جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

أحكام التصرف في الجسم البشري
- دراسة مقارنة -

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي

من إعداد الطالب:

سعيدي محمد نجيب

تحت إشراف:

أ.د. تشوار جيلالي

لـــجنة المناقشة :

– أ.د. بـــدران مـــراد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيســـــا
– أ.د. تشوار جيـــلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
– أ.د. تشوار حميدو زكية	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مناقـــشا

السنة الجامعية : 2017-2016

بســـــــم اللّـــه الرّحمـــن الرّحيـــم

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

الآية 85 من سورة الإسراء.

الإهـــــــــداء

عرفانا بالجميل أهدي ثمرة عملي هذا إلى أغلى وألطف 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 .

إلى أخواي و أختي العزيزة وطفليها .

إلى أساتذتي الذين لم يدخروا جهدا من أجل تحصيل دراستي،ورسوا في أعماقي طلب العلم .

إلى كل الأصدقاء و الزملاء.

شكر و تقدير

الحمد والشكر لله أولا وأخيرا على عظيم نعمه وجزيل فضله فهو مبدأ الحمد ومنتهاه لا أحصي ثناء عليه هو كما أثنى على نفسه،حباني بنعمة طلب العلم وسهّل لي طريقه .

وامتثالا للتوجيه النبوي «من لا يشكر الناس لا يشكر الله».

يسرّني أن أتقدّم بجزيل الشكر والإمتنان إلى أستادي الدكتور "تشوار جيلالي" على قبوله الإشراف على هذه المذكرة، وعلى تشجيعه وحرصه الدائم طوال فترة التأطير،والذي لم يبخل علي بوقته وعلمه وتوجيهاته القيمة رغم كثرة انشغالاته.فأسأل الله عزّ و جلّ أن يمنّ عليه بموفور الصحة والعافية و أن يجازيه عني وعن طلاب العلم خير الجزاء.

كما أتوجه بالشكر الخالص والإحترام الكبير إلى عضوي لجنة المناقشة الأستاد الدكتور بدران مراد والأستادة الدكتورة حميدو تشوار زكية،على قبولهما قراءة ومناقشة هذه المذكرة،ولا شكّ أن اشراكهما في هذه اللجنة الموقرة سيزيد من قيمة هذه المذكرة من خلال توجيهاتهما و ملاحظاتهما القيمة.

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل.

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.إ.ج : قانون الإجراءات الجزائية
ق.أ : قانون الأسرة الجزائري
ق.م.ج :القانون المدني الجزائري
م.ج.ع.ق.إ.س :المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية 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
Ch.civ. : chambre civile.
D. : Dalloz
éd. : Edition
JORF. : Journal Officiel de la république française .
N°,n° : Numéro.
Op. cit. : Ouvrage précité.
P. : Page (s).

مـــقـــدمـــة

إن العصر الحالي هو عصـــر التطـــورات العلميـــة المتتاليـــة خاصـــة منهـــا الطبيـــة والبيولوجية، التي اهتمت بالجسم البشري وبأعضائه،ولأن العلم في تقدمه لا يعرف الحدود ولا حتى القوانين التي تحكمه لأنه غالبا ما يتعلق بأمور تقنية وفنية، مما أدى إلى ايجاد عدة أســـاليب طبيـــة حديثة لم تكن معروفة في الماضي، ساهمت في وقاية الإنسان من الأمراض المستعصية التي كـــان علاجها ضربا من المستحيل ،لكن في المقابل رتّبت آثارا بالغة الأهمية خاصة منهـــا فـــي الجانـــب القانوني عندما تُنتهك حرمة الكيان الجسدي[1].

ورغم أن حرمة الإنسان وسلامته البدنية من الحقوق اللصيقة بالشخصية ومن أهم الحقوق الدستورية[2] التي يتمتع بها الشخص في مجتمعه، حيث يعاقب القانون على كل فعل يمسّه،إلا أن ذلك لم يمنع بعض الأفعال أو التصرفات الطبية من التعدي على حرمة الكيان الجسدي، مما يستدعي في الكثير من الأحيان بقواعد القانون إلى ضبط مجالها وتنظيمها مما يتفق مع القيم الإجتماعية والأخلاقية حتى تتحقق الحماية والنفع للبشرية.

وبظهور الوسائل الطبية الفنية الحديثة تخطى الطب حدود الأعمال الطبية التقليدية، ليـــدخل في مرحلة جديدة من خلال تبسيط طرق التشخيص والمعالجة واختصار الطريق وربح الوقت، وفتح المجال أمام البحث القانوني لوضع قواعد قانونية للمسؤولية الطبية التي تحكـــم هـــذه الإكتشـــافات الجديدة والتي تتعلق بالكيان الجسدي.

ولما كانت السلامة الجسدية لجسم الإنسان من مقتضيات التقدم ومواكبة متطلبات الحياة، فإن الحقيقة التي أثبتتها التطورات العلمية الطبية ،توصلها إلى معالجة الكثير من الأمراض المستعصية بطرق علاجية حديثة مثل عمليات نقل الأعضاء وإعادة زرعها والتجارب الطبية وعمليات التلقيح الإصطناعي وغيرها من العمليات التي تعتبر آخر تطورات العلم الحديث [3].

---

[1] أنظر، سعيد محمد الحفار،البيولوجيا و مصير 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 ،تاريخ الإطلاع 2016/05/12 .

[2] راجع المادة 40 من الدسنور الجزائري المعدل بالقانون رقم 16-01 ،المؤرخ في 2016/03/06 ، ج.ر رقم 14

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

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 والى أكثر من ذلك حيث يمكن لكل من لم يرض بجنسه الأصلي، كذكر أو كأنثى، أن يغيره كيف ماشاء واكتساب بذلك الجنس الذي فيه[1].

كما أن تحديد حياة الإنسان ونهايتها،تدخلت فيها يد الأطباء، وهذا بفضل الإمكانيات المستحدثة، فكما يمكن تمديد الحياة بفضل أجهزة الإنعاش الصناعي ولو لأيام، يمكن بالمقابل إنهاء حياة المريض بمرض ميؤوس من شفائه، باستفادته من رحمة يد الطبيب للتخفيف من معاناته بل إنهائها كليا، وتسهيل موته بكرامة. ولا يقتصر الأمر على إنهاء حياة الإنسان البالغ فحسب، بل يمكن 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].

إضافة إلى ذلك،" أصبحت الأعضاء البشرية شبه " قطع غيار" تنقل إلى المرضى لإنقاذ حياتهم، سواء بين الأحياء فيما بينهم بنزع عضو من إنسان وزرعه في إنسان مريض أو من الأموات إلى الأحياء بدافع الإنسانية تارة، وبدافع المتاجرة بها تارة أخرى. إلا أن ذلك لم يمنع من خروج هذه العمليات من بعدها الإنساني المحض ،الذي غالبا ما يتم دون مقابل، إلى جعلها تجارة وصفقات باهضة" [3] .

في حين أن رغبة الإنسان في الإنجاب، وتحدي العقم الذي كان رهانا لعلم الطب، تمكن من إخراجه من دائرة القدر المحتم على صاحبه بفضل التقنيات الطبية الحديثة التي قدمت له حلولا علمية طبية تمكنه من الحصول على طفل، طالما حرم منه وتخلصه من مركب النقص الاجتماعي

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

[2] سعيد محمد الحفار،المرجع السابق ،ص. 19.

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

الذي كان يشعر به، وذلك بإحداث الإخصاب بالطرق الإصطناعية، ليس بين الزوجين فقط، بل يمتد إلى إدخال طرف ثالث خارج العلاقة الزوجية.

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.

ومن هنا تمّت إعادة النظر من جديد في المفهوم التقليدي لمبدأ حرمة الكيان الجسدي، وأصبحت أعضاء الجسم ومشتقاته محلا للإنتفاع.بحيث لم يعد هناك شيء يرمى إن صحّ التعبير من دم وأعضاء وخلايا 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[1].

وبما أن موضوع بحثنا يتمحور حول الجسم البشري و أحكام التصرف فيه من خلال عمليات نقل الأعضاء وتقنية التلقيح الصناعي والتجارب الطبية بالإضافة إلى التغيير الجنسي والإستنساخ البشري ،كل ذلك أدى إلى جعل هذا الجسم البشري ليكون مجالا خصبا لمثل هذه التصرفات و التي تهدد أحيانا مبدأ حرمة الكيان الجسدي، حيث 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.

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

ومما تقدم يظهر لنا جليا أنه من بين الأسباب التى دفعتنا للخوض في هذا الموضوع هو معالجة قضايا حديثة الساعة خاصة تلك التي لها مساس مباشر بالإنسان،ومحاولة معرفة مدى تأثر الجسم البشري بالتطور الطبي من خلال عرض بعض الصور أو التصرفات التي يمكن تصوّرها أن تقع على الجسم البشري وفتح الباب أمام الدراسات القانونية والفقهية الداخلية لتغيير المسار القانوني التقليدي،و وضع حد للانتهاكات المتكررة على الجسم البشري تحت غطاء خدمة العلم والبشرية، وحق الشخص بالتمتّع بصحة جيدة خاصة مع انتشار عمليات المتاجرة بالأعضاء البشرية بعدما استعصى معالجة بعض الأمراض إلا عن طريق زرع الأعضاء مباشرة.

تزداد أهمية الموضوع خاصة إذا كان حديث الساعة وجديد على التشريع الجزائري، الأمر الذي يفرض علينا ابراز النقاط الأساسية التي يتوجب علينا معالجتها عند تطرّقنا لمثل هذه المواضيع .

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

ومما سبق ذكره يمكن طرح الإشكالية الرئيسية التي يتناولها موضوع البحث والمتمثلة أساسا في :

ما هي الظوابط القانونية التي تحكم التصرفات الواقعة على الكيان الجسدي؟ وتتفرع عنها مجموعة من التساؤلات يمكن حصرها في :

- هل الشخص له الحرية المطلقة للتصرف في جسده؟
- ما مدى فعالية القواعد القانونية في إرساء حماية متكاملة للجسم البشري ؟

ولا 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 و الفنية للكثير من التقنيات الحديثة المستعملة في التدخل الطبي مما يستدعي التقرب من أهل الإختصاص لتوضيح الرؤى .

وللإجابة على هذه التساؤلات، سنتبع المنهج التحليلي في تحليل بعض النصوص القانونية والأحكام القضائية والفقهية التي لها علاقة بالموضوع من أجل استنباط موقف كل من القانون والقضاء والفقه والشريعة الإسلامية في توفير الحماية للكيان الجسدي،وتبيان آليات الحماية المقررة للوقوف على مدى نجاعتها.بالإضافة إلى المنهج المقارن لتبيان المواقف الفقهية والتعريفات الشرعية والقانونية خاصة مع القانونين الفرنسي والمصري،لأن هذا الموضوع يعتبر حديثا بالنسبة للتشريع الجزائري فلم ينظمه تنظيما كاملا بعد.أما المنهج الوصفي فتّم استعماله لتوضيح بعض المفاهيم العلمية المتعلقة بالموضوع وذكربعض أشكال الإنتهاكات التي تمس حرمة الجسم البشري.

ومن أجل الإحاطة بجميع عناصر الموضوع ، سيتم تقسيم هذه الدراسة وفق خطة ثنائية تتمثل في :

الفصل الأول: ماهية الجسم البشري والتصرفات القانونية المتعلقة به.

الفصل الثاني: التصرفات الطبية الواقعة على الجسم البشري.

الفصل الأول

ماهية الجسم البشري
والتصرّفات القانونية المتعلقة به

يراد بالتصرف القانوني الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين سواء ثم التصرف بإرادتين أو بالإرادة المنفردة، وبذلك فهو يختلف عن العمل المادي الذي هو واقعة قانونية يرتب عليها القانون أثرا. ولعل الحديث عن هذه التصرفات القانونية فيما يتعلق بجسم الإنسان يكون مجالها الخصب الأعضاء البشرية، لأن الجسم ما هو إلا الوعاء الحاوي لهذه الأعضاء التي تمثل حياته و نه ايته. ولقد حظي الجسم البشري باهتمام كبير من طرف رجال الدين و القانون ، ذلك فإن الإنسان كان ولا يزال محور اهتمام الدراسات والبحوث القانونية ومختلف القوانين الوضعية والتنظيمات الداخلية والدولية[1].

ولمّا كان القانون يقر حقوقا شخصية للفرد، فإنه بالمقابل يفرض حماية قانونية من شأنها ضمان عدم المساس بهذا الحق أوالمساس به، لذلك ارتأينا في هذا الفصل تسليط الضوء على الجسم البشري وسرد بعض المفاهيم الخاصة به في المبحث الأول، ثم نتناول في المبحث الثاني إلى أهم التصرفات الواقعة على الأعضاء البشرية .

المبحـــث الأول

ماهية الجسم البشري

يحظى جسم الإنسان بعناية خاصة إذ أنه يشكل عنصرا أساسيا في تكوين الشخصية بحيث تعتبر حرمة جسم الإنسان وسلامته من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد في المجتمع ، لأن المجتمع لا يمكن له أن يحرز تقدما إلا إذا كان هذا الحق محاطا بحماية قانونية كاملة. ولقد ظهرت بوادر هذه الحماية منذ القدم في ظل التشريعات القديمة، كما قدمت التشريعات الوضعية الكثير من الإهتمام لجسم الإنسان وهذا بتسخير كافة الوسائل المادية والمعنوية من خلال النصوص والدساتير والقوانين والمعاهدات والقوانين الدولية[2].

[1] أنظر، رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،دار هومة للطباعة النشر و التوزيع، الجزائر، 2007 ، ص. 219 .

[2] مروك نصر الدين،الحماية الجنائية...،المرجع السابق ،ص.55.

المطلـــب الأول
تعريف الجسم البشري و عناصره

يعد جسم الإنسان من العناصر اللازمة لوجود الإنسان ولا تستقيم الحياة إلا بوجوده، ولا يجوز أن يكون محل إتفاق إلا لصيانته وحفظ كرامته، على نحو يعد المساس به انتهاكا لحرمة و معصومية الجسم، وأكدت على ذلك أيضا مقاصد الشريعة الإسلامية من خلال النص على الحفاظ على الدين والنفس والمال والعرض العقل[1]. إن لجسم الإنسان مكانة خاصة في القانون، فلا يجوز أن يكون محلا لأي اتفاق يمس بكيانه المادي والمعنوي، و نجد أن رجال القانون هم الأحوج لإيجاد تعريفات دقيقة حتى يتمكنوا من توفير الحماية اللازمة، لذا سنحاول التطرق لبعض التعريفات لنتوصل إلى تعريف جامع .

الفـــرع الأول
تعريف الجسم البشـــري

يقصد بالجسم البشري ذلك الجسد الذي يباشر وظائف الحياة، وهو مجموعة من الأعضاء والخلايا الحية التي تعمل بوحي ذاتي و تتكون من أنسجة متباينة، وقوام هذه الأنسجة خلايا نوعية مميزة لكل نسيج، فالإنسان من الناحية المادية يعتبر « جـــسد يحتوي على خلايا وأعضاء حية تعمل بوحي ذاتي على مستوى الخلية الواحدة وعلى مستوى العضو»[2].فمن الفقهاء من عرّفه على أنّه « مجموعة لا نهائية من الخلايا المتصلة والمتلاصقة التي يتكوّن منها نسيج الجسم»[3]. في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه على أنه من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة »[4].

---

[1] أنظر، نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقوانين الوضعية، دارالوفاء لدنيا الطبيعة و النشر الإسكندرية ،2008 ، ص08.

[2] انظر، عبد الله إبراهيم موسى ، المسؤولية الجسدية في الإسلام ، الطبعة الأولى، دار ابن حزم ، 1995 ، ص 26.

[3] انظر، محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، الطبعة الثانية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1999 ،ص 252 .

[4] انظر، فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002 ص 132 .

وبصفة عامة، فإن فقهاء القانون يجمعون على أن المقصود بالجسم البشري هو ذلك الشخص الطبيعي أو الذات الناطقة المتكونة من عنصرين الجسد والروح، ولا مجال للكلام عن أحدهما دون الآخر للوصول إلى أن جسم الإنسان الذي يعتبر محل لمختلف التصرفات و مناط للحماية الجنائية، هوعبارة عن جسم مركب مادي بما يحمله من أعضاء وخلايا وعواطف وأحاسيس[1].

إن التشريعات القانونية لم تضع تعريفا لجسم الإنسان رغم أن التعريف الاصطلاحي الفقهي للجسم يبدو كافيا لبيان الأحكام الخاصة بالمساس بسلامته، إلا أن قصورا كبيرا يلاحظ فيه إذا ما أنصرف الحديث إلى الممارسات الطبية خاصة المستحدثة منها، إذ أنه لم يميز بين مكونات الجسم سواء كانت طبيعية أو اصطناعية، وهل كانت تؤدي وظيفة حيوية أم لا ؟ فالجسم يتكون من مادة أو كيان تصب فيه الحياة أو الروح وهو مجموعة من الأجهزة والأعضاء تمكن من القيام بوظائف فيزيولوجية وعقلية،إذ أن النفس التي هي جسد وروح تتحدد من خلالها الشخصية والمواهب والمشاعر والروح كظاهرة وسر إلهي تبقى من علم الغيب إذا يقول سبحانه وتعالى" وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا "[2].

ونشير أيضا إلى أن لفظ "الجسم" يتسع ليشمل فضلا عن كيانه المادي كيانه النفسي أو العقلي وهذا يعني أن الحماية القانونية لجسم الإنسان هي واحدة بغض النظر عن أهمية العضو الذي يقوم بالوظيفة سواء كان ظاهرا أو باطنا، وسواء كان هذا العضو سليما أو عاجزا عن القيام بوظيفته. كما نشير أيضا إلى أن الأعضاء المنقولة إلى الجسم التي لم تكن موجودة فيه منذ الولادة تتمع بالحماية وتدخل في مكونات الجسد[3]. وإذا كان التــفكير في جسم الإنسان يُطرح اليوم على الساحة القانونية، فذلك يرجع إلى الطفرة الحاصلة في مجال

العلوم الطبية، فالعلم يدفع القانون لإعادة النظر في نصوصه، ومراجعة مواده وذلك بصفة دائمة لمسايرة تطوره .

---

[1] عبد الله إبراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 29 .

[2] سورة الإسراء، الأية 84

[3] أنظر ،أكرم محمود حسين البدو و بيرك فارس حسين ، الحق في سلامة الجسم ، منشور على الموقع http://www.uomosul.edu.iq/college/rights/files/files/files_7309376.pdf تاريخ الإطلاع 2015/01/02 .

الفــرع الثــاني
عناصر الجسم البشري

إن جسم الإنسان ينقسم إلى أعضاء(أولا) ومنتجات(ثانيا) و سنقوم بتوضيح كل قسم على حدى.

أولا : الأعضاء البشرية

توجد إشكالية في تحديد مفهوم العضو البشري بصفة دقيقة، ونجد رجال القانون هم لمعنيون بهذا حتى يتمكنوا من توفير الحماية القانونية اللازمة و منع أي اعتداء. وحتى نتمكن من إعطاء صورة واضحة عن العضو البشري،لا بأس أن نتعرض إليه من الجانب الفقهي (أ) و من الجانب القانوني (ب).

أ-تعريف العضو البشري في الفقه الإسلامي :

لقد عرف مجمع الفقه الإسلامي العضو البشري بأنه « جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين، سواء أكان متصلا به أم انفصل عنه »[1].

أما بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فجاء تعريفهم « جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضوا مستقلا كاليد والكلية والعين وغير ذلك، أو جزء من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا، وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر وما لا يستخلف وسواء منها الجامد كما ذكر، والسائل كالدم ، وسواء كان ذلك متصلا به أو انفصل عنه »[2] .

وجاء مصطلح الأعضاء في حديث النبي صلى الله عليه و سلم لما حدد لنا الأعضاء التي نسجد عليها، فعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أمرت أن أسجد على سبعة

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 26 (4/1) بخصوص انتفاع الإنسان بأعضاء جسم انسان آخر حيا أو ميتا، المنعقد بجدة من 06 إلى 11 فبراير، مجلة المجمع ، العدد 4 ، ص 59.

[2] انظر، هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2003، ص 12.

أعضاء : الجبهة وأشار بيده إليها واليدين والركبتين وأطراف القدمين ولا أكف الثوب و لا الشعر»[1].

يتضح لنا من تعريف فقهاء الشريعة ومجمع الفقه الإسلامي للأعضاء أنه جاء شامل وواسع لأنه تضمن جميع مكونات الجسم من أنسجة ودماء وخلايا وسواء كانت هذه الأعضاء متصلة أم منفصلة ، متجددة أم غير متجددة .

ب- تعريف العضو البشري من الجانب القانوني :

فتعريفه لغة: هو حزء من الإنسان كاليد والرجل والأنف والعين و بصيغة أخرى كل لحم في جسم الإنسان يحتوي على عضم[2]. أما اصطلاحا، فهو جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء بمعنى مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والقادرة على أداء وظيفة معينة[3].

ولم تنص تشريعات العديد من الدول على تعريف العضو البشري، وهذا هو حال القانون الجزائري الذي لم يعرفه في القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ولا بالقوانين المعدلة له، لكنه نص فقط على المصطلح "الأعضاء البشرية " في القانون رقم 90-17 المعدل لقانون الصحة، عندما تعرض لزرع الأعضاء و نقلها و الشروط الواجب توافرها من أجل نقلها، واعتبر العضو والأنسجة شيء واحد. و يلاحظ 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 إلى ذلك وحدد العقوبات التي تطبق في حالة المساس بسلامة العضو البشري ابتداء من المادة 303 مكرر 16 .

وبالمقابل نجد أن تشريعات دول غربية وضعت تعريفا للعضو البشري، و يعد القانون الإنجليزي القانون الأول الذي أعطى تعريفا دقيقا من خلال المادة 07 فقرة 02 من قانون تنظيم نقل

[1] أنظر، محمد بن فتوح الحميدي، الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم، الجزء الثاني،الطبعة الثانية، دار ابن حزم للنشر والتوزيع، بيروت ، 2002 ، ص 16.

[2] أنظر،ابن منظور جمال الدين بن مكرم ، لسان العرب ، دار صادر ، دون طبعة ،دون سنة نشر ، المجلد 15 ،ص68.

[3] أنظر ، مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد ، المرجع السابق ، ص 50.

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 »[1].

أما المشرع المصري، فقد استعمل مصطلح العضو في المادة 240 من قانون العقوبات رقم 95 لسنة 2003 بقوله « كل من أحدث بغيره جرحاً أ وضرباً 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 فى الفقرة الأولي 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 فى الفقرة السابقة أن يقع الفعل المشار إليه فيها خلسة»[2].

يتضح من قراءة المادة،أن المشرع المصري لم يتطرق لتعريف العضو الذي تتحقق الجريمة بإنفصاله أو فقد منفعته، وبينت الدراسات الفقهية أن هذه المادة لم تقدم لنا إجابات وافية في إعطاء مفهوم دقيق العضو البشري بل وضعت مرادفات وألفاظ لها نفس المعنى. بينما ذهب جانب أخر من الفقه، إلى أنه لابد من التمييز بين الأعضاء الضرورية و الغير ضرورية في الجسم البشري و إلى تحديد أهمية الدور الذي يلعبه العضو المستأصل حتى نتمكن من تصنيفه.[3]

أما المشرع الفرنسي، فقد سلك نفس الطريق ولم يقدم تعريفا واضحا للعضو البشري ولكنه أشار في المادة 671 من قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية[4] لسنة 1994 والمعدل سنة 2004[1]،إلى

---

[1] أنظر، الوحيدي شاكر مهاجر، مدى مشروعية نزع الأعضاء البشرية و التصر ف فيها، دراسة مقارنة ، مكتبة ومطبعة دار المنارة ، غزة ، 2004، ص 68

[2] المادة 240 مضافة ومعدلة بالقانونين رقمي 155 ، 156 لسنه 1997 – الجريدة الرسمية العددين 23 مكرر ، 23 مكرر أ فى 1997/6/8، قانون العقوبات المصري منشور على الموقع http://www.almatareed.org/vb/showthread.php?t=5044

[3] أنظر ، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002 ، ص16 .

[4] 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

تعريف النخاع العظمي بأنه « يعتبر بمثابة العضو في تطبيق الأحكام الخاصة بنقل الأعضاء البشرية »[2]. بالإضافة إلى أنه ميز بين الأعضاء والمشتقات والمنتجات البشرية واعتبر أن « المشتقات و المنتجات 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 و تعويضها من تلقاء نفسه دونما الحاجة إلى زرعها كالدم وكافة السوائل الأخرى التي تفرزها الغدد»[3].

وفي الأخير نخلص إلى أن الأعضاء البشرية هي تلك الأجزاء المكونة للجسم البشري، حيث أن لكل عضو وظيفة خاصة يقوم بها دون غيره من الأعضاء؛ وتكون 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 والأذنين[4].

ثانيا –منتجات الجسم :

إن قانون حماية الصحة وترقيتها لم يقدم تعريف لمنتجات الجسم، بل اكتفى بإعطاء أمثلة لتحديدها كالأنسجة والخلايا والدم، حليب الأم. ومصطلح المنتجات البشرية الذي استخدم في عديد التشريعات الطبية يشمل كافة العناصر والمواد البشرية التي لا يترتب على استئصالها فقدانها نهائيا، بل يمكن للجسم إعادة تكوينها وصناعتها إن صح التعبير دونما الحاجة إلى زراعتها مثل

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 ، المرجع السابق ، ص 03.

[1] -loi n° 2004-800 du 06 août 2004, relative a la bioéthique, JORF 07 août 2004,P.1440.

[2] «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 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

[3] أنظر ، 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 ، ص 166 .

[4] أنظر، خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية و اثرها على المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، دار الفكر والقانون المنصورة، 2010 ، ص 19 .

الأعضاء[1]،فهي افرازات تتجدد باستمرار وتخرج من الجسم مثل اللبن الذي يخرج من ثدي الأم المرضعة و البويضات من الأنثى البالغة والعرق والحيوانات المنوية من الرجل البالغ و الدم الذي يتجدد إستمرار؛ فهذه المنتجات تختلف عن الأعضاء لأن لها القابلية للتجدد وليس لها تأثير كبير عن وظائف الجسم المختلفة [2].

ويعتبر المشرع الفرنسي السباق في ابراز الفارق الجوهري بين المنتجات البشرية وغيرها من الأعضاء بموجب القانونين (94- 653 المتعلق بحماية الجسم البشري و94- 654 المتعلق بالتبرع واستخدام الأعضاء البشرية)لسنة 1994؛ حيث تطرق بموجبها للأحكام الخاصة بنقل واستغلال منتجات الجسم و نص على شروط و قيود لضمان الحماية القانونية اللازمة. كما أورد احكام 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 بين المكونات المختلفة الداخلة في تكوين الجسم ، وهذا لعلمه لتفاوت الآثار القانونية الناتجة عن الممارسات بحسب العنصر الذي وقع عليه الفعل[3].

ولقد اعتبرت القوانين الفرنسية أن حليب الأم هو من المنتجات المتجددة لجسم الإنسان، فهو منتوج غدد ذات إفراز خارجي يهدف لإستخدامه من طرف الغير، ويمكن أن يخضع هذا المنتوج لعقد الإرضاع وهو عقد مشروع من وجهتين حيث أنه لا يؤثر على التكامل الجسدي لجسم للمرأة .يحافظ على صحة وحياة الغير، كما تنص المواد من 170 إلى 175 من قانون الصحة العامة الفرنسي على عقد الرضاعة أنه يمكن للمرأة التي لها طفل لم يتم 6 أشهر أشهر إرضاع طفل آخر إذا أثبتت ذلك بشهادة طبية بالإظافة إلى شروط أخرى خاصة بالمرضعات[4] .

---

[1] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص19.

[2] أنظر، علاء علي حسين نصر، النظام القانوني للإستنساخ البشري، الطبعة الأولى ، دارالنهضة العربية، القاهرة ، 2006، ص52 .

[3] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص20.

[4] أنظر، أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة روبير شومان ستراسبورغ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان ، 1999 ، ص 63.

وبذلك يمكن التوصل إلى تعريف شامل لمنتجات الجسم بأنها كل العناصر التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ولا يترب على إستئصالها فقدانها للأبد ، بل يمكن لجسم الإنسان انتاجها دون الحاجة لزرعها من جديد ويأتي على رأس هذه العناصر النخاع العظمي الذي يعتبر العنصر المسؤول على إنتاج الدم الذي يصنف في خانة منتجات الجسم .

وهكذا، ومن خلال ما سبق نكون قد مهدنا لدراسة معصومية الجسم البشري باعتباره من أهم العناصر اللازمة لوجوده و أكثرها تقديسا .

الفرع الثالث

معصومية الجسم البشري

إن المبادئ المتعلقة باحترام الجسد البشري تعارض أي اقتطاع أو التصرف في أي جزء منه بدون موافقة المعني شخصيا، لأنه هو المخول في التصرف في بعض عناصره ولكن في الحدود التي وضعها القانون، لأن القواعد القانونية لم تهتم فقط بتنظيم العلاقات بين الشخص وغيره بل امتدت لحماية الكيان البشري أيضا[1].

ولما كان الإنسان هو غاية التنظيم الإجتماعي، فإن حرمته في كيانه المادي والمعنوي تصبح من أساسيات النظام القانوني، ذلك أن هذه الحماية إنما ترد على قيم وعناصر لازمة لوجوده، ومن نتائج مبدأ حرمة أو معصومية الجسم الإنساني مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، حيث أنه إعمالا بهذا المبدأ المتعلق بالنظام العام يحضر على الشخص أن يتصرف في جسده وبدنه.والتصرف المحظور هو التصرف الذي من شأنه أن يجعل من جسد الإنسان في مجموعه من قبيل الأشياء التي يمكن التعامل فيها و تقييمها بالمال، لذا فإن جسم الإنسان يخرج كأصل عام من دائرة التعامل ولا يمكن تصوره في المعاملات المتعلقة بالعقود، لأن الله خلق الإنسان وكرّمه فلا يتصورأن يعامل جسمه معاملة الأشياء فيباع ويشترى ويؤجر.فكل اتفاق على استغلال أواستثمار جسم الإنسان أوعضو من أعضائه هو اتفاق باطل بطلان مطلق وهذا لعدم مشروعية المحل

[1] نسرين عبد الحميد نبيه ، المرجع السابق ، ص 17.

والسبب، لأن التصرف أو المضاربة بجسم الإنسان يتعارض مع مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل[1]؛ وبالرجوع للقانون المدني الجزائري نجده قد نص على عدم مشروعية المحل والسبب في المادتين 93 و97 منه[2]، وينطبق هذا على الجسم البشري .

ونشير هنا إلى أن البطلان لا ينحصر في الإتفاقيات أو العقود التي تجعل لجسم الإنسان أو أعضائه قيمة مالية و إنما في التصرفات القانونية التي تجعل من جسم الإنسان شيئا يمكن تقييمه بالمال.ويستثنى من ذلك العقد الطبي الذي يتم بين الطبيب والمريض، وذلك بالرغم من تعلقه بجسم المريض لأنه لا يضفي قيمة نقدية على جسم الإنسان أو أعضائه وإنما غرضه يتمثل في العلاج وإنقاد حياته، وهذا ما دفع بالمشرع الفرنسي في القانون رقم 94/653 بالنص على عدم دخول جسم الإنسان في عداد الحقوق المالية [3].

إن القانون المدني الجزائري لم يهتم إلا بحماية المنقولات والعقارات، أما فيما يتعلق بحماية سلامة الجسم فقد عالجها من خلال القوانين والمراسيم التنفيذية المتعلقة بالجانب الطبي مع إدخال بعض قواعد المسؤولية التقصيرية والعقدية عليها، فالجسم لم يكن في حد ذاته يثير مشاكل قانونية تستحق أن تكون موضوعًا من موضوعات القانون المدني، لأن القانون لم تكن لديه سياسة عامة يُعالج من خلالها المسائل المتعلقة بالتعامل في الجسم، ولكن كان يكتفي بحل المشاكل الطارئة فقط[4] .

---

[1] خالد بن النوى ، المرجع السابق ، ص 40.

[2] المادة 93 « إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا » ، والمادة 97 « إذا لتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا» الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 ،المتضمن القانون المدني الجزائري ، المعدل و المتمم

[3] «Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » ,Art 16/1 du code civil français , édition .D , Paris ,2002.

[4] رايس محمد ، المرجع السابق ، ص 215 .

المطلب الثاني
تحديد لحظة وجود الجسم البشري و نهايته

إن المقصود بالإنسان هو الجسد والروح إلا أن هذا المعني لا يكتمل حتى تصبح حياته طبيعية، و تقوم أعضاؤه بوظائفها الحيوية بشكل طبيعي، بمعني أدق يجب أن يولد حيا ويتمتع بحقوقه وهذا هو مضمون الحياة الطبيعية، وعند نهاية الحياة يصبح الإنسان جثة فتسقط عنه عدة حقوق و واجبات. ويوجد إجماع بين العلماء و فقهاء الدين اليوم حول موضوع معاينة وتشخيص الوفاة التي تدخل في صلاحيات الطبيب الذي يعتمد على المعايير العلمية المحدد مسبقا[1]. سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى تحديد مفهوم لحظة وجود الجسم (الفرع الأول) ثمّ لحظة نهاية الجسم أي الوفاة وتحوله إلى جثة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول
لحظة وجود الجسم البشري

قبل البدء في هذا الحديث، لا بد من الإعتراف بادئ ذي بدء للشريعة الإسلامية في أسبقيتها في بحث هذه المسألة باستفاضة، حيث تشير بأن الجسم البشري لا يكتمل في صورته النهائية أثناء المدة الممتدة إلى 120 يوما منذ بداية التلقيح للبويضة على أساس تشكل العلقة ثم المضغة. ففي هذه المرحلة،لا تنفخ الروح والاعتداء عليها يستوجب الغرة (نصف عشر الدية) وليس بجناية لأن الجنين هنا مهيأ لتدب فيه الحياة وقابلا لها لو ترك لينمو حتى تدب فيه الروح. أما المرحلة الثانية التي تلي 120يوما أي بعد 4 أشهر، فتنفخ الروح في الجسد فيحرم فيها الإسقاط ما لم تكن ضرورة لذلك

[1]«…le médecin est devenu l'incontournable expert qui est chargé par la société de donner un avis technique sur l'état du corps .Il a le pouvoir de déclarer que telle personne est décédée , mais ce certificat n'a fait que remplacer l'incertitude de la réglementation précédente qui ne donnait aucun quid à l'officier d'état civil, alors même qu'il lui était impossible matériellement de constater personnellement le décès». P. Bruno ,Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale ,thèse droit Nancy,1993 , p.320.

وتظهر في هذه المرحلة معالم الجسم.[1] وذلك لوضوح دلالة حديث عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه قال حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدوق« إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الله إليه الملك ، فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات : بكتب رزقه وعمله وأجله وشقي أو سعيد، فوالله الذي لا إله غيره إن أحدكم ليعمل بعمل أهل الجنة حتى ما يكون بينه وبينها إلا ذراع، فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل النار فيدخلها، وإن أحدكم ليعمل بعمل أهل النار حتى ما يكون بينه وبينها إلا ذراع، فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل الجنة فيدخلها »رواه البخاري ومسلم[2] .

وجاء في الحديث الذي رواه البخاري في صحيحيه عن عبد الله بن مسعود قال: «حدثنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهو الصادق المصدوق: إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله إليه ملكا بأربع كلمات: فيكتب عمله، وأجله، ورزقه، وشقي أم سعيد، ثم ينفخ فيه الروح...»[3].

وبالرجوع للقرآن الكريم، قد بينت عدة آيات قرآنية ذلك من سورة المؤمنون، حيث يقول الله تعالى" وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ* ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ "[4].

أما قانونا، فإن الجنين إذا كان ما زال في بطن أمه فهو يخضع لحمايته كجنين بالنصوص التي تعاقب على الإجهاض، وهنا يوجد تباين كبير بين القوانين التي تحكم هذه الجريمة خاصة في الأمر المتعلق بتحديد محل الجريمة من حيث بداية الجنين، فهل يتحقق بمجرد اكتمال عملية التلقيح أم أنه يتراخى إلى مراحل التكوين الأخرى؟ ، كما أن محل الجريمة يندرج في خانة المنتجات البشرية إذا ما تمت عملية الإخصاب بطريقة غير طبيعية خارج نطاق جسم الإنسان أي داخل أنبوب اصطناعي

[1] أنظر،حمد محمد لطفي احمد ،التلقيح الإصطناعي بين اقوال الأطباء و أراء الفقهاء ، دارالفكر الجامعي، الإسكندلاية، 2006 ، ص 160.

[2] البخاري ،الجامع الصحيح،ج3 ، رقم 3036،دار طوق النجاة،1422

[3] العسقلاني ،المرجع السابق ، ص 155.

[4] سورة المؤمنون، الآيات 12–13–14 .

ولكن الإشكال المطروح هو تكييف الإجهاض وتمييزه عن القتل ،لأن المجني عليه في الأولى هو الجنين بينما في الجريمة الثانية هو الإنسان الحي[1].

غير أن قانون العقوبات الجزائري والمصري، فإنهما لم يتعرضا إلى بيان محل الجرائم تلك وهما بصدد تنظيم الجرائم الماسة بالحياة أو المتعلقة بالإجهاض. أما الفقه المصري فلقد اختلف في تحديد هذه المسألة فذهب جانب منه(محمود نجيب حسني) إلى اكتساب الكيان المادي للإنسان وصف الجسم ، يتحقق مع بداية عملية الولادة والانفصال عن الرحم، وذلك ببروز جزء فقط من جسم الجنين دون لزوم الانفصال التام وبهذا يشمل بالحماية المقررة لجسم الإنسان فيشكل الاعتداء عليه جريمة قتل أو إيذاء[2] .

في حين يرى الجانب الآخر من الفقه المصري أن الجنين ينتقل كيانه المادي من نطاق الحماية الجنائية المقررة في جرائم الإجهاض إلى نطاق الحق في الحياة وسلامة الجسد بمجرد اكتمال نموه وبداية عملية الولادة دون شرط بروز جزء من أجزائه ولا انفصال تام وعلة ذلك في أن الجنين غدا كيانه المادي مكتملا ومتخذا لصورته النهائية التي سيولد عليها فلا فرق بينهما وبين الصورة بعد الانفصال عن الرحم ويضاف إلى ذلك إلى أن أفعال الاعتداء لا تؤدي إلى الموت دائما ومنه لا محل للحديث عن جريمة الإجهاض كاستقطاع الطبيب خلايا أو أنسجة من ذلك الجنين من أجل تطوير الأبحاث[3].

أما من زاوية القانون، فقد أباح التشريع الفرنسي في بادئ الأمر إنهاء حياة الحمل خلال العشرة أسابيع الأولى في حالة رضا الأم الحامل ومنه فالوجود القانوني للإنسان واكتساب كيانه المادي وصف الجسم، وبالتالي تقرير الحماية الجنائية لا تكون إلا بمرور 10 أسابيع.لكن القضاء الفرنسي أدرك الفجوة التشريعية الكبيرة في نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسد خاصة في نهاية مراحل تكوين الجنين، فاعتنقت المحاكم معيار **القابلية للحياة** القاضي بأن الجنين القابل للحياة والولادة بمثابة شخص متمتع بكيان جسدي مستقل وتشكل أفعال الاعتداء عليه جريمة قتل عمدي أو بإهمال أو جريمة

[1] أنظر،هدى حامد قشقوش ، جرائم الإعتداء على الأشخاص (الإعتداء على الحق في الحياة و الحق في سلامة الجسم)، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، 1994، ص 19 .

[2] نسرين عبد الحميد نبيه ، المرجع السابق ، ص22 .

[3] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 25 .

إحداث عاهة مستديمة[1].زيادة على ذلك فإن القانون المدني الجزائري بدوره أشار إلى ذلك في هذا الشأن في مادته الخامسة والعشرون بنصها « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته".وطبقا لهذا، فالإنسان لا يوجد إلا لحظة ميلاده حيا ويستمر هذا الوجود إلى لحظة موته ويتحول حينئذ إلى جثة.أما في قانون العقوبات الجزائري ، فقد قرر حماية للجنين من خلال منع الإجهاض الغير مرخص به (المادة 304) ، ومعاقبة المتورطين في هذه العملية خاصة إن كانوا من ذوي الإختصاص (المادة 306).

الفرع الثاني
لحظة تحول الجسم البشري إلى جثة

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[2].

فبعد أن أصبح كل جزء من جسم الإنسان موضوع علم بذاته ناهيك عن استخدامه كقطع غيار لعمليات نقل وزرع الأعضاء، احتدم الجدل بين رجال الطب والقانون حول تحديد لحظة تحقق الوفاة ، فالبعض يرى أن المسألة يحسمها القانون ورجال 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

[1] لتفاصيل أكثر على القرارات القضائية الفرنسية، راجع أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 77 و مايليها .
[2] عمرون شهرزاد ، المرجع السابق ، ص 53

يتوجب على المشرع التدخل بإصدار قانون يتضمن تعريف دقيق للموت وينظم إجراءات التثبت من تحققه مستندا إلى القواعد العلمية الطبية لكي نكون أمام معيار قانوني موضوعي[1]. ففي ظل هذا الجدل العلمي لتحديد لحظة الوفاة ومفهوم الموت الحقيقي نشأ معياران الأول تقليدي و الثاني علمي حديث.

فالأول يرى أن الوفاة تتحقق عند توقف الدورة الدموية وتوقف التنفس أي توقف القلب والرئتان عن العمل. لكن أنتقد هذا المعيار على أنه غير واقعي مع التقدم العلمي الحالي، فتوقف القلب مؤقتا عن النبض لا يمكن أن يكون دليلا قاطعا على حدوث الوفاة لأنه يمكن إعادته إلى عمله بواسطة الصدمة الكهربائية. وأمام عدم دقة هذا المعيار وجد معيار علمي حديث أكد على أن هناك أنواع للموت، منها السريري، والموت الظاهري والموت الحقيقي ، أين تفقد فيه الحياة من سائر خلايا الجسم بعد توقف وموت خلايا جذع المخ[2]، ولا بأس أن نقدم تعريفات مختصرة ومبسطة بخصوص هذه الأنواع حتى تتضح الرؤية :

***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 الأعضاء 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[3].

وقد تبنى المشرع الفرنسي هذا المعيار وذلك في المرسوم رقم 1041 لسنة 1996 المعدل لقانون الصحة وأكد على وجوب توفر الشروط التالية:

-الغياب التام والكامل عن الوعي وانعدام الحركة التلقائية للجسم.

-توقف كافة ردود الأفعال للجذع المخي.

–انقطاع التنفس التلقائي (بدون أجهزة إنعاش) .

---

[1] أنظر،أحمد شوقي عمر ابو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دار النهضة العربية ، مصر ،1999 ،ص 51 .

[2] أحمد شوقي عمر ابو خطوة ، المرجع السابق ، ص 54.

[3] أنظر، محمود أحمد طه ، المسؤولية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة، مركز الدراسات و البحوث ، الرياض 2001 ص 08 .

-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 ثم الإستعانة بأجهزة الإنعاش، وهذا ما يحتاج إليه الأطباء عند نزع الأعضاء من جثت الموتى لزرعها في الأحياء[1] .

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى مسألة تحديد لحظة الوفاة من خلال المادة 01/164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها حيث نصت على أنه "لا يحوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية"[2]. يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين لم يعرف الوفاة ولم يحدد لحظة وقوعها، و إنما أحال هذه المسالة على الوزير المكلف بالصحة لتحديد المعايير والأسس التي يمكن إعتمادها لإثبات الوفاة، بالإضافة لذلك فقد أوكل مهمة التكفل بمعاينة الوفاة والإثبات الطبي والشرعي إلى اللجنة الطبية.ويوجد 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] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية... ، المرجع السابق ، ص 278.

[2] المادة 164 من القانون رقم 85-05 ،المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ،ج.ر 08.

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[1].

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 تثبت الوفاة ب:

–الإنعدام التام للوعي

– غياب النشاط العفوي الدماغي

– التأكد من الإنعدام التام للتهوية العفوية عن طريق إختبار Hypercapnie

[1] أنظر ، عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه جامعة تلمسان ، 2004–2005 ، ص 342 .

– التأكد من موت خلايا المخ بإستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ومن إنجاز طبيبين مختلفين[1].

إن المشرع الجزائري لم يهتم بتعريف الوفاة واعتبر ذلك مسالة طبية، بينما نص على الأخذ بالموت الدماغي كمعيار أساسي للتأكد من الوفاة وحدد الإجراءات الطبية الواجب اتباعها من قبل الأطباء في مجال إثبات الموت في الحالات التي يرجى انتزاع الأعضاء من الجثة[2].

المطلب الثالث
حق الشخص في سلامة جسمه

إن حق الإنسان في سلامة جسمه هو الحق في أن تظل أعضاء جسمه تؤدي وظائفها بشكل عادي وطبيعي، فكل إخلال بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء يعد إعتداء على الحق في سلامة البدن، و يتمثل هذا في حودث هبوط في المستوى الصحي و العقلي و النفسي .

إنّ التطرق لحق الشخص في سلامة جسمه، يستلزم أوّلا تحديد مدلول هذا الحق(الفرع الأول)، ثمّ بيان محل هذا الجسم ضمن التعاملات القانونية (الفرع الثاني)، وأخيرا الحماية القانونية والشرعية المقررة له (الفرع الثالث) .

الفرع الأول
تعريف مبدأ الحق في سلامة الجسم

إن هذا الحق يعتبر من أهم الحقوق، لذا نجد أن الفقه و القانون سعيا إلى حمايته، ولا يمكن أن نتصور وقوع الإعتداء إلا على إنسان حي، بمعنى لا يمكن تصور إعتداء إلا إذا كان المجني عليه شخص حي يتمتع بالشخصية القانونية[3].ويختلف مدلول الحق في سلامة الجسم باختلاف طبيعة

---

[1] 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 :
« 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 » , مقتبس عن مامون عبد الكريم المرجع السابق ، ص 344 .

[2] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء ...، ص 280

[3] أنظر ، أحمد بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2002 ، ص 98 .

الدراسة التّي تشمله، فمفهومه من الجانب القانوني ليس كمفهومه في الطب وليس كمفهومه في الشريعة الإسلامية .

أوّلا : تعريف مبدأ الحق في سلامة الجسم من الناحية القانونية

إن الإنسان هو أساس المجتمع ويحق له أن يعيش بجسم سليم ومعافى، هذا الجسم الذي يعتبر المحل الرئيسي للحق في السلامة، والذي حرصت القوانين على حماية كل الحقوق المتعلقة به ولطالما ثار جدال فقهي حول إعطائه تعريفا دقيقا،و يرى الفقه الحديث أن الحق في سلامة الجسد يتمثل :

*مصلحة الفرد في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي: هذا يعني أن على الشخص الإبقاء على جسمه في وضعه الطبيعي و الحيوي، فأي مساس أو تصرف يؤدي إلى إيقاف دوره الحيوي يعد إنتهاك لمبدأ حرمة الكيان الجسدي. كما أن ترك المريض على حالته وإهماله مع إمكانية مساعدته على الشفاء يعد جريمة المساس بالجسم عن طريق الإمتناع وللحفاظ على توازن الصحة ينصح بالعلاج الذي هو كل فعل من شأنه تقليص خطورة المرض واستمراره[1] .

* الاحتفاظ بالتكامل الجسدي:الذي يتمثل في عدم تعرض أعضائه لأي انتقاص أو استئصال حيث أن فقدان أي جزء يعتبر إخلالا بالتكامل الجسدي و مساسا بسلامة البدن .

*التحرر من الآلام البدنية: يتمثل في المحافظة على الهدوء و السكينة ،فالإنسان يشعر بالسكينة في بدنه إذا بالراحة البدنية و الإستمتاع بما أنعم عليه الله، فضلا عن عدم إحساسه بالآلام التي تنغص عليه حياته. فالسكينة البدنية تتحقق حينما يكون الجسم محتفظا بمادته وتكامله الجسدي وبالمستوى الصحي الذي يتمتع به متخذا بذلك صورة أو وضع معين يتلقى صاحبه من خلاله شعورا بالراحة الجسدية تفادي أي عمل من شأنه إحداث آلام ناتجة عن إعتداء على سلامة الجسم [2] .

---

[1] انظر، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية... المرجع السابق، ص 14 .

[2] أنظر،مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 182.

وفي الجزائر،إعتبره المؤسس الدستوري مبدءا دستوريا حيث نص في المادة 34 منه على أنه « تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان»[1]، وفي المادة 35 نص أيضا على أنه « يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية». فالمشرع الجزائري صرح بمعاقبة من يقوم بهذه المخالفات، ونص على الأفعال المخالفة لذلك وحاول التفريق بين الإعتداءات على الجسم التي تؤدي لفقدان الحياة وبين تلك الأفعال التي تضر بجزء منه أو بكامله.أما قانون العقوبات، فقد نص في الباب الثاني المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأفراد على العقوبات الواردة على من يقتل أو ينتهك حرمة الجسم بالقتل أوالتعذيب، بالإضافة إلى الجرائم الأخرى الماسة بسلامة الجسد كالضرب والجرح وتقرير عقوبات صارمة لذلك ومثال ذلك المادة 264 من قانون العقوبات، وإعطاء مواد ضارة المادة 275 من نفس القانون. كل هذا يبين مدى إهتمام المشرع بسلامة جسم الإنسان وردع كل ما يمس بكرامته و حرمته[2] .

أما القضاء الفرنسي، يستند في أحكامه على نص المادة 1128[3] ليؤكد أنه لا يوجد غير الأشياء القابلة للتعامل التي تكون محلا للحقوق المالية، والمادة 1131[4] لترتيب البطلان على كل إلتزام يكون دون سبب أو يكون سببه غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة. وحق الشخص في سلامة جسمه ليس مطلقا، وإنما ترد عليه قيود تتعلق بالمصلحة العامة فلا يجوز له التصرف في جسمه بكل حرية ؛لذلك منع قانون الصحة الجزائري إستئصال عضو من أعضاء الجسم إذا كان يشكل خطرا على الإنسان[5].

تثار في هذا المجال قضية التغيير الجنسي ، فكما هو معلوم يحضر على الشخص تغيير أعضائه التناسلية وجنسه فرغم أن جميع الدول تقر بالسلامة الجسدية وتنص عليها، إلا ان الدول

---

[1] المادة 34 من الدستور الجزائري لسنة 1996 ،المعدل بالقانون رقم 08–19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ،ج .ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

[2] أنظر ، منصور رحماني ، الوجيز في القانون الجنائي العام ، دار العلم للنشر و التوزيع ، عنابة ،2006 ، ص7

[3] «Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions» Art. 1128 du code civil , édition Dalloz, Paris, 2002.

[4] «L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet» Art 1131 du code civil français .

[5] المادة 162 من القانون رقم 85–05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 ، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 08–13 المؤرخ في 20 جويلية 2008 ، ج.ر رقم 44 .

الغربية انحرفت عن هذا المبدأ فيما يخص مسألة التغيير الجنسي و أقرّته واعتبرته حرية. فرنسا مثلا رغم تحفظها في البداية إلا أن محكمة النقض الفرنسية تنازلت عن موقفها بعد أن عوقبت من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرارها الصادر في 11 ديسمبر 1992 وأصبحت تسمح بتغيير الحالة المدنية في حالة التغيير الجنس ويصبح بإمكان الشخص تعديل عقد ميلاده من حيث الإسم والجنس والتسجيل في الهامش حكم المحكمة التي أصدرت الحكم[1] .فهل حق الإنسان في سلامة جسده يدفعه إلى التلاعب بجنسه وأعضائه ؟ ويمتد أيضا الحق في سلامة الجسد إلى ما بعد الموت، فيمكن له أن يوصي بالتبرع بأعضائه[2] .

وبالنسبة لموقف المشرع المصري فقد أكد و نص على الحق في سلامة الجسم بموجب المادة 60 /01 التي تنص على أنه « لجسد الإنسان حرمة، والإعتداء عليه،أو تشويهه، أو التمثيل به، جريمة يعاقب عليها القانون»[3]؛ بالإضافة إلى نص المادة 50 من القانون المدني التي جاء فيها «لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيتة أن يطلب وقف هذا الإعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر»[4].

إلا أنه في الأعمال الماسة بسلامة الجسم لا بد من التمييز بين حالتين، بحيث أنه في جرائم الإعتداء لا بد أن يكون الإعتداء قد وقع من الشخص الجاني على جسم إنسان آخر حي أو على نفسه قصد الإيذاء أو عن طريق التقصير والإهمال.لكن هناك حالات شادة كمن يريد التهرب من أداء الخدمة الوطنية فيقوم بإحداث عاهة في حق جسمه بالضرب أو الجرح فيمكن متابعته على جريمة التحايل[5].

بالإضافة إلى ذلك، يرى رجال القانون أن مدلول الحق في سلامة الجسم يرتكز على فكرة الحق الذي يعتبر مصلحة يحميها القانون وعلى هذا جاء تعريف الدكتور محمد عيد الغريب « إن

---

[1] أنظر، تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه ، الرتق العذري و التغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة تلمسان ، 2008 ، عدد 68 ص 69 .

[2] المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها .

[3] المادة 60 من دستور جمهورية مصر العربية الجديد ، منشور على الموقع الإلكتروني :
http://egelections 2011.appspot.com/Dostour/Dostour_update2013.pdf -

[4] المادة 50 من القانون رقم 131 لسنة 1948 ،المؤرخ في 29 جويلية 1948 ، المتضمن القانون المدني المصري،دخل حيز التنفيذ في 15 أكتوبر 1948

[5] أحمد بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 12.

المصلحة القانونية التي يحميها القانون هي أن يظل الجسم مؤديا كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي، حتى لا تتعطل إحدى الوظائف ولو كانت أقل أهمية، أو كان التعطيل وقتيا، وفي ألا تنحرف في كيفية الأداء على النحو الذي حددته القوانين الوضعية»[1] .

