

جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
التخصص: القانون

إشراف
أ. د. معاشو عمار

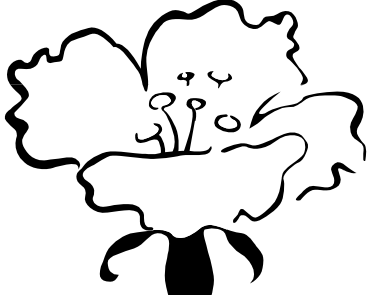
إعداد الطالبة
مواسي العليجة

لجنة المناقشة

أ. د. سي يوسف كجار حورية زاهية، أستاذة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيساً
أ. د. معاشو عمار، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفاً ومقرراً
أ. د. رايس محمد، أستاذ، جامعة تلمسان.....ممتحناً
د. قريمس عبد الحق، أستاذ محاضر "أ"، جامعة جيجل.....ممتحناً
د. خلفي عبد الرحمان، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية.....ممتحناً

تاريخ المناقشة 10 ديسمبر 2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



إهداء



أهدي هذا العمل المتواضع إلى:
روح أبي الطاهرة رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه.
أمي الغالية والحنونة حفظها الله بصحة وعافية.
أخواتي حبيبات قلبي سترهن الله.
زوجي رفيق دربي وعائلته الكريمة وفقهم الله.
أولادي فلذة كبدي وقرة عيني أ صلح الله
أموارهم ورعاهم وأنبتهم نباتا حسنا.
كل الأصدقاء والزلاء أعانهم الله
وكل من ساعدني في إنجاز هذا العمل ولو بكلمة
تشجيع جزاهم الله خيرا.

الطبعة

كلمة شكر



أشكر الله سبحانه وتعالى، ابتداءً، ثم أتقدم بخالص امتناني
وشكري إلى

الأستاذ الدكتور معاشو عمار

الذي تفضل بقبول الإشراف على هذا العمل، ودأبه على
متابعته فلم يبخل بأي جهد أو نصيحة أثناء إنجازه.
نفع الله به العلم وطلابه، وجزاه الله عنّي كلّ خير.

مواصي العليّة

مقدمة

يعد مبدأ حرمة جسم الإنسان وتكامله الجسدي من أهم الحقوق للصيقة بالشخص، ويعني به منع كل عمل غير إنساني من شأنه أن ينفي عن الإنسان صفة الشخص الإنساني، وهو مبدأ سجلي تتفرع عنه عدة مبادئ، أهمها: مبدأ سمو الكائن البشري، مبدأ معصومية الجسد⁽¹⁾، ومبدأ خروج الجسم عن دائرة التعامل، والذي يعتبر من المبادئ القانونية الثابتة والراسخة في علم القانون والذي يقصد به حظر على كل الشخص أن يتصرف في جسمه، كما يحظر على الغير ذلك. وعلى ذلك، فإن جسم الإنسان يخرج بحسب الأصل عن دائرة التعامل، ومن ثم لا يمكن أن يكون محلاً ممكنًا ومشروعاً للحقوق والمعاملات.

فقد أصبح هذا الحق يتمتع به كل من الفرد والمجتمع على حد سواء، إذ لا يمكن للمجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار، إلا إذا كان هذا الحق محاطاً بحماية خاصة

كما يعتبر ركيزة من ركائز البقاء لدى الإنسان، فحياة هذا الأخير هي أعلى ما يملك، وسلامة جسده قوام حياته، فالإنسان لا يستطيع أن يؤدي وظيفته اتجاه نفسه واتجاه مجتمعه إلا إذا كان متمتعاً بجسم قوي وأعضاء سليمة، فلا قيم للجسم في ذاته، إلا من خلال قدرة أعضائه على أداء وظائفها عامة.

فحق الإنسان في سلامة جسده يتطلب إذن تحقق ثلاثة عناصر تتمثل في كل من الحق في أن تظل أعضاء الجسم تؤدي وظائفها على النحو الطبيعي، والحق في الاحتفاظ بكل هذه الأعضاء كاملة، والحق في التحرر من الآلام البدنية وكل مساس بهذه الحقوق، يعد مساساً بالحق في سلامة الجسد.

بناءً على ذلك، وبما أن الله سبحانه وتعالى كرم الإنسان وفضله على سائر مخلوقاته، كما سخر له ما في الأرض جميعاً وأسبغ عليه نعمه الظاهرة والباطنة، وبما أن النفس الإنسانية مصونة ومكرمة سواء كان حياً أو ميتاً. فقد حرصت الشريعة الإسلامية على أن يعامل جسم الإنسان بما يليق بهذه المكانة، فحرمت الإضرار بسلامة جسده أو الاعتداء على حياته لقوله تعالى في سورة النساء الآية رقم 29: ﴿... وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾.

1 - فواز صالح، "مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية"، دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، 2011، ص ص 252 - 253.

وقوله تعالى أيضا في سورة المائدة الآية رقم 32: ﴿... مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا...﴾.

كما أصبحت حماية حياة الإنسان وسلامة جسده من أساسيات الدساتير والتشريعات الداخلية⁽¹⁾، وكذا الاتفاقيات والإعلانات الدولية المعنية بحقوق الإنسان.

فعلى الصعيد الوطني، فقد نصت المادة 40 من الدستور الجزائري لسنة 2016⁽²⁾ على أن: «تضمن الدولة عدم انتهاك حرية الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة...»، كما تنص المادة 41 منه على أن «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية».

فالحماية وفقا لهذه المواد لم تقتصر على الكيان المادي للجسم الإنسان فقط بل امتدت لتشمل الجانب المعنوي، فله الحق في الحفاظ على شرفه وأسراره ونتاج أفكاره، فكلها قيم وعناصر لازمة لوجود الإنسان في المجتمع.

يبرز من جهة أخرى، دور القانون الجنائي في تكريس هذا المبدأ عندما تتناول بالتجريم كل فعل يتسبب في المساس بحياة الإنسان وجسده، فجعل كلا من القتل والجرح والضرب، جرائم يعاقب عليها القانون⁽³⁾؛ وهذه الحماية القانونية يتمتع بها الإنسان بمجرد كونه إنسان، إذ يكتسب هذا الوصف بتمام ولادته حيا ويستمر متمتعا بها حتى تنتهي الشخصية القانونية بالموت⁽⁴⁾.

1 - فقد أحاطت الدساتير العربية هذا الحق بحماية دستورية فعالة، وهذا ما نصت عليه المادة 42 من الدستور المصري لسنة 1971 والتي أشارت إلى أن كل مواطن يقبض عليه أو تقيد حريته بأي قيد، يجب معاملته بما يحفظ له كرامة الإنسان، ولا يجوز إيداعه بدنيا أو معنويا ولا يجوز حجزه أو حبسه في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون.

كما حرص الدستور الكويتي لسنة 1964 على حماية هذا الحق في نص المادة 34 منه، وبالمثل فقد حرصت مختلف الدساتير الغربية على كفالة هذا الحق، كدستور ألمانيا لسنة 1949 في المادة 21 منه والتعديل الدستوري البلجيكي الصادر في 1979 نقلا عن: محمد السيد الشوا، الحماية الجنائية، الحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1986، ص ص75-76.

2 - الصادر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/6 يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، الصادر بتاريخ 2016/03/07.

3 - هذا ما نصت عليه المواد من 254 إلى 264 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، صادر بتاريخ 1966/06/11، معدل ومتمم.

4 - هذا ما نصت عليه المادة 25 من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، المتضمن التقنين المدني، صادر بتاريخ 1975/11/26، جريدة رسمية عدد 44، صادر بتاريخ 2005/6/26.

وبالرغم من ذلك تبقى للجثة حرمة خاصة لتعلقها بذاكرة الميت وروحانيته، ويترتب على ذلك واجب احترام الشخص الذي كانت تمثله والتي تظهر من خلال النصوص العقابية التي سخرتها مختلف التشريعات لحماية الجثة من العبث بها سواء قبل الدفن أم بعده وكذلك حماية المقابر من الأعمال الماسة بحرمة هذه الأماكن⁽¹⁾.

وبخصوص القانون المدني، فلم يهتم إلا بحماية المال وتنظيم كل التعاملات الخاصة بالأموال، أما ما يتعلق بحماية السلامة البدنية ضد اعتداءات الغير، فقد عالجها من خلال قواعد المسؤولية التقصيرية والعقدية، وجعل للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابته، كما أخرج جسم الإنسان من دائرة التعامل، فلم يعتبره مالا ولم يعامله معاملة الأشياء، وحرّم كل اتفاق يكون محله جسم الإنسان، وذلك في نص المادة 682 فقرة الثانية والتي تنص « **والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها فهي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية** ».

أما على مستوى التشريعات المقارنة، فيعتبر التشريع الفرنسي أول من أهتم بتكريس مبدأ حرمة جسم الإنسان من خلال إصداره لقانون رقم 653-94 في 29 جويلية 1994 المعدل للقانون المدني والمتعلق بحماية واحترام جسم الإنسان، وبموجبه تم تجسيد قيم الكرامة الإنسانية⁽²⁾ واحترام الجسم، كما تم تكريس عدة مبادئ فرعية، منها عدم قابلية الجسم للتعامل المالي وعدم التصرف في جسم الإنسان، وهذا ما تقرره المادة 16-1 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾ والتي تنص « **أن لكل شخص الحق في احترام جسمه وجسده، و جسم الإنسان غير قابل للمساس والاعتداء** ».

وفيما يخص مكانة هذا الحق على المستوى الدولي، فقد احتل مكانة خاصة من خلال النص عليه في العديد من الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان العالمية منها والإقليمية. فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948⁽⁴⁾ في مادته الثالثة « **لكل فرد**

1 - نصت على هذه العقوبات المواد من 150 إلى 154 من الأمر رقم 66-156، مرجع سابق.

2 - Article 16 du Code Civil Français dispose: « **La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain Dès le commencement de sa vie** ».

3 - Article 16-1 du Code Civil Français dispose: « **Chacun a droit au respect de son corps, le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial** ».

4 - صدرت هذه الاتفاقية عن الأمم المتحدة في 1948/12/09 ودخلت حيز التنفيذ في 1951/01/12، وقد صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 63-339 المؤرخ في 1963/09/11، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 66، الصادر في 1963/09/14.

حق في الحياة والحرية، وفي الأمان على شخصه»، كما ضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في سنة 1966⁽¹⁾، هذا الحق من خلال نص المادة السادسة حيث جاء فيها: **« الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفيا »**.

من هذا المنطلق، يعتبر جسم الإنسان حرمة لا يجوز الاعتداء عليه أو على أي جزء منه ولا يجوز إزهاقه أو تشويهه أو إحداث عاهة مستديمة فيه، وفي حالة الاعتداء يشكل ذلك جريمة يعاقب عليها القانون.

لكن، رغم أن هذا المبدأ يقف سدا منيعا في مواجهة الكافة، إذ تكفله النصوص التشريعية الوطنية، كما تؤكد عليه المواثيق والاتفاقيات الدولية، إلا أنه لم يصمد طويلا أمام التطور العلمي والتكنولوجي الذي شاهده العلوم الطبية، خاصة في مجال ما يسمى بالتكنولوجيا الحيوية أو « La Bioéthique ». فمع تطور الحياة الإنسانية في المجال الطبي، وما صاحبه من تطور في الوسائل التكنولوجية وكثرة الانجازات العلمية الطبية، فقد حال هذا دون الإحاطة بكل التجاوزات الواقعة على جسم الإنسان. إذ أصبحت القيمة المطلقة لهذا المبدأ تتقيد جزئيا، كلما تعلق الأمر بتطبيقه الذي من الممكن أن ينجر عنه الدخول في تنازع مع حقوق أخرى، كمبدأ حرية البحث العلمي.

ذلك أنه، مع تطور الحياة في مختلف المجالات الاجتماعية والعلمية والطبية، واستنادا لمبدأ حرية البحث العلمي بوصفه هدف للدول، فقد بات من الضروري أن يتخذ مبدأ حرمة جسم الإنسان وتكامله الجسدي شكلا جديدا فيه قدر من المرونة، يمكن من خلاله الاستعانة بالجسم أو بأي جزء من أعضائه، فالقول بأن الجسم غير قابل للتعامل ينصرف أساسا إلى الجسم ككل، أي لا يجوز أن يكون الجسم محلا للبيع والتجارة والرهن.

أما بالنسبة للأعضاء البشرية وأجزاء الجسم ومكوناته ومشتقاته، فهي تكون محلا للتعامل القانوني، باعتبارها تحقق فائدة للغير وللمجتمع ككل، فمشروعية التعامل أصبحت تقدر بالنظر إلى السبب وليس المحل، فالمحل يجوز التصرف فيه وإنما ترتبط المشروعية بالبائع الدافع إلى

1 - تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966، ودخل حيز التنفيذ في 23/03/1976، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16/05/1989، جريدة رسمية عدد 17، صادر في 1989/05/26.

التعامل، فالصالح العام لا يقضي تجريم كافة التصرفات التي ترد على أعضاء الجسم، فمن التصرفات ما يرد عليها فائدة سواء للغير أو للبشرية جمعاء.

لذلك فقد أصبحت هناك تصرفات تتعلق بجسم الإنسان تصح إن كانت بغير عوض وتبطل إذا كانت بعوض، فإذا كان لا يجوز للشخص أن يبيع جثته أو عضو من أعضائه، إلا أنه يجوز له وفق قيود وإجراءات محددة أن يتبرع بها.

فالتعامل في جسم الإنسان وأعضائه أصبح واقع يفرض نفسه، وكل يوم يتخذ صورا وأنواعا مختلفة، فعلى أثر تطور عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، نظمت الكثير من الدول تلك العمليات بقوانين خاصة، أباحت من خلالها التصرف بالأعضاء البشرية تحقيقا لمصلحة الغير وفق ضوابط معينة، خارقة بذلك مبدأ عدم قابلية الجسد للتعامل.

كما أن أي تقدم علمي أو طبي لابد أن يتخذ الجسم وأعضائه محلا له من خلال إجراء التجارب الطبية عليه، مما دفع بالكثير من الدول إلى تنظيم مسألة التجارب الطبية والعلمية بقوانين تتضمن قواعد وأسس قانونية تخالف المبادئ القانونية المستقرة والمتفرعة عن مبدأ حرمة المطلقة للجسم، كعدم قابلية الجسم للتعامل وعدم المساس بحرمة الجسم، وهذا لأن الطبيب يقدم الوسيلة الفنية والطبية اللازمة والمشرع يقدم القلب القانوني الذي يحقق السعادة الحقيقية للبشرية ويحافظ على المبادئ الأخلاقية.

نتيجة لذلك، استدعى الأمر تطوير المبادئ القانونية المتعارف عليها والاعتماد على أسس قانونية تعمل على ضمان نزاهة التعامل وحماية الكرامة الإنسانية، وأهمها مبدأ احترام الإرادة الشخصية والتي تتجسد في مبدأ الرضا المتبصر، إضافة إلى مبدأ عدم مالية جسم الإنسان من خلال اشتراط مجانية التعامل بالأعضاء البشرية.

إذ اعتبرت هذه المبادئ، من أهم المبادئ التي كرستها مختلف التشريعات من خلال تنظيمها لمختلف مظاهر التعامل، باعتبارها تتماشى مع التطورات الطبية والعلمية، وتعمل على التوفيق بين المتناقضات التي أفرزتها الثورة البيولوجية الحديثة، وتكريس حماية قانونية وأخلاقية فعالة لحرمة جسم الإنسان، من خلال توفير الحماية القصوى من تصرفات الشخص نفسه، فمصدر الاعتداء ليس دائما الغير بل قد ينجم عن تصرفات الشخص نفسه.

إذن، فإذا كان التعامل بالأعضاء البشرية أصبح أمرا مسلما به، بدليل أن القوانين الوضعية قامت بوضع مبادئ قانونية يسري عليها هذا التعامل كمبدأ الرضا المسبق والمتبصر ومبدأ

المجانية ، فيحق أن نتساءل عن مظاهر هذا التعامل ومدى تكريس القوانين لضمانات قانونية تعمل على تفعيل هذه المبادئ؟.

وعليه، سلكت في معالجاتي لهذا الموضوع من حيث منحاه القانوني، المنهج الوصفي والتحليلي وذلك بعرض النصوص القانونية الواردة في هذا الشأن مع الاقتصار فقط على عمليات زرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية، باعتبارهما من الممارسات الطبية الحديثة التي تتم لمصلحة الغير، مستثنية بذلك التعاملات القانونية بالأعضاء البشرية تحقيقا لمصلحة الشخص نفسه كعملية التجميل وتغيير الجنس.

ونظرا لارتباط الموضوع بالمسائل الطبية المستحدثة، فإنه يستوجب بيان المواقف القانونية والشرعية، وفق منهج مقارنة مع الاسترشاد بالاتفاقيات الدولية.

لكن، ليس الأمر ميسرا بالقدر الذي تصورته، إذ واجهت مشكلة تتعلق بانعدام الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري في مجال نقل وزرع الأعضاء والتجارب الطبية، والسبب ربما يرجع إلى كون الساحة الطبية قلما تشهد القيام بهذه العمليات في واقعها العملي.

ترتبا على ذلك، اقتضى البحث لحل هذه الإشكالية تقسيمه إلى بابين، يتم التعرض لمظاهر التعامل القانوني بالأعضاء البشرية (الباب الأول)، ثم إظهار مدى توفيق القوانين الوضعية في وضع ضمانات قانونية تجعل المبادئ التي يقوم عليها نظام التعامل بالأعضاء البشرية فعالة من حيث الواقع، أي مدى فعالية المبادئ التي يسري عليها نظام التعامل بالأعضاء البشرية (الباب الثاني).

الباب الأول

مظاهر التعامل القانوني بالأعضاء البشرية

يعتبر جسم الإنسان حرمة لا يجوز الاعتداء عليه، فهو خارج دائرة التعامل القانوني، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ في إطلاقها هلاك وزوال لحياة الإنسان.

فالقول بأن الجسم وأعضائه خارج دائرة التعامل وأن كل اتفاق يكون محله جسم الإنسان يقع باطلا، ينصرف أساسا إلى التعامل في الجسم ككل عن طريق البيع والرهن، أو المساس النهائي بالجسم على قيد الحياة عن طريق قتله، وذلك لما للجسم من حرمة حال الحياة وبعد الوفاة، ولاتصاله بالكرامة الإنسانية المتأصلة في الشخص الإنساني والتي تقضي بعدم معاملة الشخص على أنه شيء أو بضاعة، بل الاعتراف له كصاحب حق له حرمة وقديسية، فالكرامة الإنسانية لا يمكن التنازل عنها.

بينما التعامل في أعضاء الجسم، فقد أثبت الواقع دخولها في دائرة التعامل القانوني، وذلك لما تمثله من مصلحة مشروعة لفائدة الغير أو المجتمع ككل وعلى هذا الأساس يجوز التعامل في جزء من جسم الإنسان بالشكل الذي لا يهدد سلامته البدنية، وحقه في الحياة، فالقانون سمح بالتعامل بالأعضاء البشرية بما لا يتعارض مع قيمة الإنسان وكرامته وبما يوافق حرمة جسم الإنسان.

فقد أصبحت الممارسات الطبية تتخذ الجسم محلا لها سواء لعلاج الشخص نفسه أو لعلاج شخص آخر من الغير، وذلك لأن التعاملات الواردة على الجسم وأعضائه تختلف صورها أو مظاهرها، باختلاف هدف التعامل ومحلّه.

لهذا ولاختلاف مظاهر التعامل، ساقطصر من خلال هذا الباب على دراسة التعاملات التي ترد على أعضاء الجسم والتي تكون بهدف تحقيق مصلحة علاجية للغير والتي تتفق مع الشريعة الإسلامية، مستثنية من ذلك الممارسات التي تتخذ الجسم وأعضائه محلا لها بقصد علاج الشخص نفسه وتحسين حالته الصحية أو النفسية كالجراحة التجميلية وتغيير الجنس والتلقيح الصناعي سواء بين الزوجين أو بتدخل الغير.

وبالتالي التركيز فقط على التدخلات الطبية التي لا تسعى إلى علاج الشخص، بل إلى إنقاذ شخص آخر من الغير، كما هو الحال في العمليات التي يظهر فيها التصرف الفعلي بنقل الأعضاء البشرية، فاستئصال عضو سليم من شخص سليم ومعافى بغرض زرعه في شخص آخر مريض بحاجة للعضو، لا يحقق أية مصلحة علاجية بالنسبة للشخص المتبرع (الفصل الأول)، كما أن إجراء التجارب الطبية أو العلمية، على جسم الشخص وأعضائه لا يحقق أية مصلحة له بل يحقق مصلحة علاجية إنسانية للبشرية جمعاء (الفصل الثاني).

الفصل الأول

نقل وزرع الأعضاء البشرية تحقيقاً لمصلحة علاجية للغير

تعتبر عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من بين أهم صور التعامل بالأعضاء البشرية تحقيقاً لمصلحة علاجية للغير، والتي لها خطورة وحساسية لاتصالها بجسد الإنسان وحرمته، بل حتى بحرمة الموتى والأجنة، كما تعتبر الوسيلة الأكثر فعالية في إنقاذ المرضى وتحسين حالتهم الصحية، وإنقاذهم من الموت المحقق.

غير أن هذه الطريقة أثارت وما زالت تثير الكثير من الجدل في الأوساط القانونية والدينية والطبية، نظراً لطبيعتها المزدوجة، فمن جهة تعمل على المساس بسلامة المتبرع، ومن جهة أخرى تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للشخص المستقبل للعضو أو المريض الذي هو في حاجة ماسة إليه.

فأمام هذه الأهمية العلمية لهذا النوع من العمليات والإقبال المتزايد عليها، فقد بات من الضروري التعرف على هذه العمليات من خلال أحكامها المختلفة (المبحث الأول).

ولاعتبار القانون مطلباً لمواجهة ما يطرأ من تغيرات في المجتمع، وما يتحقق في مجال الطب من انجازات لفائدة البشرية، فقد كان لزاماً على رجال القانون الاجتهاد والبحث عن حلول قانونية تكفل الاستفادة من التقدم العلمي في مجال نقل الأعضاء دون تفريط في حماية حق الإنسان في سلامته الجسدية، ودون إهدار القيم الاجتماعية والدينية والأخلاقية القائمة في المجتمع. من أجل ذلك، عمدت التشريعات المختلفة إلى البحث عن الإطار القانوني لممارسة هذه العمليات وفق ضوابط تكفل حماية السلامة الجسدية للأشخاص الخاضعين لها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الأحكام العامة لنقل وزرع الأعضاء البشرية

فتح العلم آفاقاً جديدة وآمالاً واسعة أمام البشرية في مجال علم نقل الأعضاء، فأصبح استبدال عضو بعضو من شخص سليم إلى آخر مريض حقيقة، بفضل اتساع وتطور تقنياته وأساليبه بشكل بارز، سمحت بمساهمة متميزة في نجاح عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء بنسبة عالية، خاصة في علاج الفشل الكلوي.

كما تعتبر جثة المتوفى، المصدر الأساسي لعمليات زرع الأعضاء، خاصة تلك التي ليس لها بديل في الجسم كالقلب والكبد، ومن أجل الاستفادة من هذا التطور العلمي يستلزم الأمر التعرف على هذه العمليات باعتبارها استحدثت قواعد عامة ومفاهيم ومصطلحات جديدة لا بد من الوقوف على مضامينها وأبعادها (المطلب الأول)، كما أن هذه العمليات أثارت إشكالية علاقة الشخص بجسده، مما يستلزم الأمر التطرق إلى طبيعتها القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر عملية زرع الأعضاء البشرية، عملية جراحية غير تقليدية، تتسم بصعوبة ومخاطر كبيرة قد تلحق بأطراف العملية وهما كل من المتبرع والمستقبل، بخلاف الجراحة التقليدية التي تتشكل من عنصرين فقط، وهما الجراح والمريض.

لذلك استلزم الأمر معرفة المقصود منها عناصرها وأنواعها المختلفة (الفرع الأول)، كما أن نجاح هذه العمليات وتحديد أحكامها القانونية يتوقف أمره على تحديد محل التعامل أو محل العمل الطبي الذي بدونه لا يمكن إجراء العملية، وهو العضو البشري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لمعرفة المقصود بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، يجب البحث عن تعريف قانوني لهذه العمليات (أولاً) والعناصر الواجب توافرها لنجاح هذه العمليات (ثانياً) وأنواعها المختلفة (ثالثاً) والتطور التاريخي لوجودها (رابعاً).

أولاً - تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

رغم عدم وجود تعريف واضح ومحدد لعملية زرع الأعضاء، إلا أن هناك من حاول وضع تعريف لهذا النوع من الممارسة الطبية، فقد تم تعريفها على أنها « تعويض العضو المقطوع بعضو سليم، »⁽¹⁾. أو هي « إمكانية معالجة وشفاء المرضى الذين أصيبوا بمرض قاتل نتيجة تعطل العضو عن العمل باستبداله بعضو سليم »⁽²⁾.

كما عرفها محمد أيمن الصافي على أنها "غرس الأعضاء يقصد به نقل عضو سليم من جسم متبرع معطي أو مانح سواء كان إنسان أو حيوان أو أي كائن حي، وإثباته في جسم المستقبل (الآخذ أو المتلقي) ليقوم بأداء وظائف العضو التالف »⁽³⁾.

وقد عرفته سميرة عايد الديات بأنه « استبدال العضو التالف بعضو سليم »⁽⁴⁾ أما الجمعية العالمية لزراعة الأعضاء، فقد عرفت زرع الأعضاء على أنه « عملية من خلالها يستبدل عضو مريض بعضو سليم مأخوذ من شخص حي أو ميت، فالشخص الذي يتم له الزرع يسمى المستقبل والشخص الذي يتم النقل منه يسمى المتبرع والعضو المنزوع يسمى الغريسة »⁽⁵⁾.

يتضح من ذلك أن عملية زرع الأعضاء البشرية، لا تنحصر فقط في عملية نقل أو استبدال عضو تالف بعضو سليم كيفما كان مصدره بشر أو حيوان أو ميت، بل يتضح أنه يشمل الأنسجة والجلد والخلايا، كالدّم ومشتقاته، كما أن عملية الزرع يمكن أن تقع من الشخص لنفسه أو من الشخص لغيره.

1 - LACOMBE Sérverine, Les conditions de légitimité des prélèvement d'organes à finalité médicale, Thèse du doctorat, sciences politiques, centre de recherche politiques de la Sorbonne, université Paris I, 2008, p 16.

Voir aussi CHARAF EDDINE Ahmed, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, Thèse pour le doctorat d'Etat, tome I, université de droit, d'économie et de sciences sociales, Paris II, 1975, p 36.

2 - CABROL Christian, "Le don d'organes, laissons parler le cœur", La Liberté de la personne sur son corps, éditions Dalloz, Paris, 2010, p 30.

3 - انظر كل من: محمد أيمن الصافي، "غرس الأعضاء في جسم الإنسان مشاكله الاجتماعية وقضايا فقهيّة"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، 1998، ص 9، بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، 2012 - 2013، ص 126.

4 - سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 20.

5 - عمر علام، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي ررق للطباعة والنشر، المغرب، 2001، ص ص 168 - 169.

لكن، ما يهمنا من هذه العمليات والتي تدخل في نطاق الدراسة هي نقل عضو سليم، أو مجموعة من الأنسجة من شخص متبرع وزراعتها في جسم شخص آخر من الغير ليقوم مقام العضو التالف، أما عمليات نقل وزرع الأعضاء التي تتم باستئصال العضو من شخص ونقله إلى الشخص نفسه أو ما يسمى بالزرع الذاتي، فلا تدخل في موضوع الدراسة إذ أنها لا تعدو أن تكون أحد ضروب العلاج للمريض والتي لا تثير أية مشاكل أو صعوبات قانونية. باعتبار أنها تدخل في العمليات الجراحية التقليدية التي تحتوي على عنصرين فقط وهما المريض والجراح، وتتم وفق الضوابط المتعارف عليها في العمل الطبي⁽¹⁾.

ثانياً - العناصر التي تدخل في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

لإجراء عملية زرع الأعضاء التي تحتوي على عمليتين النقل والزرع⁽²⁾، يستلزم تحقق ثلاثة عناصر:

- 1 - الجراح (الفريق الطبي المختص) الذي لا بد أن يكون من أهل الاختصاص، المشهود لهم بالكفاءة العلمية، كما يجب أن يكون الجراح الذي يتولى أخذ العضو غير الجراح الذي يقوم بالزرع.
- 2 - المتلقي Le receveur: أو المستقبل أو المتبرع له، وهو المريض الذي أصبحت معه وسائل العلاج والمداواة العادية غير مجدية، ويحصل هذا بسبب فشل وظيفي للعضو أو تلفه.
- 3 - المانح donneur: يطلق عليه كذلك الواهب أو المتبرع ويقصد به الشخص الذي يؤخذ منه العضو وهو على نوعين مانح في حالة موت الدماغ، والذي يشكل المصدر الرئيسي للغرائس أي نسبة 96% وقد يؤخذ منه أكثر من عضو⁽³⁾. ومانح حي الذي قد يكون عادة له قرابة وراثية بالمتلقي وهذا لتجنب ظاهرة رفض الجسم للعضو المزروع⁽⁴⁾. كما يجب أن تنحصر الأعضاء

1 - كالترخيص القانوني وإتباع الأصول العلمية والطبية المتعارف عليها، وقصد العلاج والحصول على رضي المريض، انظر مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص ص 31 - 34.

2 - ABBASI Mahmoud, "Etude comparative de transplantation d'organes en droit Iranien et français", Revue générale de droit médical, N° 28, Paris, 2008, p 10.

3 - انظر كل من: عمر علام، مرجع سابق، ص 188. محمد علي البار، الفشل الكلوي وزرع الأعضاء، دار القلم، دمشق، 1986، ص 139.

4 - تم توسيع دائرة المتبرعين الأحياء في التشريع الفرنسي، فبعدما كان يتطلب ضرورة وجود علاقة قرابة والتي تشمل أعضاء العائلة من أب وأم وإخوة، أصبح الأمر حالياً ومع التعديل الجديد لقانون الطب البيولوجي bioéthique لسنة 2011 يشمل كل من له علاقة قرابة بالمستقبل، وكذلك الأزواج ثم الأشخاص الذين لهم علاقة حميمية كالأصدقاء. أما التشريع الأمريكي فلا يأخذ بالتبرع بين الأقارب، بل يسمح بالتبرع لأي شخص كان سواء كان من الأقارب أو من الغير. انظر: =

الممنوحة في الأعضاء المتجددة، مثل الكلى والتي لا يؤدي استئصالها إلى ضرر كبير بالنسبة للمتبرع.

ثالثاً - أنواع عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية:

قبل الحديث عن أنواع العمليات تستيق الحاجة إلى ضبط المصطلحات المستخدمة في مثل هذه العمليات حتى تساعدنا في التعرف على مضمونها ومحتواها.

أ - فيعني لفظ الزرع greffe⁽¹⁾: نقل مادة خلوية أو نسيجية حية سواء من جزء لآخر يتبعان نفس الكائن الحي، أو من فرد لآخر سواء كان من نفس النوع أم لم يكن، أي أنه طعم كالطعم الجلدي مثلاً⁽²⁾.

وعن لفظ النقل transplantation⁽³⁾ يستعمل بشكل خاص لزرع عضو حيوي يستلزم إعادة فورية لنشاط أوردته وشرائه كزراعة الكبد والقلب والكلية⁽⁴⁾.

أما من الناحية اللغوية، فتعتبر كلمة غرس أدق وأصح لاستعمالها في مجال نقل الأعضاء، بدل كلمة الزرع، ذلك لأن مصطلح الزرع من الناحية اللغوية غير دقيق، فجميع المعاجم اللغة العربية اتفقت على أن عبارة غرس تعني إثبات الشيء المغروس في مكان الغرس، فيقال غرس الشجر أي ثبت في الأرض.

بينما الزرع، فهو طرح الزرعة أي البذرة، وبهذا نجد أن كلمة غرس أدق وأصح من كلمة الزرع لاستعمالها في مجال نقل الأعضاء، لكن رغم ذلك فنجد أن مصطلح الزرع أخذ مكاناً عرفياً واسعاً يكاد يكون اصطلاحاً مستقراً في مختلف التشريعات⁽⁵⁾.

ب - بخصوص أنواع الزرع، فباعتبار أن الغرائس أو الأعضاء لها مصدران إما من نفس

= BROYER Michel, "Auteur du problème des donneurs vivants", Revue générale de droit médical, Numéro spécial, paris, 2002, p 123.

1 - Greffe est le transfert d'un "tissu" vivant. Voir : DOLL Paul Julien, La discipline des greffes, des transplantations et les autres actes de disposition Concernant le corps humain, édition Masson, Paris, 1970, p 20.

2 - أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 95.

3 - Transplantation est le transfert d'un organe entier. DOLL Paul Julien op.cit, p 20. Et OIKAOUI Younes, "La transplantation d'organes en droit marocain, quelles perspectives", Revue générale du droit médical N° 36, Paris, 2010, p 223.

4 - أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 95.

5 - انظر كل من عمر علام، مرجع سابق، ص 185 - 186؛ محمد أيمن الصافي، مرجع سابق، ص 9؛ محمد علي البار، الفشل الكلوي وزرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 139.

الجنس المستقبل فتكون إما ذاتية أو مماثلة أو متباينة أو من جنس مخالف للمستقبل فتعرف بالغرائس الدخيلة أو الغريبة.

1 - بالنسبة للغرائس الذاتية من نفس الجنس Auto greffes- auto logue⁽¹⁾ نجد:

أ - الزرع الذاتي وهو زرع يتم على نفس الشخص المتبرع بالأنسجة أو بالعضو المنقول، أي تؤخذ الغريسة من نفس الشخص لزرع في مكان آخر من جسمه، ويحدث هذا كثيراً في نقل قطعة جلد في حالة الحروق من جهة سليمة إلى أخرى مصابة⁽²⁾.

ولا يطرح الزرع الذاتي مشاكل باعتباره يدخل ضمن الأعمال الطبية الجراحية العادية، كما أن نجاحه مؤكد من الناحية الطبية نظراً لعدم وجود ظاهرة رفض الجسم للعضو المغروس

ب - الغرائس المماثلة Iso greffes:

يتم الزرع بين التوائم؛ أي بين أشخاص يملكون بالضرورة تكويناً وراثياً متشابهاً بشكل كامل، كأن ينقل عضو من أخ لأخته التوأم المماثل⁽³⁾، وتتميز هذه الغرائس بأنها لا تحتاج إلى عقاقير حفظ المناعة، لأن الجسم لا يرفضها بل يعتبرها جزءاً منه وهي تعتبر أفضل أنواع الغرائس⁽⁴⁾.

ج - الغرائس المتجانسة: وتسمى الغرائس المتباينة تؤخذ من أشخاص مختلفين من جنس واحد أي من إنسان لإنسان أو حيوان لحيوان، وهذا النوع من الزرع، هو الأكثر انتشاراً وقد يكون بين متبرع حي أو ميت⁽⁵⁾، وكلاهما يسبب رفض الغريسة بواسطة جسم المستقبل، مما يستوجب

1 - يقصد ب:

la greffe autologue, ou autogreffe, est celle « à l'occasion de laquelle le greffon est prélevé sur le sujet lui-même »

MORVAN Sylvia, Les flux transfrontières de produits Biologiques d'origine humaine, un aspect nouveau du droit du commerce international, thèse du doctorat en droit privé, , faculté de droit et de sciences politiques, université de Bourogne, 2000 – 2001, marge N°30, p 32.

2 - انظر كل من: عمر علام، مرجع سابق، ص 191؛ أحمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 96.

3 - أول زرع للكلية تكلل بالنجاح، كان بين التوائم سنة 1952 في بوسطن، حيث حصل ريشار هيريك Richard Herrick على إحدى كليتي شقيقه التوأم رولاند Roland. انظر كل من: أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 97؛ عمر علام، مرجع سابق، ص 191.

ABBASSI Mahmoud, op.cit, p 11.

4 - عمر علام، مرجع سابق، ص 191؛ أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 97؛ عبد الفتاح عطا الله، زرع الأعضاء بين الحاضر والمستقبل، المركز العربي للوثائق والمطبوعات الصحية، الكويت، دون سنة نشر، ص 3؛ محمد أيمن الصافي، مرجع سابق، ص 19.

5 - عبد الفتاح عطا الله، مرجع سابق، ص 3؛ عمر علام، مرجع سابق، ص 191.

إعطاء عقاقير خافضة للمناعة⁽¹⁾.

2 - بالنسبة للغرأس الغريبة أو الدخيلة Xeno greffes

وهي الغرأس المنقولة بين جنسين مختلفين كغرس عضو من كلب لقط أو من قرد لإنسان، وهذا النوع من الزرع لا يزال في طور التجربة⁽²⁾.

يتبين مما سبق أن زرع الأعضاء عملية جراحية ترمي إلى تعويض الأعضاء التالفة أو العاجزة بأخرى سليمة تؤخذ من متبرع وتزرع في مصاب آخر غيره، أصبحت وسائل العلاج غير مجدية، غير أنه لنجاح هذه العمليات، لابد من تحقيق التوافق المناعي بين المتبرع والمستقبل تجنباً لرفض العضو من قبل جهاز مناعة المستقبل⁽³⁾، إضافة إلى وجوب توفر الشروط الطبية اللازمة لإجراء العملية⁽⁴⁾.

رابعا - تطور عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية:

موضوع زرع الأعضاء البشرية أمر قديم عرفته البشرية بشكل من الأشكال البدائية وفي بعض الأحيان بصورة متقدمة نسبياً⁽⁵⁾، إلا أنه لم يصل إلى النجاح الحقيقي حتى وقت قريب أي

1 - اكتشف العالم نورمان شومواي Norman Shumway سنة 1980 عقار خفض المناعة، والذي يدعى بعقار سيكلوسبورين Cyclosporine. انظر:

CABROL Christian, op.cit, p 31.

2 - حاول الأطباء اللجوء إلى أعضاء الحيوانات وذلك بمحاولة زرع قلب القرد لطفلة وأدى ذلك إلى رفضه بسرعة من

طرف الجسم: انظر كل من عمر علام، مرجع سابق، ص 191 33؛ CABROL Christian, op.cit, p 33؛

MORVAN Sylvia, op.cit, p 32 , marge N° 31

3 - عبد الفتاح عطا الله، مرجع سابق، ص 3.

4 - من الشروط الطبية الواجب توافرها هو وجوب إخضاع المتلقي أو المستقبل لفحوصات طبية وبيولوجية دقيقة تشمل جميع أجهزة الجسم، الاهتمام بالخصوص بجهاز المناعة لما له من دور أساسي في قبول أو رفض العضو المزعم زرعه، مع التركيز كذلك على فحص تحديد فصيلة المتلقي ضمن المجموعة ABO، تحديد هويته المناعية داخل نظام HLA مع معرفة الجانب النفسي له، ضرورة التأكد من خلو المتلقي من موانع الزرع المطلقة كوجود أورام خبيثة أو قصور القلب المتعذر شفاؤه أو وجود موانع مؤقتة إلى حين شفاؤه، كالسمنة المفرطة والإدمان. انظر كل من: عمر علام، مرجع سابق، ص 171.

CABROL Christian, op.cit, p 32; LACOMB Séverine, op.cit, p 37; RIAL-SEBBAG Emmanuelle -AGNES thomas, "La mort, le droit et le don d'organes pour la greffe", in (sous la direction de Anne-Marie Duguet), accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009, pp 26-27.

5 - فقد ثبت في الحفريات القديمة أن المصريين القدماء عرفوا عمليات زرع الأسنان التي أخذها منهم اليونان والرومان فيما بعد، كما قام الهنود القدماء بعمليات إصلاح الأنف والأذن المقطوعة وبترقيع الجلد ونقله من الخد إلى موضع الأنف سنة 700 قبل الميلاد.

في منتصف القرن العشرين. حيث تأكد نجاح عمليات زرع الأعضاء حين توصل العلماء سنة 1980 إلى اكتشاف عقار جديد يسمى سيكلوسبورين، يساعد العضو الغريب المزروع على البقاء في جسم المريض، ويثبط الجهاز المناعي لجسمه، وبفضل استخدامه ارتفعت نسبة نجاح عمليات زرع الأعضاء وحقق بذلك آمال الآلاف من المرضى⁽¹⁾؛ كما تأكد أيضاً نجاح عمليات نقل الأعضاء التي تتم في أماكن مختلفة حين تم اكتشاف كيفية حفظ العضو أثناء النقل من طرف الجراح الأمريكي Norman Shumway الذي اكتشف أن تبريد العضو لـ 15° يمكنه تحمل عدم وجود الأكسجين لـ 5 ساعات⁽²⁾.

فقد نجحت أول عملية زرع للقرنية من قبل الدكتور النمساوي إدوارد زيرم Eduard Zirm سنة 1905، ثم تبعتها أول عملية نجحت في زرع الكلى من قبل الدكتور ديفد هوم وجوزيف مواري في الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك بنقل كلية أخ لأخته التوأم في عام 1954⁽³⁾. ثم في عام 1962 كان أول نجاح لعملية زرع الكلية من متوفى من قبل نفس الأطباء.

وفي عام 1963 كان أول عملية لزرع الرئة من طرف جيمس هاردي James Hardy من جامعة المسيسيبي، ثم تبعتها أول عملية نجحت في زرع الكبد قام بها توماس ستارزل Thomas Starzl في جامعة كولورادو سنة 1967⁽⁴⁾، بعده تطور الوضع بشكل ملحوظ مع تطور الوسائل الجراحية مما أدى إلى نجاح عدة عمليات زرع للأعضاء⁽⁵⁾، أهمها زرع القلب من طرف الدكتور

= وقد انتشرت هذه الطريقة في استخدام الرقعة الذاتية من الهنود إلى غيرهم من الأمم، ووصلت إلى اليونان والرومان ثم نقلها الجراحون الأوروبيون في عصر النهضة عبر الأطباء المسلمين.

وفي القرن 16 قام الجراح الإيطالي تاجلياكوزي Tagliacossi بإعادة تركيب أنف مقطوع بواسطة رقعة من الجلد أخذها من الذراع، كما استطاع الألماني ثيرس Therish أن يأخذ طبقة رقيقة من الجلد لمعالجة الحروق، انظر كل من: محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 53؛ إسماعيل غازي مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1429هـ، ص 67؛ فوزي محمد محمود أبو طالب، مرجع سابق، ص 514.

1 - أحمد شوقي، عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 07.

2 - CABROL Christian, op.cit, p31.

3 - إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 67.

4 - المرجع نفسه، ص 69.

5 - ففي سنة 1972 تم زرع البنكرياس، ثم نقل أول دم للحبل السري في العالم سنة 1988، وفي عام 1987 أول عملية زرع للرئة، بعدها تمت أول عملية ناجحة لزرع الأمعاء الدقيقة سنة 1989، وفي عام 1990 أول عملية زرع كبد من متبرع حي قريب، وفي عام 1998 أجريت أول عملية زرع يد في العالم بعيادة دكتور جون باركر. وفي فرنسا تم بنجاح زرع=

كريستيان بيرنارد Christian Bernard في جنوب إفريقيا في مستشفى جرواتي شور Groate Shure⁽¹⁾.

وبعد هذا التطور والنجاح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تم إنشاء بنوك لحفظ الدم ابتداء من سنة 1921 في بريطانيا، ثم إنشاء أول مؤسسة لحفظ الأنسجة ويتعلق الأمر ببنك العيون⁽²⁾ سنة 1944 في الولايات المتحدة الأمريكية، والتي تم إنشائها فيما بعد في أوروبا سنة 1950.

وآخر تطور للعلوم الطبية في مجال زرع الأعضاء كان أول زرع ثلاثي لقلب ورئة وبنكرياس في ستراسبورغ سنة 1997 وزرع لليد في ليون 1998 من طرف الدكتور دوبرنار J.M DuBernard⁽³⁾.

الفرع الثاني

مفهوم العضو البشري

باعتبار أن جسم الإنسان يتكون من مجموعة متباينة من الأعضاء والمشتقات والمنتجات الجسدية، فإن دراسة الجانب المادي لهذا الجسم وتحليله إلى عناصر مختلفة له أهمية كبيرة خصوصاً مع تطور العلوم الطبية التي صارت تتعامل مع جسم الإنسان لا ككتلة واحدة، لكنها تتعامل مع أعضائه وأنسجته ومنتجاته كما هو الحال في عمليات نقل وزرع الأعضاء، لذلك تجدر أهمية إبراز التفرقة بين ما يعتبر من الأعضاء البشرية (أولاً) وما يعتبر من منتجات الجسم ومشتقاته لما لها من فائدة في الكشف من الناحية القانونية عن اختلاف الآثار المترتبة على

كف وساعد لأول مرة في العالم سنة 1999، ثم تبعته أول عملية زرع رحم في سنة 2000 في المملكة العربية السعودية، إلا أنّ هذه العملية لم يكتب لها النجاح، وفي عام 2000 أجريت أول عملية لزراعة يدين في العالم بقيادة جان ميشيل دوبرنار، بعدها تمت بنجاح أول عملية زرع لسان في العالم عام 2003. وفي عام 2005 نجحت أول عملية لزراعة الخلايا الجينية الموجودة في الحبل السري، وفي عام 2010 تمت أول عملية زرع كلي للوجه. انظر بخصوص هذه الأحداث والتطورات في مجال زرع الأعضاء كل من: إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 70 - 71؛ عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، ص 195.

