.ر عدد 32.

-3المرسوم تنفيذي رقم 20-223 الصادر بتاريخ 2020/08/08 يعدل ويتمم المرسوم رقم 71-157 الصادر بتاريخ 1971/06/03 ،والمتعلق بتغيير اللقب،ج.ر الصادرة بتاريخ 2020/08/11، عدد 47 .

4-المرسوم التنفيذي رقم12-167 ،المؤرخ في 2012/04/05،المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج.ر 22.

5- المرسوم التنفيذي رقم 24-366،المؤرخ في 07 نوفمبر 2024،يتعلّق بالشهادة الطبية والفحوص والتحاليل قبل الزواج،ج.ر الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 2024 ، عدد 76 .

القرارات و التعليمات

1-القرار الصادر عن وزير الصحة في 2002/11/19 ،يحدد معايير الوفاة لغرض انتزاع الأعضاء من جثة المتوفى.

2-القرار الصادر عن وزير الصحة في 2002/10/02،يحدد بمقتضاه المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل الأعضاء.

التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 الصادرة عن وزارة الصحة والتي حددت سن 50 سنة كحد أقصى للمرأة الخاضعة لعملية التلقيح الصناعي.

https://ar.wikipedia.org/wiki/

2-النصوص القانونية المقارنة

أ-باللغة العربية

1-القانون رقم 58 لسنة1937 المعدل بالقانون 95 لسنة 2003 م المتعلق بإصدار قانون العقوبات المصري

2-القانون المدني المصري الصادر في 16 يوليو لسنة 1948 .

3-قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم 28 لستة 2002 الصادر في 02 يونيو 2002

4-القانون رقم 79 لسنة 2003 الصادر بتاريخ 2003/06/08 المتضمن تعديل أحكام القانون رقم 103 لسنة 1962 بشأن إعادة تنظيم بنوك العيون المصري

5-القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية ،المؤرخ في 06مارس 2010 ،الجريدة الرسمية2010، عدد 09 مكرر

6-القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية

7- لائحة آداب مهنة الطب المصري،الصادر عن وزير الصحة تحت رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 05 سبتمبر 2003.

8-المرسوم بقانون اتحادي رقم 04 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية و قرار مجلس الوزراء رقم 40 لسنة 2019م في شأن اللائحة التنفيذية،منشور على الموقع الإلكتروني :pdf قانون المسؤولية الطبية https://courts.rak.ae/Shared Documents/Lawsanddecisions

ب–باللغة الفرنسية

1-Code pénal ,modifié par la loi n°2022-92 du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, JORF n°0026 du 1 février 2022,texte n°03,publié sur le site internet :www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2022/1/31/ECHX2127873L/jo/texte-
2-Code procédure pénal, édition DALLOZ,2009. ,modifié par la loi n°2022-92.
Code civil , modifié par la loi n° 2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation
3- Loi 76-1181du22/12/1978 relative au prélèvement d'organes (loi Caillavet),JORF du 23/12/1976
4-Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 modifié par la loi 91-86 du 23/01/1941 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.
5-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 (1), JORF n°175 du 30 juillet 1994 ,abrogé par Ordonnance 2000-548 2000-06-15 art. 4 I JORF 22 juin 2000.
6-Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, modifié par la loi n°2022-92
7-Loi n° 2004-800 du 06 août 2004, relative a la bioéthique, JORF 07 août 2004.
8-Loi n°2005-370 du 22 avril 2005,relative aux droits des malades et à la fin de vie (loi Léonetti),publiée sur le site :
https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000446240/, consulté le 08/08/2022.
9-loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique .
10-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.
11-loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.
12-loi loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ,JORF n°0178 du 3 août 2021
13-Ordonnance n° 2016-1406 du 20 octobre 2016 portant adaptation et simplification de la législation relative à l'Etablissement français du sang et aux activités liées à la transfusion sanguine, JORF n°0246 du 21 octobre 2016.
14-Ordonnance n° 2018-4 du 3 janvier 2018 relative à la simplification et à la modernisation des régimes d'autorisation des activités de soins et d'équipements matériels lourds, JORF n°0002 du 4 janvier 2018.
15-Ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019 prise en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n°0218 du 19 septembre 2019.
16-Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou

médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique.
17-Ordonnance n° 2022-1086 du 29 juillet 2022 portant adaptation du droit français au règlement (UE) 2017/746 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2017 relatif aux dispositifs médicaux de diagnostic in vitro.
18-Décret n°96-1041 du02/12/1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes ,de tissus et des cellules à des fins thérapeutique ou scientifiques, modifiant le code de la santé publique ,JORF n°282 du 04/12/1996 .Dans un avis donné sur l'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de la mort cérébrale, rendu le 07/11/1988,le comité consultatif national d'étique 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 31/12/1941 avait retenu le critère de l'arrêt de la circulation sanguine ;un circulaire du 24/04/1968 a substitué à ce critère celui de la mort cérébrale ou du coma dépassé. pour plus de détails V.LACUBE Marcela ,la construction de la mort en droit français, Enquête en ligne(7/1999) publie sur le site https://journals.openedition.org/enquete/1564 ,consulté le 09/06/2022.
19-Décret n° 2008-332 du 04/09/2008 relatif à l'Agence biomédicale, en complément du décret n° 2012-1035 du 09/07/2012
20-Décret n° 2010-125 du 08 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».
21-Arrêt N° 15011 du 22/09/2014 , (Assistance médicale à la procréation - Adoption),c.cass 2eme, ch civ , publié sur le site internet, consulter le 15/08/2019 : http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/cour-de-cassation-22-septembre-2014-n-15010-et assistance-medicale-a-la-procreation-adoption/?pdf=613358
22-Circulaire de la DACS n°CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil,NOR : JUSC1012994C, publié sur le site internet :http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1012994C.pdf ,consulté le28/09/2022.
23-Avis du 30 juin 2010 relatif à la prise en charge des personnes transsexuelles incarcérées .JORFn°0170du25juillet2010,publier surle site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022512514 .**24**-Protocole additionnel du 12 janvier 1998 à la convention pour la protection des droits de l' homme et de la dignité de l' être l'humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant l' interdiction du clonage d' être humain Approuvé par l'Assemblée fédérale le 20 mars 2008 , publié sur le cite internet : https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20011535/index.html ,
25-Code civil du Quebec , publié sur le site internet https://digital.library.mcgill.ca/ccro/files/Rapport_ORCC_v2t1_commentaires_livres_1-4.pdf
26-CEDH req. 57/1990/248/319, 25 mars 1992, B. c. F

3-قرارات وفتاوى الهيئات الفقهية والدولية

1. مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 01 ،الدورة الرابعة المنعقد في جدة من 06إلى 11 فبراير 1988 ،منشور على الموقع الإلكتروني https://al-maktaba.org/book/33954/5106 ،

2. مجمع الفقه الإسلامي ،قرار رقم قم 94 (10/2) المتعلّق بالإستنساخ البشري الصادر في مؤتمره العاشر بجدة بالمملكة العربية السعودية خلال الفترة الممتدة من 28 جوان1997 إلى 03 جويلية 1997 ،منشور على الموقع الإلكتروني:
http://www.iifa-aifi.org/2013.html

3.مجمع الفقه الإسلامي الدولي،قرار رقم1999/56 والمتعلق باستخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء،منشور على الموقع الإلكتروني https://iifa-aifi.org/ar/1800.html

4.مجمع الفقه الإسلامي في حكم عمليات تحويل الجنس،بتاريخ 2005/06/01 ،منشور على موقع الأنترنيت https://al-maktaba.org/book/31621/23054 ،

5.المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ، القرار الثاني الخاص بالتلقيح الإصطناعي ،الدورة الثامنة، 1405هـ، على الموقع الإلكتروني http://www.themwl.org/Fatwa/default.aspx?d=1&cidi=100&cid=12

6.مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة ، القرار الثاني ،الدورة الثامنة بشأن التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب ،بتاريخ 12 محرم 1433 الموافق ل 07 ديسمبر 2011 ،الموقع الإلكتروني: https://ar.themwl.org

7. مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حول التلقيح الإصطناعي و أطفال الأنابيب ،منشورة على الموقع الإلكتروني http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-32-4571.htm ،