ثانيا : تعريف مبدأ الحق في سلامة الجسم من منظر طبي

إذا كان القانون ينظر إلى الحق في سلامة الجسم انطلاقا من البنية الفزيولوجية المتكاملة للإنسان، فإنّ الطب ينظر إليه من منطلق حالة هذه البنية ، وما لها من تأثير على سير وظائف الحياة، ولما كان الطب كعلم قائم بذاته يعتمد على الجانب النظري والعملي له فإنّ مفهوم الحق في سلامة الجسم طبيا يفرض النظر في هذه الجوانب لتحديده وتأطيره[2] .

إنّ مفهوم الحق في سلامة الجسم من الجانب الطبي يدور حول فكرة الحالة الصحية لجسم الإنسان، فيكون الشخص متمتعا بحقه في سلامة جسمه إذا كانت حالته الصحية مستقرة وجيدة، أي يكون بمنأى عن أي مرض أو مساس بهذا الجسم و هي فكرة كرستها المادة الثالثة من قانون الصحة الجزائري حيث نصت عى أنه « ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض و الأخطار....» [3].

إنّ المدلول الطبي للحق في سلامة الجسم من الوجهة النظرية ، يتلخص في اعتباره تلك الحالة الصحية الفردية الّتي تمكن صاحبها من العيش بجسم منسجم ومعافى، أين يتسنّى له تأدية وظائف الحياة بصفة طبيعية ومتكاملة .

المشرع الفرنسي قد تدخل ووضع بمقتضى قانون 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 والمتعلق باحترام الجسم البشري، بوضع قانون مستقل للجسم البشري وثم تجسيد قيم الكرامة الإنسانية واحترام الجسم. كما ثم النص على عدة مبادئ أهمها عدم قابلية الجسم للتقدير المالي واشتراط الموافقة الصريحة والمستنيرة للمتبرع و عدم التصرف في جسم الإنسان؛ بالإضافة إلى استحداث فصل ثاني في التقنين المدني الفرنسي، تحت عنوان احترام الجسم البشري ونصت على

[1] أنظر ،محمد عيد الغريب ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الطبعة الرابعة ، بدون دار النشر ، 2002، ص 842
[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص181
[3] المادة 03 من قانون حماية الصحة و ترقيتها .

ذلك المادة 16-01 منه على أنه« لكل شخص الحق في احترام جسده»1. وتليها المادتين 16-3 و16-5 من ذات القانون[2].

ونشير في هذا الصدد أن ممارسة العمل الطبي والجراحي يتطلب المساس بسلامة جسم الإنسان، وبما أن المشرع يجرم أفعال المساس بسلامة الجسم سواء في صورتي الجرح أو الضرب إلا أن عمل الطبيب أو الجراح يصنف ضمن الأعمال المباحة لأنه يهدف إلى تحقيق سلامة جسم الإنسان .

ثالثا : تعريف مبدأ الحق في سلامة الجسم في الشريعة الإسلامية

إن الله عز و جل خلق الإنسان وجعله من خيرة خلقه ،و فضله على كثير من خلقه وأنزل سلامة الجسد منزلة رفيعة ، فقد اعتبر أن القصاص من المعتدي إحياء للمعتدي عليه في ذلك يقول عز و جل { وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ}[3]. وقال أيضا عز شأنه {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ }[4]؛ وعن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال «من قتل عبده قتلناه ومن جدع عبده جدعناه ومن خصي عبده خصيناه »[5] .فالله عز وجل خلق للإنسان جسما ووهب له روحا تمكنه من تأدية وظائف الحياة بمختلف صورها كالسمع، البصر ... الخ ، وأقرّ واجب على الغير هو عدم انتهاك حرمة هذا الكيان، فجرّم جميع الأفعال التي من شأنها أن تمس بالجسم أو النفس وقيد المسلم بعدم ارتكاب هذه الأفعال إلا في الإطار الشرعي لها كالقصاص. إنّ حق الفرد في سلامة جسمه بالمنظور الإسلامي يعتبر من الضروريات التي تقوم عليها حياة الإنسان وتستقيم بمقتضاها مصالحهم، وتقوم هذه الضروريات على خمس أمور وهي حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل،حفظ

[1] أنظر ، برني نذير ، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء، مذكرة ماجستير ،جامعة تلمسان ،2011-2012 ، ص 39

[2] «Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui» -Art 16-05 «.Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.» Art16-3, code civil français.

[3] سورة البقرة ، الآية من 179.

[4] سورة المائدة ،الآية 45.

[5] أنظر ،العسقلاني ،فتح الباري لشرح صحيح البخاري، المجلد التاسع ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1989 ، ص .125

النسل وحفظ المال. وحفظ النفس هو الإطار الذي يدخل فيه الحق في سلامة الجسم، عن طريق النهي عن تأدية النفس والرمي بها إلى التهلكة من جهة ، ومن جهة أخرى عدم الاعتداء وفرض القصاص[1] .

وعليه يكون الحق في سلامة الجسم في منظور الشرع الحنيف هو حق الفرد في أن يظل جسمه محافظا على الصورة التي خلقه الله عز وجل ،و حمايته من الاعتداء عليه .

الفرع الثاني
جسم الإنسان محل لحق عيني ولحق شخصي

تنقسم الحقوق بوجه عام إلى حقوق مالية و حقوق لصيقة بالشخصية ،فإلى أي طائفة ينتمي الجسم البشري ؟

أولا – جسم الإنسان محل حق عيني

يرى أصحاب هذا الرأي أن الشخص سيد على نفسه، وأن العلاقة التي تجمعه بجسده هي علاقة ملكية، وبالتالي يستطيع الشخص أن يتصرف في جسمه كما يشاء مثل تصرفه في باقي الأشياء التي يملكها؛ و بالتالي فأعضاؤه تصلح لأن تكون محلا للحقوق المالية ويمكن أن يتصرف فيها و ينتفع بها لأنها ملك له ملكية مطلقة[2]، كما يحتج بملكيته أمام الغير وأن المشرع الجزائري يقر بالملكية ويستند في هذا على المادة 674 من القانون المدني « الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة »[3].

ويقتضي ذلك أولا الإعتراف بمادية جسم الإنسان وعدم التفريق بين الجسم كوحدة متكاملة ومكوناته المنفصلة عنه من حيث الطبيعة القانونية لكل منهما واعتبارها من الأشياء؛ واستنادا على

[1] مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 61 .
[2] خالد بن النوى ، المرجع السابق ، ص 32 .
[3] أنظر، المادة 674 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 ،المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم

ذلك يحق للشخص أن يستفيد من أعضائه كما يحق له أن يفيد بها غيره بمقتضى تصرف قانوني يكون محله العضو وأن قانون الملكية هو الذي يحمي الأعضاء المنفصلة عن الجسم [1] .

وإن التسليم بفكرة ملكية الشخص لجسمه، يترتب عليه عدة نتائج ترجع بالفائدة عليه وتضمن التكامل الجسدي، لأن قانون الملكية يخول للشخص حق الإعتراض على أي فعل من شأنه المساس بالعضو أو الجسم أيا كانت مبرراته أو نتائجه .

لكن تعرض هذا الرأي للنقد، حيث أن الأشياء التي تكون محلا للحقوق المالية تقبل الإكتناز والإدخار والتداول بين الأفراد؛ وتقبل الحجز عليها وتنتقل بالميراث، وهو ما لا يتفق مع طبيعة جسم الإنسان وكرامته ، فالإنسان ليس مالا.

وحاول البعض الآخر التخفيف من ذلك بعدم الإعتراف بالطبيعة المالية لأعضاء جسم الإنسان، ولكنه سمح للفرد بإمكانية التنازل عن الحماية المقررة للأعضاء ويتصرف فيها بإعتباره مالكا كأن يتبرع بها لشخص أخر[2] .

ونظرا للإنتقادات التي وجهت للرأي الأول، ظهر اتجاه آخر يرى أن العلاقة التي تربط الشخص بجسمه هي علاقة حق انتفاع ،لأن جسم الإنسان مملوك ملكية رقبة لله ويتعين على الشخص أن يحافظ على جسمه بجميع عناصره ومكوناته، وأن لا يقوم بأي تصرف يمس بسلامته الجسدية واعتمدوا على القانون والدين :

- **من ناحية القانون**، الجسم يخرج عن دائرة التعامل وكل اتفاق يكون محله المساس بجسم الإنسان يكون باطلا و بذلك لا يستطيع الإنسان التصرف في هذا الجسد. وفي هذا يقول الفقيه Jean Carbonnier "جسم الإنسان لا يمكن أن يقوم بالمال ولا يمكن أن يعامل معاملة الأشياء"

ويضيف قائلا "من الممكن أن نقول مجازا أن الإنسان سيد هذا الجسد ومن الناحية الفنية لا يمكن القول بأنه مالك له " [1].

[1] أنظر، صابر محمد السيد ، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة ،دار الكتاب القانونية ، مصر ،2008 ،ص161

[2] خالد بن النوى ، المرجع السابق ، ص 33 .

• **أما من ناحية الدين**، الإنسان مملوك لله تعالى والجسم وديعة استودعها الله لدى الإنسان، فعليه أن يردها حسب حالتها لأن الموت بداية لحياة أبدية و لذلك يسأل الإنسان يوم القيامة وتحاسبه أعضاؤه ويشهد عليه سمعه وبصره، حيث يقول الله تعالى "يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ"[2]، ويقول الله تعالى أيضا "الْيَوْمَ نَخْتِمُ عَلَى أَفْوَاهِهِمْ وَتُكَلِّمُنَا أَيْدِيهِمْ وَتَشْهَدُ أَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ"[3].وبناء على ذلك لا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسده بالقتل أو التنازل عن عضو من أعضائه بدون مبرر شرعي لأن الله عز و جل خلق الخلق لعبادته واستخلفهم وأمرهم بالقيام بواجبات عامة وخاصة ولو تصرف الإنسان فيها لأساء استعمال حقه ويعطل وظائف الجسم و بذلك يقصر في أداء الوظائف المنوطة به هذا من جهة ومن جهة أخرى، الجسم لا يعتبر من الأموال، لأن هذه الأخيرة اسم لغير الآدمي و بذلك الجسم لا يرد عليه التملك بل الإنتفاع[4] .

إن فكرة اعتبار جسم الإنسان محل لحق عيني، تعكس فهما خاطئا لعناصر الذمة المالية للشخص الطبيعي، لأن جسم الإنسان ليس شيئا ماديا بل هو الإنسان نفسه وليس مجرد مالك له . فالجسم هو الإنسان فيه يتجسد و به يكون، ولا يقلل من هذا النظر أن الإنسان يتمثل أيضا في روحه وعقله وإرادته[5].

ثانيا –جسم الإنسان محل لحق شخصي

يرى أغلب الفقه أن العلاقة التي تربط الشخص بجسمه لا ينظر إليها من جانب الحقوق المالية، وإنما من جانب الحقوق الشخصية وهذا راجع لعدم إمكانية فصل الجسد عن الشخصية؛ لأن الحقوق الشخصية تعني" الحقوق المتعلقة بالشخص التي تثبت له بمجرد وجوده بإعتباره إنسانا ويطلق عليها أيضا بالحقوق الطبيعية مثل حق الإنسان في الحياة و احترام كيانه الأدبي والمعنوي وحرمة حياته الخاصة "[6]. ويختلف الحق الشخصي عن الحق العيني في أنه لا يقوم بالمال، ولا يقبل

---

[1] انظر، Jean Carbonnier، Les droits du l'être humain sur son corps ، مقتبس عن قاشي علال ، التصرفات الواردة على جسم الإنسان و مدى مشروعيتها ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، رقم 06–2008 ، عدد خاص بالملتقى الوطني حول " حقوق الشخصية "، جامعة تلمسان ، 2008 ، ص 76.

[2] سورة النور الآية 24 .

[3] سورة يس الآية 25 .

[4] مروك نصر الدين ، نقل و زرع الأعضاء البشرية ...، المرجع السابق ،ص75.

[5] أنظر، طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة 2001 ، ص 78 .

[6] أنظر ، فريدة محمدي ، نظرية الحق ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 2002 ،ص12

الاكتناز أو التداول بين الأفراد ولا يجوزالحجر عليه، كما أنه لا ينتقل بالميراث؛ وقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة 16-1 منه على أنه" لا يجوز أن يكون الجسم البشري،عناصره ومنتجاته محلا لحق عيني"[1].كما نصت المادة 16-5 من نفس القانون على بطلان جميع الإتفاقات التي من شأنها إعطاء قيمة مادية لجسم الإنسان أوعناصره أو منتجاته.و تتميز هذه الحقوق بأنها:

1-حقوق عامة تثبت لكل شخص أي أن ليس لها محل خارجي مستقل عن صاحبها، ومحل الحق فيها عنصر من العناصر المكونة للشخص أو نشاطه كالجسم أو الإسم أو الشرف، فهي تثبت لكافة الناس ولا يمكن لأحد الإستئثار بها على وجه التحديد [2] .

2-حقوق لصيقة بالشخص ولا يمكن تقديرها بالمال، بالرغم من أن لها آثار مالية في حالة الإعتداء عليها، ويتمثل هذا في التعويض طبقا لنص المادة 47 من القانون المدني الجزائري" لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"3؛ بالإضافة إلى أن هذه الحقوق لا يمكن التنازل عنها أو التصرف فيها .

3-كما تتميز هذه الحقوق بإنقضائها في حالة وفاة صاحبها،ولا تنتقل للورثة لكن يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم نتيجة الإعتداء.

ونخلص في الأخير أن الإنسان له حق على جسمه من الناحية القانونية ، وليس له حق عيني أو شخصي على جسده بصفة مطلقة لعدم صلاحية الجسم البشري ليكون محلا لحق يملكه شخص، ويمارس عليه سلطانه وجسم الإنسان متكامل لا يستقل فيه جزء عن الأخر. لهذا فالجسم البشري لا يدخل في الذمة المالية ولا يمكن معاملة أعضائه معاملة المنقولات[4]. ورغم أن جسم الإنسان وعناصره ليست أشياء قابلة لأن تكون محلا للحقوق المالية، إلا أنه يمكن للإنسان مع ذلك

[1]Art 16-1 code civil français « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial»..

[2] محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 14.

[3] أنظر ، المادة 47 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 ،المتضمن القانون المدني الجزائري ، المعدل و المتمم

[4] خالد بن النوى، المرجع السابق ، ص 36 .

التصرف فيها لمصلحة الآخرين بشرط ألا يعرض حياته للخطر. فمبدأ حرمة جسم الإنسان يعارض اقتطاع أي جزء من جسم الإنسان بدون موافقة الشخص نفسه، فالشخص يتصرف في بعض عناصره ولكن ضمن الحدود التى وضعها القانون من أجل الوقاية من الإتجار بالأعضاء[1] .

الفرع الثالث
الحماية القانونية لسلامة الجسم

مع ظهورالممارسات الطبية والعلمية الحديثة التي اتخذت من جسم الإنسان ومكوناته محل لتجاربها ، أصبح الاعتداء على جسم الإنسان يعرف تنام كبير ومنعرج خطير، الأمر الذي أدى إلى السعي لتحقيق حماية فعالة لهذا الحق سواء على المستوى الدولي أو الداخلي للدول، وهو أمر كانت الشريعة الإسلامية سبّاقة إليه قبل أن تتنبه إليه القوانين الوضعية للدول .

أولا – الحماية القانونية لسلامة الجسم في المواثيق الدولية

يعدّ الحق في سلامة الجسم من أهم حقوق الإنسان الذي تبنته العديد من الإتفاقيات الدولية ووعيا منها بمكانة الجسد ومعصوميته فإن الكثير من التشريعات العالمية تسعى جادة إلى تنظيم هذه التصرفات بما يكفل حماية هذا الجسد، وذلك عن طريق رصد هذه التصرفات بأحكام قانونية تنظيمية، ذلك أن ترك هذه التصرفات بدون تنظيم يشكل تهديدا حقيقيا لمبدأ حرمة الكيان الجسدي وحق الإنسان في المحافظة على جسمه[2]؛ ومن أهم المواثيق الدولية التي أقرت حق الإنسان في سلامة جسمه نذكر :

أ- ميثاق الأمم المتحدة:

هو القانون الأساسي الذي ينظم عمل الهيئة والمنظمات التابعة لها، والذي نص في ديباجته أنّ شعوب الدول الموقعة على الميثاق تؤكد إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية ،حيث نصت المادة الأولى من

[1] أنظر ، أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 17 .
[2] أنظر ،طارق سرور ، المرجع السابق، ص 125 .

الميثاق "أنّ عمل هذه المنظمة يتمحور في تعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا، وعليه كل الأفعال التي تمس حق الفرد في سلامة جسمه، إلا وتدخل في اختصاص هذه المنظمة لإصدار قرارات دولية لمنع هذه الانتهاكات، وتكون الدول الأعضاء مسؤولة عن ذلك".

ومن أجل ذلك قامت الأمم المتحدة بوضع بروتوكول منع و قمع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص و خاصة الأطفال والنساء،المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والإنظمام بموجب قرارالجمعية العامة رقم 25 في الدورة 55 المؤرخ في 15 نوفمبر 2000[1] ، وكانت الجزائر في قائمة الدول التي تبنت أغلب محتويات هذا البروتوكول وصادقت عليه بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 19 نوفمبر 2003[2]؛وكانت هذه المصادقة مقدمة لتعديل قانون العقوبات.

وفيما يخص القيمة القانونية للميثاق، فقد ظهرت عدة اتجاهات وآراء إلا أن الإتجاه الراجح الذي ينضم إليه غالبية فقهاء القانون وأساتذة العلوم السياسية، والذي مؤداه أن نصوص الميثاق المتعلق بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية لها قوة قانونية ملزمة بدون شك، وسندهم في ذلك ليس فقط ما جاء في الديباجة أو في نص المادتين 55 و56 ، وإنما أيضاً في نص المادة 13 منه التي ألزمت الأمم المتحدة بالعمل على أن يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والإعانة على تحقيقها.

وهكذا، فإن حقوق الإنسان وانتهاكاتها لم تعد من الاختصاصات المطلقة للدولة، ولا ينطبق عليها نص الفقرة السابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على أنه"ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لكي تحل بحكم هذا الميثاق" [3].

---

[1] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق ، ص 71.

[2] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 69 ، الصادرة بتاريخ 12 نوفمبر 2003 .

[3] أنظر ، خليل حسين ، حقوق الإنسان في ميثاق المم المتحدة و الإتفاقيات الدولية ، مقال منشور على شبكة الأنترنيت ، تاريخ الإطلاع 2015/04/05 ، http://drkhalilhussein.blogspot.com/2013/05/blog-post.html

ب-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

لقد تم إعتماده من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 ديسمبر 1948، وصادقت الجزائر على هذا الإعلان في المادة 11 من دستور 1963 بقولها " توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتنظمّ إلى كل منظمة دولية تستجيب لمصالح الشعب الجزائري وذلك اقتناعا منها بضرورة التعاون الدولي"، وجاء في ديباجته أن الإعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هوأساس الحرية و العدل والسلام في العالم.وجاء أيضا في نص المادة الثالثة منه أن" لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه"، وأيضا أشارت المادة الخامسة منه إلى تحريم التعذيب حيث نصت على أنه "لا يعرض إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أوالمعاملات القاسية أوالوحشية الماسة بالكرامة"[1] والتعذيب وفق هذه المادة هو جريمة ضد سلامة جسم الشخص وهو في نفس الوقت قد يكون ضد حق الإنسان في الحياة لما يؤدي إلى إزهاق روح الشخص الذي نعرض له. أما من حيث القيمة القانونية لهذا الإعلان، فقد ذهب بعض فقهاء القانون الدولي إلى القول بأنه ملزم قانونا لكافة الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة لأنه مكمل لميثاق هذه الهيئة، لكن الرأي الراجح يذهب بالقول أن لهذا الإعلان قيمة أدبية وبالتالي لا يتمتع باية قوة قانونية ملزمة [2].

ج - العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية:

أقرّته الجمعية العامة للأمم المتّحدة في16 ديسمبر 1966 بالأغلبية الساحقة (106 عضو) وأصبح ساري المفعول في 23 مارس 1976،وانضمت إليه الجزائر سنة 1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989 الصادر في ج.ر رقم 20 بتاريخ 17 ماي 1989،وتعتبر نصوص هذا العهد من النصوص الأولى التي كرست وبشكل فعلي حق الإنسان في سلامة جسمه وفرضت له حماية على المستوى الدولي، حيث نصت المادة السابعة منه على عدم جواز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على شخص دون رضاه الحر. كما ألزم هذا العهد تعهد كل

[1] المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، صدر بموجب قرار و توصية عن الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) ، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 ، وافقت الجزائر عن هذا الإعلان بموجب المادة 11 من دستور 1963« توافق الجزائر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان»

[2] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ...، المرجع السابق ، ص 76.

دولة طرف في هذا الميثاق بضرورة معالجة كل شخص انتهكت حقوقه لا سيما الجسدية منها علاجا فعالا حتى ولو قام بهذا الانتهاك شخص يمثل السلطة الرسمية[1]. وتتمتع هذه الاتفاقية بأهمية قانونية بالغة بإعتبارها حارسا دوليا لحقوق الإنسان، وهي من هذا الجانب تفوق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث تلتزم الدولة التي تصادق على أحكامها باحترامها وتنفيذها [2] .

د- العهد الدولي الخاص للحقوق الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية

وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في 19 ديسمبر 1966، ودخل حيز التنفيذ في 03 يناير 1976. أكد هذا العهد على ضرورة الإعتراف بحق كل إنسان في التمتع بالصحة الجسمانية والعقلية، فنصت المادة 12 منه على الخطوات والأساليب التي يجب تبنيها من طرف الدول الأعضاء لتحقيق هذه الحماية والتي تتمثل في :

-العمل على تخفيض معدل موتى المواليد ومعدل وفيات الرضع وتأمين نمو الطفل نمو صحيا

-تحسين جميع حوانب الصحة البيئية و الإصطناعية .

- الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها

- تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية و العناية الطبية للجميع في حالة المرض[3] .

وما يمكن ملاحظته هو أن هذه المادة تضمنت بعض العناصر التي تدخل في الحق في سلامة الجسم البشري كتحسين النسل وحماية الجسم ووقايته من الأمراض وتوفير العناية الطبية اللازمة ؛ بالإضافة إلى العديد من المعاهدات واللإتفاقيات الدولية التى تسعى إلى حماية الحق في سلامة الجسم مثل إعلان هلسنكي لسنة 1964 الذي تضمن القواعد الواجب مراعاتها عند إجراء التجارب الطبية على الإنسان .

---

[1] أحمد عبد الدائم ،المرجع السابق ، ص 13

[2] أنظر، عمر صدوق ، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2003 ، ص65

[3] المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية و الثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والإنضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 ، تاريخ بدء النفاذ 3 يناير 1976 حسب المادة 27 .

ثانيا –في القانون الفرنسي

لقد اعتبر المؤسس الدستوري الحق في سلامة الجسد مبدأ دستوريا، وهذا بموجب القرار رقم 94–343 المؤرخ في 27 جويلية 1994 الصادر عن المجلس الدستوري ،حيث اعتبر أن للإنسان سيادة، ونص على احترام الكائن البشري وعدم المساس به وعدم قابلية جسم الإنسان للتقدير المالي[1] .

والقوانين التي تحمي الحق في سلامة الجسم في فرنسا عديدة، أهمها بدأ مع وضع قانون العقوبات لـــ 1810 الذي جرّم الأفعال الماسة بسلامة الجسم، حيث اعتبر الفقه الجنائي أنّ حماية الحق في سلامة الجسم تبدأ بالولادة كمعيار لانتقال الكيان المادي للإنسان من نطاق الحماية الجنائية الضيقة كجرائم الإجهاض والإسقاط، إلى حماية جنائية أوسع نطاقا لتشمله جرائم الاعتداء على سلامة الجسم، حيث كانت تطرح إشكالية فيما يخص الجرائم الماسة بالجنين وهو في نهاية مراحل تكوينه والإشكال كان يتعلق بتكييف هذه الجرائم، هل هي من الجرائم الماسة بالحق في سلامة جسم الجنين أم من جرائم الإجهاض ؟ إلى أن توصل لاعتماد معيار القابلية للحياة، الذي يقضي بأن الجنين الذي يكون في نهاية مراحله يكون له كيان جسدي مستقل و متكامل، وهذا ما يرتب آثار قانونية من حيث تكييف أفعال العنف ضده، على أنها أفعال ماسة بالحق في سلامة الجسم [2].

أما قوانين أخلاقيات العلوم الحيوية[3] (94–653 و94–654) المعدلة بالقانون رقم2004/800، فبحكم أنها تنظم مكونات جسم الإنسان،فهي قوانين لها الأهمية في توفير حماية

---

[1] لمزيد من التفاصيل ، راجع أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 14 .

[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص33

[3] أول من استخدم مصطلح الأخلاقيات الحيوية la bioéthique هو طبيب أمريكي يدعى Potter Van Rensselaer عام 1970 في مقال نشره في مجلة أمريكية ، و بعد ذلك بسنة استخدم هذا الطبيب مصطلح الأخلاقيات الحيوية في كتاب من تأليفه بعنوان : الأخلاقيات الحيوية،جسر نحو المستقبل، والأخلاقيات الحيوية لها مفهومان، أحدهما واسع والآخر ضيق .وتهدف الأخلاقيات الحيوية في معناها الواسع إلى تقدير التبعات الأخلاقية والاجتماعية والإنسانية لاستثمار ملكيات الكائن الحي في جميع القطاعات المعنية، وبصورة خاصة قطاعات الصحة والتغذية والبيئة، وتهدف كذلك إلى تحديد القواعد اللازمة لتوجيه التقدم الحاصل فيها .أما الأخلاقيات الحيوية بمعناها الضيق فتتعلق بالبحوث والتقنيات الطبية الحيوية .وتندرج الاتفاقية الأوربية المتعلقة بحقوق الإنسان والطب الحيوي لعام 1997 ، وكذلك معظم القوانين الوطنية المتعلقة بالأخلاقيات الحيوية ضمن هذا المفهوم ، أنظر ، فواز صالح ،مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية –دراسة قانونية مقارنة – مقال منشور على شبكة الأنترنيت ، تاريخ الإطلاع 2015/10/09 ، http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/images/stories/247-176.pdf

قانونية للحق في سلامة الجسم حتى وإن تم المساس به في إطار شرعي وقانوني؛ وهكذا يكون القانون الفرنسي قد اهتم بالحق في سلامة الجسم واعتبره حق من الحقوق الأساسية للشخص .

ثالثا –في القانون الجزائري

لقد حاول المشرع الجزائري توفير الحماية القانونية لسلامة الجسم البشري، حيث اعتبره المؤسس الدستوري مبدأ دستوريا من خلال الماد 40 من الدستور الجديد ومن جهة أخرى، حمى حق الإنسان في الحفاظ على سلامة جسمه بتجريم أفعال الضرب والجرح و بين الأحكام الخاصة بهذه الجرائم من خلال المواد من 264 إلى 275 قانون العقوبات[1] .

أما على مستوى قانون حماية الصحة و ترقيتها لسنة 1985 فتظهر الحماية من خلال تعرض الطبيب للمساءلة الجزائية إذا تسبب بإلحاق ضرر بجسم المريض أو سبب لهم عجزا أو عاهة مستديمة بسبب إهماله أو امتناعه عن تقديم المساعدة لمن هو بحاجة إليها، حيث نصت المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه "يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ،ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته ، أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته " . بالإضافة لوضعه قيود على بعض الممارسات الماسة بالسلامة الجسدية كعمليات نقل وزراعة الأعضاء التي أحاطها بشروط معينة .و هكذا يظهر أن المشرع الجزائري أحاط هو الآخر بالحق في سلامة الجسم ليضمن عدم المساس به و الإعتداء على عناصره .

ونشير أيضا إلى أن الحماية لا تقتصر على الأعضاء الأصلية التي ولد بها الإنسان، وإنما تمتد إلى الأعضاء التي زود بها أو نقلت إليه مثل القلب والكلية والقرنية وغيرها، لأنها أصبحت جزءا منه متى اتصلت بالجسم، بالإضافة إلى الأعضاء الإصطناعية التي أصبحت تؤدي نفس

[1] الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 09–01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 ، ج.ر رقم 15

الوظائف الأصلية[1]، ولقد برز رأيان في هذا الموضوع، حيث يرى أصحاب الرأي الأول أن الحماية تشمل أيضا الأعضاء الإصطناعية ولا تقتصرعلى الأعضاء الطبيعية وحجتهم في ذلك :

-أن الأعضاء الإصطناعية تتصل اتصالا ماديا بالأجزاء الطبيعية للجسم.

-أن هذه الأعضاء الإصطناعية إنما وضعت لتؤدي نفس الوظيفة التي تؤديها الأعضاء الطبيعية

-أن هذه الأعضاء الإصطناعية وإن كانت أشياء،إلا أنها اتصلت بالجسم الإنساني وأصبحت أشياء جسمانية بالتخصيص[2] .

-أما الرأي الثاني، يرى أن الحماية القانونية لا تمتد إلى الأعضاء الإصطناعية، رغم اتصالها بالجسم و قيامها بنفس الدور واستندوا في ذلك إلى :

-أن الجسم جهاز دقيق ومتكامل يؤدي دوره في إطار محكم، وليس مجموعة من الأعضاء المستقلة يقوم كل عضو بدور منعزل عن الآخر .

-يمكن للأعضاء الإصطناعية أن تتمتع بالحماية القانونية إذا كان المساس بها يخل بالأعضاء الطبيعية، مثل سرقة قرنية عين إصطناعية لمريض مثبتة في موضعها .

أن الأعضاء الإصطناعية هي من صنع الإنسان ومهما كانت متقنة يشوبها النقص ولا تؤدي دورها بصفة متقنة ، عكس الأعضاء الطبيعية فهي من صنع الله الذي أتقن خلق كل شيء[3] .

وعند دراسة الرأيين، نجد أن الرأي الأول قد توسع في منح الحماية القانونية للأعضاء الإصطناعية، الأمرالذي يفرض إعتبار بعض الأشياء مثل العصي والنظارة وكل ما يستعين بها الصم على السمع من الأعضاء التي تشملها الحماية وذلك بمجرد اتصالها بجسم الإنسان وقيامها بنفس الوظيفة التي تقوم بها الأعضاء الطبيعية. أما بالنسبة للرأي الثاني، فقد ضيق من الحماية

---

1 مثل اليد ، الرجل الخشبية او المعدنية ، العيون الزجاجية ، للإشارة بدأت فكرة الأطراف الإصطناعية بعد الحرب العالمية الثانية وكانت ألمانيا من أوائل الدول التي بدأت بفكرة تصنيع هذه الأطراف. وكانت مادة الخشب أول مادة أولية استخدمت وكانت تحفر جذوع الأشجار ويفرغ محتواها بأشكال هندسية أنبوبية أو مربعة ومن ثم بدأت فكرة الطرف المتحرك ذات المفصل حيث تمكن المصاب من عطف وبسط الطرف العلوي أو السفلي بشكل جزئي ، حتى منتصف السبعينات حيث قامت البلدان الإصطناعية بتطوير هذه الفكرة وهذه الصناعة حيث حلتّ مادة البلاستيك (Orthocryl) بدلاً من المادة الخشبية لخفّة الوزن وسهولة التصنيع , وعندها بدأت صناعة الأطراف تتطوّر بشكل فعّال من حيث الشكل ومن حيث الميكانيكية ، لتفاصيل أكثر يرجى زيارة الموقع الإلكتروني :www.3rbdr.net/الأطراف-أنواع-الصناعية-الأطراف.html

2 مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية... ، المرجع السابق ، ص 155.

3 مروك نصر الدين ، نفس المرجع ، ص 157.

القانونية للأعضاء الإصطناعية وحصرها على حالة إذا كان المساس بها يؤدي إلى التعدي على الأعضاء الطبيعية[1] .

ولما كان وجود الجسم البشري ينحصر بين نقطتي البداية والنهاية،فإن الوقوف عند هذه البداية يعد الفيصل في تحديد لحظة وجوده، حتى يكتسب صفة الجسم بمعنى الكلمة .

المبحث الثاني
أهم مظاهر التصرف في أعضاء الجسم

إن التصرف في جسم الإنسان يثير جدلا كبيرا حول مشروعية التصرف فيه لما له من حرمة وكرامة، مما يجعل أي اتفاق على بيع أي عضو من نسيج منه يعد باطلا يستوجب المتابعة الجزائية وحتي لا يصير الجسد شبيها بالسلعة يباع ويشترى حرصت القوانين والشرائع السماوية على إحاطته بحماية خاصة، ولأن التصرف في جسم البشري يمكن أن يأخذ شكلا قانونيا وبذلك يدخل ضمن الالتزامات المدنية التي تتجه الإرادة فيها إلى إحداث أثر قانوني[2]، ارتأينا في هذا المبحث التطرق لصور هذه التصرفات حيث نتعرض في المطلب الأول لعملية بيع الأعضاء والأحكام التي وردت فيها والمطلب الثاني للتبرع بالأعضاء والمطلب الثالث الوصية المتعلقة بالأعضاء.

المطلب الأول
بيع الأعضاء البشرية

إن الأصل في العقود هو سيادة مبدأ الرضائية، إذ يكفي لانعقاد العقد وجود الرضاو المحل والسبب. ويعتبر عقد البيع أهم تصرف يمكن وروده على جسم الإنسان, ويخضع هذا العقد شأنه شأن باقي العقود إلى نفس هذا المبدأ.

[1] عمرون شهرزاد، المرجع السابق ، ص 44.
[2] خالد بن النوى ، المرجع السابق ، ص 52

الفرع الأول

تصنيف الأعضاء البشرية

إن أعضاء الجسم البشري ليست كلها قابلة للنقل أو الزرع، وإنما هناك ضوابط و شروط يجب توافرها حول نوع العضو المراد نقله والهدف من منه، لذا سنحاول في هذا الفرع إعطاء فكرة حول تصنيف الأعضاء البشرية.

1-الأعضاء القابلة للغرس

يقصد بغرس الأعضاء إمكانية نقل العضو البشري السليم من جسم الإنسان المتبرع Le donneur) إلى جسم إنسان أخر يطلق عليه إسم المستقبل أو المتلقي (Le receveur) ،حيث يكون بحاجة ماسة لذلك العضو ليقوم مقام العضو الذي اصابه المرض أو التلف وبعبارة أخرى إدماج عنصر جديد في جسم الإنسان للمساهمة في الوظائف الفيزيولوجية التي أصابها[1].والأعضاء البشرية منها ما هو قابل للزرع مثل الكلية، الكبد، قرنية العين، ومنها ما هو غير قابل للزرع في الوقت الراهن وهي الأعضاء التي يستحيل نقلها أو تحويلها كالعمود الفقري المثانة، والمعدة وغيرها،لأنه لم يثبت لحد الآن نجاحها، لكن هذا لا يعني أن تكون قابلة للغرس في المستقبل القريب؛ ولقد صنفت الأعضاء حسب قابليتها للزرع إلى عدة تصنيفات نذكر علي سبيل المثال : الغرائس[2] حسب التروية الدموية وتضم : غرائس ذات تروية دموية مباشرة مثل القلب وغرائس ذات تروية دموية غير مباشرة مثل الجلد وغرائس لا تحتاج إلى تروية دموية مثل القرنية[3].

---

[1] أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب الطبية المستحدثة في الطب و الجراحة، دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى ،دار النهضة ، القاهرة ، 1998 ، ص 146 .

[2] يقصد به العضو المغروس ، وجمعها غرائس ، وهي إما أن تكون عضواً كاملاً مثل الكلية والكبد والقلب ، أو تكون جزءًا من عضو كالقرنية (وهي الجزء الشفاف الخارجي من العين) ، أو تكون نسيجاً ، أو خلايا كما هو الحال في نقل الدم ونقي العظام و غرس جزر لانجرهانس من البنكرياس . وتصنف الغرائس تصنيفات عدة ،

[3] أنظر، منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، الطبعة الأولي،دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن ،2002، ص 14.

2- أعضاء قابلة للتجديد

يقصد بها الأعضاء القابلة للإستخلاف و يمكن للجسم أن يعوضها تلقائيا و يمكن نقلها من جسم لآخر قصد الإنتفاع بها إذا توافرت شروط نقلها. إلا أن فصلها عن الجسم نهائيا لا يؤدي لتجددها. ويمكن تقسيم الأعضاء حسب قابليتها للتجدد إلى نوعين، منها ما هو قابل للتجدد أو الإستخلاف كالدم وخلايا الجلد، الكبد وإفرازات الجلد كلبن المرضعة حيث إذا تم نزعها لا تتأثر حياة الشخص لأنها تتجدد باستمرار وبصفة تلقائية إذ عند فصل جزء منها فإن باقي الأجزاء الأخرى تتوسع وتستوعب مكان الجزء المفصول. بينما هناك أعضاء غير قابلة للتجدد مثل القلب والكلية،و قد يوضع العضو المغروس في مكان العضو التالف ويسمى هذا النوع الموضع السوي ومثاله غرس القلب والجلد والرئتين والكبد والقرنية، وقد تغرس الأعضاء في غير موضعها المعهود ويسمى ذلك الموضع المختلف ومثاله زرع الكلى التي توضع في الحفرة الحرقفية بدلاً من موضعها في الخاصرة[1] .

ومن الجدير بالذكر أن الخلايا البشرية لا تموت كلها دفعة واحدة عادة (وهذا من رحمة وحكمة الخالق عز وجل)، ولكنها تختلف في سرعة موتها وهلاكها بعد موت الإنسان، ويمكن إطالة عمر أو صلاحية هذه الخلايا إذا وضعت في محلول مثلج وهذا ما يتيح استخدام أعضاء وخلايا الميت لشخص آخر مريض محتاج إليها . ويمكن الاحتفاظ بالحيوانات المنوية مثلاً مثلجة في النتروجين السائل لعشرات السنين ، وكذلك يمكن الاحتفاظ بالخلايا الليفية لعشرات السنين، وفيما يلي جدولاً يوضح مدة بقاء بعض الأعضاء والأنسجة بالتبريد وبدون تبريد :

[1] طارق سرور ، المرجع السابق، ص 54

العضو	مدة البقاء دون تبريد	مدة البقاء بالتبريد
الدماغ	4 دقائق	نهاية الحياة
القلب	بضع دقائق	ساعتان وربما أكثر بالدفق
الكبد	8 دقائق	8 ساعات
البنكرياس	40 دقيقة	12 ساعة كل البنكرياس –(72 ساعة جزء منه)
الكلى	45 دقيقة	72 ساعة وربما أكثر بالدفق
القرنية	12 ساعة	لمدة أيام أو أكثر
الجلد	12 ساعة في غرفة باردة	أشهر وربما أكثر
العظام	24 ساعة	أشهر وربما أكثر
الرئتان	بضع ساعات على الأكثر	30 دقيقة

ونشير إلى أن عمليات نقل وزرع الأعضاء تقسم طبيا على ثلاث مجموعات : الأولى تسمي HAUTO وتعني أن يكون المعطي والمتلقي هو نفس الشخص ونفس الجسم، ومثال ذلك عملية ترقيع الجلد الحي والثانية تسمي HOMO يكون فيها الشخص المعطي ينتمي إلى نفس جنس المتلقي كنقل عضو من إنسان إلى إنسان و الثالثة هي HETE ويكون فيها جنس المتلقي يختلف عن جنس المعطي كأخذ الكبد من قرد مثلا وزراعها لإنسان[1] .

ولأن تجارة الأعضاء هي تجارة غير قانونية ، تصنف قانونا كسوق سوداء لأنها قائمة على الحصول على أعضاء الجسم من المحتاجين لبيعها لأشخاص ميسور والحال، عن طريق وسطاء يستغلون الوضعية المزرية للمحتاجين، فما حكم القانون في هذه الظاهرة ؟

[1] رايس محمد ،المرجع السلبق ، ص 218 .

الفرع الثاني

حكم بيع الأعضاء البشرية في القانون

إن من أسباب انتشار ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية حالة تلف عضو في الجسم ، فيتعذر تعويضه سواء ذاتيا من نفس الجسم أو عدم وجود متبرع، فيؤدي إلى إنتشار هذه الجريمة الشنعاء التي طالت الطبيعة الإنسانية و جعلت من أعضاء الإنسان قطع غيار تتداول في السوق السوداء وسارت تصنف من الجرائم المنظمة العابرة للحدود؛ وانتشار هذه الظاهرة وما تذره من أموال أدي إلى انتشار عصابات ومافيا تنشط في هذا الميدان بتواطؤ لا أخلاقي بين ممتهني مهنة الطـــب والباحثين على الربح السريع[1]. وعليه سنتطرق في هذا الفرع لحكم بيع الأعضاء البشرية في القانون، وسوف نبين موقف كلا القوانين الغربية والعربية منه .

في القانون الوضعي لقد برز اتجاهين في عملية بيع الأعضاء، حيث ذهب الإتجاه الأول إلى تأييد يؤيد مبدأ بيع الأعضاء البشرية على أساس أن التبرع بالأعضاء 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

[1] أنظر، عبد العزيز لعشاوي ، أبحاث في القانون الدولي الجنائي ، الجزء الثاني ، دار هومة ، الجزائر، 2008 ، ص 213 .
[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص152.

نفسه؛ وأن لا يتعارض مع نص قانوني يمنع البيع ولا يتوفر للعضو بدائل إصطناعية كما أن البيع والشراء يكون تحت إشراف مؤسسة مختصة[1].

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 و هذه العناصر من شخصيته لا تتأثر في حالة إستقطاع الأعضاء من جسده[2].

أما الإتجاه 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[3] .

ونجد أن العديد من الفقهاء والقوانين العربية والغربية رفضوا فكرة اللجوء لبيع الأعضاء، كالقانون الفرنسي الذي نص على مجانية التبرع بموجب المادة 13/665[4] ،حيث قال الفقيه SAVATIER أحد رواد الفقه الفرنسي " أن جسم الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، ولما كان الحب أسمى هذه القيم فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال"[5]. 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"[6].

---

[1] أنظر ، سميرة عايد الديات ، عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت لبنان ، 2004 ،ص 181 .

[2] منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 19.

[3] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص153

[4] Art. L. 665-13.« 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.» loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, précitée .

[5] أنظر، SAVATIER , Les prélèvements sur le corps humain au profit d’autrui ,مقتبس عن أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 27 (مترجمة)

[6] أنظر ، THOUVENIN Dominique ، Les prélèvements sur le corps humain au profit d’autrui ، مقتبس عن أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 28 (مترجمة)

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 .

أما بالنسبة للقوانين العربية، فنجد أن المشرع الجزائري كرس فكرة مبدأ المجانية في مجال نقل و زراعة الأعضاء البشرية، حيث نصت المادة 3/161 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه « لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية موضوع معاملة مادية ». وكما نصت المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري « 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» .

وبخصوص المشرع المصري فقد أكد في المادة 01/03 من القانون الخاص ببنك العيون على ضرورة أن يكون التنازل عن العين بدون مقابل[1]، 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"[2].

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 الأخذ بالإتجاه

[1] « 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

[2] قانون رقم 5 لسنة 2010 ، المؤرخ في 06 مارس 2010 ، المتضمن تنظيم زرع الاعضاء البشرية في مصر.

المحرم لبيع الأعضاء البشرية، لأن الإنسان مكرم ولا يجوز التعدي على حرمته. غير أن الواقع شيء آخر، فالظروف الإقتصادية والإجتماعية 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.ولقد حضر المشرع الفرنسي اللجوء إلى الدعاية أو القيام بالإعلانات لبيع الأعضاء وهذا بموجب المادة 655-12[1] .

الفرع الثالث
حكم بيع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية

أجمع العلماء قديما وحديثا على منع بيع الحر أو عضو من أعضائه ، فالإنسان ليس مالا مملوكا لأحد و أن جسده و أعضاءه ليست مالا يصلح للتعامل فيه

أولا –تحريم بيع الأعضاء البشرية من القرآن الكريم

لقد كرّم الله سبحانه و تعالى الإنسان وجاء ذلك في العديد من الآيات وسنسرد بعض منها قال الله تعالى في كتابه العزيز { وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا}[2] ، فالآية الكريمة تدل على أن الله تعالى شرّف بني آدم وكرّمهم بأن خلقهم في أحسن صورة وميّزهم بالعقل وحملهم في البرّ على الدواب و في البحر على السفن والمراكب ورزقهم من الطيبات من زرع و ثمور، كما فضّلهم على كثير من خلقه

[1] Art. L. 665-12« Est interdite 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. 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» . loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 , précitée .

[2] سورة الإسراء ،الآية 70 .

بالعقل والتفكير وفضّلهم بإستخلافهم في الأرض. وقوله تعالى{ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا}[1] وقوله تعالى أيضا { لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ}[2] ؛ وقوله أيضا { إِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي خَالِقٌ بَشَرًا مِن طِينٍ * فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِن رُّوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ * فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ * إِلَّا إِبْلِيسَ اسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنْ الْكَافِرِينَ }[3] .

إن هذه الآيات تدل على تكريم الله للإنسان وتفضيله على كثير من الخلق ومن مظاهر هذا التكريم خلقه في أحسن صورة واختصه بنفخة من روحه وجعل له ولاية على جسده لحفظه ورعايته، ومنحه القدرات العقلية، والقدرة على الاختيار بين الخير والشر، هذا الجسد يعتبر أمانة استودعه الله عنده إلى أن ترجع الروح إلى بارئها، وبيع أحد الأعضاء يتنافى كلية مع هذا التكريم لما في البيع إهانة وإبتدال لا يليقان بآدمية الإنسان وكرامته حتى ولو كان البيع بنية انقاد شخص آخر، لأن مجرد إدخال جسم الإنسان في دائرة التعاملات وإبرام العقود عليه تنتفي كرامته ومكانته لأن الله تعالى خلق الإنسان مالكا للمال وجعله مسيطرا عليه فكيف تنقلب الآية و يصبح هو نفسه مالا و في نفس الوقت مالكا للمال.

ثانيا – تحريم بيع الأعضاء البشرية من السنة النبوية

لقد ورد في السنة النبوية الشريفة حرمة بيع الآدمي، فعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوفِهِ أَجْرَهُ"[4].

إن الشارع حرم بيع الحر وقد غلظ في ذلك حيث صرح بأن فاعل ذلك خصم للرب عز و جل مع أنه تعالى خصم لجميع الظالمين، و إذا كان الله قد حرم بيع الحر جملة، فإنه بذلك قد حرم بيع أجزائه و لم يفرق بين الجزء والكل[5] .

---

[1] سورة الأحزاب ، الآية 72 .
[2] سورة التين ،الآية 04 .
[3] سورة ص ، الآيتان 71–74 .
[4] العسقلاني ، المرجع السابق ، ص 97 .
[5] أنظر، عارف علي عارف القره داغي ، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، مجلس النشر العلمي الماليزي، 2011 ، ص 43

وعلى العكس من ذلك، هناك طريقة للإستفادة من الأعضاء البشرية وتكون بدون مقابل، وهي من الأعمال القائمة في سبيل الخير، وتتمثل في التبرع هذا ما سنحاول تسليط الضوء عليه من خلال المطلب الثاني .

المطلـــب الثانـــي
التبـــرع بالأعضاء البشـــرية

الملاحظ وجود اختلاف في تعبيرات الباحثين عن تخلي الإنسان عن العضو بلا مقابل فيعبرون عنه أحيانا بالهبة وأحيانا بالتبرع وأحيانا أخرى التنازل، والإختلاف في التعبير هو اختلاف لفظي لا غير لأن الكل يعني تخلي الإنسان على جزء من جسمه لغرض إنقاد إنسان آخر من الهلاك و ذلك على وجه الإحسان و بدون عوض[1].

يعتبر التبرع(الهبة)[2] بالأعضاء البشرية عملا إنسانيا عظيما يجب أن يشجع دائما، ويعد مبدأ عدم مالية أعضاء جسم الإنسان مبدءا أساسيا للتبرع، لأنه يمنع التنازل عن الأعضاء بمقابل،لكن أمام هذا التطور الهائل في المجال الطبي وخصوصا فيما يتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أصبح التعامل في أعضاء الإنسان كالتعامل في قطع غيار السيارات إن صحّ التعبير، مما أدى إلى ظهور تجاوزات عديدة، فأخذ التبرع بالأعضاء شكلا خطيرا، وأضحت الأعضاء سلعا تباع وتشترى.

---

[1] عارف علي عارف القره داغي ، المرجع السابق ، ص 53.

[2] إن المقصود بالهبة عموما هي تمليك بلا عوض, و قد عرفها الأستاذ السنهوري بأنها "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال دون عوض" . و يخضع عقد الهبة شأنه شأن باقي العقود إلى نفس الأركان المتطلبة لقيامه و صحته, المتمثلة في الرضا، المحل، السبب، إضافة على شروط أخرى متطلبة بصورة خاصة في عقد الهبة و يرى الأستاذ السنهوري أن عقد الهبة يقوم على 04 مقومات هي:

* الهبة عقد ما بين الأحياء.
* -بموجبه يتصرف الواهب في ماله
* -دون عوض
* بنية التبرع

و عقد الهبة يتكون من عنصرين:

* عنصر مادي يتمثل في تصرف الواهب في ماله دون عوض
* عنصر معنوي هو نية التبرع ، لمزيد من التفاصيل ،أنظر عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، ج5، الهبة و الشراكة ، دار النهضة العربية ، الطبع و النشر و التوزيع ،1987 ، ص 45

الفرع الأول
الأعضاء الجائز استئصالها

تتنوع الأعضاء البشرية وتعدد، فنجد أعضاء ظاهرة كالقرنية والرجل واليد وغيرها، وأعضاء باطنية لا يمكن مشاهدتها كالرئة والكبد والقلب، كما نجد أعضاء يابسة وهي تشكل غالبية أجزاء جسم الإنسان، و قد 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 .

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. أما إذا كان استئصال أحد العضوين يؤثر في هذه الوظيفة رغم وجود العضو الآخر في جسم المتبرع فلا يجوز[1] .

ثانيا-التبرع بالأعضاء الوحيدة المتجددة :

الأعضاء الوحيدة هي تلك الأعضاء التي ليس لها نظير في جسم الإنسان وهناك نوعان من هذه الأعضاء، أعضاء غير متجددة، وأخرى متجددة .

وتتميز الأعضاء الوحيدة المتجددة بكونها وحيدة و متجددة، وتتمثل في الخلايا الجذعية، وهي خلايا غير متجددة ولها القدرة على الانقسام والتكاثر لتعطي أنواعا مختلفة من الخلايا المتخصصة وتكون أنسجة الجسم المختلفة. ويمكن الحصول على مثل هذه الخلايا من الأطفال البالغين، أوعن طريق الاستنساخ بأخذ خلايا من الكتلة الخلوية الداخلية. كما يجوز الحصول على الخلايا الجذعية

[1] سميرة عايد الديات، المرجع السابق ، ص 179

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 وظائفها. 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[1].

الفرع الثاني
الأعضاء التي لا يجوز التبرع بها

نجد أن بعض الأعضاء في جسم الإنسان لا يجوز التبرع بها، وذلك لما تشكله من خطورة في حالة فقدانه لها، ومن أمثلتها الأعضاء الوحيدة غير المتجددة، والأعضاء التناسلية.

أولا –التبرع بالأعضاء الوحيدة غير المتجددة

يقصد بالأعضاء الوحيدة غير المتجددة تلك الأعضاء التي ليس لها نظير في الجسم، وتتميز بعدم التجدد، كالقلب والطحال والكبد، وهي أعضاء لا يجوز استئصالها لأنها ستؤدي إلى وفاة المتبرع وفيما يتعلق بالكبد، فيجوز التبرع بجزء منه إذ ثبت علميا أنه يمكن أخذ جزء من الكبد شرط ألا يتجاوز النصف، لأنه يتجدد خلال 6 أشهر ويبقى اللجوء إلى إستئصال الكبد استثنائي[2].

كما نجد أيضا من الأعضاء الوحيدة التي لا يجوز استئصالها الدماغ، حيث قررت الجمعية العامة للمؤسسة الدولية لزرع الأعضاء في مدينة لاهاي بتاريخ 10 سبتمبر 1970 ،" أن زرع الدماغ يجب أن يعتبر 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،

[1] نسرين عبد الحميد نبيه ، المرجع السابق ، ص 101 .
[2] عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال... ، المرجع السابق ، ص379 .

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[1] .

كما يتم مساءلة الطبيب الذي يستأصل عضوا ليس له بديل في جسم الشخص لزرعه في جسم المريض مدنيا وجنائيا إذا نجمت عن هذا الفعل الوفاة .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[2] .

ثانيا – التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات 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[3] .

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

---

[1] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 189.

[2] أنظر، مروك نصر الدين ، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية ، ع2، 2001، ص. 35

[3] نسرين عبد الحميد نبيه ، المرجع السابق ، ص 92

المنقول منها المبيض من والديها إلى أنثى أخرى، والتي تم نقل المبيض لها، وفي ذلك اختلاط للأنساب.

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 مطلقا نظرا لأنه يفضي إلى اختلاط الأنساب، وتكون ثمرة الإنجاب غير وليدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد زواج "[1] .

كما نصت القوانين (الجزائري ،المصري،الفرنسي)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 أوالأنسجة أو لخلايا التناسلية بما يؤدي إلى إختلاط الأنساب"[2]. أما المشرع الجزائري فلحد الساعة فلم يصدر أي قانون خاص بتنظيم عملية التبرع بالأعضاء البشرية بصفة عامة والتتناسلية بصفة خاصة، فنتمنى أن يتدارك هذا القصور القانوني مستقبلا ويواكب القوانين الأخرى في تنظيم المستجدات، لكنه حاول الحد من ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية خوفا من تفاقمها، نظرا لالتزامات الجزائر الدولية في هذا الشأن، فثم تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 09-01 الصادر بتاريخ 25 فيفري 2009[3] في و ثم إضافة 13 مادة لتدارك النقائص الموجودة في قانون الصحة .

[1] عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق ، ص 258 .
[2] قانون رقم 05 لسنة 2010 ، المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية ، مشار إليه سابقا .
[3] أنظر، ج.ر عدد 15 بتاريخ 2009/03/08.