1 - انظر كل من: محمد علي البار، مرجع سابق، ص 60؛ إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 69؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 159؛ أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 90.

2 - MORVAN Sylvia, op.cit, p 33.

3 - Il s'agit d'un prélèvement simultané de plusieurs organes; voir : MORVAN Sylvia, op.cit, marge N° 42-43, pp34-35.

المساس بكل واحد منهما (ثانيا).

أولا - تعريف العضو البشري:

للوصول إلى تعريف العضو البشري يستوجب الإحاطة بالتعريف اللغوي (أ) ثم الفقهي (ب) وأخيرا التعريف القانوني (ج).

أ - التعريف اللغوي للعضو البشري:

يعرّف العضو البشري لغة بأنه: « كل لحم وافر بعظمه » كما عرّفه صاحب المعجم الوسيط بأنه « كل جزء من جسد الإنسان، كاليد والرجل »⁽¹⁾.

فمن خلال هذين التعريفين؛ يعتبر العضو عضوا متى كان عظما يغطيه اللحم، مما يؤدي حسب هذا التعريف إلى إخراج طائفة من الأعضاء التي ليس لها عظم من بين الأعضاء البشرية، كالقلب والرئتين والكبد والعين وغيرها.

وأخذا بهذا المعنى فإن التعريف اللغوي للعضو لا ينطبق أيضا على الدم، والخلايا والجلد، مما يؤدي إلى إبعاد وفق لهذا المفهوم اللغوي طائفة كبيرة من الأعضاء من بين عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لذلك برزت الحاجة إلى إيجاد تعريف للعضو البشري يتجاوز المعنى اللغوي⁽²⁾.

ب - التعريف الفقهي:

اختلف الفقه في تعريف العضو البشري فالبعض يعرفه من الناحية الطبية البيولوجية؛ والبعض الآخر يؤسس تعريفه باعتماده المعيار الوظيفي أو العضوي ، أي هناك من عرفه تعريفا موسعا وهناك من عرفه تعريفا ضيقا.

1 - يمكن تعريف العضو من الناحية البيولوجية في إطار تعريفه الموسع، بأنه « مجموعة من الأنسجة تمثل جزءا من جسم الإنسان »⁽³⁾. أو هو « عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والمتشابهة والقادرة على أداء وظيفة محددة »⁽⁴⁾.

1 - انظر كل من: مندر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 17؛ محمد حماد الهيّتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 50.

2 - انظر كل من: مندر الفضل، مرجع سابق، ص 17؛ محمد حماد الهيّتي، مرجع سابق، ص 50.
3 - MORVAN Sylvia, op.cit, p 42, marge N°76.

4 - انظر كل من: أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 95؛ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996 - 1997، ص 15؛ عمر علام، مرجع سابق، ص 186؛ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، =

أما الأنسجة التي يتكون العضو منها فهي مجموعة من الخلايا المتشابهة المظهر والمتصلة ببعضها البعض لها نفس القدرات والإمكانات الوظيفية وتشكل وحدة آلية تقوم بنفس الدور داخل عضو معين أو جزء من العضو مثل النسيج العصبي والنسيج الجلدي⁽¹⁾.

وبخصوص الخلية Cellule فتعد الوحدة الأساسية في تكوين الجسم والتي بتجمعها وارتباط بعضها البعض تكوّن الأنسجة المختلفة، وتختلف مقاييسها حسب طبيعتها⁽²⁾ وتتكون من عنصرين النواة والسيتوبلازم، مما يعني أن تعريف العضو من الناحية البيولوجية لم تعد قاصرة على القلب والكبد والكلى بل امتدت لتشمل أيضاً الإنزيمات والأنسجة والهرمونات⁽³⁾.

كما أن هذا التعريف الموسع يشمل في الحقيقة على معيارين العضوي والوظيفي في الوقت نفسه. وهو التعريف نفسه الذي اعتمده الفقيه الفرنسي كاريل في مؤلفه الإنسان ذلك المجهول، إذ يرى أن العضو الآدمي لا يتحدد بمساحة بل يمتد ليشمل المواد التي يفرزها وأن تكوين العضو وأداء وظيفته يعتمدان إلى حد كبير على سرعة الأعضاء الأخرى في امتصاص ما يفرزه ذلك العضو⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى التعريف الذي جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي حول انتفاع الإنسان

=2012، ص 26؛ محمد محمد السيد، مرجع سابق، ص 9؛ فوزي محمد محمود أبو طالب، مشروعية محل الالتزام في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، 2012، ص 513؛ بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 18.

1 - عمر علام، مرجع سابق، ص 187؛ بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 18؛ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، كلية حقوق، جامعة الجزائر، 1996 - 1997، ص 14؛ وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005، ص 40.

2 - مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص 14؛ وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيري، مرجع سابق، ص 40.

3 - انظر كل من : عمر علام، مرجع سابق، ص 187؛ صابر محمد محمد سيد، مرجع سابق، ص 9؛ جيبيري ياسين، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 55؛ مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص 15؛ Voir aussi : MORVAN Sylvia, op.cit, p 43.

4 - انظر كل من: وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيري، مرجع سابق، ص 38؛ محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 2010، هامش رقم 1، ص 38.

بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً نجد أنه أخذ بالتعريف الموسع للعضو، فقد عرفه على أنه « أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرينة العين سواء كان متصلاً به أم انفصل عنه »⁽¹⁾. مما يعني حسب هذا التعريف أن العضو البشري لا يقتصر على الأعضاء الجامدة فقط بل يمتد إلى الأعضاء المتجددة ومشتقات الجسم كالدّم مثلاً.

2 - بالنسبة للتعريف الضيق للعضو البشري: في الحقيقة اعتمد الفقهاء في تعريف العضو البشري على المعيار الوظيفي أو الوظيفة الأساسية التي يؤديها العضو في الجسم للقول بأنه يدخل في مفهوم العضو البشري أم لا.

فقد عرّف العضو على أنه « جزء من الجسم يؤدي وظيفة محددة في الجسم مثل القلب والرئة والكبد والبنكرياس... »⁽²⁾. أو هو: « بنية في الجسم تؤدي وظيفة خاصة ومحددة ». وهذا المعيار تم اعتماده من قبل المؤسسة الأوروبية للزرع والنمسا وألمانيا⁽³⁾.

غير أن هذا المعيار تعرض للنقد على أساس أنه إذا أخذنا بهذا المعيار والذي يجعل كلا من القلب والرئة والكبد يدخل في مفهوم العضو البشري، فإنه يمكن تطبيقه أيضاً على الأنسجة مثل الجلد، إذ وإن كان نسيجاً إلا أنه لا يمكن العيش من دونه، في حين أن العين مثلاً عضو لكن يمكن للشخص العيش بدونه⁽⁴⁾.

يبدو مما سبق أن هناك اختلافاً ظاهراً في تعريف العضو عند الفقهاء بين من يقدم تعريفاً ضيقاً ومن يقدم تعريفاً موسعاً، وهو ما يحتاج إلى البت في الأمر والبحث عن إيجاد تعريف منضبط لمصطلح العضو البشري من الناحية القانونية.

1 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 26 - 27؛ جيبيري ياسين، مرجع سابق، ص 56 - 57. انظر كذلك: قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية، 18 - 23 جمادى الآخرة 1408هـ الموافق 6 - 11 فبراير 1988، بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً.

2 - « l'organe : Partie du corps, assurant une fonction déterminée dans l'organisme comme le cœur, les poumons le foie le pancréas... ». Sylvia Morvan, op.cit, p 43. Voir aussi : « L'organe est une partie du corps destinée à remplir une fonction nécessaire à la vie ». OIKAOUI Younès, op.cit, p 223 marge N° 3,

3 - « L'organe est une structure du corps humain assurant une fonction déterminée qui lui est propre dans l'organisme ». Voir : MORVAN Sylvia, op.cit, p 42, marge N° 76.

4 - MOUSNY Marie Pierre, Le statut juridique du corps humain, thèse de doctorat en droit, Faculté de droit et de sciences économiques et de gestions, université de Nice, Sophia Antipolis, 15 Mai 1998, p 82.

ج - التعريف القانوني للعضو البشري:

سنحاول البحث عن التعريف القانوني للعضو البشري وفق التشريعات المقارنة ووفقاً للتشريع الجزائري.

1 - تعريف العضو البشري وفقاً للتشريعات المقارنة: قليلة هي التشريعات العربية التي حددت مدلول اصطلاح العضو البشري إذ نجد التشريع الأردني رقم 23 لسنة 1977 حول الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان، قام بمحاولة لتعريف العضو بأنه « كل عضو من أعضاء الإنسان أو جزء منه »⁽¹⁾. لكنها محاولة لم تأت بجديد حيث عرّف الشيء بنفسه، أما القانون المغربي رقم 16 لسنة 1998 والمتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها المعدل بمقتضى قانون رقم 26 لسنة 2005، فقد حدد المقصود بالعضو البشري في نص المادة الثانية بقوله « لأجل تطبيق هذا القانون، يراد بعبارة عضو بشري كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلاً للخلفة أم لا والأنسجة البشرية، باستثناء تلك المتصلة بالتوالد »⁽²⁾. فالتشريع المغربي وسع من مفهوم العضو البشري، ليشمل كل الأنسجة البشرية باستثناء المتصلة بالتوالد.

وبالرجوع إلى التشريع المصري رقم 05 لسنة 2010 بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية، فلم يرد أي تعريف للعضو البشري في نص هذا التشريع، لكن بالرجوع إلى اللائحة التنفيذية⁽³⁾ لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية، فنجد أنها عرفت العضو في نص المادة 1/1 على أنه « العضو القابل للنقل مثل الكبد الكلى، القلب، البنكرياس الأمعاء الدقيقة، الرئة، كما يقصد بالأنسجة، الجلد، صمامات القلب، الأوعية الدموية، والعظام وأي عضو آخر أو جزء منه أو نسيج يمكن نقله مستقبلاً وفقاً للتقدم العلمي بعد موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية ».

مما يتضح من خلال هذه اللائحة التنفيذية أن التشريع المصري لم يضع تعريفاً محدداً للعضو بل اعتبر أن العضو هو كل عضو قابل للنقل بدون تمييز بين المنتجات والمشتقات والأعضاء فكلها تعتبر شيئاً واحداً وتدخل في مفهوم العضو البشري.

1 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 29؛ جبري ياسين، مرجع سابق، ص 58.

2 - ظهير شريف رقم 1-99-208، صادر في 15/08/1990، بتنفيذ قانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية رقم 4726، الصادرة في 16/09/1999.

3 - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 93 لسنة 2011 الخاص باللائحة التنفيذية للقانون رقم 5 لسنة 2010، بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، النص الكامل لللائحة، موجود في ملحق مرجع سمير عبد السميع الأودن، المسؤولية القانونية للطبيب والمستشفى والصيدلي، مع شرح قانون تنظيم زرع الأعضاء رقم 5 لسنة 2010، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص 479.

أما بالنسبة للتشريعات المقارنة الغربية، فيعد القانون الإنجليزي الصادر في 1989/7/27 Human organ transplants، والخاص بنقل وتنظيم الأعضاء، القانون الوحيد الذي عرف العضو تعريفاً دقيقاً، حيث عرفه بموجب المادة السابعة من الفقرة الثانية على أنه « يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي، إذا ما تم استئصاله بالكامل »⁽¹⁾.

فواضح من خلال هذا التعريف مدى الدقة التي توخاها التشريع البريطاني في تحديده للعضو البشري فقد استبعد من مفهوم العضو الأعضاء المتجددة التي يمكن للجسم استبدالها تلقائياً، أو التي يمكن تجديدها⁽²⁾، مما يعطي هذا التعريف أهمية في تحديد وتكييف الآثار القانونية الناشئة عن أفعال الاعتداء، وانتهاك أحد أعضاء الجسم، وعلى البحث في الجوانب القانونية للممارسات الطبية المستحدثة والمنسوبة على الأعضاء البشرية، خاصة عندما يتعلق الأمر بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية.

أما عن التشريع الفرنسي، فرغم عدم وجود تعريف محدد للعضو البشري من خلال قانون الصحة العامة وفي قوانين أخلاقيات الطب الصادرة في سنة 1994⁽³⁾ والتي تم تعديلها بقانون رقم 6 أوت 2004⁽⁴⁾ و 7 جويلية 2011⁽⁵⁾، إلا أنه أدرك أهمية التفرقة بين أعضاء الجسم وكافة مشتقاته ومكوناته، ذلك من خلال تخصيص تشريعات أخلاقيات الطب لسنة 1994 قسماً مستقلاً خاصاً بالأعضاء البشرية، وقسماً آخر خاصاً بمشتقات ومنتجات الجسم البشري، تتضمن أحكاماً وشروطاً تختلف في مجملها عن ما جاء في عمليات نقل الأعضاء، خاصة فيما يخص المسؤولية المترتبة والعقوبات المقررة على أفعال الاعتداء التي تقع نتيجة مخالفة أحد هذه الشروط الخاصة بكل قسم.

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص 15.

2 - نسرین سلمان حسن منصور، مشكلات المسؤولية المدنية الناجمة عن إجراء عمليات الاستئصال على البشر، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص ص 41 - 42؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 31؛ جيبيري ياسين، مرجع سابق، ص 59.

3 - Loi N° 94-653 du 29/07/1994, relative au respect du corps humain, JORF, N° 175, du 30/07/1994, p 11056. <http://legifrance.gouv.fr>.

4 - Loi N° 2004-800 du 6 Août 2004, relative à la bioéthique, JORF n 182 du 7 aout 2004, p 14040. <http://legifrance.gouv.fr>

5 - Loi N° 2011-814 du 7 Juillet 2011, relative à la bioéthique, JORF n 857 du 8 juillet 2011, p11826. <http://legifrance.gouv.fr>

2 - بالنسبة لموقف المشرع الجزائري

عند الرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05⁽¹⁾ ومدونة أخلاقيات الطب رقم 92-276⁽²⁾، لا نجد أي تعريف أو تحديد للعضو البشري؛ لكن، بالرجوع إلى نص المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص « ... لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ». يفهم من خلالها أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الأعضاء والمنتجات البشرية، واعتبرها شيئاً واحداً في تطبيق أحكام هذه المادة وكل المواد المتعلقة بتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

أما عن قانون العقوبات⁽³⁾، فلم يرد قبل تعديله سنة 2009، أي تعريف للعضو البشري أو لمكونات الجسم البشري أو للجسم البشري، هذا مع أنه تضمن أحكاماً تتعلق بالحماية الجزائية للجسم البشري من كل الاعتداءات المادية الواقعة عليه، فقد تحدث عن جريمة الخصاص دون تحديد المقصود بالأعضاء التناسلية⁽⁴⁾ ونصت المادة 264 فقرة 2⁽⁵⁾ على جريمة الضرب والجرح العمدي المفضي إلى بتر العضو أو إحداث عاهة مستديمة دون تحديد العضو البشري، مما يفهم أن القانون الجنائي لا يميز بين العناصر المكونة للجسم البشري أي بين الأعضاء والمشتقات، إذ يضفي نفس القواعد المستقرة في قانون العقوبات على كافة أفعال الاعتداء على الجسم بكل مكوناته دون تمييز بين مكون وآخر رغم وجود اختلاف بين الآثار المترتبة على الاعتداء على أعضاء ومنتجات أو مشتقات الجسم البشري.

1 - قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 8، صادر بتاريخ 17 فبراير 1985، المعدل والمتمم.

2 - قانون رقم 92-276 مؤرخ في 6 جويلية 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52، صادر بتاريخ 08 جويلية 1992.

3 - أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1960، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 1966، معدل ومتمم.

4 - تنص المادة 274 من قانون العقوبات على أن: «كل من ارتكب جنائية الخصاص يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة».

5 - المادة 2/264 من قانون العقوبات تنص على: « وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس (05) إلى عشر (10) سنوات ».

لكن بعد صدور قانون رقم 09-01⁽¹⁾ المعدل والمتمم لقانون العقوبات أصبح يفرق بين العضو ومشتقات الجسم وذلك، باستحداث جرائم وعقوبات مختلفة في حالة الاعتداء على الأعضاء أو الأنسجة البشرية، إذ استحدثت عقوبات خاصة بنزع العضو، دون رضا صاحبه تختلف عن العقوبات الخاصة بنزع الأنسجة دون رضا صاحبها⁽²⁾، كما استحدثت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية والتي لها عقوبات خاصة ومختلفة عن الاتجار بالأنسجة وخلايا الجسم⁽³⁾، مما يفهم أن المشرع الجزائري أصبح يفرق إلى حد ما بين الأعضاء ومنتجات الجسم باعتبار أنها لا ترتب نفس الآثار القانونية في حالة الاعتداء عليها.

هذا، إلا أن رغم هذه التفرقة في بعض الأحكام الخاصة فإن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالعضو البشري ولا المقصود بمنتجات الجسم حتى تظهر التفرقة بينهما، وكأنه ترك المسألة لاجتهاد الفقه والقضاء، رغم أن مسألة المصطلحات لا تزال محل ارتباك لدى القضاء الجزائري⁽⁴⁾ بخصوص العضو البشري، رغم أهميته باعتباره المحل الذي يقع عليه الاعتداء.

نخلص مما سبق ذكره، إلى أن غالبية التشريعات الوضعية وقفت موقفا سلبيا إزاء تحديد

1 - قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.

2 - فقد نصت المادة 303 مكرر 1/17 على أنه: « يعاقب بالحبس من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ».

أما المادة 303 مكرر 19 فقد نصت على أن: « يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات وبغرامة 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ».

3 - تنص المادة 303 مكرر 16 على أن: « يعاقب بالحبس من ثلاث (03) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة ».

أما المادة 303 مكرر 18 فقد نصت على: « يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها ».

4 - في هذا الصدد قضت المحكمة العليا غرفة الجناح والمخالفات القسم الرابع ملف رقم 254258 بتاريخ 25 ديسمبر 2001، أن اعتبار غرفة الاتهام الطحال جهازا وليس عضوا من أعضاء جسم الإنسان، وإعادة تكييف الوقائع من جنابة إلى جنحة الضرب والجرح العمدى دون الاستعانة بخبير لمعرفة ما إذا كان استئصال الطحال يؤدي إلى عاهة مستديمة أم لا لإمكانية تحديد الوصف القانوني الصحيح للفعل المتابع به، يعد تسبيبا ناقصا، ينجر عنه النقص، المجلة القضائية عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2002، ص 546 وما بعدها.

مفهوم العضو البشري باستثناء التشريع الانجليزي، وتبريراً لموقفها استندت إلى أن وضع تعريف قانوني للعضو البشري يحول دون مسايرة التطور العلمي، خاصة، وأن هناك أعضاء ما زالت محل خلاف حول صفتها القانونية، غير أن الأمر يتطلب وضع تعريف محدد، خاصة في ظل الممارسات الطبية الحديثة التي باتت تتعامل في أعضاء الجسم بشكل يشكل خطورة كبيرة على سلامة الجسد، إضافة إلى أنه هناك اختلاف بين الآثار المترتبة عن المساس بالأعضاء البشرية عن الآثار المترتبة نتيجة المساس بمنتجات الجسم ومشتقاته.

ثانياً - المقصود بالمشتقات أو المنتجات البشرية:

لمعرفة المقصود بهذه المنتجات البشرية، يجب أولاً البحث عن التعريف القانوني لها (أ) ثم التكيف القانوني لهذه العناصر الجسدية (ب).

أ - تعريف المشتقات أو المنتجات البشرية:

يقصد باصطلاح المشتقات أو المنتجات البشرية التي تم استخدامها في العديد من التشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية والطبية على أنها « كافة العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ولا يترتب على استئصالها، فقدانها للأبد بل يمكن للجسم استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه »⁽¹⁾.

كما يقصد بها « كل مكون عضوي نسيجاً كان أم سائلاً تقوم أجهزة الجسم بإفرازه وإنتاجه على نحو دوري ويقوم الجسم بتجديده وتعويض ما فقد منه بشكل تلقائي »⁽²⁾.

ومن أمثلة هذه المشتقات بعض المواد السائلة الداخلة في تكوين الجسم، كالدّم وكافة المواد السائلة التي تفرزها الغدد على اختلاف أنواعها كاللعاب ولبن الأم والسائل المنوي والهرمونات، والبويضات وخلايا الجلد⁽³⁾.

وقد بدأت أهمية منتجات الجسد ومشتقاته تظهر في السنوات الأخيرة، نظراً للتقدم العلمي والطبي الهائل والتي كانت المشتقات ومنتجات الجسم محلاً لها، فقد أصبحت تشكل مادة فعالة

1 - بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 21؛

جبري ياسين، مرجع سابق، ص 62؛ مهدي فتحي صلاح العزة، مرجع سابق، ص 16؛ نسرین سلمان حسن، مرجع سابق، ص 42؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 32؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 166.

2 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 166؛ طارق عبد الله أبو حو، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، قسم القانون، جامعة المنصورة، 2005، ص 280.

3 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 32؛ بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 21.

لعلاج الكثير من الأمراض، لكن، رغم الأهمية التي تتمتع بها هذه المنتجات، إلا أن جل التشريعات، لم تضع تعريفا محددا لها ولا تنظيميا خاصا يتماشى مع طبيعتها المتجددة والمختلفة عن الأعضاء البشرية.

فإذا رجعنا إلى التشريعات المقارنة كالتشريع البريطاني فلا نجد تعريفا محددا للمنتجات البشرية، على خلاف ما فعله هذا الأخير بالنسبة للأعضاء البشرية.

أما عن وضع التشريع الفرنسي وإن لم يضع تعريفا ومعيارا محددا لتحديد وتمييز المشتقات البشرية عن الأعضاء البشرية، إلا أنه نظمها بأحكام وقواعد خاصة، وخصص لها فصلا كاملا تحت عنوان الأنسجة والخلايا والمنتجات، أهتم من خلاله بتنظيم الحماية القانونية للمشتقات ومنتجات الجسم، فقد نظم مسألة التبرع بالأنسجة وخلايا وتجميع مواد الجسم واستخدام الخلايا المعدلة جينيا واستعمالها لصناعة الأدوية والأبحاث العلمية على الجينات الوراثية، ونظم نقل اللقائح البشرية، والفحوصات البيولوجية للخلايا المنزوعة من البصمة الوراثية، كما فرض عقوبات في كل من قانون العقوبات وقانون الصحة العامة في حالة الاعتداء عليها أو المساس بها. وهي أحكام تختلف في مجملها عما جاء من أحكام بخصوص تنظيم عمليات نقل الأعضاء البشرية⁽¹⁾.

لكن، رغم هذا التنظيم، إلا أن المشرع الفرنسي ميز أيضا بين هذه المشتقات فلم يخصص لها نظاما مشتركا إذ نظم بأحكام خاصة التعامل بالدم البشري، وما يتعلق بالشعر والأظافر⁽²⁾ وحليب الأم⁽³⁾ والأسنان وبقايا العملية الجراحية⁽⁴⁾، إذ نجد قائمة هذه المنتجات محددة في المرسوم رقم 904-95 الصادر في 4 أوت 1995 وقد أدرجت أحكام هذا المرسوم ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها في نص المادة R 49-1211 وهي الشعر والأظافر والأسنان وذلك بسبب طبيعتها أو ظروف الحصول عليها، فالشعر مثلا حسب القانون الفرنسي وبسبب طبيعته، لا يمكن

1 - Live II : Don et utilisation des éléments et produits du corps humain.

Titre IV : Tissus, cellules – produits de corps humain et leur dérivés chapitre 1^{er} de code de la santé publique, www.legifrance.fr

2 - Article L1211-8 du code de la santé publique dispose : « *Ne sont soumis aux dispositions du présent livre que les produits du corps humain pour lesquels il est d'usage de ne pas appliquer l'ensemble des principes, qu'énoncent les articles L. 1211-1 à L. 1211-7...* ».

3- CHARAF ADDINE Ahmed, Droit de la transplantation, étude comparative, thèse pour le doctorat d'Etat, université de droit d'économie et des sciences sociales, Paris II, 1975, p 334.

4 - Article L1245-2 du code de la santé publique dispose « *Les tissus, les cellules et les produits du corps humain, prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée, à l'exception des cellules du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que des cellules du codon et de placenta, peuvent être utilisées à des fins thérapeutiques ou scientifiques, sauf opposition exprimée par elle après qu'elle a été informée des finalités de cette utilisation* ».

أن يؤثر في المحافظة على بقاء الشخص على قيد الحياة، لذلك يملك الشعر نظام الأشياء التي يمكن التخلي عنها بعوض، على هذا اعتبر أن الاتفاقات المتعلقة بالشعر مشروعة سواء كانت لهدف علاجي، أو للعناية أو حتى للبيع⁽¹⁾.

كما يخضع حليب الأم لنفس النظام، فهو منتج غدد ذات إفراز خارجي يمكن استخدامه من قبل الغير، ما يجعله محلاً لعقد الإرضاع وهو عقد مشروع لأنه لا يؤثر على التكامل الجسدي للمرأة ويحافظ من جهة أخرى على صحة أو حياة الطفل⁽²⁾.

أما عن موقف المشرع الجزائري: فلا يوجد أي تعريف محدد لهذه المنتجات والمشتقات البشرية، ولا أحكام خاصة بها باستثناء بعض القواعد المتعلقة بالعلاج عن طريق الدم ومصله مشتقاته⁽³⁾ وبعض النصوص القانونية المدرجة في قانون الأسرة الجزائري، والمتعلقة باستخراج بعض منتجات الجسم لأغراض التلقيح الصناعي⁽⁴⁾ ومعالجة العقم، وكذا استعمال الجينات الوراثية البشرية في إثبات النسب⁽⁵⁾. وبعض القواعد الخاصة في قانون العقوبات التي تنص على عقوبات

1 - RANGEL DE ALVARENGA PAES Juliana, Le corps humain et le droit international, Tome I, thèse de doctorat en droit, discipline droit international, faculté de droit-économie-sciences sociales, université Panthéon-Assas, Paris II, 2003, p 267 ; CABRILLAC Rémy, Le corps humain, in(sous la direction de CABRILLAC Rémy, ANNE FRISON marie, REVET ROCHE Thierry) libertés et droits fondamentaux ,9è éditions, éditions Dalloz, paris, 2003, p153 -

2 - أصدر المشرع الفرنسي قرار 9 أوت 1954 المنظم لتجارة الحليب، ولم يخضعه للقواعد التي تحمي جسم الإنسان أي الرضا، السرية والمجانبة.

ARNOUX Irma, Les droits de l'être humain sur son corps, presses universitaire de Bordeaux, France, 1995, p 82 ; MOINE Isabelle, op.cit, p 386.

3 - المادة 1/158 من قانون رقم 85-05 تنص: « تتم في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم بأغراض علاجية وتحضير مصل الدم (بلازما) ومشتقاته والمحافظة على ذلك ».

أما المادة 159 من القانون نفسه فتتص « تسجل فصيلة الدم وجوبا على بطاقة التعريف الوطنية ورخصة السياقة ».

4 - المادة 45 مكرر من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 27 فبراير 2005، تنص على أنه

« يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا.

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين.

- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ».

5 - نصت المادة 40 فقرة 02 من الأمر رقم 02-05 « يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ».

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2006/03/05 أنه بالاطلاع على القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق النسب المولود (م، ص) للمطعون=

خاصة تتضمن الاتجار بالدم⁽¹⁾ أو تتعلق بالاتجار بالأنسجة أو أخذ الأنسجة بدون رضا صاحبها وهي قواعد تختلف عن الأحكام المقررة بالنسبة للاتجار بالأعضاء أو الحصول على الأعضاء بدون رضا صاحبها⁽²⁾.

مما يتبين أن المشرع الجزائري يعتبر الأنسجة والأعضاء شيئاً واحداً تخضع لنفس الأحكام الخاصة بنقل الأعضاء البشرية دون تمييز بينها رغم أهمية التفرقة بينها خاصة على مستوى القانون الجنائي باعتبار أن القواعد التقليدية غير كافية لإضفاء الحماية في مواجهة الاعتداءات الواقعة على منتجات الجسم، خاصة في ظل التطورات الطبية الحديثة وظهور عمليات نقل الأنسجة والتلقيح الصناعي وغيرها.

ب - التكييف القانوني لهذه العناصر الجسدية:

بالنسبة للتكييف القانوني لهذه العناصر والمنتجات البشرية، فقد اختلف البعض في تكييف بعض العناصر منها؛ الدم والمخلفات العمليات الجراحية.

1 - بالنسبة لتكييف الدم:

لا يخفى ما يتمتع به هذا العنصر البشري⁽³⁾ من خاصية التجدد المستمر مما يتيح التبرع به بكميات معينة بصفة دورية دون أن يكون ثمة أثر على وجوده أو الانتقاص من الكم الواجب توافره لاستمرار الحياة وأداء الجسم لوظائفه الطبيعية⁽⁴⁾.

ضده باعتباره أب له، كما أثبتته الخبرة العلمية ADN، معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد أن يثبت النسب بعدة طرق منها البيئة، ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بوالده وهو للطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41، وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، خاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية، كذلك ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي ينصب معه نقض القرار المطعون فيه، قرار غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/03/05 تحت رقم 355180 م ق 2006، نقلاً عن: برني نذير، مرجع سابق، ص 24، هامش رقم 4.

1 - تنص المادة 263 من الأمر رقم 85-05 على أنه « يعاقب كل من يتاجر بالدم البشري أو مشتقاته قصد الربح بغرامة قصد الربح بغرامة مالية تتراوح بين 500 و1000 دج، وفي حالة العود بغرامة مالية تتراوح بين 1000 و5000 دج وبالحبس من ستة أشهر إلى سنتين ».

2 - هذا ما نصت عليه المادة 303 مكرر 16 والمادة 303 مكرر 18 من الأمر رقم 09-01، سالف الذكر.

3 - تم اكتشاف المجموعات الأربعة للدم من طرف K Landsteiner سنة 1901، انظر: MORVAN Sylvia op.cit, p 32, marge31.

4 - انظر كل من: إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 44؛ جبيري ياسين، مرجع سابق، ص 62.

فيعد الأكثر استخداماً ونقلًا بين البشر⁽¹⁾، وقد اعتبره البعض نسيجاً من أشكال النسيج الضام⁽²⁾ يجري داخل الجسم البشري في الشرايين والأوردة والأوعية الدموية، ويتكون من مادة سائلة تسمى البلازما ونسيج من كرات دموية⁽³⁾.

وهناك من اعتبره عضواً من أعضاء الجسم، وليس منتجاً من منتجاته وفي هذا يرى مجمع الفقه الإسلامي بأن العضو جزء من الإنسان سواء كان أنسجة، خلايا أو دماء ونحوها. كقرنية العين، وسواء كان متصلاً به أم منفصلاً عنه⁽⁴⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه أن الدم بمشتقاته يقع بين وصف العلاج ووصف الدواء، وهذا ما ذهب إليه القانون الفرنسي الصادر في 21 جويلية 1952 والخاص بنقل الدم، كما اعتبره مصدر للمنتجات الدوائية الصيدلانية⁽⁵⁾. لكن بعد صدور قانون 4 يناير 1993 والخاص بنقل الدم والأدوية، غير موقفه، فلم يعتبر الدم منتج دوائي بل أدخله في نطاق عناصر الجسم البشري المشار إليها في قانون 29 جويلية 1994 في المواد 665 إلى 665-16 كما نظم قانون الصحة العام الفرنسي إعداد وتخزين الدم ومكوناته واعتبره من عناصر الجسم⁽⁶⁾.

مما تقدم، يتبين أن الدم ليساً عضواً بشرياً كما جاء به أصحاب الاتجاه الثاني، بل هو من منتجات الجسم؛ نظراً لأن أهل الطب قد اجمعوا في تعريفهم للدم على أنه نسيج ضام فهو نسيج سائل لا شكل له، يأخذ شكل الإناء الذي يحتويه زيادة أو نقصاناً، عكس الأعضاء التي لها شكل معين، كما أن الدم عبارة عن نسيج واحد يتكون من خلايا عديدة، بينما أعضاء الجسم الأخرى

1 - والدم في اللغة هو السائل الحيوي الذي يسري في الجهاز الدوري للإنسان والجمع: دماء، والدم هو أكثر المشتقات والمنتجات استخداماً ونقلًا بين البشر، خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 33.

2 - وبهذا أخذت محكمة استئناف باريس حيث أيدت هذا الاتجاه في 28 نوفمبر 1991، بقولها أن الدم هو نسيج آدمي ولا يمكن أن يكون شبيهاً بالسلع... نقلاً عن: وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005، ص 43.

3 - مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هوم، الجزائر، 2003، ص 107.

4 - ضياء عبد الله عبود جابر الأسدي، حق السلامة في جسم المتهم، منشورات زين الحقوقية، عمان، 2009، ص 56؛ بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 22.

5 - أصبحت المنتجات أو المشتقات الدم أدوية حسب تعليمات 1989. انظر:

RANGEL DE ALVARENGA PAES Juliana, op.cit, p 267.

6 - وهذا في نص المادة 1-1221 إلى نص المادة 14-1221.

تتكون من عدة أنسجة.

2 - بالنسبة للسائل المنوي والبويضة الأنثوية: "الخلايا التناسلية"

تعتبر الخلايا التناسلية المتمثلة في النطفة الذكرية والبويضة الأنثوية من منتجات الجسم القابلة للتجديد، غير أن هذه الخلايا التناسلية تختلف طبيعتها؛ فقبل التخصيب تعتبر من بين منتجات الجسم التابعة لصاحب الجسد المنفصلة عنه، وليس لها كيان مستقل، أما بعد التخصيب، فإنها تصبح أصلاً آدمياً وتدخل في مفهوم الجنين باعتبار أن الحياة في الجنين تبدأ منذ لحظة الإخصاب⁽¹⁾.

3 - بالنسبة لتكييف مخلفات العمليات الجراحية:

تتمثل هذه المخلفات أو بقايا الجسد، في الأجزاء التي تتخلف عند إجراء بعض العمليات بحكم طبيعتها مثل؛ الشعر بعد قصه والمشيمة بعد الولادة واللوزتين بعد استئصالهما والأظافر بعد تقليمها والحبل السري بعد الولادة، فمن هذه البقايا ما يتميز بالتجديد على الدوام، حيث ينمو الشعر بعد قصه وكذلك الأظافر⁽²⁾.

والواقع أن هذه البقايا⁽³⁾ لم تكن في وقت قريب قابلة للاستعمال والاستفادة منها، غير أنه ومع تقدم الأبحاث العلمية، فقد ظهرت إمكانية الاستفادة منها في أغراض مختلفة. إذ أصبح دم الحبل السري يستخدم في عمليات زرع نخاع الشوكي وفي علاج الكثير من الأمراض، كسرطان الدم، وبعض الأمراض الخطيرة التي تصيب الأطفال، كما يستخلص منها الهرمونات التي تعالج بعض حالات العقم وتنشيط المبايض⁽⁴⁾.

1 - انظر كل من: عمران أحمد، مرجع سابق، ص 113؛ جعفر محمود علي المغربي، "الحماية المدنية للجنين"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثلاثون، جوان 2006، ص 134.

2 - علاء علي حسين نصر، مرجع سابق، ص 53.

3 - لقد فرق البعض بين بقايا العمليات الجراحية ومخلفات العمليات الجراحية، فأما الأولى فيقصد بها ما تبقى بعد إجراء العملية الجراحية، والذي يمكن استعماله من جديد من أجل عملية جراحية أخرى، أما المخلفات فهي كل ما يسقط من عنصر بعد العملية أو بعد فصله، ويكون من الممكن الانتفاع به، وتكون تلك البقايا والمخلفات عادة من منتجات الجسم تتفصل عنه بغرض التشخيص أو العلاج، مثل الدم المتبقي بعد التحليل والجلد والحبل السري والمشيمة. انظر: برني نذير، مرجع سابق، ص 21؛ أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 61.

4 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 77؛ MOUSNY Marie Pierre, op.cit, p 91.

أما المشيمة⁽¹⁾، فقد أصبحت المعامل الدوائية تبرم عقود مع العيادات والمستشفيات التي تستقبل حالات الولادة للاحتفاظ بها في محتويات باردة لنقلها إلى مراكز التصنيع، حيث تقوم بعمليات استخلاص العناصر الدوائية منها مثل الهرمونات والمضادات الحيوية ودهان البشرة والشعر، إذ أصبحت محل تجارة، خاصة بعد ظهور نتائجها التي تسمح بالأبحاث على الخلايا الجذعية⁽²⁾.

- ولقد تناول المشرع الجزائري مخلفات العمليات الجراحية بموجب المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 03-478 المؤرخ في 69 ديسمبر 2003⁽³⁾، والذي يحدد كفايات تسيير نفايات النشاطات العلاجية على أنه « توصف بالنفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية كل النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية والنفايات الناجمة عن عمليات الخطيفة البشرية الناتجة عن قاعات العمليات الجراحية وقاعات الولادة ».

فمن خلال هذه المادة، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد ما إذا كانت تلك المخلفات تأخذ منتجات الجسم بطبيعتها، وما إذا كانت تخضع لنفس القواعد المنظمة لمشتقات أو أعضاء الجسم، خاصة فيما يتعلق بشروط التبرع بها، أو إجراء التجارب العلمية عليها، رغم الأهمية الفعلية التي أصبحت تمثلها هذه المخلفات خاصة فيما يتعلق بخلايا الحبل السري والمشيمة التي أصبحت تستخدم لعلاج الكثير من الأمراض.

لذلك، ومع غياب النصوص القانونية والأحكام الشرعية، تبقى أسئلة كثيرة تثار حول مدى جواز الاستفادة من هذه النفايات، وما هو حق صاحبها عليها، كما تثار أسئلة من الجانب الشرعي حول مدى شرعية استخدام هذه النفايات والحلول الشرعية لطرق استعمالها أو التخلص منها باعتبارها من بقايا الجسد التي لها حرمة.

أما عن موقف التشريع الفرنسي بالنسبة لهذه المخلفات وبقايا الجسد الآدمي، فقبل تعديل قانون الطب البيولوجي سنة 2011، كانت هذه النفايات الطبية خاصة فيما يتعلق بالحبل السري بمثابة أشياء يتم التنازل عنها ضمناً من طرف الشخص ويمتلكها أول من يتحصل عليها بدون إعلام الشخص، أو

1 - أول استخدام للمشيمة كان في بريطانيا سنة 1931، وأول زرع لدم الحبل السري كان في سنة 1998. انظر:

CABROL Christian, op.cit, p 32, marge 28.

2 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، مرجع سابق، ص 77. وانظر أيضاً:

RANGEL DE ALVARENGA PAES Juliana, op.cit, p 267.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 03-478 مؤرخ في 2003/12/09، يحدد كفايات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، جريدة رسمية عدد 78، صادر بتاريخ 14 ديسمبر 2003.

الحصول على موافقته⁽¹⁾، فرغم أن قانون الصحة العام الفرنسي قد نص على أن هذه النفايات تخضع للمبادئ العامة لأخلاقيات الطب، ومنها المجانية والسرية وعدم الإشهار لمصلحة مؤسسة أو شخص معين، إلا أنها لم تنص على ضرورة الحصول على رضا الشخص، مما قد يعني أن هذه النفايات هي أشياء متروكة، يمكن أن تكون محلاً للتملك من أي شخص له مصلحة في ذلك⁽²⁾.

لكن بعد تعديل 2011 لقانون الطب البيولوجي⁽³⁾، فقد نص على قواعد حمائية أكثر بالنسبة لاستئصال الخلايا الجذعية من الحبل السري أو المشيمة في حالة الولادة⁽⁴⁾. فقد استوجب رضا الأم بعد إعلامها وتبصيرها بهدف هذا الاستعمال، وهذا ما نصت عليه 1245 - 2 من قانون الصحة العامة الفرنسي⁽⁵⁾.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للأعضاء البشرية

باعتبار أن أعضاء جسم الإنسان أصبحت محلاً للتعامل القانوني، خاصة في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وأمكن بذلك استئصال الأعضاء وفصلها عن الجسم، فهل يتغير الوضع القانوني لهذه الأعضاء إذا ما تم فصلها عن الجسم بحيث تدخل في مفهوم الأموال أو الأشياء (الفرع الأول) وإذا كان للشخص حق التصرف في جسده وفي أعضائه المختلفة، فعلى أي حق يرد هذا التصرف أي طبيعة حق الإنسان على جسده وأعضائه (الفرع الثاني). وما الذي يميز الأعضاء البشرية عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى (الفرع الثالث).

1 - MOUSNY Marie Pierre, op.cit, p 91 ; ARNOUX Irma, op.cit, p 83.

2 - BAUD Jean Pierre, L'affaire de la main volée, éditions du Seuil, Paris, 1993, p 25.

3 - Loi N° 2011-814 du 7 Juillet 2011, relative à la bioéthique.

4 - DIONISI-PEYRUSSE Amélie, "La protection de la vie humaine dans la loi relative à la bioéthique du 7 Juillet 2011, Revue juridique personnes et famille, N° 9, Paris, Septembre, 2011, p 14.

5 - Article L1245-2 du code de la santé publique dispose : « ... à l'exception des cellules du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que des cellules de cordon et du placenta Peuvent être utilisées à des fins thérapeutiques ou scientifiques, sauf opposition exprimée par elle après Qu'elle a été informée des finalités de cette utilisation ». Article L1241-1a4 du code de la santé publique dispose : « le prélèvement de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que de cellules du cordon et du placenta ne peut être effectué qu'à des fins scientifiques ou thérapeutiques en vue d'un don anonyme et gratuit, et à la condition, que la femme, durant sa grossesse, ait donné son consentement par écrit au prélèvement et à l'utilisation de ces cellules, après avoir reçu une information sur les finalités de cette utilisation. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment... ».

الفرع الأول

مدى اعتبار أعضاء الجسم ومكوناته من الأموال

ظهرت مسألة تكييف الأعضاء البشرية ومكونات الجسم التي تتفصل عن الجسم من حيث اعتبارها من الأموال، نتيجة لتطور العلوم الطبية وظهور ما يسمى بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وإمكانية انتزاع الأعضاء من شخص وزرعها في جسم شخص آخر، وبالتحديد بعد صدور القانون الفرنسي لنقل الدم سنة 1952⁽¹⁾. ثم تطور الأمر بالنسبة للأعضاء البشرية الأخرى، كالنطف والحليب والمشيمة وغيرها من الأعضاء.

لذلك، حاول جانب من الفقه الفرنسي إيجاد تكييف قانوني لأعضاء الجسم التي تتفصل عنه وذلك، باعتبارها تدخل ضمن طائفة الأشياء التي تخضع للتعامل القانوني⁽²⁾؛ فوضعها خارج التعامل القانوني، يعني رفض الواقع القانوني الذي أصبح يسمح بالتعامل فيها، فبمجرد فصل الأعضاء عن الجسم، يتم تحويلها، وتعديلها، وحتى القضاء عليها، مما يعني، أن القانون يتعامل مع الأشياء وليس مع الأشخاص⁽³⁾.

كما أن أصحاب هذا الاتجاه رفضوا الاستناد إلى التقسيم الكلاسيكي الذي جاء به القانون الروماني للأشياء. والذي أعتمدته القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1128⁽⁴⁾، وذلك لعدم مساهمته التطورات العلمية والطبية الحاصلة في المجال الطبي، ولعدم انطباقه على جسم الإنسان، فالقول بأن الجسم لا يدخل ضمن الأشياء وغير قابل للتعامل ما هو إلا مفهوم ضمني غير صريح في نص المادة 1128، إذ لا يزال في حقيقته يأخذ بشيئية الجسم باعتبار أنها تتحدث عن الأشياء⁽⁵⁾.

كما أنه وبالرجوع إلى القانون 1994، فرغم أنه حاول لأول مرة وضع نظام قانوني لجسم الإنسان، وأخذ في الاعتبار التطورات الطبية الحاصلة، إلا أنه لم يضع نصوصاً تحدد طبيعة جسم

1 - Voir: MOIN Isabelle, op.cit, p 377 ; LAHALLE Thibault, La qualification juridique du corps humain, tome 2, thèse de doctorat en droit, université Panthéons Assas, Paris II, 2002, p 366 ; BAUD Jean Pierre, op.cit, p 189.

2 - MAISON Elodie, L'abandon de la propriété, thèse de doctorat en droit, droit privé, université Panthéons Assas, Sorbonne, 2009, p 599 – 600 ; ARNOUX Irma op.cit, p 83 ; BAUD Jean Pierre, op.cit, p 189.

3 - MAISON Elodie, op.cit, p 600.

4 - Article 1128 du code civil français « *Il n'ya que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ».

5 - MOINE Isabelle, op.cit, p 14 ; BAUD Jean Pierre, op.cit, p 25 ; LAHALLE Thibault op.cit, p 367.

الإنسان وأعضائه⁽¹⁾، بل نجد أنه ميز بين الشخص والجسم وذلك من خلال تنظيمه لأحكام خاصة ومتفرقة للجسم وأحكام خاصة بالشخص مما يعني أن القانون رفض تشبيه الجسم بالشخص⁽²⁾؛ وذلك من خلال نص المادة 16⁽³⁾، التي تتحدث عن احترام الشخص وحرية والمادة 16-1⁽⁴⁾، التي تتحدث عن عدم الاعتداء على الجسم وأجزائه وعدم اعتبارها محلاً لحق مالي.