8.مجمع الفقه الإسلامي ،بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، عدد الثاني، ص328 منشور على الموقع الإلكتروني
https://baitalzakat.com/files/decisions-laws/baitalzakat.com-L100025.pdf

9.المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث،منشور على موقعه الإلكتروني: https://www.e-cfr.org/

10.فتوى الشيخ يوسف القرضاوي ،منشورة على الموقع الإلكتروني:
www.elazayem.com/main/problems_categories/مشاكل_جنسية/التحول_الجنسي_بين_الطب_والدين/596،

11.منظمة الصحة العالمية « استنساخ البشر لأغراض الإنجاب -حالة النقاش الدائر في الجمعية العامة للأمم المتحدة- » منشور على الموقع الإلكتروني http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/EB115/B115_ID2-ar.pdf

12. منظمة الصحة العالمية، اتخاذ موقف اقليمي من الإستنساخ البشري، ،المكتب الإقليمي لشرق المتوسط،الدورة الحادية والخمسون ، البند07 من جدول الأعمال،2004 ،ص07 منشور على الموقع الإلكتروني :
https://apps.who.int/iris/handle/10665/122274

13.استنساخ البشر لأغراض الإنجاب:حالة النقاش الدائر في الجمعية العامة للأمم المتحدة،وثيقة المعلومات رقم02 ،ديسمبر2004 ،ص05 منشورة على الموقع الإلكتروني
https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/22514/B115_ID2-ar.pdf?sequence=1&isAllowed=y

14.قرار رقم 792 –د25 بتاريخ 2009/11/19 ، المتضمن القانون العربي الإسترشادي لمنع الإستنساخ البشري لأغراض التناسل أولأغراض تجريبية،منشور على الموقع الإلكتروني

http://www.protectionproject.org/wp-content/ PublishingImages.pdf

15.قرارات جمعية الصحة العالمية الثالثة والستون(ج .ص.ع 63-22) بتاريخ 21 أيار 2010 ،منشورة علة الموقع الإلكتروني

https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA63/A63_R22-ar.pdf?ua=1

4–اتفاقيات دولية

1.الإتفاقية العربية لمنع ومكافحة الإستنساخ البشري،منشورة على الموقع الإلكتروني، https://uqn.gov.sa/?p=17352 ،

2.افتتاح مؤتمر الحيرة حول الإستنساخ بمشاركة عربية ودولية في دبي،ملخص منشور عبر الموقع الإلكتروني ،

https://www.albayan.ae/across-the-uae/1998-04-05-1.1027779

3.إعلان إسطنبول حول تجارة الأعضاء وسياحة زراعة الأعضاء، منشور على الموقع الإلكتروني .

https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2008_Arabic-English.pdf

4.مبادئ يوغياكارتا التي وضعها أعضاء الفريق الدولي لخبراء القانون الدولي لحقوق الإنسان المكلف بالتوجه الجنسي وهوية النوع ،منشورة على الرابط الإلكتروني:

https://www.refworld.org/cgi-

bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e752 ،

5.توصية لجنة الوزراء في مجلس أوروبا لعام 2010 ، يرجى تصفح على الموقع الإلكتروني

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805b1652 ،

1.La Déclaration universelle sur la bioéthique et les doits de l'homme (Historique, principes et application, sous la direction dz Henk A.M.J. et Have et Michèle S. Jean,Collection Ethiques, Edition UNESCO, 2009, p.17, publié sur le site : http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001829/182954f.pdf , consulté le 20 octobre 2019.

2.Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, 19 October 2005

3.Résolution du Parlement européen n°B5-0710/2000 du 5 septembre 2000 publié sur le site internet : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B5-2000-0710+0+DOC+XML+V0//FR, consulter le 01/02/2020 .

خامسا–المعاجم

1.ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، دار الحديث، القاهرة،2013

2.ابن منظور،لسان العرب ،دار صادر،بيروت 2003.

3.ابن منظور،لسان العرب،ج264/9،دار إحياء التراث العربي،لبنان ،1988 .

4.أحمد بن مُحَّد علي الفيومي المقري، المصباح المنير،معجم عربي عربي،مكتبة لبنان ،لبنان (د.ت)
5.المنجد في اللغة والأعلام، طبعة 42 ، دار المشرق، بيروت،2007 .
Cf Le Petit Larousse Illustré, librairie Larousse, France .2009.