أما المشرع الفرنسي، فقد اعتبر مبدأ مجانية الأعضاء مبدأ عاما يجب تطبيقه على كافة التصرفات المتعلّقة بالأعضاء البشرية، حيث نصت المادة 04/1211[1] من قانون الصحة العامة رقم 2004-802 المؤرخ في 29 جويلية 2004 على أنه لا يجوز دفع أي مبلغ مالي في أي شكل من الأشكال في سبيل الحصول على أحد منتجات أو أعضاء الجسم، وفرض أيضا عقوبات جنائية فجاءت المادة 511-2 من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 653 لسنة 1994 والمادة 1272-1[2] من قانون الصحة العامة على أن العقوبة تتمثل في سبع سنوات حبس و غرامة مالية تقدر بـــ 10000 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 و زرع الأعضاء[3].

الفرع الثالث
الشروط الواجب توافرها في المتبرع

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من التدخلات الجراحية الحديثة التي تنطوي على مخاطر متعددة، لذا حاولت جل الدول وضع قوانين لتنظيم هذا النوع من العمليات لحماية الأطراف المعنية وبالخصوص المتبرع باعتباره الطرف المتضرر في هذه العملية .

أولا : الشروط القانونية

[1] «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

[2] «" 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 10000 euros d'amende.» Art 511-2, Code pénale Art. L 1272-1, c.s.p.f

[3] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص169.

يرخص القانون بإباحة الأعمال الطبية في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، فهناك شروط و قيود قانونية لا بد من توافرها لإجراء مثل هذا النوع من العمليات، وتكاد جل التشريعات تجمع على شروط موحدة تقريبا، وسوف نحاول توضيح ذالك من خلال النقاط التالية:

أ-أهلية المتبرع

يشترط في المتبرع أن يكون كامل الأهلية وفقا لقانونه الداخلي، علما أن سن الأهلية تختلف من بلد لآخر بل من قانون لآخر،

ولقد انفرد المشرع الفرنسي بجواز التبرع بين الأصول والفروع ولو كان المتبرع غير مكتمل الأهلية حسب المادة 5/671[1] 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 والتي نصت على جواز نقل نخاع شوكي من حدث لصالح أخيه أو أخته، شرط قبول من له سلطة على القاصر، سواء أبويه أو ممثله القانوني، وهذه الموافقة تبدى أمام المحكمة وفي حالة الضرورة يبلغ النائب العام بأي وسيلة .أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد 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 يفقدون إلى تقدير الأمور بشكل سليم كالمجنون والسفيه والمعتوه[2]، وعلى هذا الأساس يستبعد المشرع الجزائري القاصر ومن في حكمه من مجال التبرع بالأعضاء .

وحسب رأي الاستاذ عبد الكريم مأمون« أنه يعاب على المشرع الجزائري عدم إجازته الإستثنائية لعمليات نقل النخاع الشوكي من القصر رغم أنها مادة متجددة في الجسم البشري كالدم وغيره، ولا يشكل إقتطاعها أي مشاكل صحية بالنسبة للمتبرع ولو كان قاصرا مع العلم أنه يشترط

[1] «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 du 29/07/1994, .http /www.journal-officiel.fr.

[2] المادة 42 و 43 من ق.م.ج .

من الناحية الطبية التوافق النسيجي بين المتبرع والمستقبل في هذا النوع من النقل وهو أمر ممكن من الإخوة فبإمكان القاصر أن ينقد أخاه أو أخته من الهلاك عن طريق نقل هذه المادة المتجددة ....وعليه بإمكان المشرع الجزائري وعلى غرار نظيره الفرنسي أن يجيز مثل هذه العمليات ، اللهم إلا إذا كانت غير ممكنة من الناحية العملية في الجزائر»[1].

نشير هنا اننا 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[2]؛ والمشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها 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[3].

بالنسبة للمشرع المصري و بالرجوع لنص المادة 07 من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية فإنه « لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد احاطة كل من المتبرع والمتلقي إذا كان مدركاً ... والحصول علي موافقة المتبرع والمتلقي، أوموافقة نائبه أو ممثله القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديمها – بالنسبة للخلايا الأم ». فالقواعد القانونية تقتضي أنه إذا كان المريض غير أهل للتعبير عن رضاه أو كان فاقدا الوعي، فإنه يكفي صدور الرضا من ممثله القانوني وفي جميع الأحوال بالنسبة لرضا المعطي أو رضا المريض يجب أن تكون عمليات زرع الأعضاء غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كانت غير جائزة [4].

ج – رضا المتبرع

تتفق التشريعات المتعلقة بزرع ونقل الأعضاء على أن يكون رضا الواهب في شكل صريح ومكتوب، على أن البعض الآخر أضاف على أن يكون أمام وجود شهود وتوقيع المتبرع لأن نقل الأعضاء بصفة عامة والتبرع بصفة خاصة ينطوي على مخاطر كثيرة، لذا وجب أن

[1] عبد الكريم مامون ، المرجع السابق ، ص 373.
[2] أحمد شوقي عمر ابو خطوة ،المرجع السابق ،ص 121 .
[3] مروك نصر الدين ، نقل و زرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 256
[4] مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 87.

يكون التعبير عن الرضا مكتوب حتى تتحقق الحماية القانونية للطبيب، وأن لا يتعرض لأية مساءلة إذا ما طرأ أي إشكال .

عالج المشرع الجزائري رضا المتبرع في المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها، حيث اشترطت الموافقة الكتابية وبحضور شاهدين إثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة. ومن بين الإلتزامات القانونية الهامة التي تلقى على عاتق الأطباء في مجال استقطاع الأعضاء البشرية إحاطة المتبرع بكافة المعلومات الضرورية حتى تكون الموافقة خالية من أي لبس، بالإضافة إلى ذلك فإن لم يستطع التعبير عن إرادته فتنتقل سلطة إتخاد القرار إلى أسرته حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 2/164 من نفس القانون[1] .

غير أنه بالرجوع إلى المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها نجدها تثير بعض الإشكالات القانونية تتمثل في

– من يحرر الوثيقة المتنازل أم الطبيب رئيس المصلحة ؟

– ما هو العضو الذي يكون موضوع موافقة المتنازل، خاصة إذا جاءت نصوص القانون عامة مثل القانون الجزائري ؟

– 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؟ فعلى المشرع أن يتدخل و يعيد النظر في صياغة النص، ويشترط في هذه الموافقة حضور أحد أعضاء القضاء كطرف محايد حتى تكون إدارة المستشفى هي الخصم والحكم في نفس الوقت، مسايرا بذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 372 /3 من قانون الصحة العامة [2] .

و يشترط في الرضا ما يلي :

1- أن يكون متبصرا ومستنيرا:

[1] تنص المادة 164 /2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه « و في 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 ».

[2] مروك نصر الدين ، المشاكل التي تثيرها.... ، المرجع السابق ، ص 43 .

إذا كان الترخيص للطبيب بإخفاء بعض المعلومات عن المريض بداعي المصلحة وتحقيق الشفاء له، فإن الأمر لا نجد له مكانة في حالة الشخص الذي يوافق على التنازل عن جزء من جسمه. لهذا فقد حث المشرع الجزائري على إلزامية تبصير المتبرع والمريض من طرف الطبيب بالمخاطر الطبية التي تترتب على عملية الإستئصال وبالمخاطر المحتملة، والتي يمكن أن تصيب المتنازل حالا أومستقبلا. لأن الهدف الرئيسي الذي يدفع شخصا ما للتنازل عن جزء من جسمه هو الرغبة في إنقاذ شخص مريض. هذا الإلتزام منصوص عليه في المادتين 43 و44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب[1]، والهدف من التبصير 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 و المريض نظرا لخصوصية هذا النوع من العمليات و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 162 .

والإلتزام بالتبصير يشمل عدة إلتزامات تتمثل في :

-المخاطر الطبية التي قد تصيب جسم الإنسان نتيجة لعملية الإستئصال ،

- المخاطر النفسية التي قد تترتب على هذه العملية،

-المخاطر الإجتماعية والإقتصادية ويعني ذلك ما قد ينتج من عمليات الإستئصال من عدم قدرة المتبرع من مزاولة اعمال مهنية معينة و ما يلحقه ذلك من تاثير على قدرته على الكسب

-تبصير المتبرع بنسبة نجاح العملية أو فشلها[2].

2- أن يكون الرضا حرا :

إن عمليات نقل الأعضاء لها من الخصوصيات ما يجعلها تعد من الممارسات الغير مألوفة وذلك لما تنطوي عليه من مساس بسلامة وتكامل جسم المتبرع، لذا يجب توخي الحيطة والحذر في الموافقة على إجراء هذا النوع من الأعمال الطبية والتأكد بما لا يدع مجالا للشك في أن هذه

[1] تنص المادة 43 على « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي » و تنص المادة 44 على « يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة .....» ، مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب ،ج.ر . 52

[2] عمرون شهرزاد ، المرجع السابق ،ص 134.

الموافقة جاءت خالية من أي ضغوطات وعوارض نفسية، بالإضافة إلى ذلك لا يحق للطبيب الجراح إجبار المريض على العلاج حتى ولو كان لمصلحته، بل يجب أن يكون رضاه صادرا عن إقتناع كامل وبدون أي تدليس أوإكراه، إذ يجب رفض فكرة الوصاية الطبية و العائلية في مجال زرع ونقل الأعضاء البشرية[1]. وفي فرنسا على سبيل المثال جاءت المادة 671 من قانون الصحة العامة واضحة، قاطعة الدلالة في التأكيد على ضرورة توفر شرط البلوغ والأهلية وضمان الموافقة على إجراء عملية الإستئصال عن وعي كاف وإدراك تام .

وحتى يكون الرضا حرا، فإن ذلك يتطلب أمرين :

-أولا : أن يصدر الرضا من شخص يتمتع بملكات ذهنية و نفسية سليمة تجعله قادرا على أن يصدر موافقة صحيحة في موضوع الرضا وهذا يختلف عما إذا كان الشخص غير متمتع بقواه العقلية أو فاقد الأهلية بسبب عارض أو لصغر سنه .

-ثانيا : ألا يخضع في تعبيره عن الرضا لأي إكراه أو ضغط نفسي يعيب هذا الرضا، وهذا ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في هذا الشأن، و يفترض في الرضا من حيث توافره أمران:

*أن يستمر الرضا حتى وقت إجراء جراحة الإستقطاع .

*يمكن للمتبرع الرجوع عن رضائه في أي وقت قبل إجراء الجراحة، ويمكن إخضاعه لفحص نفسي للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية تعيب إرادته[2].

د-سرية التبرع :

يعتبر مبدأ السرية قاعدة أساسية ضمن نطاق قوانين الأخلاق الحيوية، وقد طرحت السرية كمبدأ عام يجب التقيد به في عملية التبرع بالأعضاء.ولقد نص المشرع الفرنسي في المادة (14/665) من قانون الصحة العامة على مبدأ السرية، أي لا يمكن للمتبرع معرفة الشخص المستفيد من العضو والعكس صحيح. ولا يمكن إعطاء معلومات يمكنها تحديد أطراف هذه العملية مستقبلا. ويعتبر تبني المشرع الفرنسي لمبدأ السرية إمتداد لمبدأ عدم مالية جسم الإنسان وحتى لا

[1] نصر الدين مروك ، المشاكل التي .... ، المرجع السابق ، ص 45 .
[2] عمرون شهرزاد ، المرجع السابق ، ص 135.

يبقى هذا المبدأ مجرد فكرة ، فقد وضع المشرع تحت تصرف القاضي مجموعة من النصوص التي تسمح له بتطبيقها بشكل صارم. ولقد كان اختيار المشرع لموضوع مبدأ سرية التبرع دقيقا جدا بسبب العدد 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[1].

ونشير هنا إلى أن السرية لا يمكن تطبيقها في بعض الحالات بسب الصفة المطلوبة في المستفيد حسب المادة 03/671 من قانون الصحة العامة «لا يمكن نزع الأعضاء من شخص حي عن طريق التبرع إلا إذا كانت فيه فائدة علاجية لمستقبل العضو، والمستفيد يجب أن تكون له صفة الأب أو الأم، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت، الزوج أو المعاشر.... »[2].

وفيما يتعلق باقتطاع الأعضاء من شخص ميت يجب ألا تقلب قاعدة السرية، لأن الأعضاء المستأصلة تهدف بشكل عام لخدمة المرضى المسجلين في لائحة وطنية تكون شخصية المستفيد مجهولة لعائلة و أقارب المتوفي. لكن يوجد حالات يمكن خرق قاعدة السرية إذا وجدت الضرورة العلاجية لذا نص القانون على إمكانية حصول الطبيب فقط على المعلومات التي تسمح بمعرفة شخصية كل من المتبرع والمستفيد.

هـــ- حق المتبرع في العدول التبرع

تنص المادة 162 /02 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه يستطيع المتبرع في أي وقت أن يتراجع عن موافقته السابقة. وحق العدول عن الرضا من قبل المتبرع يجد أساسه في مبدأ الكرامة الإنسانية الذي يقتضي عدم إرغام الشخص على إقتطاع جزء من جسمه دون رضاه. وتجسيدا أيضا لحق المتبرع في الموافقة الحرة والمتبصرة التي تقتضي السماح للمتبرع الذي وافق في بداية الأمر على الإقتطاع أن يتراجع عن تلك الموافقة. ولما كانت مسألة الموافقة من المسائل

[1] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 112 .

[2] « Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le receveur doit avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de soeur, de conjoint ou de concubin du donneur, ou de partenaire au donneur dans un pacte civil de solidarité» Article L. 671-3 du c.s.p.f .

الشخصية فإن الرجوع عليها كذلك أمر شخصي ولا يجب البحث في أسبابه ومبرراته، كما يعد العدول عن الموافقة عملا إراديا يزيل الأثر القانوني للرضا الذي صدر من المتبرع[1]. ولقد نص القانون الفرنسي على حق العدول عن الموافقة عن العمل الجراحي المتمثل في إستئصال العضو من المتبرع وذلك على أساس إفتراض حالة الموافقة التي تكون تحت تأثير عوامل خارجية أو بناء على معطيات اتضح للمتبرع من خلالها أن موافقته لم تكن عقلانية، وفي كل الأحوال لا يمكن مساءلة المتبرع عن سبب عدوله [2].

وجاء في المادة 02 فقرة 03 من المرسوم رقم 78-501 الصادر في 31 مارس 1978 لتطبيق قانون 22 ديسمبر 1976 والخاص بنقل و زراعة الأعضاء البشرية على أنه « وفي كل الحالات يمكن الرجوع عن موافقة المتبرع في أي لحظة و بدون أي شكل». أما قانون الصحة الفرنسي، فقد نص على أنه لا يمكن استئصال الأعضاء من جسم الإنسان ولا منتوجات هذا الأخير بدون رضا مسبق من المتبرع الذي يمكن له العدول في أية لحظة [3] .

ثانيا : الشروط الطبية

نصت المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه « .. كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل »، ويفهم من هذه المادة أنه يستبعد نقل الأعضاء من الأشخاص المصابين بأمراض التي يمكن أن تؤثر في جسم المتلقي مثل السرطان، السيدا؛ بالإضافة إلى ذلك وحسب ما أوردته الإحصائيات في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن نسبة نجاح هذه العمليات تختلف حسب سن كل من المتنازل والمتلقي للعضو. لهذا اشترط الأطباء أن لا يقل سن كل من المتبرع

[1] عبد الكريم مأمون ، رضا المريض ..... ، المرجع السابق ، ص 262 .

[2] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 328

[3] «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.», Art. L1211-2,c.s.p.f .

والمتلقي للعضو عن 10 سنوات وأن لا يتجاوز 50 سنة لأن نسبة نجاح هذه العملية تكون مرتفعة. غير أن ذلك لا يمنع من إمكانية إجراء هذه العمليات في حالة الضرورة[1].

كما يلتزم الطبيب قبل إجرائه لعملية نقل العضو القيام بكل الفحوصات والتحاليل الطبية لكل من المتبرع والمتلقي للتأكد من خلو المتبرع من الأمراض المعدية التي من شأنها أن تؤثر على صحة وحياة المتلقي بعد زرع العضو. كما لا يجب أن يكونا يعانيان من أمراض الجهاز الهضمي لتفادي تعرضهم بعد العملية لمضاعفات نتيجة تناولهم الأدوية المثبطة لجهاز المناعة حتى لا يتم رفض العضو الجديد في الجسم. ومن الأفضل ان يكون المتبرع قريبا من المريض قرابة من الدرجة الاولى أو الثانية كي لا يتعرض المريض لعملية رفض العضو الجديد[2].

ولقد حدد المشرع الجزائري المؤسسات الصحية التي يمكن لها التكفل بعملية نقل وزراعة الأعضاء، لذا فقد حصر قانون الصحة المراكز الصحية المرخصة لممارسة هذا النوع من العمليات وهذا ما جاء في أحكام المادة 167 « لا ينزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة »؛ وفي هذا المجال صدر من وزير الصحة قرار في 2002/10/02 تضمن أسماء المؤسسات المرخص لها قانونا بممارسة عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية واختصاص كل مؤسسة يتمثل في :

- **بالنسبة لإستئصال و زرع القرنية يختص بها :**

*المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة)

*المؤسسة الإستشفائية المختصة في طب العيون (وهران)

* المركز الإستشفائي الجامعي بني مسوس (الجزائر العاصمة)

* المركز الإستشفائي الجامعي باب الواد (الجزائر العاصمة)

* المركز الإستشفائي الجامعي عنابة

- بالنسبة لإستئصال و زرع الكلى يختص بها :

[1] مروك نصر الدين ، نقل و زرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 256.

[2] أنظر ، علي محمد بيومي ، أضواء على نقل و زراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2005 ، ص 65.

* المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة)

*المؤسسة الإستشفائية المختصة قسنطينة

-بالنسبة لعمليات استئصال و زرع الكبد يختص بها

* مركز بيار ماري كوري (الجزائر العاصمة) [1] .

ومؤخرا تمّ في الجزائر إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وهذا حسب المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 2012/04/05[2] ، ولكن لا زال المختصون يتساءلون عن مصير هذه الوكالة التي لم تبدأ عملها لحد الان، وعن الدور الهام الذي يمكن أن تلعبه في مجال ترقية زرع الأعضاء والتخفيف من معاناة المرضى وذويهم.

ونشير في الأخير إلى ما توصل إليه الطب الحديث في مجال زراعة الأعضاء، حيث ثم مؤخرا ولأول مرة في العالم القيام بعملية زرع لجمجمة و فروة الرأس وبنكرياس وكلى فى مجوع عمليات أي في نفس الوقت لمريض يدعى James Boysen وهو أمريكي يبلغ 55 سنة، والذي كان يعاني منذ طفولته من داء السكري ومن سرطان ناذر أصاب فروة رأسه. وتطلب تحضير هذه العملية حوالي 18 شهرا حتى ثم العثور على شخص له نفس لون البشرة للجزء العلوي من الجمجمة أي فروة الرأس، وتمت العملية في 22 ماي 2015 من قبل فريق طبي ضم 50 جراحا متخصصا حيث استعملت تكنولوجيا عالية في هذا الميدان. وجرت هذه السابقة الطبية في مستشفى أمريكي بتكساس يدعى «Houston ethodist Hospital »، حيث صرح أحد كبار

[1] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء.....، المرجع السابق ، ص 148.

[2] أنظر،ج.ر عدد 22 الصادرة بتاريخ 2012/04/15 .

الجراحين المشاركين في هذه العملية و يدعى Michael Klebuc أنه ثم استعمال أدوات طبية دقيقة حيث شبهها كتلك التي تستعمل في صناعة الساعات بسويسرا [1] .

لقد منعت جل التشريعات القانونية بيع وشراء الأعضاء البشرية لإعتبارات أخلاقية، ونجدها بالمقابل أبقت على بعض التصرفات القانونية الأخرى، وخاصة الوصية التي تعتبر "

---

[1] **GREFFE DE CRANE : UNE PREMIERE MONDIALE**

POUR LA PREMIERE FOIS, UNE GREFFE DE CRANE ET DE CUIR CHEVELU A ETE REALISEE SUR UN HOMME QUI A REÇU, PAR LA MEME OCCASION, UN NOUVEAU PANCREAS ET UN REIN. UNE PREMIERE MONDIALE EN MICROCHIRURGIE A EU LIEU AUX ETATS-UNIS. Cette prouesse de greffes de crâne, cuir chevelu, pancréas et rein vient d'être annoncée par l'équipe de chirurgiens ayant réalisé cette série d'opérations. Ces opérations de microchirurgie ont en fait eu lieu le 22 mai dernier mais n'ont été révélées au grand jour que tout récemment (sans doute en attente de confirmation de la réussite des greffes).

50 PERSONNES MOBILISEES POUR CETTE SERIE D'OPERATIONS . James Boysen, un américain de 55 ans, est le patient qui a subi ces opérations. Diabétique depuis l'enfance et ayant contracté une forme rare de cancer s'attaquant à son cuir chevelu, il a été opéré le 22 mai par une équipe comprenant au total 50 personnes. L'ensemble des opérations a duré 15 heures. James Boysen a donc, le 22 mai dernier, reçu un nouveau un nouveau pancréas et un nouveau rein, types de greffes somme toute assez communs maintenant mais il a également reçu une partie de la boite crânienne et du cuir chevelu. Ces opérations conjointes étaient prévues de longue date mais il fallait attendre d'avoir tous les greffons disponibles en même temps. Ce qui a pris le plus de temps a été de trouver un donneur ayant le même teint de peau pour la partie du crâne, une quête longue de 18 mois.

DE LA MICROCHIRURGIE DE HAUT VOL. Ces opérations ont été réalisées au sein du *Houston Methodist Hospital*, dans l'état du Texas. En ce qui concerne la greffe du scalp, les techniques utilisées relèvent de la plus haute technologie de microchirurgie. Voici d'ailleurs ce qu'explique le docteur Michael Klebuc, chirurgien en chef de l'équipe du *Houston Methodist Hospital* : « *Imaginez que nous avons dû recoudre des vaisseaux sanguins qui mesurent 0,15 mm de diamètre, ce que nous avons fait sous microscope, avec des points de suture mesurant la moitié du diamètre d'un cheveu, grâce au genre d'instrument qui permet de réparer des montres suisses*».
ces opérations subies par James Boysen semblent donc avoir été couronnées de succès. Il avait déjà reçu une première greffe de rein et de pancréas en 1992. Ces organes devaient à nouveau être remplacés mais le traitement utilisé pour traiter son cancer du cuir chevelu ne le permettait pas. Il a donc été décidé d'attendre de trouver des greffons de scalp, de rein et de pancréas disponibles en même temps pour réaliser les greffes simultanées. Article publié sur site internet ,www.begeek.fr/greffe-de-crane-et-cuir-chevelu-une-premiere-mondiale-171891,consultéle 08/06/2015

تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع "[1].سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق للوصية في مجال الأعضاء البشرية.

المطلب الثاني
الوصية المتعلقة بالأعضاء

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 مثل القلب والكبد؛ لذا اتجهت معظم القوانين إلى السماح بالمساس بالجثة لغرض العلاج والإستفادة من بعض الأعضاء مثل القلب والرئة التي يتعذر الحصول عليها من الأحياء، فما هو الأساس القانوني الذي يبيح هذه التصرفات ؟ وما هي الضمانات الواجب توافرها لصحة العملية ؟

الفرع الأول
أساس إباحة الإستقطاع من جثة الإنسان

من الناحية الشرعية فإن قواعد الترجيح بين المصالح والمفاسد يبرر إستقطاع أجزاء من الجثة بغرض زرعها في جسم مريض. أما من الناحية القانونية، فإن أساس إباحة الإستئصال من الجثة هو إذن القانون الذي تكفل بتنظيم هذه المسألة بنصوص قانونية صريحة.

في الجزائر وقبل صدور قانون حماية الصحة وترقيتها، كان الأطباء يعتمدون على فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى الصادرة بتاريخ 6/3/1392هـ الموافق 1972/04/20م «في حالة نقل الدم أو العضو من الحي لابد من التأكد أن ذلك برضى تام من المنقول منه وأن ذلك النقل لا يلحق به ضررا أو يتسبب في هلاك، فإن خيف الضرر أو الهلاك فلا يجوز النقل ولو رضي لأنه انتحار»[2]. لكن بصدور قانون حماية الصحة وترقيتها، جاءت المادة

[1] أنظر، المادة 184 من قانون 11/84 المؤرخ في 1984/07/09 ، المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم .

[2] أنظر، طالب عبد الرحمن، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية و زرع الأعضاء ،دار الغرب للنشر و التوزيع،2001 ، ص 24.

164 التي نصت على أنه « لا يجوز إنتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة.

وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة ، أو موافقة أحد أعضاء أسرته ..... »

فقد أجازت هذه المادة الانتفاع بأعضاء المتوفي شريطة مراعاة شروط قانونية، خاصة ما يتعلق بموافقة المتوفي أثناء حياته أو أسرته بعد مماته. أما الإستئصال قصد التجريب فيتمثل في تشريح الجثة لأغراض علمية وهذا ما نصت عليه المادة 01/168 من القانون 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 ،المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 .

ونظرا لأهمية وخطورة هذه المسألة، فقد حضيت باهتمام كبير من طرف المشرع الجزائري، الذي نص على الشروط الواجب توافرها ومراعاتها عند إجراء عمليات الانتفاع بأعضاء جثة الميت في الفصل الثالث الخاص بانتزاع أعضاء الإنسان وزرعها، من الباب الرابع الخاص بالأحكام المتعلقة ببعض الأعمال الوقائية والعلاجية من قانون حماية الصحة وترقيتها، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

- وجوب تحقق الوفاة، وإثباتها من قبل اللجنة الطبية، هذا ما نصت عليه المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها ؛

- موافقة وإذن الشخص قبل وفاته، أو ورثته بانتزاع أعضائه (المادة 165 من قانون حماية الصحة و ترقيتها)؛

- وجوب توافر حالة الضرورة التي توجب نزع الأعضاء (المادة 34 من المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب)[1]؛

- عدم مشاركة الفريق الطبي الذي قام بالتحقيق في حالة الوفاة في عمليات استئصال الأعضاء من جثة المتوفى أو في نقلها إلى شخص حي (المادة 165 من القانون 90-17)؛

[1] المادة 34 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري.

– يجب ألا تعيق عملية نقل العضو عملية التشريح الطبي الشرعي، فإذا كان يعيقها بأي شكل من الأشكال فيمنع النقل وهذا ما نصت عليه نفس المادة 165 ؛

–لا يجوز القيام بعمليات استئصال الأعضاء ونقلها إلا في المستشفيات ودور الصحة العامة ، التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة (المادة 167 من نفس القانون)؛

– عدم جواز القيام بانتزاع أعضاء إنسان ولا زرع أنسجة أو أجهزة بشرية، إلا لأغراض علاجية، أو تشخيصية (المادة 161 من نفس القانون)؛

– يجب ألا تكون عملية نقل وزرع الأعضاء موضوع معاملة مالية (المادة 02/161)؛

– لا يجوز إعلان اسم المتنازل للمتلقي ولا لأسرته وهذا الشرط نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 165 من القانون 90–17؛

– الالتزام بالسر المهني حسب المادة 01/206؛

– أن ألا تضر عمليات الزرع بصحة المستقبل(المادة 163 من نفس القانون)؛

– وجوب أخذ رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية في عمليات انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي وذلك حسب ما نصت عليه المادة 168 /01 .

مما سبق يمكننا القول أنه متى توافرت الحالات والشروط المنصوص عليها في المواد السابقة الذكر، والتي ذكرها المشرع الجزائري على سبيل الحصر، لمنع أي اجتهاد في ذلك ربما يؤدي إلى انتهاك حرمة الميت، جازت تلك العمليات، فلا تعتبر تعدي على حرمة جثة الميت، ولكن إذا لم تتوافر فلا يمكن للطبيب أو الجراح أن يقوم بها، حيث تنص المادة 35 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي" لا يمكن ممارسة عمليات أخذ الأعضاء إلا حسب الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون"[1]. فمتى لم يلتزم الطبيب الممارس لتلك العمليات بالقواعد والضوابط، وكذا الشروط الواجب توافرها لمشروعية المساس بحرمة جثة الميت، فيعتبر قد ارتكب جريمة معاقبا

[1] المادة 35 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري.

عليها من طرف القانون، ويقع تحت طائلة المسؤولية القانونية بأنواعها الثلاث الجنائية، المدنية، والتأديبية.

ولمباشرة عملية الحصول على عضو بشري من الجثة، يجب توافر بعض الشروط منها العامة والخاصة .

الفرع الثاني
شروط إستئصال العضو من الجثة

لاستئصال عضو من الجثة، يجب توفر شروط نصت عليها أغلبية التشريعات وهي شروط عامة كما نجد شروط أخرى انفردت بها بعض التشريعات دون الأخرى وهي الشروط الخاصة

و بذلك سنقسم دراسة هذا الفرع إلى قسمين:

أولا –الشروط العامة : و تتمثل في

–أن تتم عمليات استئصال الأعضاء و قلها في مستشفيات يتم تعيينها من قبل وزير الصحة[1]، وهو ما نص عليه ذلك المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها وأتبعها بالقرار رقم30 المؤرخ في2 أكتوبر2002 المتعلق بالمؤسسات المخول لها القيام بعملية نزع الأعضاء وزرعها .

–أن لا يشارك الطبيب الذي قام بالتحقق من حالة الوفاة في عمليات الاستئصال و نقل الأعضاء وهذا ما جاء في المادة 03/165 من القانون(90–17) من قانون حماية الصحة و ترقيتها وأيضا ما نص علية المشرع الفرنسي في مرسوم 31 مارس 1978.

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 وهذا يتنافى مع مبدأ احترام الجثة وأخلاقيات عملية نقل الأعضاء[2].

[1] تنص المادة 167 من قانون 85–05 على أنه « لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة»

[2] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 154 .

-أن لا يتم الإعلان عن اسم المتنازل للمتلقي ولا أسرته وقد نصت على هذا المادة 02/165 من القانون سالف ذكره؛ وهو ما نص عليه كذلك المشرع الفرنسي تحت مبدأ السرية principe d'anonymat في قانون 06 أوت 2004 المعدل لقانون أخلاقيات العلوم الإحيائية .

-عدم جواز إجراء عمليات الاستئصال لجثث الموتى إذا كان هناك شبه جناية اقترنت بحالة الوفاة إلا بعد الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المختص فقد أخذ بهذا الشرط في المادة 01/165 « يمنع القيام بالاستئصال من الجثة إذا كان ذلك يعيق التشريح الطبي الشرعي» لكن المشرع الجزائري لم يذكر أن الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المختص يجيز الاستئصال[1] .

ثانيا –الشروط الخاصة

وتتمثل هذه الشروط الخاصة فيما يلي :

– عدم جواز القيام بعمليات استئصال الأعضاء البشرية من الجثة إلا بعد التحقق من موت المتبرع، و خاصة إذا كانت الأعضاء المراد استئصالها ضرورية للحياة، كالقلب مثلا الذي لا يجوز استئصاله من شخص حي و يجب انتظار مدة معينة على الإعلان عن الوفاة، هذه المدة تختلف بين مختلف التشريعات [2].

– 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. و يطبق هذا الشرط على الرعايا الجزائريين بحكم تنظيم عمليات نقل الأعضاء بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها. 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 موجودا على قيد الحياة، فيمكن إذن تطبيق

[1] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء.....، ص 256 .
[2] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء.....، ص 266.

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].

الفرع الثالث
موافقة الشخص في التصرف في جسمه بعد موته

يملك الشخص 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 هوالتضامن الإنساني الذي يسعى إلى إنقاذ حياة الآخرين المهددة بالموت.وقبل مباشرة الطبيب الجراح باستئصال الأعضاء من الجثة، يجب عليه أولا التأكد والتحقق من إرادة الشخص أن يقبل استئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته، فيوصي بذلك أثناء حياته وله أن يرفض استئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته .

أولا- وجود وصية من طرف الموصي

يجوز للشخص وفقا للقواعد العامة أن يوصي بجثته لأغراض علاجية أو علمية، ويعتبر هذا النوع من الوصايا مشروعا من الناحية القانونية، لكن لصحة الوصية المتعلقة بالسماح بإستئصال الأعضاء من الجثث يجب توافر شروط تتمثل في :

[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 و ترقيتها المنعقد بتاريخ 1997/05/12 ، مشار إليه في مؤلفه أحكام نقل و زرع الأعضاء البشرية من الأموات ....،ص 158

أ – الشروط الواجب توافرها لإستئصال الأعضاء من الجثة

تعد الوصية صورة من صور تعبير الشخص عن إرادته الصريحة بإعطاء الإذن للطبيب الجراح استئصال أي عضو من أعضائه، أو بالتصرف التام بكامل جثته بعد وفاته وهي من التصرفات القانونية التي تنشأ بالإرادة المنفردة، حيث تتجه إرادة الموصي إلى إنشاء الالتزام، فتكون الوصية تصرفا أحاديا. وسميت وصية لأن الميت يحرر وصية في حياته لتنفذ بعد مماته. أما الوصية شرعا 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[1]. كما يشترط في الوصية المتعلقة باستئصال عضو أو أعضاء من الجثة عدة شروط :

-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 [2] .

-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 الوصية 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 [3] .

– 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 « يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغ من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل»[4]، أما إذا كان الموصي قاصرا فلا يمكن الإقتطاع

---

[1] سميرة عايد الديات ، المرجع السابق ، ص 296 .

[2] سميرة عايد الديات ، المرجع السايق ، ص 298.

[3] أنظر، عمر حمدي باشا، عقود التبرعات(الهبة، الوصية، الوقف)،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ، ص 48

[4] المادة 186 من ق.أ .

من جثته إلا بعد الموافقة الكتابية من وليه أو ممثله الشرعي وهو ما نصت عليه المادة 1232-2 من قانون الصحة الفرنسي[1].

كما يشترط أيضا في الوصية أن تكون بدون مقابل و عدم 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[2].

ب –شكل الوصية :

اختلفت التشريعات بخصوص شكل التعبير عن إرادة الموصي في حالة قبوله الإستئصال من جثته، فذهبت بعض التشريعات إلى الأخذ 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 زاد تأكيد ذلك هو قرار وزير الصحة رقم 654 لسنة 1963[3] .

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[4]؛ لكن بموجب قانون CAILLAVET لسنة 1976 أصبح يأخذ بما يسمى «قرينة الموافقة» وأبقى على هذا المبدأ في القانون الصدر سنة 1994. 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

[1] Eric Mondeilli , L'essentiel de la bioétique et du droit de la biomédecine , Extenso Edition , Paris 2008, p.145.

[2] عبد الكريم مامون ، المرجع السابق ، ص 416 .

[3] منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 153.

[4] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 286 .

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 عليمة أو من جثة قاصر او عديم الأهلية[1] .

أما بخصوص المشرع الجزائري، فقد نصت المادة 2/164 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم (85-05) على أنه « وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع بناء على الموافقة الكتابية للش خص المعني وهو على قيد الحياة ....» .

لكن بعد تعديل سنة 1990 أصبحت هذه المادة تنص على أنه « وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله لذلك». باستقراء النصين، نلاحظ أن المشرع في النص القديم اشترط الموافقة الكتابية للمتوفي لكنه تراجع في النص الجديد عن الكتابة وبسط في إجراءات التنازل عن الأعضاء، حيث يمكن للمتبرع التنازع عن أعضائه إذا عبر عن ذلك بكافة أساليب التعبير سواء بالكتابة أو الإشارة، كما يمكن أن يتم ذلك بإتخاد موقف لا يدع مشالا للشك ويمكن للمتبرع أن يوصي أهله بعدم الإعتراض على التبرع بعد وفاته، كما يمكنه تحديد العضو[2] .

ولعل السبب في عدم إشتراط المشرع الكتابة لتعبير 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

---

[1] عبد الكريم مامون ، المرجع السابق ، ص 405.

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 بهده 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 ، و هذا عكس الموافقة الصريحة التي تعرقل كثيرا عمليات الإقتطاع ، أنظر في هذا الصدد عبد الكريم مامون ، المرجع السابق ، ص 403 و ما يليها

[2] أنظر ، عبد الكرم مامون ،إثبات الموافقة بشأن التصرف في حثث الموتى ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2008 ، عدد خاص ،ص 270 .

الصحية والنفسية؛ بالإضافة إلى أن إعتماد الشكلية رغم حجيتها يؤدي إلى إنقاص عدد الراغبين في التبرع بأعضائهم بعد الموت[1] .

وبالرجوع إلى المشرع المصري في المادة 08 من القانون رقم 05 لسنة 2010 الخاص بتنظيم عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية، نستشف أنه إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو بأي سند رسمي يثبت هذه الوصية أوأقر بذلك وفقا لإجراءات التي تتخدها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، 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[2] .

أما في حالة عدم تصريحه بذلك أثناء حياته، فهل يجوز للغير التصرف في الجثة ؟ خاصة من أقرب الناس إليه، هذا ما سنحول الإجابة عنه في الفرع الرابع .

الفرع الرابع
انتقال حق التصرف في الجثة إلى الغير

إذا صرح الشخص أثناء حياته عن موقفه بشأن جثته،فهذا لا يطرح أي إشكال، لكن قد يحدث ان 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 .

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 المتوفي فهناك تشريعات اشترطت الموافقة الصريحة لأسرة المتوفي على غرار المشرع الجزائري الذي نص في

[1] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ....،المرجع السابق ،ص 412.
[2] عمرون شهرزاد ، المرجع السابق ،ص 238.

المادة 2/164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم (90-17) 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 أوالأخت أوالولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفي أسرة ».

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، ولم يحدد المشرع 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[1] .

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[2] .

ولم 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

[1] عبد الكريم مامون ، رضا المريض ...،المرجع السابق ، ص 421.

[2] أنظر، أحمد محمد بدوي ، نقل و زرع الأعضاء البشرية ، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الإقتصادية ، الإسكندرية، 1999 ، ص 134 .

الولي الشرعي لإعطاء الموافقة ولكن لم تحدد المادة صفة الولي الشرعي، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة، فبإمكان القاضي أن يكون وليا شرعيا و يقدم الموافقة بشأن الإستئصال[1] .

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، لأن انتظار موافقة الأسرة قد يؤدي إلى تلف العضو المراد نقله، لأن بعض الأعضاء مثل القلب تتطلب وقتا قصيرا حتى تبقى في حالة جيدة للزرع. وقد لاحظ الأطباء صعوبة كبيرة في طلب الحصول على موافقة الأسرة المتأثرة بوفاة أحد افرادها الإستئصال من الجثة لحظة الوفاة، فهذه الأخيرة هي أكثر اللحظات ألما والأسرة في هذا الوقت تحتاج إلى من يشد أزرها ويمسح أحزانها، لا لإثارة عواطف أفرادها عن طريق اختلافهم في أخذ الموافقة بشأن المساس بالجثة [2] .

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

[1] عبد الكريم مامون ، رضا المريض عن الأعمال....،المرجع السابق، ص 422 .
[2] انظر، حسني عودة زعال ، التصرف الغير مشروع في بالأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ،الدارالعلمية الدولية ، الأردن، 2004 ، ص 146 .

يخشى تلف العضو المراد نقله،أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمريض المستفيد التخل السريع لنقل العضو إليه لإنقاد حياته [1].

ويعتبر التشريع الجزائري من التشريعات التي إستندت لفكرة الضرورة أو حالة الإستعجال لتبرير الإستئصال بدون موافقة الأسرة، حيث جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 164 من قانون 90-17 على ما يلي « 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 ».

يتضح من هذه المادة أنه يمكن للطبيب المساس بالجثة واستئصال بعض الأعضاء 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 .

ونشير إلى أن المشرع الجزائري أجاز استصال الكلية والقرنية دون موافقة الأسرة بعد التعديل الذي مس قانون حماية الصحة وترقيها سنة 1990 كما أن تلك الإجازة مشروطة بحالة الإستعجال التي تثبتها اللجنة الطبية .

إن المشرع باظافته للفقرة الأخيرة من المادة 164 من ذات القانون 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

[1] عبد الكريم مامون ، رضا المريض عن الأعمال....،المرجع السابق، ص 426

للطبيب مباشرة العملية ولا يمثل اعتداء على حرمة الميت ولكنها تهدف للمحافظة على حياة شخص حي[1] .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد وضع مادة صريحة نلزم من خلالها الطبيب الذي يقوم بتشريح الجثة أن يضمن حرمتها ويحسن ترميم لها [2]

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. 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 بالإظافة 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] Article L1232-5 dispose que «Les médecins ayant procédé à un prélèvement ou à une autopsie médicale sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps» ,Code de la santé publique, Chapitre II : Prélèvement sur une personne décédée.

[3] عبد الكريم مامون ، رضا المريض ....، المرجع السابق ، ص 427.

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 كرس مبدأ حرمة الجثة من خلال قانون حماية الصحة وتمثل ذلك في:

-المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، على عدم جواز المساس بالجثة إلا لأغراض علاجية أو علمية وفقا لمبدأ كرامة الجسم .

-المادة 168 المتعلقة بأحكام عمليات نقل وزرع الأعضاء من الجثة .

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[2].

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 رقم 764 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 مختلفة يسمح بمعرفة كيفية عمل الأعضاء الداخلية لجسم الإنسان حسب الجهد العضلي المبذول؛ وعلى إثر ذلك قامت جمعيتي **معا ضد عقوبة الإعدام** و**التضامن مع الصين** بمظاهرة ورفع دعوى قضائية استعجالية مؤسسين موقفهم على أن هذا العمل غير قانوني لأنه يمس بحرمة الجسم واستندوا على المواد التالية :

[1] حسني عودة زعال ، المرجع السابق ، ص 150.

[2] الأمر رقم 66-156 ، الصادر بتاريخ 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ،المعدل و المتمم.

المادة 16–1 إلى 16–9 من القانون المدني الفرنسي والمادة 1232–1 من قانون الصحة العام الفرنسي و المادة 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 ثم 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»[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.» Article 16-1-1 du code civil .

[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.» Article 16-2 du code civil .

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 .

[1] Arrêt n° 764 du 16 sept 2010 (09-67.456) - Cour de cassation -1er ch. civ, www.Cour de Cassation .fr.

الفصل الثاني

التصرفات الطبية الواقعة على الجسم البشري

إن التجارب الطبية المتعلقة بالجسم البشري رغم مخاطرها إلا أنها تساهم في تقدم العلوم الطبية والجراحية، فبفضلها تمكن العلماء من القضاء على الكثير من الأمراض التي حصدت الأرواح البشرية لمدة طويلة كأمراض الزهري والسل الجذري وغيرها من الأمراض القاتلة. فأصبحت هذه الأمراض في طي النسيان وفتحت الباب لعدة اكتشافات علمية وما بقي منها لم يعد يشكل خطورة على مستقبل البشرية لأن علاجها أصبح ممكنا وميسورا. وتمر التجارب الطبية بعدة مراحل قبل أن تجرى على الإنسان، إذ تسبقها تجارب معملية معمقة على الحيوانات لفترة طويلة في المخابر، ورغم ذلك لا يمكن التنبؤ بانعكاسات هذه التجارب وما ينتج عنها من أدوية و عقاقير طبية على الإنسان إلا إذا تم تجريبها على الجسم البشري والتأكد من سلامة استعمالها في العلاج[1].

ولقد حظيت التجارب الطبية والعلمية على الإنسان باهتمام خاص في الكثير من الدول حاليا، بسبب المشاكل القانونية التي يثيرها والتي تدور أساسا حول حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان من الإعتداءات والمخاطر المحتملة من إساءة استخدام هذه التجارب الطبية. ونشير هنا أن السبق القانوني في وضع أسس القانونية للتجارب الطبية على الإنسان كان من خلال المبادئ والقواعد التي وضعتها محكمة NUREMBREG سنة 1949 على إثر محاكمة الأطباء النازيين على الجرائم التي قاموا بها أثناء الحرب العالمية الثانية على الأسرى باسم التجارب العلمية والإكتشافات الطبية، مما أدى إلى صياغة عدة مواثيق دولية حول معاملة البشر وحقوقهم و كرامتهم في جميع المجالات وخاصة في الجانب الطبي الذي يمس بجسم الإنسان. وقد شكل الرضا أهم المبادئ الأساسية التي تناولتها المواثيق من خلال التأكيد على حق الفرد في الموافقة أو رفض كل أشكال التدخلات الطبية الماسة بالكيان البشري[2].

[1] عبد الكريم مأمون ، رضا المريض ...، المرجع السابق ، ص، 449.
[2] خالد بن النوى ، المرجع السابق ، ص .48 .

المبحث الأول

ماهية التجارب الطبية

لقد حظيت التجارب الطبية بمزيد من الإهتمام من قبل الباحثين ورجال الطب في سبيل إنقاد البشرية بصفة عامة، إذ أن للتجارب الطبية أهمية بالغة في تطور الطب والجراحة فلولاها لما وصل الطب الحديث إلى ما وصل إليه. فقد شهدت السنوات الأخيرة الكثير من عمليات نقل الأعضاء وزراعتها، والتلقيح الصناعي والإستنساخ ؛ وقد أسالت هذه التجارب الكثير من الحبر حول ما هو محظور وما هو مباح وحول مفهومها ونطاقها والشروط الواجب توافرها، سوف نسلط الضوء في هذا المبحث على التجارب الطبية من خلال مطلبين نحاول في الأول تحديد مفهوم التجارب الطبية وفي الثاني عرض أنواع التجارب الطبية .

المطلب الأول

مفهوم التجارب الطبية على الإنسان

إن استمرارية العلم في تقدمه وتطوره في جميع المجالات يستوجب التكثيف في إجراء التجارب العلمية المختلفة، فما حقيقة هذه التجارب العلمية خاصة في المجال الطبي الذي يشهد ثورة في الإكتشافات؟ وما تعريفها لغة واصطلاحا؟ .هذا ما سنقوم بتبيانه في هذا المطلب

الفرع الأول

تعريف التجارب الطبية

من الصعب التمييز بين التجارب الطبية والممارسات اليومية للطبيب، لأن الأمراض وخطورتها تختلف من شخص لآخر، والطبيب ملزم حسب كل حالة لإيجاد علاج مناسب. فهل يعتبر هذا السلوك علاجا أم تجربة طبية ؟ لذا سنحاول تحديد مفهوم التجارب الطبية من خلال التعريف اللغوي (أولا)، ثم الإصطلاحي (ثانيا).

أولا : لغة

من جرب الشيء تجريبا وتجربة، أي اختبره مرة بعد مرة أخرى لتفادي النقص أو الخلل في الشيء وإصلاحه، أو للتحقق من صحته وجمعها تجارب وفي معنى آخر اختبار منظّم لظاهرة يُراد ملاحظتها بدقة للكشف عن نتيجة ما أو تحقيق غرضٍ معيَّن[1].

والتجربة في مناهج البحث معناها التدخل في مجرى الظواهر للكشف عن فرض من الفروض، أو للتحقق من صحته، وهي جزء من المنهج التجريبي، وقيل هي ما يعمل أولا لتلافي النقص في شيء وإصلاحه وجمعها تجارب.

ثانيا : اصطلاحا

لقد وردت عدة تعاريف للتجارب الطبية، نذكر منها خاصة "بأنها انحراف عن الأصول الطبية المتعارف عليها بغية جمع معطيات علمية أو فنية أو مكتسبات جديدة، بهدف تطوير العلوم الطبية والبيولوجية والحيوية"[2].كما عرّفت على أنها "تلك الأعمال العلمية أو الفنية الطبية التي يقوم بإجرائها الطبيب الباحث على المريض، لغرض معرفة أثر دواء معين، أو نجاح عملية جراحية معينة لم تعرف نتائجها من قبل للحصول على معلومات جديدة لخدمة الطب و البشرية، فهي جزء من المنهج البحثي التجريبي على الإنسان و تختلف بحسب الغرض أو القصد العام من إجرائها علاجية كانت أو غير علاجية" [3].كما عرّفها البعض الآخر بأنها " تلك الإجراءات والعمليات الفنية ذات الصبغة التجريبية التي تهدف للكشف عن الحقيقة، أو جمع معطيات علمية أو اختبار مدى صحة فرضية معينة للوصول إلى هدف معين"[4] .

[1] أنظر، ابن منظور ، لسان العرب ،المجلد الثاني ،بيروت للطباعة و النشر،لبنان ، ب.ت.ن ، ص261.

[2] أنظر، محمد عيد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، مطبعة وهبة، القاهرة ، 1989، ص 10.

[3] أنظر، بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2011 ،ص 16 .

[4] François COLLANGE,Ethique et Transplantation d'Organe , Novartis , ellipses édition , 2000, p.6.

وقد يوحي مصطلح التجربة بأكثر من معنى[1] فيمكن أن يكون مرادفا للأبحاث التي تجرى على الإنسان وهذا ما أشارإليه القانون الفرنسي رقم 88/1138 الصادر في 1988/12/20 بتاريخ 1990/01/23[2] والمتعلق بكيفية إجراء التجارب الطبية وحماية الأشخاص الخاضعين للأبحاث الطبية الحيوية،وذلك في المواد من 209–1 إلى 209–23 حيث تضمن بعض التعريفات التي نذكر من بينها حسب المادة 209–01 « التجارب الطبية والعلمية هي إختبارات أو تجارب منظمة تمارس على البشر بهدف تطوير المعرفة البيولوجية والطبية المنصوص ويتم تصنيفها تحت عنوان البحوث الطبية الحيوية »[3].

وخلاصة القول أن التجارب الطبية على الإنسان هي التجارب التي يكون محلها الإنسان(أشخاص متطوعين – مرضى)، وتكون بغرض استخلاص معارف جديدة في المجال الطبي و العلمي، وتكون قد سبقتها تجارب أولية في المختبرات على الحيوانات و هذا عكس ما ينظر إليه آخرون بأن التجارب الطبية هي تلك الأعمال أو الأساليب التي لا يلجأ إليها الأطباء إلا إذا اصطدموا بحالة نادرة يصعب علاجها حسب الأصول الطبية الثابتة .

بعد تعرضنا لمفهوم التجارب الطبية في الفرع الأول، سنبين نطاق هذه التجارب على الجسم البشري في الفرع الثاني

[1] مصطلح تجارب ليس بالضروري أن يكون مرادفا لمصطلح أبحاث ، ذلك أن البحث العلمي يعتبر أكثر اتساعا من التجربة ، لأنه يهتم بتتبع حالة معينة واستخلاص حقيقة أو حقائق معينة، أومقارنة معطيات علمية بهدف استخلاص أوجه الشبه و الخلاف فيما بينهما لهذا فالتجارب جزء من الأبحاث .

[2] La loi du 20 décembre 1988 est connue sous le nom de Loi HURIET-SERUSCLAT .

[3] Article L 209-1«Les essais ou expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisés dans les conditions prévues au présent livre et sont désignés ci-après par les termes " recherche biomédicale " » loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 (j.o. du 22 décembre 1988),.modifiée par la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 (J.O. du 25 janvier 1990), la loi n° 90-549 du 2 juillet 1990 (J.O. du 5 juillet 1990) et la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 (J.O.R.F du 20 janvier 1991).

الفرع الثاني

نطاق التجارب الطبية على الجسم

يشمل مفهوم التجربة الطبية كل بحث علمي تجريبي أو اختبار تجريبي يقع على الكائن البشري، سواء كان في حالة صحية جيدة أو متدهورة يهدف إلى تحقيق هدف علمي أو إلى وضع اللبنات الأولى إلى ابتكار علمي جديد في مجال العلوم الطبية والبيولوجية المستجدة. وبناء عليه فإن التجارب الطبية يمكن اجراؤها على الإنسان ولو كان في حالة الموت الدماغي ولا ينطبق هذا على الإنسان المتوفي، كما أن هذا الوصف لا ينطبق على الجنين لأن المشكلة التي تثار تتمثل في معرفة ما إذا كان من الممكن إجراء تجارب طبية أو علمية عليه أم لا ؟[1].

وإن كان من الجائز إجراؤها عليه استثناء لأغراض علاجية وفقا لنص المادة 08/152[2] من القانون الطبي الفرنسي رقم 94/654 و المتعلق باحترام الجسم البشري.

وفي كثير من الأحيان يصعب التمييز بين التجارب الطبية والممارسة الطبية العلاحية اليومية التي يقوم بها الأطباء، لأن تشخيص المرض يختلف من شخص لأخ وطريقة التشخيص أيضا تختلف من طبيب لآخر، وهو ما يضع الأطباء في الحقيقة في كل مرة يباشرون عملا تجريبيا في طريقة الفحص والعلاج من مريض لآخر، بالإضافة إلى أن العملية الجراحية في الأساس تحتوي على قدر من العمل الطبي التجريبي على الإنسان لأنه أحيانا يجد الجراحون أنفسهم أمام حالات لم تكن متوقعة فيفرض عليهم عملهم بذل المجهود والعناية لإنقاد حياة المريض.[3]

---

[1] محمد عيد الغريب، المرجع السابق ، ص.12 .

[2] Art. L. 152-8. - La conception in vitro d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite.
* Toute expérimentation sur l'embryon est interdite.
* A titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons.
* Leur décision est exprimée par écrit.
* Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon.**» ,**loi **n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain** ,JORF n°175 du 30 juillet 1994 p.11060.

[3] أنظر، بلحاج العربي ، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة و القوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2012 ، ص 26 .

كما يدخل في نطاق البحوث والتجارب على جسم الإنسان إجراء العمليات الطبية الجراحية الجديدة والغير مسبوقة التي تجرى لأول مرة، لأنها عمليات تجريبية جديدة مغايرة للممارسة والعرف الطبيين وتكون أحيانا غير مضمونة النجاح. لذا يتوجب على الأطباء الباحثين في مجال الطب تقييم المخاطر المحتملة وتبصير المريض مسبقا، وتقييم المنافع التي تعود على المريض والفوائد العلمية المنتظرة من هذه العملية، مع ضرورة مراعاة الأسس العلمية المتعارف عليها في جانها الشرعي والقانوني والأخلاقي بالإضافة إلى أنه يجب أجراؤها في مستشفيات حكومية مؤهلة ماديا وبشريا وخاضعة للرقابة[1] .

إن مهمة الطبيب هي حماية صحة الناس، وإن معرفته وضميره مكرسان لتحقيق هذه المهمة، والتقدم الطبي مبني على أساس إجراء البحوث التي يجب أن تستند في جزء منها إلى تجارب تتناول حالات بشرية .