فأصحاب هذا الاتجاه يؤكدون أن ما يعتبر داخلاً في نظام الشخص هو الجسم ككل، باعتباره لا يدخل في دائرة التعامل، أما الأجزاء والأعضاء المنفصلة عن الجسم فتدخل في وصف الأشياء باعتبارها تدخل في دائرة التعامل القانوني⁽⁵⁾.

غير أن، هذا الاتجاه تعرض للنقد من قبل الفقه الفرنسي، الذي رفض اعتبار أعضاء الجسم من الأشياء، وهذا لأن الجسم يمثل الشخص نفسه، مما يعني أنه لا يمكن أن يكون محلاً للتصرف والاتفاق، فالقانون قد اعترف بحرمة جسم الإنسان وبصيانة كرامته ومنع كل اعتداء على سلامته، فالجسم بمختلف أعضائه يجسد الشخصية الإنسانية⁽⁶⁾.

أما عن انطباق وصف المال⁽⁷⁾ والشيء⁽⁸⁾ على أعضاء المنفصلة عن الجسم وفقاً للفقه الإسلامي، فيرى البعض أن مقاييس أو المعايير التي يوصف بها المال لا تنطبق على جسم الإنسان ولا على أعضائه بعد انفصالها وذلك للاعتبارات التالية:

1 - DE ALVARENGA Rangel PAES Juliana, op.cit, p 264.

2 - LAHALLE Thibault , op.cit, p 368.

3 - Article 16 du code civil français dispose :

« La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

4 - Article 16-1 du code civil français dispose :

« Chacun a droit au respect de son corps, le corps humain est inviolable, le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

5 - MOINE Isabelle, op.cit, p 376.

6 - THOUVENIN Dominique, "La personne et son corps :un sujet humain, pas un individu biologique , droit de la santé, petites affiches, N°149, Paris,14 décembre 1994, p 02.

7 - تتمثل هذه المقاييس في المالية أي شيء يمكن تقويمه بالنقود. صلاحية التعامل في الأسواق بحكم القانون أو بطبيعته. حماية القانون له أما من تملكه لسبب قانوني فيحق له استعماله والتصرف فيه، جبير ياسين، مرجع سابق، ص 114؛ صابر محمد محمد السيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 112.

8 - فقد قيل الشيء هو « كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص سواء كان شيئاً مادياً كالأرض والبناء أو كان شيئاً معنوياً كالأفكار ». صابر محمد محمد السيد، مرجع سابق، ص 91.

جسم الإنسان أسمى من أن يقدر بالمال، فلا يجوز أن يشبه جسم الإنسان بشيء، ذلك لأن الإنسان بطبيعته سواء كان حياً أو ميتاً لا يمكن أن يدخل في دائرة التعامل فهو لا يمكن أن يكون محلاً ممكنًا ومشروعاً للمعاملات⁽¹⁾.

كما أن الحماية القانونية للأشياء المالية تختلف عن تلك التي تنقرر للجسد، ذلك، لأن الحماية القانونية للأشياء المالية ليست مقررة لذاتها، وإنما لما لها من قيمة مالية. وعلى ذلك، لا يلزم من يعتدي عليها بالضمان أو التعويض إلا إذا ترتب على هذا الاعتداء ضرر يلحق بقيمته المالية.

بينما الحماية القانونية للكيان الجسدي، لا تقتصر على حقه في التعويض عما يلحقه من أضرار بل تشمل أيضاً حقه في الحياة وحقه في سلامة جسده⁽²⁾.

كما أن المال يمكن اكتساب ملكيته بأي سبب من أسباب كسب الملكية، فيحق بذلك أن يجري عليه كافة التصرفات سواء كانت قانونية أو مادية.

أما الجسم وأعضاؤه، فلا يصح أن يكونا محلاً لحق ملكية، لأن المسلم به هو أن الجسم ليس بشيء. كما، أن القول بأن الجسم يكون محلاً لحق ملكية يستلزم أن يكون هناك مالك صاحب حق مستقل عن موضوع الحق، أي يكون الشيء خارج الإنسان في حين أن جسم الإنسان ليس خارجاً عنه⁽³⁾.

وتبعا لذلك، لا يمكن أن يكون الجسم وأعضائه محلاً للحقوق المالية كلاً أو جزءاً، ولا أن يخضع للتملك كما هو الشأن بالنسبة للشيء، أو أن يعتبر من الأشياء الخارجة عن التعامل فيها لا بطبيعتها ولا بحكم القانون⁽⁴⁾.

= أما المقصود بالمال في اصطلاح الفقه الإسلامي، فهو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، كما عرّفه البعض بأنه اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن التصرف فيه على وجب الاختيار. انظر: محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة مقارنة في القانون المدني والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، 2010، ص ص 66 - 67.

- 1 - صابر محمد محمد السيد، مرجع سابق، ص ص 112 - 113؛ جيبيري ياسين، مرجع سابق، ص 115.
- 2 - جيبيري ياسين، مرجع سابق، ص 115؛ صابر محمد محمد السيد، مرجع سابق، ص 113.
- 3 - صابر محمد محمد السيد، مرجع سابق، ص 115.
- 4 - ذلك لأن الأشياء تنقسم إلى أقسام كثيرة وأهمها أشياء قابلة للتعامل فيها وأخرى غير قابلة للتعامل. فالأشياء التي يجوز التعامل فيها هي الأشياء التي يمكن حيازتها حيازة مادية أو معنوية، ويمكن الانتفاع بها انتفاعاً مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

الفرع الثاني

سلطات الشخص على جسده

على الرغم من أن جسم الإنسان وأعضائه في القانون المدني وعند شرح القانون لا يعتبر شيئاً ولا تنطبق عليه مقاييس الشيء كأساس، إلا، أن الجدل قد ثار بين شرح القانون حول طبيعة حق الإنسان على جسده، فهناك من يعتبر أن الشخص مالك لجسده (أولاً)، وهناك من يمنح الفرد حقاً من الحقوق الشخصية (ثانياً).

أولاً - حق الإنسان على جسده حق ملكية:

يرى بعض الفقهاء مثل بيرو وقارو Perreau و P. Garraud أن كل شخص يملك على جسمه حقاً خالصاً وقاصراً عليه اتجاه الآخرين كنوع من حق الملكية على كيانه⁽¹⁾، كما أكد القاضي الانجليزي جون لوك John Luke أن لكل إنسان ملكية خاصة على جسمه ولا يمكن لأحد أن يشاركه أو يعتصب منه هذه الملكية⁽²⁾.

فأصحاب هذا الاتجاه يرون أن للإنسان على جسمه حق ملكية؛ إذ أن ما في الإنسان عدا روحه يعد مالا شخصياً بحتاً، وهو بذلك يعتبر كأي شيء يعامل معاملة الأشياء⁽³⁾.

ثم أن القيام بتصنيف الجسم من بين الأشياء سوف يسمح بضمان التكامل الجسدي؛ حيث ستتم المطالبة به من قبل الشخص لمصلحة جسده.

ومن ناحية أخرى، فإن الاعتراف للشخص بحق ملكيته على جسمه يعتبر الوسيلة المثلى لحمايته ضد أولئك الذين يريدون الاتجار بمنتجات جسمه، كما أن تبني مبدأ مادية الجسم سوف

=أما الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها، فهي الأشياء الخارجة عن التعامل، وهي نوعان: أشياء خارجة عن التعامل بطبيعتها وهي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها دون غيره من الناس كالأشياء المشتركة مثل الماء والهواء. وأشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون وهي الأشياء التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية، بسبب الغرض الذي خصصت له كالأموال العامة أو بسبب خطورتها على المجتمع، وكون التعامل فيها يتعارض مع الآداب العامة والنظام العام مثل المخدرات. انظر كل من: صابر محمد السيد، مرجع سابق، ص 97؛ جبيري ياسين، مرجع سابق، ص 104.

1 - أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 40. MOUSNY Marie pierre, op.cit, p 119.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005، ص 52.

3 - محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 54؛ صابر محمد السيد، مرجع سابق، ص 151.

يسمح بتحديد وبشكل دقيق حدود وحقوق الشخص على جسده⁽¹⁾، والوصول إلى الاعتراف بهذا المبدأ مؤداه هو إثبات صفة المالك لهذا الشخص على جسده⁽²⁾.

فبمقتضى حق الملكية سيخول لصاحبه الاختصاص في الاستئثار والتسلط والانفراد بتلك السلطة بحيث تخلع عليه الامتياز في مركزه بين الآخرين، وبهذا يتحقق للإنسان السلطان على جسده، فيتصرف فيه كيفما يشاء، أما إذا كان الشخص لا يملك جسده فلا يمكن له البيع ولا التبرع⁽³⁾. وقد أضاف جون بيار بوود J P Baud أن هناك تأكيداً قضائياً على أن الشخص يملك جسده، وذلك في القرار الصادر في 29 جوان 1981 المتعلق بقضية جانل داوود Janel Daoud⁽⁴⁾ والذي قضى بأن الأصبع المقطوع هو ملك لسيد داوود Daoud مما يعني أنها شيء يطبق عليها قواعد الأشياء كالحجز عليها.

كما تم تأكيده أيضاً في قضاء ولاية كاليفورنيا بمناسبة القضية المشهورة لسيد مور Moore

1 - انظر كل من: أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 41؛ برني نذير، مرجع سابق، ص 35؛ ناجم بركة، اقتطاع وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء القانون الجزائري والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، ماجستير في القانون المدني، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 2008، ص 10.

BAUD Jean Pierre, op.cit, p 12.

MOUSNY Marie pierre, op.cit, p 120.

2 - تظهر المصلحة العملية بالاعتراف بمادية الجسم حسب ما جاء في قضية اليد المسروقة ل جون بيار بوود J P Baud عندما يتعلق الأمر بتحديد حقوق الفرد على أجزائه التي انفصلت عنه، إذ يتخيل أن يد قطعت أثناء حادث نجارة مثلا، فإذا كانت اليد المقطوعة لا تصبح شيء إلا في لحظة الانفصال والبر عن الجسد، فإنه يمكن تملكها من قبل أول شخص يستولي عليها، ولا يمكن أن يتهم ذلك الشخص بالسرقة لأنه باعتباره الحائز الأول فإنه سيصبح مالك لشيء بدون مالك. وإذا قام الضحية باسترجاع يده فإنه هو الذي سيصبح متهما بالسرقة، لأنه لا يملك أعضائه. انظر: ناجم بركة، هامش رقم 2، ص 10؛ أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 29؛

BAUD Jean Pierre, op.cit, p 16.

3 - انظر كل من: ناجم بركة، مرجع سابق، ص 11؛

THOUVENIN Dominique, "Au tour du don et de la gratuité", Revue Générale de Droit médical N° spécial, Paris, 2002, p 101.

4 - تتلخص وقائع القضية في أن السجين جانال داوود Janel Daoud تعرض لعملية بتر إصبعه في مستشفى Dragon أين تلقى العلاج ثم طلب من إدارة المستشفى بعث إصبعه إلى Garde des sceaux أي إلى السجن الذي يتواجد فيه، وبالفعل قامت إدارة المستشفى بإرسال الإصبع المقطوع في زجاجة فيها مادة حافظة، إلا أن إدارة السجن قامت بمصادرة هذه القارورة والحجز عليها، مما أدى بالسجين داوود إلى رفع دعوى قضائية مطالبا باسترجاع إصبعه باعتبارها ليست من بين الأشياء التي يمكن الحجز عليها، إلا أن القاضي حكم بأن الإصبع يعتبر شيء يطبق عليه قواعد الأشياء والأموال أي أنها يمكن حجزها من طرف إدارة المستشفى. انظر:

BAUD Jean Pierre, op.cit, p 13.

أين قضت محكمة استئناف كاليفورنيا بتاريخ 31 جويلية 1988⁽¹⁾، بملكية السيد مور لمنتجاته وخلايا جسمه.

إلا أن هذا الاتجاه انتقد من طرف الفقه الفرنسي الذي يرفض الاعتراف بملكية الشخص لجسمه، فهو يعتبر الجسم مجرد غلاف أو مجسدا للشخصية⁽²⁾، كما رفضوا حماية أعضاء الجسم في مقابل التنازل عن حرمة وكرامته، فالاعتراف بملكية الشخص لجسده يؤدي إلى إمكانية استغلاله وتكوين تجارة للأعضاء البشرية⁽³⁾.

فهذه النظرية لا تتفق مع طبيعة جسم الإنسان وعناصره التي تتمتع بالحرمة بنص القانون⁽⁴⁾ ولا مع الخصائص العامة لحق الملكية التي تقبل التداول والادخار والحجز⁽⁵⁾.

كما أن القول بوجود حق ملكية يستلزم أن يكون هناك مالك وهو صاحب الحق مستقلا عن موضوع الحق، بينما طبيعة الجسم تتعارض مع ذلك، بحيث يتحد في تلك العلاقة صاحب الحق ومحل الحق⁽⁶⁾.

إضافة إلى أن إطلاق حرية الشخص في التصرف في جسمه كصاحب حق ملكية، لا يؤدي إلى حماية الجسم من تصرفات الشخص نفسه مثل قيام الشخص بالانتحار⁽⁷⁾ الذي يؤدي إلى إنهاء حياته أو بيع الشخص لجسده الذي يؤدي إلى الامتهان والعبودية؛ وهذا بالطبع، يتنافى مع

1 - تتلخص وقائع القضية في اكتشاف الأطباء أن المريض المدعو مور Moor لديه خلايا فريدة من نوعها وتسمح بعلاج بعض الأمراض المزمنة، مما أدى إلى استغلال الأطباء لهذه العناصر الجسدية بدون إعلام السيد مور وذلك بإعادة تصنيفها وطرحها في الأسواق على شكل منتجات دوائية فريدة من نوعها.

2 - Voir : LAHALLE Thibault, op.cit, p 425 ; BAUD Jean Pierre op.cit, p 23 ; MOUSNY Marie Pierre, op.cit, p 22.

3 - BAUD Jean Pierre, op.cit, p 24.

4 - وهذا ما نصت عليه المادة 16-1 من التقنين المدني الفرنسي والتي تنص:

« Chacun a droit au respect de son corps, le corps humain est inviolable.

le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

5 - افتكار ميهوب دبوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2006، ص 14.

6 - برني نذير، مرجع سابق، ص 35؛ افتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 14؛ MOUSNY Marie Pierre, op.cit, p 120

7 - وحتى عدم معاقبة الغير الذي يساعد على الانتحار، وهذا ما تم تجسيده بالفعل في سويسرا وبلجيكا ولكسمبورغ التي أباحت المساعدة على الانتحار تحقيقاً لمصلحة الغير وحرية الإجهاض.

مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر أن المالك الحقيقي للجسد هو الله تعالى⁽¹⁾.

ثانيا - حق الإنسان على جسده حقا من حقوق الملازمة للشخص:

يرى أغلب الفقه، أن العلاقة التي تجمع بين الشخص وجسده، لا ينظر إليها من جانب الحقوق المالية بل من جانب الحقوق الملازمة للشخصية⁽²⁾، والتي يقصد بها: « تلك الحقوق التي تثبت للإنسان بمجرد وجوده وتحفظ له مقومات هذا الوجود وتمكنه من الاستفادة من نشاطه بحكم كونه إنسان »⁽³⁾.

أو هي « بعض تلك الحقوق الأساسية والضرورية الخاصة بكل إنسان والتي لا تتفصل عنه وهي حقوق مشتركة »⁽⁴⁾. وذلك لسمو وكرامة جسم الإنسان، وعدم إمكانية الفصل بين الجسد والشخص، فالجسد، هو غلاف ومجسد الشخصية⁽⁵⁾، مما جعل الفقه الفرنسي يتجه إلى فكرة الحقوق للصيقة بالشخصية، التي تهدف أساسا، إلى الدفاع عن الإنسان وجسده، وتقديم له الحماية في علاقاته مع الغير، سواء كانوا أفرادا أو سلطات عامة⁽⁶⁾، وتثبت هذه الحقوق للإنسان بوجوده؛ وتظل تلازمه إلى حين مماته؛ ذلك، لأن حماية الإنسان في كيانه المادي والمعنوي غاية كل تنظيم قانوني في أي مجتمع كان⁽⁷⁾.

فإدراج حق الإنسان على جسده ضمن طائفة الحقوق الملازمة للشخص، يعتبر أكبر حصن يصون الجسد البشري وآمن جدار يقيه من المساس به ذلك، لانتطابق خصائص الحقوق الملازمة

1 - وبهذا الرأي أفتى فضيلة الشيخ محمد السيد طنطاوي وفضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي نقلا عن: حبيبة سيف سالم، مرجع سابق، هامش رقم 4، ص 59.

2 - منعا للبس مع الحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية، يطلق بعض الفقهاء على حقوق الملازمة للشخصية، مصطلح الحقوق الشخصية ويطلق عليها البعض الآخر الحقوق العامة أو الحريات العامة، كونها تثبت للناس كافة باعتبارها حقوق تتبع من مبادئ الحريات التي يتمتع بها كل شخص. كما أضفت عليها الثورة الفرنسية وصف الحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان، على أساس أن الإنسان يولد بطبيعته حرا أو أن القانون الطبيعي يقرها، لذا فإن الإنسان يتمتع بهذه الحقوق لمجرد كونه إنسان. انظر: محمد السعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 55 - 56، هامش رقم 13.

3 - المرجع نفسه، ص 55.

4 - المرجع نفسه.

5 - انظر كل من برني نذير، مرجع سابق، ص 36؛ Sophie-Antipolis, op.cit, p 118
LENOUR Noelle, Le statut juridique de corps humain pour répondre à l'angoisse contemporaine, l'état de droit, éditions Dalloz, Paris, 1996, p 418.

6 - أحمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 35 - 36.

7 - جعفر محمد السعيد، مرجع سابق، ص 55.

للشخص على حق الإنسان في التكامل الجسدي؛ والتي من أهم خصائصها أنه حق مطلق يحتج به على الجميع؛ فعلى الأشخاص احترام حق الإنسان على جسده والامتناع عن أي عمل يشكل مساساً على صاحب الجسد؛ كما أنه حق عام يثبت لكل إنسان بمجرد كونه إنسان دون أي شرط أو قيد. وفي هذا المعنى يتحد الحق والواجب في حفظ كيان الإنسان ويترتب عن ذلك عدم جواز التنازل عنه بمقابل أو بدون مقابل ولا يجوز الحجز عليه لأن الحجز مؤداه البيع الجبري في حين أن جسم الإنسان ليس من قبيل الأشياء أو الأموال التي تدخل في الضمان العام للدائنين؛ كذلك يترتب عنه أنه حق لا ينتقل بوفاة الشخص إلى الورثة، لأن واقعة الوفاة يترتب عليها انقضاء الشخص القانوني للإنسان، وبالتالي تنقضي جميع الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان بالموت.

وأخيراً هو حق غير خاضع لأحكام التقادم، أي لا يخضع للتقادم المكسب أو المسقط، إذ لا يمكن أن يكسب شخص ما، الحق على أحد الأعضاء البشرية بالحياة لمدة ما، كما لا يمكن أن يسقط حق إنسان على عضو انتزع منه بمرور مدة معينة، فالنصوص الخاصة بالتقادم لا تسري على حق الإنسان في تكامله الجسدي، لأنه حق غير مالي⁽¹⁾ وخارج عن دائرة التعامل⁽²⁾.

يتبين من العرض السابق، أهمية اعتبار حق الإنسان على جسده يدخل ضمن الحقوق اللصيقة بالشخص ولا تعد من قبل الحقوق الملكية باعتباره حق غير مالي لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه.

الفرع الثالث

تمييز مفهوم الأعضاء البشرية عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى

يلاحظ أن من بين المفاهيم التي تختلف مع مفهوم العضو البشري، الأعضاء الصناعية (أولاً) والجنين البشري (ثانياً).

أولاً - المقصود بالأعضاء الصناعية:

يحدث أن يفقد الإنسان أحد أعضائه التي تؤدي وظائفها فلا سبيل له لتعويضها إلا باستخدام

1 - إلا أنها تستتبع آثار مالية في حالة الاعتداء عليها، كالحق في التعويض عن الضرر، وهذا ما نصت عليه كل من المادة 47 من التقنين المدني والتي جاء فيها « كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة للشخصية أن يطلب وقف الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر »، والمادة 124 التي تنص « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض ».

2 - انظر كل من: ناجم بركة، مرجع سابق، ص 14 - 15؛ برني نذير، مرجع سابق، ص 37؛ حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص 72؛ افتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 87.

أعضاء صناعية تساعده على أداء وظائفه التي كانت تؤديها أعضاؤه فما المقصود بها (أ) وما هي الحماية المقررة لها (ب) وهل تخضع لنفس الحماية المقررة للأعضاء البشرية (ج).

أ- تعريف الأعضاء الصناعية: يقصد بالأعضاء الصناعية « إخلال عضو أو جزء من عضو طبيعي تالف بعضو آخر مصنوع من المعدن أو البلاستيك ليؤدي وظيفته سواء من الناحية العضوية كالأسنان والمفاصل الصناعية، أو الجمالية كالعيون الزجاجية والشعر المستعار »⁽¹⁾.

فالأعضاء الصناعية⁽²⁾ تعتبر من المستلزمات الطبية التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها وذلك في نص المادة 173 المعدلة بالقانون رقم 2008 - 13 والتي تنص « يقصد بمستلزم طبي، في مفهوم هذا القانون كل تجهيز أو جهاز أو أداة أو منتج باستثناء المنتجات ذات الأصل البشري أو مادة أخرى مستعملة وحدها أو بالاشتراك، بما في ذلك الملحقات والبرمجيات التي تدخل في سيره والموجه للاستعمال لدى الإنسان للأغراض الآتية

تشخيص مرض أو الوقاية منه أو مراقبته أو معالجته أو التخفيف منه أو تعويض جرح أو إعاقة ... ».

2 - الحماية المقررة للأعضاء الصناعية:

ثار خلاف فقهي بخصوص الحماية المقررة للأعضاء الصناعية، وفيما إذا كانت تشملها الحماية المقررة للجسم البشري وأعضائه المختلفة، أم أنها تخضع للحماية المقررة للأشياء باعتبارها لا تدخل في مدلول الجسم وأعضائه.

فقد ذهب جانب من الفقه الألماني إلى القول بأن مادة الجسم لا تقتصر على أجزائه الطبيعية بل تدخل في دلالتها الأعضاء الصناعية التي يستعين بها الشخص عن عضو فقده، فتصبح متصلة على نحو مادي بالأجزاء الطبيعية في الجسم ومؤدية نفس الوظيفة التي تؤديها الأعضاء الأصلية الطبيعية، لهذا السبب، يتعين أن تكفل لها نفس الحماية التي يقرها القانون على سائر أعضاء الجسم⁽³⁾.

كما اعتبر جانب من الفقه الفرنسي أن أي اعتداء على العضو الصناعي يعتبر اعتداء على الجسم، لكن، بشرط أن تكون هناك درجة من الاندماج بين الجهاز والجسم البشري، كي تأخذ تلك

1 - نقلا عن مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، مرجع سابق، ص 19.

2 - أول عضو صناعي كان في الكلية الصناعية سنة 1950، وذلك في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم في فرنسا سنة

1960. انظر: LACOMB Séverine, op.cit, p 72.

3 - مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، مرجع سابق، ص 20؛ وضياء عبد الله عبود جابر

الأسدي، مرجع سابق، ص 52؛ MOINE Isabelle, op.cit, pp 384 – 385.

المستلزمات الطبية حكم العضو الطبيعي⁽¹⁾، مستثنية بذلك الأشياء والأجهزة التي يمكن فصلها بسهولة، كالكرسي المتحرك والأسنان الصناعية التي تبقى في حكم الأشياء⁽²⁾.

وجانب آخر منه اعتمد على نظرية العقار بالتخصيص للقول بأن العضو الصناعي المثبت في الجسم والذي يحل محل جزء أو عضو من الجسد هو عضو طبيعي بالتخصيص لذلك يجب أن يعامل معاملة الجسم طالما كان التخصيص قائماً، أما إذا انفصل عن الأجزاء الجسمية بالطبيعة، عاد بضاعة⁽³⁾.

هذا، في حين ذهب رأي فقهي آخر إلى القول بعدم اعتبار الأعضاء الصناعية من عناصر جسم الإنسان، فلا يكفي اعتبار جزء من الأجزاء عضواً في الجسم يؤدي بعض الوظيفة أو ذات الوظيفة التي كان يقوم بها أحد الأعضاء الطبيعية، فالوظيفة المقصودة لا تتصرف لمجرد الوظيفة الاجتماعية بل، هي الوظيفة التي يخضع العضو فيها لسلطات الجهاز المركزي لمخ الإنسان.

وعليه فإنه لا يجب البحث عن الوظيفة الظاهرة؛ بل، البحث في مدى انتماء العضو لجسم الإنسان انتماء به معنى الوحدة، وإلا يمكن القول بأن النظارة والعصا من أعضاء الجسم بالنظر إلى الوظيفة التي تؤديها.

لذلك فالأعضاء الصناعية التي يستعين بها الإنسان لا تصلح لأن تكون محلاً لجرائم الإيذاء سواء كان استخدامها ضرورياً أو على سبيل الزنا⁽⁴⁾.

مما سبق، يتعين تأييد ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني والمتمثل في عدم اعتبار الأعضاء الصناعية من عناصر جسم الإنسان، وذلك، لعدم توفر الخصائص التي تميز العضو البشري الطبيعي فيها، ولأن الاعتداء عليها لا يشكل ولا يرتب نفس الأضرار التي تترتب عن

1 - وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 28 أوت 1992، إذ جاء من حيثياتها « أنه لا يأخذ حكم الجسم إلا الأشياء الموجودة داخل الجسد، ويقصد بها كل جهاز أو آلة تم تثبيتها داخل الجسم، بغرض القيام مقام العضو في أداء وظيفته أو في المساعدة على أداء تلك الوظيفة أو معالجته، أما إذا تم قبل تثبيتها فإنها تأخذ حكم الأشياء وتخضع للقواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية وقوانين حماية المستهلك »، نقلاً عن: برني نذير، مرجع سابق، ص 20.

2 - مرجع نفسه، ص 19.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، "الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء"، مجلد 17، العدد الأول، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، 1975، ص 150؛ حبيبة سيف سالم راشد الشامي، مرجع سابق، ص 32.

4 - مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم...، مرجع سابق، ص 20؛ ضياء عبد الله عبود جابر الأسدي، مرجع سابق، ص 53 - 54.

الاعتداء على العضو البشري ، لكن، رغم ذلك فيجب على المشرع الجزائري أن يتدخل وينظم مسألة الاعتداء على الأعضاء الصناعية، تبين خصوصية هذه الأعضاء والعقوبات المقررة في حالة الاعتداء عليها.

ثانيا - الوضع القانوني والشرعي للبويضات الملقحة:

أفرزت الممارسات العلمية للتلقيح الصناعي خارج الرحم invitro⁽¹⁾. الكثير من المشاكل القانونية والشرعية التي لم تكن في الحسبان. فقد يؤدي حدوث التلقيح خارج الرحم إلى بقاء البويضات الملقحة مدة زمنية قبل زرعها في رحم المرأة الراغبة في الإنجاب، مما يثير التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذه البويضة الملقحة، فهل تعتبر جنينا وتعامل بنفس المعاملة المقررة للجنين، أم، تدخل في مفهوم مشتقات الجسم، أم لها وضع خاص، أي هل تدخل في مفهوم المنتجات البشرية أم في مفهوم الشخص الإنساني؟

رغم اختلاف وجهات نظر الفقهاء، حول مسألة بداية الحياة الإنسانية بالنسبة للجنين⁽²⁾، إلا أنهم جميعا متفقون على أن له حرمة⁽³⁾، ويتمتع بحقه في الحماية منذ اللحظة الأولى من تكوينه

1 - عملية التلقيح الصناعي خارج الرحم تقتضي ضرورة سحب بويضة من مبيض الزوجة التي ترغب في الإنجاب، وذلك بالاستعانة بمنظار البطن أو بواسطة جهاز الموجات فوق الصوتية (سونار) تم تلقح هذه البويضة في الأنبوب بمني الزوج، حتى ما إذا تم الإخصاب وأخذت البويضة الملقحة في النمو والانقسام أعيدت إلى تجويف الرحم، فإذا حدث العلق في جدار الرحم نما الجنين بعد ذلك. كما يحدث تماما في الحمل الطبيعي. انظر محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 97.

2 - فالاتجاه الأول يرى أن الحياة الإنسانية في الأجنة تبدأ منذ لحظة التلقيح أو الإخصاب، ويترتب على ذلك أن يتمتع الجنين بحقه في الحياة ومن ثم يستحق الحماية القانونية المقررة له.

أما الاتجاه الثاني، فيستند إلى معيار تمام الولادة، إذ يتجه أنصار هذا الاتجاه على أن الحياة توجد بمجرد ولادة الجنين حيا وانفصاله التام عن أمه، ولا يتم ذلك إلا بخروجه كاملا من رحم أمه. انظر هيكل حسين، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، 2007، ص 58. وللمزيد من التفصيل أنظر كذلك جعفر محمود علي المغربي، الحماية المدنية للجنين، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثلاثون، جوان 2006 ص ص 132 - 136.

3 - فنجد مثلا جمهورية إيرلاند كرسست حق الطفل الذي سيولد في الحياة، ومنعت إجراء التجارب على الأجنة باعتبارها كائن بشري وجعلته مبدأ دستوريا حسب نص المادة 3/4 من الدستور الإيرلندي، كما، اعتبرت ألمانيا أن الجنين حماية باعتباره كائن بشري ومنعت إجراء التجارب عليه تحت طائلة عقوبات جنائية.

كما يعتبر القانون التونسي والخاص بالطب الإنجابي لسنة 2001 من التشريعات العربية التي أولت اهتمام بالجنين البشري، ومنعت الحصول على الأجنة البشرية لأغراض تجارية أو علمية. انظر كل من: فواز صالح، "المبادئ=

أي منذ الحمل⁽¹⁾، إذ يجب حمايته من أي اعتداء⁽²⁾ وأن للجنين أيضاً حقوق في حجز نصيبه في الميراث⁽³⁾ وصحة الوصية له أو الهبة⁽⁴⁾.

لكن بالنسبة للبويضة الملقحة، فقد انقسم الرأي الفقهي إلى قسمين:

فالبعض يعتبر البويضة الملقحة هي في الواقع جنين في حكم الشرع والعرف والقانون ولها حرمة وكرامة ويجب ألا يعتددا عليها ولا تتقل إلى الغير، كما لا يجب أن تكون عرضة للتجارب

=القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية"، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية، مجلة الشريعة والقانون، العدد 22، جانفي 2007، ص ص 188 - 189؛ أسامة على عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص ص 40 - 41.

1 - غير أنه وعلى الصعيد بعض التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي مثلاً، فإننا نجد رغم تمتع الجنين بالشخصية الاحتمالية، إلا أنه سمح بالوقف الإرادي للحمل بناء على طلب المرأة التي تكون في حالة من الضيق Situation de détresse حسب نص المادة 1-2211 من قانون الصحة العامة الفرنسي .

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن أحكام قانون 1975 وقانون 1989 والمتعلق بالانقطاع الإرادي للحمل لا تتعارض مع أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ولا مع العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية. كما اعتبر أن الأجنة في مراحل تكوينها الأولى تدخل في نطاق الأمشاج بوصفها إحدى منتجات الجسم البشري والتي أفرد لها القانون الفرنسي تنظيمًا قانونيًا خاصًا، ووضع الحد الفاصل بين اعتبار الأمشاج من منتجات الجسم وبين اعتبارها جنين بشري بـ10 أسابيع منذ بداية الحمل، وبعد تلك المرحلة يعد المساس بها مشكلاً لجريمة الإجهاض المنصوص عليها في قانون الفرنسي. انظر: فواز صالح، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية"، مرجع سابق، ص 183.

2 - فقد اعترف المشرع الجزائري بحماية قانونية للجنين من خلال تأكيد حماية فعالة للجنين ضد أي اعتداء عليه أو حتى تهديده بالقتل، فاعتبر الإجهاض جريمة معاقب عليها حتى في مواجهة الأم إذا كانت هي السبب في إجهاضه وهذا ما نصت عليه المادة 2/261 من قانون العقوبات « ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث الولادة بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة ».

أما عن الوضع في القانون المدني، فقد اعترف المشرع الجزائري بالشخصية القانونية الاحتمالية للجنين، وهذا ما يتضح من نص المادة 2/25 المعدلة بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، والتي تنص « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته ».

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً ».

3 - بالنسبة لحق الجنين في الإرث نصت عليه المادة 128 الأسرة الجزائري والتي تنص « يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من موانع الإرث ».

4 - وبالنسبة لحق الجنين في تلقي الأعيان أو منافعتها على سبيل الوصية فتتص المادة 187 من التقنين المدني على أنه « تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس ».

أما بخصوص الهبة والتي تحتاج إلى قبول من مكتسبها فقد نصت عليها المادة 209 من قانون الأسرة على أنه « تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً ».

العلمية⁽¹⁾، وهذا لأنه استقر علمياً أن الجنين منذ بدايته وهو بيضة ملقحة يشرع في الانقسام والتكاثر وبالتالي فهو كائن حي ينمو ويتطور بصورة متصلة ومستمرة⁽²⁾.

فالحرمة إذن تبدأ من وقت التلقيح، ويستوي بعد ذلك أن تكون النطفة الأمشاج (البويضة الملقحة) داخل الرحم أو خارجه⁽³⁾.

لذلك، فليس من دواعي الضرورة التفريق في الأحكام بينها وبين البويضة الملقحة داخل الرحم⁽⁴⁾.

لكن، الغالبية العظمى من الفقهاء لا يؤيدون التفسير السابق وذهبوا إلى أن البويضة الملقحة في أنبوب اختبار لا تأخذ حكم الجنين في بطن أمه، ولا تعتبر جنيناً بالمعنى الشرعي إلا من تاريخ إعادة زرعها في الرحم الزوجية التي ترغب في الإنجاب، ذلك أن حرمة البويضة الملقحة مرتبطة بمكان وجودها أي إذا كانت بالرحم لذلك، سمي جنيناً أي المستور في رحم أمه بين ظلمات ثلاث، أما، البويضة الملقحة خارج الرحم، فلا تعتبر بهذا المعنى جنيناً؛ فالجنين لا يكون إلا في بطن أمه⁽⁵⁾. ويترتب عن ذلك أن البويضات الملقحة خارج الرحم لا قيمة لها، ولا يجوز أن تبنى عليها الأحكام الشرعية التي تتعلق بالجنين⁽⁶⁾.

وهذا ما انتهت إليه ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية لسنة 1987، فقد أوصت الندوة ألا يعرض العلماء للتلقيح إلا العدد الذي لا يشكل فائضاً، أما إذا حصل فائض، فترى الأكثرية أن البويضات الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع، ولا احترام لها قبل أن تغرس في جدار الرحم، وأنه لذلك لا يمنع إعدامها بأي وسيلة أما البعض الآخر فيرى أن هذه

1 - محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 101.

2 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 118؛ أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض حامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 229.

3 - محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 101.

4 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 115.

5 - فلتحقيق الحمل من الناحية العملية يجب أن يحدث اندماج أو لالتحام البويضة المخصبة في أنسجة الرحم أي علق البويضة بجدار الرحم التي لا تتم إلا بعد زرع البويضة في رحم الزوجية، أما قبل ذلك فليس هناك علمياً حمل ومن ثم فلا مجال للحديث عن حرمة الحمل. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 102.

6 - أي لا يجوز أن يحجز للبويضة نصيب في الميراث إذا توفي الزوج قبل إجراء الزرع. انظر: محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 102.

البويضات الملقحة تعتبر أول أدوار الحياة مما يستلزم تركها لشأنها للموت الطبيعي⁽¹⁾.

يظهر مما تقدم، أن وضع البويضة الملقحة قبل زرعها لا تعتبر جنينا حسب الرأي الراجح، ومن ثم فإن وصفها يختلف عن الجنين وهو في بطن أمه. ومن جهة أخرى، تختلف عن مشتقات أو منتجات الجسم باعتبار أنها أول أدوار الحياة الإنسانية وتحمل في طياتها مشروع الكائن البشري، مما جعل بعض الدول الأوروبية تعتبر أن هذه البويضات الملقحة لها وضع قانوني خاص؛ فبالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد أنه لا يعتبرها من بين الأجنة البشرية؛ حسبما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 1994/7/27 والذي جاء فيه « أن مبدأ احترام كل كائن بشري منذ بدء حياته لا يطبق على الأجنة الملقحة في الأنابيب »⁽²⁾. وبالرجوع إلى نص المادة 16 من القانون المدني الفرنسي فنجد أنها نصت على أن القانون يضمن احترام الكائن البشري منذ بداية حياته، مما يعني أن هذه الحماية لا تطبق على هذه الأجنة، إضافة إلى أن المشرع الفرنسي سمح للأبوين بتحديد مصير البويضة الملقحة وهذا ما جاء في أحكام القانون رقم 800-2004 ل 6 أوت 2004 المتضمن أخلاقيات العلوم الإحيائية.

لكن، رغم عدم بيان النظام القانوني للأجنة الملقحة في الأنابيب إلا أن المشرع الفرنسي خصص تنظيمنا جزئياً لهذه الأجنة فقد نص على عدم جواز التلقيح إلا ضمن الإنجاب المساعد وهو ما نصت عليه المادة 3-2141⁽³⁾ كما منع استحداث جنين بشري واستخدامه لأغراض تجارية أو صناعية حسب ما نصت عليه المادة 8-2141⁽⁴⁾.

أما في بريطانيا، فقد نص قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة لسنة 1990 على سريان حكم الإجهاض على الجنين منذ التصاق النطفة بالرحم وهو ما يعني بداية مرحلة الحمل

1 - محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 102.

2 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 116؛ فواز صالح، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية"، مرجع سابق، ص 183.

3 - Article L 2141-3 du code de la santé publique, modifier par la loi N° 2011-814 du 7 Juillet 2011, dispose que « *Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-1 il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple...* ».

4 - Article L 2141-8 du code de la santé publique modifier par la loi N° 2004-800 du 6 Août 2004, dispose que « *un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles* ».

وبالتالي لا يمتد حكم هذه القاعدة إلى النطفة الملقحة خارج الرحم، كما هو الحال في أطفال الأنابيب⁽¹⁾.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري، فرغم أنه نص على مشروعية التلقيح الصناعي بين الزوجين في نص المادة 2/40 من قانون الأسرة، إلا أنه لم يحدد مصير البويضات الملقحة الزائدة أو الفائضة؛ وفيما إذا كان يجب إتلافها أو إجراء التجارب الطبية عليها، فلم يضع لها نظاماً يحميها من كل الاعتداءات الواقعة عليها باعتبارها تعتبر أول أدوار الإنسان وتحتوي على إمكانية ميلاد كائن بشري⁽²⁾.

1 - انظر كل من: عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 117؛ فواز صالح، مرجع سابق، ص 184.

2 - وهذا ما جاءت به توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي المنعقد في كلية الحقوق بجامعة القاهرة، أيام 23 - 24 نوفمبر 1993، حيث جاء فيها « يجب تجريم القانون لفعل الإتلاف أو الإيذاء العمدي وسائر صور الاعتداء التي تقع على النطفة المخصبة الناتجة عن التلقيح الصناعي في نطاق العلاقة بين الزوجين وذلك قبل إيداع هذه النطف المخلقة في رحم الزوجة ». نقلا عن: عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 118.

المبحث الثاني

الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من المستجدات العلمية والطبية التي تتسم بقدر كبير من الخطورة مقارنة بالعمليات الجراحية العادية. لذلك، فقد واجهت هذه العمليات الرفض وعدم القبول في معظم الأوساط منها. القانونية بالخصوص، بحجة أن الإنسان لا يملك جسده وبالتالي ليس له الحق في التصرف في جسمه أو جزء من أجزائه. ولتذليل هذه الحجج، اجتهد الفقه القانوني لإيجاد مبررات نظرية وقانونية تؤسس بها مشروعية هذه العمليات، كما حاول فقهاء الشريعة الإسلامية البحث في مسألة نقل الأعضاء وتأصيلها تأصيلاً شرعياً (المطلب الأول)، لذلك، وأخذاً في الاعتبار هذه الأفكار والآراء الفقهية، عملت مختلف التشريعات على إصدار قوانين تنظم هذه العمليات وفق ضوابط قانونية تعمل على كفالة حق الإنسان في سلامة جسده (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية في إطار الفقه القانوني والشرعي

أصبح المساس بجسم المتبرع دون وجود أية مصلحة علاجية تعود عليه نقطة خلاف رئيسية بين فقهاء القانون حول الأساس القانوني الذي تبني عليه هذه الإباحة (الفرع الأول)؛ كما أصبحت هذه العمليات محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، بين من يجيزها بشروط ومن يرفضها ويحرمها، وذلك لاعتبار أنها لم تكن معروفة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى، إضافة إلى عدم وجود نص قرآني أو حديث نبوي صريح بخصوص هذه المسألة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاتجاهات الفقهية حول أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يتجه أغلب الفقهاء إلى إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. إلا أن الخلاف ثار حول الأساس القانوني الذي تبني عليه هذه الإباحة، فمنهم من اعتمد على نظرية السبب المشروع (أولاً)، ومنهم من اعتمد على نظرية الضرورة (ثانياً) وآخرون اعتمدوا على نظرية المصلحة الاجتماعية (ثالثاً).

أولاً - نظرية السبب المشروع:

ذهب جانب من الفقه ونذكر منهم الفقيه الفرنسي ديوكوك إلى إباحة التصرف بالأعضاء

البشرية استناداً إلى نظرية السبب المشروع ويقصد بها الباعث الدافع إلى التعاقد؛ أي، البحث عن الهدف من إجراء التصرف ودوافعه، وما إذا كان مشروعاً أو غير مشروع⁽¹⁾.

ويكون السبب مشروعاً متى كان الهدف تحقيق مصلحة علاجية للغير، أي أن الغاية هي خدمة الإنسان والحفاظ عليه وتحقيق رفاهيته⁽²⁾.

فأصحاب هذه النظرية يرون، أنه يجب عدم الحكم على التصرف بأنه غير مشروع بمجرد تعلقه بجسم الإنسان؛ وإلا، أدى ذلك إلى التسليم بأن عقد العلاج الطبي الذي بموجبه يتدخل طبيب في جسم المريض عقد غير مشروع، كونه يمثل مساساً بجسم الإنسان، ولكن في الواقع يعد هذا التدخل مشروعاً لأنه يحقق مصلحة علاجية للمريض، لهذا فإنه من الجائز التصرف بأحد الأعضاء التي لا تؤدي إلى وفاة الشخص، أو تعرض حياته للخطر، طالما الهدف من هذا التصرف هو تحقيق مصلحة مشروعة للغير⁽³⁾؛ وبشرط أن تكون المزايا التي سوف تتحقق بالنسبة للغير أكبر من الأضرار التي سوف تصيب المتبرع⁽⁴⁾.

فالسبب هو الذي يحدد فيما إذا كان التصرف المتعلق بالجسد مشروعاً أو غير مشروع، أما القول بأن جسم الإنسان لا يصلح لأن يكون محلاً للاتفاق لعدم قابلية المحل للتملك الخاص أو استحالة التعامل فيه، أو لمخالفته للنظام العام أو للأداب العامة، فإن هذا القول لا يصلح كمعيار لتحديد التصرف المشروع وغير المشروع، لأنه مما لا جدال فيه أن جسم الإنسان يصلح لأن يكون

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص 78.
CHROQUI Loubna, La transplantation d'organes humains à la lumière de la chariaâ islamique et de la réglementation juridique au Maroc, thèse de doctorat en droit, faculté internationale de droit comparé des états francophones, Paris, 2006, pp121 – 122 ;

CHARAF EDDINE Ahmed, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, thèse de doctorat d'Etat, Tome I, université de droit, économie et de sciences sociales, Paris II, 1975, p 336.

2 - انظر كل من: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 137؛ شريط الأمين، "نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، عدد خاص، ديسمبر 2003، ص 134.

CHROQUI Loubna, op.cit, p 122.

3 - أنظر كل من : مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 420 – 421؛ افتكار ميهوب دبان المخلافي، مرجع سابق، ص 211 – 212؛ حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 37؛ محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، مرجع سابق، ص 115.

4 - CHROQUI Loubna, op.cit, p 122.

محلاً للتصرفات المشروعة⁽¹⁾.

رغم صلاحية هذه النظرية لإبراز الحكمة من نقل الأعضاء، إلا أنها تعرضت للنقد على أنها لا تصح كأساس لإباحة هذه العمليات، لافتقارها إلى معيار دقيق للتفرقة بين العمليات الجائزة والعمليات غير الجائزة في إطار الموازنة بين المصالح المختلفة، إضافة إلى أنها لم تشترط أن يكون ذلك في حالة الضرورة⁽²⁾.

ثانياً - نظرية الضرورة *Etat de nécessité*:

يرى أنصار هذه النظرية، أن عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الممكن أن تؤسس على حالة الضرورة⁽³⁾، والتي يقصد بها تلك الموازنة بين الضرر والخطر أين يرجح أحدهما على الآخر بحسب جسامته، بحيث يقتضي الحال وجود خطر مباشر وحال على حياة شخص ما، يفرض التضحية بالحق ضرر أقل بشخص آخر، بمعنى أن الأمر يستدعي ارتكاب ضرر أخف لدفع وتفادي ضرر أكبر⁽⁴⁾.