مقدمة	01
الباب الأول : الأعمال الطبية على الجسم البشري قبل الولادة –حالة الجنين	09
الفصل الأول : المساعدة الطبية على الإنجاب كآلية طبية لمعالجة العقم	10
المبحث الأول: التلقيح الإصطناعي وأثره على حرمة الكيان الجسدي	10
المطلب الأول: مفهوم التلقيح الإصطناعي	11
الفرع الأول: التطور التاريخي للتلقيح الإصطناعي	12
الفرع الثاني : تعريف التلقيح الإصطناعي	15
الفرع الثالث :تمييز التلقيح الإصطناعي عما يشابهه من ممارسات طبية	19
المطلب الثاني: شروط التلقيح الإصطناعي	23
الفرع الأول : الشروط القانونية للتلقيح الإصطناعي	24
الفرع الثاني :مبرّرات وأسباب اللجوء لتقنية التلقيح الإصطناعي	36
الفرع الثالث : القيود الطبية على عملية التلقيح الإصطناعي	40
المبحث الثاني: الطرق الطبية والعلمية للتلقيح الإصطناعي الداخلي	44
المطلب الأول: التلقيح الإصطناعي الداخلي بين الزوجين	45
الفرع الأول : تعريف التلقيح الإصطناعي الداخلي وطريقته الطبية	45
الفرع الثاني :الموقف الشرعي من التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين	48
الفرع الثالث : موقف القانون و القضاء من التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين	56
المطلب الثاني: التلقيح الإصطناعي الداخلي بتدخل الغير	68
الفرع الأول : تعريفه و صوره	68
الفرع الثاني : موقف الفقه من التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير	70
الفرع الثالث: موقف القانون و القضاء من التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير	72
المبحث الثالث : التلقيح الإصطناعي الخارجي	77
المطلب الأول : التلقيح الإصطناعي الخارجي بين الزوجين	78

الفرع الأول : تعريفة و بيان صوره	78
الفرع الثاني : الأسباب الطبية المؤدية للتلقيح الإصطناعي الخارجي	84
الفرع الثالث : الحكم الشرعي لحالات التلقيح الإصطناعي الخارجي .	87
الفرع الرابع : التلقيح الإصطناعي الخارجي من منظور قانوني و قضائي	92
المطلب الثاني : التلقيح الإصطناعي الخارجي عن طريق الأم البديلة	95
الفرع الأول: تعريف الحمل لحساب الغير ،صوره و أطرافه	95
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد تأجير الرحم	101
الفرع الثالث: مدى مشروعية الحمل باستعمال الأم البديلة	106
الفصل الثاني: الإستنساخ البشري	121
المبحث الأول : ماهية الإستنساخ و حقيقته العلمية	122
المطلب الأول : مفهوم الإستنساخ	123
الفرع الأول: تعريف الإستنساخ	123
الفرع الثاني : الإستنساخ الطبيعي والإصطناعي	130
الفرع الثالث: تمييز الإستنساخ البشري عما يشابهه من تقنيات	133
المطلب الثاني: تقنيتي الإستنساخ البشري وما يترتب عنها	135
الفرع الأول : تقنية النقل النووي للخلايا	135
الفرع الثاني : تقنية التشطير الجيني للأجنة	136
الفرع الثالث: الإيجابيات والسلبيات الناتجة عن علمية الإستنساخ البشري	138
المبحث الثاني: صور الإستنساخ على الجسم البشري	143
المطلب الأول:الإستنساخ البشري العلاجي	144
الفرع الأول: إستنساخ الأجنة البشرية لإستعمال خلاياها الجدعية	145
الفرع الثاني: الإستنساخ العلاجي كطريقة للحصول على أعضاء بشرية	149
المطلب الثاني : الإستنساخ الإنجابي الجنيني	152
الفرع الأول: تعريفة وخطواته	152