إن إعلان ميثاق هلسنكي لعام 1964 والمعدل في صيغته الحالية لسنة 1975 والذي ينظم كيفية إجراء الأبحاث والتجارب الطبية الدوائية والعلمية على الإنسان ،الذي نص صراحة في مقدمته على أنه لا تجرى الأبحاث العلمية الحيوية إلا لأغراض تحسين الوسائل التشخيصية و العلاجية و الوقائية، وإلى فهم أسباب ومسببات الأمراض مع اتخاذ الإحتياطات اللازمة عند التجريب على الإنسان، ولأن مصطلح التجارب من الناحية الفنية العلمية ليس مرادفا بالضرورة امصطلح الأبحاث، ذلك أن البحث العلمي يعتبر أكثر اتساعا في نطاق الأعمال الطبية والحيوية لذا فالتجارب العلمية الطبية على الإنسان هي جزء من الأبحاث العلمية التجريبية بصفة عامة[2].

و تخضع التجارب الطبية لشروط سنقوم بشرحها في الفرع الموالي .

[1] بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية...، المرجع السابق،ص 27.

[2]. أنظر ، أحمد شوقي عمر أبو خطوة ،القانون الجنائي و الطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1999 ، ص 91 .

الفرع الثالث

شروط إجراء التجارب الطبية

نتيجة للتطور والتقدم العلمي وما توصل إليه من نتائج مبهرة، أصبح الاعتماد على التجارب الطبية لحماية جسم الإنسان ومكوناته أمرا واقعيا لا شك فيه خاصة بعد التجريب على الحيوانات و نجاحها.ويشترط لمبدأ حرمة الكيان الجسدي ضرورة الحصول على رضا الشخص الخاضع لها، فمعظم التشريعات وضعت شروطا يتوجب التقييد بها لإضفاء الشرعية عليها[1].

إن إجراء التجارب الطبية على الإنسان ينطوي على العديد من المخاطر، لذلك قد تكون عواقبه وخيمة على الشخص الخاضع لها، وبما أن التجارب الطبية هدفها التقدم العلمي، فلا بد أن يكون لها شروط خاصة من أجل حماية الشخص الخاضع لها، لذا سوف نتعرض للشروط الواجب توافرها خاصة الرضا (أولا) والأهلية (ثانيا) .

أولا – الــرضــا :

الرضا هو التعبير عن الإرادة الحرة الخالية من كل العيوب، ولقد شكل رضا الشخص الخاضع للتجارب الطبية أهم المبادئ الأساسية التي تناولتها المواثيق الدولية من خلال التأكيد على حق الفرد في الموافقة أو رفض كل أشكال التدخلات الطبية الماسة بكيانه الجسدي.

فالرضا كركن في العقد الطبي، يتعلق بالمرحلة السابقة على إبرام هذا العقد. أما الالتزام بالتبصير والرضا فهو يرتبط بمرحلة تنفيذ العقد، فهو التزام يقوم على عاتق الطبيب حتى في حالة عدم وجود عقد يربطه بمريضه، ولقد اشترطت مختلف والتشريعات الغربية منها والعربية (تقنين نورمبرغ،التشريع الفرنسي،التشريع السويسري،التشريع الأردني،....) الحصول على الموافقة المسبقة والمستنيرة للشخص قبل تنفيذ التجربة عليه، ولا تكون لهذه الموافقة أية قيمة قانونية إلا إذا سبقها إعلام كاف ومفصل عن المخاطر المحتملة الوقوع ، خاصة إذا علمنا أن بعض الأشخاص المتطوعين تدفعهم الظروف الإقتصادية والإجتماعية أو نقص الأهلية لقبول هذا النوع من

[1] محمد عيد الغريب ، المرجع السابق ، ص . 70.

التجارب، فتنفيذ التجربة الطبية بدون رضا المعني يشكل خطأ قانونيا موجب للمسؤولية المدنية و الجنائية[1].

وازداد شرط الرضا أهمية خاصة بعد الحرب العالمية الثانية ، حيث ساهمة المحاكمة الدولية للأطباء النازيين والتي أطلق عليها منذ ذلك الوقت(الجرائم ضد الإنسانية)،فتم الإعلان عن مجموعة من القواعد تضمنها تقنين نورومبرج الذي اشتمل على عشرة مبادئ أساسية يجب مراعاتها بشأن التجارب الطبية والعلمية على البشر. ومن أهم هذه المبادئ، وجوب مراعاة الرضا الحر المستنير للفرد الخاضع للتجربة، بحيث أصبح الحصول على رضا المريض مطلبا أساسيا قبل إجرائها[2]. ولا يعتد بالرضا إلا إذا كان وليد إرادة حرة واعية مستنيرة وصادرا عن ذي أهلية، سواء الخاضع للتجربة أم من يقوم مقامه. وهذا شرط أولي وأساسي لصحة التدخل على جسد الإنسان بالإضافة إلى أن بعض التشريعات[3] تشترط الكتابة. فرضا صاحب المصلحة لا بد أن يتم الحصول عليه بشكل مسبق إلا في الحالات الإستثنائية التي تستوجب التدخل الجراحي دون الحصول على هذا الرضا [4].

ونصت المادة السابعة من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية[5] بمنع إخضاع أي شخص لتجربة طبية علمية دون موافقته. وأكد على هذا الشرط أيضا مؤتمر التجريب الطبي المنعقد في باريس 1969، بأن يكون الشخص الخاضع للتجربة قادرا قانونا للتعبير عن رضائه، وأن يكون

[1] عبد الكريم مأمون ، رضا المريض ...،المرجع السابق ، ص 510.

[2] أنظر،ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2013 ، ص 163 .

[3] التشريع الفرنسي ،التشريع الإيطالي ،التشريع الألماني ،التشريع السويسري .

[4] «Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. Art 16-3 du code civil français . précité.

[5] صادقت الجزائر على العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية و السياسية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89 -67 الموافق 1989/05/16 ج.ر رقم 20 الصادرة بتاريخ 1989/05/17.

هذا الرضا حرا(عدم وقوعه تحت أي تهديد مادي أو معنوي) ،كما يمكن للخاضع للتجربة الرجوع عن رضائه ووقف التجربة عليه في أي وقت[1].

ومن جانب الفقه، اختلف الآراء في مصر حول مشروعية التجارب العلمية ومسألة الرضا خاصة إذا كان الفعل يشكل اعتداء على الحق في سلامة الجسد و تكامله ، وما يمثله من إعتداء على المصلحة الإجتماعية و مصلحة صاحب الحق ذاته، ذلك أن للمجتمع مصلحة في سلامة و تكامل أجساد أفراده، فذهب رأي[2] إلى عدم مشروعيتها لانتفاء قصد العلاج، ولا يبرر إجراء التجربة رضا من أجريت عليه، فرضا المجني عليه لا يبيح الفعل لأن سلامة الجسم لا تكون محلا للتصرفات والتجارب العلمية، وذهب رأي أخر[3] إلى مشروعيتها بشرط أن يكون الرضا صحيحا، وقد أكد على هذا الرأي الدستور المصري لسنة 1971 في المادة 43 منه التي نصت على أنه " لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر"، فالتجربة العلمية التي تجرى على الإنسان دون موافقته تعد غير مشروعة وبالتالي تشكل اعتداء عليه من الناحية الجنائية و خطأ من الناحية المدنية وبالتالي تستوجب المطالبة بالتعويض[4] .

كما صدرت لائحة آداب المهنة بقرار من وزير الصحة رقم 238 لسنة 2003 تنص على حظر إجراء أي تجارب للأدوية والتقنيات على الآدميين قبل اقرارها من الجهات المختصة، بالإضافة إلى أنه يشترط على الطبيب قبل إجراء أي تجربة على الإنسان أن يقوم بتبصير الخاضع للتجربة التجارب الطبية تبصيرا كاملا بالأهداف والحصول على الموافقة الكتابية (الرضا) من الخاضع للتجربة. ولا يجوز للطبيب تطبيق طريقة جديدة للعلاج إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها

[1] ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 164 .

[2] و من أقطاب الفقه الجنائي المصري الذين يؤيدون هذا الاتجاه؛ د.محمود نجيب حسني، د.محمود مصطفى، د.مأمون سلامة، د.رمسيس بهنام، د.عبد الرؤوف مهدي، د.السعيد مصطفى السعيد .راجع بهذا الخصوص . محمد عيد الغريب المرجع السابق، ص 62.

[3] د.جابر محجوب علي الذي يرى أن التجارب الطبية اكتسبت مشروعيتها بمقتضى المادة 43 من الدستور في مؤلفه در الإرادة في العمل الطبي ؛و د.نزيه محمد الصادق المهدي الذي يرى أن نص المادة 43 من الدستور المصري يضع قاعدة عامة مقيدة باستثناء، فأما القاعدة فهي عدم جواز إجراء التجارب على الإنسان، والاستثناء هو جواز إجراء التجربة الطبية أو العلمية بشرط الرضاء الحر وعدم إجرائها لأغراض تجارية ،في مؤلفه في بعض مشكلات المسؤولية المدنية المعاصرة ، خالد بن النوى ، المرجع السابق ، ص 81 .

[4] محمد عيد الغريب ، المرجع السابق ، ص 71.

بأسلوب علمي وأخلاقي سليم، وثم نشرها في المجلات الطبية المعتمدة وثبت صلاحيتها و ترخص من الجهات الصحية المختصة [1] .

كما وضع قانون الصحة العامة الفرنسي قواعد محددة للحصول على رضا الخاضع للتجربة بشكل مسبق قبل اجراء التجربة، بأن يكون الرضا حرا وواضحا ومستنيرا، و يجب أن يتم الحصول على الرضا من قبل الطبيب أو الفريق الطبي القائم على التجربة، على أن يتم إعلام الخاضع للتجربة بالأمور التالية :

*هدف البحث المتبع و مدته،

*الصعوبات والأخطار المتوقعة ،و ما يحدث في حالة توقف التجربة قبل الإنتهاء منها .

*رأي اللجنة الإستشارية لحماية الأشخاص في البحث الطبي بضرورة أن يتم اعلام الشخص الخاضع للتجربة بأن من حقه رفض المشاركة في البحث، وأن يسحب موافقته في أي وقت دون تحمل أي مسؤولية.كما يجب أن تكون المعلومات التي تقدم للخاضع للتجربة محددة بشكل واضح، لأن هذا التدخل يكون لمصلحة الغير، فالطبيب جب أن يكون أكثر صراحة وإخلاصا مع الخاضع للتجربة قبل أن يقوم بإجراء سواء كانت بعلاج تجريبي أم تدخل جراحي [2] .

بالإضافة إلى المادة 1122-1-1 التي جاءت صريحة و نصت على أنه لا يمكن إجراء أي تجربة طبية دون الحصول على رضاء حر ومستنير من المعني [3] حددت في الفقرة الثانية منها على أن تكون الموافقة كتابية (consentement est donné par écrit.....)

والمشرع الفرنسي لم يكن يعترف بهذه التجارب الطبية، حتى سنة 1988 تاريخ صدور قانون Huriet-Sérusclat [4] رقم 88-1138 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في التجارب

[1] ميرفت منصور ، المرجع السابق ،ص 107.

[2] Panneau (J) , La responsabilité du médecin , connaissance du droit , المرجع مقتبس عن ميرفت منصور حسن ، السابق ، ص166

[3] «Aucune recherche biomédicale ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, recueilli après que lui a été délivrée l'information prévue à l'article L. 1122-1.»Art1122-1-1 code de la santé publique

4 La **loi n°88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales** a constitué un tournant majeur dans l'encadrement des recherches biomédicales en France. Portée par les séanteurs **Claude Huriet** et **Frank Sérusclat**, elles est souvent

الطبية ونص على ذلك من خلال المادتين 209–9 و 209–10[1] من نفس القانون، وتطرق أيضا لمسألة الإستعجال (حالة الضرورة) ، حيث عالجها باللجوء إلى الحصول على موافقة أقرب المقربين.

وبالرجوع إلى قانون الصحة الجزائري المتمثل في الأمر79/76[2] وقانون 05/85 و التعديلات اللاحقة لم يتطرقوا لموضوع الرضا في مجال التجارب الطبية ، بل نجد بعض المواد بخصوص الرضا في العمل الجراحي والتدخل الطبي الإستعجالي، كذلك الأمر بخصوص المادتين 43 و44 من مدونة أخلاقيات الطب اللتان تطرقتا لموضوع الرضا في مجال العمل الطبي العلاجي .

وباستثناء المادة 168 /2 من قانون الصحة الجزائري المعدلة بالقانون رقم 90–17 التي نصت على ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للشخص الخاضع للتجربة، وعند عدمه لممثله الشرعي، فإنه لم يتضمن نصوصا أخرى لتبيان شكلية الموافقة بأن تكون محررة كتابيا، بالإضافة إلى ذلك لم يبين كيفية الرجوع في الموافقة و لم يوضح أحكام النيابة في الرضا بالتجارب الطبية في حالة المشاركين القصر أو عديمي الأهلية القانونية.كما أنه لم يتعرض لمسألة

citée sous le nom de loi Huriet-Sérusclat, Cette loi autorise les recherches biomédicales sur l'être humain en précisant les conditions dans lesquelles elles doivent être conduites. Elle a instauré l'obligation de demander le consentement écrit de toute personne participant à un essai thérapeutique. Elle a fait l'objet d'une révision dans le cadre de la loi de santé publique du 09.08.2004 afin de la mettre en conformité avec les directive Européennes ,elle a :
*Proclamé la primauté de la protection des personnes ;
*Affirmé l'obligation d'un consentement libre, exprès et éclairé ;
*Défini le statut des deux acteurs principaux : promoteur et investigateur ;
*Etabli une distinction entre les recherches avec ou sans bénéfice individuel direct ;
*Créé les Comités Consultatifs de Protection des Personnes dans la Recherche Biomédicale (CCPPRB) ;
Définition publie sur site Internet http://www.cpp-sudmed2.fr/La-loi-Huriet-Serusclat , date de visite le 14/11/2015 .

[1] «Préalablement à la réalisation d'une recherche biomédicale sur une personne, le consentement libre, éclairé et exprès de celle-ci doit être recueilli après que l'investigateur……. L'intéressé sera informé dès que possible et son consentement lui sera demandé pour la poursuite éventuelle de cette recherche» Art 209-9 , Loi n°88-1138 du 20 décembre 1988, (j.o. du 22 décembre 1988), modifiée par la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 (J.O. du 20 janvier 1991).

[2] الأمر رقم 76–79 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن قانون الصحة العمومية ، ج.ر رقم 101 الملغى .

الرضا الحر في حالات الضرورة، وأغفل وضع قواعد صريحة للتعويض عن الأضرار الناتجة عن إجراء البحث أو التجربة[1] .

ونخلص في الأخير أن المقصود بالرضا في مجال التجارب الطبية هو أن يكون رضا الشخص حرا وصريحا، وله الحق في سحب الموافقة متى أراد ويجب أن تكون التجربة ضمن أخلاقيات البحث العلمي التجريبي على الإنسان .

وندعم هذا بما جاء أيضا في بعض المواثيق الدولية و الوطنية مثل لائحة نورمبرغ لعام 1947، وإعلان ميثاق هلسنكي لسنة 1964، ومؤتمر التجريب الطبي 1969 وما أكده إعلان طوكيو سنة 1975، بالإضافة إلى تقرير« Belmont [2] » عام 1979 واللائحة الفيدرالية الصادرة عن الإدارة الصحية الأمريكية عام 1981 على أن الأساس الأول والجوهري في مشروعية التجارب الطبية على الإنسان، هو احترام أدمية الشخص المتطوع وضرورة موافقته الكتابية على إجراء الدراسات البحثية العلمية. التجريب العلاجي أو إجراء الدراسات البحثية، بتغليب مصلحته وسلامته وأمنه، ومراعاة تناسب الأخطار وتقليل المخاطر التي قد تصيب الشخص الخاضع للتجربة العلمية والمحافظة على حياته الخاصة وسرية المعلومات المتعلقة به[3].

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجدها قد عالجت الموضوع من خلال الإذن الطبي في المعالجة، الذي يعتبر نموذجا فريدا للأخلاق الطبية الإسلامية في التعامل مع المرضى بكل أدب

---

[1] بلحاج العربي ، أحكام التجارب الطبية على الإنسان ...، المرجع السابق ، ص 164

[2] le rapport BELMONT (du nom du centre de congrès où cette synthèse fut discutée) formalise les principes éthiques de l'activité de recherche sur l'être humain et continue aujourd'hui de faire référence. Le rapport Belmont réaffirme, comme le faisait la circulaire allemande de 1931, la « frontières » entre pratique clinique et recherche médicale, entre traitement innovant et expérimentation. Il traite également des principes et de leur réalisation, présentés selon la symétrie suivante : le principe de *respect des personnes*, fondé sur la « conviction éthique » que « les individus doivent être traités comme des agents autonomes », se réalise dans l'exigence du consentement informé préalable à la participation des sujets ; le principe de *bienfaisance* se réalise dans l'évaluation soigneuse, dans le calcul, de l'équilibre entre les risques et les bénéfices (pour le sujet et pour la société, y compris le risque de perte substantielle si la recherche n est pas conduite) , Philippe AMIEL , Expérimentation sur l'être humain, article publié sur le cite internet, https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00867312/document , P08,consulte le 30/12/2015 .

[3] بلحاج العربي ، الحدود الشرعية و الأخلاقية...، المرجع السابق ، ص 109 .

واحترام وكرامة إنسانية، لذا فإنه لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو بحث علمي تجريبي على الإنسان بغير رضائه الصريح والحر، وأن يكون مسبوقا بتجارب مخبرية وحيوانية كافية وأن يلتزم الباحث بالقواعد الشرعية والقانونية والعلمية والأخلاقية التي تحكم الممارسات الطبية والحيوية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان، بما فيها ضرورة احترام مبدأ معصومية الكيان الجسدي للإنسان ومبدأ الرضا المستنير بخصوص التجارب الطبية والحيوية[1].

ويعرف الرضا بالعلاج الطبي عند فقهاء الشريعة الإسلامية بالإذن، ويقصد به أن يأذن المريض أو وليه أو وصيه لطبيب في مباشرة العلاج عليه معتبرين إياه سببا أساسيا لرفع المسؤولية عن الطبيب في العلاج، وفي المقابل موجبا لها في حال تخلفه وهو أمر متفق عليه بين جميع أئمة المذاهب الفقهية تطبيقا للقاعدة الفقهية الكلية التي تنص على أن" الجواز الشرعي ينافي الضمان" . ويعتبر فقهاء الشريعة أن المريض هو الأصل في الإذن ما دام أنه أهل وقادر على إبدائه، وفي حال عجزه يحل محله وليه أو وصيه بحسب الأحوال. ولقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية بترتيب الأولياء والأوصياء بحسب القرابة كما هو الحال في الإرث وهو مبني على مراعاة قوة التعصيب[2].

وقد نص مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (عمان) من 06 إلى 11 مارس 2004 في قراره تحت رقم 142(15/8) على أنه يكون الطبيب ضامنا إذا أقدم على العمل الطبي دون إذن المريض أو من يقوم مقامه. وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز شرعا و قانونا إجراء التجارب الطبية سواء أكانت علاجية أو علمية محضة إلا بعد الحصول على رضا الشخص المستنير والمتبصر، وبعد إعلامه بكافة الأخطار والمخاطر والشروط والضمانات التي وفقا لها يمكن إجراء مثل هذه التجارب، ومن ثم فإنه لا يجوز تعريض القاصر وناقص الأهلية وعديمها والمرأة الحامل لمخاطر التجارب العلمية المحضة التي لا تعود على المريض بأية فائدة[3] .

---

[1] ميرفت منصور ، المرجع السابق ،ص 110.

[2] أنظر، حروزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن –دراسة مقارنة– دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008 ص 81.

[3] بلحاج العربي ، أحكام التجارب الطبية...، المرجع السابق ، ص 43.

نشير إلى أن فكرة التزام الطبيب بإعلام المريض والحصول على الرضا في كل التدخلات الطبية، هو إلتزام نسبي أحيانا، فليس كل ما يعرفه الطبيب من معلومات متعلقة بالتشخيص والعلاج يجب أن يفضي به للمريض،فأحيانا كثيرة تتسبب هذه المعلومات عن المرض والتشخيص في خوف المريض من العلاج وإثارة الفزع لديه مما يفقد الأمل في الشفاء.لذلك نجد أن بعض الفقه ذهب في تحديد نطاق المعلومات التي يلتزم الطبيب بإعلام المريض بها، إلى حد الإكتفاء بإعلامه بالمخاطر المتوقعة عادة دون المخاطر الإستثنائية أو الغير متوقعة كإخباره بمرضه ونوع العلاج المناسب له للتخفيف من المعاناة بما يسمح له بقبول التدخل الطبي وهو مطمئن والحصول على الرضا[1]، لكن يبقى مجرد رأي يقبل العكس.

ثانيا-الأهلـــية

إن العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض، أو الشخص الخاضع للتجربة هي في الأصل علاقة عقدية،أي أنها تقوم على العقد بالمعنى الصحيح وتستند على الرضا الحر والمستنير بالإضافة إلى الأهلية.لذلك فإن الأصل أن يكون الخاضع للتجربة كامل الأهلية أي قادر أن يصدر عنه رضاء صحيح قانونا لإبرام العقد، وهو شرط منطقي بالنظر إلى طبيعة التجارب الطبية التي تقتضي الموافقة عليها أن يكون للشخص قدر كاف من الوعي والإدراك .

سنحاول تسليط الضوء فيما يخص مشكلة الأهلية بالنسبة لطائفة تعتبر أكثر عرضة للتجارب الطبية ، و تتمثل في فئة القصر .

هل يعتد برضا القاصر في مجال التجارب الطبية ؟ وهل نطبق نفس قواعد الأهلية في القانون المدني ؟

القاصر يملك بعض مظاهر الأهلية التي لا تحتاج إلا لدرجات من التمييز، و يمكن القول أن معظم التشريعات تجيز التجارب الطبية على القصر، وإن اختلفت في القواعد المنظمة لها، فالتجارب على الأطفال على غرارالتجارب على الراشدين تعتبر ضرورة علمية ولا يمكن الإستغناء

[1] Pierre BERNARD, Le Devoir d'information du patient ,Cahier des gestions hospitalière ,2000, p.210

عنها والسبب في ذلك راجع لردة فعل جسم الصبي اتجاه الدواء، مقارنة بردة فعل جسم الشخص الراشد[1].

1- حالة القاصر المميز

إن معيار توافر الأهلية هو أن يستطيع القاصر فهم طبيعة ما يرضى بـــه مـــن تجـــارب وتقدير آثارها، ومن منطلق هذا المفهوم يمكن إعتبار القاصر المميز أهلا لإصـــدار رضـــائه فـــي التجارب العلاجية ، لكن مسألة فهم و تقدير هذه الآثار تختلف من شخص لآخر، ولهـــذا فالمشـــكلة التي تثار بالنسبة للقاصر المميز، هي هل يعتد برضاه دون التقيد بســـن معينـــة ؟ أم يجـــب علـــى المشرع تحديد سن معينة للإعتداد برضاه ، فهناك بعض التشريعات حددت سن معـــين للإعتـــداد برضاء القاصر ومنها المادة 20 من القانون المدني الكندي[2].

لكن معظم القوانين لم تسلك هذا الطريق، وأوكلت للطبيب مهمة تقدير مدى فهم الصغير لما هو مقدم على الموافقة عليه، فإذا كان يستطيع ذلك اعتد برضاه دون التقيد بسن معينة، فسن التمييز لا يتحدد بالرجوع لأحكام القانون المدني، أو السن التي يحددها المشرع الجنائي لبلوغ الأهلية الجنائية فالأمر هنا يترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع [3].

2-حالة القاصر الغير مميز

إن مناط الإعتداد برضاء الصغير هو إدراك وتمييز طبيعة التجربة من قبل الشخص، لذلك فإنه ليس لرضاء عديم التمييز أي قيمة قانونية لأنه لا يملك القدرة على كشف وتمييز طبيعة التجربة التي يرضى بها. وبذلك فإن الأصل العام هو الرجوع للقواعد العامة المتعلقة بالوصاية على الصغير، فمن حيث المبدأ إذا كان الطفل في سن لا تسمح له بتقدير خطورة الأمر فيجب الرجوع إلى رأي أبويه ومن الأفضل أن يؤخذ رأي الأبوين معا[4]، وفي حالة الإختلاف كان الرأي للأب

[1] مامون عبد الكريم ، رضا المريض .....، المرجع السابق ، ص 804.
[2] محمد عيد الغريب ، المرجع السابق ، ص 69.
[3] خالد بن النوى ، المرجع السابق ، ص 102.
[4] محمد عيد الغريب ،المرج السابق ، ص83 .

باعتباره ولي النفس حتى سن معين، وولي المال حتى بلوغ سن الرشد. وترجيح رأي الأب على الأم عند الإختلاف،يجد تبريره في أن الأم قد تغلب عليها عاطفة الخوف من المخاطرة أو الخوف من الألم، لهذا فهي لا تستطيع إعطاء رضاء حر ومستنير.لكن في حالة عدم وجود الأب، فلا بد من أخذ رأي الأم لتقدير ملائمة أو عدم ملائمة التدخل الطبي. وإذا كان القاصر يتيم الأبوين يعود الأمر لمن يحل محلهما من الناحية القانونية. وفي جميع الأحوال لا يجوز إخضاع القاصر سواء كان مميزا أو غير مميز لعلاج تجريبي يعرض حياته أو صحته للخطر، أو لمجرد تحقيق هدف علمي فجل التشريعات منعت التجارب الطبية على القصر حتى ولو رضي بذلك الأبوين[1] .

وفيما يخص القانون الفرنسي، فإنه يجيز إجراء التجارب الطبية على القصر ومن في حكمهم بشرط الإلتزام بالضوابط المنصوص عليها في قانون الصحة العامة .وعليه طبقا لنص المادة 1122 مكرر2 من قانون الصحة الفرنسي، أنه يمكن مباشرة التجارب الطبية على القصر ومن في حكمهم و فقا للشروط التالية :

* بالنسبة للقاصر الغير مميز، بعد الحصول على موافقة من لهم السلطة الأبوية،

* بالنسبة للقاصر والراشد المحمي قانونا، يجب الحصول على موافقة الممثل القانوني بعد ترخيص مجلس العائلة و قاضي الأحداث ،

* ويجب على الطبيب أن يحاول الحصول على موافقة القاصر أو الراشد المحمي قانونا، عندما يكون قادرا على التعبير عن إرادته، كما يجب إحترام رفضه الخضوع للتجربة أو رجوعه عن الموافقة [2].

يميز المشرع الفرنسي بخصوص التجارب على القصر بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية، حيث يجيز التجارب العلاجية على القصر بدون أن يفرق بين المميز والغير

[1] أنظر، أشرف جابر ، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1999 ، ص 88 .

[2]«Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur une personne mineure ou majeure sous tutelle ,l'autorisation est donnée par son représentant légal et, si le comité mentionné à l'article L. 1123-1considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, par le conseil de famille s'il a été institué, ou par le juge des tutelles» Art 112-2 c.s.p.f .

مميز، أما بالنسبة للتجارب الغير علاجية فهي مباحة فقط على القاصر المميز والراشد المحمي قانونا بشرط الحصول على موافقة ممثله القانوني، بعد إجازة مجلس العائلة أو قاضي الأحداث[1].

وفي هذا المقام، نذكر القصة الشهيرة التي لا تزال تشغل الرأي العام العالمي والعربي، ألا وهي قضية الممرضات البلغاريات والطبيب الذين أصابوا حوالي 462 طفلا ليبيا. بمرض نقص المناعة (الإيدز)، وهناك من قال أن الأطفال أصيبوا نتيجة عدم نظافة المستشفى.إلا أن الأحداث كشفت وجود أسرار في القضية وتبين أن الممرضات حقنّ الأطفال بالفيروس عمدا وبدون علمهم بناء على شخصية مجهولة طلبت منهم ذلك، بعد تلقيهم مبالغ مالية و كان الهدف من هذه العملية هو إجراء تجارب علمية حول هذا المرض الخطير دون اخد رضا المعنيين أو ذويهم.

ولا تقل الصورة رعبا عما جرى في المعسكرات العراقية بعد الإحتلال الأمريكي للعراق، حيث شكل المعتقلون مادة اختبار« فئران تجارب» لشركات الأدوية الأمريكية، من دون أي مراعاة للحياة البشرية والمخاطر التي تسببها مثل هذه الإختبارات، فصدرت تقارير كثيرة حول هذا الجانب كشفت عمل الشركات وشددت على خيانة القسم الطبي مع عدد واسع من الأطباء الذين تقوم مهمتهم في الأصل على الرعاية الصحية للأسرى، وذلك خلافا للقوانين الأمريكية في هذا المجال، ولم تقصّر الصحافة الأمريكية في فضح سلوك الشركات ومعها القيادة الأمريكية[2].

نخلص في الأخير إلى أن الغرض من التجربة الطبية هو شفاء المريض والمصلحة العلمية في نفس الوقت.

وتنقسم التجارب الطبية إلى نوعان، والتي سنتطرق إليهما في المطلب الثاني بالتفصيل

[1] أشرف جابر ، المرجع السابق ، ص 102 .
[2] ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 208

المطلب الثاني

أنواع التجارب الطبية

صاحب التطور الحديث في مجال العلوم الطبية التعامل المباشر مع أجزاء، ولم يقتصر على ذلك بل امتد ليشمل مكوناته ومنتجاته التي أصبحت محلا لتجاربه و أبحاثه الجسم ميزت معظم القوانين والتشريعات بين التجارب الطبية العلاجية و العلمية على الإنسان، من حيث الهدف أو الغرض الذي يسعى الطبيب إلى تحقيقه، فإذا كانت التجربة تسعى إلى علاج الخاضعين لها باستخدام وسائل حديثة أي تهدف لإيجاد أفضل الطرق العلاجية لصالح المريض بالدرجة الأولى، فلا يكون هناك أي جدل حول مشروعيتها.أما إذا كانت التجربة علمية بحثة وتهدف إلى إشباع شهوة علمية أو خدمة الطب دون فائدة للخاضع لها،فهي تثير الكثير من النقاش حول مشروعيتها[1].

ولم يميز المشرع الجزائري والمصري بين التجارب الطبية والعلمية، عكس المشرع الفرنسي الذي ميز بينهما من خلال المادة 209 من قانون Huriet-Sérusclat وللتفرقة أكثر بين نوعي التجارب، سنحاول دراستها بالتفصيل التالي :

الفرع الأول

التجارب العلاجية و التجارب العلمية

تختلف التجارب الطبية باختلاف القصد العام منها،وبذلك نميز بين نوعين من التجارب حيث سنقوم بعرضهما وتبسيط مفهومهما على النحو التالي :

أولاً- التجارب العلاجية

وهي التجارب التي تهدف إلى تحقيق غاية علاجية ،أي محاولة إيجاد علاج للمريض من خلال تجربة طرق جديدة في التشخيص والعلاج، كالأدوية الجديدة، أوالأشعة وغيرها من الوسائل

[1] أنظر، مرعى منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2011 ، ص 46

الطبية، وتكون التجارب الطبية العلاجية (Expérimentation Thérapeutique) بقصد علاج المريض في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء[1].

أما إذا كان علاج المريض ممكنا بالوسائل الطبية العادية، فإن المنطق والقانون والأخلاق توجب على الطبيب ألا يلجأ إلى مثل هذه الطرق أو التجارب العلاجية الجديدة التي من الممكن أن تؤذي المريض[2].

وعلى هذا الأساس، فإن هدف هذا النوع من التجارب هو المصلحة الفردية في المقام الأول، أما المصلحة العامة فلا قيمة لها وبالتالي لم يجد التشريع والفقه والقضاء أي صعوبة في لإيجاد مبرر قانوني لأن مصلحة المريض هي الغرض الأساسي منها، فعلى الرغم من مساسها بجسد الإنسان إلا أن غرضها هو الشفاء. ويدخل في نطاق الإباحة، ومن ثم لا يجوز لأي طبيب أن يختبر أسلوبا جديدا للعلاج على أي شخص لمجرد التجربة فقط إلا إذا كانت حالة المريض ميؤوس من شفائها بالطرق التقليدية[3].

حث المشرع الفرنسي على هذا النوع من التجارب من خلال المادة 19 من تقنين أخلاقيات المهنة لسنة 1979 والتي نصت على إجازة استخدام الطبيب لوسائل العلاج الجديدة إذا ما أخفق العلاج التقليدي،بشرط أن تكون هذه الدراسات البيولوجية الملائمة تحت رقابة صارمة، وأن تحقق مصلحة مباشرة للشخص الذي تجرى عليه التجربة [4].

بالرجوع إلى قانون الصحة الجزائري، نجده أنه أقر بالتجارب الطبية من خلال المادة 168 بفقراتها، لكنه لم يفصل.

[1] أنظر، أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء ، دار النهضة ، القاهرة ،2003 ،ص 318.
[2] محمد عيد الغريب، المرجع السابق ، ص 10 .
[3] اسامة قايد، المرجع السابق ، ص 306.
[4] ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 27.

ثانيا –التجارب العلمية

وتتمثل في"الأعمال الفنية والعلمية التي يباشرها الطبيب على جسم المريض أو المتطوع بغرض إكتساب معارف جديدة بخصوص الوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية أو العلاج"[1] .

أوهي" تلك التجارب التي تتم على أشخاص أصحاء أو مرضى دون ضرورة ملحة تمليها حالتهم، والهدف منها هو إشباع شهوة علمية و خدمة علوم الطب وجمع المعطيات العلمية، فهي تسعى لإستخدام وسائل أو طرق جديدة بغرض علمي بحث وليس للخاضع لها أي مصلحة مباشرة في إجرائها"[2] .

من خلال التمعن في التعريفين، يتضح لنا جليا أن التجارب العلمية ليس الهدف منها علاج المريض، وإنما هو إشباع رغبة علمية أو الكشف عن لقاح جديد والمساهمة في التطور العلمي وتتم هذه التجارب على متطوعين أصحاء أو مرضى.

ونظرا لأن التجارب العلمية أخطر ما يتعرض له الإنسان في نطاق التقدم الطبي، ولأنها تحتمل الكثير من المخاطر، وجب التعامل مع الخاضعين لها في إطار منظومة أخلاقية تكفل حقوقهم لذلك نصت المادة السادسة من تقنين نورمبرج أن مستوى الخطر الذي يمكن قبوله لا يجوز أن يتخطى درجة الأهمية الإنسانية للتجربة المطروحة[3].

ولقد بلغت التجارب العلمية أهمية كبيرة لدرجة أن بعض الأطباء والعلماء اتخدوا من أنفسهم محلا لتجاربهم، فتاريخ الطب مليء بأمثلة الأطباء الذين قاموا بإجراء تجارب على أنفسهم ومعايشة المخاطر التي يتحملها المتطوعون، ولقناعتهم أن خضوعهم لهذه التجارب ستكون أكثر دقة وفاعلية وأيضا لتعلقهم بها لدرجة عدم قدرتهم على الانفصال عنها لتحقيق سبق علمي و ثروة مالية[4].

وندعم ما قلناه بعض الأمثلة التي أجريت في القرن الثامن عشر، عندما قام مجموعة من أطباء الجيش الأمريكي في كوبا بإصابة أنفسهم بالحمى الصفراء وهم (جيمس كارول – وارستد

[1] مامون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية...، المرجع السابق ، 453.
[2] محمد عيد الغريب ، المرجع السابق ، ص 10.
[3] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 50.
[4] ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 34.

اجرامنت – جيسي لآزر الذي مات من تأثير المرض في 1990 وأدت جهودهم إلى إثبات المرض عن طريق البعوض وساهموا بهذه التجربة في إنقاذ الكثير من الأرواح. ومن التجارب ذات الأهمية تلك التي قام بها الدكتور كارل لندشتينر سنة 1900، بإجراء تجربة على نفسه وعلى مجموعة الأطباء المشتركين معه لإكتشاف نظام اختلاف فصائل الدم (ABO)[1] .

الفرع الثاني

التجارب الطبية في الإتفاقيات الدولية

لقد ارتبط أول تنظيم دولي للتجارب الطبية على الإنسان بالمحاكم الدولية للأطباء النازيين على إثر الجرائم التي ارتكبوها في حق أسرى الحرب إبان الحرب العالمية الثانية، حيث أصدرت محكمة NUREMBEG في أعقاب هذه المحاكمة مجموعة من المبادئ والقواعد التي يجب مراعاتها من قبل الأطباء أثناء إجراء التجارب الطبية على الإنسان وعرفت باسم تقنين نورمبرج. وتجدر الإشارة إلى أن تقنين NUREMBERG وغيره من الإتفاقيات الدولية الخاصة باجراء التجارب الطبية، وإن كانت غير ملزمة للدول إلا أنها تعترف بأهميتها البالغة في تذكير الباحثين بطبيعة الكائن البشري، والحماية الواجبة له عند مباشرة أي نوع من التجارب على كيانه الجسدي[2].

أولا– تقنين نورمبرج (Le code de Nuremberg)[3]

[1] ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 35.
2خالد بن النوى ، المرجع السابق ، ص 55

[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 l{ 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

بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية وفرض على النازية الألمانية أن توقع وثيقة التسليم في 1945/05/08، أنشئت محكمة دولية ألا وهي محكمة نورمبرج العسكرية الأمريكية لمحاكمة مجرمي الحرب من دول المحور الأوربية، وقد أحيل على هذه المحكمة 23 متهما من بينهم مديرو ومؤسسات صحية كبرى في الإدارة و الجيش وأطباء في معسكرات الإعتقال النازية ــ وكانت تهمة هؤلاء بأنهم قاموا بتجارب علمية على أسرى الحرب العالمية من العسكريين والمدنيين دون موافقتهم وتمت دون التقيد لا بالقوانين التي تحمي الأسرى ولا بالأخلاق النبي تمنع مثل هذه الأفعال، وكان النازيون يهدون من وراء تلك التجارب إلى البحث عن نتائج علمية و التأكد منها دون قصد الشفاء، ولهذا أنشأت الدول المنتصرة بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية محكمة عسكرية دولية لمحاكمة كبار مجرمي الحرب من النازيين، حيث أشارت المحكمة إلى أن ما ارتكبه المتهمون ليس تجارب طبية وإنما جرائم فظيعة في حق الأسرى [1] .

ونتج عن هذه المحاكمة عشر مبادئ للتجارب البشرية بصفة عامة والتجارب العلمية بصفة خاصة، ويستخلص من قواعدها أنها أقرت شرعية التجارب الغير علاجية عندما تجرى ضمن حدود معقولة واضحة المعالم، تتفق مع أخلاقيات مهنة الطب عموما.وتبرر هذه التجارب أنها تكشف عن نتائج لصالح المجتمع من الصعب الوصول إليها بطرق أخرى و لن تكون هذه التجارب مشروعة إلا إذا كانت فوائدها تفوق أخطارها[2]، وتتمثل مبادئ تقنين نورمبرج بخصوص التجارب على الإنسان بصفة عامة والتجارب العلمية خاصة في :

*ضرورة الحصول على رضا الشخص الخاضع للتجربة، بشرط أن يكون متمتعا بالأهلية القانونية، وأن يكون له حرية الإختيار دون تدخل أي عنصر من عناصر القوة أو الاكراه، وينبغي إعلامه بطبيعة التجربة و مدتها والمخاطر المتوقع حدوثها ؛

---

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. Philippe AMIEL, op cit. p.7.

[1] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 126.
[2] ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص97 .

*ينبغي أن تكون التجربة محددة الغرض و تسعى لتحقيق نتائج إيجابية للمجتمع؛

* يشترط أن تكون التجربة مصممة استنادا إلى نتائج التجارب على الحيوانات وأن تكون النتائج المتوقعة كافية لتبرير القيام بهذه التجارب ؛

* تجنب الآلام والأضرار الجسمانية والعقلية والإصابات التي لا داعي لها أثناء مباشرة التجارب، ولا يجوز بأي حال من الأحوال مباشرة التجارب التي يتوافر بشأنها ما يدعو إلى الإعتقاد بأنها ستلحق اضرار جسيمة للخاضع لها؛

*القائم بالتجربة من الممكن أن يكون هو نفسه محلا لها ؛

*يشترط أن تفوق الفوائد الناتجة من التجربة درجة الخطورة التي يتعرض لها الشخص الخاضع لها

* لحماية الخاضع للتجربة ينبغي التحضير الجيد و توافر المرافق المناسبة من كل خطر محتمل حتى ولو كان بسيطا ولا يؤدي إلى الإصابة أو العجز أو الوفاة؛

*يجب أن يكون الأطباء القائمون بالتجربة على أعلى درجة من المهارة والكفاءة العلمية، ويتعين عليهم توخي الحيطة والحذر في جميع مراحل التجربة؛

*للشخص الخاضع للتجربة حق ايقافها في أي وقت، و في أي مرحلة من مراحلها؛

* يجب على القائم بالتجربة إيقافها، في أي مرحلة إذا لاحظ أن الاستمرار فيها يؤدي إلى الإضرار بالشخص الخاضع لها، إذا كان لديه سبب ومعطيات مؤكدة بأن الإستمرار في التجربة يؤدي إلى الإصابة أو العجز أو أوفاة[1].

نستنتج مما ثمّ ذكره أنه كان لصدور تقنين نورمبرج الخطوة الأولى لتقنين قواعد الحماية الجنائية الدولية الذي تضمن نصوصا دولية تجرم الأفعال الماسة بحقوق الإنسان وسلامة جسمه، مما أدى بالدول لتبني هذه القواعد وتكييف قوانينها الداخلية .

[1] أنظر، تقنين نورمبرج ، ترجمة باللغة الفرنسية ، متوفر على شبكة الأنترنيت ، تاريخ الإطلاع 2016/01/08 ، نسخة موجودة في الملاحق http://descobayesetdeshommes.fr/Docs/NurembergTrad

لكن رغم ذلك لم يسلم هذا التقنين من الإنتقاذات و التي تمثلت فيما يلي :

*لم يهتم في المواد التي ذكرها بالأشخاص الخاضعين للتجارب العلمية الذين فقدوا القدرة على الإدراك والإرادة والتعبير كالمرضى العقليين، لأن هذه الطائفة غير قادرة على فهم وأهمية التجارب الطبية العلمية ولا لعواقبها .

*لم يتطرق لإنشاء لجان طبية تشرف على عملية إجراء ومراقبة التجارب العلمية على الأشخاص[1].

*اقتصاره على تحديد المبادئ العامة الواجب مراعاتها عند مباشرة التجارب الطبية والظروف التي يمكن للشخص في إطارها التطوع للتجارب الطبية، وإهماله الربط بين موافقة المتطوع من جهة و الموازنة اللازمة بين مخاطر ومنافع التجربة من جهة أخرى.

*عدم تحديده بطريقة واضحة للأخطار التي يمكن أن تمنع إجراء هذه التجارب على الإنسان وعدم تحديده لكيفية الحصول على موافقة الشخص لمثل هذا النوع من التجارب، حيث اعتبرت المحكمة أن هذه الأمور خارجة عن نطاقها[2] .

ثانيا – إعلان هلسنكي و طوكيو

يمثل إعلان هلسنكي(Déclaration d'Helsinki)[3] الأساس الأول لمشروعية التجارب الطبية والعلمية على الإنسان في مجال الأدوية المستجدة وطرق العلاج الحديثة، ولتفادي تكرار ما

[1] ميرفت منصور حسن المرجع السابق ، ص 99.
[2] خالد بن النوى ، المرجع السابق ، ص 58

[3] La Déclaration marque la reprise en main du problème de l'expérimentation par les médecins : les principes du « code de Nuremberg » sont suivis, mais adaptés et parfois édulcorés (dans certains cas, le médecin peut s'affranchir d'informer et de recueillir le consentement). Surtout, la Déclaration introduit une dualité dans la protection, sur-protégeant les sujets soumis à des expériences « non thérapeutiques » et assouplissant les conditions pour les malades sujets d'expériences « thérapeutiques », c'est-à-dire visant la mise au point de traitements, l'expérience étant susceptible de leur procurer un bénéfice. L'idée sous jacente est que les malades sujets sont déjà sous la protection de leur médecin dans le cadre de la relation de soins. Cette dualité qui organise l'encadrement de la recherche biomédicale partout dans le monde jusqu'{ la fin du XXe siècle n'a pas pu contribué à brouiller la distinction

حدث في الماضي من تجارب طبية امتهنت كرامة الإنسان، خاصة إبان الحرب العالمية الثانية فتوصلت الجهود الدولية لحماية حقوق الإنسان وبادرت رابطة الأطباء العالمية عام 1964 بإعلان ميثاق هيلسنكي الذي ينظم كيفية إجراء التجارب الطبية على الإنسان.

وعدّت هذا الإعلان عام 1975 بحيث أصبح يتوجب على من يقوم بالأبحاث و التجارب الطبية والعلمية الإلتزام بما جاء فيه، ثم عدل في عدت مؤتمرات كان آخرها مؤتمر رقم 59 لمنظمة الصحة العالمية في أكتوبر 2008 بكوريا الجنوبية[1].

ويعتبر إعلان هلسنكي القاعدة الأساسية لوضع مبادئ وقواعد القانون الأخلاقي لإجراء التجارب الطبية و العلمية على الإنسان، فمعظم الدول الرائدة في التجارب الطبية أخذت بهذه المبادئ، وحتى الإتحاد الطبي العالمي الذي يعتبر مرجعا رئيسيا للأخلاقيات الطبية و الذي انظم إلى عضويته العشرات من الجمعيات الطبية من بلدان عديدة يجعل من هذا الإعلان مبدأ أساسيا في عمله صادق على هذا الإعلان[2] .

ولقد اشترط هذا الإعلان لشرعية التجارب الطبية وجوب مراعاة التناسب بين الغرض الذي يهدف إليه من التجربة والأخطار المتوقعة على الشخص الخاضع لها. وأكد من ناحية ثانية على ضرورة موافقة الشخص على إجراء التجربة، وأعطى لهذه الموافقة اهتماما خاصا حتي يضفي صفة المشروعية و أن يبقى هذا الرضا ملازما لكل مراحل التجربة[3] .

---

fondamentale entre acte de soin (à visée curative) et acte de recherche (à visée essentiellement cognitive : si on teste, c'est qu'on ne sait pas ; dans ce cadre le bénéfice du malade peut être recherché de surcroît – et il l'est en pratique le plus souvent –, mais il n'est pas la préoccupation première. Philippe Amiel , op.cit, p.11

[1] ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 118.
[2] محمد عيد الغريب ، المرجع السابق ، ص25.
[3] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 134.

كما سبق وأن أشرنا إليه، فإن إعلان هلسنكي وطوكيو[1] قد فرق بين القواعد التي تحكم التجارب العلاجية والتجارب الغير علاجية، لذا سنتطرق أولا للمبادئ العامة ثم للقواعد الخاصة بالتجارب الطبية والتجارب الغير علاجية.

آ- المبادئ العامة لإعلان هلسنكي و طوكيو [2]

من بين المبادئ العامة المتعلقة بالتجارب الطبية على الإنسان التي أكد عليها الإعلان وإعتبرها من الأساسيات نذكر منها :

1-يجب أن تجرى التجارب الطبية على البشر بعد تجريبها على الحيوانات أو على أية معطيات أخرى مستقر عليها علميا، ويجب أن يراعى في التجارب التي يكون محلها الإنسان الميادئ الأخلاقية والعلمية المتعارف عليها والتي تبرر البحث .

2-يجب أن يكون مشروع تنفيذ كل مرحلة من التجربة على الكائن البشري محددة بوضوح في بروتوكول تجريبي، ويخضع لإشراف لجنة مستقلة تعين بصفة خاصة لهذا الغرض لإبداء الرأي .

3-يجب أن تتوافر المؤهلات العلمية والخبرة في القائم بالتجربة والدراسات وأن يتحمل مسؤوليته كاملةK حتي ولو صدر من الخاضع للتجربة موافقة صريحة.

[1] La révision de Tokyo de la déclaration d'Helsinki est une avancée majeure. Elle consacre le caractère inconditionnel du consentement préalable à la participation de tous les sujets et prescrit la l'examen préalable obligatoire des projets de recherche par un comité indépendant. La recommandation, inscrite dans cette révision, que les recherches ne satisfaisant pas aux règles posées par la Déclaration ne puissent plus être acceptées pour la publication fut prise au sérieux par les éditeurs de journaux scientifiques. La perspective de ne plus pouvoir publier eut, { partir de la fin des années 1970, un effet déterminant à l'échelle mondiale, sur l'organisation et les pratiques de la recherche sur l'être humain Philippe Amiel, op.cit,p.11.

[2] Voir , AMIEL Philippe, Déclaration d'Helsinki, appendice électronique de Des cobayes et des hommes «Expérimentation sur l'être humain et justice», , Paris ,Belles Lettres 2011. P 10, publie sur le cite l internet http://descobayesetdeshommes.fr/Docs/032-HelsinkiVersions1964-2008.pdf , consulté le 10/01/2016 .

4- لا تكتسب التجربة الطبية شرعيتها إذا كانت أخطارها تفوق فوائدها .

5- يجب أن يتم مسبقا تقدير الأخطار والفوائد سواء لصالح الشخص أو لغيره، مع الأخذ بعين الإعتبار مصلحة الخاضع لها على حساب العلم و المجتمع.

6- يجب على الباحث أن يحترم الكيان الجسدي للخاضع للتجربة و حياته الخاصة وتكامله البشري وذلك بأخذ الإحتياطات اللازمة لتجنب الأضرار.

7- لا يجوز للطبيب أو الباحث إجراء التجربة على الإنسان، إذا لم يكن بمقدوره توقع الأخطار المحتملة ، كما يجب عليه أن يوقف التجربة إذا اكتشف أن مخاطرها تفوق الفوائد المرجوة .

8- يجب على الطبيب بعد إجراء التجربة التأكد من صحة و دقة النتائج المتوصل إليها .

9- عند إجراء أي تجربة على الإنسان يجب إعلامه بالطريقة الملائمة و الأهداف المرجوة وأن يتم إعلامه بأنه حر في أن يتراجع عن رضائه في أي وقت ولا يقوم الطبيب بالتجربة إلا بعد الحصول على الرضا الحر ويستحب أن يكون مكتوبا .

10- عند التأكد من أن رضا الخاضع للتجربة بعيد عن المؤثرات الداخلية و الخارجية ، كأن يكون قد أكره على الموافقة أو كانت موافقته مبنية غلى الثقة في الطبيب القائم بالتجربة ،ففي هده الحالة من الأفضل الحصول على الرضا من طرف طبيب آخر لا تربطه علاقة بالتجربة.

11- الحصول على الرضا من الممثل القانوني إذا تعلق الأمر بقاصر أو بمن لا تتوفر لديهم القدرة على الإدراك والتمييز .

12-ينبغي أن يتضمن بروتوكول البحث دائما بيان للإعتبارات الأخلاقية المدرجة في البحث، مع الإشارة إلى أن المبادئ المدرجة في الإعلان قد ثم إحترامها[1].

[1] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 136.

ب- قواعد إجراء التجارب الطبية و العلمية في إعلان هلسنكي و طوكيو

لقد ميزت الجمعية الطبية العالمية بين التجارب الطبية و التجارب العلاجية، ووضعت لكل صنف قواعد خاصة :

-القواعد الخاصة بالتجارب الطبية العلاجية

حتي تكتسب التجارب الطبية صفة المشروعية يجب مراعاة القانون الأخلاقي للجمعية الطبية العالمية، وهذا القانون أكد على أن الطبيب عند علاجه للمريض فهو حر في إختيار أفضل الوسائل والطرق العلاجية التي يرى أنها الأحسن، فهو حر في إستخدام طريقة تشخيصية جديدة أو علاجية لأنه يسعى لإنقاذ حياة المريض[1]، لكن الجمعية الطبية العالمية قيدت هذا الحق بعدة شروط يجب مراعاتها لإضفاء المشروعية عليها وهذه القيود تتمثل في :

1-يتعين على الطبيب تحت مسؤوليته أن يوازن بين الفوائد والأخطار والأضرار المحتملة عند استخدام الوسائل الحديثة مقارنة بالطرق التشخيصية والعلاجية التي استقر عليها العمل عند أهل المهنة، واختيار أفضلها، لأنه من حق المريض الإستفادة من أفضل الوسائل المتاحة في التشخيص والعلاج .

2- ينبغي على الطبيب أثناء علاج المريض أن يكون حرا في استخدام الوسائل الجديدة التشخيصية والعلاجية، إذا رأى أنها توفرالأمل لإنقاذ حياة المريض.

3- أثناء اجراء أي تجربة علاجية يجب على كل طبيب بما في ذلك مجموعة المراقبة إن وجدت، أن يتأكدوا من أفضل طريقة علاجية .

4- من حق المريض رفض المشاركة في التجارب الطبية دون أن يؤثر ذلك في علاقته مع الطبيب الباحث.

5- إذا رأى الطبيب أنه ليس من الضروري الحصول على الموافقة المستنيرة من المريض الخاضع للتجربة ، فيتعين ذكر الأسباب في بروتوكول التجربة وتبليغها إلى لجنة مستقلة.[2]

[1] محمد عيد الغريب ، المرجع السابق ، ص 28

[2] Philippe AMIEL , Déclaration d'Helsinki ,op.cit ,p .12

يلاحظ من خلال مراجعة هذه القواعد، أن الطبيب المباشر للتجارب الطبية العلاجية يستفيد طبقا للقواعد التي حددتها الجمعية الطبية العالية بشأن التجارب الطبية، من نفس المزايا التي تخوله إياها بعض القوانين في مجال التدخل العلاجي المحض، حيث يمكنه مباشرة التجارب العلاجية كبديل للطرق العلاجية المعروفة بالشروط التي حددتها له، ويمكنه الإستغناء عن موافقة المريض في بعض الحالات أثناء إجراء التجارب لنفس العلة المعترف له بها في التدخلات العلاجية، وهي التأثير السلبي على نفسية المريض في حالة إعلامه بحالته الصحية أو ما تتطلبه من تدخل طبي، لكن يمكن اعتبار هذا الإستثناء بمثابة ثغرة قانوني في التجارب العلاجية الخاصة إذا لم تباشر اللجان المستقلة المعينة لهذا الغرض عملها الرقابي[1].