وبناء على نظرية الضرورة⁽⁵⁾، فإن كل عمل يقوم به الطبيب لا بد فيه أن يقوم بعملية مقارنة

1 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 137.

2 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 421؛ افتكار ميهوب دبان المخلافي، مرجع سابق، ص 112؛ حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 60؛ محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 196.

3 - شهد تطبيق نظرية الضرورة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في فرنسا، سنة 1961 قبل صدور قانون Loi caivallet لسنة 1976 والمتعلق بزراعة الأعضاء، وذلك حينما أراد أحد الأطباء انتزاع إحدى كليتي فتاة تبلغ من العمر 14 سنة، من أجل نقلها لأختها التوأم التي كان يتهددها خطر جسيم، هذه العملية كانت محل جدل كبير لاسيما بخصوص المسؤولية الجنائية للجراح، وما إذا كانت حالة الضرورة تبرر القيام بإجراء مثل هذه العملية، لذلك، وللوقوف على مدى مشروعية العملية؛ لجأ المجلس القومي للأطباء إلى القضاء لمعرفة موقفهم من الأمر، وكان ردهم إيجابياً حين أجازوا إجراء عملية نقل الكلية، مادام أن هناك خطر يهدد حياة المريضة، قياساً على ما يقوم به الأطباء من عمليات إجهاض في حالة الضرورة الطبية. انظر بخصوص هذه القضية كل من: عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 194؛ CHARAF EDDINE Ahmed, op.cit, p 46.

4 - انظر كل من: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 145 - 146؛ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص 33؛ بن صغير مراد، "معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء البشرية، دراسة تأصيلية نقدية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 1، العدد 2، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص 180؛ CHROQUI Loubna, op.cit, p105.

5 - ثار جدل فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية لحالة الضرورة وفيما إذا كانت مانع من موانع المسؤولية أو سبب من أسباب الإباحة، فهناك من يرى أن حالة الضرورة تعتبر سبباً من أسباب الإباحة التي تجعل الفعل ينفى عنه الصفة=

أو موازنة بين الخطر والأمل أو فرصة الشفاء. فمشروعية هذه العملية في مجال زرع الأعضاء تركز على أن الطبيب الذي يقوم بإجراء العملية، إنما يدفع خطر جسيماً يهدد الغير المريض؛ وذلك، بإحداث ضرر أقل جساماً على الذي ينتزع منه العضو أي المتبرع⁽¹⁾.

ومن الشروط الواجب توافرها للأخذ بنظرية الضرورة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب:

- 1 - أن يكون هناك خطر محقق بالمريض، إذ يترتب على عدم نقل العضو إليه، إمكانية وفاته.
- 2 - يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي وقع، فإذا كان استئصال كلية مثلاً، ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة للمتبرع، لكن بموازنة هذه المخاطر والضرر الذي يتعرض له المستقبل، وجد أن الضرر الذي يصيب المتبرع أقل من الأضرار المراد تفاديه بالنسبة للمريض المستقبل للعضو، فيكون بذلك تصرفاً صحيحاً، لأن المقابلة تكون بين ضرر يسير يصيب المتبرع، وخطر جسيم وهو خطر الموت بالنسبة للمريض المستقبل للعضو⁽²⁾.
- 3 - يجب أن يكون نزع العضو من شخص حي هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض، فإذا كان من الممكن نزع العضو من حيوان أو من الجثة، فلا نكون أمام حالة الضرورة⁽³⁾.
- 4 - يجب ألا يؤدي الاستئصال إلى هلاك المعطي أو إصابته بنقص خطير في وظائف جسمه⁽⁴⁾.

= غير المشروعة ويصبح مباحاً جنائياً، ولا يسأل الطبيب عن تعويض الضرر، لأن أساس الإعفاء كان لسبب موضوعي.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن حالة الضرورة هي مانع من موانع المسؤولية الجنائية، وذلك لأن مرتكب الجريمة في حالة الضرورة يفقد اختياره إلى حد كبير، فهو سبب شخصي، مما يترتب على ذلك إعفائه من المسؤولية عن الفعل الذي ارتكبه، غير أن إعفاء الجاني من المسؤولية الجنائية لا يمنع من مساءلته مدنياً عن الضرر الذي ينشأ عن هذه العملية لوجود سبب شخصي وسبب موضوعي، وبهذا الاتجاه أخذ المشرع الجزائري والذي اعتبر أن حالة الضرورة هي مانع من موانع المسؤولية، وهذا ما يظهر من خلال نص المادة 130 من القانون المدني والتي تنص: « من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محققاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً ».

انظر بخصوص هذه الاتجاهات، عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 195.

- 1 - انظر كل من: عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 193؛ خلفي عبد الرحمان، "الحماية الجنائية للأعضاء البشرية (في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء)"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 433.
- 2 - انظر كل من: محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 116 - 117؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 423؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 194؛

CHARAF EDDINE Ahmed, op.cit, pp 49 – 50 ; CHROQUI Loubna, op.cit, p107.

3 - CHARAF EDDINE Ahmed, op.cit, pp 49 – 50.

4 - محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 117.

5 - يجب ألا ينفرد طبيب واحد باتخاذ تلك القرارات، بل يجب أن تتخذ من طرف الفريق الطبي الذي يضمن الموازنة بين حالة المريض والمتبرع، والنتائج التي يتعرض لها المتبرع وتقدير كافة الاحتمالات وتبصيره بذلك⁽¹⁾.

لكن، رغم أهمية هذه النظرية في تبرير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا أن جانباً من الفقه انتقدها على أساس أن حالة الضرورة من الصعب تقديرها وتقدير حالة العضو، وفرصة النجاح والشفاء. فالطبيب يمكن أن يخفق في تقديره، إذ من الصعب جداً تحديد وإيجاد توازن بين مصلحة المريض ومصلحة المتبرع⁽²⁾.

ثم أن حالة الضرورة والاستعجال لا تتوفر في كل حالات الزرع، وهو ما يجعلها غير صالحة دائماً كأساس لمشروعية التدخل الطبي الذي يجب أن يكون له صفة العمومية⁽³⁾.

كما أن القبول بهذه النظرية، يؤدي إلى رفض عمليات استئصال الأعضاء من جنث الموتى، وحفظها في بنوك الأعضاء لانتفاء الخطر في مثل هذه الفروض⁽⁴⁾. وتؤدي كذلك إلى تجاهل إرادة المتبرع، وتسمح بتحكم الطبيب وإجبار المتبرع على إجراء عملية الاستئصال رغماً عنه، وهذا من أجل الإضرار به، وليس لمساعدة الغير⁽⁵⁾.

ثالثاً - نظرية المصلحة الاجتماعية:

يعتبر جانب من الفقه أن المصلحة هي الأساس لمشروعية عمليات زرع الأعضاء⁽⁶⁾، وتقوم هذه النظرية على فكرة أساسية مؤداها أن الحق في الحياة وسلامة الجسد له جانبان، من جهة يعتبر من الحقوق المعترف بها للفرد، فمن مصلحة الفرد ألا تتعطل وظائف الحياة في جسده، كما أن من مصلحته المحافظة على سلامة جسده، ومن جهة أخرى، للحق في الحياة وسلامة الجسد جانب اجتماعي يقوم على أساس: أن لكل فرد وظيفة اجتماعية، تتمثل في مجموعة من الواجبات لا يستطيع الفرد القيام بها إلا إذا كانت سلامة جسمه مصونة، فلا يستطيع الفرد أن يحرم المجتمع

1 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 193.

2 - CHROQUI Loubna, op.cit, p 113.

3 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 427.

4 - انظر كل من: محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 118؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 197؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 152.

5 - انظر كل من: محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 118؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 154.

6 - CHROQUI Loubna, op.cit, p 116.

منه، فإن تصرف في هذا الحق يعتبر متصرفا فيما لا يملك⁽¹⁾.

وتهدف نظرية المصلحة الاجتماعية إلى المحافظة على صحة وحياة الأفراد في المجتمع، للقيام بوظائفهم التي تعمل على تحقيق المصلحة العامة، فأساس حق المجتمع، يكمن في سلامة جسم الفرد، وأن يكون لكل فرد وظيفة اجتماعية.

ويترتب على غلبة الجانب الاجتماعي لهذا الحق، إمكانية المساس ببعض الحقوق لمصلحة المجتمع، فمضمون تلك النظرية، أن يتم الانتقاص من سلامة جسد المتبرع بالقدر المحدود الذي يؤدي إلى إنقاذ شخص من الغير وتقديم النفع العام للمجتمع⁽²⁾.

ففكرة المصلحة الاجتماعية تستمد أساسها من المبادئ العامة في الدين والقانون والأخلاق والتضامن والإيثار بين أفراد المجتمع فتتازل الفرد عن عضو من أعضائه لا يعد مشروعاً إلا من خلال ترجيح المزايا التي تعود على المستقبل بالمقارنة مع الأضرار التي تلحق بالمتبرع بحيث يجري هذا الترجيح بين مصالح الأطراف من منطلق مصلحة اجتماعية⁽³⁾.

وكمثال على ذلك، من يتنازل عن إحدى كليتيه لمريض يعاني من قصور كلوي يهدد حياته بالموت، فإن مثل هذا التنازل وإن كان قد انتقص من المعطي بقدر محدود إلا أنه زاد من النفع الاجتماعي لمن أنقذت حياته وهو المريض⁽⁴⁾. وبما أن هذه النظرية تقوم على أساس المعادلة بين ما يفقده المتبرع، وما يتحقق من مصلحة اجتماعية للمتلقي، فقد وضع أصحاب هذه النظرية عدة شروط حتى يتحقق الغرض من هذه العمليات وأهمها:

- ألا يؤدي انتزاع العضو من المتبرع إلى انتقاص دائم وجسيم في صحته.
- أن يتوافر قصد العلاج بالنسبة للمتلقي في عملية نقل العضو له.
- ألا تكون هناك وسيلة أخرى يمكن اللجوء إليها بدل هذه العمليات⁽⁵⁾.

لكن، وعلى الرغم مما جاءت به هذه النظرية من حجج تستند إلى قيم إنسانية وفكرة التضامن الاجتماعي والإيثار، إلا، أنها لم تسلم من نقد، ومنها أنها نظرية قد يترتب عليها آثار وخيمة

1 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 430؛ محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 118؛ حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 42.

2 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 161 - 162. CHROQUI Loubna, op.cit, pp 114 - 115.

3 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 198.

4 - بن صغير مراد، "معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء البشرية"، مرجع سابق، ص 183.

5 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 199.

خاصة في ظل الأنظمة ذات الطابع الاستبدادي، إذ يمكن الأخذ بها إلى نتائج قد تتعارض مع بعض القيم الإنسانية، ذلك لأن الموازنة يكون مناطها دائماً المنفعة والفائدة التي تعود على المجتمع بغض النظر عن الاعتبارات الفردية⁽¹⁾.

كما أن ارتكاز النظرية على فكرة الوظيفة الاجتماعية أمر لا يخلو من غموض لعدم وجود الحدود والمعايير التي تفصل بين حق الفرد وحق المجتمع⁽²⁾.

هذا وأن الاعتماد على مبدأ حساب الاحتمالات التي يستند إليها الطبيب، وكذا الموازنة بين المنافع قبل وبعد إجراء العملية ليست دائماً صحيحة ومؤكدة، فهناك دائماً احتمال حدوث الخطأ، فهي عمليات غير قابلة للقياس المنضبط⁽³⁾.

ثم أن هذه النظرية تتجاهل المشاكل والآثار الجراحية على مستوى الفرد، وما يلحق به من أضرار، فإذا كانت العملية تعود بالفائدة المحققة على المستقبل، وتزيد من عائد الاجتماعي المنتظر، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمتبرع الذي سيلحق به ضرر وإنقاص في سلامته الجسدية؛ مما ينعكس سلباً على صحته؛ وفوق ذلك كله لا يؤمن الشخص المتبرع ما قد يطرأ على صحته من خطورة وأضرار في المستقبل.

من خلال العرض السابق، يتبين أن الفقهاء حاولوا إيجاد ووضع مبررات قانونية وفقهية لتبرير المساس بالجسم من أجل القيام بممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والاستفادة من التطور العلمي والطبي في هذا المجال، غير أن جل هذه النظريات تعرضت للنقد لعدم شمولها واحتوائها على حماية فعالة للجسم خاصة جسم المتبرع.

الفرع الثاني

التأصيل الشرعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من المسائل الهامة التي لقيت الاهتمام الواسع من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، وذلك لاعتبارها من مستجدات العصر التي لم تكن معروفة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى.

1 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 167؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 200.

2 - CHROQUI Loubna, op.cit, p 120.

3 - بن صغير مراد، "معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء البشرية"، مرجع سابق، ص 184؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 200؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 167.

ونظراً لعدم وجود نص قرآني أو حديث نبوي شريف بخصوص هذه المسألة تباينت آراء الفقهاء بين من يقول بتحريمها وعدم جوازها (أولاً) وبين من يقول بجوازها (ثانياً)، كما حاولت المجامع الفقهية الإسلامية بعلمائها وفقهائها إبداء آرائها الاجتهادية بخصوص التعامل ببعض الأعضاء البشرية نظراً لخصوصيتها (ثالثاً).

أولاً - الرافضون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أو من جثث الموتى:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بعدم جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من الجثث، وهو قول جمع من المعاصرين⁽¹⁾ ومن بينهم الشيخ محمد متولي لشعراوي⁽²⁾. وذلك لأن الإسلام عندما شرع التداعي وسمح بالاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء فإنه قد ألزمهم بعدم تخطي حدود الوسائل المشروعة إلى وسائل غير مشروعة، حتى لا ينحرفوا إلى المحظور والمخالفة والاستهانة بمن كرمه الله تعالى، لهذا اعتبر أصحاب هذا الرأي أن الأطباء بإجرائهم لهذه العمليات، قد انزلوا في أضواء الشهرة فأضلهم الشيطان⁽³⁾ وحق عليهم قوله تعالى ﴿وَلَا تُضِلُّهُمْ وَلَا مَنِّينَهُمْ وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيُبَيِّنَنَّ أَذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا﴾⁽⁴⁾، كما ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الأصل هو مبدأ حرمة الجسم، فليس للفرد أن يتصرف في حياته بدون إذن الشرع فحق الله تعالى غالب على حق العبد على جسده، كما أن جسم الإنسان ملك لله تعالى، فمن لا يملك التصرف لا يملك الأذن فيه، مما يترتب عليه عدم جواز تصرف الإنسان في جسمه أو جزء منه ويحرم بيع جزء منه أو الانتفاع به وهبته.

1 - ومن بينهم فضيلة الشيخ محمد العثيمين، وشيخ عبد الله العماري، شيخ حسن السقاف، عبد الله السكري، محمد رشدي إسماعيل، عبد الرحمان العدوي، عبد الفتاح إدريس. انظر: إسماعيل غازي مرجباً، الهامش رقم 1، ص 122؛ عارف علي عارف القره داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية سلسلة بحوث فقهية، في قضايا معاصرة، موالامبور، ماليزيا، 2010 - 2011، ص 15.

2 - وقد ذهب فضيلة الشيخ المرحوم محمد متولي لشعراوي إلى القول لماذا يؤخر المرء لقاءه بربه ولماذا يريد أن يأخذ من غيره ما ليس بحق؟، وما لا يحق لهذا الغير أن يتصرف فيه. فالأفضل أن نترك الأمور لطبيعتها ولقاء الله ليس شراً على كل حال، لكن بالرغم من رأي فضيلته هذا إلا أنه أجاز نقل الدم. نقلاً عن: فوزي محمد محمود أبو طالب، مرجع سابق، ص 518 - 519.

3 - بوزير سعيد، "نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 404؛ محمد أحمد الشربيني، نظرات في مشكلات زرع الأعضاء، استئجار الأرحام، الاستسناخ، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد السادس، يناير 2002، ص 169؛ عارف علي عارف القره داغي، مرجع سابق، ص 19.

4 - سورة النساء، الآية 119.

فالشرع يأبى أن يعامل الإنسان الذي كرمه الله تعالى معاملة الأموال مصداقاً لقوله ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ... ﴾⁽¹⁾ كما أن ما منه الله تعالى على لإنسان من جسد إنما هو في حكم الوديعة والأمانة التي يجب أن يحافظ عليها⁽²⁾ مصداقاً لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾⁽³⁾ ومن ثم فأى عضو يقطع من جسم إنسان يكون في حكم الميتة يجب أن يغسل ويكفن ويدفن ولا يجوز أن ينقل إلى جسد شخص آخر مصداقاً للحديث الشريف، « ما قطع من حي فهو ميتة ».

فقد نهى الله تعالى أن نلقي بأنفسنا في مواطن التهلكة مصداقاً لقوله تعالى ﴿ ... وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ... ﴾⁽⁴⁾.

فإقدام الشخص على التبرع بجزء من جسده هو عرض النفس للتهلكة وهو أمر مرفوض⁽⁵⁾ كما استدلوا بقوله تعالى ﴿ ... وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۖ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ﴾⁽⁶⁾.

فحسب هذه الآية يرى المانعون أن الإنسان منهي عن قتل نفسه أو غيره، وقد توعده الله من يفعل ذلك بالخلود في النار، فالله تعالى يعتبر حرمة حياة المسلم أهم من الدنيا ويعتبر زوال الدنيا أهون ممن قتل شخصاً بدون وجه حق، وعليه، فلا يحق لأحد التبرع بأعضائه، فهي هبة من الله، فلا يحق التصرف فيها، كما أن بتر العضو قد يفضي إلى موت الإنسان⁽⁷⁾.

1 - سورة الإسراء، الآية 70.

2 - اقروفة زبيدة، "نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2008، ص 367.

3 - سورة الأنفال، الآية 27.

4 - سورة البقرة، الآية 195.

5 - مزياني محمد، "مسالك الاستبدال الشرعية في عمليات زرع الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، مجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير بعد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص 40؛ عمران أحمد، مرجع سابق، ص 180؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 193؛ نسرین عبد الحمید نبیه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، 2008، ص 47؛ اقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص 367.

6 - سورة النساء، الآيات 29، 30.

7 - انظر كل من: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 95؛ أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في الجسم الآدمي في ضوء الشريعة والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 127 - 128؛ محمد عبد الجواد الننتشيه، نقل الأعضاء وأحكامه الشرعية، مجلة الحكمة عدد 15، صفر 1419، ص 56؛ محمود محمد عوض سلامة، "رد شبه المجيزين لنقل الأعضاء من الناحية الدينية والطبية"، مجلة الأمن والقانون، ص 20.

كما استدلو أيضاً بقوله تعالى ﴿... وَلَأْمَرْتَهُمْ فَلْيَغَيِّرْنَ خَلْقَ اللَّهِ...﴾⁽¹⁾ فعمليات نقل الأعضاء تمثل نوع من أنواع التغيير والتبديل في خلق الله، ونحن منهيون عن إتباع ذلك⁽²⁾. أما أسانيدهم في السنة النبوية الشريفة فقد استندوا لتبرير رأيهم لقوله (ص) « لا ضرر ولا ضرار »⁽³⁾.

ففي هذا الحديث الشريف نهى الرسول (ص) عن الأضرار بالغير ونقل العضو من إنسان لآخر فيه إضرار بالمنقول منه حالا ومآلاً وفيه ضرر محقق فيدخل في عموم النهي⁽⁴⁾. كما استدلو بقوله (ص) « كسر عظم الميت ككسره حيا »⁽⁵⁾ هذا الحديث يدل على حرمة الإنسان سواء كان حيا أو ميتاً.

إضافة إلى قوله (ص) « لعن الله الواصلة والمستوصلة »⁽⁶⁾ فالحديث دال على حرمة الانتفاع بشعر الغير، بدليل لعن فاعله، فيعتبر أصلاً في المنع من الانتفاع بأجزاء الغير ولو كان ذلك غير ضار بالمتبرع⁽⁷⁾.

ثانياً - المجيزون لنقل وزرع الأعضاء:

يرى غالبية الفقهاء المعاصرين⁽⁸⁾ على أنه يجوز للإنسان أن يتبرع بعضو من أعضائه، لإنقاذ حياة أو صحة إنسان آخر بحاجة للعضو البشري سواء في حياته أو مماته. إذ ليس فيه ما يخالف الشرع الإسلامي، وقد وافقهم في ذلك العديد من المؤتمرات والفتاوى الصادرة من لجان

1 - سورة النساء الآية 119.

2 - مزباني محمد، مرجع سابق، ص 40؛ سمرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 44.

3 - ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة (دس)، حديث رقم 2340، ص 784.

4 - مزباني محمد، مرجع سابق ص 42؛ أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 88.

5 - أحمد بن حنبل مسند الإمام أحمد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001، حديث رقم 24308، جزء 40، ص 354.

6 - محمد بن إسماعيل البخاري، حديث رقم 5933، جزء السابع، ص 165.

7 - إقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص 368 - 169.

8 - وهو قول جمهور العلماء المعاصرين ومن بينهم عبد السلام العبادي، شيخ محمد عيده هاشم، شيخ محمد أبو سردانه، إبراهيم زيد الكيلاني، شيخ عز الدين الخطيب، كما أيد هذا الرأي أيضاً، شيخ جاد حق علي جاد، والشيخ يوسف القرضاوي، دكتور محمد سيد الطنطاوي، وشيخ علي جمعة. انظر كل من: إسماعيل غازي مرحبا، هامش رقم 1، ص 116؛ ليلي بعناش، "الإشكالات التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص 211.

الفتوى والمجامع الفقهية في مختلف الدول العربية والإسلامية⁽¹⁾ ومن بينها: المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد في ماليزيا سنة 1969، مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة سنة 1988⁽²⁾ ولجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ 1972/4/20⁽³⁾.

فحسب المجيزين لزرع الأعضاء فإن هذه العمليات تجسد معاني التعاون والتراحم والإيثار التي رغب فيها الإسلام رغم ما فيها من بعض وجوه المفساد، إلا أن مصالحها تربو عليها والعبرة بما غلب وهي من باب الضرورات التي تبيح استعمال بعض المحظور⁽⁴⁾ لكن بتوافر الشروط والضوابط الشرعية، كعدم التبرع بعضو وحيد في الجسم لأن فيه هلاك للمتبرع، التأكد من نجاح العملية، عدم التبرع بالأعضاء التناسلية منعا لاختلاط الأنساب، ضرورة أن تكون هناك ضرورة قصوى للنقل مع عدم وجود بدائل علاجية تحل محل العملية نقل العضو، عدم بيع الأعضاء أو استغلال حاجة المتبرع أو المتبرع له، ضرورة الحصول على رضا كل من المتبرع والمتبرع له⁽⁵⁾.

1 - من بينها أيضا، فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، فتوى لجنة الإفتاء في الأزهر الشريف، عام 1981، قرار المجتمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة في الفترة 27 ربيع الآخر، 7 جمادي الأول 1405هـ الموافق لـ 19، 28 يناير 1985.

- ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية في الكويت سنة 1978.
- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 4/1126 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا، بتاريخ 18 - 23 صفر 1408 الموافق لـ 6 إلى 11 فبراير 1988، بجدة بالمملكة العربية السعودية، نقلا عن: بويصري سعيد، مرجع سابق، ص ص 405-408.

2 - بويصري سعيد، مرجع سابق، ص ص 405 - 408؛ محمود محمد عوض سلامة، رد شبه المجيزين لنقل الأعضاء الهامش رقم 3 ص 7؛ صابر محمد السيد صابر، هامش رقم 1 ص 19؛ كمال لدع، "الأعضاء الصالحة للنقل والزرع طبيا وموقف الفقه الإسلامي منها"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر، 2012، ص 260.

3 - يُعتبر الشيخ أحمد حماني رحمه الله من العلماء الأوائل الذين أفتوا في موضوع نقل الأعضاء وزرعها حيث أفتى بجواز التبرع بالأعضاء البشرية بشرط أن يكون المتبرع قابلا وراضيا ولا يكون في ذلك إكراه ولا شبهة، أن يقرر الأطباء على أن لا ضرر على المتبرع ويتحققوا من نجاح العملية.

ولقد وقع الشيخ أحمد حماني، على هذه الفتوى بتاريخ 14/02/1985 و 16/04/1986، انظر: نذير حمادو، "موقف فقيه الجزائر أحمد حماني رحمه الله من زراعة الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 69 - 70.

4 - كمال لدع، مرجع سابق، ص 260.

5 - بويصري سعيد، مرجع سابق، ص 407؛ صابر محمد محمد السيد، مرجع سابق، ص 37؛ محمد علي البار، مرجع سابق، ص 127؛ محمد نعيم ياسين، "حكم التبرع بالأعضاء البشرية في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية"،

وقد استدلت المجيزون لهذه العمليات بعدة أسانيد وحجج في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وبعموم القواعد الشرعية العامة في الشريعة الإسلامية كقوله تعالى ﴿... فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽¹⁾ وقوله تعالى أيضاً ﴿... فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽²⁾ وقوله تعالى ﴿... وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ...﴾⁽³⁾.

فهذه الآيات الكريمة تشير إلى قاعدة كلية مفادها أن الضرورات تبيح المحظورات، فإذا كان الشارع قد أباح أكل المحرمات في حالات الاضطرار، فإنه يكون بذلك قد أباح التداوي بها، فضرورة العلاج تبيح المحظورات مثلها مثل ضرورة الغذاء⁽⁴⁾ كما يرى المجيزون أن من مقاصد الإسلام الكبرى المحافظة على الدين والنفس والعقل والمال والعرض والنسل، وأن المحرمات تحددها الشريعة الإسلامية ومنها الميتة والدم ولحم الخنزير لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽⁵⁾. فالقرآن الكريم وضعه الله تعالى ليكون كتاباً للمسلمين ومرشدهم، ينبأهم بالحقائق الغيبية، فلو كان يرغب في تحريم نقل الأعضاء لذكرها صراحة أو بينها من خلال القرآن من المحرمات، فكيف لنا أن نمنع ما لم تحرمه في الأصل الشريعة⁽⁶⁾.

كما استدلوا لقوله تعالى ﴿... وَيُؤْتِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ...﴾⁽⁷⁾، إذ يرون أن التبرع بالعضو أو جزء من الجسم هو إيثار للغير على النفس بل إنه ذروة الإيثار⁽⁸⁾، فإذا كان الله عز وجل يطالبنا بأن نتبرع ونتصدق، فهذه الصدقة جارية لأن الجسم مآله الزوال في التراب، فلماذا لا يستفيد منه الآخرون⁽⁹⁾.

=مجلة الحقوق، السنة 12، عدد 3، 1988، ص ص 36 - 38؛ محمد عبد الجواد الننتشيه، نقل الأعضاء وأحكامه

الشرعية، مرجع سابق، ص ص 52 - 53؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 215 - 216.

1 - سورة الأنعام، الآية 145.

2 - سورة المائدة، الآية 3.

3 - سورة الأنعام، الآية 119.

4 - نسرین عبد الحمید نبیہ، مرجع سابق، ص 66؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 206.

5 - سورة البقرة الآية 173.

6 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 205.

7 - سورة الحشر، جزء من الآية 9.

8 - محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، ص 158.

9 - نسرین عبد الحمید نبیہ، مرجع سابق، ص 67.

كما قال تعالى ﴿... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾⁽¹⁾ فهذه الآية الكريمة واضحة فهي عنوان لسماحة الله وحبه للعباد، فيسر عليهم أمور دينهم وأمور دنياهم، ووضع، أمامهم كل سبل الحياة، وترك لهم حرية الاختيار وحرية العمل، ولا يعسر عليهم في شيء من أمورهم⁽²⁾.

فقد أمرنا الله تعالى أن ننقذ الأشخاص من التهلكة لقوله تعالى ﴿... مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا...﴾⁽³⁾.

فهذه الآية الكريمة تحثنا على إنقاذ الأشخاص، وزرع الأعضاء من إنسان لآخر هو إنقاذ من الهلاك، وهي من المقاصد الشريعة التي تتمثل في المحافظة على النفس⁽⁴⁾.

أما أسانيدهم في السنة النبوية الشريفة، فقد ثبت عن النبي أنه قال «المؤمن للمؤمن كالبنیان يشد بعضه البعض»⁽⁵⁾ وقوله (ص) «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج على مسلم كربة، فرج الله عنه بها كربة من كربات يوم القيامة»⁽⁶⁾، كما ثبت عن الرسول (ص) أنه قال «خير الناس أنفعهم للناس كل معروف صدقة»⁽⁷⁾.

كما قال أيضاً: «الله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»⁽⁸⁾.

فكلها إذن أدلة شرعية تؤكد على التراحم والتوَادد بين البشر، وتوصي بالجماعة والوقوف معا لخدمة بعضهم البعض⁽⁹⁾، كما استند المجيزون إلى الأسانيد العقلية منها أن الأصل في الأشياء الإباحة، وقواعد الضرورات وهي لا ضرر ولا ضرار، الضرورات تبيح المحظورات، إذ ضاق الأمر اتسع، الضرر يدفع بقدر الإمكان، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، يتحمل الضرر الخاص

1 - سورة البقرة، الآية 185.

2 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 208.

3 - سورة المائدة، الآية 32.

4 - نسرین عبد الحمید نبیه، مرجع سابق، ص 209.

5 - محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، الجزء الثالث، حديث رقم 2446، ص 129.

6 - أبو عبد الله بن سلامة القضاة، مسند الشهاب، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986، حديث رقم 1234، ص 223.

7 - مسلم بن الحجاج، مرجع سابق، حديث رقم 2699، الجزء الرابع، ص 2074.

8 - المرجع نفسه.

9 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 211؛ محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 623.

تجنباً للضرر العام فكلها أدلة تدخل في الجواز⁽¹⁾.

يظهر مما تقدم، رجحان الرأي القائل بالجواز نقل الأعضاء بين الأحياء ومن جثث الموتى وذلك لاعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيها فائدة طبية راجحة تتمثل في إنقاذ حياة وصحة شخص مريض بحاجة للعضو البشري، فهي مثال للتضامن والتآزر بين البشر يجب تشجيعها، بشرط أن تكون في إطار الضوابط الشرعية والأخلاقية وفي حدود الحاجة.

ثالثاً - أحكام فقهية خاصة بنقل وزرع أعضاء لها خصوصية:

عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حتى وإن كانت ممكنة علمياً وطبياً ومباحاً شرعاً لدى أغلبية الفقهاء لفائدتها العلمية والطبية في علاج المرضى وإنقاذ البشرية من الموت المحقق، إلا أن بعض أنواع هذه العمليات تحتاج إلى اجتهاد فقهي للتمييز بين ما يجوز منها وما لا يجوز وفقاً للقواعد والضوابط الشرعية، وهذا ما قام به الفقهاء المعاصرون الذين بذلوا جهوداً معتبرة في مجال الاجتهاد حول القضايا الطبية المعاصرة، وأصدروا فتاوى فردية وجماعية عبر المجامع الفقهية لبيان رأي الشرع فيها، حتى تكون هذه الممارسات الطبية وفقاً لقواعد الشريعة ومقاصدها. ومن بين هذه الممارسات، نجد عمليات نقل وزرع الأعضاء التناسلية، خلايا دماغ الأجنة، اللقائح الأدمية الفائضة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي.

أ - نقل وزرع الأعضاء التناسلية:

انعقدت ندوة رؤية إسلامية لزراعة بعض الأعضاء البشرية وهي الندوة الطبية السادسة التي انعقدت في الكويت في الفقرة ما بين 23 و 26 ربيع الأول 1410هـ. الموافق لـ 23 - 26 أكتوبر 1989، وقد جاء فيها أن رأت الندوة بالأكثر أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي، ماعدا العورات المغلظة التي لا تتقل الصفات الوراثية جائز استجابة لضرورة مشروعة ووفقاً لضوابط والمعايير الشرعية.

كما قرر مجمع الفقه الإسلامي، أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تتقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة جائز، أما نقل الأعضاء التناسلية الحاملة لشفرات الوراثة، فهي مخالفة لأحكام الشرع الإسلامي، لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب⁽²⁾.

1 - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 98؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 213؛ انظر كذلك بخصوص

أدلة المجيزون محمد عبد الجواد الننتشي، نقل الأعضاء وأحكامه الشرعية، مرجع سابق، ص 54 - 55؛ وفوزي

محمد محمود أبو طالب، مرجع سابق، ص 520 - 522.

2 - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 57 لعام 1990، والمتعلق بزراعة الأعضاء التناسلية

ب - التكيف الشرعي للانتفاع بالأجنة في زراعة الأعضاء:

أصبح الجنين يلعب دور المتبرع الأول للأعضاء البشرية، وذلك لما تتميز به الخلايا الجنينية من خصائص تجعلها صالحة للزرع، حيث كان لهذا الاكتشاف الأثر الإيجابي في علاج بعض الأمراض المستعصية⁽¹⁾ وذلك بنقل الأنسجة أو أعضاء من الجنين وزرعها لمريض، غير أن استخدام الأجنة البشرية قد أثار قضايا أخلاقية ودينية خاصة بعد استفحال جريمة قتل الأجنة بصورها المختلفة، واتسعت تجارة الأجنة المجهضة، حتى أن الأمر قد وصل إلى إنتاج أجنة بطرق غير مشروعة للانتفاع بأجزائها وأنسجتها، لذلك ولأنها مسألة وليدة التقدم العلمي ومن المستجدات الطبية على الواقع الفقهي الإسلامي، فقد عقدت عدة مؤتمرات وندوات علمية وفقهية⁽²⁾ من أجل استنباط أحكام شرعية بخصوص الاستفادة من الأجنة التي حملت بها المرأة ثم أجهضت والاستفادة من الأجنة المشوهة أو المواليد المشوهين (اللدامغي) والاستفادة من الأجنة الفائضة من عمليات التلقيح الخارجي.

1 - بالنسبة للحكم الشرعي للانتفاع بالأجنة المجهضة:

نوقش هذا الموضوع في الندوة الفقهية السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة 1990، كما نوقش في الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالكويت، وقد اتفق الفقهاء المعاصرون، على أنه لا يجوز الانتفاع بالجنين المجهض عمداً، بقصد الاستفادة منه سواء نفخت الروح فيه أم لم تنفخ فيه بعد، وذلك لأن الجنين بعد نفخ الروح آدمي معصوم الدم، وإجهاضه في هذه المرحلة يعد جريمة قتل، لأنه إزهاق لروح آدمية لا يحل الاعتداء عليها، أما عن إجهاض الجنين قبل نفخ الروح فيعد فساد للجنين يوقفه عن التطور والتخلق ومن الوصول

1 - بدأ نقل الأنسجة الجنينية ابتداء من الستينات أين تم استخدام نقي العظام من الأجنة لمعالجة بعض أمراض الدم الوراثية النادرة المتميزة بنقص الخلايا المناعية، ثم في بداية الثمانينات تمت عملية زرع خلايا الغدة الكظرية بالنسبة للمرضى الذين يعانون من الشلل الرعاشي حيث قام الجراح باكوندا وزملائه في السويد بأول عملية من هذا النوع في 30 مارس 1982. انظر: يمينة شواد، "التكيف الشرعي للانتفاع بالأجنة في زراعة الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 89 - 90.

2 - ومن هذه الندوات نجد الندوة الطبية الفقهية الخامسة المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 23 - 26 أكتوبر 1989 بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومجمع الفقه الإسلامي تحت عنوان ندوة زراعة الأعضاء، مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بجدة بالمملكة العربية السعودية من 17 - 23 شعبان 1410 هـ الموافق لـ 14 - 20 مارس 1990.

إلى مرحلة نفخ الروح⁽¹⁾.

أما إذا كان الإجهاض تلقائياً أو لسبب طبي دون قصد الاستفادة منه، فإن الاستفادة من الأجنة المجهضة تلقائياً أو المجهض لسبب طبي متوقف على نوع الأجنة المجهضة، فإذا كان مكتمل النمو وخرج حياً لا يجوز المساس به أو الاعتداء عليه بأي صورة من صور المساس، ذلك لأن المساس به يعتبر قتلاً له أو شروع في القتل وهو حرام⁽²⁾.

أما إذا كان مكتمل النمو ولم يخرج حياً أو كان غير مكتمل النمو وهناك قطع طبي باستحالة حياته، فإنه يجوز الاستفادة منه ضمن الشروط المقررة بجواز الاستفادة من أعضاء الجنّة لمصلحة إنسان آخر⁽³⁾.

2- الحكم الشرعي للاستفادة من الجنين فاقد المخ أو المولود اللدماغي:

يقصد بالجنين فاقد المخ الجنين الذي ليس له قبو رأس وليس له فسان مخيان وإنما جذع مخ يقوم على الوظائف الحيوية الأساسية من دورة دموية وتنفس⁽⁴⁾ وقد أثارت هذه القضية مشكلات أخلاقية احتدم النقاش حولها بين رجال القانون والطب وعقدت مؤتمرات، آخرها المؤتمر العالمي في أوتاوا بكندا من 25 - 20 أغسطس 1989 لمناقشة المشاكل الأخلاقية الناتجة عن زرع أعضاء الجنين وزرع الأعضاء من المواليد بدون أدمغة؛ ولكن لم يصل المؤتمر إلى قرار موحد في هذه القضية حيث احتدم الخلاف والجدال بين مؤيد ومعارض لها⁽⁵⁾.

أما الحكم الشرعي للانتفاع بالجنين فاقد المخ (المولود اللدماغي) فقد نوقش الموضوع في الدورة الفقهية السادسة، وقد اتفقوا على جواز الاستفادة من هؤلاء المواليد في زراعة الأعضاء شرط أن يتم ذلك بعد التحقق من موتهم فعلاً بموت المخ، قياساً لما أجازته الفقهاء من جواز أخذ الأعضاء من الميت، أما قبل ذلك فهو كائن حي معصوم الدم مثله مثل غيره من الأسوياء وأي اعتداء عليه بأخذ عضو من أعضائه يعد اعتداء على النفس التي حرّمها الله⁽⁶⁾.

1 - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 56 لعام 1990، والمتعلق باستخدام الأجنة مصدراً لزراعة الأعضاء، وللمزيد من التفصيل انظر كل من: يمينه شودار، مرجع سابق، ص 96 - 97؛ كمال لدري، مرجع سابق، ص 284 - 286؛ وساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 250.

2 - ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 249؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 233؛ يمينه شودار، مرجع سابق، ص 97 - 98.

3 - ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 259؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 233.

4 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 156 - 157؛ يمينه شودار، مرجع سابق، ص 104.

5 - يمينه شودار، مرجع سابق، ص 105.

6 - المرجع نفسه، ص 106.

3 - الحكم الشرعي للانتفاع بالأجنة الفائضة (البويضات الملقحة) في عمليات التلقيح الاصطناعي:

الأجنة الفائضة عن الحاجة تأتي نتيجة لعملية زرع الأجنة أو أطفال الأنابيب، وهي عبارة عن سلسلة من الخلايا عمرها أسبوع واحد أو أكثر، تكون في مرحلة التكون لم يصل النمو فيها إلى مرحلة تكوين الأعضاء، كالقلب والكلى ومن الممكن تنمية هذه اللقائح في المعمل إلى مرحلة 32-7 خلية فقط ثم تحفظ مجمدة في الثلاجة⁽¹⁾ ولا يستفاد من اللقائح، المذكورة في عمليات زرع الأعضاء لعدم وجود أعضاء فيها قابلة للنقل، ولكن يمكن الاستفادة من نقل خلاياها خاصة الخلايا الجذعية cellules souches⁽²⁾.

فقد أصبحت لهذه اللقائح الأدمية أهمية علمية في مجال نقل الأعضاء، لذلك حاول الفقهاء المعاصرون وكبار العلماء في المجامع الفقهية الإسلامية، إبداء رأيهم حول هذه المسألة. فقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق لـ 14-20 مارس 1990، أنه: في ضوء ما تحقق عملياً من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفادياً لوجود فائض من البويضات الملقحة وإذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياتها على الوجه الطبيعي. كما حرم استخدام البويضة الملقحة في امرأة أخرى مع وجوب اتخاذ الاحتياطات اللازمة والكفيلة بالحيلولة دون استعمال البويضة في حمل غير مشروع⁽³⁾. ومنعت المجامع الفقهية تخزين النطف الذكورية أو الأنثوية أو اللقائح خوفاً من اختلاط النطف أو اللقائح ومن الاختلاط الأنساب⁽⁴⁾.

1 - عارف علي عارف القره داغي، مرجع سابق، ص 207.

2 - هي تلك الخلايا غير المتخصصة وغير مكتملة الانقسام، لا تتشابه مع أي خلية متخصصة ولكنها قادرة على تكوين خلية بالغة بعد أن تنقسم عدة انقسامات في ظروف مناسبة. وأهميتها تأتي من كونها تستطيع تكوين خلية أي نوع من أنواع الخلايا المتخصصة بعد أن تنمو وتتطور إلى خلية المطلوبة.

انظر كل من: ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 236.

وقد أفرد المشرع الفرنسي، أحكام خاصة بها، أنظر:

RENE BINET Jean, Le nouveau droit de la bioéthique : commentaire et analyse de la loi N° 2004-800 du 6 aout 2004 relative a la bioéthique, Lexis Nexis – Litec, Paris, 2002, p 44.

3 - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 55 لعام 1990، المتعلق بحكم البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة.

4 - ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 253؛ كمال لدرع، مرجع سابق، ص 274 - 278.

أما بخصوص أخذ الخلايا الجذعية من اللقائح الفائضة فهناك اختلاف بين الفقهاء. فقد ذهب المجمع الفقهي الإسلامي إلى أن أخذ الخلايا الجذعية من اللقائح الفائضة لا يعد اعتداء على الحياة الإنسانية حيث أن الحرمة تكون للبويضة الملقحة التي تعلق بالرحم أما هذه اللقائح فليست كذلك، فلا احترام لها قبل أن تغرس في جدار الرحم، ومن ثم يمكن إعدامها بأي وسيلة وهذا هو أيضا رأي الأغلبية في الندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية⁽¹⁾.

أما البعض الآخر فيرى حرمة تنمية اللقائح الزائدة لأخذ الخلايا الأصلية وهو ما ذهب إليه بعض الباحثين وجمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية، إذ يرون أن اللقحة هي بداية الحياة الإنسانية والإنسان مكرم في جميع أطواره، وهو ما يقتضي احترام هذه البذرة، لذلك فيجب منع العبث بهذه الحياة، ومنع ظاهرة الأجنة الفائضة وتلقيح البويضات الزائدة عن الحاجة، إلا ما سوف يزرع في الرحم وذلك إبقاء على الاحترام الواجب للحياة الإنسانية ومنعا للعبث بهذه الحياة، أما إذا حصل فائض فلا يعدم ولا يستعمل في البحث أو الزرع، بل تترك وشأنها للموت الطبيعي، إذ ليس فيه عدوان إيجابي على الحياة⁽²⁾.

مما سبق، يظهر رجحان الرأي القائل بجواز الاستفادة من البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة قياساً على الاستفادة من الشخص حي ومن الجنين المجهض، بشرط احترام الضوابط الشرعية وأن تكون من اللقائح الناتجة عن التلقيح الشرعي بين الزوجين.

المطلب الثاني

التنظيم التشريعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية من المسائل الهامة التي لقيت الاهتمام الواسع من قبل التشريعات القانونية المختلفة سواء منها العربية أو الغربية، ونظراً للدور الكبير الذي تلعبه عمليات نقل الأعضاء من الأحياء في تحسين صحة الأفراد وإنقاذهم من الموت المحقق، فقد نظمت التشريعات المختلفة هذه العمليات بشروط وضوابط تكفل حماية الأفراد في سلامتهم الجسدية (الفرع الأول) كما أنه ولإمكانية الحصول على الأعضاء البشرية من الجثة وزرعها لدى شخص حي بحاجة للعضو البشري، فقد عملت التشريعات القانونية ومختلف الدول على وضع أطر قانونية تسمح بالحفاظ على حرمة الجثة ومشاعر العائلة (الفرع الثاني).

1 - ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 253؛ عارف علي عارف القره داغي، مرجع سابق، ص 208.

2 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 99.

الفرع الأول

تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الدولي والتشريعات الوطنية الاختلاف الفقهي الذي ثار إما على مستوى فقهاء القانون أو رجال الدين حول أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دفع بجانب كبير من التشريعات إلى استحداث قوانين جديدة تنظم هذا النوع من الممارسات الطبية الحديثة، وفقاً لضوابط تضمن المصالح الإنسانية والسلامة الجسدية، لذلك فقد تم تنظيم هذه العمليات على المستوى الدولي أين انتهت بإصدار العديد من التشريعات والقرارات بخصوص هذه الممارسات (أولاً)، كما تم تنظيمها أيضاً على مستوى العديد من التشريعات المقارنة (ثانياً) وعلى المستوى التشريعي الجزائري في إطار قانون حماية الصحة وترقيتها (ثالثاً).