الفرع الثاني:الغرض من الإستنساخ الجنيني	154
المطلب الثالث: الإستنساخ الإنجابي الجسدي	156
الفرع الأول : تعريفة	157
الفرع الثاني : الدوافع الطبية للإستنساخ الإنجابي الجسدي	157
الفرع الثالث :السلبيات التي صاحبت الإستنساخ الجسدي	159
المبحث الثالث: النظرة الشرعية و القانونية للإستنساخ البشري	161
المطلب الأول:موقف الشريعة الإسلامية من عمليات الإستنساخ البشري	162
الفرع الأول: حكم الإستنساخ البشري الإنجابي الجنيني	162
الفرع الثاني: حكم الإستنساخ البشري الإنجابي الجسدي	169
المطلب الثاني: الاستنساخ البشري في الإتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية	175
الفرع الأول: موقف المنظمات العالمية	175
الفرع الثاني: موقف المؤتمرات الدولية والعلمية من الاستنساخ البشري	181
الفرع الثالث :الإستنساخ البشري من الجانب القانوني	185
الباب الثاني :التدخلات الطبية على الجسم البشري بعد الولادة	194
الفصل الأول: نقل وزرع الأعضاء البشرية كآلية طبية لفائدة الإنسان	196
المبحث الأول: الأحكام العامة لنقل وزرع الأعضاء البشرية و أساسها الشرعي	197
المطلب الأول: مفهوم عملية نقل العضو البشري	198
الفرع الأول: تعريف عملية نقل الأعضاء البشرية وتحديد مصادرها	198
الفرع الثاني: التمييز بين نقل الأعضاء البشرية وبعض العمليات الطبية لغاية علاجية	204
الفرع الثالث:الأعضاء البشرية الجائز التبرع بها	212
الفرع الرابع : الأعضاء البشرية التي لا يجوز استئصالها	215
المطلب الثاني : الأساس الشرعي لعملية نقل و زرع الأعضاء البشرية	218
الفرع الأول: الاتجاه المحرم لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	219
الفرع الثاني : الاتجاه المبيح لنقل وزرع الأعضاء البشرية	225

المطلب الثالث : النظريات الفقهية والأساس الطبية لإباحة عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية	231
الفرع الأول :النظريات الفقهية لتبرير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	231
الفرع الثاني:الشروط الطبية لعملية نقل و زرع الأعضاء البشرية	240
المبحث الثاني : الأساس القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية	248
المطلب الأول: نظرة المجتمع الدولي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية	249
الفرع الأول: موقف المنظمات الدولية من عمليات نقل و زرع الأعضاء	249
الفرع الثاني : موقف المنظمات العربية من عمليات نقل و زرع الأعضاء	252
المطلب الثاني : الموقف القانوني من عمليات نقل وزرع الأعضاء	253
الفرع الأول : عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون الفرنسي	254
الفرع الثاني : عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون المصري	257
الفرع الثالث : عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري.	260
المبحث الثالث : الجثة كمصدر للأعضاء البشرية	282
المطلب الأول: كيفية تحديد الوفاة	283
الفرع الأول : المعايير المعتمدة في إعلان الوفاة	284
الفرع الثاني :مسألة الوفاة بين اللآراء الطبية و القانونية	291
الفرع الثالث دور أجهزة الإنعاش الإصناعي في المحافظة على سلامة أعضاء الجثة	293
المطلب الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي وتحديد زمن الوفاة	302
الفرع الأول: الموقف الفقهي من تحديد لحظة الوفاة	303
الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي في تحديد الوفاة	309
الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي في تحديد الوفاة	314
المطلب الثالث : الضوابط العامة لاستئصال الأعضاء من الجثة	318
الفرع الأول: الشروط المطلوبة لاستئصال الأعضاء من الجثة	318
الفرع الثاني :موقف الشخص في التصرف في جسمه بعد موته	322
الفرع الثالث: انتقال حق التصرف في الجثة إلى الغير	329