II –القواعد الخاصة بالتجارب الطبية الغير علاجية

لما كانت التجارب العلمية لا يمكن تفاديها لمصلحة الجنس البشري في تقدم العلوم الطبية، لذلك أجاز القانون الأخلاقي للجمعية الطبية العالمية إجراء التجارب العلمية الغير علاجية على جسم الإنسان وحدد شروطا معينة لمشروعيتها وتتمثل في :

1–تفرض التجارب العلمية الغير علاجية على الطبيب الباحث بأن يلتزم ويتخذ ما يلزم لحماية حياة و صحة الشخص الخاضع للتجربة .

2–يجب أن يكون الخاضع للتجربة متطوعا و بصحة جيدة أو مريض و لكن مصاب بمرض خارج نطاق البحث .

3–ينبغي للقائم بالتجربة البحث وقف التجربة إذا كان في استمرارها ضرر للشخص الخاضع لها .

4– لا يجوز ترجيح مصلحة المجتمع في التطور والتقدم على مصلحة الفرد في حماية كيانه الجسدي .

[1] مامون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية...، المرجع السابق ، ص733.

5-وجوب أخذ الرضا المستنير من الشخص الخاضع للتجربة بعد أن يتم إخطاره بكل المخاطر المتوقعة و المحتملة في هذا النوع من التجارب[1] .

للإشارة ثم إضافت فقرة في إعلان هلسنكي عام 2000، تنص على أنه " بعد إنتهاء الدراسة يجب طمأنة المرضى الذين أجريت عليهم التجربة بأنهم سوف يستمرون في تلقي أفضل الطرق العلاجية أوالتشخيصية التي ثمّ التعرف عليها خلال التجربة". والحقيقة أن هذا التعديل ما كان ليظهر إلا بعد انتشار فضيحة التجارب التي أجريت في تايلاند وإفريقيا عام 1997 حيث ثم إعطاء بعض النساء الحوامل المصابات بفيروس الإيدز دواء لم يعرف تأثيره الجانبي، وذلك لأن الباحثين الغربيين كانوا يعتقدون أنه لا يمكن إعطاء الدواء الغالي الثمن لهؤلاء المرضى بعد إنتهاء التجارب، فقد ثبت أن إعطاء المرأة الحامل والمصابة بفيروس الإيدز دواء (Azid Thymidine) يؤدي إلى سلامة ثلثي المواليد على الأقل ولكي يكون لهذا الدواء مفعوله يجب تعاطي الجرعات من بداية الحمل و بكمية محددة [2].

بعد أن عرضنا أنواع التجارب وبينا مكانتها في المجال الدولي أي الإتفاقيات الدولية ،سنرى كيف عالجت القوانين الداخلية هذه الفكرة ؟ وهل أحاطتها بقوانين كافية تحدد مجالها وتضبط حدودها ؟ هذا ما سنحاول عرضه في المطلب الثالث .

المطلب الثالث

التجارب الطبية بين القانون والشريعة الإسلامية

إن التشريعات بشكل عام تتفق حول أساس مشروعيته التجارب العلاجية، واستندت في ذلك إلى الغرض والقصد العلاجي المتمثل في الشفاء كأساس لتبريرها، لأنه لا يجوز للطبيب أن يختبر أسلوبا جديدا في العلاج عند وجود طرق علاجية فعالة متعارف عليها بين أهل الطب.

[1] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، المرجع السابق ،139.
[2] ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص123 .

أما إذا خالف الطبيب الطرق العلاجية المتفق عليها وجرب طرق علاجية أخرى وألحق بالمرض أذى، فإنه يسأل عن الخطأ المهني. وفي هذا الإطار حكمت محكمة La seine في حكم لها سنة 1935 أن الطبيب الذي يمارس تجربة طبية بغير ضرورة ملحة بالنسبة للمريض فإنه يرتكب خطأ مهنيا مؤكدا،لأن الطبيب ملزم أثناء تدخله العلاجي بالأعمال الطبية الضرورية الملائمة للعلاج حسب المعايير التي يحددها أهل الطب[1].

الفرع الأول
موقف الشريعة الإسلامية من التجارب الطبية

لم يتطرق الفقه الإسلامي إلى حكم الشريعة الإسلامية بشان التجارب الطبية سواء العلاجية منها أو العلمية، إلا أن بعض الفقهاء المحدثين استخلصوا مشروعية التجارب العلاجية من بعض اللآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة وكذا من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية [2].

ومن الآيات التي استدلوا بها نذكر قوله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم»[3]،وقوله جل جلاله « فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه»[4]، قوله عز وجل أيضا « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه »[5].

إن هذه الآيات توجهنا إلى القاعدة الفقهية المتمثلة في الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها. والإنسان المريض الذي لم تفلح معه الطرق المعروفة في علاجه ، فإنه يكون مضطرا لتجريب أدوية و طرق علاجية جديدة .

أما بخصوص الأحاديث النبوية، فخير دليل ما ورد في الصحيحين عن أبي حازم انه سمع سهل بن سعد يسأل عما عولج به جرح رسول الله (ص) يوم غزة أحد، فقال " جرح وجهه وكسرت رباعيته وهشمت البيضة على رأسه وكانت فاطمة بنت رسول الله تغسل الدم، وكان علب

---

[1] Trib. Civ. La Seine, 1935, D.P, 1936 , حكم أشار إليه مامون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال ...، المرجع السابق ،ص 455.

[2] مامون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية...، ص 703.

[3] سورة الأنعام ، الأية 145.

[4] سورة البقرة ، الأية 173.

[5] سورة الأنعام ، الأية 119.

بن أبي طالب يسكب عليها المجن، فلما رأت الدم لا يزيد الكثرة، أخذت قطعة حصير فأحرقتها حتى صارت رمادا ثم الصقته بالجرح، فاستمسك الدم "[1].

فقد استدل الفقهاء بهذه الواقعة القول بأن علاج فاطمة للرسول (ص) بالرماد يعد عجز الوسيلة المتبعة في إيقاف نزيف الدم كانت تجربة، و لم ينكر رسول الله (ص) تلك التجربة وهو ما يدل على جواز إباحة تجريب الأدوية الجديدة في حالة عدم نجاح الطرق المعروفة ، ونستدل من كل الأدلة الشرعية بأن المشرع الإسلامي يدعو لممارسة فنون الطب تحقيقا لسلامة الجماعة و يعتبر ما يقوم به الطبيب من أعمال طبية من قبيل المشروع لكن في حدود[2].

أما بخصوص القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي استدل بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية إباحة الله عز وجل للتداوي من الأمراض، والقاعدة العامة أن الله تعالى إذا أباح شيئا أباح الوسائل المؤدية إليه. فإباحة التداوي تبيح بالضرورة استخدام الوسائل المسخرة للتداوي، وقد لا يتم معرفة هذه الوسائل والطرق إلا عن طريق التجريب كما فعلت فاطمة مع جرح الرسول (ص)، وعليه فلا مفر من التجارب العلاجية لأن الوسائل حكم المقاصد، بالإضافة إلى أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقق مصالح العباد طبقا للقاعدة الشرعية حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله، لذا فإن كل ما يحقق مصالح الناس يعتبر مباحا، لهذا فإن التجارب العلاجية تفيد هذا المعنى فهي تدخل في نطاق الإباحة [3] .

نخلص مما سبق ذكره أن الشريعة الإسلامية أقرت اللجوء إلى التجارب الطبية و خاصة العلاجية منها لإنقاذ حياة المريض خاصة إذا لم تفلح معه الطرق المعمول بها، وقد أسست هذه الإباحة لقصد العلاج وفقا للقواعد والأصول السليمة مع مراعاة حرمة الجسم البشري، على غرار التجارب العلمية التي بطبيعتها تحتمل الكثير من المخاطر، بما فيها احتمال الضرر الجسيم الذي قد يلحق الإنسان، ومن هنا كانت المحاذير وكان المطلوب ضرورة الاهتمام بوضع ضوابط شرعية وأخلاقية لإجرائها، لأنه لا يجوز أن يترك الأمر لمجرد وازع الضمير الذي يحتمي به أحيانًا بعض الأطباء والباحثين.

[1] صحيح مسلم«المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه و سلّم»، دار طيبة، 2006 ، ص 1416.

[2] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 95

[3] مامون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية...، ص 705

الفرع الثاني

الأساس القانوني للتجارب الطبية في التشريع الفرنسي

عند الحديث حول موقف التشريع الفرنسي وعلى وجه الخصوص قانون الصحة الفرنسي ينبغي الإشارة إلى أن التشريع الجنائي الفرنسي بصفة عامة يعتبر نموذجا للقوانين الغربية الأخرى، لأن المد النابليوني فتح للفكر القانوني الفرنسي التقليدي خلال القرن التاسع عشر أفاقا واسعة لتطبيقه في أوربا، ونجد أن الفقه والقضاء الفرنسيين اتجها إلى القول بمشروعية التجارب العلاجية وعدم مشروعية التجارب الغير علاجية، وهذا مجمل الرأي السائد قبل صدور القانون الذي نظم فيه المشرع مسألة إجراء التجارب الطبية والعلمية على جسم الإنسان في القانون رقم 88/1138. وقد انتظر الكثير من أهل الاختصاص صدور هذا القانون، لأن النصوص القانونية القليلة التي كانت تنظم هذا المجال لم تتطرق إلى الشروط والضوابط الموضوعية التي يمكن من خلالها إجراء التجارب الطبية على الإنسان أو تلك التي تحدد طبيعة المسؤولية أو الجزاء المترتب على مخالفة الشروط و الضوابط[1] .

ولقد أعاد المشرع الفرنسي تجديد القانون الخاص بالبحوث الطبية الحيوية بموجب القانون الصادر في 09 أوت 2004 لتعديل قانون 1988/12/20 والذي أطق عليه قانون-Huriet Sérusclat الخاص باجراء البحوث الطبية على البشر وذلك بطلب من التوجيه الأوربي، وبعدها أصبحت التجارب الطبية تستمد أساسها القانوني من المادة 1121-1[2] من قانون الصحة العامة الفرنسي الصادر في 992/01/23 ، المعدل لقانون 1988/12/20.

[1] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 57.

[2] «Les essais ou expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du **développement des connaissances biologiques ou médicales** sont autorisés dans les conditions prévues au présent livre et sont désignés ci-après par les termes "recherche biomédicale ».

وطبقا للقواعد العامة التي تضمنها هذا القانون فإن التجارب الطبية على الإنسان تستمد شرعيتها القانونية والأخلاقية في القانون الفرنسي من ثلاث عناصر رئيسية تتمثل فيما يلي :

-جدى البحث أو التجربة .

-وجوب توافر الأصول العلمية اللازمة والثابتة لإجراء التجربة .

-وجوب توفير أسباب الأمن و السلامة في المكان الذي تجرى فيه التجربة[1] .

وبالرجوع إلى المادة 1121-2 من نفس القانون نجدها نصت صراحة على أنه:

" لا يجوز إجراء أية تجربة طبية على الكائن البشري ،

-إذا لم تكن قائمة على أخر المعطيات العلمية، وتكون مسبوقة بتجارب كافية

-إذا كان الخطر المتوقع حدوثه للشخص الخاضع للتجربة لا يتناسب مع الفائدة المرجوة من إجراء هذه التجربة.

-إذا لم يكن لغرض من هذه التجارب هو لتوسيع المعرفة العلمية للإنسان والوسائل التي يمكن أن تحسن حالته .

-يجب أن يكون الهدف من البحوث الطبية الحيوية هو التقليل من حدة الألم، وتجنب أي عيب مرتبط بها ، مع الأخذ بعين الاعتبار حالة القاصرين قدرتهم عل التصريح بالموافقة " [2].

Les recherches biomédicales dont on attend un bénéfice direct pour la personne qui s'y prête sont dénommées recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct. Toutes les autres recherches, qu'elles portent sur des personnes malades ou non, sont dénommées sans bénéfice individuel direct..'' l' art. 1121-1 du code da la santé publique, (Loi n° 88 - 1138 du 20 Déc. 1988 modifiée par la loi 91-86 du 23/01/1991 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, ainsi que par la loi n° 94-548 du 01/07/94 relative aux fichiers sanitaires automatisés, et la loi n ° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, dite « Loi Kouchner » (JO du 05/03/2002).

[1] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص58 .

[2] si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante ;

- si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ;

- si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition ;

ويرى البعض أنه طبقا لهذا التعريف فإن نطاق التجريب على الإنسان لا يقتصر على تجريب الأدوية الجديدة فحسب، بل يعتمد على الأبحاث التطبيقية أو البيولوجية، وهي الأبحاث المتعلقة بدراسة الهندسة الوراثية ودراسة الأمراض سواء كانت وراثية أومكتسبة أو جراحية. ويدخل في نطاق التجربة أيضا كل بحث من شأنه أن يحقق تقدما أو يوصل إلى ابتكار يمكن للإنسان الإستفادة منه سواء في حالة الصحة او المرض، بالإضافة إلى أن محل هذه التجارب هو الإنسان الحي لأن التشريع الفرنسي تولى تنظيم التجارب على الإنسان في حالة الموت الدماغي استثنائيا في المادة 1124-5 من قانون الصحة (قانون رقم 548-94 الصادر بتاريخ 1994/07/01) المتعلق بمعالجة المعطيات المعلوماتية في إطار البحث العلمي في مختلف مجالات الصحة [1].

ووفقا للقانون الفرنسي، فإن الشروط والضوابط المطلوب الإلتزام بها تنقسم إلى شروط عامة يجب توافرها في جميع أنواع التجارب، وشروط خاصة بالتجارب العلمية(غير علاجية).

1- الشروط العامة (المشتركة بين نوعي التجارب)

من بين الشروط التي يمكن اعتبارها ضرورية للقيام بالتجارب الطبية نذكر :

-يجب على القائم بالتجربة أن يقوم باكتتاب تأمين بخصوص المسؤولية المدنية [2].

-لا يجوز مباشرة التجارب الطبية إلا تحت إشراف أطباء ذوي كفاءات و مؤهلات علمية ، يتولون الإشراف على إجراء التجارب والتحقق من إجرائها وفقا للأصول العلمية [3].

- si la recherche biomédicale n'a pas été conçue de telle façon que soient réduits au minimum la douleur, les désagréments, la peur et tout autre inconvénient prévisible lié à la maladie ou à la recherche, en tenant compte particulièrement du degré de maturité pour les mineurs et de la capacité de compréhension pour les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement, Art. 1121-2 du c.s.p.f, précité.

[1] مامون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية.....، المرجع السابق ،752

[2] « La recherche biomédicale exige la souscription préalable, par son promoteur, d'une assurance garantissant sa responsabilité civile telle qu'elle résulte du présent article et celle de tout intervenant, indépendamment de la nature des liens existant entre les intervenants et le promoteur. Les dispositions du présent article sont d'ordre public ».Art 1121-10 , Code de la santé publique, précité.

[3] Les recherches biomédicales ne peuvent être effectuées que si elles sont réalisées dans les conditions suivantes :

-sous la direction et sous la surveillance d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée .

– الحصول على الموافقة المستنيرة للشخص الخاضع للتجربة (وفقا للشروط التي حددتها المادتين 209–9 و209–10 من قانون الصحة العامة) .

– لا يجوز مباشرة التجارب الطبية إلا بعد الحصول على موافقة اللجنة الاستشارية لحماية الأشخاص و موافقة الجهة الإدارية [1] .

2–الشروط الخاصة لإجراء التجارب العلمية

إن هذا النوع من التجارب يتصف بخطورة بالغة، لذلك أحاطه المشرع الفرنسي بعدة شروط و ضوابط إضافية و تتمثل فيما يلي :

–أن تجرى التجارب العلمية في الأماكن التي تتوفر على الإمكانات المادية والتقنية اللازمة وعلى الشروط المنية الضرورية لسلامة الأشخاص الخاضعين لها.

–أن تكون المخاطر المتوقعة أو المحتملة من التجارب متناسبة مع الفوائد المنتظرة، في حالة التجارب الغير علاجية لايجوز أن يكون من شانها تحقيق أي مخاطر أو أضرار.

–لا يجوز إجراء التجارب الطبية أو العلمية على المحكوم عليهم أو ناقصي الأهلية أو عديمي الأهلية .

–لا يجوز إجراء التجارب العلمية على النساء الحوامل والمرضعات خلال فترة الحمل أو الرضاعة.

– لا يجوز إخضاع الأشخاص لتجارب متعددة في نفس الوقت[2].

من خلال هذه القواعد يتضح لنا أن المشرع الفرنسي قد إلتزم بالقواعد والتنظيمات المتفق عليها دوليا في هذا المجال، بالإضافة إلى ذلك يعتبر التشريع الفرنسي من التشريعات السباقة لحماية

-dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'essai et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à ces recherches. Art 1121 , c.s.p.f

[1] Avant de réaliser une recherche impliquant la personne humaine, le promoteur en soumet le projet à l'avis d'un comité de protection des personnes désigné de manière aléatoire par la commission nationale mentionnée à l'article L. 1123-1-1. Il ne peut solliciter qu'un avis par projet de recherche. Art 1123-, c.s.p.f .

[2] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 62.

الأشخاص المشاركين في التجارب الطبية من خلال إشتراط التأمين من المسؤولية على القائم بالتجربة، سواء كان طبيبا أم مركزا للأبحاث الطبية، وإن كان هذا الشرط يخدم بالدرجة الأولى مصلحة المسؤول عن التجربة إلا أنه يشكل ضمانا مهما للشخص الخاضع للتجربة في حالة الضرر[1] ،بالإضافة إلى أنه لا يجوز للطبيب أن يختار أسلوبا جديدا في العلاج عند وجود أساليب علاجية متفق عليها بين الأطباء خصوصا إذا اثبتت فاعليتها، فالطبيب ملزم في هذه الحالة باتباع الطرق الثابتة ويمنع عليه اللجوء لإجراء تجارب جديدة، فإذا قام بها وترتبت عليها مخاطر فإنه يسأل جنائيا عن خطأ مهني[2] .

وفي الأخير نستخلص أن السياسة التشريعية بخصوص التجارب الطبية مرت بمرحلتين، مرحلة أولى قبل صدور قانون 1138/88 والمرحلة الثانية بعد صدوره حيث أصدر المشرع الفرنسي القانون الخاص بحماية الأشخاص المتطوعين لإجراء التجارب، حيث أباح التجريب على جسد الإنسان بنوعيه العلاجي والعلمي مع مراعاة شروط وضوابط محددة وبهذا يكون قد واكب التطور السريع للعلوم الطبية .

الفرع الثالث
الأساس القانوني للتجارب الطبية في القانون الجزائري

تنص المادة 02/168 من قانون الصحة و ترقيتها 90-17 على أنه« يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي»، في حين نصت نفس المادة في فقرتها الثالثة على أنه « تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليها في المادة 01/168 أعلاه» .أما بالنسبة لمدونة أخلاقيات مهنة الطب فقد نصت المادة 18 منها على أنه« لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، وبعد التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض ».

[1] مامون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية....، المرجع السابق ، 758.
[2] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 97.

من استقراء هذه المواد، يتضح لنا أن القانون يجيز صراحة التجارب الطبية على الإنسان، سواء كانت علاجية أو علمية، لأن الهدف من العلاج الطبي هو شفاء المريض وفقا للأصول الطبية المتبعة، فلا يجوز للطبيب تجاوز هذه الغاية بإجراء علاج جديد أو استخدام أدوية غير مصرح بها من وزارة الصحة، أو إجراء تجربة طبية من أجل فائدة البحث العلمي إلا بوجود المبرر الشرعي والقانوني[1] .

وبما أن المشرع الطبي أقر بالتجارب الطبية و العلاجية إلا أنه أحاطها بعدة شروط نذكر منها :

-يجب استشارة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية قبل القيام بأية تجربة طبية على الإنسان، سواء علاجية أم غير علاجية، ونشير هنا إلى أن رأي المجلس ملزم أي في حالة رفضه فإنه يمنع على المعنيين القيام بالتجارب.

-احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجربة و كرامته، فلا يجوز المساس بالجسم إلا لتحقيق مصلحة علاجية له أو للأغراض العلمية المادة 2/168 والمادتان 17 و18 من المدونة.

-موافقة الشخص الخاضع للتجربة وتبصيره تبصيرا كاملا بالمخاطر و النتائج التي تترتب على التجربة، ويكون له الحق في الرجوع عن موافقته في أي وقت (المادة 4/168).

-التأكد من توافر الشروط الأمنية لسلامته البدنية والعقلية والنفسية، بحيث لا يتم تنفيذ التجربة إلا إذا تحققت الظروف المواتية للظفر بالنتائج المرجوة .

-يلتزم الطبيب الباحث أو الهيئة المشرفة على مشروع التجربة بضمان تعويض المضرور عن كل الأضرار التي لحقت به بسبب التجربة .

يفهم من سبق ذكره، أن المشرع الجزائري قد اتبع الإتجاه الذي سارت عليه الكثير من التشريعات من خلال تأكيده على وجوب مراعاة الشروط المتعلقة بحماية السلامة البدنية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية، ولكن يغلب عليه إسناده الدور الرقابي على هذه التجارب الطبية لهيئة طبية محضة و تتمثل في المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب، وهو ما يخالف الإتجاه السائد حاليا في الكثير من الدول و الأنظمة الطبية على المستوى الدولي [2].

[1] بلحاج العربي، أحكام التجالرب الطبية....، المرجع السابق ، ص 134.
[2] بن النوي خالد ، المرجع السابق ، ص 80.

إن انفراد أهل المهن الطبية بالرقابة المطلقة على هذا النوع من التدخلات الطبية، يتعارض مع العدالة القانونية تستوجب توسيع العضوية في لجان الرقابة الإدارية إلى غير المنتمين إلى المهن الطبية لتمكين التعاون بين المؤسسات الطبية والمجتمع وإطلاع الرأي العام على ما يجري في مراكز البحث الطبي العلمي ومن ثم ضرورة اسناد الرقابة الإدارية إلى لجان مختلطة تجمع أهل الاختصاص الطبي مع خبراء من رجال القانون والشريعة والمجتمع حتى تتحقق الشفافية و المصلحة و العدالة و الإستقلالية [1] .

الفرع الرابع
الأساس القانوني للتجارب الطبية في القانون المصري

بما أن الطبيب حر في اختيار أفضل طرق العلاج على مريضه، والتي يرى أنها أفضل الطرق فله أن يعالجه بأي أسلوب غير تقليدي أو أن يجرب عليه علاجا جديدا، بشرط أن يكون مقتنعا به ويرى أنه الأصلح للمريض. ولقد نصت المادة 43 من الدستور المصري الصادر في 1971/09/11 والمعدل بتاريخ 1980/05/22 على أنه « لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر»، إن هذه المادة الدستورية التاريخية حكم قانوني صائب من المشرع المصري منذ عام 1971 حيث واكب من خلاله التطورات الحديثة المستجدة في علوم الطب والجراحة، و يكون قد أزال الغموض عن هذه المسألة وأباح بشكل قاطع إجراء مثل تلك التجارب بشرط أن تتم الموافقة بشكل صريح [2] .

لكن الكثير من شراح القانون المصري ومن بينهم الأستاذين محمود نجيب حسني في مؤلفه –الحق في سلامة الجسم ومدي لحماية التي يكفلها قانون العقوبات– ،ومأمون سلامة لم يقروا بمشروعية التجارب إذا كانت غير علاجية ، وحددوا نص المادة على التجارب العلاجية فقط لا غير، وأكدوا على أن الطبيب يكون قد ارتكب خطأ يستوجب المسألة الجنائية والمدنية إذا قام

[1] بلحاج العربي ، أحكام التجالرب الطبية...، المرجع السابق ، ص 141 .
[2] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 84.

بتجربة علمية على شخص ما، حتى ولو أبدى هذا الأخير موافقته على ذلك لأن المساس بالجسم البشري يعتبر من النظام العام [1].

ومن المعلوم أيضا أنه صدرت في مصر لائحة آداب المهنة الطبية، وفقا لقرار وزير الصحة تحت رقم 238 لسنة 2003 تتكون من 61 مادة، حيث جاءت في المادة 52 منها على أنه« يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والقيم الإجتماعية

والدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبية على الآدميين». أما المادة 53 منه فنصت على أنه « يحظر على الطبيب إجراء أية تجارب للأدوية والتقنيات على الآدميين قبل إقرارها من الجهات المختصة». في حين تضمنت المواد من 54 إلى 61 على أنه يلتزم الطبيب الباحث قبل إجراء أي بحث طبي على الإنسان ضرورة التأكد من موافقة الشخص الخاضع للتجربة كتابيا، بالإضافة إلى دراسة وافية للمخاطر التي يتعرض لها والتوقف فورا في حالة ثبوت أي مخاطر تفوق الفوائد المتوقعة[2] .

وفي هذا الصدد حكم القضاء المصري بأن القانون يعطي للطبيب الحق في مباشرة هذه الأعمال وأن يكون القصد منها هو العلاج، فإذا تجاوز الطبيب هذه الغاية والهدف خرج عن حدود الإباحة ولا يمكنه الإحتجاج بالحق الذي منحه القانون،و يقع تحت وطأة المسؤولية إذا لحق بالمريض ضرر[3] .

ولقد أجازت داء الإفتاء المصرية التجارب الطبية بغرض العلاج بخصوص تحديد الجنس، ونذكر في هذا المقام الطلب رقم 301 عام 2013 لسيدة تقول فيه" رزقت بثلاث بنات اثنتان من زوجي السابق وواحدة من زوجي الحالي، وأريد إنجاب طفل رابع ، فهل يحق التدخل الطبي في تحديد نوع الجنين، أم أنه حرام وتدخل في مشيئة الله؟ "وأجابها المفتي بأنه هناك فرق في تحديد نوع الجنين على المستوى الفردي والجماعي ، فعلى المستوى الجماعي يؤدي إلى اختلال التوازن الطبيعي الذي أوجده الله تعالى، أما على المستوى الفردي فيمكن ذلك، فتحديد جنس الجنين جائز شرعا ما لم يشكل اختيار أحد الجنسين ظاهرة عامة". كما صرح مفتي مصر" علي جمعة "على أن هذه العمليات مباحة،

[1] مرعى منصور عبد الرحيم ، المرجع السابق ، ص 85.
[2] بلحاج العربي ، أحكام التجارب الطبية...، المرجع السابق ، ص 131.
[3] بلحاج العربي ،الحدود الشرعية و الأخلاقية، المرجع السابق ...، ص 100.

ونفى أن يكون فيها تحد للمشيئة الإلهية، في حين وافق الدكتور" يوسف القرضاوي "على إجرائها بشرط خضوعها لمجموعة من الضوابط وهي:

-أن طلبات تحديد جنس المولود تقبل فقط في حالة الأسر التي لا تملك سوى أطفال من جنس واحد.

-وكذلك في حالة الرغبة لتجنب أمراض وراثية وتشوهات يحملها أحد الجنسين[1].

المبحث الثاني

بعض صور التدخل الطبي على الجسم البشري

إن التطور العلمي والتقني الذي يشهده العلم في الوقت الحالي أوجب على الأطباء بذل الكثير من الجهود لمقاومة الأمراض المستعصية والفتاكة التي يتعرض لها جسم الإنسان سعيا للمحافظة على سلامة الجسد. ولما كانت السلامة الجسدية لجسم الإنسان هي من مقتضيات التقدم ومواكبة متطلبات الحياة، فإن الحقيقة التي أثبتتها النتائج العلمية الطبية أن هذا الأخير تجاوزت حدود التصرفات الطبية التقليدية بحيث تحولت إلى معالجة الكثير من الأمراض المستعصية بطرق علاجية حديثة خاصة في جانب المساعدة على الإنجاب بواسطة عمليات التلقيح الصناعي.لكن بالمقابل هناك اكتشافات مست بحرمة الجسم البشري مثل عمليات الاستنساخ البشري والتغيير الجنسي[2].

سنحاول التعرض لهذه التقنيات الحديثة وتبيان تأثير كل واحدة منها على الجسم البشري، وإبراز فعالياتها رغم أن بعضها قد تخطت ما يسمى مبدأ حرمة الجسم البشري، ومن أهم الصّور الطبية المتعلقة بدراستنا نذكر : التلقيح الإصطناعي (المطلب الأول)، والإستنساخ البشري (المطلب الثاني)، وأخيرا التغيير الجنسي (المطلب الثالث) .

[1] أنظر،راحلي سعاد،النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة دكتوراه علوم،القانون الخاص،جامعة الجزائر 2014-2015 ،ص 172.

[2] بلحاج العربي،التجارب الطبية...،المرجع السابق،ص85

المطلب الأول
التلقـــيـــح الإصطـــناعـــي

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 على العقم.

سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على التلقيح الإصطناعي[1]، باعتباره أحد الحلول الناجعة لمعالجة هذه المعضلة التي تؤرق الكثير من الناس وتعكر الحياة الزوجية، من خلال التعرض لمفهومه(الفرع الأول) وأنواعه (الفرع الثاني) ومناقشة مشروعيته(الفرع الثالث) .

الفرع الأول
مفهوم التلقيح الإصطناعي

التلقيح الإصطناعي (L'insémination Artificielle)هو عبارة علـــى إلتقـــاء الحيـــوان 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 الإدخـــال بأخـــذ

[1] لقد طبق التلقيح الإصطناعي في البداية على الحيوان و النبات و كان الهدف منه هو ضمان تحسين النسل بالنسبة للحيوان ، و تحسين الإنتاج بالنسبة للنبات ، فالتلقيح الإصطناعي المستخدم في الحيوانات موجود منذ القدم ، حيث يروى أن العرب عرفوه في القرن الرابع عشر، إذ كان هاك 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 و أجريت 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 ، ص54.

السائل المنوي وإيصاله إلى الرحم سواء ثم عن طريق وضعه في وعاء مخبري تلقح فيه البويضة أو قذفه مباشرة في رحم المرأة بواسطة حقنة[1].

كما يعرفه الدكتور أحمد محمد 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 »[2].

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 »[3] .

أما بالرجوع إلى التعريفات الواردة في التشريعات ، فنجد أن المشرع الفرنسي 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 نصت المادة 152–2 منه 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»[4] .

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

[2] أحمد محمد لطفي أحمد ،المرجع السابق ، ص 58.

[3] أنظر ، حسيني هيكل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2008 ، ص 118.

[4] «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 tout e technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel» Art 152-1, Loi n°94-654

أما المشرع الجزائري، فقد نص عليه في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بعد تعديل 2005 ، لكن لم يقدم لنا تعريفا، بل نص على شروطه فقط والتي سنتعرض لها لاحقا، ونأمل أن يتدارك المشرع هذا النقص في قانون الصحة الجديد أو أثناء تعديل القوانين. 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 و حدود تدخل الطبيب.

وبتصفحنا لمجموعة من التعاريف بخصوص التلقيح الإصطناعي نخلص إلى أنه هو عملية تقنية طبية تتمثل إما في أخد مني الرجل لتخصيب بويضة المرأة في أنبوب اختبار ثم حقنه في الرحم ،أو حقن السائل المنوي مباشرة في الرحم لإحداث التلقيح.

أما في الفقه الإسلامي، فلا يعتبر التلقيح الإصطناعي أمرا مستحدثا طرأ على الساحة العلمية ولا علاقة لفقهاء المسلمين به، بل الأمر على العكس من ذلك فهو أمر معروف من قديم الزمان، إلا أنهم لم يسموه بهذا الإسم وعبروا عنه في مؤلفاتهم بما يسمى **استدخال المني**[1] ورتبوا له أحكاما، وخير دليل على وجوده منذ القدم هي قضية الصوفة والتي ظلت تُنظرُ أمام المحاكم طيلة ثلاثين سنة، وتتلخص وقائعها في أن زوجة أحد القضاة كانت عاقرا فذهبت إلى إحدى القابلات فوضعت لها قطعة صوف في رحمها، وبعد مدة حملت المرأة ووضعت ولدا أسوداً، فوصلت القضية إلى المحاكم فاتضح أن القابلة نفسها كانت سوداء اللون وكانت تأخد السائل المنوي من أخيها الأسود[2] .

ويعرف أيضا على أنه« التلقيح الإصطناعي يعتبر من التقنيات الموصى بها في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب ويستخدم عند الأزواج الذين يتعذر أو يتأخر عندهم الحمل، ويتم اللجوء لهذه التقنية بعد المرور بعديد الفحوصات،و تتم بأخد مني الزوج أوشخص أخر ووضعه في رحم المرأة ويوصى باستخدام هذه التقنية في المقام الأول عند وجود اضطرابات

[1] ورد في تعابير أخرى مثل : التلقيح الإصطناعي أو المساعدة الطبية على الإنجاب أو الإخصاب الطبي المساعد أو نكاح الإستبضاع .

[2] أنظر،شوقي زكرياء الصالحي ، التلقيح الصناعي بين الشريعة و القوانين الوضعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 11.

الحيوانات المنوية لدى الرجال ومشاكل في مخاط عنق الرحم عند النساء، أو في حالة العقم عند الذكور، وفي هذه الحالة يتم استخدام الحيوانات المنوية لشخص أخر.كما أن عملية التلقيح الإصطناعي هي أول تقنية يتم اللجوء إليها إذا استمر العقم غير المفسر بين الزوجين لمدة سنتين[1].

بتصفحنا إلى التعاريف، نلاحظ أن التعريف الوارد باللغة العربية يتضمن صورة واحدة فقط له وهي التي تتم بين زوجين تربطهما علاقة شرعية بعد التأكد من إستحالة الإنجاب، وأغفل ذكر حالات أخرى قد يكون فيها الزوج عقيما[2] غير قادر على الإخصاب ممَا يدفعنا للبحث في مشروعية إخصاب الزوجة بغير مني زوجها، بل من رجل أجنبي عن العلاقة الزوجية، وعن حالة عقم الزوجة التي تستدعي طلب بويضة من إمرأة أجنبية[3].

[1]« L'insémination artificielle est une des techniques utilisées dans la Procréation Médicalement Assistée ou PMA. Ce domaine intervient chez certains couples, quand ceux-ci n'arrivent pas à initier une grossesse. Après différents examens réalisés à la recherche de la cause de cette infertilité, la technique de l'insémination artificielle peut être décidée. Elle consiste après un recueil de sperme naturellement ou par ponction dans les testicules auprès du conjoint, ou récupéré auprès d'un donneur, en un dépôt de cette semence au niveau de la cavité utérine de la femme. Cette technique est principalement préconisée dans les troubles modérés des spermatozoïdes chez l'homme, de problèmes au niveau de la glaire cervicale de la femme empêchant la migration des spermatozoïdes, ou en cas de stérilité masculine, auquel cas on recourt à un donner de sperme. Il s'agit également de la première technique essayée en cas d'infertilité inexpliquée depuis 2 ans» Insémination artificielle –Définition-, Réalisé en collaboration avec des professionnels de la santé et de la médecine , sous la direction du docteur Pierrick HORDE, juin 2014 , publier sur le site internet , http://sante-medecine.journaldesfemmes.com/faq/15794-insemination-artificielle-definition. consulté le18/02/2016

[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 و عدم القدرة على الإنجاب من **مراكز علاج العقم** إلى **مراكز علاج العقر** لأن ذلك أصح من الناحية اللغوية ، أنظر فرج محمد محمد سالم ، وسائل الإخصاب الطبي المساعد و ظوابطه –دراسة مقارنة– بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ،الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ،الإسكندرية ، 2012 ، ص 65.

[3] أنظر، بلحاج العربي ،حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 31 الجزائر،1993 ص60 .

الفرع الثاني
أنواع التلقيح الإصطناعي

لقد بينا أن التلقيح الاصطناعي هو عملية يتم من خلالها تلقيح البويضات الأنثوية بالحيوانات المنوية الذكرية بغير الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة، وفي هذا الصدد و بالنظر إلى أن الإنجاب هو الهدف المنتظر من الزواج، ونظرا لاختلاف الحالات المرضية المسببة للعقم فإنه يوجد أنواع للتلقيح الاصطناعي سنقوم بتوضيحها :

أولا –التلقيح الإصطناعي الداخلي Auto Insémination:

للقضاء على مشكلة العقم يتم اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي كبديل للإخصاب الطبيعي، وهذا بعد حقن الزوجة بمني زوجها في الرحم مباشرة، هذا ما يسمي بالتلقيح الداخلي، فكيف تتم هذه الطريقة، وما هي صورها هذا ما سوف نتطرق إليه.

أ –تعريفه

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، سنحاول عرض بعضها :

–«التلقيح الداخلي هو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها أو لغير زوجها في المكان المناسب من المهبل، و يستوي بعد ذلك أن تكون النطفة المستخدمة في عملية التلقيح طازجة أو مجمدة »[1] .

–« التلقيح الداخلي يتمثل في دمج الحيوان المنوي بالبويضة في الثلث الأعلى لقناة فالوب»[2].

---

[1] أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص64.

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

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[1] .

وترجع أسباب اللّجوء إلى هذه التقنية إلى اختلال وظائف المبيض كأن يصبح غير قادر على إفراز البويضات، أو يفرز بويضات ميتة أوانسداد 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[2].

ب-أساليب التلقيح الداخلي :

يمكن حصر هذا النوع من التلقيح في أسلوبين وهما :

الأسلوب الأول : يتم فيه أخد الحيوانات المنوية للزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته، أو رحمها حتى تلتقي التقاء طبيعيا مع البويضة التي يفرزها المبيض، وبذلك يتم التلقيح كما في حالة الإتصال الجنسي المباشر .

الأسلوب الثاني : يتمثل في إدخال ماء رجل غريب عن المرأة، بمعنى أن يتم أخد نطفة من رجل وتحقن في الموضع المناسب لزوجة رجل أخر، وبعدها يتم التلقيح داخليا بصفة طبيعية كما هو في الأسلوب الأول[3] .

إن هذا النوع من التلقيح الإصطناعي هو علاج للعقم في حالات عدة، منها أن تكون نطاف الرجل ضعيفة و تموت بسرعة، أو تكون حموضة رحم المرأة مرتفعة فتقتل النطاف .

[1] أنظر محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي ،أحكامه القانونية و حدوده الشرعية ، مطبعة جامعة الكويت ، 1991 ، ص 21
[2] أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص68.
[3] محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص 26.

ثانيا– التلقيح الإصطناعي الخارجي Hétéro-Insémination:

رغم أن التلقيح الإصطناعي الداخلي حقق نجاحا كبيرا وساهم في القضاء على ظاهرة العقم و ما لها من تأثير سلبي على نفسية الأزواج، إلا أنه عجز في بعض الحالات عن تحقيق الهدف أو الغاية المنشودة بسبب فشل إلتقاء النطفة مع البويضة في رحم المرأة، لهذا فكر الباحثون في إجراء هذا التلقيح خارجيا لذلك أطلق عليه إسم التلقيح الخارجي. سنحاول أن نعرف هذا الأسلوب ثم نقوم بتبسيط صوره .

أ–تعريف

يمكن تعربفه 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»[1] .

ويعرفه الدكتور محمد علي البار بأنه « تلقيح البويضة من المرأة خارج جهازها التناسلي، ويتم التلقيح بماء الذكر، فإذا ما تم التلقيح أعيدت البيضات الملقحة والتي تدعى أحيانا (ما قبل الأجنة Preembryoes) إلى رحم المرأة أو رحم امرأة أخرى »[2].

«...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 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»[3] .

---

[1] أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص113.

[2] أنظر، محمد علي البار ، خلق الإنسان بين الطب و القرآن ، ط 13 ، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، 2005 ، ص499 .

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

ب-صور التلقيح الإصطناعي الخارجي

يمكن حصرها في خمس صور وهي :

الصورة الأولى:

هو أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج و البويضة 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 "ليزلي براون" وهي أول طفلة أنبوب في العالم، فاتحتا بذلك عهدا جديدا في طريقة التناسل بعد معاناة مع العقم وبدون اللجوء إلى العمليات الجراحية مثلا[1] .

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 [2].

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 [3].

---

[1] سناء عثمان الدبسي ، أحمد اللدان ،المرجع السابق ص 95.
[2] فرج محمد محمد سالم ، المرجع السابق ، ص 29.
[3] أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص114.

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 و تغدية الجنين[1] .

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 [2].

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 الام البديلة ترغب في الكسب المادي (يتم الإتفاق على مبلغ مادي منذ البداية) [3] .

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 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

[1] أحمد محمد لطفي أحمد ، نفس المرجع ، ص114.
[2] أحمد محمد لطفي أحمد ،نفس المرجع ، ص115.
[3] أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص116.

المؤرخة في 05/12/ 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.

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. أما في فرنسا فقد أوضح المجلس الوطني لآداب مهنة الطب رأيه بخصوص التلقيح الصناعي الخارجي في 23 أكتوبر 1983 وفي 15 ديسمبر 1986 والتي كانت محل تأييد بتقرير صادر عن مجلس الدولة سنة 1988[2].

هذه هي الصور والأساليب الممكن تصورها في عملية التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي[3] وسنقوم بدراسة هذه الحالات من منظور فقهي وقانوني و ديني لاحقا.

الفرع الثالث

شروط التلقيح الاصطناعي

أن عملية التلقيح الصناعي تحكمها شروط وضوابط معينة،والمشرع الجزائري تدارك النقص أو الفراغ الذي كان موجودا في النص الأصلي لقانون الأسرة بخصوص هذه التقنية، فأدرج المادة 45 مكرر في تعديل 2005 والتي حددت الشروط الواجب توافرها لإعطاء عملية التلقيح الإصطناعي

[1] أنظر، قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الإصطناعي تعريفه، نشاته و موقف المشرع الجزائري منه،مجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس ، العدد الثالث ،2007 ص 210.

[2] حسيني هيكل ، المرجع السابق ، ص 248.

[3] أن للتلقيح الداخلي و الخارجي مشاكل أخلاقية و اجتماعية و دينية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :
-مساعدة الشاذات جنسيا على الإستمرار في شذوذهن و بالتالي عدم الزواج و يلبي رغبتهن في الإنجاب
-إدخال ماء الزوج بعد انتهاء العلاقة الزوجية و موت الزوج
-تحول النساء إلى أبقار إن صح التعبير حيث تلقح مئات النسوة بماء رجل واحد
-تلقيح المحارم
-اضطراب في التكوين الديموغرافي للسكان نتيجة التحكم في جنس الجنين
- حدوث حالات من مرض الإيدز و فيروس التهاب الكبد بواسطة المني المستخدم
-اختلاط الأنساب لأن هناك المتبرع بمنيه و المتبرعة بالبويضة و المتبرعون باللقيحة الجاهزة و يحدث الخطأ في الترقيم أو حفظ المني
-استخدام الأجنة الفائضة في مجال الأبحاث و منها ما ظهر حديثا و هي الخلايا الجذعية التي تزرع و تنمو لإيجاد مختلف الأنسجة لتحل مشكلة ندرة الأعضاء و زرعها، و هو الأمر الذي ترفضه المجامع الفقهية . محمد علي البار، المرجع السابق، ص.ص 506-508.

الصبغة القانونية، سنقوم بعرض هذه الشروط تبعا مع الإشارة إلى القانونين الفرنسي و المصري في كيفية علاجهما لهذه العملية مع التركيز على القانون الجزائري .

أولا: وجود علاقة زوجية شرعية

العلاقة الشرعية تتمثل في الزواج ولقد نصت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري على أنه «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ،من أهدافه تكوين أسرة، أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب»، لذا يجب أن يكون كلا من الرجل والمرأة محل التلقيح مرتبطين بعقد زواج شرعي يعطي للعملية صفتها القانونية .

وبالرجوع إلى المادة 22 من نفس القانون نجد المشرع قد حدد الزواج الشرعي بأنه ذلك الزواج المسجل بالحالة المدنية والذي يثبت بمستخرج من السجل وإلى جانب ذلك يعترف بالزواج العرفي لما يكون مكتمل الأركان والشروط ومثبت بحكم قضائي بعد تسجيله بسجل الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة .

وبالرجوع للقانون الفرنسي رقم 94-654 المتعلق بالتبرع واستخدام عناصر ومنتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية على الإنجاب والتشخيص على أنه لا يمكن الإستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب إلا لأسرة مؤلفة من رجل وإمرأة و يجب أن يكونا متزوجين أو بإمكانهما إحضار الدليل على حياتهما المشتركة لمدة لا تقل عن السنتين[1]. وهذا ما جاءت به المادة 152-02 الفقرة الأخيرة[2]. ونستبعد الشروط المذكورة أعلاه والمتعلقة بالأسباب الطبية وبالعائلات المستفيدة من المساعدة الطبية على الإنجاب العائلات اللوطية أو السحاقية (مشتهي المماثل) أي

[1] «L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans » Art 343 du code civil français .

[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 » Art. L 152-2 Loi n° 94-654.

مثيلي الجنس وكذلك الأفراد الذين يعيشون لوحدهم[1].كما أكدت على ذلك أيضا المادة 2142-2[2] من قانون الصحة العامة الفرنسي .

إن موقف المشرع الفرنسي لا نجده في القانون الجزائري، لأن هذا الأخير كان صارما في اشتراطه لعلاقة شرعية للمقبلين على التلقيح الاصطناعي، ويعد هذا الشرط منطقيا وضروريا للدلالة على جدية الزوجين في الإنجاب وتحقيق أسمى أهداف الزواج ألا وهو التناسل، ومنعه للعلاقة الغير شرعية[3] .

أما القانون المصري، فهو لا يعترف بمشروعية أية علاقة سوى العلاقة الزوجية، لذا وجب على الطبيب أن يتأكد من وجود العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة المقبلين على التلقيح الصناعي لأنه لا مجال في القانون المصري لما يسمى بالعلاقات الحرة كما هو مصرّح به في أغلب قوانين الدول الأوربية [4].

وفي هذا الصدد حاول المشرع المصري تنظيم هذه العملية من خلال سن قانون لتنظيم عمليات التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، وكانت جريدة اليوم السابع المصري قد نشرت فحوى هذا المشروع وجاء في المقال « وكانت لجنة الاقتراحات والشكاوى بمجلس الشعب فى اجتماعها اليوم الاثنين، برئاسة المستشار محمد جويلى على اقتراح بمشروع قانون بشأن تنظيم عمليات التلقيح الصناعى وأطفال الأنابيب المقدم من النائبة المعينة ابتسام حبيب وإحالته إلى لجنة الصحة ومكتب لجنة الشئون الدستورية والتشريعية .جاءت موافقة اللجنة بعد أن أعلن المستشار محمد سكيكر مستشار وزير العدل موافقة الوزارة على المشروع وتأكيده بأن المشروع لا يحمل شبهة

---

[1] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 75 .

[2] «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation » Art 2114-02 du c.s.p.f .

[3] أنظر، تشوار جيلالي ، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ،ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ،الجزائر ،2001 ، ص 100

[4] أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، ص114

عدم الدستورية .يتضمن مشروع القانون ثمانى مواد تهدف إلى وضع الضوابط الأخلاقية لهذه الوسيلة حتى يكون نتاجها طفل شرعى وحتى لا تتم عمليات أطفال الأنابيب بطرق غير مشروعة أو من خلال مراكز غير متخصصة ليس لديها تصريحاً من وزارة الصحة ونقابة الأطباء لإجراء هذه العمليات[1].

استندت النائبة فى تقديم هذا المشروع إلى العديد من الأسانيد الصادرة من جهات دينية وفتوى الأزهر الشريف سنة 1980 والتوصية الصادرة من المجمع الفقهى لرابطة العالم الإسلامى عام 1985 وتوصية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت عام 1995، والتوصيات الصادرة عن المؤتمر الدولى الأول عن الضوابط والأخلاقيات فى بحوث التكاثر البشرى فى العالم الإسلامى والتوصيات الصادرة عن ندوة طفل الأنابيب التى عقدتها الجمعية المصرية للطب والقانون والتوصيات الصادرة من المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائى الذى عقد فى القاهرة عام 1987 برئاسة الدكتور أحمد فتحى سرور إلى جانب عدد من التوصيات الأخرى .

وأشارت النائبة إلى« أن الهدف من تقديم المشروع أيضاً مواجهة المراكز الطبية المنتشرة التى تمارس عمليات التلقيح الصناعى والإخصاب الخارجى فى الأنابيب وممارستها لهذه العمليات بطرق غير مشروعة، لافتة النظر إلى أن مواد القانون تحظر استخدام الجينات بغرض التحكم فى الجنس "ولد أو بنت" أو تغيير صفات وراثية خارجية مثل اللون للعينين أو البشرة أو الشعر وأيضاً عدم تدخل الغير فى هذه العمليات، سواء كان هذا باستخدام نطفة من غير الزوج أو بويضة من غير الزوجة، حيث يعتبر الطفل الذى يولد بهذا الأسلوب طفلاً غير شرعى وتحايلاً غير مشروع لما سيتتبعه من اختلاط فى الأنساب و مشاكل في الميراث »[2].

كذلك فإن صحة هذه العملية مرتبطة بعدم تدخل أطراف اخرى، وذلك لأن الشريعة الإسلامية تنظر إلى عدم الإنجاب على أنه مرض أصاب أحد الزوجين أو كلاهما ولهما الحق في العلاج. وبما أن حصر التلقيح الداخلي في نطاق العلاقة الزوجية قد تغير في الكثير من الدول

[1] انظر، جريدة اليوم السابع المصرية ، ليوم 2009/05/25 منشور على موقع الأنترنيت
http://www.youm7.com/story/0000/0/0/-/102378#.VuRZgkDQRuB

[2] انظر ، جريدة اليوم السابع المصرية ، ليوم 2009/05/25 منشور على موقع الأنترنيت
http://www.youm7.com/story/0000/0/0/-/102378#.VuRZgkDQRuB

الأوربية ولم يعد مقصورا على المتزوجين وحدهم، بل أصبح يتم بين أشخاص لا تربطهم علاقة زوجية، وإنما يعيشون معا في ظل علاقة غير مشروعة، حيث وصل الأمر ببعض النساء الغير متزوجات اللواتي يرغبن في الحصول على ولد دون إقامة علاقة جنسية تنادي بضرورة تمكينها من إجراء عملية التلقيح الصناعي[1].

ثانيا : ضرورة رضا الزوجين أثناء الحياة الزوجية

ويعني هذا الشرط أنه يجب توفر رضا كل من الزوج و الزوجة صراحة أو ضمنا قبل إجراء العملية، وبما أن التلقيح الإصطناعي كعمل طبي يقع على الزوجة فهو يتطلب بالضرورة رضا هذه الأخيرة، لأن الأعمال الطبية بوجه عام تقتضي قبل إجرائها موافقة المريض إذا كان في ظروف تسمح له بإبداء موافقته، وإلا وجب موافقة أسرته ولا يشذ التلقيح الصناعي عن هذه القاعدة العامة، ولأنه وسيلة لعلاج العقر أو التغلب على آثاره، فهو يخضع لمقتضيات مهنة الطب أما بالنسبة لموافقة الزوج على إجراء هذه الوسيلة، فكل المراكز الطبية المتخصصة في إجراء عمليات التلقيح تطلب موافقة الزوج على عملية التلقيح الصناعي موافقة صريحة ومكتوبة [2].

كما يجب أن تمنح للطرفين مدة 30 يوما لإعلان موافقتهما وأن يقدما ملفا أوليا يحتوي علي نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للزوجين زائد نسخة من عقد الزواج والموافقة الكتابية للزوجين[3] .

لقد نصت جل التشريعات على وجوب توفر الرضا في عملية التلقيح الصناعي وخاصة المشرعين الفرنسي والجزائري وذلك من خلال المادتين 152-2[4] والمادة 45 مكرر[5]على التوالي .

في التشريع الفرنسي بعد أن يتأكد الطبيب بأن الزوجين أوالرفيقين مصران على الخضوع للعملية، يقوم بتذكيرهما بإمكانية اللجوء إلى نظام التبني وإعلامهما بأن العملية قد تكلل بالنجاح كما

[1] محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص 38.
[2] فرج محمد محمد سالم ،المرجع السابق ، ص 106.
[3] قاسم العيد عبد القادر ،المرجع السابق ، ص 210 .
[4] « .. consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.» Art 152-2 , c.s.p.f
[5] تنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه «..... أن يكون التلقيح برضا الزوجين » .

قد تبوء بالفشل، ثم يمنحهم مدة شهر للتفكير ابتداء من آخر مقابلة أجريت بينهم، وبعد مرور تلك المدة إذا بقي الشخصان متمسكين بالعملية، فإن طلبهما يحرر كتابيا ويكونان قد عبّرا صراحة عن رضائهما، ونشير أيضا أنه إذا استدعى الأمر إخضاع الزوجة لعدة محاولات للتلقيح الصناعي فإنه يتوجب أن يحرر ذلك عند كل محاولة وهذا حتى يتم التأكد من عدم رجوعهما عن قرار التلقيح الصناعي[1] .

ويختلف شكل الموافقة بحسب ما إذا كان التلقيح سيتم بخلايا ملقحة من شخص ثالث أو أنها ملقحة بخلايا الأسرة ذاتها. ففي الحالة الأولى يجب على الرجل والمرأة المكونين للأسرة إعطاء موافقتهما أمام قاض مع ضمان السرية. وفي الحالة الثانية تلتزم الأسرة الراغبة في الإستفادة من هذه العملية تأكيد طلبها أمام طبيب بشكل كتابي وهذا بعد نهاية فترة التفكير[2] .

[1] COURBE Patrick, Droit de la famille, collection, compact, Armand Collin, 2ême éditions, 2001, p.360

[2] «La mise en œuvre 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 œuvre 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 œuvre 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.
- Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire » , Art. L. 152-10, Loi N° 94-654.

كما منح القانون المدني الفرنسي للزوجين حق العدول عن التلقيح الإصطناعي في حالة :

-أن يتم ذلك قبل الشروع في العملية وذلك بتحرير الطلب كتابيا ويسلم للطبيب المشرف على عملية التلقيح الصناعي .

-وفاة أحد الزوجين أو مباشرتهما لإجراءات الطلاق .

-إنفصال أو إنتهاء الحياة المشتركة بين الرجل و المرأة الذين تربطهما علاقة حرة[1] .

أما بالرجوع لقانون العقوبات الفرنسي، فنجدة في المادة 511 -06 أوجب عقوبة 5 سنوات سجنا وغرامة مالية تقدر 75 ألف أورو في حالة تخلف الرضا عند القيام بأي عملية طبية تمس شخص على قيد الحياة[2] .