أولاً - تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الدولي:

لقد كان للمنظمات الإقليمية والدولية موقف هام بالنسبة لموضوع التعامل بالأعضاء البشرية، فقد عقدت عدة مؤتمرات وندوات انتهت بإصدار العديد من التشريعات والقرارات بهذا الشأن، كما اهتمت منظمة الصحة العالمية بإصدار توصية في عام 1987 حول المبادئ الأساسية لنقل الأعضاء وتوصية سنة 1989 حول منع شراء وبيع الأعضاء⁽¹⁾ كما تم التوصل إلى إبرام أول نص قانوني دولي ملزم، وهو الاتفاقية الأوروبية حول حقوق الإنسان وأخلاقيات الطب 1997/04/04⁽²⁾ والذي يعتبر النص الدولي الأول الذي أقر قواعد قانونية إلزامية في مجال نقل الأعضاء، ومن بين المبادئ التي تضمنتها: عدم اللجوء إلى نزع العضو من إنسان حي إلا إذا لم يتأت ذلك من إنسان ميت، ولم يكن هناك طريق علاجي آخر يحقق النتيجة نفسها⁽³⁾، أن يكون التعبير عن الرضا كتابياً أو أمام هيئة مخولة⁽⁴⁾، التأكيد على أن الجسم وأعضائه غير قابل للبيع ولا يمكن استعماله إلا لأغراض التي نزع من أجله⁽⁵⁾.

1 - أمين شريط، مرجع سابق، ص 137.

2 - الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان اتجاه التطبيقات البيولوجية والطب أوفيدو.

<http://convention.coe.int/treaty/en/treaties/html/164.htm>

3 - Article 19 de convention sur les droits de l'homme et la biomédecine dispose que : « Le prélèvement d'organes ou de tissus aux fins de transplantation ne peut être effectué sur un donneur vivant que dans l'intérêt thérapeutique du receveur et lorsque l'on ne dispose pas d'organes ou de tissus appropriés d'une personne décédée ni de méthode, thérapeutique alternative, d'efficacité comparable ».

4 - المادة 20 من الاتفاقية.

5 - وهذا ما نصت عليه المادة 21 من الاتفاقية نفسها.

كما جاء البروتوكول الإضافي لاتفاقية والذي وضع في 2000/07/25 إلى تعميق واستكمال ما جاء في الاتفاقية من المبادئ وقواعد فقد نصت المادة الثالثة على وجوب منح الأعضاء وفق المعايير الطبية التي لها الأولوية والأفضلية⁽¹⁾.

كما نصت المادة الرابعة على أن كل عملية نقل يجب أن تكون مطابقة للقانون والأخلاقيات الطب وهذا من أجل التشديد على مسؤولية الأطباء.

أما بشأن مشروع القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيها لسنة 2009⁽²⁾، فقد نص على عدة شروط أهمها: يتحقق التبرع أو الوصية بأعضاء الجسم بشرط أن يكون الشخص راشداً قانوناً وصار بموجب إقرار كتابي موقع عليه ، لا يجوز نقل عضو من أعضاء الجسم إذا كان ذلك يؤدي إلى وفاته أو إلحاق ضرر جسيم به، يتم التبرع بالعضو أو النسيج والإيصال به دون مقابل، يحظر بيع العضو البشري أو النسيج أو شراؤه والاتجار به⁽³⁾.

ثانياً - موقف التشريعات الوطنية من عمليات نقل وزرع الأعضاء:

اهتمت عدة قوانين بتنظيم عمليات نقل الأعضاء من الأحياء، مما يستوجب التطرق إلى هذه القوانين في بعض الدول الغربية والعربية.

أ - تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريعات المقارنة الغربية:

سنحاول إبراز كل من التشريع الفرنسي، الانجليزي، الأمريكي والألماني.

1- بالنسبة للقانون الفرنسي: بدأ التشريع بخصوص عمليات نقل الأعضاء سنة 1949 فيما يخص نقل العيون، ثم تطور إلى جملة أخرى من النصوص عبر الزمن أهمها قانون التبرع بالدم لسنة 1952، وقانون شامل حول موضوع زرع الأعضاء سنة 1976 تحت اسم Caillavet الصادر في 22 ديسمبر 1976، المتعلق بنزع الأعضاء⁽⁴⁾ والذي دخل حيز التنفيذ بالقانون رقم 501-78 الصادر بتاريخ 1978/03/31، وأخيراً ثلاث قوانين أساسية هامة صدرت في جويلية 1994 والتي تسمى بقوانين البيوأخلاقية Bioéthique المعدلة في سنة 2004 و2011 ومن بينها قانون احترام جسم الإنسان رقم 94-653⁽⁵⁾ الذي حاول من خلاله التشريع الفرنسي أن يوفق بين

1 - أمين شريط، مرجع سابق، ص 139.

2 - اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين بالقرار رقم 791-د-25-19/11/2009.

3 - وهذا ما نصت عليه كل من المادة 8 و9 من مشروع القانون العربي الاسترشادي.

4 - Loi N° 76-1181 du 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes, JORF, du 23 décembre, 1976, p 7365.

5 - Loi N° 94-653 du 29/07/1994 relative au respect du corps humain, JORF, N° 175, du 30/07/1994, p 11056. <http://legifrance.gouv.fr>

الطب والأخلاق ودستور وقانون المدني، من خلال التأكيد على عدة مبادئ أهمها، مبدأ عدم المساس بالكيان المادي للجسم إلا بناء على رضا الشخص الحر والمتبصر وتحقيقاً لمصلحة واضحة مع عدم جواز اعتبار جسم الإنسان محلاً للحقوق المالية⁽¹⁾.

كما صدر قانون ينظم تبرع واستعمال منتجات جسم الإنسان رقم 654/94⁽²⁾ والذي ركز على نفس المبادئ وهي المجانية، السرية، الرضا المتبصر، والضرورة الطبية، التي تعتبر من القواعد الأساسية لضمان سلامة وكرامة جسم الإنسان.

لكن رغم تكريس المشرع الفرنسي لضوابط تنظم عمليات زرع الأعضاء بين الأحياء إلا أن حسب تقرير مجلس الدولة سنة 1999 فإن نسبة التبرع بين الأحياء في فرنسا أقل من 4% بالنسبة لزرع الكلية وأقل من 2% بالنسبة لزرع الكبد⁽³⁾ بينما التبرع من الجثة له نسبة أكبر، وهذا خلافاً لما هو سائد بالنسبة للدولة الأجنبية الأخرى⁽⁴⁾.

2- بالنسبة للتشريع الانجليزي: كان أول تشريع صدر في إنجلترا هو قانون 1953 بشأن اقتطاع القرنية من عيون الموتى وزرعها في عيون الأحياء، تم صدر قانون الأنسجة البشرية، عام 1961 والذي حل محله القانون الخاص بنقل الأعضاء من المتوفين فقط، في حالة عدم وجود اعتراض سابق وصريح من الشخص حال حياته أو اعتراض الزوج أو الزوجة أو أحد الأقارب، مع اشتراط موافقة الميت قبل وفاته، ثم جاء قانون 1989 ليكمّله بحيث أصبح هذان القانونان يشكلان الشريعة العامة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء في إنجلترا، فكان هذا القانون ينظم عمليات زرع الأعضاء بين الأحياء وجرم الاتجار بالأعضاء والوساطة فيها، واشترط توافر الرضا والأهلية

1 - وهذا ما نصت عليه المادة 16-3 والمادة 16-5 من القانون المدني الفرنسي، انظر كذلك في هذا الشأن:

HEYMANN-DOAT Arlette, GWENAELE Calvès, Libertés publiques et droits de l'homme, 8 édition, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2005, p168

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, JORF, N°175 du 30 juillet 1994, p11060.

3 - LACOMB Séverine, op.cit, p16; Voir aussi, DURAND Jean Pierre, "Les conditions d'un assouplissement de la pratique du prélèvement d'organes", Revue générale de droit médical, numéro spécial, Paris, 2002, p 114.

4 - فهناك دول تفضل التبرع من أشخاص أحياء كأول درجة مثل الدول الاسكندنافية، كما نجد أيضاً اليابان لأسباب ثقافية واجتماعية تفضل إجراء التبرع من الأحياء خاصة بعد صدور قانون 2009 أين سمحت للأطفال أقل من 15 سنة بالتبرع بأعضائهم وذلك لكي لا يحتاج الطفل الياباني لتلقي العلاج في الخارج.

1. Agence de la biomédecine, "Encadrement juridique international dans les Différents domaines de la bioéthique", Paris, 2012, p16.

القانونية اللازمة وصلة القرابة⁽¹⁾ مع وجوب تبصير المتبرع وعدم تعرضه لأي ضغط، ووجوب احترام حقه في العدول في أية مرحلة⁽²⁾.

كما صدر قانون خاص بتنظيم عمليات الإخصاب وعالج فيه الجوانب القانونية والأخلاقية للممارسات الطبية والعلمية الحديثة في مجال نقل اللقائح الأدمية بوصفها أهم المنتجات وذلك بإصداره لقانون خاص بتنظيم عمليات الإخصاب وممارسات علم الأجنة البشرية عام 1989⁽³⁾.

3- التشريع الأمريكي: قوانين نقل الأعضاء في أمريكا يتم إصدارها على مستويين الأول، على مستوى الولايات والثاني على المستوى الفيدرالي، وكان الغرض من إصدار تلك القوانين وضع الحماية للأعضاء البشرية مع رفع عدد المتبرعين وبالتالي زيادة عدد الأعضاء المتاحة⁽⁴⁾، وفي سنة 1968 صدر قانون فيدرالي يوحد بعض المبادئ ويجعلها من النظام العام ومنها التبرع يكون بوثيقة مكتوبة ومن شخص يتمتع بأهلية كاملة، بعد تبصيره الكامل بالمخاطر⁽⁵⁾.

كما صدر قانون زراعة الأعضاء سنة 1984 نص على تحريم الكسب المتعمد أو الأخذ بأي شكل للأعضاء بغرض استخدامها تجارياً، وفي سنة 1990 أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية أول قانون خاص بالإقرار الشخصي الذي يسمح للأشخاص المتبرعين أن يعلنوا عن رغبتهم في التبرع حيث يتم إثبات ذلك على رخصة القيادة أو البطاقة الصحية⁽⁶⁾.

ب - تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريعات العربية:

تناولت معظم التشريعات العربية، مسألة التبرع بالأعضاء بين الأحياء ونذكر منها:

1- التشريع اللبناني: نظم التشريع اللبناني هذه العمليات بموجب المرسوم الاشتراكي رقم 109 لسنة 1983 الصادر بتاريخ 1983/09/11⁽⁷⁾ والخاص بوهب الأنسجة والأعضاء البشرية من جسم شخص لمعالجة مرض أو جروح شخص آخر، وتضمن عدة شروط أهمها:

- 1 - انظر كل من: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 56؛ أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 121.
- 2 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 122.
- 3 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 56؛ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 4؛ أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 127.
- 4 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 122.
- 5 - أمين شريط، مرجع سابق، ص 137.
- 6 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 122 - 123.
- 7 - انظر المرسوم الاشتراكي رقم 109 المؤرخ في 16 سبتمبر 1983، المتضمن التشريع اللبناني الخاص بزراعة الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية رقم 09، صادر في 03 مارس 1984.

- أن يكون الواهب قد أتم 18 عاماً،
 - أن يعاين من قبل الطبيب المكلف بإجراء العملية والذي ينبهه إلى نتائج العملية وأخطارها،
 - ضرورة أن يوافق الواهب خطياً وبملى إرادته، وبحضور شاهد،
 - وأن يكون إعطاء الأنسجة والأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير مشروطة.
- 2- التشريع الكويتي:** تعتبر دولة الكويت أول دولة عربية تصدر قانون خاص تتعرض فيه لموضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء والمتمثل في قانون رقم 7 لسنة 1983، المتعلق بنقل الكلي تم صدور قانون يحمل رقم 55 لسنة 1987 خاص بنقل الأعضاء، حيث تناول في المادة الأولى منه مشروعية التنازل عن الأعضاء بين الأحياء، ومن جثث الموتى، وجعل المصلحة العلاجية هي الغاية من إجراء تلك العمليات، ومنع في المادة السابعة بيع وشراء الأعضاء بأيّة وسيلة أو تقاضي أي مقابل مالي، وحدد أماكن إجراء العمليات في المنشآت التي تحددها وزارة الصحة طبقاً لنص المادة العاشرة، كما تناول الجانب الجزائي في حالة مخالفة هذا القانون والتي حددها بعقوبة 3 سنوات⁽⁴⁾.
- 3- المشرع المصري:** أصدر المشرع المصري رقم 103 سنة 1962 قانوناً خاصاً ببنك العيون والمعدل بالقانون رقم 79 لسنة 2003، غير أنه لم يصدر قانون آخر يشمل باقي الأعضاء إلا في سنة 2010 أين أصدر القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم ونقل الأعضاء البشرية، نظم من خلاله عمليات نقل الأعضاء بوجه عام؛ ونص على الضوابط القانونية الواجب توافرها لنقل الأعضاء والتي تتمثل في: عدم الإضرار بالملتقي مع وجوب نقل العضو إذا كان النقل هو الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة الملتقي⁽²⁾، وألا يؤدي النقل إلى اختلاط الأنساب⁽³⁾ وأن يكون النقل على سبيل التبرع بناء على موافقة المتبرع الكتابية والموثقة بعد أخذ رأي اللجنة الطبية المختصة، ومنع من خلال هذا القانون الاتجار بالأعضاء⁽⁴⁾.

1 - خذر محمد، بن عبد المطلب فيصل، مرجع سابق، ص 3؛ أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 128.

2 - المادة 2 من القانون رقم 5 لسنة 2010.

3 - فقد نصت المادة الثانية فقرة 2 على أنه « ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب ».

4 - وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة بقولها « يجب أن يكون التبرع صادر من إرادة حرة خالية من عيوب الرضا وثابتاً بالكتابة وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون ». أما المادة السادسة فقد نصت على أنه « يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء بمقابل أياً كانت طبيعته ».

كما أنشأ اللجنة العليا لزرع الأعضاء مختصة بمراقبة عمليات نقل الأعضاء في المستشفيات والمراكز الطبية المختصة⁽¹⁾، مع تأكيده على التضامن والتكافل الاجتماعي من خلال إلزام الدولة بالزرع ودفع النفقات لغير القادرين⁽²⁾.

4- القانون التونسي: تناول القانون التونسي مسألة نقل الأعضاء في أحكام القانون رقم 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها وقد تضمن هذا القانون عدة شروط، منها أن يكون التبرع لغاية علاجية⁽³⁾ وأن يكون المتبرع راشدا متمتعا بأهلية كاملة وأن يكون رضاه حرا ومتبصرا⁽⁴⁾، يبدیه أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه⁽⁵⁾، مع وجوب إعلامه بمخاطر ونتائج العملية، وأن يكون التنازل عن العضو بغير مقابل مالي، باستثناء إرجاع المصاريف التي قد تتطلبها عمليات الأخذ والزرع⁽⁶⁾، كما منع نقل الأعضاء المختصة بالإنجاب كالخصية، واشترط إجراء هذه العمليات في المؤسسات العمومية دون العيادات الخاصة، باستثناء القرنية التي يمكن إجرائها بالمؤسسة الصحية الخاصة المرخص لها⁽⁷⁾.

5- التشريع المغربي: نظم المشرع المغربي عمليات زرع الأعضاء بموجب قانون رقم 16 لسنة 1998⁽⁸⁾ والمعدل بقانون 26 لسنة 2005 وقد حدد هذا القانون التعامل بالأعضاء على سبيل التبرع، وحظر كافة أشكال التعامل بمقابل باستثناء تعويض المصاريف المتصلة بعملية نقل

1 - راجع المادة 9.

2 - راجع المادة 11.

3 - وهذا ما نص عليه الفصل الثالث من قانون رقم 22 لسنة 1991.

4 - وهذا ما نص عليه الفصل الثاني من القانون نفسه.

5 - وهذا ما نص عليه الفصل الثامن من القانون نفسه.

6 - وهذا ما نص عليه الفصل الثالث من القانون نفسه.

7 - للتفصيل أكثر انظر: "التجربة التونسية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية"، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون"، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بخميس مليانة، أيام 20 و21 و22 أبريل 2009، ص ص 2 - 4؛

GLOULOU Fatma, LOUHICHI Ramzi, ALLOUCHE Mohamed, HAMDOUN Moncef, "Prélèvement et transplantation d'organes en Tunisie (Situation actuelle et perspectives d'avenir)", in DUGUET Marrie Anne (sous la coordination de) Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009, pp 292 - 294.

8 - الجريدة الرسمية رقم 4726، الصادرة يوم الخميس 16 شتنبر 1999. ظهير شريف رقم 1-99-208، صادر في 13 من جمادى الأولى 1420هـ الموافق لـ 15 أغسطس 1990، بتنفيذ قانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

العضو⁽¹⁾، مع وجوب الحصول على رضا المتبرع قبل إجراء العملية⁽²⁾، وأن تتم بين الأقارب⁽³⁾ وفي المؤسسات العمومية المعتمدة⁽⁴⁾.

ثالثاً - التنظيم التشريعي لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء وفقاً للتشريع الجزائري:

يعود أول تنظيم لهذه العمليات في الجزائر إلى سنة 1985⁽⁵⁾ وذلك بموجب صدور قانون رقم 05/85 الصادر بتاريخ 16 فبراير 1985⁽⁶⁾ والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث أجاز المشرع الجزائري في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان انتزاع أعضاء إنسان وزرعها، عمليات زرع الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جنث الموتى، وذلك من المواد 161 إلى 168، هذا غير أنه تم تعديل بعض هذه المواد بموجب القانون رقم 17/90⁽⁷⁾.

وعليه، تستند شرعية عمليات زرع الأعضاء وفقاً للقانون الجزائري، إلى نص المادة 162 والتي تنص « لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر وتشتت الموافقة الكتابية على المتبرع بأخذ أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة وطبيب رئيس المصلحة ».

وقد تضمن هذا القانون عدة نصوص قانونية تتضمن الشروط الواجب توافرها لإجراء مثل هذه العمليات، كأن يكون الاستئصال لغرض علاجي، وهذا ما نصت عليه المادة 1/166 والتي تنص « لا تزرع الأنسجة والأعضاء إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل وسلامته البدنية ... ».

1 - راجع المادة 5 من القانون المغربي رقم 98-16، سالف الذكر.

2 - راجع المادة 4 من القانون نفسه.

3 - هذا ما نصت عليه المادة 9 من القانون نفسه.

4 - هذا ما نصت عليه المادة 12 من القانون نفسه.

5 - قبل صدور هذا القانون استند الأطباء المختصون في هذا المجال على فتوى المجلس الإسلامي الأعلى الصادر بتاريخ 20 أبريل 1972، التي أجازت نقل الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جنث الموتى وقد اعتبرت أن التنازل عن العضو لمصلحة شخص من الغير بحاجة للعضو نوع من الإيثار على النفس والتضامن الإنساني، وهي من الصفات التي تعبر عن الرحمة والمودة بين البشر والتي حث عليها ديننا الحنيف، مصداقاً لقوله تعالى «... وَيُؤْتِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ...»، انظر في ذلك: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 553.

6 - قانون رقم 05/85، مرجع سابق.

7 - قانون رقم 17/90، مؤرخ في 31 جويلية 1990، يعدل ويتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 35، الصادر بتاريخ 15/08/1990.

كما منع هذا القانون تلقي أي مقابل مالي جراء التبرع بالعضو⁽¹⁾ مع وجوب إجراء هذه العمليات في المؤسسات الصحية المرخص لها بذلك⁽²⁾ إضافة إلى ضرورة الحصول على رضا كل من المتبرع والمستقبل بعد تبصيرهما الكامل بمخاطر العملية وإمكانية الرجوع عن الموافقة في أي وقت شاء⁽³⁾.

وعليه، يتضح أن جل التشريعات ومنها التشريع الجزائري اتفقت على إجراء مثل هذه العمليات نظراً لأهميتها العلمية والطبية في إنقاذ أرواح الكثير من المرضى، كما اتفقت على مجموعة من الشروط والضوابط الواجب توافرها لممارسة هذا النوع من العمليات والمتمثلة أساساً في وجوب الحصول على الرضا المتبصر والمستتير، وانتفاء المقابل المالي إضافة إلى شروط تعزيزية تعمل على تفعيل هذه المبادئ مثل السرية والقرباية ووجوب إجرائها في المؤسسات الصحية المرخص لها. لهذا سنرجأ البحث في حقيقة ودور هذه الضوابط في الباب الثاني من الرسالة.

الفرع الثاني

التنظيم التشريعي لعمليات نقل الأعضاء من الجثة وزرعها لدى الأحياء

كرامة وحرمة جسم الإنسان لا تقتصر على حياة الإنسان بل تمتد إلى ما بعد الوفاة، لتشمل الإنسان الميت أي الجثة⁽⁴⁾، فيكون للإنسان الحق في احترام جثته، باعتبارها من بقايا جسده، فلا يجوز المساس بها أو ابتذالها أو الاعتداء عليها، وهذا ما أقرته كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من خلال النصوص العقابية التي سخرتها لحماية الجثة من العبث بها، وحماية المقابر من الأعمال الماسة بحرمة هذه الأماكن.

- 1 - المادة 161 فقرة 2 « ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية ».
 - 2 - المادة 167 فقرة 1 « لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك للوزير المكلف بالصحة ».
 - 3 - المادة 162 فقرة أخيرة « ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة ».
 - 4 - وهذا ما تم تكريسه بموجب قرار ميلو Arrêt MILAUD الصادر في 22 جويلية 1993، والذي نص على أن حرمة الجسم تنطبق على الشخص وجثته.
- كما تم تجسيده أيضاً في قرار مجلس الدولة الصادر في 2 جويلية 2003، والذي أكد أن المبادئ الأخلاقية الأساسية التي تخص الجسم لا يتوقف تطبيقها بموت الشخص بل تستمر. انظر:

BERGOIGNAN – ESPER Claudine, SARGOS pierre, Les grands arrêts de droit de la santé, éditions Dalloz, Paris, 2010, pp 69 – 70.

لكن، نظراً للتقدم العلمي في مجال الطب والجراحة، فقد اقتضى الأمر الخروج عن مبدأ حرمة المعلقة للجثة وذلك لأسباب علاجية مشروعة، كإجراء عمليات نقل الأعضاء من الجثة لزرعها في شخص مريض بحاجة ماسة للعضو، لذلك، فقد اتجهت التشريعات المختلفة إلى تنظيم نقل الأعضاء من الجثة، حاولت من خلاله إقامة التوازن بين حرمة الجثة والمصلحة الإنسانية التي لا تتحقق إلا بتحديد لحظة الوفاة (أولاً) وشروط قانونية أخرى تحدد كيفية التصرف في الجثث (ثانياً).

أولاً - إشكالية تحديد لحظة الوفاة:

قبل أن تتطور العلوم الطبية الحديثة لم يكن موضوع الموت يثير إشكاليات قانونية تذكر، فقد كان الطبيب يقرر الوفاة بعد التأكد من توقف القلب والرئتين عن العمل، إلا أنه ويتطور العلوم الطبية وما صاحبه من إنجازات وتطور وسائل الإنعاش الصناعي التي تطيل الحياة ظاهرياً، إضافة إلى ظهور عمليات نقل الأعضاء من الجثة، أصبحت هذه المسألة محل اهتمام لكونها تبين الحد الفاصل بين الحياة والموت، إضافة إلى أنها محل خلاف فقهي وطبي وقانوني، باعتبار مسألة الوفاة ليست ظاهرة بيولوجية فقط بل لها جوانب دينية (أ) وطبية (ب) وقانونية (ج).

أ - حقيقة الموت في الفقه الإسلامي:

تحديد لحظة الوفاة أو موت الشخص وخروج الروح من الجسد، أمر اختص الله به نفسه، ولا يمكن للإنسان مهما وصل من علم أن يحدد على وجه اليقين لحظة الوفاة، لهذه الأسباب، فإن الفقهاء القدامى حاولوا تعريف الموت من الناحية التصورية ومن ناحية علاماته (1) أما فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون، فينظرون للموت نظرة مغايرة وذلك بالاعتماد على معايير معينة لتحديد لحظة الوفاة (2).

1 - التعريف الموت لدى الفقهاء القدامى:

على الرغم من كثرة الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة حول كلمة الموت أو خروج الروح، إلا أنها لا تفسر المقصود منها ولا تحدد اللحظة التي تعد الوفاة قد تحققت بحلولها⁽¹⁾ ومن ذلك قوله

1 - فايز الظفيري، "نقل وزرع الأعضاء من منظور جنائي"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 25، ربيع الأول 1422هـ، الموافق 5 يونيو 2001، ص 143.

تعالى ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي...﴾⁽¹⁾ وقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...﴾⁽²⁾ وقوله تعالى أيضاً ﴿وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ...﴾⁽³⁾ ﴿وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ كِتَابًا مُؤَجَّلًا...﴾⁽⁴⁾.

لذلك، ومع غياب نص قرآني أو حديث شريف، حاول الفقهاء القدامى تعريف الموت من الناحية التصويرية ومن ناحية علاماته، فقد عرف الموت على أنه صفة وجودية خلقت ضد الحياة أو أنه «زوال الحياة»⁽⁵⁾... كما عرف أيضاً «بأنه مفارقة الروح للجسد» وبأنها تؤدي إلى نهاية الحياة الطبيعية⁽⁶⁾ لقوله تعالى ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ...﴾⁽⁷⁾.

وعرفه بعض الفقهاء كالإمام النووي بالنظر إلى بعض علامته بقولهم أن الروح إذا فارقت البدن لم تكن له بعد حياة كاسترخاء قدميه وانخساف صدعيه واعوجاج أنفه، وامتداد جلدة وجهه⁽⁸⁾، أي اكتفى هؤلاء الفقهاء بوصف دلائل الموت وبعض صفاته التي تتحقق في الميت كانقطاع التنفس وانفراج شفثيه وإشخاص بصره وبرودة الجسد وتغيير لونه⁽⁹⁾.

وعليه، فهذه التعاريف المختلفة للموت تؤكد حقيقة واحدة هي أن الموت هو مفارقة الروح للجسد، فالموت ما هو إلا لفظ يعبر عن انتقال الإنسان من حياة إلى حياة أخرى، فلا فناء ولا عدم، بل انتقال من دار إلى دار، وسكرات الموت وحشرجته من صور أو مظاهر لعملية ولادة جديدة، تطل على حياة أخرى⁽¹⁰⁾.

1 - سورة الإسراء، الآية 85.

2 - سورة الإسراء، الآية 3.

3 - سورة لقمان آية 34.

4 - سورة آل عمران، آية 145.

5 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 260؛ وأسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 98.

6 - انظر: مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص 379؛ افتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 375.

7 - سورة الملك، الآية 2.

8 - مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص 379؛ أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 98؛ محمد علي البار، مرجع سابق، ص 23؛ محمود محمد عوض سلامة، مرجع سابق، ص 26.

9 - فايز الظفيري، مرجع سابق، ص 145.

10 - عمر علام، مرجع سابق، ص 23؛ افتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 375.

فالموت عند العلماء المسلمين لا يختلف تعريفه عما هو موجود في حضارات الإنسانية المختلفة والأديان التي عرفت البشرية، فقد اتفق المصريون القدامى والبابليون والآشوريون واليونان واليهود والنصارى، والمسلمين، على أن الموت هو مفارقة الروح للجسد⁽¹⁾، ثم اختلفوا بعد ذلك اختلافاً بيناً في ما إذا كانت الروح تعود إلى صاحبها أم تعود إلى جسد آخر⁽²⁾.

2- تعريف الموت لدى الفقهاء المسلمين المعاصرين:

بتطور العلوم والمعرفة البشرية في مجال الطب والجراحة، أصبح من الصعب الاعتماد على علامات الموت التي ذكرها الفقهاء القدامى للقول بموت الشخص بل ينبغي أن يناط الأمر للأطباء لأنهم أهل الخبرة وأهل الذكر لقوله تعالى ﴿... فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ وبناء عليه فإن الفقهاء المحدثون أو المعاصرون قد اعتمدوا على المعايير الطبية للقول بتحقيق الوفاة.

فقد ذهب بعض الفقهاء أمثال د. يوسف القرضاوي ومحمد نعيم ياسين، وبعض لجان الإفتاء والمجامع الفقهية⁽³⁾، كقرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث بعمان سنة 1986⁽⁴⁾

1 - بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 31؛ بلقاسم شتوان، "إشكالية الموت السريري الإكلينيكي، بين الفقه والطب وأثره على نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 1، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص 132؛ صادق بلوصيف، مرجع سابق، ص 154.

2 - فيرى البوذيون والهنداكة والشنمو أن الروح تظل حبيسة في البدن وبالذات في الجمجمة، وأنها لا تتطلق إلا بعد حرق الجثة وانفجار الجمجمة، كما أن البوذيون والهندوك يعتقدون بتناسخ الأرواح، وبأن الروح الشريرة تعاد في جسد الحقيق كالكلب، أما الروح الصالحة فتظل تنتقل في الأجساد الخيرة حتى تصل إلى مرحلة السعادة المطلقة.

كما تعتبر الديانة اليهودية أن الموت هو خروج الروح من الجسد، وأنها تستقر في أماكن مختلفة، فإذا كان اليهودي صاحب أعمال خيرة ويحترم تعاليم التوراة، تصعد روحه إلى السماء في مكان يحدد علوه تبعاً لخفة روحه، وعلى العكس فإذا كان الشخص حياته مليئة بالخطايا، فإن الروح تبقى هائمة على الأرض في درجة الصفر، وفي حالة عذاب وحسرة. انظر كل من: بلحاج العربي، معصومية الجسد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 31؛ وعمر علام، مرجع سابق، ص 23.

3 - فقد أفتى المجلس الأوروبي للإفتاء في دورته الحادية عشر المنعقدة بستوكهولم في السويد أيام 1-7 على جواز رفع أجهزة العلاج الطبي عن المريض الذي يعد ميتاً في نظر الطبيب وذلك لتلف جذع المخ وأن هذا العمل أمراً مشروعاً ولا حرج فيه، وهذا ما أفتت به كذلك لجنة الفتوى في الأزهر الشريف 22 ذي القعدة 1405 هـ الموافق لـ 1985/8/8، انظر عمر علام مرجع سابق، ص 56.

4 - قرار المجمع الفقهي الإسلامي، في دورة مؤتمره الثالث بعمان، بشأن أجهزة الإنعاش 8-13 صفر 1407 هـ الموافق لـ 16 أكتوبر 1986 والذي أفتى « يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات وترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً عند ذلك إذا تبين فيه إحدى العلامات التالية: توقف قلبه وتوقفه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بذلك، إذا تعطلت وظائف دماغه تعطلاً =

إلى اعتبار الإنسان ميتاً بموت جذع مخه، أي أن لحظة الوفاة عند هؤلاء الفقهاء تحدد بموت جذع المخ أو الدماغ، وذلك استناد إلى أنه لا يوجد نص شرعي يعرف الموت وعلاماته تعريفاً محدداً، وهذا معناه أن الشارع قد تركه للاجتهاد البشري والخبرة البشرية القابلة للتطور مع تطور المعرفة البشرية⁽¹⁾.

أما جمهور الفقهاء، فقد ذهبوا إلى أنه لا يحكم بالموت، الإنسان الذي مات جذع مخه فقط دون توقف قلبه وتنفسه عن العمل، وذلك لاعتبار أن مجرد فقد الإحساس والشعور، لا يعتبر وحده دليلاً كافياً للحكم بموت الإنسان، فأصحاب الكهف فقدوا الإحساس والشعور ولم يعتبروا أمواتاً مع طول الفترة التي مرت على ذلك.

كما أن اليقين لا يزول بالشك، وذلك لاعتبار أن الأطباء أنفسهم مختلفون في مدى اعتبار موت المخ هو بمثابة المعيار الحقيقي للوفاة⁽²⁾ وهذا ما أخذ به قرار مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر في 1992/6/25⁽³⁾ وقرار هيئة كبار العلماء بالسعودية رقم 181 بتاريخ 1417/4/12هـ.

يتضح مما تقدم، أن مسألة الوفاة وتحديد لحظة وقوعها، من المسائل الغيبية والطبية التي يصعب التحقق منها والخوض في أحكامها وهذا راجع لكونها من الحقائق العلمية غير الثابتة والمسلم بها، ما ينبغي إذن ومن أجل الحفاظ على حياة الإنسان واحترام كيانه البشري، التأكد من تحقق المعيارين معاً أي: موت المخ وموت القلب للقول بتحقيق الوفاة، فعل هذا يكفل تفادي أي شك في حقيقة حدوثها.

ب - تحديد لحظة الوفاة من الناحية الطبية:

اعتمد الأطباء من أجل التحقق من حدوث الوفاة على معيارين، الأول يسمى بمعيار توقف القلب وهو معيار تقليدي (1) والثاني معيار حديث وهو موت جذع المخ (2).

=نهائياً وحكم الأطباء أن هذا التعطل لا رجعة فيه». افتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 397؛ عمر علام، مرجع سابق، ص 53؛ محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، (هامش رقم 1)، ص 129.

1 - انظر كل من: افتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 397؛ ومحمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 129.
2 - وهو ما أخذ به الشيخ جاد حق علي جاد ومحمد سعيد رمضان البوطي، وشيخ عبد العزيز بن باز وعبد الفتاح إدريس. انظر افتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 399 هامش 2؛ وانظر كذلك الفتوى المنشورة على

موقع <http://www.islam.set>

3 - فقد أفتى المجمع على أنه «من يقوم بانتزاع الأعضاء من جسد لإبراز قلب نابض وما تزال فيه بقية من حياة فهو قاتل لنفس حرم الله قتلها، إلا بالحق».

1- معيار توقف القلب والرئتين عن العمل:

وفقاً لهذا المعيار، تتحقق الوفاة بالتوقف النهائي للقلب والرئتين أو الجهاز التنفسي عن العمل توقفاً تاماً، حيث يترتب على ذلك حرمان المخ وسائر أعضاء الجسم من سريان الدم إليها، فالوفاة وفقاً لهذا المعيار، حدث فجائي يؤثر على جميع الأجزاء في آن واحد⁽¹⁾.

غير أن هذا المعيار انتقد باعتباره يفتقر إلى الدقة، فقد أثبتت الدراسات المتطورة لعلوم البيولوجية والطب أن الوفاة ليست حادثاً فجائياً ولكنها تترتب آثارها عبر مراحل متعددة، منها⁽²⁾ الموت الأكلينيكي كأول مرحلة بتوقف القلب والرئتين عن العمل، ثم تأتي المرحلة الثانية وهي الموت الجزئي أو المخي، أين يتعطل المخ عن العمل بعد بضع دقائق من توقف وصول الدم المحمل بالأكسجين⁽³⁾ وأخيراً المرحلة الثالثة والتي تعرف بالموت الخلوي أي موت خلايا الجسم وتوقف عمليات التبادل والتحول الكيميائي⁽⁴⁾.

أثبت الأطباء من ناحية أخرى، أن توقف القلب والتنفس عن العمل لا يحدث الوفاة وذلك

1 - تدريست كريمة، "تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 368؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 389؛ محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 23؛ سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 245؛ أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 99؛ علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 49؛ منذر الفضل، مرجع سابق، ص 120؛ مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 314؛ بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 59؛ ليلي بعناش، "الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني، المجلد الأول، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص 210.

2 - محمود محمد عوض سلامة، مرجع سابق، ص 29؛ علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 49 - 50؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 390؛ بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 191؛ محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 578؛ تدريست كريمة، مرجع سابق، ص 368؛ فايز الظفيري، مرجع سابق، ص 148.

Xavier Labée, "Faut-il être médecin pour diriger une recherche biomédicale Visant à augmenter les capacités de l'individu ?", Recueil Dalloz, N° 39, 13 Novembre 2014, p 24.

3 - فرغم أن المخ يزن 2% من الجسم إلا أنه يحتاج إلى 14% من عمل القلب. فضخ الدم ضروري لعمل المخ، إذ يستهلك المخ 20% من الأكسجين في الدم و25% من الجلوكوز، وليس له مخزون طاقي، لذلك يتحقق موت المخ بسرعة أي بمجرد توقف ضخ الدم في الجسم.

LACOMBE Séverine, op.cit, p91.

4 - تدريست كريمة، مرجع سابق، ص 368؛ فايز الظفيري، مرجع سابق، ص 148؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 390.

لإمكان تنشيط القلب واسترجاع الحياة عن طريق وسائل الإنعاش الصناعي أو الصدمة الكهربائية أو تدليك القلب⁽¹⁾.

أدت كل هذه الانتقادات، إلى إعادة النظر في المفهوم التقليدي للموت والبحث عن مفهوم جديد في مقدوره جمع الحالات المعروضة. وضمن هذا التوجه طرح معيار موت الدماغ la mort des cellules cérébrales .

2- معيار موت جذع المخ: اتجه جانب من الأطباء إلى تبني معيار حديث يعرف بموت الدماغ⁽²⁾ ويقصد به « موت خلايا المخ والتوقف النهائي لوظائف المراكز العصبية العليا نتيجة تلف المخ تلفاً غير قابل للإصلاح، الأمر الذي يستحيل معه عودة الخلايا للحياة »⁽³⁾.

عرّف كذلك على أنه « الفقد الدائم لكل الوظائف المتكاملة للعصبونات »⁽⁴⁾، فالمخ هو العضو الوحيد في الجسم الذي يتحكم في نشاط سائر الأعضاء في الجسم، وبالتالي إذا مات المخ تدهورت وظائف أعضاء الجسم تدريجياً حتى تحدث الوفاة الكاملة⁽⁵⁾.

وقد كان أول من نبه إليه المدرسة الفرنسية عام 1959⁽⁶⁾ ولكن هذا الموضوع لم يلق

1 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 565؛ ليلي بعتاش، مرجع سابق، ص 220؛ علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 58؛ عمر علام، مرجع سابق، ص 39؛ فايز الظفيري، مرجع سابق، ص 148؛ سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 245.

2 - يتكون الدماغ من ثلاثة أجزاء: **المخ** وهو أكبر جزء في الدماغ، يحتوي على قشرة وعلى مراكز الحس والحركة الإرادية والذاكرة والوعي والمراكز المسؤولة عن طباع الإنسان وشخصيته. **المخيخ:** وهو الجزء الخلفي من الدماغ وهو مركز التوازن الجسمي. **جذع الدماغ:** هو جزء من الجهاز العصبي المركزي يوصل بين المخ الموجود داخل تجويف الجمجمة والحبل الشوكي الموجود داخل القناة العصبية بالعمود الفقري، وتوجد بجذع المخ المراكز التي تتحكم في الوظائف الحيوية لجسم الإنسان من نبض وتنفس وخلافة ويعتبر تشريحياً جزء من أجزاء الجسم. انظر: علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة، مرجع سابق، ص ص 63 - 64.

3 - بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 60؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 392 - 393؛ سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 265؛ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص 174.

4 - علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 62.

5 - بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 60؛ بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 64؛ سمير عبد السميع الأودن، المسؤولية القانونية للطبيب والمستشفى والصيدلي منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص 467.

6 - بعد النتائج التي توصل إليها الباحثان الفرنسيان مولار وقولون mollar et goulon اللذان قاما بنشر بحث ضم 23 مريضاً مصاباً بغيبوبة عميقة وانقطاع التنفس مع غياب منعكسات جذع المخ، وغياب أي فعالية في تخطيط الكهربائي للدماغ، وسميت هذه الحالة بالحالة ما بعد الغيبوبة أو الغيبوبة النهائية المستديمة coma dépassé انظر كل من: =

الاهتمام الجدير به إلا بعد أن انتشر استخدام الآلات الحديثة للإنعاش الصناعي وقامت مجموعة هارفارد بوضع شروط ومواصفات موت الدماغ عام 1968⁽¹⁾ ثم تبعتها مجموعة مينوسيتا عام 1971 ثم الكليات الملكية للأطباء في بريطانيا التي وضعت مواصفات موت الدماغ عام 1976 تم أخذ الأطباء في مختلف بقاع العالم يدرسون هذه المواصفات ويطبقونها بعد أن اتفقوا عليها، وبدأت القوانين تعترف تباعاً بمفهوم موت الدماغ⁽²⁾.

ويعتمد تشخيص موت الدماغ بالخصوص على الفحص السريري إضافة إلى الفحوص التكميلية ومنها استخدام الوسائل العلمية الحديثة للتأكد من تحقق موت خلايا المخ، وهو استخدام جهاز رسم المخ الكهربائي والذي يمكن من خلاله تسجيل إرسال واستقبال أي ذبذبات كهربائية⁽³⁾.

لكن، رغم أن مفهوم موت الدماغ عرف إقبالا واسعا وتأيدا من أغلب علماء الطب والمؤتمرات العلمية إلا أنه تعرض للنقد من قبل مجموعة من الأطباء⁽⁴⁾ إذ، كشفت الدراسات الطبية عن وقوع عدّة حالات موت الدماغ استطاع معها أصحابها من الإفلات من الموت بعدما كانت أسماؤهم مسجلة ضمن لائحة المرشحين لاستئصال أعضائهم⁽⁵⁾، الشيء الذي خلق حالة من الشك حول هذا المعيار وحول مصداقيته وحول أجهزة الفحوصات التكميلية، خاصة جهاز رسم المخ

=BRUNO By, Recherches sur les justification médicales de l'activité médical, thèse de doctorat en droit, droit privé, faculté de droit et de sciences économiques, université Nancy, 1993, p306.

وأشار إليه أيضا كل من: تدرست كريمة، مرجع سابق، ص 370؛ محمد علي البار، الفشل الكلوي، مرجع سابق، ص 149؛ واقتار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 389 هامش رقم 1.

1 - ABBASSI Mahmoud, op.cit, p 21.

2 - فرغم الاختلاف في تحديد الجزء الذي يتوقف من الدماغ والذي يؤدي إلى الوفاة، بين من يرى أن الوفاة تتحقق بموت المخ كاملا والذي يشمل القشرة المخية وجذع المخ، وبين من يرى أن الوفاة تتحقق بموت القشرة المخية والتي توجد بها المراكز العليا للنشاط الدماغي المسؤولة عن الوعي والإدراك والحركة الاختيارية، وبين من يرى أن الموت تتحقق بموت جذع المخ الذي توجد فيه مراكز التنفس وتلك الخاصة بالدورة الدموية. إلا أن الاتجاه يغلب على الأخذ بموت جذع المخ والذي تأخذ به المدرسة البريطانية «معايير منيسوتا عام 1971»، وذلك باعتباره المعيار الأسهل والأسرع، ولكونه يمكن من تشخيص حالة موت جذع المخ مع استمرار النشاط الكهربائي في القشرة المخية، أي استمرار وظائف الجزء الأكبر من المخ والتي تتضمن الإحساس والتفكير، وكذلك يُشخص موت جذع المخ رغم ما يبديه المريض من تحريك أطرافه استجابة للأفعال الانعكاسية أي استبعاد شرط توقف الانعكاسات من الحبل العصبي. انظر كل من: علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 66؛ وعمر علام، مرجع سابق، ص 40.

3 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 394.

4 - ومن بينهم الجمعية المصرية لجراحة المخ والأعصاب برئاسة شريف عزت أستاذ جراحة المخ والأعصاب، «طب الأثرار» وحسن جاويين، رئيس قسم جراحة المخ والأعصاب بطب الزقازيق. انظر: محمد علي أحمد علي، مرجع سابق، ص 86-87.

5 - عمر علام، مرجع سابق، ص 42؛ الظفيري فايز، مرجع سابق، ص 152.

الكهربائي⁽¹⁾ الذي لا يعكس من نشاط المخ إلا النشاط القريب للمراكز العصبية وبالتالي لا يعطي معلومات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة والتي من المحتمل أن تكون حية، كما أن هذا الجهاز قد يتوقف عن العمل متأثراً بعوامل كثيرة كانهخفاض درجة حرارة الجسم إلى ما دون المعدل الطبيعي، أو حالة التسمم الخطير والغامض، وحالة الأطفال المصابين بالغيبوبة⁽²⁾.

ويؤكد البعض أن الدافع الرئيسي لتبني مثل هذا المعيار هو الاندفاع نحو الممارسات الطبية الحديثة وخصوصاً في مجال نقل الأعضاء من الجثة، فهو بمثابة إعطاء تبرير طبي لانتزاع الأعضاء من هؤلاء المرضى⁽³⁾.

كما أن موت جذع المخ هو أمر غير مستقر علمياً ولا يعتبر حقيقة علمية ثابتة لاختلاف الدول في وضع المعايير من أجل تشخيص ما يسمى بموت جذع المخ، وهذا الاختلاف يتحقق حتى داخل الدولة الواحدة مثل الولايات المتحدة الأمريكية، مما يعني أن ما يعتبر ميتاً طبقاً لمعيار دولة معينة قد يعتبر حياً وفقاً لمعايير دولة أخرى⁽⁴⁾.

وقد اعتبر البعض أن هذا المعيار يؤدي إلى آثار اجتماعية ونفسية وأمنية تتمثل في إحجام الكثير من المرضى عن التوجه إلى المستشفيات، وقد يفتح باب المتاجرة بالأعضاء البشرية والأضرار بمشاعر الأسرة والأهل⁽⁵⁾.

أمام هذه الانتقادات المرجعية لكلا المعيارين، يتضح أن من الصعب الاعتماد على معيار واحد مهما كانت درجة فعاليته للقول بموت الإنسان، بل، لا بد من الاعتماد على المعيارين معاً للقول بموت الشخص وذلك من أجل تكريس حماية فعالة للأشخاص وعدم الاعتداء على حرمتهم الجسدية بحجة إنقاذ الغير، فلا يجوز التنازل عن حرمة شخص من أجل الحفاظ أو إنقاذ شخص آخر، فالحق في الحياة يتمتع به جميع الأشخاص دون ترجيح مصلحة على أخرى.