الفرع الرابع:موقف الشريعة الإسلامية من المساس بالجثة	338
الفصل الثاني : التغيير الجنسي وما يثيره من إشكالات قانونية و طبية	346
المبحث الأول:ماهية التغيير الجنسي	349
المطلب الأول : تعريف التغيير الجنسي وتحديد طبيعته	350
الفرع الأول : التعريف اللغوي والإصطلاحي للتغيير الجنسي	350
الفرع الثاني : تمييز التغيير الجنسي عن بعض المفاهيم المشابهة له	354
الفرع الثالث : دوافع التحول الجنسي	359
المطلب الثاني : مدى مشروعية التغيير الجنسي في الشرائع السماوية	363
الفرع الأول: موقف الديانة اليهودية	363
الفرع الثاني: موقف الديانة المسيحية	365
الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية	367
المطلب الثالث :معايير تحديد الجنس	376
الفرع الأول :المعيارين العضوي والغدة التناسلية	376
الفرع الثاني : المعيارين الكروموزومي والهرموني	379
الفرع الثالث: معياري الجنس النفسي والسلوك الاجتماعي	381
المبحث الثاني :الآثار القانونية الجديدة للمتغير الجنسي	384
المطلب الأول: الآثار القانونية للتغيير الجنسي في بعض التصرفات	385
الفرع الأول :في المسائل الخاصة	385
الفرع الثاني: في المسائل الجنائية	392
المطلب الثاني: مدى مشروعية عمليات التغيير الجنسي	399
الفرع الأول: موقف القضاء والقانون الفرنسيين	400
الفرع الثاني: موقف القضاء والقانون المصريين	409
الفرع الثالث: موقف القضاء والقانون الجزائريين	417

الخاتمة.	**426**
قائمة المصادر	**434**
الفهرس	**435**

ملخص:

إن الطفرة التي يشهدها العالم في مجال الطب البشري تركت أثرا واضحا على نطاق حماية الجسم البشري وحق الإنسان في الحياة،حيث لم تترك جزء من أجزاء الجسم البشري إلا واتخذت منه موضوعا للبحث.وعلى الرغم من الجانب الإيجابي للممارسات الطبية في علاج الأمراض المستعصية، والتي ساهمت في إنقاذ العديد من البشر من الموت،إلا أنها أصبحت أكثر خطورة نظرا لخروجها عن القواعد المعروفة التي كانت تحمي حق الإنسان في الحياة.

ويبقى الهدف من جعل البحث في المجال الطبي تحت الرقابة القانونية هو ضمان كرامة واحترام حرمة الجسم البشري،مع الإستفادة من مزايا الممارسات الجديدة في علاج الأمراض ومواكبة التطورات في مجال البحث العلمي بما يخدم البشرية ،وتوفير الحماية القانونية حتى لا تخالف القواعد القانونية داخل المجتمع.

الكلمات المفتاحية : جسم بشري،ممارسات طبية، تغيير جنسي،استنساخ، زراعة الأعضاء.تلقيح اصطناعي

Résumé :

Le bond en avant que connaît le monde dans le domaine de la médecine humaine a eu un impact évident sur la protection du corps humain et le droit à la vie de l'homme. En effet, aucune partie du corps humain n'a échappé aux recherches. Bien que les pratiques médicales aient eu un impact positif dans le traitement des maladies incurables, contribuant ainsi à sauver de nombreuses vies humaines, elles sont devenues plus risquées en raison de leur déviation par rapport aux règles établies qui protégeaient le droit à la vie.L'objectif de soumettre la recherche dans le domaine médical à un contrôle juridique est de garantir la dignité et le respect de l'intégrité du corps humain, tout en profitant des avantages des nouvelles pratiques médicales dans le traitement des maladies et en suivant les évolutions de la recherche scientifique au service de l'humanité, tout en assurant une protection juridique pour éviter toute violation des règles légales au sein de la société

Mots-clés: Corps humain, pratique médicales, changement de sexe, clonage, greffe d'organes , insémination artificielle .

Abstract :

The breakthrough that the world is witnessing in the field of human medicine has had a clear impact on the scope of protecting the human body and the right to life. No part of the human body has been left untouched, becoming a subject of research. Despite the positive side of medical practices in treating incurable diseases, which have contributed to saving many lives, they have become more dangerous due to deviating from the well-established rules that once protected the human right to life.

The goal of placing medical research under legal supervision remains to ensure the dignity and respect for the sanctity of the human body, while benefiting from the advantages of new practices in disease treatment, keeping up with developments in scientific research for the benefit of humanity, and providing legal protection to prevent violations of legal norms within society

Key words: Human body, Medical practices, Gender change, Cloning, Organ transplantation, artificial insemination.