ونشـــير إلى 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 الفرنسية[3] 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 قانـــون " الزواج للجميع " رقم404-2013 بتاريخ 2013/05/18. وبهذا تكون فرنسا تاسع دولة أوربية و14 عالميا تسمح لمثليي الجنس بالزواج وتمنح لهم حقوقا جديدة في الزواج والتبني والميراث من منطلق مبدأ المساواة والحريات المشتركة حق مضمون .

أما المشرع الجزائري، فقد نص بموجب الفقرة الثالثة من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أنه « أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما » ، ويتضح من هذا الشرط أن

---

[1] « 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 oeuvre cette assistance» Art. 311 -20 al 3 du code civil français.

[2] « 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

[3] Arrêt N° **15011 du 22/09/2014 ,** C . Cass 2eme, ch civ , publié sur le site internet : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032779106

الإنجاب يخضع لرغبة أطراف العلاقة لأنه حق لهما و لا ينفرد به احدهما. لكن نلاحظ أنه لم يشترط الكتابة في التعبير عن الرضا في قانون الأسرة، وهو نفس موقف المشرع الفرنسي إلا أن هذا الأخير اشترط أن يصدر الرضا في شكل كتابي ومحاط بالسرية ويكون عديم الأثر في حالة وفاة أحد الزوجين أو إيداع عريضة الطلاق أو الإنفصال الجسماني أو توقف التعايش الصديقين أو في حالة عدول الزوجين عن رضاهما في شكل كتابي امام الطبيب المكلف بإجراء عملية التلقيح الصناعي وهذا ما أكدته المادة 311–20 [1]من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 94–653 المتعلق باحترام الجسد البشري .

ففي حالة رفض الزوج وقامت الزوجة بتلقيح نفسها بالتواطؤ مع الطبيب، ويتصور ذلك في حالة ما إذا كان للزوج مني في أحد البنوك، أوإذا أخذت عينة من منيه لإجراء التحاليل عليها، والأصل في ذلك أن الزوجة لا يجوز 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[2] .

أما الحالة الثانية والمتمثلة في رفض الزوجة خضوعها لعملية التلقيح لأسباب مختلفة كعدم قدرتها على الحمل، فلا يجوز للزوج إجبارها على ذلك. غير أنه قد يقوم بتلقيحها بمنيه دون رغبتها أو تحت طائلة الإكراه ، فإن هذا العمل لا يعد اغتصابا في مفهوم القوانين التي تعتبر الوقاع والإيلاج ركنا أساسيا لقيام جريمة الإغتصاب مثل المشرع الجزائري.في حين أن لكن المشرع الفرنسي يعتبر تلقيح المرأة دون رضاها اغتصابا، وفي نفس الإتجاه سار المشرع المصري الذي اعتبره اعتداء على الحرية الجنسية للمرأة و يتابع الطبيب بجريمة هتك العرض لأنه من غير المعقول أن يجبر الزوج زوجته على كشف عورتها لغيره حتى ولو كان الطبيب[3].

[1] « 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» Art.311-20 Loi n°94-653.

[2] أحمد محمد لطفي أحمد ،المرجع السابق ، ص101.

[3] حسيني هيكل ، المرجع السابق ، ص.191 ؛ تشوار جيلالي ، الزواج و الطلاق...، ص 58 و ما بعدها

ونشير إلى أنه لا يوجد فرق بين رضا الزوج و رضا الزوجة، بل هما على حد سواء من حيث الصحة والعدول في عملية التلقيح الصناعي، وفي حالة العدول من الزوجة مع قدرتها على ذلك لا يبقى أمام الزوج سوى الطلاق لأنه لم يتحقق أحد أهداف الزواج والمتمثل في المحافظة على النسل (المادة 04 من قانون الأسرة) وبالتالي تحرمه من الولد الذي يعتبر مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية[1]. كما لا يجوز للزوج إجبارها على ذلك لأن الأمر يتعلق بحرمة الجسد و في حالى كان الرفض والعدول من الزوج من دون مبرر جدي، فيحق للزوجة أن تطلب التطليق طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري[2]. هذا كله قبل الشروع في عملية التلقيح الصناعي. أما بعد نجاح عملية التخصيب فلا يحق لأي طرف العدول عن العملية، لأن ذلك يمس حق الجنين في الحياة ولا يمكن لأي منهما طلب إجهاض البويضة الملقحة بحجة العدول عن الرضا وإلا تعرضا للمساءلة الجنائية بموجب نص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري[3] .

ويجب أن يصدر الرضا أثناء الحياة الزوجية ، فلا يجوز المطالبة بالتلقيح الإصطناعي بعد انتهاء العلاقة سواء بوفاة أحد الزوجين أو الطلاق، فالإنجاب بطريق التلقيح الإصطناعي لا يختلف عن الإنجاب الطبيعي إلا في الوسيلة و الطريقة المستخدمة[4].

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، وفقهاء القانون في هذا الشرط إلى أربعة أقوال :

القول الأول : يحق للزوجة أن تُتمَّ عملية التلقيح الإصطناعي في حالة وفاة الزوج إذا كان مُصرًا عليها ، و ليس للورثة حق الإعتراض بالرغم من أنه يمس بمراكزهم المالية .

القول الثاني : يجوز للزوجة في حالة الوفاة أو الطلاق زرع اللقيحة التي تم تخصيبها أثناء قيام العلاقة الزوجية، و لكن لا يجوز التلقيح إذا كان المني منفصلا عن البويضة.

القول الثالث : جواز زرع اللقيحة في حالة الوفاة فقط دون الطلاق.

---

[1] قاسم العيد عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 211

[2] "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية - ...":العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"...

[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 100.000دينار، 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" المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم

[4] حمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص 46

القول الرابع : عدم جواز التلقيح أو الزرع في حالة الوفاة او الطلاق[1] .

نشير إلى أن المشرعين الجزائري والفرنسي قد منعا عملية التلقيح الإصطناعي في حالة وفاة الزوجين. غير أن المشرع الفرنسي يبيح التبرع باللقيحة المجمدة لزوجين أخرين.

ثالثا :تحديد سن معينة للمقبلين على التلقيح الإصطناعي

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

في قانون الاسرة 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.والجدير بالإشارة فإنه لم يحدد السن الأقصى للإستفادة من تقنية التلقيح، وجاءت 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 تتناسب مع سن الطفل الذي سيولد ، إذ سن الزوجين ضروري لتربية المولود ولنجاح العملية ، فكلما كان سن الزوجين أصغر كان نجاح العملية أكبر وحتى يتم تفادي طلبات الأزواج الطاعنين في السن[2] .

ومن باب المقارنة المشرع الفرنسي لم يحدد سنا معينة للإستفادة من التلقيح الإصطناعي، بل اشترط أن يكون الزوجان في سن الإنجاب وجعل الأمر وتقدير ذلك بيد الطبيب حسب الإمكانيات والعلمية والتقنية المتوفرة وهذا ما جاءت به المادتان 152–2 و 2141–2 [3] من قانون الصحة العامة.

---

[1] هذا ما أفتي به مفتي مصر و مفتي تونس،و المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة ، سنة 1404 و ندوة الإنجاب المنعقد بالكويت في 1983/05/25 مقتبس عن محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص 289.

[2] قاسم العيد عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 212.

[3] «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation.» Art 2141-2 du c.s.p.f .

وحسنا ما فعل المشرع الفرنسي لأن سن الإنجاب يختلف من إمرأة غلى أخرى ، كما أن الطبيب هو الذي يقدر المخاطر التي قد تصيب الزوجة أو الجنين في حالة الحمل التي يكون في سن متقدمة .

رابعا :أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها

إن شرعية التلقيح الإصطناعي استمدت من وجوب تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها دون سواه لذا نظم قانون الأسرة صلة الرجل بالمرأة بوجوب أن يكون عقد شرعي بينهما، وهذا تكريما لنطفة الإنسان التي تخلق منها الولد من جهة، و تكريما للزوجة بجعلها مختصة بزوجها ولغيره من جهة أخرى[1] .

كما يجب الحرص على تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها دون استبداله أو خلطه بماء 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. ولا يجوز للزوجين الاتفاق على تخصيب البويضة بمني متبرع، وإلا كنا أمام نكاح الاستبضاع الذي كان منتشرا في الجاهلية ولما جاء الإسلام حرمه .

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه قصر التلقيح الاصطناعي على مني الزوج وبويضة الزوجة فقط دون سواهما، بموجب الفقرة الثالثة من المادة 45 من قانون الأسرة وهذا الموقف تبنته كل التشريعات العربية والإسلامية التي نظمت مسألة التلقيح الاصطناعي.

وأما المشر ع الفرنسي، إضافة إلى إباحة التلقيح الاصطناعي بين ماء الزوجين، فإنه أباح الاستعانة بمني أو بويضة طرف آخر خارج العلاقة الزوجية ، مع وضع شروط لذلك منها أن يكون المني لأحد الزوجين على الأقل هذا ما أكدته المادة 152-3 من قانون الصحة العامة، وتتم الاستعانة ببويضة الغير أو منيه في حالة فشل التلقيح الاصطناعي ببويضة الزوجين أو الشريكين، أو في حالة

[1] أنظر ،تشوار حميدو زكية ،شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري ،مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة تلمسان ،2006 ، عدد 04،ص 94 .

خشية انتقال مرض خطير للطفل، أو لأحد الزوجين، أو في حالة تخلي الزوجين عن العملية بعد إعلامهما بالشروط الواردة في نص المادة 2141 -10[1].

خامسا : الغرض العلاجي

ومعنى ذلك أنه لا يمكن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي إلا إذا استحال الحمل بالطريق الطبيعي حيث يخضع تقدير الضرورة القصوى لفريق الأطباء المختصين عن طريق إجراء التحاليل التي تثبت أنه لا سبيل للحمل والإنجاب بطريق المعاشرة المعتادة بين الزوجين لعيب في الزوج، أو الزوجة أوفيهما معا كالعقم وبعد استنفاذ كافة الطرق العلاجية[2].

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، ويجب التقيد بحدود الضرورة ، دون الخلوة بين الطبيب المعالج والمرأة التي يعالجها[3].

المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط ولم يتطرق له رغم أهميته ، و نظرا للمخاطر التي ينطوي عليها التلقيح الاصطناعي، وتعلقه بالأعراض أولا و بالأنساب ثانيا كان عليه أن ينظمها، مما يحتم عليه تدارك هذا النقص مستقبلا. غير أنه عند تحليل مضمون المادة 45 مكرر من قانون الأسرة ، نستشف أن التلقيح الاصطناعي أمر استثنائي لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالة عدم القدرة على الإنجاب بالطرق الطبيعية .

أما المشرع الفرنسي، فقد اشترط لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي توفر حالة الضرورة القصوى وهذا ما أكدته المادتين 152-2[4] و2141- 2 [1] من قانون الصحة العامة والتي تضمنت علاج العقم أو خطر انتقال مرض وراثي خطير الطفل أو الزوجين .

[1] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 95.
[2] تشوار حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 88.
[3] قاسم العيد عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 214.

[4] «L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple.
-Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement

بعد عرضنا للشروط الواجب توافرها للقيام بعملية التلقيح الإصطناعي،سنبين في الفرع الموالي مشروعية هذه التقنية من منظور قانوني وفقهي .

الفرع الرابع

مشروعية التلقيح الإصطناعي

تضاربت الآراء والمواقف حول مشروعية التلقيح الإصطناعي بين معارض ومؤيد، غير أن الغالبية أقرته لما يوفره من حلول للقضاء على العقم و الإبقاء على الروابط الزوجية من خلال إمكانية الإنجاب سنحاول معالجة هذا الأمر من خلال عرض موقف القضاء والقانون المقارن ة (أولا) ، ثم موقف المشرع الجزائري (ثانيا) ثم رأي الفقه الإسلامي (ثالثا).

أولا – موقف القضاء والقانون الفرنسيين

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

---

diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

-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» Art 152-2 code de la santé publique.

[1] «L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.» Art 2141-2 c.s.p.f

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] .

وبالنسبة لغير المتزوجين، فإن القانون الفرنسي قد ترك الباب مفتوحا أمامهم للجوء إلى المساعدة الطبية للحمل لكن ضبطها بشروط وهي أن يثبتا أنهما يقيمان معا مدة سنتين على الأقل، لكنه لم يحدد كيف يتم إثبات ذلك، فتدخل الفقه الفرنسي وقال أن الإثبات يتم على أساس المادة 1/372 من القانون المدني الفرنسي التي تنص " تثبت المعاشرة الحرة بواسطة عقد يمنحه قاضي الشؤون العائلية" كما اشتر ط المشرع الفرنسي أن يكون كلا الزوجين على قيد الحياة وهذا يستلزم عدم جواز إجراء التلقيح الاصطناعي للمرأة إذا كانت علاقتها قد انتهت[2] .

كما اقترحت العديد من مشاريع قوانين، منها المقدم من طرف السيد "فيراتي" في 1987/10/17 وكان فحواه إدراج المادة 312 المتعلقة برفض دعوى إنكار النسب حينما يفرض الزوج التلقيح الاصطناعي على زوجته في حالة رفضها لذلك. كما وضع مجلس الشيوخ مشروعا في 26أكتوبر من نفس السنة كان يستحق المناقشة[3] . ثم أصدر المشرع الفرنسي عدة قوانين أتبعها بقرارات ومراسيم لتكملتها[4]، فجاء قانون 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 الخاص باستخدام منتجات الجسد وهبة الأعضاء والإنجاب الاصطناعي بين فيه أحكام عملية التلقيح الاصطناعي بجميع صوره ووسائله. فأباح العملية التي تتم بين الزوجين أو الشريكين اللذان يعيشان حياة مشتركة لمدة سنتين على الأقل بموجب نص المادة 152-2 من قانون الصحة العامة، وتثبت الاستمرارية بفاتورة الأثاث المشترك أو بشهادة مقدمة من طرف رئيس البلدية تثبت المعاشرة لمدة سنتين على الأقل. مما يعني أن المشرع الفرنسي يبني حق الاستفادة من عملية التلقيح الاصطناعي على مبدأ الاستمرارية في

[1] قاسم العيد عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 207.
[2] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 190
[3] أنظر، سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر بن يوسف بخدة، كلية الحقوق بن عكنون 2013/2012 ، ص 166.

[4] 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 -Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique JORF n°182 du 7 août 2004.

العيش معا بين الزوجين أو الشريكين[1].كما بين أسباب اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي والمتمثلة في حالة عقم أحد الزوجين، أو اجتناب انتقال مرض خطير للطفل أو أحد الزوجين والضوابط التي تحكم العملية.

وهذا ما أكدته المادة 2141-2 من قانون الصحة العامة والتي جاء نصها كما يلي « تهدف المساعدة الطبية على الإنجاب إلى تلبية طلب الزوجين الراغبين في أن يكونا أبوين ويتمثل موضوعها في علاج العقم ذي الطابع المرضي الذي تم تشخيصه أو لتفادي انتقال مرض خطير إلى الطفل أو لأحد الزوجين،و يجب أن يكون كل من الرجل والمرأة على قيد الحياة، في سن الإنجاب متزوجين، أو قادرين على تقديم دليل يثبت أنهما عاشا معا لمدة سنتين على الأقل ويكونا قد وافقا مسبقا على نقل الأجنة أو على التلقيح، ويعرقل التلقيح أو نقل الأجنة وفاة أحد الزوجين، إيداع عريضة الطلاق أو الانفصال الجسدي أو انقطاع الحياة المشتركة، أو عدول الرجل أو المرأة عن موافقتهما، وهذا لدى الطبيب المكلف بتنفيذ الإنجاب عن طريق المساعدة الطبية» [2].

ولم تكن للقضاء الفرنسي أحكام ثابتة ودقيقة من مسألة التلقيح الإصطناعي، مما نتج عنه تناقض في الأحكام ، ففي بداية الأمر اعتبر القضاء الفرنسي التلقيح الاصطناعي عملية غير أخلاقية ولا تتفق مع كرامة الزوج وتمنح له الحق في طلب الانفصال الجسماني[3]. وتطبيقا لذلك عرضت على محكمة بوردو في قضية عرضت عليها في 25 أوت 1883 تتلخص وقائعها في لجوء زوجين كانا يعانيان من العقم إلى إجراء عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة نطفة الزوج، ورغم أنها تمّت تحت إشراف طبيب مختص إلا أنها لم تكلل بالنجاح، مما أدى بالزوجين لعدم دفع المبلغ المتفق عليه للطبيب الذي أجري العملية فقام برفع دعوى ضدهما، وفي المقابل قام الزوجان برفع دعوى ضد الطبيب مطالبين بالتعويض عن الضرر الذي لحقهم من جراء إفشاء الطبيب للسر المهني لوسائل الإعلام حيث اعتبرت أن التلقيح الاصطناعي وسيلة تستهجنها الأخلاق الطبيعية ويمكن أن تسبب في

[1] أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 193.

[2] Art 2141 -02 du c.s.p.f .

3 شوقي زكرياء الصالحي ، المرجع السابق ، ص 43.

حالة التجاوز والتعسف خطرا اجتماعيا حقيقيا ، بل قد تؤدي إلى إهدار كرامة الزوج والتأثير السلبي على الزوجين في حالة نقلها من نطاق العلم إلى الواقع[1].

وفي نفس السياق صدر قرار من محكمة استئناف ليون بتاريخ 1956/05/28 رُفضت فيه عملية التلقيح الإصطناعي بحجة أنها غير مقبولة ومحظورة ومهينة مع أنها أجريت بين زوجين وتعطي للزوجة الحق في طلب التطليق، مؤكدة أن عجز الزوج عن الجماع لا يبرر إلحاح زوجته وإجباره على قبول عملية التلقيح الاصطناعي. وبناء على ما سبق صدر القرار بتطليق الزوجين بناء على الأخطاء المشتركة. وكان هذا الحكم محل انتقاد واعتبر قرارا متناقضا عندما قضت المحكمة بالتطليق بناء على رغبة الزوج، مؤسسة قرارها بالتطليق على رضاء الزوجة بالخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي، مع أن الزوجة لم تخضع لهذه العملية إلا بعد مـــوافقة زوجها [2] .

وعملا بهذا النقد ونتيجة لتطور فكرة العلاج عن طريق التلقيح الإصطناعي وانتشارها في المجتمع الفرنسي وإقبال الأزواج الذن يعانون من العقم عليها، عدل القضاء الفرنسي عن موقفه الصارم وأباح هذا النوع من التلقيح وتمثل ذلك في الحكم الصادر بتاريخ 1983/09/21 عن محكمة تولوز، والذي قضى بمشروعية التلقيح الإصطناعي بين الأزواج، مؤكدا على أن التلقيح لا يخل بالحماية المقررة للطفل وأقرت صحة الاتفاق المبرم بين الطبيب والمريض في المحل والسبب، وابتداءا من هذا التاريخ أصبح التلقيح الاصطناعي عملا مقبولا في مختلف الأوساط القضائية والاجتماعية والطبية[3] .

وفيما يخص عملية التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج، فقد أجازها القضاء الفرنسي 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 الفرنسي وأحدثت ثورة في القضاء ،نذكر منها قضية السيد" **ألان**" تزوج من السيدة " **كورين**" وكان مصابا بمرض سرطان الخصية، فأخبره الطبيب بأن العلاج يتضمن خطر إصابته بالعقم واستحالة الإنجاب مستقبلا، ناصحا إياه باستخلاص

[1] سعيدان أسماء،المرجع السابق ، ص 170 .
[2] حسيني هيكل ، المرجع السابق ، ص.152.
[3] حكم محكمة تولوز ،1983/09/21 مقتبس عن حسيني هيكل ، المرجع السابق ، ص.153

منيه وحفظه في مركز دراسة وحفظ السائل المنوي، فقام المريض بالتوجه للمركز، وتم استخلاص السائل المنوي منه، وحفظه كوديعة لدى المركز بموجب اتفاق مكتوب، غير أنه توفي في 983/12/25 . فقدمت أرملته ووالداه طلبا للحصول على منيه لكي تحمل منه زوجته، فقوبل هذا الطلب بالرفض من طرف المركز، مما دفعهما لرفع دعوة قضائية، 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؟[1].

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 1139-03 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.

[1] شوقي زكرياء الصالحي ، ص.71 و ما بعدها

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؟

وقد انتهت المحكمة إلى قبول 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 و ذلك لمدة أسبوع[2] .

أما فيما يخص مسألة التلقيح الإصطناعي وإيجار البطون، فقد اختلف فيه الإجتهاد القضائي الفرنسي، غير أن محكمة النقض الفرنسية قد تمسكت بعدم مشروعية هذه العقود في القرار الصادر بتاريخ 1994/05/29 الذي جاء فيه" العقد الذي من خلاله تلنزم المرأة ولو مجانا بحمل الطفل كي تتركه عند ولادته،يخالف مبدأ النظام العام لعدم جواز التصرف في الجسم البشري، ومبدأ عدم جواز التصرف في حالة الشخص"[3].

[1] لتفاصيل أكثر، سعيدان أسماء، المرجع السابق ،ص.200 .

[2] شوقي زكرياء الصالحي ، ص.73 و ما بعدها .

[3] أنظر، بوسندة عباس، الحماية الجنائية للإنجاب البشري، مجلة الراشدية للدراسات و البحوث القانونية ، ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، منشورات جامعة معسكر ، جوان 2010 ، العدد 2، ص 82 .

وهذا ما أكدته أيضا المادة 16-07[1] من القانون المدني الفرنسي. أما على مستوى الإتحاد الأوروبي فقد تمّ تأسيس جمعية خبراء للبحث حول "تطورات العلوم الطبية" والتي قامت بتحضير مشروع التوصية في 1987/05/21 ،فشدّد التقرير الخاص بهذه التوصية على قاعدة محتواها أن "كرامة المرأة تفرض على أنه لا يمكن ان يكون جسمها أداة لحساب وفائدة الغير". كما نص التقرير على أنه "لا يجوز لأي طبيب أو مؤسسة أن يستعمل تقنيات الإنجاب الصناعي لأجل حمل الطفل من طرف الأم البديلة"[2] .

أما بخصوص فكرة إنشاء مراكز تجميد وحفظ السائل المنوي (Centre d'Etude et Conservation du Sperme) والتي تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية واليابان 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[3] ، لكن تبقى هذه الحلول مطبقة في الدول الغربية فقط.

ثانيا :موقف التشريع والقضاء الجزائريين

بالنسبة للقضاء الجزائري، وبحسب الأحكام و القرارات المنشورة لم تعرض عليه مثل هذا النوع من القضايا ، وهذا راجع لحداثة التلقيح الاصطناعي وعدم انتشاره بصورة تجعله محل نزاع

[1] «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.» Art 16-07 du c.s.p.f .

[2] تشوار جيلالي ، الزواج و الطلاق...،المرجع السابق ، ص 119 .

[3] 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, 2009, p. 17.

أمام القضاء، وربما الأمر راجع أيضا للأعراف والعادات التي تحكم المجتمعات الإسلامية بخلاف المجتمعات الغربية التي عرفت تطورا في هذا المجال .

وبالنسبة للقوانين الجزائرية يلاحظ أنه قبل فيفري 2005، لا يوجد فيها ما يدل على أن المشرع الجزائري قد ساير التطور الطبي وأقر تقنية التلقيح الإصطناعي حتى في النصوص الخاصة بالنسب التي لم تثبت النسب إلا للولد الشرعي الذي اتّصل أبواه جنسيا وهذا بنص المادة 41[1] من قانون الأسرة .

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

وللإشارة فإن المشرع 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 العقم ؟و هل تتم بمجرد الإتفاق من الطبيب أو المركز وبمجرد تأمين المبلغ المتفق عليه ؟[2]

من خلال المادة 45 مكرر،يتضح لنا أن المشرع الجزائري عندما اشترط أن تتم عملية التلقيح الإصطناعي بمني الزوج و بويضة الزوجة ،فإنه يضفي عدم المشروعية في حالة استعمال نطفة

[1] « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة »،المادة 41 من ق.أ الجزائري.
[2] بوسندة عباس، المرجع السابق ، ص 88 ؛ بوشي يوسف ،المرجع السابق ، ص 194 .

الغير و بذلك يكون قد سلك مسلك الشريعة الإسلامية التي تحرم دخول طرف أجنبي في العلاقة الزوجية وفي الإنجاب .

بالإضافة إلى ذلك، فإنه لم ينص صراحة على منع الأرملة من تلقيح نفسها بماء زوجها المتوفى، إلا أن هذا الأمر يستخلص بمفهوم المخالفة من نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، الذي اشترط فيه المشرع أن يتم التلقيح بين الزوجين و أثناء حياتهما، مما يعني أنه لا يجوز اللجوء لعملية التلقيح بعد الوفاة أو الطلاق .

كما أن المشرع الجزائري يعتبر الوفاة والطلاق من أسباب انحلال الرابطة الزوجية وهذا بنص المادة 47[1] من نفس القانون. وحسنا ما فعل المشرع بمنعه التلقيح بعد الوفاة مهما كانت أسبابه ومبرراته، لما قد ينجر عنه من مشاكل كإضراره بحقوق الورثة ، بالإضافة إلى انتفاء الغرض العلاجي المنتظر من عملية التلقيح الاصطناعي. وفي المقابل يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يقر أي جزاء بالنسبة لمن تلقح نفسها بعد وفاة زوجها أو طلاقها منه، وكذا الطبيب الذي يشرف على العملية، والمركز الذي تجرى فيه العملية، مما يستوجب تدخلا لتدارك هذه الثغرة لسد هذا الفراغ التشريعي.

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

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

أو تقوم بيع النطف كونها غير جائزة شرعيا، وإنما تخص الأزواج الذين يعاني أحدهما من مشكل صحي[1].

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 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[2].

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 و تنوير 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 اية جزاءات جنائية على من قام بمحاولة خرقها سواء من الطبيب أو المريض، ولا يبقى سوى الجزاء المدني الذي يمكن توقيعه[3] .

وبعد هذا العرض المتواضع لهذا الفرع من الجانب القانوني، وجب علينا شرح موقف الفقه الإسلامي حتى تكتمل الصورة العامة لهذه لمشروعية التلقيح الإصطناعي.

[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 ،تاريخ الإطلاع :2016/04/29

[2] حسيني هيكل ، المرجع السابق ص 213 .

[3] فرج محمد محمد سالم ، المرجع السابق ، ص 150.

ثالثا : موقف الفقه الإسلامي

إن فكرة التلقيح الإصطناعي فكرة جديدة و لهذا لم يتطرق إليها فقهاء السلف بالقدر الواجب، لذا يصعب الجزم فيها بأحكام قطعية ،إلا أن الخوض في البحث والإعتماد على مصادر الشريعة ومصادرها 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 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 يوضعان؟ ما مصيرهما؟ عند القيام بفحوصات وتحاليل عن الإنجاب والخصوبة في المراكز المتخصصة ونخص بالذكر المني والبويضات الزائدة بعد الإنتهاء من عملية التلقيح الإصطناعي[1] .

إن فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين انقسموا حول هذا الموضوع إلى اتجاهين،اتجاه معارض لهذه الفكرة واتجاه مؤيد لها، وسنحاول حصر بحثنا في الطريقة الأكثر شيوعا والتي تتم بين الزوجين و أثناء حياتهما وأثناء قيام العلاقة الزوجية.

أ-الإتجاه المعارض لوسيلة التلقيح الإصطناعي :

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

[1] أنظر، ماهر حامد الحولي، الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي في أطفال الأنابيب، بحث مقدم في اليوم الدراسي تحت عنوان "التلقيح الإصطناعي و أطفال الأنابيب بين العلم و الفقة" ،الجامعة الإسلامية غزة ،كلية الشريعة والقانون، 2004، منشور باختصار في الموقع الإلكتروني http://www.azahera.net/showthread.php?t=10253 ، تاريخ الإطلاع 2015/12/23

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

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.[2]

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 }** [3].

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 [4].

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 الإصطناعي 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] سورة البقرة ،الاية 223 .

[2] أنظر، رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول،العدد الثاني ،ص.ص 309-310 ، 2009 ، منشور على الموقع الإلكتروني : http://www.feqhweb.com/vb/t3712.html ،تاريخ الإطلاع 2015/12/29

3 سورة الشورى ، الآيتين 49-50.

[4] انظر،عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، العدد الثاني، ص 313.

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] .

ب-الإتجاه المؤيد لوسيلة التلقيح الإصطناعي :

في الواقع أن أنصار هذا الإتجاه قد أجازوا التلقيح الإصطناعي 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 الأخذ بالأسباب والتسليم بقضاء الله و قدره[3] .

---

[1] عارف علي عارف القره داغي ، المرجع السابق ، ص191.

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

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

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}** [1] .

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[2].

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»[3] .

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»[4] حيث فسر كثير من الفقه أن قصد المجمع بالحالة غير الطبيعية هي العقم[5] .

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 غلى الولد يعتبر غرضا مشروعا يبيح معالجتها هي وزوجها بأسلوب الإخصاب الطبي المساعد وهو الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من

---

[1] سورة الأحزاب ، الأية 05.
[2] محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص 28.
[3] عارف علي عارف القره داغي ، المرجع السابق ، ص195.
[4] للمزيد من التفاصيل ، راجع قرارات المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ، القرار الخامس، المرجع السابق ، ص 335.
[5] حسني هيكل ، المرجع السابق ، ص 169

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"[1] .

أما بخصوص صور التلقيح الأخرى (الأم البديلة ، تدخل الغير) فهي محرمة .

من خلال عرض الآراء المؤيدة والمانعة لفكرة التلقيح الإصطناعي من جهة، واعتباره حلا مناسبا للقضاء على العقم من جهة أخرى والتبني، إلا أننا نميل للرأي المجيز لهذه التقنية رغم أنه لازال لم يعالج بالطريقة الصارمة، حيث لازال بعيدا عن إطاره القانوني والشرعي ،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 و المتمثلة في صورة الأم البديلة حتى تحافظ على صحتها ورشاقتها .

سنتطرق في المطلب الثالث لصورة أخرى من صور التصرف في الجسم البشري، ألا وهي عملية الإستنساخ البشري و ما تثيره .

المطلب الثاني
الاستـــنساخ البشري

لقد ظهرت في الآونة الأخيرة وسائل طبية وعلمية حديثة، أثـــارت الكثيـــر مـــن الجـــدل والنقاش حول مشروعيتها و من بين هذه الوسائل "عملية الإستنســـاخ"، خاصـــة المـــرتبط بالجســـم البشري ،هذا الأخير الذي أصبح يتعرض للتجارب الطبية الأمر الذي قد يسلبه حقوقـــه المشـــروعة ومكانته المعهودة.

سنحاول شرح هذه التقنية والوصول على تعريف شـــامل وكامـــل، مـــع تبيـــان أنـــواع الإستنساخ و نظرة كل من القضاء والقانون والشريعة الإسلامية لهده الفكرة .

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

الفرع الأول

مفهوم الإستنساخ البشري

سنتعرض للتعريف اللغوي ثمّ التعريف الإصطلاحي العلمي و البيولوجي

أولا : الإستنساخ في اللغة

إنه من المعروف أن الإستنساخ يعدّ من النوازل،أي من الأمور المستحدثة والمستجدة التي ظهرت في وقتنا الحاضر،لذا لانجد له تعريفا لغويا، لكن يوجد بعض المعاني للإستنساخ تقترب من مقصوده اللغوي،إلا أنها موضوعة ومفسرة بأشياء اخرى[1] .

وقد يأتي بمعان متعددة؛ فقد يكون بمعنى الإزالة، 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[2] .

وقيل الإستنساخ:هو التقدم بنسخ الشيء والترشيح للنسخ، وقد يعبر بالنسخ عن الإستنساخ، أي نستنسخ ما تكتب الحفظة ، أي نأمر بنسخه وإثباته،وذلك كما في قوله تعالى « هَذَا كِتَابُنَا يَنْطِقُ عَلَيْكُمْ بِالْحَقِّ إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ[3]» .

والإستنساخ هو الكلمة العربية التي تقابل كلمة Cloning باللغة الإنجليزية ،و[4] Clonage باللغة الفرنسية المأخودة من كلمة Clone والتي تعني الواحد من مجموعة الأحياء التي انتجت من غير تلقيح جنسي، وأصل الكلمة من Klon اليونانية والتي تعني البرعم الوليد[1] .

---

[1] فرج محمد محمد سالم ، المرجع السابق ، ص 537.

[2] تشوار جيلالي ، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، جزء 36 ، رقم 04الجزائر،.1998، ص 98.

[3] سورة الجاثية، الآية 29 .

[4] 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

كما نجد له تعريفا في الإتفاقيات الدولية، ومثال ذلك المادة الأولى من البروتوكول الإضافي لإتفاقية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري، إتجاه الممارسات البيولوجية والطب والتي نصت على" يحظر كل تدخل طبي يكون هدفه إيجاد كائن بشري حي مماثل جينيا لشخص آخر حي أو ميت"[2] .

ثانيا : الاستنساخ في الاصطلاح الطبي والبيولوجي

لقد اهتمّ العلماء بتعريف مصطلح الإستنساخ أو 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، أو إنسان»[3]. وهناك من عرّفه بأنه « تكوين كائن حي كنسخة مطابقة تماما من حيث الخصائص الوراثية والوظيفية- الفيزيولوجية -لكائن حي آخر»[4]، وقد عرفه البعض بأنه «عبارة عن أخذ خلية جسدية بالغة متخصصة، ثم تحويلها إلى خلية جنينية غير متخصصة، وإعادة برمجتها مرة

---

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.

[1] بوشي يوسف ، المرجع السابق ، ص 265

[2] Art 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 , consulter le 16/05/2016 .

[3] أنظر ،مليكة غريب، الاستنساخ بين الحظر والإباحة(دراسة مقارنة) مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة ، بن عكنون، .الجزائر، 2009 ، ص15 .

[4] أنظر، بن عيسى رشيدة، الإستنساخ البشري(دراسة طبية فقهية قانونية)، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 2014،ص 53.

أخرى، بحيث تصبح مهيأة لإنتاج خلايا الأعضاء المختلفة عند إدخالها في الحالة الجنينية، ثم تؤخذ هذه الخلية المعاد برمجتها والمحتوية على العدد الكامل من الكروموزمات وإدخالها في بويضة منزوع نواتها ولم يبق بها إلا السيتوبلازم الذي به خاصية الانقسام باستخدام دفعات كهربائية لإدخالها في الحالة الجنينية»[1]. 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»[2]

وتجدر الإشارة هنا إلى أن فكرة استنساخ البشر كانت نتيجة لنجاح بعض التجارب في استنساخ النباتات والحيوانات على غرار النعجة "دولي" 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 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 [3].

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،

[1] أنظر، رايس محمد ، مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، مجلة المحامي، منظمة المحامين، سيدي بلعباس، عدد 03، 2004، ص 50 ..

[2] انظر، وهبة الزحيلي، الجوانب الإنسانية و الأخلاقية و الدينية في الإستنساخ جدل العلم و الدين و الأخلاق، ط1 ، دارالفكر، دمشق، 1998 ، ص 117 .

[3] رايس محمد ، مدى مشروعية الاستنساخ ...،المرجع السابق ، ص 55.

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[1].

بعد عرض هذه المجموعة من التعاريف المختلفة، يمكن الوصول إلى تعريف يمكن اعتباره جامعا وعاما، ونقول أن " الإستنساخ البشري تقنية طبية و فنية الهدف منها الحصول على كائن حي مطابق جينيا وشكلا، للكائن الحي الذي أخذت منه الخلية، حيث يمكن استعمال هذه التقنية في البحوث الطبية للحصول على خلايا أو ما شابه ذلك، لكن دون الوصول إلى تخليق كائن بشري مشابه لغيره حتى لا نخلّ بالتوازن الطبيعي للبشرية .

بعد إعطاء فكرة ولو موجزة عن تقنية الإستنساخ البشري، سنتطرق إلى أنواع هذه التقنية في الفرع الموالي .

الفرع الثاني

أنواع الإستنساخ البشري

الذي يهمنا في بحثا هو الإستنساخ المتعلق بالجسم البشري، بغض النظر عنه في الجانب النباتي والحيواني لأنه لا يثير إشكالات كثيرة، بل العكس من ذلك فهو يساهم في تطوير لإكتشافات الطبية وتحسين النوعية المراد الحصول عليها، لذا ارتأينا تحديد الدراسة في الجانب الإنساني فقط. يمكن حصر الإستنساخ البشري بصفة عامة في:الإستنساخ الجسدي اللاجنسي والإستنساخ الجنسي.

أولا- الإستنساخ الجسدي اللاجنسي :

ويطلق عليه إسم الإستنساخ الحيوي أو النووي أو الإستنساخ البشري الإنجابي الجسدي، حيث يعرفه البعض على أنه « الإستنساخ الذي لا يعتمد على الخلايا الجنسية وإنما يكون بوضع نواة خلية جسدية داخل غلاف بويضة منزوعة النواة، وتتكاثر الخلية الناتجة إلى جنين ، وهو نسخة

[1] بوشي يوسف ، المرجع السابق، ص 260 .

إرثية تكاد تكون طبق الأصل من صاحب الخلية الجسدية، وهذا النوع نستغني فيه عن الحيوانات المنوية للرجال»[1].

ويطلق على هذا النوع أيضا بالاستنساخ التقليدي، وهو عبارة عن نقل نواة خلية جسدية تحتوي 46 كروموزوم إلى بويضة منزوعة النواة، فتتكون خلية تشتمل على كافة المعلومات الوراثية، ويقوم السيتوبلازم المحيط بالنواة الجديدة في البويضة على حث النواة المزروعة وتنبيهها على الانقسام، فتبدأ في الانقسام مكونة الخلايا الأولى للجنين، ثم يزرع هذا الجنين في رحم الأنثى، وقد تكون الأنثى نفسها التي أخذت منها البويضة أو الخلية الجسدية؛ حيث يصبح بعد ذلك إنسانا طبق الأصل لصاحب النواة الجسدية التي زرعت نواته في البويضة، فلا يمنع من التماثل إلا وجود عدد ضئيل من الجينات في سيتوبلازم البيضة المستقلة[2] .

فتتم هذه التجربة على أساس الخلايا البالغة المحتوية على 46 كروموزوما مبرمجة على إنتاج خلايا عضو معين مثل اليد أو الرجل أو الذراع، أي أنها خلايا متخصصة، على أنه من الممكن أن تتحول إلى خلايا جنينية، كما حدث في تجربة النعجة" **دوللي** "حيث استطاع العالمIan Wilmut " "في معهد" **روزلين** "أن ينشط الشفرات الوراثية الساكنة في الخلايا البالغة مرة أخرى لتشكل كل الأعضاء وهي الصورة الأكثر شهرة في العالم[3].

ويتم الإستنساخ اللاجنسي وفق الخطوات التالية :

*الحصول على خلية جسدية ووضعها في مزرعة تفتقر إلى المواد الغذائية اللازمة لنموها "تجويعها بتوفير 5% فقط من حاجاتها الغذائية " فتتكمش و ينقص الحامض النووي بداخلها حتى تتوقف عن الإنقسام ولا تتكاثر لكي لا تنتج نسخا أصلية.

[1] أنظر، كمال محمد السعيد عبد القوي عون، الضوابط القانونية للإستنساخ –دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013 ،ص 24.

[2] أنظر،حسن علي الشاذلي، الاستنساخ، حقيقته، أنواعه، حكم كل نوع في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، العدد العاشر ص 273 .

[3] SALAT BAROUX Fredirec, Les Lois De Biotique, Edition. D, Paris,1998 ,p 22-23 .

*الحصول على بويضة يتم انتزاع نواتها بما تحمله من الحامض النووي بالصفات الوراثية، والجينات الموجودة عليه بواسطة ماصة يبلغ سمكها سمك شعرة الرأس.

*بواسطة نبضات كهربائية يتم إدخال نواة الخلية الجسدية بما تحمله من كروموزومات كاملة إلـــى البويضة التي تعد بمثابة الوعاء الخالي من الصفات و الجينات الوراثية .

*تهيئة الظروف الغدائية و الفزيائية و تسليط نبضات كهربائية مرة أخرى على النواة الجسدية مـــن أجل تحفيزها على القيام بنشاط يشبه ما يحدث في البيضة العادية عند إخصابها بالحيوان المنوي .

* بعد 6 أيام من حدوث الإنقسام في الجنين المتكون يوضع في الرحم.

*و بعد مرور المدة التي إكتمل فيه تشكيل الجنين "إنتهاء فترة الحمل" تتم الولادة بمولود يشبه الخلية الأصل [1] .

إن هذا النوع من الاستنساخ هو تكاثري غير جنسي، يتم دون تلقيح الخلايا الجنسية من الذكر والأنثى، كما أن أي خلل في عدد الصبغيات زيادة أو نقصانا، قد يؤدي إلى تكوين جنين مشوه، أو ظهور مخلوق أخر، فلا بد من نزع نواة البويضة، إذ لا يمكن دمج الخلية الجسدية الكاملة مع نواة البويضة؛ بل لابد من الاستغناء عن نواة البويضة في هذه الحالة، وتتم العملية دون الحيوان المنوي للزوج؛ حيث يتم الاستغناء عن الحيوانات المنوية بخلية جسدية للزوج، إذا كان الشخص المطلوب استنساخه هو الزوج. ويسمى بالاستنساخ ثنائي الأطراف وهو يتم بين خلية الزوج وبويضة الزوجة على أن يتم الحمل في رحم الزوجة نفسها، أو خلية جسدية والبويضة من الزوجة ويتم الحمل في رحمها في رحمها إذا كان الشخص المراد استنساخه هي الزوجة.ويسمى بالاستنساخ الأحادي، وقد يكون ثلاثي الأطراف، حيث تؤخذ الخلية الجسدية من الزوج والبويضة من الزوجة على أن يتم الحمل في رحم امرأة أخرى سواء كانت زوجة ثانية للزوج أو امرأة أجنبية[2] .

ويمكن مستقبلا أن نتصور بدأ مرحلة جديدة من الحياة البشرية ، تتمثل في عهد التناسل اللاجنسي ، الذي يمكن حصره في الصور التالية :

الصورة الأولى :نقل نواة خلية جسدية مأخوذة من الزوج إلى بويضة الزوجة بعد إزالة نواتها .

الصورة الثانية :نقل نواة خلية جسدية من امرأة أجنبية إلى بويضة الزوجة المنزوعة النواة.

[1] كمال محمد السعيد عبد القوي عون ، المرج السابق ، ص 25.

[2] أنظر، رابحي فاطمة الزهراء ، إثبات النسب،أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر،2011 ، ص 253 .

الصورة الثالثة :نقل خلية جسدية من رجل أجنبي إلى بويضة الزوجة.

الصورة الرابعة:نقل نواة خلية جسدية من الزوجة إلى بويضتها.

الصورة الخامسة :نقل نواة خلية جسدية من رجل أجنبي إلى بويضة امرأة أجنبية منزوعة النواة.

الصورة السادسة:نقل نواة خلية جسدية من الزوج إلى بويضة امرأة أجنبية منزوعة النواة [1] .

وهناك صورة أخرى مفترضة لاستنساخ شخص ميت، تتم العملية عن طريق احتفاظ شخص بخلية جسدية في أحد البنوك، وبعد وفاته ترغب أرملته بإعادة دمج هذه الخلية مع بويضتها لاستنساخ طفل منه، وعلى الرغم من أن الاعتقاد السائد هو التشكيك في أن يصل العلماء لاستنساخ الإنسان واعتبروا ذلك مجرد خيال علمي، إلا أن بعض العلماء حاولوا تحدي هذا التشكيك، وأعلنوا عن إمكانية استنساخ الإنسان في حد ذاته[2] .

هذه الصور الستة كانت محل نقاش بين فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين،حيث عقدت الندوات العلمية والفقهية لمناقشتها ووضع أحكام شرعية لها، حيث اتفقوا على حرمة الصورة الثانية والخامسة بحجة تدخل طرف أجنبي خارج العلاقة الزوجية، والصورة الثالثة والرابعة بحجة تلقيح بويضة الزوجة بخلية أجنبية أو بخلية من الزوجة نفسها[3].

ثانيا :الإستنساخ الجنسي

يحصل الاستنساخ الجنسي(الجيني) نتيجة التقاء الحيوان المنوي بالبويضة، كل منهما يحمل نصف الكرموزومات، وعندما تبدأ الخلية في الانقسام إلى خليتين تضاف انزيمات معينة لإذابة الغشاء الذي يجمع الخليتين داخله، وتكون النتيجة الحصول على توأمين ساميين متطابقين. وقد تم الكشف عن هذه التقنية من طرف العالمين" **روبرت ستيلمان و جوري هول** "خلال اجتماع لجمعية الخصوبة

[1] حسن علي الشاذلي، المرجع السابق ، ص 275.
[2] رابحي فاطمة الزهرة ، المرجع السابق ، ص 254.
[3] أنظر، عبد الناصر أبو البصل، حفظ الأجنة و الخلايا التناسلية و أحكامها الشرعية ،،مجلة اليرموك، مج16، العدد4 ،ص 17، منشورة على الموقع الإلكتروني : http://journals.yu.edu.jo/ayhss/AYHSSIssues.htm ، تاريخ الإطلاع 2016/02/02.

بمدينة مونتوريال بكندا عام 1993 الذي تناول موضوع جنين الإنسان، وقد حصل العالمان على جائزة أهم بحث في المؤتمر[1] .

ويمكن تعريفه أيضا « الإستنساخ الجيني أي تقنية شطر الأجنة،أي توأمتها وهو إنتاج نسخ طبق الأصل من الجنين المتكون في رحم المرأة، وبه يستطيع الإنسان أن يستنسخ من أطفاله في المرحلة الجينية،ففي بداية تكون الجنين في رحم الأم يستطيع الطبيب أن يقسم هذا الجنين على خليتين ثم إلى أكثر من ذلك و بالتالي الحصول على أكثر من خلية جنينية متطابقة مع الجنين فتولد التوائم المتكونة من هذا الإستنساخ الجيني متطابقة تطابقا كليا مع الجنين الذي نسخت منه»[2] .

وتتم هذه التقنية وفق الخطوات التالية :

*تؤخذ البويضة من مبيض الزوجة عند وقت التبويض بشفطها بواسطة مسبار البطن، توضع في محلول مناسب، ثم توضع في المحض لمدة ساعتين على الأقل و 12 ساعة على الأكثر حتى يتم نموها .

*بعدها يؤخذ مني الزوج و يوضع في مزرعة مخبرية خاصة، وتؤخذ منه كمية مركزة لتوضع في الطبق الذي يضم البويضة، وبعد مرور إثني عشرة ساعة ينظر الأخصائي في علامات التلقيح التي تكون واضحة خلال الأربع و عشرين ساعة وبعد أن تنمو اللقيحة وتبدأ في الإنقسام،يتدخل الأخصائي لفصل خلايا اللقيحة باستخدام خطوات تقنية التشطير الجيني للخلايا، وبدلا من الحصول على جنين واحد من اللقيحة، نحصل على عدد من الأجنة تحدد بحسب مرحلة الإنقسام التي تمّ التدخل خلالها[3] .

ومن بين الفوائد المنتظرة من هذه العملية نذكر على سبيل المثال :

* علاج ظاهرة العقم لدى الأسر، حيث أنه في حالة معاناة مبيض المرأة وعدم قدرته على التبييض بالقدر الكافي، تفصل البويضة الملقحة في بداية انقسامها، لتوفير ما يكفي من الأجنة.

[1] أنظر،النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2013/2012 ، ص 196.

[2] بوشي يوسف،المرجع السابق ، ص 276.

[3] أنظر،بن عيسى رشيدة، الإستنساخ البشري(دراسة طبية فقهية قانونية)، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2014ص71 .

*تشخيص المرض الجنسي المحتمل قبل مرحلة العلوق، لوجود نسختين واحدة للتجريب، والثانية للغرس، ومعالجة بعض الأمراض وتطوير موانع الحمل.

* التخلص من الأمراض والعاهات الوراثية والعيوب الخلقية، بانتقاء الخلايا السليمة، وإتاحة الفرصة لها بالتكاثر.

*توفير الأعضاء البديلة عن طريق تجميد الأجنة لاستعمالها في حالة حاجة الجنين الآخر إليها[1] .

بعد إعطاء فكرة عن نوعي الإسستنساخ ،لا بأس أن نبين الفرق الموجود بينهما في النقاط التالية :

*إن الكائن المتخلق عن طريق الاستنساخ الجنسي يحمل بعض الصفات الخاصة بالأب، والبعض الآخر بالأم، ويحمل بعض صفات أجداده. كما أنه يتميز بتفرده وتميزه عن غيره من بني جنسه، أما الكائن المتخلق عن طريق الاستنساخ الجسدي، فإنه يكون مطابقا للكائن المستنسخ منه، ويكون التساوي بين الأصل والفرع في جميع الصفات الوراثية، من طول، ولون، وصوت، وبصمات .

* في الاستنساخ الجنسي لا يعرف جنس المولود قبل ولادته ولا شكله ولا لون بشرته لأن الخلية المنقسمة هي التي تحدد نوع وشكل الجنين، بخلاف الكائن المتخلق نتيجة الاستنساخ الجسدي فإنه يعرف جنسه، وخصائصه الوراثية وشكله عند زرع الخلية الجسدية في نواة البويضة .

* الاستنساخ الجسدي يتم عن طريق نقل الخلية الجسدية إلى البويضة المنزوعة النواة، بينما في الاستنساخ الجنسي يتم نتيجة التقاء الحيوان المنوي بالبويضة[2] .

الفرع الثالث
مشروعية الإستنساخ البشري

إن عملية الإستنساخ البشري بإعتبارها تقنية طبية حديثة، وتمس بحرمة الجسم البشري جعلها موضوع نقاش حاد بين فقهاء الشرائع الدينية من جهة وأصحاب القانون الوضعي من جهة

[1] النحوي سليمان،المرجع السابق ، ص 197.
[2] سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص 610 .

أخرى، ولأهمية الموضوع و تشعبه سنحاول حصره في نقطتين أساسيتين من خلال عرض نظرة القانون لفكرة الإستنساخ البشري ثمّ موقف الشريعة الإسلامية من هذه النازلة .

أولاً : الإستنساخ البشري في القانون الوضعي

كما أشرنا سابقا أن دراستنا في القانون الوضعي تقتصر على القانونين الفرنسي والمصري باعتبارهما من القوانين المقارنة، بالنسبة للقانون الجزائري .

I -القانون الفرنسي و فكرة الإستنساخ البشري

يعتبر القانون الفرنسي من القوانين الأوربية التي عارضت فكرة الإستنساخ البشري مقارنة بالقانون البريطاني[1]،السويدي وغيرها. وحتى هيئة الأمم المتحدة لم يكن لها موقف واضح[2]، وكانت كل القوانين البيوأخلاقية في فرنسا حتى تاريخ 1994/01/29 تمنع جميع أشكال الأبحاث والتجارب العلمية على الأجنة البشرية ،باستثناء تلك الموجهة لحماية الجنين ومصلحته والتي تتم على الأجنة الفائضة .

وتمثل حرص المشرع الفرنسي من خلال الخطوات التالية :

---

[1] وتجدر الإشارة إلى أن القانون **البريطاني** لعام 1990 يسمح بإنتاج أجنة لأغراض البحث العلمي. وفي شهر كانون الثاني/يناير من عام 2001 عدل هذا القانون بطريق يسمح أيضاً بإنتاج أجنة عن طريق الاستنساخ لأغراض علاجية. وقد كشف التطبيق العملي للقانون البريطاني المعدل في عام 2001 عن هشاشة الحدود الفاصلة بين الاستنساخ العلاجي والاستنساخ التكاثري. فقد ذهبت المحكمة العليا البريطانية – في قرارها الصادر في 2001/11/15– إلى أنه لا يمكن تجريم استنساخ كائن بشري في ظل القواعد القانونية التي تضفي الحماية على الجنين؛ لأنه لا يمكن اعتبار العضو المنتج جنيناً .ونتيجة لذلك تدخل البرلمان البريطاني وتبنى قانوناً يعاقب على الاستنساخ البشري التكاثري وذلك في 2001/11/26. وقد قامت الملكة البريطانية بإصدار هذا القانون، وبالتالي فإنه دخل حيز النفاذ بدءاً من 2001/12/4، وفقاً لما أشار إليه وزير العدل البريطاني.لمزيد من التفاصيل ، الموقع الإلكتروني http://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=163165

[2] في 13 ديسمبر عام 2001، بدأت الجمعية العامة للأمم المتحدة (United Nations General Assembly) بوضع إتفاقية دولية لمنع الإستنساخ التكاثري البشري. و سعت مجموعة من الدول، بما في ذلك إسبانيا وإيطاليا والفلبين والولايات المتحدة وكوستاريكا والكرسي الرسولي لتوسيع النقاش لحظر جميع أشكال الاستنساخ البشري، مشيرين إلى أن الإستنساخ البشري العلاجي ، في رأيهم، ينتهك كرامة الإنسان . و اقترحت كوستاريكا اعتماد اتفاقية دولية لحظر جميع أشكال الاستنساخ البشري. ولعدم قدرتهم على الوصل إلى توافق في الآراء بشأن اتفاقية مُلزمة فأعتمد في مارس 2005، إعلان الأمم المتحدة غير الإجباري بشأن الاستنساخ البشري و الذي دعا إلى حظر جميع أشكال استنساخ البشري لأنه يتعارض مع كرامة الإنسان.، لمزيد من التفاصيل،يرجى زيارة الموقع الإلكتروني: استنساخ_بشري/https://ar.wikipedia.org/wiki ،تاريخ الإطلاع 2016/02/01 .

*في أفريل من سنة 1997 طلب الرئيس الفرنسي«جاك شيراك» من المجلس الإستشاري القومي للأخلاق دراسة القانون الفرنسي، وتحديد إن كان هناك ثغرات يمكن أن يستند عليها الباحثون مستقبلا لتحقيق أبحاثهم في مجال الإستنساخ البشري.

*في 2002/01/18 بعد مراجعة البرلمان الفرنسي لقانون 1994،رأى من الضروري إدخال تعديلات على القوانين لحظر تجارب الإستنساخ البشري العلاجي، بعد معارضة الرئيس الفرنسي « جاك شيراك» ونواب اليمين لهذا النوع خوفا من اللجوء إليه تحت غطاء الإستنساخ الإنجابي[1]

وبلور هذا الحرص ضمنيا من خلال من خلال استجابت المشرع الفرنسي لرأي مجلس الدولة حيث نصت المادة 25 من قانون 2004–800 على إضافة فقرة للمادة 16 –04 من القانون المدني التي جاء فيها« يحظر أي تدخل الهدف منه أنجاب طفل مماثل جينيا لشخص آخر حي أو ميت»[2].