1 - وهذا فعلاً ما أكدّه الطبيب الفرنسي Memeteau سنة 1985 والذي أكد أن رسم الكهربائي للمخ لا يعتبر كافياً لتحقيق من الوفاة بل يجب استبداله برسم جهاز الكهربائي المنقطع وهذا الاقتراح تم الأخذ به في منشور الفرنسي بتاريخ 21 جانفي 1991. انظر BRUNO By, op.cit, p.306.

2 - انظر كل من: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 528؛ الظفيري فايز، مرجع سابق، ص 152؛ عمر علام، مرجع سابق، ص 43.

3 - انظر كل من: علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 101؛ LACOMBE Séverine, op.cit, pp 94 - 95.

4 - علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 94.

5 - الظفيري فايز، مرجع سابق، ص 152.

ج- أهمية تحديد لحظة الوفاة من الناحية القانونية:

بظهور عمليات نقل الأعضاء من الجثة وظهور ما يسمى بتقنية الإنعاش الصناعي ووسيلة تدليك القلب والتنفس الاصطناعي، أمكن إيجاد حالة ثالثة للشخص تسمى بالموتى الأحياء، ونظراً لما تمثله هذه الحالة من مشاكل قانونية فيما يخص حقيقة تحقق موت الشخص من عدمه، فقد حاولت التشريعات المختلفة الغربية منها والعربية، التعرض لمسألة تحديد لحظة الوفاة من أجل تنظيم هذه المسألة وفرض الحماية الفعالة للأشخاص، وحماية للأطباء من أية مسؤولية يتعرضون لها.

1- موقف التشريعات المقارنة الغربية من تحديد لحظة الوفاة:

بالرجوع إلى التشريعات الأوروبية المقارنة نجد أن جل هذه التشريعات باستثناء الدانمرك تأخذ بموت جذع المخ كأساس لتحديد لحظة الوفاة⁽¹⁾، كما تعتبر ألمانيا وفنلاند واليونان وليتوانيا من الدول التي تأخذ بموت المخ فقط وترفض الأخذ بمعيار موت القلب⁽²⁾.

أما الدول الأوروبية التي تأخذ بموت المخ كأصل وبموت القلب كاستثناء، فهي كل من إسبانيا، بلجيكا، فنلاند، بريطانيا وفرنسا⁽³⁾، فالتشريع الفرنسي على سبيل المثال بعدما كان يعتمد على مفهوم موت القلب استناداً إلى منشور 3 فبراير 1948 و 14 سبتمبر 1958 غير موقفه بعد نجاح عمليات نقل وزرع القلب، وبعد أبحاث الطيبان الفرنسيان مولار وقولو، وصار يأخذ بمعيار موت المخ، بموجب المنشور رقم 24 أبريل 1968 المسمى بمنشور جانيني⁽⁴⁾ circulaire jeanneney.

ولقد تم تحديد موت المخ نتيجة للغيوبة المستديمة والتي تختلف عن الغيوبة العميقة والمؤقتة⁽⁵⁾، لكن لصعوبة التمييز بين الغيوبة العميقة والمستديمة أدى بالمرشح الفرنسي إلى

1 - BRUNO By, op.cit, p 306.

2 - Agence de la biomédecine, op.cit, pp 13 – 14.

3 - JOUSSET Nathalie, JACOB Jean Paul, et autre, "Prélèvements à cour arrêté en France, Législation et application", in DUGUET Marrie Anne (sous la coordination de) Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009 pp 29- 30 ; Agence de la biomédecine, op.cit, pp 13 – 14.

4 - Voir: MOUSNY Marie Pierre, op.cit, p 317 ; BRUNO By, op.cit, p 306 ; RAYROUX Pascale, Consentement, liberté de disposer de son corps et laïcité des conventions relatives au corps humain, thèse de doctorat, faculté de droit économique et sciences sociales, université panthéon-Assas, Paris II, 1993, p 309 ; MANZER BRUNEEL Marie France, GRAND Emmanuelle, HERVE Christian, KREIS Henri, "Comment augmenter le nombre des organes disponibles en France ?", in DUGUET Anne Marie (sous la coordination de), accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, p60.

5 - الغيوبة ليست على درجة واحدة بل تمر بمراحل ثلاث وهي الغيوبة المؤقتة التي تحدث إثر الدهشة أو الذهول الشديدين وأهم مظاهرها عدم الاستجابة العضوية non réponse organique، وهي عبارة عن تعطل مؤقت لوظائف =

إصدار مرسوم 2 ديسمبر 1996⁽¹⁾ ليقر من خلاله بأن التحقق من الوفاة لا يحدث إلا إذا تحققت ثلاثة معايير سريرية والتي نصت عليها كذلك المادة 1232 من قانون الصحة العامة الفرنسي، والمتمثلة في غياب الوعي والإدراك والحركة العصبية وغياب التنفس، إضافة إلى وجوب إجراء اختبارات تكميلية أهمها اختباران للرسم الكهربائي للمخ يكون الحد الفاصل بينهما 4 ساعات ولمدة 30 دقيقة⁽²⁾، وهي المعايير نفسها التي أقرتها الجمعية الطبية العالمية⁽³⁾ غير أن هذه المعايير لا تطبق إلا في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء⁽⁴⁾.

ومن أجل ضمان التحقق النزيه والشفاف من الوفاة أكد المشرع الفرنسي على ضرورة الرجوع في هذا التحقيق إلى طبيبين يسجلان نتائج تحاليل الاختبار الأول والثاني وتاريخ وساعة الوفاة⁽⁵⁾ إضافة إلى ضرورة استقلال الفريق الطبي المعلن عن الوفاة، عن الفريق الطبي الذي يقوم بالاستئصال⁽⁶⁾.

غير أنه ونتيجة لنقص الأعضاء المتحصل عليها من الأشخاص المتوفين دماغياً، فإن فرنسا رغبة منها في تطوير ورفع عدد الأعضاء المراد زرعها لمواجهة حاجتها من الأعضاء البشرية أمام الطلب الزائد لها، ونظراً لنجاح تجربة كل من بلجيكا وإسبانيا من خلال تنظيمها

=المخ سرعان ما يسترد المصاب وعيه ثانية ويمارس نشاطه، أما الغيبوبة العميقة coma dépassé فيكون المصاب بهذه الغيبوبة فاقد الإحساس والشعور ومجرد من الحركة والمنعكسات، ولكنه يظل مع ذلك محتفظاً بحياة عضوية تتمثل في حرارة الجسم والتنفس، وسريان الدورة الدموية، فهي حالة ليست من قبيل الوفاة. أما الغيبوبة المستديمة: coma prolongé فأهم ما يميزها وفاة خلايا المخ لدى الشخص والذي يستحيل عودتها للحياة مرة ثانياً، انظر: مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والتشريعية الإسلامية، مرجع سابق، ص 333.

1 - Décret N° 96-1041 du 2 décembre 1996, relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique JORF, N° 282 du 4 décembre 1996, p 17615.

2 - MOUSNY Marie Pierre, op.cit, pp 317- 318.

3 - هذه المعايير تم التأكيد عليها في قرار غرفة المدينة لمحكمة النقض الفرنسية d'Aix Prévence في قرارها الصادر في 7 جانفي 1997 أنظر كل من:

MOUSNY Marie Pierre, 2^{ème} partie, op.cit, p 320 ; LOGROS Berengère, Le droit de la mort dans les établissements de santé, les études hospitalières, Paris, 2008, p 74.

4 - وهذا ما أكدت عليه المادة 1234-4 وأقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 19 أكتوبر 1999 نقلاً عن:

LEGROS Berengère, op.cit, p 72.

5 - Ibid, p 72.

6 - Article L 1232-4 du code de la santé publique modifier par la loi N° 2004-800 du 6 Août 2004, dispose que : « *Les médecins qui établissent le constat de la mort, d'une part, et ceux qui effectuent le prélèvement ou la greffe, d'autre part, doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts* ».

لعمليات نقل الأعضاء من الأشخاص المتوفين نتيجة توقف القلب، فقد أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 2005-949 الصادر بتاريخ، 2 أوت 2005⁽¹⁾، سمح من خلاله الأخذ بموت القلب كاستثناء لنقل الأعضاء من الجثة، وذلك بالنسبة للأشخاص المتواجدين في الحالات المحددة في القسم I والثاني II والرابع IV، وهم كل من بلغوا سن 18 إلى 55 سنة وتوفوا نتيجة توقف القلب والذي يتحقق بسبب حادث أو مرض أو انتحار، حسب الترتيب الدولي ماستريش ليونيتي Maastricht léonetti، دون الحالات من القسم الثالث والذين توقف قلوبهم بتوقف العلاج⁽²⁾، وهذا لأسباب أخلاقية ولعدم مخالفة القانون المتعلق بحقوق المرضى ونهاية الحياة⁽³⁾، ولقد أوجب المشرع الفرنسي التحقق من الوفاة من قبل طبيب واحد وليس طبيبان كما هو متبع في التحقق من موت الدماغ وهذا ما نصت عليه المادة 1232-3 من قانون الصحة الفرنسي⁽⁴⁾. ولقد حدد هذا المرسوم الأعضاء والخلايا والأنسجة التي يمكن استئصالها من شخص المتوفى قلبه، وذلك بموجب القرارات الصادرين من وزارة الصحة⁽⁵⁾ وتتمثل هذه الأعضاء في الكبد والكلية أما الأنسجة والخلايا فتتمثل في الجلد والعظم والقرنية وغيرها.

غير أنه وحسب تقرير 6 مارس 2007 تعتبر الكلية فقط محل هذا النوع من الانتزاع وذلك لأسباب تقنية وطبية⁽⁶⁾.

2 - بالنسبة للتشريعات العربية:

انتهجت العديد من الدول العربية نهج القوانين الغربية المقارنة في اعترافها بمفهوم موت الدماغ، وفي مقدمتها نجد المملكة العربية السعودية التي اعتمدت موت الدماغ كأساس لإجراء عمليات نقل الأعضاء من الجثة في قرار وزاري لوزارة الصحة رقم 29/10811 بتاريخ

- 1 - décret N° 2005-949 du 2 aout 2005, relatif aux conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules et modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique, JORF, N° 182 du 6 aout 2005, p 12898.
- 2 - Catégorie III : Arrêt cardiaque survenant chez une personne hospitalisée pour laquelle une décision d'un arrêt des traitements est prise en raison de leur pronostic, Voir Agence de la biomédecine, op.cit, p 14.
- 3 - Loi N° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JORF, N° 95, du 23 avril 2005, p 7089.
- 4 - JOUSSET Nathalie, JACOB Jean Paul, et autre, op.cit, p 30.
- 5 - Arrêté du 2 Août 2005, fixant la liste des organe pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque persistant est autorisé, JORF n182 du 6 aout 2005, p12901.
- Arrêté du 2 aout 2005, fixant la liste des tissus et des cellules pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque persistant est autorisé, JORF, N° 182, du 6 aout 2005, p 12902.
- 6 - LEGROS Bérengère, op.cit, p 121.

1414/6/18هـ، والذي يعتبر دليل الإجراءات العامة لزراعة الأعضاء في المملكة العربية السعودية، والذي جاء في بنده الثاني على وجوب إنشاء داخل جميع مستشفيات المملكة لجنا داخلية تكون مسؤولة عن حالات موت الدماغ وزراعة الأعضاء، وتتكون هذه اللجان من طبيب باطني ومدير إداري أو من يقوم مقامه بالإضافة إلى منسق حالات موت الدماغ الذي يقوم بالتبليغ عن حالات موت الدماغ للمركز السعودي لزراعة الأعضاء⁽¹⁾.

وذهب كل من التشريع اللبناني⁽²⁾ والمغربي⁽³⁾ والتونسي⁽⁴⁾ إلى الأخذ بموت الدماغ كمعيار قانوني للتحقق من الوفاة.

وبخصوص التشريع المصري فلم يحدد معياراً محدداً للتحقق من الوفاة وذلك بالرجوع إلى نص المادة 14 من قانون رقم 2010-05 بشأن تنظيم عمليات زرع الأعضاء والتي نصت على عدم جواز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقيناً يستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية تتكون من أطباء متخصصين في أمراض جراحة المخ والأعصاب أو جراحة القلب والأوعية الدموية والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء، بعد أن تجري اللجنة الاختبارات التأكيدية اللازمة للتحقق من ثبوت الموت طبقاً للمعايير ولها في سبيل أداء مهمتها أن تستعين بمن تراه من الأطباء المختصين على سبيل الاستشارة⁽⁵⁾.

مما يفهم، أن المشرع المصري لم يضع معياراً محدداً للتحقق من الوفاة واعتبر الموت مسألة طبية خالصة وذلك لاعتبار أن العلم يتطور، الأمر الذي يصيب التعريف القانوني بالجمود والتخلف عن مواكبة التقدم في المجال الطبي.

3- موقف القانون الجزائري من تحديد لحظة الوفاة:

المشرع الجزائري لم يهتم بتحديد لحظة الوفاة، فقد اعتبرها واقعة قانونية يلزم قانون الحالة

1 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 229؛ عمر علام، مرجع سابق، ص 75.

2 - وذلك في المادة 2 من المرسوم الاشتراكي.

3 - وهذا ما نصت عليه المادة 21 من قانون رقم 16/98، المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها والتي جاء فيها « لا يجوز القيام بعمليات أخذ الأعضاء إلا بعد وضع محضر معاينة طبية تثبت وفاة المتبرع على أن تكون أسباب الوفاة خالية من كل شكوك ».

4 - وهذا ما جاء به القرار الوزاري عدد 1048 المؤرخ في 1991/8/1 الخاص بتحديد معايير الوفاة، ومن هذه المعايير التوقف التام لعمل المخ. نقلاً عن: ماروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 360.

5 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 273.

المدنية بالإبلاغ عنها خلال 24 ساعة⁽¹⁾.

لذلك فبالرجوع إلى الفقرتين 1 و2 من المادة 79 من تقنين الحالة المدنية⁽²⁾ يتم تبليغ الوفاة بناء على تصريح من أحد الأقارب المتوفين أو أحد الأشخاص الذين وقعت الوفاة عنده، وذلك خلال 24 ساعة ويختص ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية التي حدثت بها الوفاة بتلقي التصريح بالوفاة، وتسجيلها وقيدتها في التسجيلات المعدة لذلك، وتحرر شهادة الوفاة بدون أن يكون ملزماً بالتحقيق من صحتها، غير أن التصريح بالدفن حسبما جاء في نص المادة 78 لا يمكن أن يسلم من ضابط الحالة المدنية إلا بشهادة صادرة من الطبيب المكلف بالتحقق من الوفاة، أما في حالة حدوث الوفاة في المستشفيات فيجب إخطار ضابط الحالة المدنية خلال 24 ساعة من حدوثها مع ضرورة تنقله للتأكد من الوفاة وتحريره لشهادة الوفاة.

يتضح من خلال هذه المواد، أن تقنين الحالة المدنية لم يضع تعريفاً محدداً للوفاة ولا حتى معايير التحقق من الوفاة، بل اعتبر المسألة من اختصاص الطب، واختص هو فقط بوضع الإجراءات وكيفية التصريح وتحرير شهادة الوفاة، لكن وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها نجد أن المادة 164 المعدلة بقانون رقم 90-17 قد نصت على أن « لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون وحسب المقاييس التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية »، فحسب هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري تعرض للوفاة لكن لم يقم بوضع تعريف محدد له ولا معايير لتحقيق من حدوثها بل ترك المسألة للجنة الطبية المحددة في نص المادة 167⁽³⁾ والتي عليها أن تتأكد من تحقق الوفاة معتمدة على المقاييس أو المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية، مع ضرورة إثبات الوفاة من طرف طبيبان على الأقل

1 - فقد نصت المادة 26 من التقنين المدني على أنه « تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية ».

ونصت المادة 27 من التقنين نفسه على أن « مسك دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها القانون الخاص بالحالة المدنية ».

2 - أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19/02/1970، يتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 21، صادر بتاريخ 27/02/1970، معدل ومتمم.

3 - تنص المادة 167 فقرة 2 على ما يلي، « تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصاً في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية ».

وطبيب شرعي⁽¹⁾ وبالفعل صدر عن وزارة الصحة قرار وزاري بتاريخ 19 نوفمبر 2002 نص من خلاله على معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة، وطبقاً للمادة 2 منه تتمثل هذه المعايير في:

- الانعدام التام للوعي وغياب النشاط العضوي الدماغي.
- التأكد من موت المخ باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي ومن انجاز طبيبين مختلفين.

كما نص المشرع الجزائري من أجل ضمان ونزاهة هذه العمليات وعدم استغلال الأشخاص والاعتداء عليهم، ضرورة أن لا يكون الطبيب الذي عاين الوفاة من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع وهذا ما نصت عليه المادة 165 فقرة أخيرة المعدلة بالقانون رقم 17/90 والتي جاء فيها « ولا يمكن الطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع ».

بناء على ما تقدم، يتبين أن المشرع الجزائري ترك مسألة تحديد لحظة الوفاة للأطباء، وبالنظر إلى المعايير التي تم تحديدها في قرار 2002 يفهم أن المشرع الجزائري أخذ بموت المخ كأساس لتحديد لحظة الوفاة، حتى ولو لم ينص على ذلك صراحة في قانون حماية الصحة وترقيتها، لكن نظراً للانتقادات الموجهة لهذا المعيار ولصعوبة تشخيص موت المخ الذي يتطلب وسائل تقنية وطبية عالية، إضافة إلى الشكوك الكثيرة التي أثارها الأطباء في مدى صحة هذا المعيار وفعاليتة كوسيلة للتحقق من الوفاة، كان على المشرع الجزائري أن يحتاط للأمر فيأخذ بالمعيارين معاً عند تحديد لحظة الوفاة، فيكون بذلك قد وفر الحماية للأشخاص من كل محاولة يراد النيل من أجسامهم، وكذا تجاوز الأطباء المحتمل في تصرفاتهم.

ثانياً - كيفية التصرف في الجثة:

تعرضت مختلف التشريعات المقارنة صراحة إلى مسألة نقل الأعضاء من الجثة وزرعها لدى الأحياء، وكانت الأسبق تاريخاً للظهور عن تلك التشريعات التي تنظم عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء (أ)، كما تعرض المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها إلى تنظيم مسألة نقل الأعضاء من الجثة (ب).

أ - كيفية التصرف في الجثة وفقاً للتشريعات المقارنة:

اتجهت مختلف التشريعات المقارنة منها الغربية والعربية إلى الاعتراف للإنسان بحقه في

1 - تنص المادة 167 فقرة أخيرة على أنه « يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين ».

التصرف في جثته، فقد أجازت نقل الأعضاء من الجثة لتحقيق مصلحة علاجية إنسانية أو لتحقيق أغراض علمية، فقد أجاز القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 بشأن تنظيم بنك العيون حق الشخص بأن يوصي بعينه، كما نصت المادة الثامنة من قانون رقم 5 سنة 2010 على جواز نقل الأعضاء أو جزء من العضو من جسد إنسان ميت بين المصريين، وبشرط أن يقر أو يوصي بذلك الشخص قبل مماته بوصية رسمية مثبتة في أي ورقة رسمية، ولم يعطِ المشرع المصري الحق للأقارب بالتصرف في الجثة في حالة عدم وجود وصية⁽¹⁾.

كما أجاز القانون المغربي أخذ الأعضاء من المتوفيين في نص المادة 16 بناء على وصية المتوفى أثناء حياته لأغراض علاجية، ونص على إمكانية كل شخص التعبير عن رفضه الأخذ من جثته بعد مماته⁽²⁾.

وهذا ما أجازته كل من القانون الإماراتي⁽³⁾ والكويتي⁽⁴⁾ والأردني⁽⁵⁾ واللبناني⁽⁶⁾، بشرط الحصول على موافقة الشخص قبل مماته بناء على وصية أو موافقة أقاربه أو العائلة في حالة عدم وجود وصية من طرف الشخص قبل وفاته، كما سار على النهج نفسه المشرع الفرنسي، حيث سمح صراحة بنقل الأعضاء من الشخص المتوفى الذي أوصى بذلك صراحة في القانون رقم 19/47، لكنه بصدر القانون المتعلق بزرع الأعضاء لسنة 1976⁽⁷⁾، إضافة إلى صدور قانون خاص بالطب البيولوجي تحت عنوان "احترام جسم الإنسان"، سمح بالاستئصال من الجثة لأغراض علمية وعلاجية، لكن بالاستناد إلى الموافقة المفترضة للشخص والتي يقصد بها أن كل شخص لم يعبر عن رفضه باستئصال أعضائه بعد مماته، يعتبر قد وافق على الاستئصال، وهذا ما نصت عليه المادة 1232 - 1⁽⁸⁾ من قانون الصحة العامة.

1 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 419-420.

2 - نصت على ذلك المادة 13 من القانون المغربي، مرجع سابق.

3 - راجع المادة 6 من القانون الإماراتي رقم 15 لسنة 1993 في شأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

4 - المادة 5 من القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 في شأن زراعة الأعضاء.

5 - المادة 2 من القانون الأردني رقم 7 لسنة 1998 الخاص بالانتفاع بأعضاء الجسم.

6 - المادة 2 من المرسوم الاشتراكي اللبناني رقم 1/9 لسنة 1981 الخاص بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية.

7 - Loi N° 76-1181 de 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes

8 - Article L1232-1 du code de la santé publique, dispose : « **Le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort à été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques.** »

ب - كيفية التصرف في الجثة وفق للقانون الجزائري:

أجاز المشرع الجزائري الاستئصال من جثث الموتى وذلك بالاستناد إلى نص المادة 164 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها والمعدلة بالقانون رقم 17/90 والتي جاء فيها « لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفيين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية »، كما اشترط من أجل صحة هذه العمليات وجوب الحصول على موافقة الشخص قبل مماته أو موافقة الأسرة بعد مماته وهذا ما نصت عليه المادة 164 فقرة 2 والتي تنص « وفي هذه الحالة، يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله لذلك، إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوية التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن، أو البنت، الأخ، أو الأخت أو الولي الشرعي، إذا لم تكن للمتوفي أسرة » وقد استبعد المشرع الجزائري ضرورة الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته وموافقة الأسرة في حالة استئصال القرنية والكلية، بشرط توفر الحالة الاستعجالية التي تقرها اللجنة الطبية، إضافة إلى عدم إمكانية الاتصال بأهل الميت أو عدم معرفة هوية الشخص المنوفي. وهذا ما نصت عليه المادة 164 الفقرة الثالثة والتي تنص « غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان تأخير في أحل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع. إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون ».

كما أجاز المشرع الجزائري في نص المادة 168 استئصال الأعضاء من الجثة لأغراض علمية وعلاجية، وهو الاتجاه السائد في الكثير من التشريعات⁽¹⁾، بشرط موافقة الشخص قبل وفاته أو موافقة الأسرة بعد وفاته فقد نصت على أنه « ... ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و 3 من المادة 164 من هذا

=Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription, sur un registre national automatisé prévu à cet effet, ce refus est révocable à tous moments... ».

1 - فقد نص القانون الفرنسي على إمكانية الاستئصال من الجثة لأغراض علمية وعلاجية، وذلك في نص المادة: Article 1232-1 « le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dument constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutique ou scientifiques... ».

القانون «، وهذا يخالف ما هو متبع في حالة استئصال الأعضاء من الشخص الحي والذي يجب أن يكون لغرض علاجي أو تشخيصي فقط. وهذا حسبما نصت عليه المادة 161 والتي تنص على « لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ».

يتضح من العرض السابق للقوانين المقارنة المنظمة لعمليات نقل الأعضاء من الجثث ومن خلال ما جاء في التشريع الجزائري، أنها ركزت على مجموعة من الشروط للقول بمشروعية هذه العمليات أهمها: ضرورة التحقق من الوفاة للقول بإمكانية الاستئصال من الجثة، ضرورة الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته أو موافقة أسرته بعد الوفاة، مع الاختلاف في كيفية التعبير عن هذه الموافقة بين مختلف هذه التشريعات. كما يعتبر شرط المجانية فيما يتعلق بالاستئصال من الجثث من أهم الضوابط التي يجب التحقق من توافره باعتباره يضمن عدم استغلال الأعضاء البشرية وعدم الاعتداء على الأشخاص، لذلك ومن أجل مناقشة وتحليل هذه الضوابط بصفة مفصلة سيتم التطرق إليها في الباب الثاني من الرسالة.

الفصل الثاني

إجراء التجارب الطبية تحقيقاً لمصلحة علاجية إنسانية

شهد العالم تطوراً كبيراً في العلوم الطبية والبيولوجية، إذ تطورت وسائل العلاج في المجالات الطبية المختلفة، والفضل يعود للتجارب الطبية التي تعتبر من أهم التدخلات الطبية التي شهدتها البشرية، إذ بفضلها استطاع العلماء الحدّ من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية. فتاريخ الطب والجراحة عبارة عن سلسلة متصلة من التجارب سواء في مجال عمليات نقل الدم أو زرع الأعضاء أو في مجال الأمراض الوبائية التي كانت المحرك الأول لنجاحها، فحتمية التجربة من جهة أمر لا مفر منه لتقدم العلوم الطبية، وتحسين الحالة الصحية للأفراد وطرح أدوية جديدة في السوق تساعد على القضاء على الأمراض والأوبئة، لكن من جهة أخرى تعتبر التجارب الطبية من أخطر ما يتعرض له الكائن البشري، كونها تجارب غير مضمونة النتائج في الكثير من الأحيان، وتحمل في طياتها الكثير من المخاطر والأضرار التي يحتمل أن تلحق بالخاصين لها.

إذ أسفرت هذه التجارب عن حدوث تصادم بين حرية البحث العلمي في المجال الطبي وبين حتمية توفير الحد الأدنى من الحماية الواجبة للجسم البشري، مما يعني أنه يجب الاعتراف بدخول جسم الإنسان دائرة التعامل القانوني، ليس فقط من خلال علاجه عضوياً ونفسياً وإنما من خلال الانتفاع به وبأعضائه وأنسجته المختلفة.

لذلك، وكون هذه التجارب والأبحاث العلمية في المجال الطبي والبيولوجي، أصبحت موضوع الساعة على المستوى العالمي باعتبارها من مفرزات الثورة البيولوجية والحيوية، فقد بات من الضروري التعرف على مضمونها، وبما أن الأصل في إجراء التجارب الطبية والعلاجية تتم على جسم شخص حي وأعضائه وأنسجته المختلفة (المبحث الأول)، إلا أنه من أجل تطوير العلوم الطبية، اهتم الباحثين بإجراء التجارب الطبية على الجثة وعلى الأجنة والخلايا الجذعية الجنينية، وذلك في الحالات التي لا يمكن إجرائها على الشخص الحي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

إجراء التجارب الطبية على جسم شخص حي

تعتبر التجارب الطبية من المواضيع التي لقيت الاهتمام الواسع على مستوى مختلف التشريعات، وذلك لفائدتها العلمية الواضحة، إذ بفضلها استطاع العلماء الحدّ من الأمراض الكثيرة التي كانت منتشرة منذ مدة من الزمن.

كما تعتبر صاحبة الفضل في اتساع آفاق المعرفة أمام علم الطب الذي ما زال كل يوم يأتيها بجديد، ويعطي الأمل للكثير من المرضى في الشفاء.

وباعتبار أنّ هذه التجارب الطبية يمكن إجراؤها على شخص مريض بقصد علاجه وتحسين حالته الصحية والتي تدعى بالتجارب العلاجية، كما يمكن إجرائها على شخص سليم لا يكون له أية مصلحة مباشرة من هذه التجربة، فقد استلزم الأمر البحث عن مفهوم هذه التجارب (المطلب الأول)، وبما أن هذه التجارب الطبية تثير إشكالات قانونية تتمثل في ضرورة الموازنة بين متطلبات الثورة البيولوجية والحيوية وحرمة الكيان الجسدي، فقد تدخل القانون للبحث عن مشروعية هذه التجارب والأسس التي تبنى عليها المشروعية، (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مضمون التجارب الطبية

تحتل التجارب الطبية التي تجرى على جسم الإنسان قدراً كبيراً من الاهتمام في جميع الأوساط القانونية منها، الطبية والدينية، ويرجع ذلك لما تمثله تلك التجارب من أهمية كبيرة من شأنها التأثير على حياة البشر وصحتهم، غير أنه ولصعوبة التمييز بين التجارب الطبية وممارسة العمل الطبي، التي كثيراً ما ترجع إلى خطورة الأمراض واختلافها من شخص لآخر، مما يجعل الطبيب يباشر عملاً تجريبياً في كل مرة يقوم بفحص وعلاج المريض، استوجب الأمر التمييز بينهما وتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق في كل حالة (الفرع الأول)، ولاعتبار أن التجارب الطبية ليست نوعاً واحداً وإنما تختلف بحسب القصد العام من إجرائها، فتكون علاجية أو علمية، فإنّ الأمر يستلزم التعرف على كلا النوعين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالتجارب الطبية

تستلزم صعوبة التمييز بين العمل الطبي بوجه عام والعمل الطبي التجريبي تعريف كل من العمل الطبي (أولاً)، ثم العمل التجريبي (ثانياً)، وتطوره التاريخي (ثالثاً) وذلك لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق في كل حالة.

أولاً - المقصود بالعمل الطبي:

لاشك أن عمل الطبيب الذي يرد على جسم الإنسان يعد مساساً بحرمة الجسد، لكن لغرض الحفاظ على النوع الإنساني تم إباحة العمل الطبي في ظل شروط معينة من دائرة التجريم.

أ - تعريف العمل الطبي:

لقد عرّف البعض العمل الطبي بأنه: « النشاط الذي يتفق في كفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي إلى شفاء المريض والأصل فيه أن يكون علاجياً يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته، أو مجرد تخفيف آلامه »⁽¹⁾.

كما عرّفه البعض الآخر: « ذلك العمل الذي تبرره ضرورة العلاج أياً كان من يمارسه، ويخول القائم به حرية العمل والمساس بجسم المريض »⁽¹⁾.

يمكن تعريفه أيضاً: « بأنه النشاط الذي يباشره صاحب الاختصاص الطبي المرخص قانوناً حيال المريض بعد رضائه وتبصيره بنتائجه ومداخلته ومراعيها فيه الأصول العامة في علم الطب ».

بناءً على هذا، فإن العمل الطبي يتسع ليشمل جميع الأعمال اللازمة التي يقتضيها التدخل الطبي بهدف تحسين حالة المريض الصحية، وهو بذلك يشمل إبداء المشورة الطبية ومباشرة العلاج ووصف الأدوية وإجراء العمليات الجراحية⁽¹⁾.

لذلك فرغم أن الأعمال الطبية لها صوراً مختلفة ومتنوعة يصعب حصرها إلا أن القانون

1 - محروس نصار غايب، "أعمال الجراحة والعلاج وفق أصول الفن، كسبب إباحة في قانون العقوبات العراقي"، مجلة التقني، مجلد 20، هيئة التعليم التقني، 2007، ص 3. منشور على الموقع:

www.iasj.net/iasj?func=fulltextfuld=41459

1 - إيمان محمد صلاح الدين الشيخ، التجارب الطبية بين التجريم والمشروعية، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طائطا، 2011، ص 55.

1 - محروس نصار غايب، مرجع سابق، ص 3.

يبيحها طالما كان العمل الذي يستهدفه الطبيب هو علاج المريض، ويحتوي على الشروط القانونية المطلوبة للعمل الطبي⁽¹⁾.

ب - شروط العمل الطبي:

تتمثل الشروط القانونية المطلوبة لممارسة العمل الطبي في الترخيص بالعلاج، قصد العلاج، رضا المريض ومراعاة الأصول العلمية المتعارف عليها في مهنة الطب.

1 - الترخيص بالعلاج: يشترط لإضفاء المشروعية على العمل الطبي أن يكون القائم به مرخصاً له قانوناً لمزاولة أعمال مهنة الطب والجراحة، والجهة الإدارية المختصة هي التي تعطي هذا الترخيص للأشخاص الذين حصلوا على الإجازة العلمية المطلوبة.

2 - قصد العلاج: قصد الشفاء أو العلاج، يخرج عمل الطبيب من وضعية التعدي ويدخله في دائرة الإباحة والمشروعية، فإباحة العمل الطبي بقصد الشفاء يغطي على مبدأ حرمة جسم الإنسان.

3 - رضا المريض: يعني ذلك أن للإنسان حق على جسده وأنه هو الوحيد الذي يحدد ويتخذ القرار المتعلق بجسده، على أن يكون قراره حراً ومتبصراً وراشداً.

4 - إتباع الأصول العلمية: يقصد بالأصول الطبية أو العلمية، الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعلمياً بين الأطباء والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي، ومن الشروط التي اشترطها الفقه لاعتبار الأساليب العلمية من الأصول العلمية التي يجب عدم الخروج عنها نجد:

1 - الإعلان عن النظرية أو الأسلوب من قبل مدرسة معترف بها على أن يسبق ذلك إجراء تجارب تؤكد نجاحه وصلاحيته.

2 - مضي وقت كافٍ لثبوت صحة وكفاءة النظرية أو الأسلوب العلمي.

3 - التسجيل العلمي للأسلوب العلمي قبل استخدامه على الإنسان⁽²⁾.

ثانياً - المقصود بالعمل التجريبي:

يقصد بالعمل الطبي التجريبي⁽³⁾، مجموع الأعمال العلمية أو الفنية التي يكون الغرض منها ليس

1 - إيمان محمد صلاح الدين الشيخ، مرجع سابق، ص 55.

2 - محروس نصار غايب، مرجع سابق، ص 5؛ إيمان محمد صلاح الدين الشيخ، مرجع سابق، ص 56.

3 - التجربة في اللغة وجمعها تجارب، والتي يكون مصدرها من فعل جرب، يعني بها الاختيار والتجريب مرة بعد أخرى ويقال رجل مجرب بالكسر، بمعنى أنه عرف الأمور وجربها. انظر كل من: بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان =

العلاج وإنما الحصول على معلومات جديدة بخصوص المرض وموضوع البحث أو العلاج⁽¹⁾.

وقد عرّفته المادة 1121 فقرة 1 من قانون الصحة العام الفرنسي⁽²⁾ بأنها: « تلك الأبحاث والدراسات التي تجري على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم في ضوء المعطيات البيولوجية والطبية ».

كما نشر مجلس الأعمال الطبية في كندا تقرير في سنة 1978 بعنوان "آداب وقواعد التجريب على الإنسان" ورد في هذا التقرير في الفصل الثاني منه تعريف للبحث الطبي بأنه: « البحث المباشر وفق للقواعد والأصول الصحيحة علمياً، يخضع بمقتضاه الكائن الإنساني لطرق وأساليب دون ضرورة تمليها حالته سواء في مجال الوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية أو العلاج، وقد يشمل هذا البحث تدخلا في الحياة الخاصة »⁽³⁾.

كما عرّفها البعض الآخر بأنها: « انحراف عن الأصول الطبية الفنية المتعارف عليها لغرض جمع معطيات علمية أو فنية أو اكتساب معارف طبية جديدة، بهدف تطوير العلوم البيولوجية والحيوية »⁽⁴⁾.

فالتجارب الطبية هي جمع للمعطيات العلمية للكشف عن فرضية من الفرضيات لأغراض علمية، أو للتحقق من صحتها، وتختلف بحسب الغرض أو القصد العام من إجرائها سواء علاجية أو علمية غير علاجية، فهي جزء من الأبحاث العلمية⁽⁵⁾، وهذا لأن الأبحاث تكون أكثر اتساعاً

تفي ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2000، ص 24؛ إبراهيم بن عبد العزيز آل داود، المسؤولية الجنائية عن التجارب الطبية على الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2013، ص 9.

1 - انظر كل من: خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون، منصور، 2010، ص 52؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 692 - 698.

2 - Voir : LEMAIRE François, "Pourquoi faut il encore réformer la législation de la recherche biomédicale", acte de colloque intitulé avancées biomédicales et protection des libertés, grande chambre de la cours de cassation 04Juin 2010, revue de médecin et droit, N° 106, Elsevier Masson, Paris, 2011, p 28 ; CHAUVE LOUP Helene, "Le cadre juridique de la recherche biomédicale", N° 27, les études hospitalières, Paris 2008, p 53.

3 - مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 44.

4 - بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية، مرجع سابق، ص 24؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 693.

5 - هناك فرق بين التجارب الطبية والأبحاث الطبية، فمصطلح التجارب ليس بالضرورة مرادفاً لمصطلح أبحاث، فالبحث العلمي قد يكون إما وصفيًا أو بيانيًا يهتم بتتبع تاريخ حالة معينة، واستخلاص حقيقة أو حقائق معينة، وإما تحليليًا يتمثل في مقارنة معطيات علمية معينة بهدف استخلاص أوجه الشبه والخلاف بينهما، وإما أن يكون بحثًا تجريبيًا. فالتجارب إذن هي جزء من الأبحاث العلمية، ومن ثم فهي مصطلح مرادف للأبحاث التجريبية وليس مرادفًا=

بالمقارنة مع هذه التجارب⁽¹⁾.

وقد تكون الأبحاث الطبية داخلية أو خارجية، فتكون داخلية عندما تقتضى المساس بسلامة الجسم، كما في حالة اختيار وسائل جراحية جديدة، وتكون خارجية عندما لا تتضمن أي مساس بسلامة الجسم، كما في حالة الاختبارات النفسية والفحوص الخارجية⁽²⁾.

على ضوء ما تقدم، يتبين أنه بالرغم من صعوبة التمييز بين التجارب الطبية وممارسة العمل الطبي بوجه عام، لا اعتبار أن العمل الطبي العلاجي مهما كانت طبيعته يحمل في طياته قدر من العمل التجريبي، وذلك لأن الأمراض وخطورتها تختلف من شخص لآخر وهو ما يجعل الطبيب يباشر عملاً تجريبياً في كل مرة يقوم بفحص وعلاج أحد المرضى.

إلا أنه يوجد اختلاف بينهما، فبالنظر إلى شروط العمل الطبي، نجد أن العلاج المقدم للمريض يدخل ضمن ما يسمى بالأصول الطبية المتعارف عليها، ومنها الطرق العلاجية والأدوية التي سبقت تجربتها وثبتت منفعتها، بخلاف العمل التجريبي الذي يعتمد على طرق علاجية وأدوية التي لم يتحقق منها بعد وما تزال تحت التجربة.

ومن جهة أخرى يختلف الغرض من التدخل الطبي عن التدخل التجريبي، خاصة بالنسبة للتجارب العلمية غير العلاجية، إذ أن الغرض في النوع الأول أي في العمل الطبي يكون دائماً علاج المريض، بينما في التجارب غير العلاجية، فالغرض هو توسيع المعارف العلمية⁽³⁾.

ثالثاً - التطور التاريخي لتنظيم التجارب الطبية:

بالرجوع إلى تاريخ الطب يتضح أنه عبارة عن سلسلة متصلة من التجارب شكلت في بداية الأمر خلافاً عميقاً بين الأطباء قبل أن تستقر وتصبح اليوم طرقاً علاجية مألوفاً⁽⁴⁾، ففي الحضارات القديمة كان علم الطب والفلسفة يمارسان من قبل الأشخاص نفسها، فعملية الفصل بين

لمصطلح البحث العلمي بمعناه الواسع. انظر كل من: بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية، مرجع سابق، ص 28؛ أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراء التجارب البحث العلمي، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 38؛ علاء علي حسين نصر، النظام القانوني للاستنتاج البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 81.

- 1 - بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية، مرجع سابق، ص 37 - 38.
- 2 - مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 34.
- 3 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 690 - 691؛ مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 34.
- 4 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 692.

مختلف العلوم والتخصصات لم يكن فعالاً إلا في بداية القرن 17 عشر، فقد ذكرت النصوص القديمة أن التجارب الطبية كانت تجرى على المحكوم عليهم بالإعدام، من قبل أطباء مدرسة الكسندري مع إسقاط العقوبة بالنسبة لمن تبقى منهم على قيد الحياة⁽¹⁾.

كما أشار "كلود برنارد" في مقدمة كتابه حول الطب التجريبي أن خلال 137 سنة قبل ميلاد المسيح عيسى عليه السلام كانت تجرى تجارب خاصة بالسموم على المحكوم عليهم بالإعدام من قبل الطبيب أثال فيلوميتر ATTALE III Philométore، كما كانت تجري كذلك تجارب على السجناء في سجن نيو قات New gâte بموافقة الملك جورج George IV في القرن 14 عشر⁽²⁾. وفي سنة 1721 تم إجراء تجارب من قبل الطبيب ميلار Maillard على السجناء بخصوص فيروس جدري La variole⁽³⁾.

كما يذكر البعض أن الأطباء المسلمين قد مارسوا التجارب الطبية منذ زمن قديم، فقد بدؤوا بالتجارب على الحيوان ثم بعد ذلك على الإنسان، ومن بينهم الرازي وابن سينا وابن نفيس والزهراوي وغيرهم، إذ يعتبر العلامة الرازي أول طبيب عربي جرب تأثير الزئبق وآلامه على الفرد، وذكر أن أملاح الزئبق هي سموم فعالة تسبب آلاماً بطنية حادة مع بعض الدم في البراز، كما أجرى تجربة تأثير الفصد على مجموعة من المرضى قسموا إلى مجموعات⁽⁴⁾.

لكن، ورغم إجراء بعض التجارب في العصور القديمة والوسطى إلا أنها كانت محل شك ونفور، لتسببها في عدة حوادث، فتاريخ التجارب مليء بالممارسات والانتهاكات غير الأخلاقية في حق الشخص الخاضع لها؛ وأهمها، عدم الحصول على رضا الشخص الخاضع لها.

لهذا، لم تكن محل تنظيم قانوني إلا في سنة 1900 في إطار قانون بروس Prusse، الذي نص على ضرورة الحصول على رضا الشخص الخاضع للتجربة وتبصيره بالمخاطر ومنع التجارب على القصر وغير القادرين.

1 - ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 69.

2 - FAUVRE Sébastien, GUERRIAUD Mathieu, CLERE Nicolas, Essais cliniques, Bases fondamentales en pharmacologie, «sciences du médicament», ELSEVRIER Masson, Paris, 2014, p 160.

3 - GUERRIAUD Mathieu, CLERE Nicolas, op.cit, p 161.

4 - بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية، مرجع سابق، ص 34.

ثم صدر بعد ذلك في ألمانيا قانون 28 فيفري لسنة 1931، نظم من خلاله التجارب الطبية خاصة بعد الأحداث التي تسببت فيها التجارب الطبية والمتعلقة بالتطعيم ضد مرض السل Tuberculose والتي أدت إلى وفاة 77 شخص في جمهورية وايمار Weimar الألمانية سنة 1931، بعدها وفي سنة 1937 صدر قرار في فرنسا في 19 جوان 1937 يتعلق بالتجارب الطبية العلاجية بخصوص المنتجات العلاجية، وقد نص هذا القرار على ضرورة الحصول على ترخيص من قبل السلطات المختصة قبل إجراء الأبحاث المتعلقة بالتطعيمات والأمصال.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، وما تبعها من الانتهاكات والممارسات البشعة التي قام بها الأطباء النازيين واليابانيين في حق السجناء المعتقلين، وذلك بإجراء تجارب غير إنسانية على أجسامهم، كالأبحاث على البرودة ونقل الدم من الحيوان والتعقيم الإجباري وأبحاث على السموم، تم إصدار تقنين نورمبرغ الذي تضمن عشر قواعد دولية لتنظيم التجارب الطبية⁽¹⁾.

ولقد تضمنت تلك القواعد نصوص وقواعد تركز دور الإعلام والموافقة المتبصرة في مجال التجارب الطبية.

لكن، ورغم ما تمثله هذه القواعد من قيمة أدبية، إلا أن أغلبية الدول خاصة المنتصرة في الحرب لم تحترم هذه القواعد، مما أدى إلى ظهور عدة انتهاكات وممارسات غير إنسانية تتمثل في إجراء تجارب طبية منافية للأخلاق خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية⁽²⁾، لذلك قامت الجمعية الطبية العالمية في الاجتماع الثامن عشر لها بإصدار إعلان هلسنكي⁽³⁾ والذي تم تعديله عدة مرات آخرها في أكتوبر 2008، وضع من خلاله عدة قواعد قانونية تنظم هذه التجارب من بينها، النص على تكوين لجان مختصة تختص بمراقبة هذه التجارب.

بعدها عملت عدة دول بإصدار قوانين داخلية لتنظيم التجارب العلمية والطبية ومن بينها التشريع الفرنسي الذي أصدر قانون "هوريت" سنة 1988، بعد اقتراح كل من الطبيب هوري كلود Huriet CLAUDE والصيدلي فرنك سغوسكلاط Frank SERUSCLAT والذي خضع لعدة تعديلات آخرها في سنة 2012 بموجب القانون المسمى Loi JARRE، ثم بعد ذلك شهدت التجارب الطبية تنظيماً واسعاً في مختلف الدول الغربية منها والعربية⁽⁴⁾.

1 - تقنين نورمبرغ لسنة 1947. www.frqs.gouv.qc.ca/documents/10191/18601/codeNurmburg.1947

2 - GUERRIAUD Mathieu, CLERE Nicolas, op.cit, p 162.

3 - إعلان هلسنكي لسنة 1964. www.frqs.gouv.qc.ca/documents/10191/18601/déclaration-Helsinki

4 - GUERRIAUD Mathieu, CLERE Nicolas, op.cit, p 162.