كما فرض عقوبة على كل من يخالف هذا الحظر بموجب المادة 214–2 من قانون العقوبات التي تعاقب كل شخص سعى للحصول على طفل مماثل جينيا لشخص أخر حي أو ميت بالسجن المشدد لمدة 30 سنة وغرامة مالية قدرها 75. 00.000 أورو[3].

وقد رأى مجلس الدولة الفرنسي أن المادة 16–4 تتضمن حضرا للإستنساخ البشري الإنجابي لأنه يتضمن اعتداء على سلامة الجنس البشري، ويؤدي إلى تعديل الجينات بهدف تعديل نسل الشخص،وهي أمور محظورة قطعيا. بالإضافة لذلك أيدت اللجنة القومية للأخلاقيات هذا الرأي بتاريخ 22 أبريل1997 ،غير أن مجلس الدولة الفرنسي رأى أن إدخال تعديل صريح على المادة 16–4 من القانون المدني يتضمن حظرا صريحا للإستنساخ البشري[4] .

[1] بن عيسى رشيدة ، المرجع السابق ، ص 202.

[2] «Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée» Art 16-4 code civil

[3] «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» Art 214-2 code pénal .

[4] كمال محمد السعيد عبد القوي عون، المرجع السابق ، ص 280.

II-الاستنساخ البشري في القانون الجزائري

المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه النازلة وسكت عنها، ولم يتناولها في الدستور ولا في قانون الأسرة، ولا في القوانين الأخرى بصفة مباشرة وصريحة، وذلك لحداثة الاستنساخ البشري كما أنه مازال حبيس مخابر البحث العلمية، ولم يعلن عن ميلاد طفل بالاستعانة بهذه التقنية .

لكنه بتصفح مواد الدستور وخاصة التعديل الأخير[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 و بكل ما يمس الجسم البشري، فنص على هذه المادة لكن بدون تفاصيل و لعله سيتدارك هذا الأمر مستقبلا.أما بالنسبة لقانون الأسرة بإعتباره أكثر القوانين ارتباطا بالإستنساخ، لأنه ينظم أحكام الزواج و النسب والأبوة ،فالزواج في مفهوم المادة الرابعة من قانون الأسرة « الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وإمراة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب»، لم يتطرق إلى الاستنساخ في نص المادة 45 مكرر، 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.

ويمكن استخلاص هذا المنع أيضا من مدونة أخلاقيات الطب حيث ألزمت الفقرة الثانية من المادة السادسة[2] الطبيب بممارسة مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان،و باعتبار أن الإستنساخ البشري يصنف في خانة البحث الطبي –التجارب الطبية – وكنّا قد بينا سابقا ماهي

[1] القانون رقم 16–01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المؤرخة في 7 مارس 2016 ، ج.ر رقم 14 المتضمن الدستور الجزائري الجديد .

[2] «... يمارسان مهامهما ضمن إحترام حياة الفرد و شخصه البشري» المادة 06 فقرة 02 مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري.

الشروط الواجب توافرها لقيام التجربة على الجسم البشري[1]، فإن هذا الأخير يعتبر من العمليات الطبية الغير متعارف عليها ولا يمكن مباشرتها على الجسم البشري مباشرة .

III- موقف المشرع المصري من تقنية الإستنساخ البشري

وأما بالنسبة للمشرع المصري، فإنه لم ينظم هذه المسألة بنص خاص، غير أن نقابة الأطباء بادرت بعقد ندوة حول الاستنساخ، نادت فيها إلى تدارك القصور التشريعي في هذا الجانب، وإنشاء هيئة رقابية مركزية للإشراف ومتابعة أنشطة المراكز المعنية، وانتهت في توصيتها إلى قفل باب الاستنساخ نهائيا على الأقل في الوقت الحاضر، تفاديا لأية محاولة للعبث بالقيم الأخلاقية والشرعية للمجتمع، ورغم ذلك نجد بعد القوانين التي لها علاقة بحضر الإستنساخ البشري والتجارب العلمية، فقانون حماية الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 حدد عدة مجالات يمنع فيها منح براءة الإختراع ،فنصت المادة الثانية منه على 05 فقرات والتي تهمنا في هذا الموضوع الفقرة الأولي والخامسة :

1- « الإختراعات التي يكون من شأنها إستغلالها المساس بالأمن القومي أو الإخلال بالنظام العام أوالاداب العامة أوالإضرار الجسيم بالبيئة أو الإضرار بحياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات

5-«الأعضاء والأنسجة والخلايا الحية والمواد البيولوجية الطبيعية والحمض النووي والجينوم »[2]

وفي لائحة آداب مهنة الطب في مصر نصت المادة 52 على أنه « يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعاييروالضوابط 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] .

باعتبار موضوع الإستنساخ البشري حديث العهد، فلم نجد له قرار أو أحكام قضائية عالجت هذه التقنية سواء في الدول العربية أو حتى الدول الأوربية التي كانت سباقة لإكتشاف هذه التقنية .

---

[1] ثمّ التطرق للشروط في الفرع الثالث من المبحث الأول من هذا الفصل ، ص92 و ما يايها .

[2] قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم 28 لستة 2002 الصادر في 02 يونيو 2002.

[3] لائحة آداب مهنة الطب المصري،الصادر عن وزير الصحة تحت رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 05 سبتمبر 2003

ثانيا : نظرة فقهاء الشريعة لفكرة الإستنساخ البشري

اشتد الجدل بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول الرأي الفقهي في عملية الإستنساخ بصورة عامة، وبالرغم من كون فكرة الاستنساخ مازالت نظرية وغير واقعية ولم تُجرّب ولم تُصبح حقيقة واقعة ثابتة بالنسبة للإنسان ،إلا أنها حظيت باهتمام ودراسات من فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون بين مؤيد و معارض للفكرة .

لقد حرّموا للاستنساخ البشري وجعلوه قاصرا فقط على النبات والحيوان، وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي سنة 1997 وحرّمته كذلك ندوة المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية المنعقدة في شهر جوان الثانية في شهر أوت 1998، وذلك لكونه يخالف المنهج الإلهي في الخلق ومفاسده تتجاوز محاسنه[1].

لقد استدلّ القائلون[2] بحرمة الإستنساخ البشري بأدلة كثيرة نذكر منها :

*الإستنساخ مخالف للقواعد الكلية الخمس التي جاء الإسلام بالمحافظة عليها والتي لا تستقيم الأمور إلا بها وهي النفس،العقل،الدين،المال،النسل .فحفظ النسل والنسب والعرض من مقاصد الشرع الأساسية التي تدور عليها أحكام الشرع .

*الإستنساخ يهدم أربعا من تلك الكليات الخمس،حيث تتعلق قضية الإستنساخ بكلية النفس، ووجود الإنسان و يتبع ذلك العقل ثم النسل ثم الدين [3].

*الإستنساخ يعرض الإنسان إلى امتهان كرامته،وإلى مخاطر تشويه خلقه وصورته،وقد كرّم الله الإنسان وخلقه في أحسن تقويم وجاء ذلك في قوله تعالى« وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا»[4]

---

[1] تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية...، المرجع السابق ، ص .36

[2] بعض الفقهاء المعاصرين : داود بن سليمان السعدي،الشيخ عبد الناصر ابو البصل،الدكتور نور الدين مختار الخادمي، الدكتور حسن علي الشادلي ،

[3] كمال محمد السعيد عبد القوي عون ، المرجع السابق ،ص 290.

[4] سورة الإسراء،الآية 70.

*إن الإستنساخ يخالف الفطرة لأن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان وجعل له وظائف معينة لأعضاء متناسبة مع بعضها البعض بحيث لا يطغى بعضه على الآخر،حيث قال سبحانه وتعالى « لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ »[1]، وقوله تعالى أيضا « إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ»[2]

*قاعدة سد الذرائع أي منع الوسائل التي يمكن أن يتوصل بها إلى أمر محرم في غالب الأحوال،و إن كانت نفس الوسائل حلال، وهذه القاعدة تؤدي إلى القول بعدم إباحة الإستنساخ في الإنسان[3] .

* وأكد أغلب الفقهاء المعاصرين، منهم داود بن سليمان السعدي، الشيخ عبد الناصر أبو البصل، والدكتور نورالدين مختار الخادمي، والدكتور محمد المختار سلامي، الدكتور حسن علي الشادلي وبه صدرت قرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية منها، مجمع الفقه الإسلامي، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، جمعية العلوم الإسلامية الأردنية و مجمع البحوث الإسلامية [4]، واستدلوا على ذلك قوله عّز وجّل« مِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِلْعَالِمِينَ»[5] ظن وقال عز من قائل « وَمِنَ النَّاسِ وَالدَّوَابِّ وَالْأَنْعَامِ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ كَذَلِكَ إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ»[6].

*استنادا للقاعدة الفقهية« درء المفاسد مقدم عل جلب المصالح »، فالإستنساخ إذا ما اقتصر تطبيقه على غير المجال البشري فلا حظر عليه ،لانه لا يمس بالمقاصد الشرعية الخمس،لأن في تطبيق الإستنساخ على البشر مساسا بكرامة الإنسان الذي جعله الله خليفة في الأرض ويحوّله إلى حيوان تجارب ،و يؤدي أيضا إلى إختلاط الأنساب التي أمر الله بصونها [7].

* إن الله خلق الإنسان من ماء دافق يخرج من الصلب والترائب، حتى يتم تلقيح بويضة المرأة بواسطة مني الرجل فيتكون الجنين،أما الإستنساخ فهو مخالف لهذه السنة، لأن الولد من خلية جسدية من الزوج دون اختلاط المني مع البويضة[8] .

---

[1] سورة التين ، الآية 04.
[2] سورة القمر ،الآية 49.
[3] كمال محمد السعيد عبد القوي عون ، المرجع السابق ،ص 290.
[4] وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ، ص 250
[5] سورة الروم ، الآية 22
[6] سورة فاطر ، الآية 28
[7] فرج محمد محمد سالم ، المرجع السابق ، ص657 .
[8] كمال محمد السعيد عبد القوي عون، المرجع السابق ، ص284

* وأكد فضيلة الدكتور محمد سيد طنطاوي شيخ الأزهرأن الاستنساخ للإنسان حرام أما في الحيوانات أو من شجرة إلى شجرة بالنسبة للنباتات ويترتب عليه تحسين النوع أوالكم فهو حلال،أما الإنسان فكل ما يأتي عن غير طريق الزوجين والطريقة التي أحلها الله فهو حرام لأنه تغيير لخلق الله وعبثٌ بالكيان الإنساني الذي جعله الله خليفة في الأرض والأمر مردود إلى العلماء والأطباء ليحددوا إن كان هناك عبث أو تغيير في البناء الأساسي والجيني.

* واستنادهم من السنة ما ورد عن ابن عباس –رضي الله عنه –قال صلى الله عليه وسلم« لا ضرر ولا ضرار»، يفهم من الحديث حرمة الضرر وهو موجود في الإستنساخ،لأن الخلية الجسدية المأخودة من المستنسخ منه لا يدخل ضمن عملية إلتقاء طبيعي الذي تلقح فيه البويضة بملايين الحيوانات،و ينجح واحد منها، لذا فالمولود بالإستنساخ لا يكون صحيحا فقد تكون من خلية غير منتقاة، بغير اتحاد لنواتي الحيوان المنوي والبويضة والخلية الجسدية يزداد فيها عدد الجينات المريضة ما يتسبب في تشوهات خلقية وأمراض سرطانية و غيرها[1] .

* وعن عبد الله بن مسعود –رضي الله عنه– قال« لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات لخلق الله » ،ويفهم منه أن الإستنساخ تغيير خلق الله، لأنه تغييرالخلقة في أصل الخلية الإنسانسة وذلك بالإستنساخ الذي وضع الخلية الجسدية موضع الخلية الجنسية في الإنجاب[2] .

* يرى الدكتور يوسف القرضاوي، رئيس اتحاد علماء المسلمين« أن الاستنساخ في عالم الحيوان جائز ولكن بشروط وهي أن يكون في ذلك مصلحة حقيقية للبشر لا مجرد مصلحة متوهمة لبعض الناس. والثاني ألا تكون هناك مفسدة أو مضرة أكبر من هذه المصلحة. فقد ثبت للناس الآن ولأهل العلم خاصة أن النباتات المعالجة بالوراثة اثمها أكبر من نفعها وألا يكون في ذلك ايذاء أو إضرار بالحيوان ذاته ولو على المدى الطويل، فإن ايذاء هذه المخلوقات حرام في دين الله، وعن حكم الاستنساخ في مجال البشر يقول فضيلته: إن منطق الشرع الإسلامي بنصوصه المطلقة وقواعده الكلية ومقاصده العامة يمنع دخول هذا الاستنساخ في عالم البشر لما يترتب عليه من المفاسد الآتية:

---

[1] بوشي يوسف ،المرجع السابق ، ص 287.

[2] أنظر، زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الهدى للطباعة والتويع، الجزائر، 2010 ، ص3 .

1- أن الله خلق هذا الكون على قاعدة التنويع والاستنساخ يناقض التنوع لأنه يقوم على تخليق نسخة مكررة من الشخص الواحد وهذا يترتب عليه مفاسد كثيرة في الحياة البشرية والاجتماعية بعضها ندركه وبعضها لا ندركه إلا حين كيف يعرف الرجل زوجته من غيرها والأخرى نسخة مطابقة لها؟ ان الحياة ستضطرب وتفسد إذا انتفت ظاهرة التنوع واختلاف الألوان التي خلق الله عليها الناس.

2- ما علاقة المستنسخ بالشخص المستنسخ منه هل هو نفس الشخص باعتباره نسخة مطابقة منه أو هو أب أو أخ توأم له»[1].

* وفي سؤال للدكتور زغلول النجار المتخصص في الإعجاز العلمي للقرآن الكريم عن رأيه في موضوع الاستنساخ قال:

"الاستنساخ مغاير للفطرة لأن الفطرة هي التناسل والفطرة التزاوج. ومن آيات الله أن الصفات الوراثية الموجودة على الصبغيات موجودة بشكل زوجي حتى يبقى ربنا سبحانه وتعالى متمتعاً بالوحدانية المطلقة فوق كافة خلقه فحينما يتم التزاوج فإن نصف الكروموزومات تأتي من الرجل والنصف الآخر تأتي من المرأة وحتى تكتمل عدد الصبغيات يتم زيادة الصفات الجيدة واستتار الصفات الرديئة، إلا فيما يحدث لبعض الحالات النادرة التي يجعلها الله عبرة للناس لكن حينما يتم الاستنساخ تؤخذ الخليتان من نفس الأم كما حدث في النعجة دوللي وذلك لا يؤدي الى عملية التنوع. وعملية الاستنساخ عملية مغايرة للفطرة وقد تؤدي الى تدمير الحياة على هذه الأرض فالاستنساخ ليس عملاً صحيحاً والعملية ضارة جداً ولها سلبيات كثيرة وإن كان لها بعض الايجابيات"[2].

* إن فتح باب الاستنساخ سيؤدي إلى اختلاط الأنساب لعدم مراعاة الضوابط التي تقوم عليها الروابط الأسرية والنسبية، مما يؤدي إلى ظهور مجتمع طبقي حيث يكون الأصل هو السيد، والمستنسخ يكون في درجة أقل، ويكرس الشذوذ [3] .

---

[1] مقال منشور على الموقع الإلكتروني للملتقى الفقهي تحت عنوان " موقف العلم والشرع من استنساخ البشر http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=1629 "، تاريخ الإطلاع :2016/05/21

[2] أنظر، زغلول النجار،موقف العلم و الشرع من إستنساخ البشر، مقال منشور على الموقع الإلكتروني http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=1629 ،تاريخ الإطلاع 2016/03/24

[3] تشوار جيلالي ،الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة...، المرجع السابق ،ص 133.

أما المؤيدين أو المجيزين لهذه التقنية من فقهاء الشريعة الإسلامية فقد برروا رأيهم على النحو التالي :

-ذهب بعض الفقهاء إلى القول بمشروعية وإباحة إجراء الإستنساخ البشري إذا روعيت في ذلك الضوابط و الشروط و نذكر على سبيل المثال :

1-إن الدين لا يمكن أن يحرم أو يمنع قيام نظرية علمية جديدة تستطيع أن تهتدي إلى سر من أسرار الحياة والإنسان والكون .

2-إن توظيف الإكتشافات العلمية في مجالات تئدي على تحقيق النفع وتحسين شروط الحياة الإنسانية،فلا شك أن في هذه التقنية نعمة من نعم الله على الإنسان .

3-إن تقنية الإستنساخ البشري تمكن من الحصول على التوائم،والدين الإسلامي يحث على التناسل و كثرة النسل.

4-إن هذه التقنية ما هي إلا صورة من التلقيح الصناعي الخارجي، التي يتغلب بها على مرض العقم و تحقيق الهدف من الزواج في الشريعة الإسلامية بالتناسل والتكاثر،وهذه التقنية ما هي إلا عملية تشطير النطفة الملحقة ثم زرعها في الرحم للتغلب على مرض ما[1].

5- إن الهدف من الاستنساخ البشري هو معالجة الزوج العقيم الذي لا توجد عنده حيوانات منوية أو قليلة العدد ولم تنفع معه الوسائل العلاجية ويرغب في الإنجاب،وبما أنه يصنف في خانة المرض فهو يستوجب العلاج الطبي[2].

6- إن الحرمان من الذرية يوقع الشخص المبتلى به في حرج ومشقة، ويلحق به ألما، والمشقة والحرج منتفيان في الشريعة الإسلامية، والحاجة راعتها الشريعة الإسلامية، فيكون العلاج بهذه التقنية مأذون فيه[3].

اشترط بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين،و من بينهم القاضي ناصر بن زيد داود ، بأن الإستنساخ البشري جائز لكن بشروط :

الشرط الأول:أن يكون نقل خلية الزوج الجسدية إلى بويضة الزوجة أثناء قيام الحياة الزوجية.

---

[1] كمال محمد السعيد عبد القوي عون، المرجع السابق ، ص287.
[2] النحوي سليمان،المرجع السابق ، ص 202.
[3] سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص 615 .

الشرط الثاني : أن تنقل اللقيحة المتكونة بهذه الطريقة إلى رحم الزوجة حال الحياة الزوجية.

الشرط الثالث:أن يكون الاستنساخ بنقل النواة هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب بحيث يتعذر الإنجاب بالطريق الطبيعي .و سندهم في ذلك الحديث النبوي التالي، حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ , وَهِشَامُ ابْنُ عَمَّارٍ , قَالَا ، حَدَّثَنَا سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ , عَنْ زِيَادِ بْنِ عِلَاقَةَ , عَنْ أُسَامَةَ بْنِ شَرِيكٍ , قَالَ : شَهِدْتُ الْأَعْرَابَ يَسْأَلُونَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعَلَيْنَا حَرَجٌ فِي كَذَا ؟ أَعَلَيْنَا حَرَجٌ فِي كَذَا ؟ فَقَالَ لَهُمْ : " عِبَادَ اللَّهِ , وَضَعَ اللَّهُ الْحَرَجَ إِلَّا مَنِ اقْتَرَضَ مِنْ عِرْضِ أَخِيهِ شَيْئًا , فَذَاكَ الَّذِي حَرِجَ " , فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ , هَلْ عَلَيْنَا جُنَاحٌ أَنْ لَا نَتَدَاوَى ؟ قَالَ " تَدَاوَوْا عِبَادَ اللَّهِ , فَإِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ مَعَهُ شِفَاءً, إِلَّا الْهَرَمَ " , قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ , مَا خَيْرُ مَا أُعْطِيَ الْعَبْدُ ؟ قَالَ" خُلُقٌ حَسَنٌ "[1] .

*يرى الدكتور رشيد العبيدي «أن هذه القضية ليست تطفل على خلق الله لأن الله يخلق الشيء دون أن تكون هناك عوامل خارجية ،إنما هو الله الذي يقضي بالأمر فيقول له كن فيكون ،أما العلماء الذين يأتون بالعناصر المكونة من المخلوق الأساسي الذي خلقه الله ،فهذا ليس خلقا لأن الخلق أن تخلق من لا شيء شيئا لم تكن له صورة من قبل و لا سابق وجود ،أما الإستنساخ فهو أن تأتي بالأسباب والعناصر المؤدية بالنتيجة إلى تكوين مخلوق و عناصر هذا الأخير موجودة في الخلية ،بمعنى أننا نقوم بتنمية تلك الخلية لا أكثر ولا اقل ...،و بهذا فهو لا يدخل في باب الكفر لأنه ليس خلقا فهو مأخود من خلية مخلوقة أساسا»[2].

ونضيف هنا رأي بعض علماء البيولوجيا الذين أجازوا الإستنساخ البشري ومن بينهم الدكتور "**فلشتر** "والدكتورة" **هيلين** "والدكتور "**غلاس**"،و بأنه من غير المنطقي الحكم بالسلب على ممارسة عمليات الاستنساخ البشري، وإنما يجب الاستفادة من الجانب الإيجابي للاستنساخ، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

«إن رفض إجراء هذا النوع من العمليات الطبية يعتبر اعتداء صارخا على الحرية الشخصية، كما يعتبر الاستنساخ من الأدوات الفعالة لمعالجة العقم عند الأزواج والكثير من الأمراض المستعصية، كما أنه يمكن الاستفادة من الأنسجة والأعضاء من الحمل المنسوخ لصالح النسخة الأصلية، لأنه مطابق له

[1] كمال محمد السعيد عبد القوي عون ، المرجع السابق ،ص 295.
[2] أشار إليه فرج محمد محمد سالم ، المرجع السابق ، ص 620.

* ضرورة المحافظة على صحة الإنسان وسلامته تدعو إلى تشجيع رجال الطب إلى المبادرة والبحث وتحقيق الرقي في هذا المجال ، ومن ذلك دعوة العلماء لمحاولة استنساخ الجين المسؤول عن إنتاج الأنسولين في الدم ، وإنتاج الجين المسؤول عن التبييض لدى النساء العقيمات لما فيه من منافع للبشرية جمعاء» [1].

من خلال عرض مختلف الآراء المؤيدة و المعارضة لفكرة الإستنساخ البشري التي لا زالت شائكة ، فالباحث بمفرده لا يستطيع الفصل في الموضوع وإعطاء الحكم الشرعي في هذا النوع من المسائل، لذا يجب توحيد الجهود لدراسة هذا النوع من التقنيات التي تمس بحرمة الجسم البشري وكرامته ودراستها من كل النواحي الدينية والعلمية والأخلاقية، حتى نتوصل إلى حكم واضح و ثابت وشامل يتماشى مع الرؤية العلمية و القانونية والدينية حتى نحافظ على إنسانية الإنسان وحريته باعتباره من أعظم مخلوقات الله.

الفرع الرابع
تأثر الحياة الأسرية بالإستنساخ

للاستنساخ البشري آثار بالغ على الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية في المجتمع إذ يصلح بصلاحها ويفسد بفسادها؛ فهو يؤدي إلى القضاء على الروابط التقليدية التي تربط أفراد الأسرة الواحدة وتمزق النسيج الاجتماعي للمجتمعات، نتيجة لظهور جيل جديد من البشر لا يؤمن بالروابط الأسرية المتمثلة في المودة والرحمة والتعاون والسكينة التي بثها الله بين أفرادها فاتحا المجال للإنجاب خارج الإطار العلاقة الزوجية، كما أنه يؤدي للاختلاط الأنساب وضياعها ،فالاستنساخ البشري التناسلي التقليدي، يقلب مفهوم الأبوة والأمومة، ويثير الكثير من التساؤلات حول العلاقة التي تربط النسخة المستنسخة وصاحب الخلية، هل هو ابن صاحب الخلية؟ أم هو شقيقه؟، والحاضنة هل هو ابنها أم زوجها أم شقيق زوجها؟ وكيف يورث؟ ومن أقارب كل منها؟[2]

---

[1] سليمان النحوي ، المرجع السابق ، ص 200 ؛ سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص 605 .

[2] مروك نصر الدين ، التلقيح الصناعي في القانون المقارن و الشريعة الاسلامية ، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى الجزائر، 1999 .، العدد 2 ، ص 85

فصفة الأمومة تكاد تكون منعدمة لأن الأمومة علاقة شرعية، لها شروط منها:

* وجود حيوان منوي صادر عن الزوج يلقح البيضة صادرة عن الزوجة.

*نمو الجنين في رحم الزوجة حتى يولد.

وإذا عرضت صفة الأمومة على حالة الاستنساخ التقليدي، فإن هذه الشروط منعدمة؛ ومن ثم لا يمكن القول بأن العلاقة التي تربط الطفل المستنسخ بالمرأة الحاضنة هي علاقة أمومة، لأن الطفل المستنسخ يتم نتيجة نقل خلية جسدية متخصصة، ونفس الشيء يقال عن صفة الأبوة لأن الخلية المأخوذة من جسم الإنسان تعطي نسخة طبق الأصل ممن أخذت منه، فلا يمكن القول بأنه شقيقه لأن علاقة الأخوة لها أركان وشروط لابد من توافرها حتى تثبت هذه الصفة، كما لا يصدق عليه أنه ابن المرأة التي أخذت منها البويضة منزوعة النواة، ووضعت فيها خلية جسدية أخرى، لأنه لا يحمل صفاتها الوراثية، وتعتبرها المرأة حاضنة للطفل، فهي تنمي الجنين ولا تُكوّنه في رحمها، فدورها هنا دور رعاية وتنمية وليس تكوين، ولا يمكن اعتباره امتدادا لزوجها الذي أخذت منه الخلية؛ لأن الرابطة الزوجية هي علاقة خاصة بين اثنين تحت غطاء عقد زواج صحيح.[1]

فلو أعجبت الزوجة بأبيها مثلا، وأخذت خلية من خلاياه وزرعتها في بويضتها، ثم زرعتها في رحمها حتى ولادته ما هي العلاقة التي تجمعها بهذه النسخة هل هو امتداد لأبيها ؟ أم ابنها أم أخيها؟[2]

أما بالنسبة للاستنساخ الجنسي وإن كانت البويضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج، إلا أنه يترتب عليه اضطرابات في معرفة أصحاب الحقوق، والواجبات ،وتحديد المجرمون الحقيقيون الذين سيعاقبون، كما أنه إذا ظهر عيب في إحدى النسخ، فإن هذا العيب سيصيب جميع النسخ. وأما من حيث تحديد نسبهم إلى الزوجين، فلا ريب في اتصال نسبهم بهما ،لأنهما صاحبي البويضة والحيوان المنوي، إذا غرست هذه البويضة في رحم الزوجة، وفي ظل علاقة زوجية قائمة لم تنفصل بطلاق أو وفاة[3] .

[1] حسن علي الشاذلي، المرجع السابق ، ص 275.

[2] سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص 615 .

[3] كمال محمد السعيد عبد القوي عون، المرجع السابق ، ص285.

من خلال ما سبق يتضح أن الاستنساخ البشري التناسلي على فرضية وقوعه، فإنه يؤدي إلى فوضى في العلاقات الأسرية والاجتماعية، ويؤثر على التوازن النفسي للأفراد، والانتماء للأسرة، والولاء للمجتمع والدولة، وله العديد من السلبيات منها ما يأتي:

1-قد يترتب على الاستنساخ ذرية عقيمة، لا يتحقق منها إعمار الأرض، ولا يرجى منها حفظ الجنس. البشري أو استمراره، إذ وجد أن الضفادع المستنسخة عقيمة، وقد يكون مثل هذا في الإنسان إذا استنسخ فلا يتحقق باستنساخه غاية وجوده في الحياة.

2-إمكانية حدوث خلل أثناء العملية، ينتج عنه أجنة مشوهة، أو نقل الأمراض من جيل إلى أخر إذا كان الشخص صاحب الخلية مصابا بمرض ما، أو ناقلا له، سينقل هذا المرض إلى النسخة المطابقة.

3-إمكانية التلاعب بالأجنة والخلايا وارد، حيث لا تحتاج المسألة لأكثر من مجموعة خلايا لتزرع في البويضات، ومن ثم إنتاج الأجنة، وفي هذا مسخ للإنسان وامتهان لكرامته[1].

4-الاستغناء عن الأسرة، بالتخلي عن الزواج، طالما أن الإنسان يستطيع الحصول على نسخة من نفسه عن طريق الاستنساخ .كما أن هذه العملية من شأنها إلغاء أحد أطراف العلاقة الزوجية، مما قد يغير الكثير من المفاهيم، كالأمومة والأبوة، والأسرة، وهي قيم ثابتة وأساسية في المجتمع مما يحول هذا المجتمع إلى مجتمع آلي خال من القيم، بحيث يصبح البحث عن الهوية أمرا ثانويا، فيحول أفراده حياتهم للمتعة واللهو، فلا ينسب لأحد، ولا ينتمي لوطن، يحيا حياته دون إحساس بالمكان، أو الميراث الأسري، أو الحضاري، فهو لا يملك تاريخا كونه نسخة من الشخص الذي أخذت منه الخلايا، ويعيش غريبا في عالم أتى إليه دون أبوين أو أقارب [2].

5-لكل خلية جسدية عمر افتراضي، فلو استنسخت خلية جسدية ممن بلغ الأربعين عاما فإن عمر جينات النسخة سيكون تسعين عاما بعد مضي خمسين عاما على استنساخها، وكلما زاد عمر الخلية فقدت كفاءتها تدريجيا ،ويحدث اختلال في جيناتها وكانت معرضة لحدوث الطفرات الجينية فيها، مما يؤدي إلى الإصابة بالعديد من الأمراض[3] .

---

[1] عبد الناصر أبو البصل،المرجع السابق ، ص 29.
[2] عبد الناصر أبو البصل،المرجع السابق ، ص 30.
[3] سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص 620 .

من خلال ما سبق ،نرى أنه يجب حصر الإستنساخ في المجال الحيواني و النباتي لأنه لا يؤثر في مجال العلاقات لديهم،عكس الإنسان الذي تبنى حياته عن طريق العلاقات وخاصة العلاقة الزوجية ،فإذا شملها الإستنساخ فسوف يدمر التوازن الأسري .

بعد إعطاء فكرة عن الإستنساخ البشري، سنتطرق في المبحث الموالي إلى ظـــاهرة تعتبـــر غريبة على المجتمعات و خاصة العربية ،والتي عرفت انتشارا واسعا ولقيت تأييدا في بعض الدول على عكس الإستنساخ البشري ألا وهي عملية التغيير الجنسي .

المطـــلب الثالث
التغـــييـــر الجنـــســـي

إن العصر الحالي هو أكثر العصور تأكيدا للوسائل المتعلقة بالإكتشافات الطبية والبيولوجية، والفاعلية والكفاءة، ذلك أنها جعلت من هذه الإكتشافات أداة رئيسية لإنجاز أهداف الباحثين،وإشباع الحاجات المجتمعية والشخصية. لكن ذلك لا يعني أن سائر الإكتشافات أصبحت تتماشى والمصلحة العامة، إذ منها ماهي اكتشافات زائدة، ومنها ماهي منبع لذرائع الإنحراف والشذوذ، كون أنها أصبحت تمس الإنسان ذاته، خاصة عندما يصل الأمر الى حد تغيير جنس الإنسان في مجال التدخل 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 المسساس بسلامة جسم الشخص[1]. سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على عملية التغير الجنسي من خلال محاولة إعطاء تعريف جامع وشامل (الفرع الأول)، ومحاولة معرفة رأي الشرع والقانون من هذه العملية (الفرع الثاني) ثم ما هي النتائج المترتبة عن التغيير الجنسي في الحياة اليومية (الفرع الثالث).

[1] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية ...،المرجع السابق، ص 437.

الفرع الأول
مفهوم التغيير الجنسي

لقد حول بعض الفقهاء إعطاء فكرة وتعاريف عن التغيير الجنسي كمحاولة لتبسيط الأمور ورفع اللبس عن هذه الظاهرة حتي يتجلى للعيان المعني الحقيقي لهذه العملية .

أولا : تعريف

التغيير الجنسي لغة : هو استبدال جنس الشخص بجنس آخر أي تغيير جنسه الطبيعي بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي .[1]

وأثناء بحثنا في هذا الموضوع وجدنا مجموعة من التعريفات نحاول عرض بعضها والتي تبدو أكثر وصولا للمعني :

هو إحساس يشعر به الفرد بالإنتماء لجنس مضاد لجنسه الأصلي مع الرغبة الشديدة لتغيير حالته الجنسية و العيش وفق المظهر المتوافق للفكرة التي يرى بها نفسه .هذا تعريف طبي " للحالة"يمكن أن يكمل بتعريف المحكمة الأروبية لحقوق الانسان التي تعرفه 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[2].

هناك من عرّفه بأنه« شعور نفسي بالإنتماء إلى الجنس الأخر بالرغم من أن الشخص له جسم مرفولوجي مميز ومحدد تماما ومعنى ذلك أن الشخص يشعر في هذه الحالة بأنه إمرأة في جسم رجل أو رجل في جسم إمرأة »[3] .

وعرّفه أخر بأنه«شعور الشخص بكراهية الجنس الذي ولد عليه نتيجة لعوامل مختلفة تعود أغلبها حسب الأطباء–إلى فترات مبكرة من حياة الإنسان و تربيته وتكون هذه التربية غير سلسمة

---

[1] تشوار جيلالي ،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي ، المرجع السابق ، ص 29.

[2] Voir Robert Jacques .Droits de l' homme et libertés fondamentales, collaboration de Jean Duffar, 15é Edition – Domat droit privé, Montchrestien – Paris 2009, p 338.

[3] تشوار جيلالي ،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي ، المرجع السابق ، ص 19.

،و هؤلاء الأشخاص لا يوجد فيهم أي لبس في تحديد جنسهم سواء من ناحية المظهر أو من ناحية الجوهر» [1].

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[2] .

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 و الجراحي للتكيف مع الخصائص الفزيائية والمرفولوجية للجنس الذي يشعرون به »[3].

إن التغيير الحاصل بعد التغيير الجنسي 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 الأصلية فإنه يفقد الإنجاب للأبد و كذلك المر بالنسبة للمرأة .

ونشير إلى أن مرض الرغبة في التحول الى الجنس الآخر لا يعد من قبيل أمراض العصر بصفة كاملة، بل أعراضه وظواهره قديمة،حيث روي عنها في الأساطير اليونانية القديمة، وقد أصيب شخصيات تاريخية بهذا المرض مثل الإمبراطور الروماني Coligerla والملك الإنجليزي هنري الثالث والإمبراطور السويدية Cotherine [4] .

ثانيا: تمييز التغيير الجنسي عن بعض المفاهيم المشابهة له

التغيير الجنسي يختلف عن بعض ظواهر الشذود الجنسي و التي سنحاول ابراز الاختلاف الموجود كما يلي :

---

[1] أنظر،محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عليها،الطبعة الثانية ،مكتبة الصحابة، جدة،1994 ، ص199.

[2] C.f Abdelhafid Oussoukine ,l'Etique Biomédicale, édition Dar El Gharb , Oran .2000, p 203

[3] 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 .** JORF n°0170 du 25 juillet 2010 ,publier sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022512514

[4] للمزيد من التفاصيل راجع ،مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية للحق في ....،المرجع السابق ، ص 437 و ما بعدها

I- تغيير الجنس و التخنث[1]

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 [2] .

والخنثى في الفقه الإسلامي "أدمي تظهر فيه علامات تدل على الأنوثة و علامات أخرى تدل على الذكورة ،فإن غلبت عليه علامات الذكورة حكم لم 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[3] .

II-تغيير الجنس و ظاهرة Travestime

والتي يقصد بها تبني كل جنس للباس الأخر ،فمثلا يجد الرجل متعة لمجرد إرتدائه ملابس النساء ،على الرغم من علمه اليقين بحقيقة نوع الجنس الذي ينتمي إليه وتمتعه بقدراته الجنسية العادية، والنساء عادة لا يصبن بهذه الظاهرة[4] .

III-تغيير الجنس و الشذوذ الجنسي

ظاهرة الشذوذ الجنسي Homosexualitéتتسم بميل الشخص إلى نفس الجنس الخاص به ،فهي تعني اللواط عند الذكور والسحاق عند الإناث وهو ضغط جنسي موجه للأشخاص من نفس

---

[1] -« Hermaphrodisme :Présence, chez un même individu ,des organes reproducteurs des deux sexes. »Voir 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 . » ,Voir :Le Petit Larousse Illustré ;op.cit,p 185 .

[2] تشوار جيلالي ،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي ، المرجع السابق ، ص 293.

[3] بوشي يوسف ، المرجع السابق ، ص 226.

[4] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...، المرجع السابق ، ص 439 .

النوع نتيجة نشوء نزوة و شذوذ جنسي اتجاه أفراد أخرين من نفس النـــوع ويمكـــن تصـــور هـــذه الظاهرة حتي في إتيان الحيوانات والإستمناء[1] .

IV- تغيير الجنس و التشبه بالجنس الآخر

يكون التشبه بالجنس الآخر حينما تبدو النساء في المظهر الخارجي كالرجال فـــي ملابســـهم وسلوكهم ،أما تشبه الرجال بالنساء عندما يبدو الرجال كالنساء فـــي هيئـــتهم الخارجيـــة كارتـــداء ملابسهم و التزين مثلهن و التميع في الكلام وإن غلب الظن أن هماك تشابه بين التغيير الجنســـي و الشذوذ الجنسي إلا أن الفرق يكمن في :

*إن التشبه بالجنس هي مسألة و وقتية وعرضية تنتهي بمجرد إشباع الرغبـــة المنحرفـــة ،عكـــس 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 ان التشبه بالجنس الآخر هي أولى الخطوات للوصول إلى التغيير الجنسي[2].

كما يدل الواقع على أن الرغبة في التغيير الجنسي تمر على بمراحل تتمثل في :

*مرحلة إرتداء ملابس مخالفة لجنسه.

*الشعور بالرغبة في تملكه للأعضاء التناسلية الخاصة بالجنس الاخر.

*الرغبة في التخلص من اعضائه التناسلية و المطالبة بإجراء عملية جراحية و في حالـــة رفـــض الإستجابة لطلبه قد يلجأ إلى إحداث تشويه بنفسه أو الإنتحار ، و يظهر هذا المرض عادة بالنســـبة للذكور ما بين سن 13 إلى 50 سنة و بالنسبة للإناث فلا يتعدى 20 عاما [3].

[1] محمد مختار الشنقيطي ،المرجع السابق، ص 125، الشذوذ الجنسي واللواط كانا قد ظهر في قوم سيدنا لوط-عليه السلام- فاستحبوا اتيان الذكور على الإناث

[2] بوشي يوسف،المرجع السابق ، ص 226.

[3] 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 إجبـــار معنوي و جماعي وسلفي يحتفظ به الشخص على جنسه ولا يغيره ،بل هم امتثال للشرع و الفطـــرة و الإهتداء بالسنة الكريمة [1] .

V- تغير الجنس و 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،وهنا يتضح أن عمليات تصحيح الجنس هي تصحيح من الوضع الخطأ إلى الوضع الصحيح [2].

الفرع الثاني
النظرة القانونية لظاهرة التغيير الجنسي

إذا كان بعض الأطباء استطاعوا بفضل التقدم العلمي تغيير جنس الإنسان،مبررين ذلك بطريقة مباشرة عن موقفهم من مثل هذه التصرفات بالعلاج الطبي والنفسي، فما موقف القضاء والقانون من هذه العملية ؟ وكيف كانت حججهم ؟

أولا:موقف القانون و القضاء الفرنسي من التغيير الجنسي

على عكس تشريعات الدول الأوربية التي اعترفت بالتغير الجنسي (القانون السويدي لسنة1972 الهولندي لسنة 1985- الدانماركي لسنة 1985 -الإيطالي لسنة 1982 -الألماني 1980) فإن التشريع الفرنسي لم يساير هذه النظم ولم يعترف به والتزم الصمت بالنسبة للإقرار أوعدم إقرار عمليات التحول الجنسي،فمن الناحية العملية تقاس هذه العملية على جريمة الإخصاء المنصوص عليها في المادة 316 من قانون العقوبات الفرنسي والتي لا تعفي الطبيب من المسؤولية الجنائية

[1] تشوار جيلالي ،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي ، المرجع السابق ، ص32.
[2] منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 444 .

حتى ولو برّر ذلك برضا صاحب المصلحة في العملية ومن الناحية المدنية يوجد مبدأ حرمة الجسم البشري المواد(16، 16–1 ،16–2 ....) من القانون المدني الفرنسي والذي يضع الإنسان فوق كل الإتفاقيات الدولية و ذلك يمنع تعرّضه لأي نوع من التدخل العلاجي و العمليات الجراحية الغير مضمونة النتائج[1].

القضاء الفرنسي كان في الواجهة وعرضت عليه قضايا بخصوص هذا الموضوع ونذكر على سبيل الإستدلال :

القضية الأولى: عرضت على محكمة النقض الفرنسية سنة 1975، تتلخص وقائع القضية الأولى في أن المدعو M.Aكان قد ولد سنة 1943 وقيد في سجل الحالة المدنية بصفته ذكرا،و لم يكن هناك شك في ذلك بسبب بروز العضو التناسلي الذكري لكنه عندما بلغ أخد يشعر بمعالم الأنوثة من حيث السلوك والصوت والصورة،فأخد يتناول هرمونات الأنوثة وسافر خارج فرنسا لإجراء عملية تغيير الجنس ثم عاد وتقدم إلى محكمة بوردو الإبتدائية طالبا تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى في سجل الحالة المدنية، ودعّم طلبه بتقارير وضعها خبراء تشهد له بذلك الميول الأنثوي، فرفضت المحكمة الإبتدائية طلبه فقام برفع استئناف أمام محكمة إستئناف بوردو فأيدت الحكم الإبتدائي في 1972/06/13 فرفع تقضا أمام الدائرة المدنية الأولى ،فقضت بأن محكمة إستئناف بوردو كانت على حق في حكمها الذي قضى بأن **مبدأ إثبات حالة الإنسان الجنسية واستقرارها يتعلق بالنظام العام و لا يجوز أن تتغير هذه الحالة على إثر عمليات جراحية أجريت على جسم و غيرت معالمه تغيير إصطناعيا ،لأن هذه الحالة تتحدد منذ الميلاد فمتى ولد المولود ذكرا سجل في الحالة المدنية ذكرا لا يمكن أن يطلب تغيير جنسه بعد الخضوع لتدخل جراحي**[2] .

القضية الثانية : تتلخص وقائعها في أن المدعوNERBORT تقدّم إلى محمكة بوردو الإبتدائية من أجل تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى في سجل الحالة المدنية و تغيير إسمه إلى Lyne فرفضت المحكمة طلبه ،فرفع إستئنافا أمام محكمة إستئناف بوردو فأيدت الحكم الإبتدائي في 1985/05/30 فرفع نقضا أمام الدائرة المدنية الأولى فقضت بأن **محكمة الإستئناف كانت على حق حين رفضت**

[1] OUSSOUKINE Abdelhafid , l'Etique Biomédicale , op.cit ;p. 210

[2] مقتبس عن سعيدان أسماء، المرجع السابق، ص 615 .

إدعاء المدعي بأن الجنس يتحدّد ليس فقط بالمعالم الحيوية، بل بالمعالم النفسية Psychologique أيضا , وحيث أن المحكمة دفعت إدعائه بأنه على الرغم من تناوله للهرمونات الأنثوية وعلى الرغم من العملية الجراحية التي غيرت جنسه اصطناعيا ،فإن Nobert مازال بمعالم الذكورة وليست حالته الجنسية الحالية نتيجة عناصر سابقة على العملية الجراحية التي أجريت له بناء على طلبه ولم تكن استجابة لضرورة علاجية حتمية[1] .

إن صمود محكمة النقض الفرنسية وعدم إعترافها بالتغيير الجنسي، جعل القضاء الفرنسي يتعرض لعقوبات من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان[2] على أساس حرية الأشخاص في التصرف في أجسادهم،رغم أن بعض المحاكم الإبتدائية كانت تعترف بهذا التغيير في بعض المناطق الفرنسية مما أدى إلى تناقض في المواقف،مما جعله يعدل عن موقف الثابت ويسلك منعرجا حاسما بتاريخ 1992/12/11 حينما أصدرت قرار بدوائرها مجتمعة قبلت بذلك دعوى التغيير الجنسي و سببت قراراها على حرية الشخص في تغيير جنسه وفق قناعته، وأن دور القضاء ينحصر في إحترام واختيار حرية الفرد .مما سبق يظهر جليا أن القضاء الفرنسي كان معارضا لفكرة التغيير الجنسي رغم الضغوطات الخارجية لكن سرعان ما عدل عن موقفه و استجاب لأفكار الشواذ والمنحطين ومكنهم من تغيير جنسهم و تغيير جنسهم في وثائق الحالة المدنية [3] .

و بخصوص جديد قضايا التغيير الجنسي في القضاء الفرنسي نذكر على سبيل المثال:

---

[1] مقتبس عن سعيدان أسماء ، المرجع السابق ، ص 630.

[2] 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.

و جاء مضمون قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان رقم / 232ج ل 25 مارس 1992 في قضية Norbert .B ضد فرنسا

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.

[3] محاضرة تحت عنوان التغيير الجنسي، ألقيت علينا "نحن طلبة الماجستير قانون طبي" في مقياس المسائل الطبية الماسة بالأسرة تحت إشراف الدكتور تشوار جيلالي ، بتاريخ 2014/02/23 .

1 – في سنة 2011 تقدم شخص يدعى وينفريد أفريون(41 سنة) بطلب إلى المحكمة العليا في مدينة بريست، بغرب فرنسا، لتغيير اسمه إلى «كلوي»، وجنسه من ذكر إلى أنثى، وتصحيح الوثيقة الرسمية المسماة «دفتر العائلة»،مع بقائه مرتبطا برباط الزواج مع زوجته ماري.و كان هذان الزوجان قد تزوجا منذ 14 عاما وأنجبا 3 أولاد. وأثارت هذه القضية جدلا قانونيا ودينيا معمقا، لأنها الأولى عمليا في فرنسا،لأن المشرع آنذاك كان قد أباح عمليات تغيير الجنس نظريا سنة 1992، ووجد نفسه يواجه حالة استثنائية بسبب زواج المتحول جنسيا ورغبته في البقاء مع زوجته. وهذا يعني نوعا من الاعتراف بزواج المثليين الذي لم يكن يعترف به حتى سنة 2013 (قانون 2013–404 بتاريخ 2013/05/17) وكان هذا الشخص يشعر بأنه أنثى منذ كان في الرابعة من العمر، وأنه الآن يريد أن يستخرج هوية رسمية باسم « كلوي» لكي تكون أوراقه الثبوتية منسجمة مع مظهره لأنه يواجه مشاكل يومية كلما طلب منه إبراز هويته، عند السفر أو تحرير صك أو مراجعة المصالح الرسمية، لأن صورته في الهوية لا تتطابق مع شكله النسائي. وثمة من يتصور أنه امرأة تستخدم هوية زوجها، ويطلب منه الحصول على ترخيص بذلك. ومن شأن تصحيح الهوية أن يحل هذه المشاكل، بالإضافة إلى الاستفادة من التسهيلات الضريبية التي يحصل عليها المتزوجون.أما عن زوجته ماري، فقال وينفريد إنها كانت، دائما، تميل إلى بنات جنسها، وهي إنما تزوجته بسبب خصاله الأنثوية. لكن الزوجين لم يحتملا الاستمرار في تمثيل دور الزوجين «الطبيعيين» بعدما تجاوز أولادهما سن الطفولة، وبالتالي، قررا مواجهة المجتمع بالحقيقة[1].

2 – في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر عن الغرفة المدنية الأولى تحت رقم 106 بتاريخ 2013/02/13 رفضت طلب التغيير الجنسي بحجة أن المدعي لم يقدم ما يثبت الحقيقة الجوهرية لميوله الجنسي و استناده أنه ينتمي للجنس الأخر في نظر الغير غير كافي لقبول طلبه[2].

3 –في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر عن الغرفة المدنية الأولى تحت رقم 108 بتاريخ 2013/02/13 رفضت طلب التغيير الجنسي لحجة أن الشهادة الطبية المقدمة من طرف المدعي

[1] Article publie sur le journal le Parisien , le 211/2011 , http://www.leparisien.fr

[2] للمزيد من التفاصيل ،أنظر القرار رقم 106،محكمة النقض الفرنسية ، بتاريخ 2013/02/13، قائمة الملاحق .

بتاريخ 2009/04/23 و التي تثبت تناوله للهرمونات الأنثوية منذ 2004 غير كافي لإثبات قبول طلبه والمتمثل في تغيير حالته الجنسية في أوراقه المدنية من ذكر إلى أنثى[1] .

ثانيا : موقف القانون والقضاء الجزائريين

نشير إلى أن القانون الجزائري لم يتطرق لعملية التغيير الجنسي بنصوص قانونية واضحة ومباشرة، لكن يمكن استخلاص بعض القواعد من خلال تصفح القوانين التي لها علاقة بالموضوع مثل قانون الأسرة وقانون العقوبات و مدونة أخلاقيات مهنة الطب .

أ-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 الزاج أن يكونا طرفاه رجل و إمراة (شرط اختلاف الجنس)[2] ومن هذا المنطلق فالزواج المبرم بين شخصين من نفس الجنس بين رجلين أوإمرأتين 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 إلى تغيير الجنس ودون دواع جسدية صريحة وواضحة فيعتبر حرام شرعا ، ويترتب على ممارسة مثل هذا النوع من العمليات الجراحية المسؤولية الجنائية للطبيب ، وندعم هذه الفكرة بما رواه البخاري عن أنس قوله « لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم المخنثين من الرجال و المترجلات من النساء »[5] .

وفي حالة ما تقدّم المغير جنسه 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

---

[1] للمزيد من التفاصيل ،أنظر القرار رقم ، محكمة النقض الفرنسية ،108 بتاريخ 2013/02/13، قائمة الملحق .

[2] المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري تنص« 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»

[5] محمد مختار الشنقيطي، المرجع السابق ، ص 201 .

يوقعه في غلط و يصبح العقد كأن لم يكن لأنه لم يدل بحقيقته إلى الطرف الثاني الذي يجهل الحقيقة وسواء ثم التغيير الجنسي قبل أو بعد الزواج لأنه يعتبر زواج مثلي الجنس[1] .

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 التغيرقد تم قبل الزواج أو بعده .

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»[2].

ونشير في الأخير 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 500 إلى 2.000 دينار.

وإذا كان أحد الجناة قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة فيجوز أن تزاد عقوبة البالغ إلى الحبس لمدة ثلاث سنوات وإلى غرامة 10.000 دينار»[3].

ب-قانون العقوبات الجزائري

إن كل عملية جراحية لابد أن تتصرف لغرض طبي علاجي، أما إذا انعدم الغرض مثلما هو الحال في تغيير الجنس، فإن الطبيب يخرج عن رسالة النبيلة وظائف مهنته، ويفقد الحصانة

[1] لتفاصيل أكثر ، راجع المحاضرات التي ألقيت على طلبة الماجستير ، المرجع السابق .
[2] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...،المرجع السابق ، ص 473.
[3] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق ...، المرجع السابق ، ص41 .

الطبية، ويتعرض 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 والسند القانوني في ذلك المادتان 274 و264 .

فالمادة 274 من قانون العقوبات نصت على « كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة.»[1]. 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 أو الإعتداء يعاقب بالحبس من شهرين الى خمس سنوات، و بغرامة من 500الى 10.000 د.ج، 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

[1] المادة 274 من الأمر رقم 66–156 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

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] .

إن عمليات تغيير الجنس تعد انتهاكا صارخا للكرامة الإنسانية في غياب نصوص قانونية محددة و صارمة 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 .

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فلا يوجد لحد الساعة قضايا متعلقة بالتغيير الجنسي[2]، و هذا راجع للطبيعة الأخلاقية والدينية للمجتمع الجزائري، ولا أتصور أن يقوم مواطن جزائري باللجوء إلى تغيير جنسه وعرض قضيته على القضاء، رغم أنه في الآونة الأخيرة بدأت تنشر ظاهرة التخنث والتشبه بالجنس الآخر من خلال اللّباس وتحليقة الشعر،فهل هذه بوادر التوجه نحو التحول الجنسي ؟

ثالثا –موقف القانون و القضاء المصري

على عكس القضاء الجزائري،كان للقضاء المصري والتونسي فرصة للفصل فى دعوي تغيير الجنس رغم أنها ظاهرة دخيلة على المجتمعات العربية الإسلامية، سنحاول عرض تجربة و موقف القضاء المصري في هذا المجال .

نشير في البداية إلى أنه لا زال القضاء المصري تعرض عليه قضايا التحول الجنسي إلى يومنا هذا و كأن الشعب المصري أصبح ينافس الشعوب الأوربية في هذا المجال، و قد بدأت قضية التحول الجنسي في البداية بقضية الطالب "سيد" و التي سنسرد حيثياته لتبسيط الصورة

« ...اصطحبت الأم ابنها "سيد" إلي الطبيب، فطلب منها إجراء التحاليل الطبية والفحوصات وجاءت النتائج تؤكد أن نسبة الشعور بالأنوثة عند «سيد» تطغي علي الذكورة، وكان القرار الحاسم ضرورة

[1] مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...،المرجع السابق ، ص 474.

[2] 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.

إجراء عملية جراحية لتصحيح الجنس سنة 1988 بعد إجراء عدة جلسا نمه الطبيب النفساني، ولم يكن القرار عاديا في بلد إسلامي، وكلام الجيران والأقارب والزملاء لم يتوقف.

وبعد 3 ساعات داخل غرفة العمليات تحول «سيد »إلي «سالي» ومن شاب إلي فتاة، وانتهت رحلة شقاء سالي «سيد سابقا» لتبدأ رحلة تغيير الأوراق الرسمية، وقدمت طلبا بنقلها من كلية طب بنين إلي كلية طب بنات بعد إجرائها عملية تصحيح جنس وتحولها من ولد إلي بنت، وعند هذه المحطة انقلبت الدنيا داخل جامعة الأزهر، وتم تصعيد الواقعة إلي رئيس الجامعة. وكانت سالي في السنة الخامسة بكلية الطب وقت تصعيد الموقف، وعقد عميد الكلية مجلسا تأديبا في 13 أبريل سنة 1988 واتخذوا قرارهم بفصلها من الجامعة، وعللوا قرارهم بأنهم لا يعرفون الجنس الصحيح لهذه الطالبة أو هذا الطالب، وقدموا بلاغا للمستشار جمال شومان النائب العام حين ذاك، واتهموا فيه الطبيب الذي أجري العملية الجراحية بتشويه مواطن.