الفرع الثاني

أنواع التجارب الطبية

التجارب الطبية ليست نوعاً واحداً وإنما تختلف بحسب القصد العام من إجرائها، فإذا قصد منها العلاج وتخفيف الآلام، تعد في هذه الحالة تجربة علاجية (أولاً)، أما إذا قصد منها الاكتشافات الطبية بالدرجة الأولى فنكون أمام تجربة علمية غير علاجية (ثانياً)، لذلك لابد من أن نلقي الضوء عليهما.

أولاً - التجربة العلاجية *Expérimentation thérapeutique*:

لمعرفة المقصود بالتجربة العلاجية، يجب أولاً تعريفها (أ) ثم بيان خصائصها (ب) وأخيراً المبررات الفقهية من إجرائها (ج).

أ - تعريف التجربة العلاجية:

يراد بالتجربة العلاجية، العلاج التجريبي الذي يجرى بقصد علاج المريض وذلك باستخدام الوسائل الحديثة إذا ما أخفقت الطرق والوسائل التقليدية المعروفة في تحقيق الشفاء له⁽¹⁾ أو هو « العلاج التجريبي الذي تمليه حالة المريض ذاته، يتم إجراؤه بقصد علاج المريض ولمصلحته، وذلك باستخدام طرق ووسائل حديثة، لعجز وقصور الطرق التقليدية المتاحة والمعروفة لشفاء المريض »⁽²⁾. ويتم إجراء هذه الوسائل والطرق الحديثة على الشخص المريض بعد تجربتها في المعمل وإخضاع بعض الحيوانات لتأثيرها، إذ يكون قصد الطبيب في نهاية الأمر من كل ذلك هو قصد العلاج، وليس قصد التجريب⁽³⁾.

يتبين من ذلك، أن هذا النوع من التجارب يشبه التدخلات العلاجية المحضة من حيث الغرض؛ وهو علاج المريض، غير أن لهذا النوع من التجارب ميزة خاصة تتمثل في إمكانية استفادة المرضى الآخرين من المعارف المكتسبة⁽⁴⁾، وإيجاد أفضل الطرق لمعالجة المرضى

- 1 - محمود إبراهيم محمد مرسى، نطاق الحماية الجنائية للميؤوس من شفاعهم والمشوهين خلقياً، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 435؛ صفوان محمد شديقات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010، ص 294.
- 2 - عبد القادر حسني إبراهيم محفوظ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإصابة بالفيروسات، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008، ص 703.
- 3 - المرجع نفسه، ص 703؛ ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 26.
- 4 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 694.

والمرض نفسه، في حين أن الفحص الطبي هو كشف عن حالة مرضية يراد علاجها فقط⁽¹⁾.

ب - الخصائص المميزة للتجارب العلاجية:

تتميز التجارب العلاجية الطبية بعدة خصائص أهمها:

1 - تحقيق مصلحة فردية: تتميز التجارب الطبية العلاجية بأنها تحقق مصلحة فردية ذاتية في المقام الأول بصورة فردية ومباشرة، ما يجعلها من التجارب المقبولة من الناحية العلمية والأخلاقية. وانتفاء المصلحة في التجربة العلاجية يعد عملاً غير مشروع، إذ، لا يجوز للطبيب الباحث التدرع بإجراء تجارب لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع⁽²⁾.

2 - توافر قصد الشفاء: لا شك أن التجارب الطبية العلاجية لا تخرج عن هذا الإطار، إذ أن هدفها الأساسي هو شفاء المريض أو علاجه من المرض الذي يعاني منه، وخروجها عنه يعد انحرافاً يخرجها بدورها عن نطاق المشروعية.

فشفاء المريض إذن هو الهدف الذي يجب أن يضعه الطبيب ويأمل في الوصول إليه بإجرائه للتجربة الطبية العلاجية، فإذا قصد الطبيب من تجربته هدفاً آخر، غير هدف الشفاء، كإشباع شهوة علمية، أو تحقيق ربح مادي فذاك يخرجها من دائرة المشروعية⁽³⁾.

3 - علاج غير تقليدي:

يفترض عند لجوء الطبيب إلى إجراء التجارب الطبية العلاجية على شخص مريض، أن يكون العلاج التقليدي قد فشل في مهمته لإنقاذ المريض من المرض الذي يعاني منه ومن تخفيف آلامه، لذلك، فقيام الطبيب بإجراء تجربته الطبية على المريض، يعني تطبيقه لطريقة غير تقليدية، يعتقد بأنه سوف تنجح في علاج المرض، أي مستخدماً لطرق أخرى لم تجرب بعد بهدف الحصول على نتيجة طبية جيدة للمريض لم يكن ليحصل عليها بالعلاج التقليدي⁽⁴⁾.

نتائجها غير مضمونة: يتميز هذا النوع من التجارب بكون نتائجها غير مضمونة، وهو بذلك يختلف عن الأعمال الطبية التقليدية والتي استقر الطب عليها والتي تكاد كل نتائجها مضمونة⁽⁵⁾.

1 - محمود إبراهيم محمد مرسى، مرجع سابق، ص 436.

2 - إيمان محمد صلاح الدين الشيخ، مرجع سابق، ص ص 72 - 73.

3 - المرجع نفسه، ص ص 73 - 74.

4 - المرجع نفسه، ص 74.

5 - شعلال سليمان محمد السيد، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الجديدة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2002، ص 107.

ج - المبررات الفقهية لمشروعية التجارب العلاجية:

من المبررات التي استند إليها الفقه القانوني لمشروعية التجارب العلاجية نجد:

1 - الأهمية العلمية للتجارب العلاجية:

تعتبر التجارب العلاجية ضرورة علمية لا مفر منها، إذ أن تقدم العلوم خاصة في المجال الطبي يقوم على البحث والتجربة، لذلك فلتتمكن من معرفة نجاح البحث العلمي وصلاحيته التجربة، يجب تجربتها على الإنسان وهذا لاختلاف فسيولوجية الإنسان عن الحيوان، إضافة إلى أن إجراء التجربة على الإنسان يسمح بالمعرفة الدقيقة والأثر الفعلي للأدوية⁽¹⁾ ومدى صلاحيتها للعلاج، فالتجربة العلاجية هي أساس التقدم الطبي والدليل على ذلك أن نقل الدم في بداية الأمر كان يترتب عليه وفاة المنقول إليه، مما جعل المشرع الفرنسي يصدر قانون يجرمه عام 1689، إلا أن التجارب العلاجية تلافت أوجه القصور التي تؤدي إلى الوفاة، مما جعل المشرع الفرنسي يصدر قانون يلغي السابق، وسمح من جديد بنقل الدم سنة 1818⁽²⁾.

فلا شك أن تجريم هذا النوع من التجارب يؤدي إلى ركود العلم ويقضي على روح الابتكار لدى العلماء ويحرم الإنسانية من علاجات جديدة.

2 - مصلحة المريض:

لم يلق الفقه والقضاء أي صعوبة في إيجاد مبرر قانوني لهذه التجارب والذي يتمثل أساساً في مصلحة المريض، لأن مصلحة المريض هي الغرض الأساسي منها، فعلى الرغم من مساسها بجسم الإنسان، إلا أن غرضها هو الشفاء الذي يحقق لها نطاق الإباحة، ومن ثم لا يجوز للطبيب أن يختار أسلوباً جديداً للعلاج على أي شخص لمجرد التجربة إلا إذا كانت حالة المريض ميؤوساً من شفائها بالطرق التقليدية⁽³⁾.

مما يلزم الطبيب في هذه الحالة باحترام المعطيات العلمية الثابتة والمستقر عليها في علم الطب، ومن ثم فإذا خالف الطبيب الطرق العلاجية المتفق عليها، وجرب طرقاً علاجية أخرى لا

1 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 699؛ مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 99؛ محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 129.

2 - عبد القادر الحسني إبراهيم محفوظ، التجارب الطبية بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 54؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 699؛ عبد القادر حسني إبراهيم محفوظ، مرجع سابق، ص 54.

3 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 27؛ مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 96 - 97.

تتفق مع الأصول العلمية الفنية والطبية المتعارف عليها، وكانت نتائجها غير مؤكدة، قد يسأل الطبيب عن خطأ مهني مؤكد⁽¹⁾، غير أن ذلك لا يعني أن الطبيب لا يتمتع بقدر من الحرية في إتباع أسلوب العلاج الذي يرى أنه يؤدي إلى تحقيق الشفاء للمريض، فحرية الطبيب في اختيار الوسائل العلاجية هي إحدى المبادئ الأساسية التي يركز عليها ممارسة مهنة الطب⁽²⁾.

3 - استناد التجارب العلاجية إلى فكرة العدالة:

يرى بعض الفقه أن التجارب الطبية العلاجية تستند إلى فكرة العدالة، ذلك لأن كل إنسان في الوقت الحاضر استفاد من تجارب الأمم السابقة، فمثلاً التجارب التي خضع لها البشر من أجل التأكد من فعالية المضادات الحيوية ساهمت كثيراً في تحسين الحالة الصحية للبشرية جمعاء، وعليه فالعدالة تقضي بأن اليوم على كل إنسان أن يساهم في التجارب الطبية للتخفيف من الآلام ابن جلدته سواء بالنسبة للمرضى في الوقت الحاضر أو في المستقبل⁽³⁾.

غير أن هذا التبرير ليس هناك إجماع عليه، إذ رفض البعض تبرير التجارب الطبية استناداً إلى مبدأ العدالة. وذلك، لأن مشاركة الأطباء والمرضى في التجارب الطبية السابقة تمت بإرادتهم وفي إطار أعمال التطوع والأعمال الخيرية ولا يُعتبر ذلك التزاماً عليهم.

ثم إن التجارب الطبية وظيفتها ثانوية وليست أساسية في حياة الأمم حتى يجبر الجميع على المشاركة⁽⁴⁾.

وعلى أية حال فلا مفر من الاعتراف بالأهمية العلمية لهذه التجارب ولحاجة الإنسان للتجارب الطبية العلاجية التي تعتبر المحرك الأساسي للبحث عن أفضل السبل للعلاج، فجميع الأمم شاركت في تطوير العلم والمعرفة في الميدان الطبي.

ثانياً - التجارب الطبية العلمية:

سنتطرق إلى تعريف هذه التجارب (أ) ومدى مشروعيتها من الناحية الفقهية (ب) والشرعية (ج).

- 1 - ففي هذا الإطار قررت محكمة السين الفرنسية سنة 1935 بأن الطبيب الذي يمارس تجربة طبية بغير ضرورة تمليها حالة المريض، يعتبر مرتكباً لخطأ مهني مؤكد، مشار إليه من طرف مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 697.
- 2 - تأكيداً على هذا المبدأ، قررت محكمة باريس في 3 أبريل 1964 أن حرية الطبيب في اختيار وسيلة العلاج هي إحدى الحريات الأساسية التي ينبغي أن يكفلها له القانون. نقلاً عن: عبد القادر حسن إبراهيم محفوظ، مرجع سابق، ص 702؛ ومأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 698.
- 3 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 702.
- 4 - مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 100؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 702.

أ - تعريف التجارب العلمية:

يقصد بالتجارب الطبية العلمية « تلك التجارب العلمية أو الفنية التي يتم إجراؤها دون ضرورة تملئها حالة المريض ذاته، بغرض إشباع رغبة علمية ولخدمة الطب »⁽¹⁾.

يقصد بها أيضاً « تلك التجارب التي تتم على إنسان سليم بغرض علمي بحث باستخدام وسائل وطرق جديدة »، أو هي « كل بحث منهجي، يهدف إلى تنمية المعرفة العلمية والطبية التي تعمل بدون ضرورة تملئها حالة المريض ذاته، أو لإشباع شهوة علمية أو حتى لخدمة العلم أو لخدمة الإنسانية »⁽²⁾.

مما يتضح أن التجارب العلمية المحضة ليس هدفها علاج الخاضع لها، وإنما هدفها إشباع رغبة علمية أو اكتشاف معارف علمية جديدة، وهنا تكمن التفرقة بين نوعي التجارب العلمية منها والعلاجية، فالهدف من وراء التجربة هو الذي يحدد أنواعها ويرتب نتائجها⁽³⁾.

ب - موقف الفقه القانوني من التجارب العلمية:

رغم وجود اتفاق على مشروعية التجارب العلاجية، فإن الأمر مختلف بالنسبة للتجارب غير العلاجية أو العلمية والذي لا يقصد منها شفاء المريض بل تحقيق المصلحة العلمية والتقدم العلمي على وجه العموم، لذلك فقد اختلفت الاتجاهات الفقهية حول مشروعية هذا النوع من التجارب بين مؤيد ورافض لها.

1 - الاتجاه الرافض للتجارب العلمية:

يتزعم هذا الاتجاه كل من الفقه الألماني وجانب من الفقه الفرنسي ويستند أنصار هذا الاتجاه في رفض التجارب العلمية إلى انتفاء قصد العلاج فيها والذي يعتبر شرط أساسياً لإباحة المساس بالجسم البشري⁽⁴⁾.

وكذلك فإن مصلحة الغير في إجراء التجارب العلمية غير مؤكدة أو احتمالية، ومن ثم فلا يباح القيام بها، فسلامة جسم الإنسان لا يجوز أن تكون محلاً للتصرفات، لا يباح المساس بها إلا لضرورة ولفائدة الإنسان ذاته، في حين أن الطبيب عند إجرائه للتجارب العلمية يتجاوز الحدود

1 - عبد القادر حسن إبراهيم محفوظ، مرجع سابق، ص 702.

2 - صفوان محمد شديقات، مرجع سابق، ص 297.

3 - محمود إبراهيم محمد مرسى، مرجع سابق، ص 436 - 437؛ ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 28؛ مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 49.

4 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 712.

المرسومة لمهنة الطب، وهي وجود علة نفسية أو جسمية يراد إزالتها أو التخفيف من شدتها بالعلاج⁽¹⁾.

2 - الاتجاه المؤيد للتجارب العلمية: يتزعم هذا الاتجاه كل من الفقه الأنجلوسكسوني وجانب من الفقه الإيطالي والفرنسي والألماني.

حيث يميل الفقه الأنجلوسكسوني إلى الاعتراف بمشروعية التجارب والأبحاث العلمية التي يكون هدفها الأساسي تحقيق التقدم العلمي، ويستند في ذلك إلى قاعدة أساسية في الشريعة العامة مفادها أن رضا المجني عليه بوقوع الاعتداء على جسمه أو ماله يحول دون قيام الجريمة ما لم يترتب على الفعل أي ضرر جسيم⁽²⁾.

كما يستند الفقه الفرنسي في إجازته للتجارب العلمية إلى مشروعية السبب في الاتفاق القائم بين صاحب التجربة والشخص الخاضع لها، والمتمثل في اكتساب المعارف التي تعتبر مصلحة مشروعة يقرها القانون ولا تخالف النظام العام⁽³⁾.

كما يستند مؤيدو التجارب العلمية أيضاً إلى المصلحة الاجتماعية العليا التي تهدف إلى تحقيقها هذه التجارب والمتمثلة في حماية البشرية من الأمراض، فقد ساهمت هذه التجارب ولا تزال في علاج الكثير من الأمراض المستعصية⁽⁴⁾.

كما يشهد مؤيدو هذه التجارب بتاريخ الطب الذي يعتبر سلسلة من الانتصارات التي لم تكن لتتحقق إلا بإجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان؛ فعلى سبيل المثال، كان أول عملية جراحية أجريت هي استئصال البنكرياس أصيب بالسرطان على سبيل التجربة والتي كللت أخيراً بالنجاح⁽⁵⁾.

فالتجارب الطبية تعتبر ضرورة حتمية لتقدم العلوم وقد عبر "Humberger" عن تلك

1 - شعلال سليمان محمد السيد، مرجع سابق، ص 615؛ وخالد بن النوى، مرجع سابق، ص 69؛ مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 175؛ صفوان شديقات، مرجع سابق، ص 306.

2 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 706 - 707.

3 - المرجع نفسه، ص 709.

4 - عبد القادر حسن إبراهيم محفوظ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإصابة بالفيروسات، مرجع سابق، ص 708؛ محمد شديقات، مرجع سابق، ص 307.

5 - حسن صالح السنوسي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في الصحة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2007، ص 332 - 333.

الحتمية وآثار عدم الاعتراف بشرعية التجارب العلمية بقوله: « إن الامتناع عن ممارسة أي تقدم في المجال الطبي نظراً لما ينطوي ذلك في ذاته على قدر من المخاطر من شأنه أن يؤخر الطب بمقدار خمسين سنة وأن مئات الأمراض التي أمكن الشفاء منها اليوم سوف تصبح مستعصية »⁽¹⁾.

يتبين مما سبق أن الفقه الغربي غير متفق بخصوص مشروعية التجارب العلمية، فهناك من يرى أن انتفاء قصد العلاج والضرورة الطبية في هذا النوع من التجارب يجعلها تجارب غير مشروعة، في حين يرى البعض الآخر أن ما تحققه هذه التجارب من تقدم وتطور في العلوم الطبية يقضي بالضرورة إباحة هذا النوع من التجارب.

لكن ما يمكن استخلاصه أن التركيز على قصد العلاج فقط ليس كافياً وحده للقول بمشروعية التجربة العلاجية، كما أن التركيز على عنصر المخاطر ليس خاصاً بالتجارب العلمية لوحدها فقط، بل، يشمل التجارب العلاجية أيضاً، لذلك فلا يوجد مانع من إجراء التجارب الطبية بنوعها العلاجية والعلمية، ما دام أنها تركز على قواعد وضوابط أخلاقية وقانونية تعمل على حماية الأشخاص الخاضعين لها.

فمشروعية التجارب الطبية تركز أكثر على ضوابطها التي يجب مراعاتها وليس على أنواعها أو طبيعتها؛ لذلك، يتحول النقاش من مشروعية التجارب الطبية إلى الضوابط التي يجب مراعاتها عند مباشرتها، ذلك لأن التجارب الطبية ظاهرة حتمية في الحياة البشرية، لا يمكن الاستغناء عنها، فهي ضرورية لتطور العلوم الطبية وإيجاد العلاج اللازم لمختلف الأمراض والأوبئة التي يتعرض لها الإنسان والمجتمع ككل.

ج - موقف الشريعة الإسلامية من التجارب الطبية:

لم يتطرق الفقه الإسلامي إلى حكم الشريعة الإسلامية بشأن التجارب الطبية سواء العلاجية أو العلمية لأنها من المسائل المستجدة، إلا أن بعض الفقهاء المحدثون قد تناولوا مشروعية التجارب العلاجية والعلمية كما يلي:

1 - بالنسبة للتجارب العلاجية: استخلص الفقهاء المحدثون مشروعية التجارب العلاجية

من بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة وكذلك من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية، ومن بين الآيات القرآنية التي استدل بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية قوله

1 - نقلاً عن : حسن صالح السنوسي، المرجع السابق، ص 334؛ محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 417.

تعالى: ﴿... فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ...﴾⁽¹⁾، وقوله تعالى أيضاً: ﴿... وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ...﴾⁽²⁾.

وقوله تعالى: ﴿... فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽³⁾. فالدلالة في هذه الآيات أنها كلها تفيد أن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورات تقدر بقدرها، وأن المريض الذي لم تقلح الوسائل الموجودة لعلاجها، يجد الطبيب نفسه مضطراً لتجربة دواء جديد يرجى به شفاؤه فيباح استعماله⁽⁴⁾.

أما عن الأحاديث النبوية الشريفة التي استدلت بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية فقد ثبت عن رسول الله (ص) أنه حث على التداءي في أكثر من موضع، حيث قال (ص): « لكل داء دواء، فإذا أصاب دواء داءاً برئ بإذن الله عز وجل »⁽⁵⁾.

وبخصوص القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي استدلتوا بها، أن الله تعالى إذا أباح شيئاً أتاح الوسائل المؤدية إليه، وقد أباح الله التداءي من الأمراض وعلاجها ولا يتحقق هذا إلا باستخدام وسائل لعلاج الأمراض ولا يتم الوصول إليها إلا عن طريق التجربة وعليه فلا مفر من التجارب العلاجية.

كما أنه وطبقاً للقاعدة الشرعية، حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله، فإن كل ما يحقق مصالح العباد هو مباح والتجارب العلاجية تفيد ذلك⁽⁶⁾.

2 - بالنسبة للتجارب العلمية: فقد اختلف الفقهاء المحدثون بخصوص شرعية هذا النوع من التجارب بين من يقول بعدم مشروعيتها، وذلك لأن الشريعة الإسلامية حرمت إلقاء النفس في التهلكة من غير مصلحة مقصودة شرعاً. فإجراء التجارب العلمية على إنسان ليس في حاجة إليها، يشكل خطراً على نفسه وأعضائه لعدم أمنه من نتائجها المترتبة عليها، إذ لا يجوز تعريض النفس والبدن للخطر وذلك لقوله تعالى: ﴿... وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ...﴾⁽⁷⁾.

1 - سورة البقرة، الآية 173.

2 - سورة الأنعام، الآية 119.

3 - سورة المائدة، الآية 3.

4 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 704؛ محمود إبراهيم محمد مرسى، مرجع سابق، ص 438.

5 - صحيح مسلم، الجزء الرابع، ص 1729.

6 - محمود إبراهيم محمد مرسى، مرجع سابق، ص 441؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 705.

7 - سورة البقرة، الآية 195.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...﴾⁽¹⁾، وقوله أيضاً: ﴿... وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾⁽²⁾.

فهذه الآيات تدل على تحريم إلقاء النفس في التهلكة، والتجارب العلمية إذ لم يكن هدفها الأول تحقيق مصلحة راجحة وهي الشفاء، فإنها تكون محرمة لغلبة ظن الهلاك على الحياة⁽³⁾.

لكن، رغم وجود من يرفضها، إلا أنه هناك من يقول بشرعية التجارب الطبية بنوعيتها العلاجية والعلمية، بشرط توافر الضوابط الشرعية المطلوبة، وهذا ما جاء في توصيات المؤتمر الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث عن الضوابط والأخلاقيات فيما يتعلق ببحوث التكاثر البشري⁽⁴⁾، التي أجازت التجارب الطبية بنوعيتها العلاجية والعلمية بشروط وضوابط شرعية تتمثل في:

- أ - عدم إمكانية الحصول على نتائج البحث من حيوانات التجارب.
- ب - أن يؤدي إجراء التجارب إلى تقدم ملحوظ في الطب تتفق واحتياجات المجتمع الذي تجرى فيه.
- ج - أن يكون القائم بالتجربة على قدر مناسب من المعرفة والخبرة، ويوجه هذه المعرفة لحماية من تجرى عليه التجربة.
- د - قيام الفريق القائم بالتجربة بمراجعة التجارب السابقة بما يحدد على قدر الإمكان الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الخاضع للتجربة.
- هـ - أن يتم الحصول على رضا الخاضع للتجربة، بعد تبصيره بأهداف التجربة والمخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها⁽⁵⁾.

كما أنه بالرجوع إلى ما جاء به قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان⁽⁶⁾؛ فإنه يتوقف تبرير هذه الأبحاث في النظر الفقهي

1 - سورة الإسراء، الآية 33.

2 - سورة البقرة، الآية 190.

3 - محمود إبراهيم محمد مرسى، مرجع سابق، ص 443.

4 - والذي نظّمته جامعة الأزهر بالقاهرة في الفترة ما بين 4 - 7 جمادى الآخر 1412 هـ، الموافق لـ 13 ديسمبر 1991.

5 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 132.

6 - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 161 (17/10)، بشأن الضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان.

بمراعاة الأمور التالية:

أ - احترام استقلالية الشخص الكامل الأهلية المتطوع لإجراء البحوث الطبية واتخاذ القرار المناسب له برضاه التام وإرادته الحرة دون خديعة أو استغلال لما هو مقرر شرعاً: من أن « حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه » أن يكون القصد والهدف من إجرائها جلب مصلحة محققة تعود بالنفع على صحة البشر، أو درء مفسدة محضة تعود بالضرر عليها، أو تقديم المصلحة الراجعة على المفسدة المرجوة.

ب - أن تكون المصلحة الراجعة حقيقة وذلك بأن لا تخالف نصاً تشريعياً من نصوص الكتاب والسنة، ولا تتناقض مع المبادئ والأحكام الفقهية القطعية الثابتة.

ج - أن تكون وسيلة إجراء البحث مباحة شرعاً، إذ الغاية لا تبرر الوسيلة ولابد من كون كل من الغاية والوسيلة مآذونا بها شرعاً.

د - أن يكون تصميم البحث سليماً من الناحية العلمية بحيث يغلب على الطب تحقيقه للغرض الصحي وإلا كان عبثاً، وهذا ما جاء في القواعد الفقهية « كل تصرف تقاعس عن تحصيل مقصود فهو باطل »⁽¹⁾.

هـ - أن يتوفر في القائم بالتجربة والبحث الأهلية والكفاءة اللازمة لإجراء البحث بنجاح وذلك لتوقف حصول المطلوب على تحقيق هذا الأمر، فالقاعدة الشرعية تنص ما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب⁽²⁾ مع مراعاة الأمانة العلمية المطلوبة في أدائه لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا... ﴾⁽³⁾.

يتضح مما سبق، رغم عدم وجود موقف موحد للفقهاء المحدثين حول شرعية إجراء التجارب العلمية، فإن الراجح، هو الاتجاه القائل بشرعية التجارب العلمية أي شرعية التجارب الطبية بنوعيتها دون تمييز بينهما؛ وذلك، لأن الشريعة الإسلامية لا تقف أبداً في وجه التقدم والتطور العلمي؛ فهي صالحة لكل زمان ومكان، فتفشي الأمراض والأوبئة يستلزم البحث والتجربة سواء على شخص مريض أو معافى. لذلك ليس هناك ما يمنع في الشريعة الإسلامية من إجراء التجارب العلمية التي

1 - بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 121.

2 - المرجع نفسه، ص 121.

3 - سورة النساء، الآية 58.

لا تلحق ضرراً بالشخص الخاضع لها والتي لا تخالف الشرع والقواعد الأخلاقية والشرعية المطلوبة.

أما إذا كانت التجارب العلمية من شأنها أن تلحق ضرراً بالشخص وتعرض الأفراد للهلاك والدمار، فما من شك في حرمتها، وهذا لأن الشريعة الإسلامية تقوم على مقاصد وهي حفظ النفس، والعقل والمال، والدين والنسل، وأي ضرر بهذه الضرورات الخمس فإنه يحرم إجرائها.

فالقول إذن بشرعية التجارب العلمية يتوقف على ضوابطها الشرعية والأخلاقية ومدى مساسها بحرمة الكيان الجسدي.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني للتجارب الطبية

حرية البحث العلمي من الحقوق الأساسية التي تم الاعتراف بها من قبل العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية لسنة 1960⁽¹⁾ وفي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽²⁾.

غير أن حرية البحث العلمي تتقيد بمبدأ حرمة وكرامة جسم الإنسان وحقه في السلامة الجسدية⁽³⁾، لذلك وباعتبار أن التجارب الطبية، العلاجية منها والعلمية، يمكن أن تمس بسلامة الجسدية، فقد اهتمت مختلف الهيئات والمؤتمرات الدولية بتنظيم هذه التجارب والأبحاث بما لا يمس سلامة وكرامة جسم الإنسان، ونظراً لما تحققه هذه الأبحاث والتجارب في تطوير المعارف العلمية والأساليب العلاجية المختلفة، فقد اهتمت بها مختلف التشريعات الوطنية سواء العربية منها أو العربية، وذلك وفق أسس قانونية وأخلاقية تضمن تحقيق التوازن بين حرية البحث العلمي وحرمة الكيان الجسدي للشخص الخاضع لها.

1 - وذلك في نص المادة 15 فقرة 3 والتي تربط حرية البحث العلمي بحرية التعبير .

2 - وذلك في نص المادة 20.

3 - وهذا ما نصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والطب البيولوجي المسماة "أوفيدو" لـ 4 أبريل 1997. في نص المادة 1 منها على أن أطراف الاتفاقية تعمل على حماية كرامة الإنسان، أما المادة 2 منها فقد نصت على وجوب ترجيح مصلحة الإنسان ومنفعته على مصلحة المجتمع أو العلم.

لذلك، أصبح من الضروري البحث عن ضوابط تنظيم هذه التجارب على المستوى الدولي (الفرع الأول) ثم الأساس القانون لشرعية هذه التجارب على مستوى التشريعات الوطنية المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تنظيم التجارب الطبية على المستوى الدولي

أصبحت حماية الكيان الجسدي للإنسان من سوء استعمال التجارب الطبية مطلباً دولياً أساسياً تحرص على إقراره التشريعات الدولية من اتفاقيات دولية وإقليمية ومؤتمرات دولية نظراً لما يحظى به الكيان الجسدي من قدسية وحرمة باعتباره من بين الحقوق اللصيقة بالشخص، لذا كان من الأهمية توضيح موقف كل من الاتفاقيات الدولية (أولاً)، ثم الإقليمية (ثانياً) والمؤتمرات الدولية من هذه التجارب الطبية، مع بيان الأسس التي تبنى عليه مشروعية هذه التجارب (ثالثاً).

أولاً - الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارب الطبية:

اختلفت الاتفاقيات الدولية في طريقة معالجتها لموضوع التجارب الطبية، فهناك من عالجته بطريقة غير مباشرة من خلال النص على الحقوق التي من الممكن أن تتعرض لمساس من جراء إجراء التجارب الطبية، كالحق في السلامة الجسدية⁽¹⁾، وهناك من عالجها بعرض القواعد والنصوص الواجب إتباعها. على هذا، سنقتصر بعرض الاتفاقيات المعنية مباشرة بالتجارب الطبية، لارتباط هذه الأخيرة بأول تنظيم دولي للتجارب الطبية على الإنسان والتي تتمثل في كل

1 - من بين الاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى التجارب الطبية بشكل غير مباشر، وذلك بتجريمها لكل اعتداء على السلامة الجسدية، نجد كل من:

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948، والذي تضمن مجموعة من القواعد والمبادئ الدولية التي تقرر حقوق الإنسان، حيث نصت المادة 3 منه أنه: « لكل فرد الحق في الحرية والحياة وسلامة شخصية »، ونصت المادة 5 منه على أنه: « لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبة أو المعاملة القاسية واللاإنسانية أو الإحاطة بالكرامة ».

فقد اعتبرت لجنة حقوق الإنسان أن نص المادة 5 يطبق على حالات إجراء التجارب الطبية على الإنسان. كما نجد كذلك الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1964 والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1960، إذ نصت المادة 7 من هذه الاتفاقية على عدم تعرض أي شخص للتعذيب أو المعاملة أو العقاب القاسي أو غير الإنساني أو المهين، وبصفة خاصة عدم خضوع أي شخص للتجارب الطبية دون موافقته الحرة. انظر كل من: ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 161؛ إيمان صلاح الدين الشيخ، مرجع سابق، ص 77 - 82؛ مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 130 - 132.

من تقنين نورمبورغ (أ) ثم إعلان هلسنكي (ب) باعتبارهما أهم الأحداث الدولية التي ساهمت في تسليط الضوء وإثارة النقاش حول التجارب الطبية على المستوى العالمي.

أ - المبادئ التي وضعتها محكمة نورمبورغ:

يعتبر صدور تقنين نورمبورغ الخطوة الأولى لتقنين قواعد الحماية الدولية ضد الأعمال الماسة بحقوق الإنسان، إذ يعتبر أول تقنين يتناول وبشكل مفصل التجارب الطبية العلمية على المستوى العالمي، ولقد صدر التقنين نتيجة المساس بحقوق الأشخاص جراء الحرب العالمية الثانية من طرف النازيين الألمان، أين تم إنشاء محكمة عسكرية دولية⁽¹⁾ لمحاكمة كبار مجرمي الحرب من بلاد المحور الأوروبية وأحيل لهذه المحكمة 23 منهم من بينهم 20 طبيباً و3 باحثين⁽²⁾، وقد اتهموا بأنهم أجروا تجارب طبية على أسرى الحرب والسجناء دون التقيد بالشروط الأخلاقية والقانونية المطلوبة، فقد أشارت المحكمة في حكمها: أن هذه التجارب ليست تجارب بالمعنى المعروف، إنما جرائم فضيعة ضد الإنسانية⁽³⁾.

وبهذه المناسبة وضعت المحكمة قواعد لإجراء التجارب الطبية واعتبرتها أساساً لشرعية التجارب الطبية سواء العلاجية منها أو العلمية وتتمثل هذه المبادئ فيما يلي:

1 - ضرورة الحصول على رضا الشخص الخاضع للتجربة وبشرط أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية، وأن تكون موافقته حرة ومتبصرة، مع وجوب إعلام الشخص الخاضع للتجربة بطبيعة وهدف التجربة وبأخطارها والأضرار التي يمكن أن يتعرض لها⁽⁴⁾.

2 - ينبغي أن تكون التجربة محددة الغرض وتسعى لتحقيق نتائج تفيد البشرية والمجتمع؛ ولا سبيل للحصول على تلك الفوائد بوسائل أخرى إلا بإجراء التجربة.

1 - رغم أن هذه المحاكمة تمت باتفاق دولي إلا أنها تمت بمعرفة المحكمة العسكرية الأمريكية المشكلة من قضاة أمريكيين ووفقاً للقواعد الإجرائية الأمريكية وهو ما دفع بالكثير إلى نفي الطابع الدولي لهذه المحاكمة.

2 - يعتبر الدكتور جوزيف مينجيلي المهندس الفعلي لعمليات التجارب الطبية التي كانت تجرى في المعسكرات الاعتقال التابعة للجيش الألماني خلال الحرب العالمية الثانية. انظر: ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 96.

3 - ومن بين التجارب التي قام بها النازيون على سبيل المثال حقن الأطباء الأسرى بفيروس التيفوس وتعريضهم للماء البارد وانخفاض الضغط الهوائي، وهذا لمعرفة آثار المرتفعات العالية والتجميد والبرودة على جسم الإنسان.

كما قاموا بتجريب الهرمونات الاصطناعية والسموم والعمليات الجراحية في العظام والأعصاب. انظر: مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 122.

4 - إيمان محمد صلاح الدين الشيخ، مرجع سابق، ص 77.

- 3 - كما يشترط أن يتم إجراء التجربة على الحيوان أولاً ثم على الإنسان مع أن تكون النتائج المتوقعة كافية لتبرير القيام بهذه التجارب.
 - 4 - تجنب الأضرار والآلام الجسمانية غير الضرورية أثناء مباشرة التجارب على الإنسان.
 - 5 - يشترط أن تفوق الفوائد الناتجة عن التجربة درجة المخاطر التي يتعرض لها الشخص الخاضع لها.
 - 6 - ينبغي التحضير الجيد لحماية الشخص الخاضع للتجربة وتوفير كل أسباب العناية لتفادي أي خطر محتمل حتى ولو كان بسيطاً.
 - 7 - يجب أن يكون الأطباء القائمون بالتجربة على أعلى درجة من الكفاءة والخبرة ويتعين عليهم توخي الحذر في جميع مراحل التجربة.
 - 8 - الشخص الخاضع للتجربة له الحق في إيقافها والرجوع عن موافقته في أي وقت وفي أية مرحلة كانت عليها التجربة.
 - 9 - يجب على المسؤول عن التجربة إيقافها إذا لاحظ أن الاستمرار سيؤدي إلى الأضرار بالشخص الخاضع لها.
- لكن، رغم ما تضمنه هذا التقنين من مبادئ قانونية هامة ساهمت بشكل ملحوظ في إثارة النقاش بشأن التجارب الطبية على المستوى الدولي، إلا أن قواعده غير ملزمة؛ ما تسبب في خرقها من قبل عدة دول، كالولايات المتحدة الأمريكية التي أجرت عدة تجارب مخالفة للأخلاق والقواعد الدولية.
- كما وجهت إليه عدة انتقادات أهمها، أنه لم يهتم بتحديد الموافقة بشأن الأشخاص غير القادرين على التعبير عن رضاهم كفاقي التمييز والإدراك، ولم ينص على الهيئات أو اللجان التي تتولى رقابة هذه التجارب ولم يحدد أيضاً كيفية الحصول على الموافقة⁽¹⁾.
- نظراً لهذه الانتقادات، عملت الجمعية الطبية العالمية على توحيد المبادئ العامة على المستوى الدولي بشأن تنظيم التجارب الطبية وذلك بإصدار إعلان هلسنكي لسنة 1964.

1 - انظر كل من: مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 127 - 128؛ ميرفت منصور حسن، مرجع سابق،

ص 97 - 98؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 724 - 725؛ BIOY Xavier, op.cit, p 373.

ب - المبادئ التي جاءت بها الجمعية الطبية العالمية في إعلان هلسنكي:

تعتبر المبادئ والقواعد التي أصدرتها الجمعية الطبية العالمية والتي أكدت عليها في اجتماعها التاسع عشر بطوكيو سنة 1975، بمثابة قانون أخلاقي يتعين على الأطباء الباحثين الالتزام به عند مباشرة التجارب الطبية على الإنسان⁽¹⁾.

ولقد فرق هذا الإعلان بين التجارب الطبية العلاجية والعلمية ونص على قواعد خاصة بإجراء التجارب العلمية، كما تضمن هذا الإعلان اثني عشر مبدأ، نظم من خلالها إجراء التجارب الطبية العلاجية والعلمية وهي التي تسمى بالقانون الأخلاقي للجمعية الطبية العالمية، ولقد أخذت معظم الدول بهذه المبادئ والتي تتمثل في:

- 1 - يجب أن يكون إجراء التجربة على الكائن الإنساني وفق مبادئ الأخلاق والعلم، التي تبرر البحث في الطب الإنساني وأن تجرى تلك التجارب بعد الفحوص المعلمة اللازمة والتجارب على الحيوانات.
- 2 - يجب أن تصاغ التجارب التي تجرى على البشر بوضوح في بروتوكول التجارب وتحال إلى لجنة مستقلة لنظر فيها ومتابعتها.
- 3 - يجب أن يقوم بإجراء التجربة أشخاص مؤهلون علمياً وتحت إشراف طبي متخصص بحيث تقع المسؤولية على القائم بهذه التجارب.
- 4 - لا يجوز إجراء التجربة إلا إذا كانت فوائدها تفوق المخاطر المحتمل حدوثها.
- 5 - يتعين احترام الخاضع للتجربة والمحافظة على سلامته واتخاذ الاحتياطات اللازمة لحمايته.
- 6 - ينبغي على الأطباء الامتناع عن الاشتراك في أية تجربة على البشر إذا تعذر عليهم

1 - تم تعديل هذا الإعلان بواسطة الجمعية العامة التاسعة والعشرون للاتحاد بطوكيو سنة 1975 ثم الجمعية العامة الخامسة والثلاثون للاتحاد في البندقية (إيطاليا) في أكتوبر 1983.

ثم في الجمعية العامة الواحدة والأربعون للاتحاد في هونكونغ وذلك في سبتمبر 1989.

ثم في الجمعية العامة الثامنة والأربعون في سومرت الغربية جمهورية أفريقيا الوسطى، أكتوبر 1996.

ثم في الجمعية الثانية والخمسون، أثيرة، اسكتلندا، أكتوبر 2000.

وآخرها في أكتوبر 2008 بكوريا الجنوبية في جمعيتها العامة التاسعة والعشرون للاتحاد. انظر: إيمان صلاح الدين الشيخ، مرجع سابق، ص 79، الهامش رقم 2.

التنبؤ بالمخاطر التي تتطوي عليها التجربة وإذا كانت المخاطر تفوق المنافع المحتملة.

7 - يجب إطلاع الشخص الخاضع للتجربة بأهداف وطرق إجراء التجربة وفوائدها وأخطارها المحتملة، وبحقه في الرجوع عن موافقته في أية لحظة مع وجوب الحصول على رضاه الحر ووجوب تبصيره بكل ما يعني التجربة.

8 - ينبغي الحصول على موافقة الولي إذا تعلق الأمر بإجراء تجارب طبية على القصر وفاقد التمييز بما لا يتعارض مع القوانين النافذة في الدول التي يجري فيها البحث⁽¹⁾.

ثانيا - الاتفاقيات الإقليمية المنظمة للتجارب الطبية:

تناولت الاتفاقيات الإقليمية موضوع التجارب الطبية والعلمية على جسم الإنسان، وذلك من أجل مواكبة التطور الحاصل في مجال العلوم الطبية والبيولوجية دون أن يكون ذلك على حساب الكرامة الإنسانية والسلامة الجسدية للشخص الخاضع للتجربة ومن أهم هذه الاتفاقيات التي تناولت وتضمنت مسألة التجارب الطبية بصفة مباشرة⁽²⁾. نذكر فيما يلي:

1 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 120.

2 - أما عن الاتفاقيات الإقليمية التي تناولت حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية بصفة غير مباشرة، لكن يمكن استخلاصها من القواعد والنصوص التي تحمي الحق في السلامة الجسدية والكرامة الإنسانية فنجد كل من:

أ - الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات: التي وقعتها بعض الدول الأوروبية المنظمة للمجلس الأوروبي بروما، بتاريخ 4 نوفمبر 1950 ودخلت حيز التنفيذ في 03/09/1953 وقد أضيف لها ثمانية بروتوكولات أكدت ما هو ثابت من حقوق، وقد ورد نص الاتفاقية وبروتوكولاتها على حماية الحق في السلامة الجسدية، منها المادة 2 فقرة 1 حين نص على أن: « يحمي القانون حق كل إنسان في الحياة ولا يجوز إعدام أي شخص عمداً إلا تنفيذ لحكم بالإعدام تصدره المحكمة في حال ارتكاب جريمة يعاقب عليها القانون بتلك العقوبة »، أما المادة 3 من الاتفاقية فقد نص على: « منع التعذيب والعقوبات أو المعاملات غير إنسانية أو المهينة والمحاظاة بالكرامة »، مما يعني أن التجارب التي تمس السلامة الجسدية وتحط بالكرامة الإنسانية لا يمكن إجرائها. انظر: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 734.

ب - الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان: التي أبرمت سنة 1969 في كوستاريكا، ودخلت حيز التنفيذ في 1976، وقد صادقت عليها غالبية الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية، من أهم موادها اعترافها بحقوق الإنسان الأساسية الموجودة في المواثيق الدولية الأخرى كالاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية، ومن النصوص التي أوردتها هذه الاتفاقية الحق في السلامة الجسدية والحق في الحياة ومنع الرق والعبودية. انظر: ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 126.

ج - الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان: تم الإعلان عن الميثاق في مدينة نيروبي بكينيا بتاريخ 26 يونية 1981، غير أن العمل بهذا الميثاق تأخر إلى 21 نوفمبر 1986، وأكد هذا الميثاق على احترام حقوق الإنسان، فقد جاء في المادة 4=

1 - توجيهات المجلس الأوروبي: أصدرت الدول الأوروبية توجيهات في 20 ماي 1975 بخصوص التجارب التي يجريها الصيادلة على الإنسان، حيث اعتنت هذه التوجيهات بحماية حقوق الإنسان من خلال تنظيمها للتجارب المراقبة والتي يقصد بها التجارب الخاصة بالعقاقير الجديدة التي تتم عن طريق تقنية الجهل المزدوج double aveugle، حيث يتم تقسيم المرضى إلى فريقين: فريق يتم علاجه بالدواء الجديد وفريق آخر بالدواء التقليدي دون أن يعلم الطبيب أو المريض نوعية الدواء المستعمل، وذلك لتجنب التأثير النفسي في عملية العلاج، أما عن التوجيهات التي نص عليها المجلس الأوروبي في مجال التجارب الطبية على الإنسان والعلاج التجريبي فهي:

1. يجب إجراء التجارب الخاصة بالأدوية والسموم على الحيوانات.
2. يتعين أن يحاط الطبيب علماً بنتائج الفحص الصيدلي والسمومي وأن يقدم له تقرير كامل عن ذلك.
3. من الضروري أن يتم إجراء التجربة في صورة تجارب مراقبة وأن تختلف طريقة إجرائها حسب كل حالة وأن تتفق ومبادئ الأخلاق.
4. يتعين اللجوء إلى التجارب المقارنة التي تستعمل عادة بطريق الجهل المزدوج كلما أمكن ذلك خاصة، عندما يتعلق الأمر بتجارب لا يمكن التعرف على انعكاسات العقاقير الطبية من الناحية الموضوعية⁽¹⁾.

كما تبنى هذا المجلس في 18 ديسمبر 1987 مرشداً وضع من خلاله توجيهات بخصوص إجراء التجارب الطبية أهمها ضرورة الحصول على الرضا الحر والمتبصر، وضرورة وجود مصلحة علاجية للمريض في التجارب الدوائية ووجوب إخضاعها لرقابة مجلس أوروبي مستقل⁽²⁾.

2 - ميثاق حقوق المرضى:

اعتمده البرلمان الأوروبي بتاريخ 19 يناير 1984 في ستراسبورغ وتضمن بعض القواعد

=منه على أن الكائن البشري مصون ولكل كائن بشري الحق في احترام حياته وتكامله الجسدي. انظر: مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 144.

1 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 734، هامش رقم 2.

2 - مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 143.

المتعلقة بحماية المرضى من التجارب الطبية، كالحق في السلامة البدنية والعقلية وضرورة توافر الرضا الصريح وحق الخاضع للتجربة في الرجوع عن رضائه⁽¹⁾.

3 - الميثاق العربي لحقوق الإنسان:

تم إقراره من مجلس جامعة الدول العربية عام 1994 وقد تضمن الميثاق ديباجة وتوزعت أحكامه على 43 مادة، فنصت المادة 5 أن لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي سلامة شخصه ويحمي هذه الحقوق القانون.