أحال النائب العام البلاغ إلي نيابة الجيزة التابع لها المستشفي وتم التحقيق مع الطبيب والطالبة وأسرتها، وانتهي التحقيق في البلاغ بالحفظ في أول أكتوبر 1989. وانتهت سالي من المشكلة الأولي إلا أنها اصطدمت بمشكلة أخرى عندما اتجهت إلي محكمة القضاء الإداري للطعن في قرار إدارة جامعة الأزهر بفصلها من كلية الطب وحرمانها من استكمال دراستها.

قدم دفاع سالي الدكتور بدر طه قنديل المحامي صورة من نص القانون الدستوري الذي يمنح فرصة التعليم لجميع المواطنين، فيما أكد محامي جامعة الأزهر أن الطالبة تمارس مهنة الرقص، ولا يصح إلحاقها بجامعة الأزهر الإسلامية وقدم دفاع الأزهر عددا من الصور الفوتوغرافية للطالبة ببدلة الرقص، وقضت المحكمة بعدم قبول الطعن، وأيدت قرار رئيس جامعة الأزهر. وتقدم محامي سالي باستشكال أمام المحكمة الإدارية العليا والتي أحالت القضية إلي هيئة المفوضين، وجاء ردها الذي أعده المستشار حسين محمد صابر نائب رئيس هيئة المفوضين، بعدم قبول الاستشكال استنادا إلي عدم قبول إلحاق راقصة في جامعة الأزهر، باعتبارها جامعة إسلامية.وبعد أكثر من 18 سنة من التقاضي، أسدلت المحكمة الإدارية العليا الستار علي القضية وقررت إلغاء الحكم المطعون فيه وإلزام الجهة الإدارية «جامعة الأزهر» بإعادة الطاعنة إلي كلية

طب البنات لاستكمال دراستها. وأكدت المحكمة في حكمها أن الطاعنة بتغيير جنسها إلي أنثي قد أصبحت في مركز قانوني جديد وعوملت علي هذا الأساس بصفتها ونوعها الجديد.و كانت 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 حتي 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».[1] هكذا انتهت قصة «سيد» أي «سالي» بالإعتراف لها قانونا بالوضع الجديد ،وما يترتب على ذلك من أثار اجتماعية و دينية .

ونلخص مراحل القضاء المصري اتجاه هذه القضية في 04 مراحل :

المرحلة الأولى : حكم محكمة القضاء الإداري رقم 42/5432 جلسة 1971/07/02 .

–أقام المدعي"سيد محمد عبد الله مرسي"دعوى ضد رئيس جامعة الأزهر يطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرارالصادر بفصله،وبجلسة 1989/11/13 قضت المحكمة في الشق الإستعجالي بقبول الدعوى شكلا و برفض وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي

[1] 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 تاريخ الإطلاع 2016/05/30 .

الدولة لتقديم التقرير القانوني في طلب الإلغاء.أما في الشق الموضوعي ففي جلسة 1991/07/02 أصدرت المحكمة حكمها بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية الطب لوقوعه في غير محل.وأسّست المحكمة حكمها على قرار مصلحة الطب الشرعي "إن الطالب بعد إجرائه هذه العملية الجراحية صار أنثى رغم عدم وجود رحم أو مبيض أو حدوث دورة شهرية وعاملته الجهات الرسمية فعلا على أنه انثى،حيث صدر بيان تصحيح وإبطال قيد...بإعادة إسم المولود من سيد إلى سالي والنوع من ذكر إلى انثى"[1].

المرحلة الثانية: حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 50/4019 جلسة 1999/09/28

بصدور قرار جامعة الأزهر رقم 622 بفرص البقاء المقررة لطلاب الجامعة تقدم الطالب / سيد محمد عبد الله "سالي" بطلب إلى رئيس الجامعة قصد تسجيله بكلية الطب بنات ،إلا أن رئيس الجامعة و عميد الكلية امتنعا عن إصدار القرار بذلك ، مما دفع بالطالب إلى رفع دعوى بتاريخ 1996/02/10 مطالبا بوقف تنفيذ و إلغاء القرار السلبي من قبل الجامعة بالإمتناع عن قيده . وبجلسة 1999/09/28 قضت المحكمة برفض الدفع بعدم جواز النظر في الدعوى لسابقة الفصل فيها ،وبرفض الدفع بعدم قبول الدعوى لإنتفاء القرار الإداري وقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع إلغاء القرار المطعون فيه و استندت المحكمة في حكمها إلى المادة 18 من الدستور المصري " التعليم حق تكفله الدولة" [2] .

المرحلة الثالثة: حكم محكمة القضاء الإداري رقم 54/1487 جلسة 2000/06/20 .

بدأت هذه المرحلة بالتماس إعادة النظر أقامه رئيس جامعة الأزهر ضد "سالي" بتاريخ 1999/11/14 طالبا الحكم بقبول الإلتماس بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه رقم 50/4019 و في الموضوع إلغاء هذا الحكم و القضاء مجددا برفض الدعوى .وأسست الجامعة التماسها على سببين ،**الأول** أن الملتمس ضدها أدخلت غشا على المحكمة حيث لم توضح صحيفة دعواها أنها تتخذ من الرقص في الملاهي حرفة و نشاط . **الثاني** أن الجامعة قد تحصلت بعد

[1] ملخص حكم محكمة القضاء الإداري رقم 42/5432 ،مقتبس بوشي يوسف ،المرجع السابق ، ص 260.
[2] ملخص حكم محكمة القضاء الإداري رقم 50/4019 ،مقتبس بوشي يوسف ،المرجع السابق ، ص 261.

صدور الحكم الملتمس فيه على أوراق قاطعة في الدعوى و هي المحضر رقم 96/2527 جنح الأزبكية المحرر ضد الملتمس ضدها بمعرفة ضابط الآداب إتيانها أفعالا مخلة بالآداب .و عليه صدر الحكم في 2000/06/20 بقبول الإشكال و في الموضوع بعدم جواز تنفيذ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري جلسة 1999/09/28 ، وألزمت المستشكل ضده المصروفات[1] .

المرحلة الرابعة: الطعن في الحكم السابق "حكم 2000/06/20 " امام المحكمة الإدارية العليا

بعد بحثنا توصلنا إلى أنه بعد أكثر من 18 سنة من التقاضي، أسدلت المحكمة الإدارية العليا الستار علي القضية وقررت إلغاء الحكم المطعون فيه وإلزام الجهة الإدارية «جامعة الأزهر» بإعادة الطاعنة إلي كلية طب البنات لاستكمال دراستها، وأكدت المحكمة في حكمها أن الطاعنة بتغيير جنسها إلي أنثي قد أصبحت في مركز قانوني جديد وعوملت علي هذا الأساس بصفتها ونوعها الجديد[2] .

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 الذكورة، وبهذا يكون القضاء المصري قد أخذ بالمعيار النفسي الإجتماعي لتحديد الجنس،وعلى هذا الأساس ُسمح للطلب بتغيير جنسه من ذكر إلى أنثى[3].

لكن حسب رأينا أن هذا الإعتراف سيفتح المجال واسعا أمام الشواذ للعبث بتقاليد المجتمعات العربية الإسلامية و يلبي رغباتهم النفسية و الجنسية، وهذا ما يحدث حاليا في مصر حيث أصبحت تعرض على المحاكم قضايا من هذا النوع، وندعم رأينا بأخر القضايا المعروضة على القضاء المصري والتي طلب 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

[1] ملخص حكم محكمة القضاء الإداري رقم 54/1487 ،مقتبس بوشي يوسف ،المرجع السابق ، ص 262.

[2] أشرنا إلى هذا الحكم سابقا ، ص 63

[3] أنظر،مكرلوف وهيبة ،المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب الطبية المستحدثة في الطب و الجراحة ،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة تلمسان 2004–2005 ،ص ، 107.

"**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 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] .

[1] للمزيد من التفاصيل يرجى تصفح مجلة روز اليوسف ،على الموقع الإلكتروني :
http://www.rosaelyoussef.com/news/195251/-القضاء-الادارى-يهيب-بمجلس-النواب-إصدار-قانون-ينظم-التحول-الجنسى-فىمصر

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.

أما بخصوص القانون، فلم يصدر لحد الساعة تشريع خاص بالتحول الجنسي،يمنع أو يجيز هذه الظاهرة، رغم مطالبة جهات عديدة منها القضاء الإداري الذي طلب من البرلمان إصدار تشريع خاص بالتحول الجنسي كما أشلانا إليه سابقا ،إلا أنه لازال يطبق القواعد العامة مثل قواعد قانون العقوبات المادة 240[2] منه .

الفرع الثالث
حكم التغيير الجنسي في الشريعة الإسلامية

لم تترك الشريعة الإسلامية واقعة دون الحكم بحرمتها أو جوازها لكن هناك بعض الموضوعات المستجدة لا بد من معرفة رأي الشرع فيها، حتى يمكن الحكم على هذه الموضوعات ومن بين تلك الموضوعات هي التحول الجنسي. فهل يجوز تحويل الذكر إلى أنثى أو بالعكس ؟

---

[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 ، المرجع السابق ، ص 448 .

[2] المادة 240 تنص « كل من أحدث بغيره جرحاً أ وضرباً نشأ عنه قطع أو انفصال عضو فقد منفعته أ ونشأ عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين أو نشأ عنه عاهة مستديمة يستحيل برؤها يعاقب بالسجن من ثلاث سنين إلى خمس سنين ،أما إذا كان الضرب أو الجرح صادراً عن سبق إصرار أو ترصد أو تربص فيحكم بالشغال الشاقة من ثلث سنين إلى عشر سنين. ويضاعف الحد القصى للعقوبات المقررة بالمادة 240 إذا ارتكب الجريمة تنفيذا لغرض إرهابي .

وتكون العقوبة الشغال الشاقة لمدة لا تقل عن خمس سنين إذا وقع الفعل المنصوص عليه فى الفقرة الأولي 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 فى الفقرة السابقة أن يقع الفعل المشار إليه فيها خلسة »، قانون العقوبات المصرى طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 95لسنة 2003 م.

أثارت هده الحالة جدلا بين فقهاء الشريعة الإسلامية فتباينت أرائهم الأمر الذي أدى إلى عقد ندوات لإبداء رأيهم و توجهاتهم .

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم التحول الجنسي للمرضى النفسانيين بالجنس الآخر، أي للذكر المريض نفسياً لكي يتحول إلى أنثى، وللأنثى المريضة نفسياً لكي تتحول إلى ذكر،يمكن إجمال هذا الخلاف في اتجاهين:

الاتجاه الأول : يرى جواز إجراء تلك العمليات من التحول لأنها في الحقيقة تصحيح للجنس، والعلاج من المرض النفسي لا يقل أهمية عن العلاج من المرض العضوي، والله تعالى يقول " وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا"[1] 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 اللّهِ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيّاً مِّن دُونِ اللّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَاناً مُّبِيناً"،فإن الفقرة من الآية الشريفة " وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ " 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 "[2]

وقد حثّنا الدين الإسلامي على العلاج و لتطبّب، فعن جابر أن رسول الله (ص) قال" إن لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله تعالى " هذا وقد كان رسول الله (ص) 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 (ص) والأئمة يراجعون الأطباء، لما لا يحذوا حذوهم فقهاء الدين ، خاصة وأن أهل الخبرة من علماء الطب و العلم 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 [3].

---

[1] سورة المائدة ،الاية 32.

[2] أنظر، طارق حسن كسّار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية ،العدد 01 ،جامعة ذي قار،كلية الآداب ، العراق ،ص220 ، منشورة علي الموقع الإلكتروني http://utq.edu.iq/Research/pdf10/11.pdf ،تاريخ الإطلاع 2016/05/30 .

[3] مقتبس عن طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص 220 .

أدلة القول الأول:

1-إن شروط الضرورة توفرت وعملا 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 [1].

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 إجرائه للعملية فيه ضرر كبير عليه سواء من الحالة النفسية أو الجسدية أو الاجتماعية.

2-إن الحديث عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : لعن رسول الله (صلى الله عليه وآله) 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 [2].

واستدلوا بأن تغيير الجنس يختلف عن التشبه بالجنس الآخر وبالتالي لا يدخل في النهي الوارد في حديث" لعن رسول الله عليه الصلاة والسلام المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال". ويرد عليه إن 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] مقتبس عن طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص221 .
[2] مقتبس عن طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص 221.

إن عملية تغيير الجنس لمريض الترانسكس 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[1].

3-قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم " لا ضرر ولا ضرار"[2]

وجه الدلالة :أن ترك مريض الترا نسكس 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 : و هو الإتجاه الغالب حيث يرى أن الله تعالى أقام توازنًا 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.

وأقرت 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 تعديًا على خلق الله وخروجًا على الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها. أما إذا كانت مثل تلك العمليات تشكل علاجًا ضروريًا كي تؤمن الانسجام بين المظاهر الجسمية الظاهرة لدى المريض وبين الجنس الذي أثبتت الخبرة الطبية الموثوق بها أنه ينتمي إليها

[1] محمد مختار الشنقيطي ،المرجع السابق ، ص 183.
[2] البخاري ،الجامع الصحيح، المرجع السابق ،
[3] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية ...،المرجع السابق، ص 465.

(تصحيح الجنس) وفقا 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 للمصاب بمرض الترانسكس،ومن بين أسانيدهم قوله تعالى " وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللّه"[2] .

وجه الدلالة إن الآية تضمنت حرمة تغيير خلق الله على وجه العبث ، وإن في جراحة تغيير الجنس تغيير لخلق الله، إذ يقوم الطبيب باستئصال الذكر والخصيتين ، وذلك في حالة تحويل الذكر إلى أنثى أواستئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الموجودة في الأنثى في حالة تحويلها إلى ذكر دون مبررات مقنعة.

أي إنّ تغيير الخلقة حرام، وإنّ تغيير الجنس يُعدّ تغييراً للخلقة 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:

الاحتمال الأول إنّ المقصود منها تغيير وضعية الخلقة.

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.[3]

---

[1] أنظر،فواز صالح ، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق – المجلد - 19 العدد الثاني ،كلية الحقوق، دمشق، 2003، ص 57–58، منشورة على الموقع الإلكتروني ، تاريخ الإطلاع 2016/05/31 .
http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/2003/19-2/saleh.pdf

[2] سورة النساء ، الآية 119 .

[3] طارق حسن كسّار ، المرجع السابق ، ص 224 .

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 وذلك مصداقا لقوله تعالى" فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لاَ تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّه"[1]

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 جداً، 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[2].

بالإضافة إلى أن هذا النوع من الجراحة ترتكب بسببه محظورات شرعية ،ككشف العورة كثيرة والإطلاع عليها وإطلاع الرجال على النساء والعكس دون مبرر شرعي ،لن الفقهاء اتفقوا على إباحة النظر للضرورة و الحاجة، وحيث لا ضرورة أو حاجة في التغيير للجنس الآخر فلا يجوز النظر إلى بدن المرأة الأجنبية[3].

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 التغيير، بقوله تعالى، مخبرا عن قول الشيطان "وَلَآمُرَنَهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّه""[4]، فقد جاء في صحيح مسلم، عن ابن مسعود أنه قال لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنامصات والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله عز وجل، ثم قال :ألا ألعن من لعن رسول الله، وهو في كتاب الله- عز وجل -يعني قوله " وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا"[5].

---

[1] سورة الروم ، الآية 30 .
[2] طارق حسن كستّار ، المرجع السابق ، ص 225 .
[3] عارف علي عارف القره داغي ، المرجع السابق ، ص522
[4] سورة النساء،الآية 119 .
[5] سورة الحشر ،الآية 7

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.

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[1] .

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 "[2] .

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 يدعي بأنه رجل مكتمل الرجولة ويرفض رجولته ويشعر بأنه انثى ويتصرف ويسلك سلوك الانثى وليست فيه عذاب نتيجة ذلك الشعور يقول:

[1] القرار رقم 05 ، الدورة 11 ،المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ،المرجع الإلكتروني السابق

[2] فتوى سيد طنطاوي، مقتبس عن مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...، المرجع السابق، ص .466

«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 والكبائر[1].»

بعد عرضنا لرأي الفقه الإسلامي يتبين لنا أنها لم تترك واقعة دون الحكم بجوازها أو حرمتها، فالتحول الجنسي هو اضطراب نفسي سلوكي، يعبر عن عدم رضا المريض ذكراً أو أنثى عن هويته الجنسية التي ولد بها. ولقد وردت آيات عديدة تبين أن تصوير الإنسان على صورته من ذكر أو أنثى هو أمر لله تعالى ، ونصت عديد الآيات أن تغيير الجنس لا يجوز شرعاً لأنه متضمن تغيير لخلق الله إلا في حالة الخنثى حتي يتم تصحيح الجنس فقط لأن العملية الجراحية لها دور كاشف، دون تغييره و هذا بتوافر شروط، وأن تغيير الجنس لمجرد دواعي نفسية فيه وقوع بالرذيلة والحرام .

الفرع الرابع
دوافع التحول الجنسي

لم يهتدي الطب في الماضي إلى الوصول لسبب وطبيعة هذا المرض النفسي وحتى الطب الحديث لا زال يتخبط في حصر أعراضه وطرق علاج المصابين به، خاصة وأن القضاء و الطب لم ينسجموا في تبرير توجهاتهم، فنجد أن الجانب الطبي في الدول التي أجازت التغيير الجنسي قد ساير الميول النفسي والجنسي للأشخاص 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

[1] فتوى الشيخ يوسف القرضاوي ، مقتبس عن مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق ...، المرجع السابق، ص 464.

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 و الدوافع 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 يمنة 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 .

*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 الجنسية، فإذا اتبعت الأسرة في تربية طفلها أساليب خاطئة كالتدليل الزائد والحرمان 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 خاصة 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.

*التنكر والتخفي من جريمة معينة ومن ثم يرغب في تغيير جنسه ليتنكر ويختفي من العدالة ليفلت من العقوبة

[1] راجع، RASSAT M.L,sex médecine et droit مقتبس عن مكرلوف وهيبة ،المرجع السابق ، ص 99.

*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[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] .

[1] طارق حسن كسّار، المرجع السابق ،ص.ص 218–219 .
[2] فواز صالح ،المرجع السابق ، ص71

خـــاتـــمـــــــة

لقد تناولنا في هذه الدراسة موضوع أحكام التصرف في الجسم البشري من خلال عرض بعض الصور الطبية والتصرفات القانونية التي يمكن أن ترد على الجسد، هذا الموضوع أصبح اليوم حديث الساعة ويعتبر من أهم و أحدث الدراسات سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، لإرتباطه بالعلوم الطبية الحديثة والتي أصبحت تعرف تقدما سريعا وعلاقته المباشرة بمبدأ حرمة جسم الإنسان الذي يعرف حماية خاصة.

غير أنه ولحداثة التنظيم القانوني لهذا في بلادنا وانعدام القرارات القضائية المنشورة 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.

ولقد عرفت تصرفات الإنسان في جسده في الوقت الحالي تغييرات كثيرة واختلفت عن التي كانت معروفة من قبل، والتي كان دافعها غالبا دافع عقائدي أو عادات وتقاليد، ليصبح الدافع منها الإنسانية أحيانا، أو التجارة أحيانا أخرى، وهذا ما جعل موقف القوانين يختلف من زمن إلى آخر.

هذا التطوّر العلمي أوجد بعض الأعمال المستحدثة المّاسة بسلامة الجسم، والتي فتحت مجالاً للجدل العلمي المثار بين علماء الطبّ والقانون والدين. وانصّب الجدل حول مشروعية الأعمال المستحدثة خلال السنوات الأخيرة ،لأنّها تميّزت ببعض الاختلافات عن الأعمال الطبيّة التقليدية التي تنصّب مباشرة على جسم الإنسان، مع خروجها على القواعد المستقرّة في علم الطب، وتمّس حقا من الحقوق المرتبطة بشخصية الإنسان، وهو الحق في التكامل الجسدي والذي يعتبر حقا مشتركًا بين الفرد والمجتمع عند فقهاء القانون، وحقًّا مشتركًا بين العبد وربّه عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

ففي ظل هذه التطورات لابدّ من توفير الحماية القانونية لجسم الإنسان من التّدخلات الطبيّة، التي من شأنها المسّاس بسلامة الجسم البشري الأمر الذي يستوجب معه قيام المسؤولية الطبيّة وتوقيع العقاب .

على مستوى التشريعات،ظهر 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 وضع ضوابط أخلاقية للأعمال الطبية .

والجدير بالذكر أن الإسلام اهتم بالعلم في كافة الميادين، فأول آية قرآنية نزلت قوله عز من قائل في سورة العلق في الآيات 1 إلى 5 من اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ، خَلَقَ الإِنسَانَ مِنْ عَلَقٍ، اقْرَأْ وَرَبُّكَ الأَكْرَمُ، الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ، عَلَّمَ الإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ"، وقوله تعالى في سورة فاطر في الآية 28 " إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ" . فالعلم في الإسلام يشمل كل العلوم بما فيها العلوم الطبية، ولكنه في نفس الوقت يحصرها في تلك التي تخدم مصلحة الإنسان، فهو يقضي بألا يترك الباب مفتوحا بدون ضوابط أمام دخول تطبيقات البحث العلمي إلى المجتمعات بغير أن تمر على الشريعة الإسلامية ، فلا يمكن السماح بمرور ما يضر الإنسان ولا يحقق مصلحة الأفراد و الجماعات.

ومن هذه الدراسة وصلنا إلى عدّة نتائج مهمّة، منها خاصة : أنه يجب وضع تعريف دقيق و شامل للعضو البشري حتى تحدد معالم المسؤولية الجنائية في حالة الإعتداء عليه .كما أنه 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 .

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. أمّا التجارب الطبية فهي ضرورية لتطور العلوم الطبية، وتعود بالفائدة على البشرية، حيث بفضلها تم اكتشاف علاج للكثير من الأمراض التي لم تفلح الوسائل التقليدية في القضاء عليها، ونظرا لكون هذه التجارب تمس مباشرة بجسم الإنسان فإنها تصطدم بمبدأ حق الإنسان
في سلامة جسده .هذا الأخير الذي يقتضي حظر المساس به، فيكون ممنوعا كل تدخل طبي
يؤدي إلى إحداث ضرر بجسم الإنسان، ولا يمكن لإرادة المضرور أن تمحو وصف الخطأ عن التدخل الطبي الذي ألحق ضررا بجسم الإنسان،

إن مبدأ معصومية الجسد ليس بالمبدأ المطلق، ترد عليه استثناءات من بينها التدخلات الطبية عليه من أجل مصلحة الإنسان، فالعمل الطبي يعد مشروعا كلما استهدف غاية علاجية، على غرار التلقيح الإصطناعي الذي يعتبر من الحلول المحققة للغريزة الفطرية –الإنجاب– إذا كان في إطاره الشرعي و القانوني .

أما التغيير الجنسي، هو عملية استبدال الشخص لجنسه ،عن طريق عملية جراحية يتم من خلالها تغيير الأعضاء الظاهرية للذكر بالأعضاء الظاهرية للأنثى،فهو تغيير ظاهري لا اكثر، إلآ أنه يثير مشاكل في الجانب القانوني (الحالة المدنية،مسائل الاسرة و غيرها...) .

وعليه نقترح توفير حماية أكثر للجسم البشري خاصة في ظل التطورات الحاصلة،وهذا لا يتأتى إلا بإصدار قانون خاص بنقل و زرع الأعضاء البشرية ،يكون مستقلا عن قانون الصحة العامة وترقيتها، والقيام بحملات وتوعية خاصة في الصحافة المكتوبة والمرئية والمساجد لزرع ثقافة التبرع بالأعضاء لإنقاد المرضى و التخفيف من ألامهم، وإخضاع المراكز التي تجري فيها عمليات التلقيح الاصطناعي لإشراف الدولة مباشرة. وفرض الصرامة والتشديد في المسائلة الجنائية للأطباء، في حالة إخلالهم بالشروط القانونية والطبية الواجبة عند نقل وزرع الأعضاء ،ووضع قانون أكثر وضوح وشفافية لتنظيم هذه الممارسات.بالإضافة إلى تجريم كل صور التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية وذلك بوضع نصوص رادعة لكل من يقوم بهذه العملية سواء من الأطباء أو الأزواج .

كما ندعو المشرع إلى إعتماد معيار الموت الدماغي صراحة وهو المعيار المعتمد في أغلب الدول العربية والغربية حتي يفتح المجال من الإستفادة من الأعضاء السريعة التلف.والمبادرة بإنشاء بنوك ومراكز لحفظ الأعضاء البشرية وإحاطتها بقواعد قانونية ووضعها تحت الرقابة. وعدم الإكتفاء بتحديد المسؤولية المدنية عن الإخلال بضوابط التجارب الطبية، فلابد من إضافة نصوص تتعلق بالمسؤولية الجنائية سواء في قانون حماية الصحة أو في قانون العقوبات لتحديد العقوبات المقررة على القائمين بالتجارب الطبية إذا نجم عنها وفاة أو الإصابته بعاهة مستديمة.

و خير ما أنهي به هذا العمل المتواضع، قول الحق تبارك وتعالى في سورة البقرة في الآية 32 :

" قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ."

الملاحق

1. قانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن زرع الأعضاء البشرية
2. Article : La loi peut-elle contrôler la validité du consentement ?
3. ———: Expérimentation sur l être humain .
4. Bilan d'Activité de greffe rénale (C.H.U Tlemcen) .
5. Arrêt N°764 du 16 septembre 2010(09.67-656) ,Cour de cassation , première chambre civile .
6. Arrêt N°757 du 07 juins 2012(10.26-947) ,Cour de cassation , première chambre civile
7. Arrêt N°106 du 13 février 2013(12.14-515) ,Cour de cassation , première chambre civile .
8. Arrêt N°108 du 13 février 2013(12.11-949) ,Cour de cassation , première chambre civile.
9. Code de Nuremberg
10. Déclaration d'Helsinki

قائمة المصادر و الملاحق

القرآن الكريم

I- المراجع الفقهية والقانونية باللغة العربية

أولا- المراجع الفقهية

1-البخاري،الجامع الصحيح،ج3، رقم 3036، دار طوق النجاة،1422 .

2-العسقلاني،فتح الباري لشرح صحيح البخاري،المجلد التاسع ،دارالكتب العلمية بيروت، 1989

3-بن عيسى رشيدة، الإستنساخ البشري(دراسة طبية فقهية قانونية)، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2014 .

4-صحيح مسلم«المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلّم»، دار طيبة، 2006 ،

5-طالب عبد الرحمن، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية و زرع الأعضاء ،دار الغرب للتشر والتوزيع ،2001.

6-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.

7-محمد بن فتوح الحميدي،الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم،الجزء الثاني،الطبعة الثانية، دار ابن حزم للنشر والتوزيع ،بيروت ،2002 .

8-وهبة الزحيلي،الجوانب الإنسانية والأخلاقية والدينية في الإستنساخ جدل العلم والدين والأخلاق ط1، دارالفكر، دمشق، 1998.

ثانيا – المراجع القانونية

أ – المراجع العامة

1- أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002.

2- إبن منظور جمال الدين بن مكرم، لسان العرب ، لمجلد 15 ، دار صادر ، بيروت .

3- عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ، ج5، الهبة والشـــراكة، دار النهضـــة العربية، الطبع والنشر والتوزيع ،1987 .
4-عبد العزيز لعشاوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، الجزء الثـــاني، دار هومـــة، الجزائـــر 2008 .
5-عمر حمدي باشا، عقود التبرعات(الهبة، الوصية،الوقف)،دارهومة للطباعة والنشر والتوزيـــع الجزائر، 2004 .
6- عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعيـــة، الجزائر، 2003 .
7- فتوح عبد الله الشاذلي،جرائم الإعتداء على الأشخاص والأمـــوال،دار المطبوعـــات الجامعيـــة، الإسكندرية، 2002 .
8- فريدة محمدي، نظرية الحق ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2002 .
9- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط 13 ،الدارالســـعودية للنشـــر والتوزيـــع، 2005
10- محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقـــوق الإنســـان، دار محمـــد الجامعـــة الجديـــدة، الإسكندرية ،2012.
11 -محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، بدون دار النشـــر، 2002 .
12-محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم ،قانون العقوبات الخاص ،الطبعـــة الثانية،المؤسســـة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ،1999 .
13- محمود أحمد طه،المسؤولية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة،مركز الدراسات والبحوث، الريـــاض 2001 .
14- منصور رحماني،الوجيز في القانون الجنائي العام،دار العلم للنشر والتوزيع ،عنابة 2006.
15- هدى حامد قشقوش، جرائم الإعتداء على الأشخاص (الإعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم)، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ، 1994.

ب- المراجع المتخصصة

1-أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشـــروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دار النهضة العربية، مصر،1999.

2-أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية والإقتصادية، الإسكندرية ، 1999.
3-أحمد محمد عيد، قانون البيولوجية البشرية مع ملحق بتقنين الصحة العامة الفرنسي،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2014
4-أحمد محمد لطفي أحمد،التلقيح الإصطناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء،دارالفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
5- إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ،الإسكندرية، 2009 .
6-الوحيدي شاكر مهاجر، مدى مشروعية نزع الأعضاء البشرية والتصرف فيها، دراسة مقارنة، مكتبة ومطبعة دار المنارة، غزة، 2004.
7-بلحاج العربي،أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ،2012 .
8-تشوار جيلالي،الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون،الجزائر،2001 .
9-حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2008 .
10- حسني عودة زعال، التصرف الغير مشروع في بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة،الدار العلمية الدولية، الأردن ، 2004.
11-حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية القاهرة ، 2008.
12-رايس محمد،المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2007 .
13-زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الهدى للطباعة والتويع، الجزائر،2010 .
14-سناء عثمان الدبسي،أحمد اللدن، الإجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الإصطناعي،الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2010 .
15-سميرة عايد الديات، عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت لبنان ، 2004 .
16-شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة والقوانين الوضعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001

17–صابر محمد السيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشـــرية الجامـــدة ،دار الكتـــاب القانونية ، مصر، 2008 .
18–طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة 2001 .
19–عبد الله إبراهيم موسى،المسؤولية الجسدية في الإسلام،الطبعة الأولى، دار ابن حزم،1995.
20–علي محمد بيومي، أضواء على نقل و زراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005
21–عمرون شهرزاد،أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلـــى الأحيـــاء فـــي الفقـــه الإسلامي والقانون،دراسة مقارنة،دار النهضة العربية للنشر التوزيع،بيروت ،2012.
22–فرج محمد محمد سالم،وسائل الإخصاب الطبي المساعد و ضوابطه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ،الطبعة الأولى ،مكتبة الوفاء القانونية ،مصر،2012 .
23–كمال محمد السعيد عبد القوي عون،الضوابط القانونية للإستنساخ دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية ، 2013 .
24–مرعي منصور عبد الرحيم ،الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،2011.
25-مروك نصر الدين،نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقـــارن والشـــريعة الإســـلامية دراسة مقارنة،الجزء الأول،الكتاب الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر 2003.
26 مروك نصر الدين،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن الشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004.
27–محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي ،أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مطبعة جامعة الكويت، 1991 .
28–محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عليها،الطبعة الثانية ،مكتبة الصحابة، جدة،1994 .
29–محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب الطبية المستحدثة في الطب والجراحة، دراسة مقارنة،الطبعة الأولى،دار النهضة، القاهرة، 1998
30–منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، الطبعة الأولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ،2002
31–منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية، 2008

32–مهند صلاح أحمد فتحي العزة،الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2012.
33–ميرفت منصور حسن ،التجارب الطبية و العلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،2013.
34–نسرين عبد الحميد نبيه،نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقوانين الوضعية،الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر،الإسكندرية ، 2008.
35–هشام إسماعيل السحماوي ،إيجار الرحم دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية، 2013 .
36–هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحضر والإباحة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2003.

ثالثا – الرسائل والمذكرات

أ –رسائل الدكتوراه

1– أحمد عبد الدائم،أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني،رسالة دكتوراه،جامعة روبير شومان، ستراسبورغ ،1995
2– 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 .
3– النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2013/2012
4– بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا –دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ،2013/2012 .
5– رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب،أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2011 .
6–راحلي سعاد،النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية،أطروحة دكتوراه علوم،القانون الخاص ،جامعة الجزائر،2014.
7–عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان ، 2004–2005.

8–سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق بن عكنون 2013/2012.
9–مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، رسالة دكتوراه دولة جامعة الجزائر،1996 .

ب– مذكرات الماجستير

1–برني نذير، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة تلمسان،2011–2012 .
2– خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير ،دار الفكر والقانون ،مصر، 2010 .
3–مختاري عبد الجليل،المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2006–2007 .
4– مكرلوف وهيبة،المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب الطبية المستحدثة في الطب والجراحة ،مذكرة ماجستير،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة تلمسان 2004–2005 .
5– مليكة غريب، الاستنساخ بين الحظر والإباحة(دراسة مقارنة) مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة ، بن عكنون،الجزائر، 2009.

رابعا – المقالات

1– بوسندة عباس، مقال تحت عنوان الحماية الجنائية للإنجاب البشري، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، منشورات جامعة معسكر، جوان 2010، العدد2.
2– بلحاج العربي ،حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الجزائر،1993 ،العدد 31 .
3– تشوار جيلالي،الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.ا.س، جامعة الجزائر، جزء 36 ، رقم 04 ، الجزائر ، 1998.
4– تشوار جيلالي ، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية ،جامعة تلمسان، 2008، رقم 06.
5– تشوار حميدو زكية ،شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان ،2006 ، عدد 04.
6– حسن علي الشاذلي، الاستنساخ، حقيقته، أنواعه، حكم كل نوع في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، العدد العاشر .

7- دلال وردة، زواج مثلي الجنس،مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان،2014،عدد 17 .
8- رايس محمد، مدى مشروعية الاستنساخ وفقا لقواعد القانون الخاص، مجلة المحامي، منظمة المحامين سيدي بلعباس، 2004 ، العدد 3 .
9- عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، العدد الثاني.
10- قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الإصطناعي تعريفه ، نشاته وموقف المشرع الجزائري منه مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، العدد الثالث 2007 .
11- قاشي علال، التصرفات الواردة على جسم الإنسان ومدى مشروعيتها، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد خاص بالملتقى الوطني حول " الحقوق الشخصية "، جامعة تلمسان، 2008 ، رقم 06.
12- مروك نصر الدين، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية، 2001، ع2 .
13- مروك نصر الدين ، التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشريعة الاسلامية ، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، الجزائر، 1999 ، ص 85، العدد 2.

خامسا – بحوث على الانترنيت

1- أكرم محمود حسين البدو وبيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم ،بحث منشور على شبكة الأنترنيت :
http://www.uomosul.edu.iq/college/rights/files/files/files_7309376.pdf .
تاريخ الإطلاع : 2015/10/06
2- خليل حسين ، حقوق الإنسان في ميثاق الأمم المتحدة والإتفاقيات الدولية، بحث منشور على شبكة الأنترنيت
http://drkhalilhussein.blogspot.com/2013/05/blog-post.html، تاريخ الإطلاع : 05 /2015/04 .
3-رجب التميمي، أطفال الأنابيب، بحث منشور على شبكة الأنترنيت http://www.feqhweb.com/vb/t3712.html ، تاريخ الإطلاع 2015/12/29 .
4 – زغلول النجار،موقف العلم و الشرع من إستنساخ البشر، بحث منشور على شبكة الأنترنيت ، تاريخ الإطلاع:2016/02/02

http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=1629
5- سعيد محمد 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
6- طارق حسن كسّار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، بحث منشور على شبكة الأنترنيت،http://utq.edu.iq/Research/pdf10/11.pdf ،تاريخ الإطلاع : 2016/05/30 .
7- عبد الناصر أبو البصل، حفظ الأجنة و الخلايا التناسلية و أحكامها الشرعية ، بحث منشور على شبكة الأنترنيت ،
http://journals.yu.edu.jo/ayhss/AYHSSIssues.htm،تاريخ الإطلاع 2016/02/02
8- فواز صالح ،جراحة الخنوثة وتغير الجنس في القانون السوري، بحث منشور على شبكة الأنترنيت،
http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/old/economics/2003/19-2/saleh.pdf ، تاريخ الإطلاع :2015/12/31 .
9-قندلي رمضان، الحق في الصحة في القاانون الجزائري، دراسة تحليلية مقاربة، بحث منشور على شبكة الأنترنيت ،
http://revues.univ-ouargla.dz/images/banners/ASTimages/dafatirimages/DAFN06/D0614.pdf
10- ماهر حامد الحولي، الحكم الشرعي للتلقيح الإصطناعي في أطفال الأنابيب، بحث منشور على شبكة الأنترنيت ،
http://www.azahera.net/showthread.php?t=10253، تاريخ الإطلاع 2015/12/23
11-مصطفى العوض،موقف العلم والشرع من استنساخ البشر، بحث منشور على شبكة الأنترنيت ، تايخ الإطلاع2015/05/21 .
http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=1629
12 -موقف الجمعية العامة للأمم المتحدة حول فكرة الإستنساخ البشري، مقال منشور على شبكة الأنترنيت ،https://ar.wikipedia.org/wiki/ ، تاريخ الإطلاع 2016/02/01

سادسا -موقع إلكترونية

- أبحاث مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي،الموقع الإلكتروني :
http://www.feqhweb.com/vb/t3712.html
- رابطة العالم الإسلامي، الموقع الإلكتروني :

http://www.themwl.org/Fatwa/default.aspx?d=1&cidi=100&cid=12

-مجلة اليرموك عى الموقع الإلكتروني :
http://journals.yu.edu.jo/ayhss/AYHSSIssues.html

سابعا –المحاضرات

- تشوار جيلالي،محاضرة تحت عنوان التغيير الجنسي، ألقيت على طلبت الماجستير تخصص قانون طبي" في مقياس المسائل الطبية الماسة بالأسرة ، بتاريخ 2014/02/23 .

2–النصوص القانونية باللغة العربية

الدستور الجزائري لسنة 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 1996/12/07 ،ج.ر عدد 76 بتاريخ 1996/12/08)، المعدل بالقانون رقم 16–01، المؤرخ في 16 مارس 2016 ،ج .ر عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016

أولا –القوانين و الأوامر

1– .الأمر رقم 66–155 المؤرخ في 08 جوان 1966،المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.رعدد 84، المعدّل والمتمم بالأمر رقم 15–02 المؤرخ في 23 جويلية 2015، ج ر عدد 40 .

2– الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09–01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 ، ج.ر رقم 15.

3– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 2007/05/13 ، المؤرخة في 2005/06/26. ج.ر 44.

4– الأمر رقم 76–79 المؤرخ في 23 أكتوبر1976، المتضمن قانون الصحة العمومية، المؤرخة في 19 ديسمبر 1976 (الملغى)، ج ر عدد 101

5– القانون رقم 85–05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 ، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08–13 المؤرخ في 20 حويلية 2008 ، ج.ر عدد44 المؤرخة في 03 أوت 2008 .

6– الأمر 05–02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09،المتضمن قانون الأسرة.

ثانيا –المراسيم التنفيذية و القرارات

1–المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 ، المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب ،ج.ر عدد 52 ، المؤرخة في 08 جويلية 1992 .

2–قرارين وزاريين يحددان المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بنزع الأعضاء ، الأول رقم 39–89 صادر بتاريخ 26 مارس 1989، الثاني رقم 34 الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 .

3–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.

رابعا القانون المصري

1– دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 .

2– القانون رقم 131 لسنة 1948 ،المؤرخ في 29 جويلية 1948 ، المتضمن القانون المدني المصري.

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– قانون العقوبات المصري المعدل بالقانون رقم 95 لسنة 2003 .

6– قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم05 لسنة 2010 ،ج.ر عدد 09 مكرر 2010/03/12

7– لائحة آداب مهنة الطب المصري،الصادر عن وزير الصحة تحت رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 05 سبتمبر 2003 .

خامسا– القانون الفرنسي

1-Loi n°88-1138 du 20 décembre 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales , JORF du 22 décembre 1988.

2- 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.

3-Loi n°2004-800 du 06 août 2004, relative à la bioéthique, JORF 07 août 2004.

4-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.

5- Code civil français , modifié et complété par l' Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

6-Code pénal français , Version consolidée du code au 15 novembre 2014.

7-Code de Nuremberg , traduction et adaptation en français publie sur le site internet **: http://descobayesetdeshommes.fr/Docs/NurembergTrad**

8- Déclaration d'Helsinki, publiée sur le site internet **:**
http://descobayesetdeshommes.fr/Docs/032-HelsinkiVersions1964-2008.pdf

9- 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 site internet :
https://www.admin.ch/opc/fr/classified-ompilation/20011535/index.html.

11- Avis du 30 juin 2010 relatif à la prise en charge des personnes transsexuelles incarcérées . JORF n°0170 du 25 juillet 2010 ,publié sur le site :
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022512514

III-المراجع باللغة الفرنسية

1-Ouvrages Généraux:

1- OUSSOUKINE Abdelhafid **,**L'étique biomédicale, édition Dar El Gharb, Oran 2000.

2-COURBE Patrick**,** Droit de la famille, collection, compact, Armand Collin, 2ême éditions, 2001.

3- MARTINEZ Eric**,** les grandes décisions du droit médical, sous la direction de François VILLA, L.G.D.J, édition Alpha, Liban, 2010.

4- MONDEILLI Eric, L'essentiel de la bioétique et du droit de la biomédecine Extenso Edition , Paris 2008 .
5- SALAT BAROUX Fredirec**,** Les Lois De Bioétique, Edition Dalloz, Paris,1998 .
6- BRUNO Py. **,** Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale thèse droit Nancy,1993.
7- BERNARD pierre, Le Devoir d'information du patient ,Cahier des gestions hospitalière ,Paris2000.
8-ROBERT Jacques **,**Droits de l'homme et libertés fondamentales, collaboration de Jean Duffar,15é Edition – Domat droit privé, Montchrestien Paris 2009.

2-Ouvrages Spéciaux :

1- CLAVERT Andre, La fédération Française des CECOS, l'heure du doute, insémination artificielle ,Enjeux et problèmes éthiques, - Ethiques et sciences éd. John LIBBEY Eurotext, Paris, 2009.
2-COLLANGE François, Ethique et transplantation d'organe, Novartis, ellipses édition , 2000 .

3- 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.

Articles :

1- AMIEL PHILIPPE, Déclaration d'Helsinki, appendice électronique de Des cobayes et des hommes «Expérimentation sur l'être humain et justice», Paris ,Belles Lettres 2011. P 10, publié sur le site internet :
http://descobayesetdeshommes.fr/Docs/032-HelsinkiVersions1964-2008.pdf.
2-AMIEL PHILIPPE**,** Expérimentation sur l'être humain, article publie sur le site internet : **https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00867312/document.**

3-MEMETEAU Gerard, La loi peut-elle contrôler la validité du consentement? Faculté de droit et de sciences sociales, Université de Poitiers,2012, , publie sur le site internet :
http://www.espace-ethique-poitoucharentes.org/obj/original_151045-la-loi-peut-elle-controler-la-validite-du-consentement.pdf.
4-MARGARET SOMERVILLE, le consentement à l'acte médical, étude effectuée pour la commission de réforme du droit du canada,2011 , publié sur le site internet : **http://www.lareau-legal.ca/ConsentFrench.pdf.**
5- NAMUR LOUVAIN , expérimentation médicale ,article publié sur le site internet :
http://www.nrt.be/docs/articles/1969/91-6/1392-%C3%80+propos+de+**l'exp%C3%A9rimentation+m%C3%A9dicale+sur+l'homme.pdf .**

6-La quatrième génération des droits de l'homme , Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Bruxelles, Bruylant, 2000, publie sur le site internet :
http://www.gbv.de/dms/sub-hamburg/329039881.pdf

7-Définition de l'insémination artificielle , sur le site internet :
http://sante-medecine.journaldesfemmes.com/faq/15794-insemination-artificielle-definition.

الـــفـــهـــــرس

الـــــفـــهـــــــــرس

مقدمة..... 01

الفصل الأول : ماهية للجسم البشري ومظاهر التصرفات المتعلقة به 06

المبحث الأول : مـــاهـــية الجسم البشري 07

المطلب الأول : تعريف الجسم البشري وعناصره..... 08

الفرع الأول : تعريف الجسم البشري..... 08

الفرع الثاني : عناصر الجسم البشري..... 10

أولا: الأعضاء البشرية..... 10

ثانيا: منتجات الجسم..... 13

الفرع الثالث : معصومية الجسم البشري..... 15

المطلب الثاني : تحديد لحظة وجود الجسم و نهايته 17

الفرع الأول : لحظة وجود الجسم البشري 17

الفرع الثاني : لحظة تحول الجسم البشري إلى جثة 20

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة 22

أولا: المعايير العلمية للوفاة حسب القرار الوزاري المؤرخ في 1989/03/26 23

ثانيا :المعايير العلمية للوفاة حسب القرار الوزاري المؤرخ في 2002/11/19 23

المطلب الثالث : حق الشخص في سلامة جسمه..... 24

الفرع الأول : تعريف مبدأ الحق في سلامة الجسم..... 24

أولا : من الناحية القانونية..... 25

ثانيا : من منظور طبي..... 28

ثالثا : في الشريعة الإسلامية..... 29

الفرع الثاني : جسم الإنسان محل لحق عيني و لحق شخصي..... 30

أولا : جسم الإنسان محل لحق عيني..... 30

ثانيا : جسم الإنسان محل لحق شخصي..... 33

الفرع الثالث : الحماية القانونية لسلامة الجسم..... 34

أولا : في المواثيق الدولية..... 35
ثانيا : في القانون الفرنسي 38
ثالثا : في القانون الجزائري 39
المبحث الثاني : أهم مظاهر التصرف في أعضاء الجسم 41
المطلب الأول : بيع الأعضاء البشرية..... 41
الفرع الأول : تصنيف الأعضاء البشرية 41
الفرع الثاني : حكم بيع الأعضاء البشرية في القانون 44
الفرع الثالث : حكم بيع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية 48
المطلب الثاني : التبرع بالأعضاء البشرية 50
الفرع الأول : الأعضاء الجائز إستئصالها 51
أولا: التبرع بالأعضاء المزدوجة..... 52
ثانيا : التبرع بالأعضاء الوحيدة المتجدّدة..... 52
الفرع الثاني : الأعضاء التي لا يجوز التبرع بها 53
أولا: التبرع بالأعضاء الوحيدة غير المتجدّدة 53
ثانيا: التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات التناسلية 54
الفرع الثالث : الشروط الواجب توافرها في المتبرع 56
أولا : الشروط القانونية 57
ثانيا : الشروط الطبية 63
المطلب الثالث : الوصية المتعلقة بالأعضاء 67
الفرع الأول : أساس إباحة الإستقطاع من جثة الإنسان..... 67
الفرع الثاني : شروط إستئصال العضو من الجثة..... 70
أولا: الشروط العامة 70
ثانيا : الشروط الخاصة..... 71
الفرع الثالث : موافقة الشخص في التصرف في جسمه بعد موته 72
الفرع الرابع : انتقال حق التصرف في الجثة إلى الغير..... 76

أولا: حق الأسرة في التصرف في جثة المتوفي..... 76
ثانيا: سلطة الطبيب في التصرف في الجثة..... 78
الفصل الثاني : التصرفات الطبية الواقعة على الجسم البشري 82
المبحث الأول : ماهية التجارب الطبية 86
المطلب الأول : مفهوم التجارب الطبية على الإنسان..... 86
الفرع الأول : تعريف التجربة الطبية..... 86
أولا : لغة..... 87
ثانيا : اصطلاحا..... 87
الفرع الثاني : نطاق التجارب الطبية على الجسم..... 88
الفرع الثالث : شروط إجراء التجارب الطبية 90
أولا:الرضا..... 91
ثانيا:الأهلية..... 97
المطلب الثاني : أنواع التجارب الطبية 101
الفرع الأول : التجارب العلاجية والتجارب العلمية 102
أولا:التجارب العلاجية..... 102
ثانيا: التجارب العلمية..... 103
الفرع الثاني : التجارب الطبية في الإتفاقيات الدولية 102
أولا: تقنين نورمبرج 105
ثانيا :إعلان هلسنكي وطوكيو..... 107
المطلب الثالث : التجارب الطبية بين القانون والشريعة الإسلامية. 112
الفرع الأول : موقف الشريعة الإسلامية من التجارب الطبية..... 113
الفرع الثاني: الأساس القانوني للتجارب الطبية في التشريع الفرنسي..... 115
الفرع الثالث : الأساس القانوني للتجارب الطبية في القانون الجزائري..... 119
الفرع الرابع : الأساس القانوني للتجارب الطبية في القانون المصري..... 121
المبحث الثاني : بعض صور التدخل الطبي على جسم الإنسان 123

المطلب الأول : التلقيح الإصطناعي..... 124
الفرع الأول : مفهوم التلقيح الإصطناعي..... 125
الفرع الثاني : أنواع التلقيح الإصطناعي..... 128
أولا : التلقيح الإصطناعي الداخلي..... 128
ثانيا : التلقيح الإصطناعي الخارجي..... 130
الفرع الثالث : شروط التلقيح الإصطناعي 134
أولا: وجود العلاقة الزوجية 134
ثانيا: ضرورة رضا الزوجين أثناء الحياة الزوجية..... 137
ثالثا: تحديد سن معينة للمقبلين على التلقيح الإصطناعي 142
رابعا: أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها 143
خامسا: الغرض العلاجي 144
الفرع الرابع : مشروعية التلقيح الإصطناعي..... 145
أولا : موقف القضاء والقانون الفرنسي 145
ثانيا : موقف القضاء والقانون الجزائري 152
ثالثا : موقف الفقه الإسلامي 155
المطلب الثاني : الإستنساخ البشري 159
الفرع الأول : مفهوم الإستنساخ البشري..... 160
أولا: لغة..... 160
ثانيا: الإستنساخ في الإصطلاح الطبي والبيولوجي..... 161
الفرع الثاني: أنواع الإستنساخ البشري..... 163
أولا: الإستنساخ الجسدي اللاجنسي..... 164
ثانيا : الإستنساخ الجنسي..... 167
الفرع الثالث : مشروعية الإستنساخ البشري..... 169
أولا : في القانون الوضعي 169
I- القانون الفرنسي وفكرة الإستنساخ 169

II- الإستنساخ البشري في القانون الجزائري 171
III- موقف المشرع المصري من تقنية الإستنساخ البشري 171
ثانيا: نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية لفكرة الإستنساخ البشري 173
الفرع الرابع : تأثر الحياة الأسرية بالإستنساخ 180
المطلب الثالث : التغيير الجنسي 182
الفرع الأول : مفهوم التغيير الجنسي..... 183
أولا : تعريف 183
ثانيا : تمييز التغيير الجنسي عن بعض المفاهيم المشابهة له..... 185
الفرع الثاني :النظرة القانونية لظاهرة التغيير الجنسي 188
أولا : موقف القانون والقضاء الفرنسي 188
ثانيا : موقف القانون والقضاء الجزائري 191
ثالثا : موقف القانون والقضاء المصري..... 195
الفرع الثالث : حكم التغيير الجنسي في الشريعة الإسلامية 202
الفرع الرابع : دوافع التحول الجنسي 208
خاتمة..... 209
الملاحق..... 213
قائمة المصادر والمراجع..... 214
الفهرس..... 228

ملخص:

أمام العديد من الاكتشافات العلمية في المجالين الطبي والبيولوجي، جسم الإنسان ليس أقل من أن أصبح مادة للبحث والتجارب العلاجية، منها نقل وزرع الأعضاء، التلقيح الاصطناعي، التغيير الجنس، أو حتى الاستنساخ البشري.

كنتيجة حتمية لذلك، أدت هذه الاكتشافات إلى قيام ثورة فعلية علمية، التي يجب أن تطوق جيدا بتشريع يخلو من الغموض، حماية ليس فقط على الجسم البشري، بل على مستقبل البشرية كلها. ولذلك، ينبغي تقييد ممارسة هذه الاكتشافات بوضع، في هذا السياق، ضوابط وقواعد صارمة تؤدي إلى المسؤولية المدنية والجنائية في حالة الإخلال بها.

الكلمات المفتاحية : جسم بشري، تجارب، اكتشافات، تغيير جنسية استنساخ، الطبية، زراعة الأعضاء.

Résumé :

En présence des multiples découvertes scientifiques, tant médicales que biologiques, le corps humain n'est pas moins devenu qu'une matière, objet de la recherche et des essais thérapeutiques. Ainsi en est-il du transfert et de la transplantation des organes, de l'insémination artificielle, du transsexualisme, voire même du clonage humain.

De ce fait, ces découvertes ont provoqué une véritable révolution scientifique, laquelle doit d'être bien cadrée par une législation dépourvue de toute ambigüité, sauvegardant ainsi non seulement le corps humain, mais l'avenir de toute l'humanité. Il convient donc de limiter la pratique de ces découvertes par l'adoption, dans ce contexte, des règles strictes engageant la responsabilité aussi bien civile que pénale des contrevenants.

Mots-clés: Corps humain, expérimentation, découvertes, transsexualisme, clonage, greffe.

Abstract :

In the presence of multiple discoveries scientific, medical biological, the human body is not less that become a subject, object of research and therapeutic trials. So is the transfer and transplantation of organs, of the artificial insemination of transsexualism, or even of human cloning.

As a result, these discoveries have caused a scientific revolution, which must be well framed by legislation devoid of ambiguity, thus safeguarding not only the body, but the future of all humanity. Therefore, to restrict the practice of these discoveries by the adoption, in this context, strict rules engaging liability as well as criminal offenders.

Key words: Human body, experiments, discoveries, transsexualism, cloning, transplant.