كما جاء في المادة 9 منه: « لا يجوز إجراء تجارب طبية أو علمية على أي شخص أو استغلال أعضائه من دون رضائه الحر، وإدراكه الكامل للمضاعفات التي قد تنجم عنها، مع مراعاة الضوابط والقواعد الأخلاقية والإنسانية والمهنية والتقيد بالإجراءات الطبية والتقيد بالإجراءات الطبية الكفيلة بضمان السلامة الشخصية ووفقاً للتشريعات النافذة في كل دولة طرف في هذه الاتفاقية ولا يجوز بأي حال من الأحوال الاتجار بالأعضاء البشرية ».

4 - الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان تجاه التطبيقات البيولوجية والطب "أوفيدو":

رغم الاعتراف الدولي بحرية البحث العلمي، فهذه الحرية بقيت مقيدة بضرورة احترام كرامة الإنسان وسلامته الجسدية⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والطب البيولوجي المسماة "أوفيدو" لسنة 4 أبريل 1997⁽³⁾ والتي تعد أول وثيقة ملزمة للدول الأطراف فيها بشأن حماية حقوق الإنسان من التنظيمات التكنولوجية والهندسة الوراثية.

ولقد تم توقيع البروتوكول الأول الملحق بالاتفاقية في شهر جانفي 1998 بشأن تجريم الاستنساخ، وفي 24 جانفي 2002، تم التوقيع على بروتوكول ثاني ملحق بالاتفاقية في شأن نقل

1 - مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 145.

2 - TABUTEAU Didier, Droit de la santé, 2^{ème} édition, presse universitaire de France, Paris, 2009, p 588.

3 - عقدت هذه الاتفاقية في 4 أبريل 1997 بمدينة الإسبانية "أوفيدو" ودخلت حيز التنفيذ في أول ديسمبر 1994، تم المصادقة عليها من قبل 28 دولة في المجلس الأوروبي من بينها فرنسا في 13 ديسمبر 2011 والتي دخلت حيز التنفيذ في 13 أبريل 2012، انظر:

GHAUTHY Hadj-Eddine Sarioli, "Convention d'Oviedo : Repères éthiques des déclarations universelles sur le génome humain et droits de l'homme", actes de colloque 4 Mars 2012 intitulé. Les progrès de la bioéthique à l'épreuve des droits de l'homme.

<http://www.coe.int/t/dg3/health.bioethic/default-ur-usp?>

وزرع الأعضاء البشرية، ولقد نصت المادة الأولى من الاتفاقية على أن أطراف الاتفاقية تحمي كرامة الإنسان، أما المادة الثالثة منها، فقد نصت على وجود ترجيح مصلحة الإنسان ومنفعته على مصلحة المجتمع أو العلم⁽¹⁾.

أما الفصل الرابع من الاتفاقية، فقد اهتم بالعناصر الوراثية "الجينوم البشري"، فقد نصت المادة 12 على أنه: « لا يجوز إجراء اختبارات التنبؤ بالأمراض الوراثية أو تلك التي تسمح إما بتحديد هوية الإنسان، كعامل للعنصر الوراثي المتسبب في المرض أو بالكشف عن الاستعداد أو القابلية الوراثية للإصابة بالمرض إلا لأغراض طبية أو بحثية ووفق استشارة طبية مناسبة في مجال علم الوراثة »⁽²⁾.

فهذه الاتفاقية تؤكد على ضرورة استخدام التقدم العلمي في المجال البيولوجي لتحقيق مصلحة الأجيال الحاضرة والمستقبلية، وتضع مصلحة الفرد في المقام الأول، فهي تعتبر النموذج الأول لحماية الكيان الجسدي للإنسان تجاه التطبيقات البيولوجية والهندسة الوراثية، وتعتبر نقطة انطلاق كما تشكل الإطار العام لإبرام اتفاقيات دولية بشأن التجارب الطبية والتي تلتزم بها كافة الدول.

ثالثاً - المؤتمرات الدولية المعنية بالتجارب الطبية:

تم عقد عدة مؤتمرات وندوات لبحث مسألة التجارب الطبية ومن بينها:

1 - المؤتمر الدولي في مانيل: المنعقد في مانيل في 16 سبتمبر 1981 والذي كان نتيجة عمل مشترك بين منظمة الصحة العالمية ومجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية وقد نص هذا المؤتمر على وجوب إشراك لجان تعمل على التحقق من مدى توافر القواعد الأخلاقية والعلمية والقانونية في بروتوكولات التجارب المقدمة إليها، ومدى تحقق القيمة العلمية لهذه التجارب التي تجرى على الأشخاص⁽³⁾.

2 - المؤتمر الدولي الأول لقانون العقوبات: والذي انعقد في فيينا في أكتوبر 1989، ولقد تضمن دراسة تحت عنوان "قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الحديثة" ومن بينها التجارب الطبية على الإنسان، وأوصى بضرورة حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان محل

1 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، هامش رقم 4، ص 735؛ ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 111.

2 - مرعي منصور حسن، مرجع سابق، ص 145.

3 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 131.

التجارب، وذلك من خلال منع أي تجارب لا تحترم فيها القواعد المنصوص عليها لإجراء التجارب على الإنسان ووضع عقوبات حازمة في حالة وجود تجاوزات⁽¹⁾.

3 - المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي: والذي نظمه المؤتمر الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية بجامعة الأزهر بالقاهرة في فترة 4 - 7 جمادى الآخر 1412 هـ الموافق لـ 10 - 13 ديسمبر 1991، ولقد تناول هذا المؤتمر مسألة التجارب الطبية وخرج بتوصيات من بينها: وجوب إجراء التجارب أولاً على الحيوانات قبل إجرائها على الإنسان، أن يؤدي إجراء التجارب إلى تقدم العلوم الطبية بشكل ملحوظ والتي تتفق مع احتياجات المجتمع، على أن يتم الحصول على الرضا أو الموافقة الشخص الخاضع للتجربة بعد تبصيره بهدف التجربة ومخاطرها وفوائدها⁽²⁾.

4 - المؤتمر العام لليونسكو حول الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان:

صدر هذا الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان عن المؤتمر العام لليونسكو في نوفمبر 1997، وقد تضمن هذا الإعلان وثيقتين، الأولى تتعلق بمسؤولية الأجيال الحاضرة تجاه الأجيال المقبلة، أما الوثيقة الثانية فتحمل عنوان "الجينوم البشري وحقوق الإنسان".

وتعتبر هذه الوثيقة أول وثيقة عالمية في مجال البيولوجي، وتأتي أهميتها بكونها تعد محاولة لإقامة التوازن بين ضمان احترام حقوق الإنسان وبين ضرورة المحافظة على حرية البحث العلمي، وقد تضمن هذا الإعلان 25 مادة من بينها مواد تتحدث عن الكرامة الإنسانية والجينوم البشري، ومواد تتعلق بالأبحاث، ومواد تتحدث عن شروط ممارسة التجارب الطبية والعلمية⁽³⁾، فقد نصت المادة الخامسة: « لا يمكن أن يتم البحث أو العلاج والتشخيص الذي يتعلق بالجينوم البشري، إلا بعد تجارب سابقة على الحيوانات على المخاطر والفوائد المحتملة ».

1 - مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 148؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 737.

2 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 132.

3 - المؤتمر العام لليونسكو حول الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية لحقوق الإنسان:

www.unesco.org/new/ar/social-and-human-science/theme/bioethics/human-genome-and-human-rights

- ينبغي أن تكون هناك موافقة سابقة حرة وصريحة للإنسان الخاضع لهذه التجارب.
- ينبغي أن يتم احترام حق الإنسان في أن يقرر بضرورة إعلامه أولاً بنتائج الفحص الجيني ونتائج.
- ينبغي أن تخضع إجراءات التجارب إلى تقييم سابق طبقاً للقواعد والتوجيهات الوطنية والدولية في هذا المجال.

كما نصت المادة الحادية عشر، على عدم إجراء التطبيقات المخالفة للكرامة الإنسانية، مثل الاستنساخ البشري وعلى الدول والمنظمات الدولية التعاون من أجل مكافحة مثل هذه التطبيقات على الصعيد الدولي والوطني⁽¹⁾.

فهذا القانون يتمتع بقيمة أدبية وأخلاقية واضحة رغم افتقاره لقيمة قانونية الملزمة، إذ يعد أول وثيقة دولية عالمية في شأن العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان التي أجمعت دول الأعضاء في منظمة اليونسكو على إصدارها.

يتضح مما سبق، أن الاتفاقيات والإعلانات الدولية لعبت دوراً فعالاً في تكريس الحماية الفعالة للحق في السلامة الجسدية تجاه التطبيقات التكنولوجية الحديثة؛ ومن بينها، التجارب الطبية التي حظيت باهتمام بالغ من خلال مختلف النصوص الدولية، وذلك، بإثارة النقاش حول هذه التجارب مع وضع نصوص دولية تحتوي على ضوابط وشروط قانونية لكيفية إجراء هذه التجارب؛ محاولة بذلك إيجاد التوازن بين حرية البحث العلمي، والحق في حماية الكيان الجسدي واحترام كرامته، إلا أنها تبقى قواعد غير كافية لتجسيد الحماية الفعالة للجسم البشري تجاه التجارب الطبية، مما يستوجب تدخل التشريعات الوطنية لضبط هذه التجارب.

الفرع الثاني

التنظيم القانوني للتجارب الطبية وفقاً للتشريعات الوطنية

رغم ما لعبته الاتفاقيات والإعلانات الدولية من دور فعال في تكريس حماية حق الإنسان في سلامته الجسدية تجاه التطبيقات التكنولوجية الحديثة، فإن هذه المبادئ التي وضعتها هذه التشريعات الدولية لا تكفي لوحدها لتقرير حماية فعالة للحق في سلامة الجسد، وهو ما يتطلب ضرورة تدخل التشريعات الوطنية بإصدار قوانين داخلية تتماشى مع ما جاء في القوانين الدولية،

1 - المؤتمر العام لليونسكو حول الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية لحقوق الإنسان.

فقد اعترفت معظم التشريعات المقارنة بشرعية إجراء التجارب الطبية؛ وقامت بتنظيمها وفق أسس وضوابط قانونية وأخلاقية.

لذلك ولدراسة الأساس القانوني للتجارب الطبية على مستوى التشريعات الوطنية، سنركز أولاً على موقف التشريعات الغربية (أولاً) ثم موقف التشريعات العربية، ومن بينها موقف التشريع الجزائري (ثانياً).

أولاً - الأساس القانوني للتجارب الطبية وفقاً للتشريعات المقارنة الغربية:

نظراً للأهمية البالغة التي تؤديها التجارب الطبية في سبيل تطوير العلوم في المجال الطبي والبيولوجي، اعترفت معظم التشريعات المقارنة الغربية بشرعية هذه التجارب سواء العلاجية أو العلمية وفقاً لضوابط وقواعد أخلاقية، ومن بين هذه التشريعات نجد كلاً من:

1 - التشريع الفرنسي:

سمح المشرع الفرنسي بإجراء تدخلات طبية على جسم الإنسان بشرط الحصول على موافقة الشخص الخاضع لها، وبشرط علاج الشخص نفسه أو علاج شخص من الغير⁽¹⁾، لذلك فقد نصت المادة 16-3 على أنه: « لا يمكن الاعتداء على السلامة الجسدية إلا في حالة وجود ضرورة طبية للشخص وفي الحالة الاستثنائية من أجل مصلحة علاجية للغير »⁽²⁾.

ولقد وردت هذه المادة من أجل الاستفادة من التطبيقات التكنولوجية الحديثة كزرع الأعضاء والتجارب الطبية، ومن أجل الاستفادة من الأبحاث العلمية، ذلك لأن حرية البحث العلمي من المبادئ المعترف بها في الدستور الفرنسي⁽³⁾.

1 - فبعدما كان ينص ضمن قانون العلوم الإحيائية Bioéthique لسنة 1994، أنه لا يمكن الاعتداء على السلامة الجسدية إلا لضرورة علاجية للشخص نفسه، فقد غير من موقفه في ظل قانون 27 جويلية 1999 وعُدل مصطلح "المصلحة العلاجية بـ مصطلح الضرورة الطبية" والتي تعتبر أكثر شمولاً، إذ تشمل كل التدخلات الطبية حتى ولو لم يكن لها هدف علاجي ثم أضاف بعد ذلك في تعديل 6 أوت 2004، أنه يمكن الاعتداء على السلامة الجسدية للشخص تحقيقاً لمصلحة الغير، مما يسمح بتطبيق هذه المادة على كل التدخلات الطبية الحديثة كزرع الأعضاء والتجارب الطبية وغيرها.

LAUDE Anne, BERTRAND Mathieu, TABUTEAU Didier, Droit de la santé, presses universitaire de France, Paris, 2007, p 658.

2 - Article 16-3 du code civil Français dispose que : « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain quand cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui....* » .

3 - بموجب القرار رقم 345-94 الصادر عن المجلس الدستوري نقلاً عن:

LAUDE Anne, BERTRAND Mathieu, TABUTEAU Didier, Droit de la santé, op.cit, p 586.

غير أن هذه الحرية تتقيد بضرورة احترام الكرامة الإنسانية وحرمة الجسد؛ لذلك ومن أجل ضمان حماية فعالة لسلامة الجسد من التطبيقات التكنولوجية الحديثة، أصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 88-1138 لـ 20 ديسمبر 1988، ينظم إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان⁽¹⁾. عالج من خلاله تنظيم هذه التجارب، سواء العلاجية أو العلمية، ونظمها بقيود وشروط قانونية تكفل حماية الأشخاص الخاضعين لها، كما، ميز هذا القانون بين الأبحاث الطبية بفائدة مباشرة أي التي لها أهداف علاجية مباشرة، وبين الأبحاث دون فائدة مباشرة، أي التي لا يكون للشخص الخاضع لها أية مصلحة علاجية منها⁽²⁾.

غير أنه وبعد تعديل هذا القانون⁽³⁾ في 9 أوت 2004 بالموجب القانون المتعلق بالسياسة الصحية⁽⁴⁾، ألغيت هذه التفرقة ولم يعد هناك فرق بين الأبحاث بفائدة مباشرة أو غير مباشرة، نظراً لصعوبة التفرقة بين هذه الأبحاث، ولعدم وجود حدود تفصل بينهما⁽⁵⁾. لذلك ركز المشرع الفرنسي أكثر من خلال قانون 2004 على ضرورة إقامة التوازن بين الخطر والفائدة المنتظرة من خلال إجراء هذه التجارب⁽⁶⁾، كما تضمن قواعد خاصة بتنظيم التجارب الطبية على الشخص الحي وعلى الجثة وعلى الأجنة والخلايا الجذعية الجنينية.

1 - Loi N° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JORF, du 22/12/1988, p 16032

2 - وذلك في نص المادة 209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

3 - تم تعديل هذا القانون أيضاً بموجب:

Loi N° 91-86 du 23/01/1991 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales ainsi par la loi N° 94-548 du 01/07/1994 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 Kouchenner », Jo 05/03/2002.

4 - القانون رقم 2004-806 لـ 9 أوت 2004، المتعلق بالسياسة الصحية، ولقد جاء هذا القانون استجابة لـ التعليمات

الأوروبية رقم CE 2001/20 لـ 4 أبريل 2001 والتي فرضت إلغاء هذه التفرقة والمتعلقة بـ

Relative à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques des médicaments.

انظر:

JOB JEAN Marie, "Les clauses sensibles dans les contrats entre les promoteurs et les investigateurs", in LAUDE Anne, TABUTEAU Didier, (sous la direction de), Essais cliniques quels risques?, presse universitaire de France, Paris, 2007, p 153 .

5 - LEMAIRE François, "Recherche biomédicale: évolutions récentes", in LAUDE Anne, TABUTEAU Didier, (sous la direction de), Essais cliniques quels risques?, presse universitaire de France, Paris, 2007, p 22 ;

TROUVIN Jean- Hugues, "Evaluation des essais cliniques", in LAUDE Anne, TABUTEAU Didier, (sous la direction de), Essais cliniques quels risques?, presse universitaire de France, Paris, 2007, pp 71 - 72.

6 - LEMAIRE François, op.cit, p 22.

لكن، رغم ما جاء من قواعد وضوابط في ظل قانون 2004، إلا أن المشرع الفرنسي رغبة منه في مسايرة التطور الحاصل في ميدان الطب البيولوجي، أخضعها لتعديل سنة 2011⁽¹⁾، ثم في سنة 2012، وذلك بموجب القانون المسمى جاري Loi Jarré⁽²⁾، وضع من خلاله ضوابط مشتركة تخص كل الأبحاث التي تجري على جسم الإنسان.

وقد قسم الأبحاث إلى ثلاث فئات: الفئة الأولى تتعلق بالأبحاث التدخلية والتي تدعى فيما سبق بالأبحاث الطبية، وهي من أخطر التجارب والأكثر تنظيماً باعتبارها تجارب تمس بالسلامة الجسدية للشخص الخاضع لها وتدعى باللغة الفرنسية⁽³⁾ Recherches interventionnelles (anciennement recherches biomédicales).

والفئة الثانية تتعلق بالأبحاث التدخلية مع الحد الأدنى من الأخطار والتي كانت تسمى فيما سبق بالعلاج العادي عن طريق الأدوية أي Les recherches interventionnelles avec risques minimales (anciennement de soins courants, elles ne portent pas sur un médicament).

والفئة الثالثة تتعلق بالأبحاث غير التدخلية والتي تتم بالملاحظة أي Les recherches non interventionnelles (recherches observationnelles).

وعلى العموم تتمثل الضوابط القانونية التي وضعها المشرع الفرنسي من أجل تنظيم التجارب الطبية على جسم الإنسان في ثلاثة مبادئ أهمها؛ الرضا، المجانية والهدف العلمي⁽⁴⁾، إضافة إلى عدة شروط تعمل على تفعيلها من بينها:

1 - ضرورة أن تكون التجربة الطبية قائمة على آخر المعطيات العلمية والطبية وعلى أن تسبقها تجارب علمية على الحيوانات.

1 - Loi N° 2011-814 du 07/07/2011, relative à la bioéthique, JORF, N° 857 du 8/7/2011, p11826.

2 - Loi N° 2012-300 du 05/03/2012, relative aux recherches impliquant la personne humaine, JORF, N° 0056, du 05/03/2012, p 4138.

3 - وهذه الأبحاث محددة في قانون الصحة العام الفرنسي في المادة 1121-1 على أنها أبحاث على الكائن البشري من أجل تطوير المعارف البيولوجية والطبية، لا يمكن إجرائها إلا إذا تضمنت آخر المعارف العلمية والطبية وتكون فائدتها أكثر من المخاطر التي يتعرض لها الشخص، وعلى أن يكون لها هدف علمي واضح، وتستوجب بشكل خاص رأي اللجان الخاصة بحماية الأشخاص ورأي الوكالة الوطنية للأمن الصحي، انظر في هذا الشأن:

FAURE Sébastien, GUERRIAUD Mathieu, CLERE Nicolas, op.cit, p 161.

4 - DUBOIS Louis, "Les protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales", revue de droit sanitaire et social, année 25, N° 2, Juin 1989, pp 166 – 167.

2 - أن يكون الخطر المتوقع حدوثه للشخص الخاضع للتجربة أقل من الفائدة المنتظرة من هذه التجارب والأبحاث⁽¹⁾.

3 - وجوب إخضاع هذه التجارب لرقابة لجنة حماية الأشخاص ولرقابة السلطة المختصة، كوزارة الصحة أو الوكالة الفرنسية لأمن المنتجات الصحية إذا كانت الأبحاث تتم على المنتجات المحددة في المادة 1-5311 من التقنين الصحة العامة الفرنسي⁽²⁾.

4 - ضرورة الحصول على رضا الشخص الخاضع للتجربة بعد تبصيره بمخاطرها، هدفها، مدتها وفوائدها⁽³⁾.

5 - أن تكون هذه الموافقة بدون مقابل مالي مباشر أو غير مباشر باستثناء تعويض المصاريف والأضرار التي تعرض إليها الشخص⁽⁴⁾.

6 - يتم إجراء التجارب الطبية تحت إشراف أطباء ذو كفاءة علمية عالية وفي الأماكن التي تتوفر على الإمكانيات المادية والتقنية اللازمة وعلى الشروط العلمية لأمن وسلامة الأشخاص⁽⁵⁾ مع رفض تكرار إخضاع الأشخاص للتجارب عدة مرات⁽⁶⁾.

كما نص المشرع الفرنسي على أن هذه الأبحاث تتم بتدخل عدة أشخاص وهم كل من: المشرف (promoteur) والقائم بالتجربة (l'investigateur)⁽⁷⁾، اللذان يلتزمان بإجراء التجربة وفقاً للضوابط الأخلاقية والإنسانية، على أن يضمن المشرف على التجربة تعويض الأضرار الناتجة عن هذه الأبحاث⁽⁸⁾. ويلتزم بالتأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن

1 - وهذا ما نصت عليه المادة 1121-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

2 - راجع المادة 1121-4 من القانون نفسه.

3 - طبقاً لنص المادة 1122-1 من القانون نفسه.

4 - ورد في المادة 1121-11 من القانون نفسه.

5 - استناداً إلى ما نصت عليه المادة 1121-13 من القانون نفسه.

6 - انظر المادة 1121-12 من القانون نفسه.

7 - فالمشرف هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يوجه القائمين ويوفر الإمكانيات المادية لإجراء الأبحاث الطبية، أما القائم بالتجربة فهو كل شخص طبيعي يسير ويراقب تحقق وإنجاز الأبحاث والتجارب الطبية.

JOB Jean Marie, op.cit, p 153 ; FAURE Sébastien, GUERRIAUD Mathieu, CLERE Nicolas, op.cit, p 164.

8 - يمكن تعويض الأضرار التي يتعرض لها الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية بمبلغ مالي محدد من طرف وزير الصحة باستثناء الأشخاص القصر غير القادرين عن التعبير عن رضاهم والخاضعين للحماية القانونية والمتواجدين في المراكز الاستشفائية بدون رضاهم، وهذا ما نصت عليه المادة 1121-11، انظر:

الأبحاث الطبية⁽¹⁾. مع وجوب إخضاع المترشحين للتجارب، لفحوص طبية سابقة على إجراء الأبحاث والتجارب⁽²⁾.

وفي حالة عدم احترام هذه الضوابط، رتب المشرع الفرنسي عقوبات جزائية في قانون العقوبات⁽³⁾ وفي قانون الصحة الفرنسي⁽⁴⁾ تتمثل في السجن والغرامة المالية والمنع من إجراء الأبحاث.

2 - موقف التشريع الألماني:

أجاز المشرع الألماني التجارب الطبية والعلمية على الإنسان، إذ يعود أول تنظيم لهذه التجارب إلى سنة 1931، وذلك بعد الأحداث التي نتجت عن إجراء التجارب الطبية المتعلقة بالتطعيم ضد مرض السل tuberculose والتي أدت إلى وفاة 77 شخصاً في جمهورية ويمار Weimar الألمانية سنة 1931⁽⁵⁾، مما أدى بالمشرع الألماني إلى إصدار قانون سنة 1931 ينظم كيفية إجراء التجارب الطبية على الأشخاص، وكرس من خلال هذا القانون ضرورة الحصول على الرضا، ومنع إجراء التجارب الطبية على القصر والراشدين فاقد التمييز الخاضعين للحماية القانونية.

=JOB Jean Marie, op.cit, p 153.

1 - وفي حالة عدم تقرير مسؤولية القائم بالتجربة وذلك بإثباته أن الضرر الناتج ليس من خطئه، فإن التعويض ضحايا التجارب الطبية يكون من طرف الديوان الوطني للحوادث الطبية حسب الشروط المحددة في نص المادة 3-1142 لقانون الصحة العامة الفرنسي، أما في حالة وجود خطأ من طرف لجنة حماية الأشخاص في أداء مهامها، فإن مسؤولية الدولة تتقرر وهذا ما نصت عليه المادة 7-1123 آخر فقرة.

2 - Article L 1121-11/AL3, du code de la santé publique.

3 - Article L223-9, du code pénal français.

Article L223-8, du code pénal français.

4 - فقد نصت على عقوبات في حالة عدم الحصول على الرضا في نص المادة 8-223 من ق ع والمادة 4-1126 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

كما نص على عقوبات في حالة عدم الحصول على ترخيص من الهيئات المختصة وهذا ما نصت عليه المادة 5-1126 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

كما نص على عقوبات في حالة عدم إبرام التأمين في المادة 6-1126 وعقوبات في حالة عدم تقديم المعلومات والتبصير الكامل في المادة 11-1126، وعدم احترام السر المهني في المادة 3-1121 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

5 - يطلق على هذا القانون تسمية:

« Directives concernant les thérapeutiques nouvelles et l'expérimentation scientifique de l'homme » Voir : FAURE Sébastien, GUERRIAUD Mathieu, CLERE Nicolas, op.cit, p 161.

كما أصدر سنة 13 مارس 1990 قانوناً يحمي البويضة المخصبة من إجراء التجارب والأبحاث عليها، فحظر في المادة الثالثة، أي محاولة لاختيار الجنس البشري وفي المادة الخامسة منه التلاعب بالخصائص الوراثية للإنسان أو استعمال الخلايا المعدلة أو أي نسخ للجنس البشري⁽¹⁾.

3 - موقف التشريع الأمريكي:

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي باشرت إلى تنظيم التجارب الطبية على جسم الإنسان، إذ تمتد الحركة التشريعية في هذا البلد إلى سنة 1966⁽²⁾، ومن بينها اللائحة الفيدرالية الصادرة عن كتابة الدولة الأمريكية للصحة الصادرة بتاريخ 1984/01/26، والتي تتضمن الشروط التي يجب احترامها عند إجراء التجارب الطبية على الإنسان.

كما تضمنت اللائحة الفيدرالية الصادرة عن إدارة الصحة الأمريكية بتاريخ 27 يناير 1981 الشروط والضمانات التي يمكن من خلالها إجراء التجارب الطبية⁽³⁾، ثم تبعتها فيما بعد تشريعات خاصة على مستوى مختلف الولايات⁽⁴⁾.

ونظراً لمخالفة الأطباء الأمريكيين للقواعد الأخلاقية والإنسانية عند إجراء التجارب الطبية⁽⁵⁾، ونظراً لاهتمام الولايات المتحدة الأمريكية بقدسية المعرفة وقضية الحرية الفكرية والذي يستمد من حرية الرأي والتعبير والحق في البحث العلمي، أصدر الكونغرس الأمريكي بتاريخ 12 يونيو 1974 أمراً بإنشاء اللجنة الوطنية لحماية الأشخاص الخاضعين للبحوث الطبية الحيوية، كما صدر تقرير بلومنت لتحديد المبادئ الأخلاقية الأساسية التي تشكل القواعد الأساسية لإجراء البحوث والتجارب

1 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 151.

2 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 742.

3 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 148.

4 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، هامش رقم 3، ص 732.

5 - فمن أشهر الفضائح التي حدثت في الولايات المتحدة الأمريكية التجربة التي أجريت على 400 مصاب بمرض الزهري من السود في منطقة ريفية تدعى توسكيغي في ألباما، لدراسة تطور هذا المرض، فقد بدأت هذه التجربة سنة 1932 واستمرت إلى غاية 1972 وكان من نتائجها موت غالبية من أجريت عليهم التجربة بالرغم من توافر العلاج، إذ استغل أطباء هؤلاء المرضى من أجل معرفة تطور مرض الزهري، رغم أن دواء البنسلين قد تم اكتشافه في تلك الفترة. انظر: ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 145. والموقع التالي:

<http://www.hsl.virginia.edu/hs/library/historical.apology>.

الطبية، والذي فرق بصورة نهائية بين العلاج والأبحاث⁽¹⁾.

وقد تمت وزيرة الخارجية الأمريكية هيلاري كلنتون سنة 2010 اعتذاراً إلى الفواتماليين جراء إجراء تجارب دون علمهم ما بين عام 1946 و1948، والتي كانت السبب في إصابتهم بالزهري والسيلان، وقد شملت هذه التجارب سجناء ومرضى المستشفى الوطني للصحة العقلية في فواتيمالو⁽²⁾.

ثانياً - موقف التشريعات العربية المقارنة:

أجازت التشريعات العربية التجارب الطبية نجد من بينها كلا من:

1 - التشريع السعودي: تعتبر المملكة العربية السعودية من أوائل الدول العربية التي أولت اهتماماً بالغاً بالتجارب الطبية، وذلك بإصدارها نظام أخلاقيات البحث على المخلوقات الحية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/59 في 14/9/1431هـ.

يهدف هذا القانون إلى تحقيق المنفعة من البحث العلمي والالتزام بالتحقيق العدالة تجاه الأشخاص المشاركين في البحث، وتبرير الأبحاث العلمية أخلاقياً، وتقييم المخاطر والمنافع المترتبة عن التجارب والأبحاث الطبية⁽³⁾، فقد أجاز إجراء البحث على الأنسجة والخلايا الحية والأجزاء المنفصلة ويشمل ذلك الخلايا الجذعية المستخلصة من الحبل السري أو الخلايا الجذعية الكهلية بعد أخذ الموافقة، ومنع استغلال ذلك لأجل الاتجار، وإنشاء الأجنة للحصول على الخلايا الجذعية، واستخدامه في البحث العلمي إلا وفق ضوابط تحددها اللائحة⁽⁴⁾.

كما أشار في الفصل السابع على أنه لا يجوز مباشرة البحث على أي إنسان قبل الحصول منه أو من وليه على موافقته، بعد تبصيره وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة بجميع النتائج المحتملة، بما فيها النتائج السلبية الناتجة عن الرجوع عن الموافقة⁽⁵⁾.

1 - LEMAIRE François, "Recherche biomédicale : évolutions récentes, Fallait il réviser la loi huriet, in LAUDE Anne, TABUTEAU Didier, (sous la direction de), Essais cliniques quels risques?, presse universitaire de France, Paris, 2007, p 24.

2 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 148.

3 - إبراهيم بن عبد العزيز آل داود، المسؤولية الجنائية عن التجارب الطبية على الإنسان دراسة تأصيلية، ماجستير عليه العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية، الرياض، 2013، ص 75.

4 - وهذا ما نصت عليه المواد: 18، 23 و28 من نظام أخلاقيات البحث السعودي.

5 - وهذا ما نصت عليه المادتان 11 و12 من نظام أخلاقيات البحث السعودي.

كما ورد في الفصل الثامن على أنه لا يجوز للباحث استغلال ظروف الإنسان الذي تجرى عليه البحث بأي شكل من الأشكال، وأن لا يكون تحت أي نوع من الإكراه أو الاستغلال⁽¹⁾.

وأقر من أجل تفعيل هذه الضوابط نظام أخلاقيات البحث السعودي، عقوبات في حالة مخالفة الضوابط الإجرائية الخاصة بإجراء التجارب الطبية والتي تتمثل في الإنذار وتعليق البحث أو منع الباحث من ممارسة البحث الذي حدثت فيه المخالفة، إضافة إلى غرامة مالية على أن لا تزيد عن 200.000 مائتي ألف ريال سعودي والحبس لمدة لا تزيد على سنة أشهر⁽²⁾.

2 - موقف التشريع المصري: حرص المشرع المصري في دستور الصادر في 13 سبتمبر 1971 والمعدل بتاريخ 22 ماي 1980، على الاهتمام البالغ بتدعيم حقوق الإنسان وحيات الأفراد وحمايتهم من المساس بها، وعلى احترام الكيان الجسدي والمعنوي للشخص، كما نص على حماية الكيان الجسدي من خلال إجراء التجارب الطبية دون موافقة الشخص الخاضع للتجربة وذلك في نص المادة 43 من الدستور والتي تنص: « لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضاه الحر ».

فالملاحظ من خلال هذا النص أن المشرع المصري أجاز إجراء التجارب الطبية بنوعيتها العلاجية والعلمية بشرط الحصول على رضا الشخص الخاضع لها.

ولقد نص على شروط وإجراءات ممارسة التجارب الطبية في لائحة آداب المهنة بقرار من وزير الصحة رقم 238 سنة 2003، ولقد تضمن هذا القرار عدة شروط تتمثل أساساً في:

- ضرورة التزام الطبيب بمراعاة كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء التجارب والبحوث الطبية.

- منع إجراء التجارب قبل إقرارها من الجهات المختصة، مع ضرورة التزام الباحث الذي يجري التجارب الطبية على إجراء دراسة وافية عن المخاطر والأعباء التي يتعرض لها الفرد والجماعة ومقارنتها بالفوائد المتوقعة حصولها من البحث.

- ضرورة تبصير المتطوع تبصيراً كاملاً بأهداف وفوائد ومخاطر التجربة والحصول على موافقته الحرة والمنتبصرة، بطريقة رسمية وبحضور شهود إثبات.

1 - وهذا ما نصت عليه المادة 17 من نظام أخلاقيات البحث السعودي.

2 - إبراهيم بن عبد العزيز آل داود، مرجع سابق، ص 93.

- إلزام الباحث بالتوقيف الفوري عن إكمال التجربة، إذا تبين أن المخاطر المصاحبة تفوق الفوائد المرجوة، مع منع كل باحث من إجراء البحوث والممارسات التي تنطوي على شبهة استتساخ الإنسان أو المشاركة في البحوث التي تهدف إلى الاستتساخ⁽¹⁾.

ثالثاً - موقف المشرع الجزائري:

تطرق المشرع الجزائري لمسألة التجارب الطبية على جسم الإنسان في كل من نص المادة 168 مكرر 2 و 168 مكرر 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها، كما أشار إليها في المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب.

فقد نصت المادة 168 مكرر 2 فقرة 2 على أنه: « يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي ».

أما المادة 168 مكرر 3، فقد نصت على أنه: « تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه ».

في حين نصت المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: « لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة وعند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض ».

من خلال هذه المواد، يتبين أن المشرع الجزائري أجاز إجراء التجارب الطبية بنوعيتها سواء منها العلاجية أو العلمية، لكن بتوفر بعض الشروط القانونية من بينها: ضرورة الحصول على رضا الشخص الخاضع للتجربة، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 168 مكرر 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها، إضافة إلى وجوب إخضاع هذه التجارب لرقابة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية. وذلك وفقا لما جاء في نص المادة 1/168 والتي تنص: « ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجربة ».

1 - وهذا ما نصت علي كل من: المادة 52، 53، 54، 55 و 56 من لائحة آداب المهنة، نقلا عن: ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص ص 157 - 158.

كما فرض المشرع الجزائري ضرورة التحقق من النتائج التجريبية وقيمتها العلمية والتي يجب أن تكون فوائدها العلمية والعلاجية تفوق الضرر اللاحق بالشخص الخاضع لها للتجربة وهذا ما يستخلص من نص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب، إضافة إلى ضرورة احترام المبادئ الأخلاقية والقانونية التي تقوم عليها التجارب الطبية والتي تتمثل أساساً في احترام الكيان الجسدي للشخص واحترام كرامته وإرادته، وهذا ما يستفاد من نص المادة 168 مكرر 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

لكن، الملاحظ أن المشرع الجزائري نظم هذه التجارب بصفة مفصلة في القرارات الصادرة عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات⁽¹⁾، والتي بيّن من خلالها كيفية تنظيم هذه التجارب والإجراءات اللازمة والأماكن المناسبة لإجرائها، مع إرسائه للقواعد الحسنة للتطبيقات السريرية، فبالرجوع إلى القرار الوزاري رقم 387 المؤرخ في 31 جويلية 2006، والمتعلق بالأبحاث السريرية، بيّن المقصود بالأبحاث التجريبية في المادة الثانية منه، على أنها تلك الأبحاث التي تجرى على جسم الإنسان لمعرفة مدى سلامة وفعالية دواء جديد أو جهاز طبي جديد أو التحقق من النتائج والآثار الطبية للمنتجات الصيدلانية، وقد تمّ تقسيم هذه التجارب حسب نص المادة الثالثة إلى؛ تجارب بفائدة مباشرة للشخص، إذا كان المريض يستفيد مباشرة من الفوائد العلاجية المترتبة عن التجربة، والتجارب بدون فائدة مباشرة للشخص، إذا كان الشخص الخاضع للتجربة سليم لا يستفيد من أي مصلحة علاجية مباشرة.

كما حدد الأشخاص الذين يتولون تنظيم هذه التجارب الطبية في كل من المشرف الذي يكون إما شخص طبيعى أو معنوي والأطباء القائمين بالتجارب⁽²⁾، مع تحديده أيضاً للأشخاص الخاضعين للتجارب وهم كل من: الشخص الكامل الأهلية، المرأة الحامل بشرط عدم وجود أي خطر عليها أو على الجنين. القصر، الراشدين الخاضعين للحماية القانونية في حالة تحقيقها لفائدة مباشرة لصحتهم⁽³⁾.

1 - Arrêté N° 387 du 31 Juillet 2006, relatif aux essais cliniques.

- Arrêté N° 388 du 31 juillet 2006, fixant les procédures de réalisation d'un essai clinique.

- Arrêté N° 200 du 25 Juillet 2009, fixant les règles des bonnes pratiques cliniques.

- Circulaire N° 1429 du 25 Septembre 1999, relative aux lieux de réalisation de recherches biomédicales avec ou sans bénéfice individuel direct concernant les médicaments.

2 - وهذا ما نصت عليه المادتين 4 و5 من القرار الوزاري رقم 387، سالف الذكر.

3 - كما ورد في المادة 12 من القرار الوزاري نفسه.

وحماية للأشخاص الخاضعين للتجارب ألزم المشرع الجزائري، الشخص القائم بالتجربة قبل حصوله على رضا الحر والمنتبصر والصريح للشخص الخاضع لها، تقديم المعلومات اللازمة بطريقة مفهومة وصادقة عن كيفية إجراء هذه التجربة، هدفها، الأخطار والأضرار المترتبة عنها⁽¹⁾. مع منعه الحصول على أي مقابل مالي مباشر أو غير مباشر جراء إجراء هذه الأبحاث، باستثناء تعويض المصاريف التي تكبدها الخاضع لها⁽²⁾.

زيادة على ذلك أخضع التجارب العلاجية لرأي مسبق للجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية⁽³⁾، أما التجارب بدون فائدة مباشرة فأخضعها لرأي مسبق من المجلس الوطني للأخلاقيات والعلوم الصحية⁽⁴⁾، مع وجوب حصول المشرف على التجربة على ترخيص من وزارة الصحة⁽⁵⁾.

يتضح من خلال محتوى هذه القرارات أن المشرع الجزائري نظم هذه التجارب تنظيمًا محكمًا بكل تفاصيله، لكن حبذا لو تم طرح التنظيم في قانون حماية الصحة وترقيتها باعتباره أسمى وأكثر إمكانية للوصول لعلم الأشخاص الخاضعين لها.

يتبين مما سبق، أن جل التشريعات المقارنة سواء الغربية منها أو العربية، قد أجازت التجارب الطبية بنوعيتها، نظرا لأهميتها العلمية البالغة في تطوير العلوم الطبية وتحقيق الفوائد العلمية للبشرية جمعاء، وانفقت على مجموعة من الضوابط اللازمة لإجرائها والتي تتمثل أساسا في ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والمنتبصرة، تقادي أي مقابل مالي أو تعامل مالي بجسم الإنسان، باستثناء تعويض الأضرار الناتجة عن التجارب الطبية، ضرورة إخضاع هذه التجارب الطبية لرقابة اللجان الطبية المستقلة من أجل ضمان حماية الأشخاص الخاضعين لها من أي ابتزاز أو اتجار بالأشخاص، مع ضرورة احترام الأصول العلمية وإقامة التوازن بين القواعد المنتظرة من هذه التجارب والأخطار المترتبة عنها.

1 - هو ما نصت عليه المادة 21 من القرار الوزاري رقم 387، سالف الذكر.

2 - هذا ما جاء في نص المادة 16 من القرار الوزاري نفسه.

3 - المادة 24 من القرار الوزاري نفسه.

4 - وهو ما أكدت عليه المادة 35 من القرار الوزاري نفسه.

5 - هذا ما نصت عليه المادة 8 من القرار الوزاري نفسه.

المبحث الثاني

إجراء التجارب الطبية على الجثة والأجنة البشرية

الأصل في التجارب الطبية أنها تتم على جسم شخص حي. وذلك إما على أعضائه أو خلاياه أو أنسجته المختلفة، وهذا بعد سبق إجرائها على الحيوانات في المخابر والمعامل الخاصة بذلك، وبعد التأكد من نتائجها ومخاطرها، وقد يكون هذا إما على شخص مريض لم تعد الوسائل والأدوية التقليدية كافية لعلاج أو على شخص سليم لا يعاني من أي مرض.

غير أن الاعتماد فقط على جسم شخص حي كمجال وحيد لإجراء التجارب الطبية غير كافٍ ولا يحقق التطور العلمي في مجال الطب البيولوجي الذي يأمل الأطباء والباحثون الوصول إليه، لسبب أن هناك تجارب وأبحاثاً طبية وعلاجية يصعب إجراؤها على الشخص الحي نظراً لمساسها الأكيد بالسلامة الجسدية واحتوائها على أضرار ومخاطر تمس بحياة وصحة الشخص الخاضع لها.

ما جعل أنظار العلماء والباحثين تتجه في ميدان الطب البيولوجي أو العلوم الحيوية إلى الاهتمام بالجثة والأجنة والخلايا الجذعية الجنينية كمصدر ثانٍ لإجراء التجارب الطبية، نظراً للدور الفعال الذي تلعبه في تطوير العلوم الطبية والكشف على أسرار الكثير من الحقائق الطبية. لذلك ولدراسة أحكام إجراء هذه التجارب سنتناول حكم إجرائها على الجثة (المطلب الأول) ثم حكم إجرائها على الأجنة والخلايا الجذعية الجنينية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إجراء التجارب الطبية على الجثة

لا تتوقف دراسة الطب على العلوم النظرية، بل تستوجب دراسة العلوم التطبيقية، لذلك اهتم الباحثون والأطباء بدراسة علم تشريح الجثة الذي أضحي يحتل مكانة خاصة في العلوم الطبية، فقد تعددت أغراضه وأسبابه، سواء في التعليم أو الكشف عن الأمراض والوقاية منها وسبل علاجها، وكذلك في الإثبات في بعض الجنايات، والكشف عما يلبسها من غموض، فهو علم يهتم بتركيب جسم الإنسان وتحديد أعضائه المختلفة وتشخيص الأمراض والوقاية منها.

بناءً على ذلك، من أجل الوقوف على الأهمية الفعلية للجثة كمجال خاص لإجراء التجارب والأبحاث العلمية، تبرز الحاجة إلى معرفة المقصود بتشريح الجثة (الفرع الأول) ثم بيان موقف

كل من الفقه والقانون من تشريح الجثة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بتشريح الجثة

يعتبر علم التشريح علماً لا غنى عنه في تطوير العلوم الطبية ومعرفة تركيب جسم الإنسان، والتعرف على وظائف أعضائه المختلفة، فهو علم يعود إلى أقدم العصور وله أهمية بالغة ويحقق أهدافاً وأغراضاً مختلفة، فمن أجل فهم مختلف هذه الجوانب يجب التطرق أولاً إلى تعريف علم التشريح لغة واصطلاحاً (أولاً) ثم تحديد أهميته وضرورته العلمية (ثانياً)، تطوره التاريخي (ثالثاً) وأقسامه المختلفة (رابعاً).

أولاً - تعريف التشريح لغة واصطلاحاً:

للتشريح من الناحية اللغوية عدة معاني منها:

- الكشف والإبانة والتفسير، يقول شرحت الغامض: إذا كشفته وفسرته، والمراد هو إظهار الشيء بعد خفائه⁽¹⁾.

- القطع ومنه تشريح اللحم والقطعة منه شريحة وفي معجم الوسيط فصل بعضها عن بعض للفحص العلمي⁽²⁾.

- التوسيع، يقال شرح الله صدره للإسلام، فالشرح أي وسعه ليقول الحق.

ومنها التحبيب فيقال شرح صدره بالأمر وشرح صدره لأمر له أي حبه إليه⁽³⁾.

1 - عادل عبد المجيد الفجال، ضوابط استئصال الأعضاء البشرية من الجثث الأدمية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص 163؛ عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد 4، ديسمبر 1997، ص 254.

2 - بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 146؛ الرقية أسعد صالح عرار، أحكام التصريف بالجثة في الفقه الإسلامي، ماجستير في الفقه والشرع، كلية دراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2010، ص 133؛ جمال مهدي محمود الأكشة، تشريح الجثة الإنسان، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص 17.

3 - عادل عبد المجيد الفجال، مرجع سابق، ص 163؛ عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، ص 253-254؛ محمود أحمد أبو ليل، "حكم تشريح جثة المتوفي في الفقه الإسلامي"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون الجزء الثاني، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 7-9 محرم 1414 الموافق لـ 3-5 ماي 1998، ص 1136.

والمشرحة: منضدة تهيأ للتشريح وغرفة كبيرة تعد لتشريح الأجسام بعد موتها⁽¹⁾.

أما التعريف الاصطلاحي للتشريح، فيقصد بالتشريح بشكل عام العلم الذي يدرس أجسام المخلوقات الحية عامة من نبات وحيوان أو إنسان⁽²⁾.

أما التشريح الطبي بشكل خاص، فقد عرّف على أنه « العلم الذي يبحث في تركيب الجسم وعلاقة أعضائه ببعضها البعض »⁽³⁾.

أو هو « العلم الذي يبحث، عن كيفية معرفة، أجزاء البدن وترتيبها من العروق والأعصاب والغضاريف والعظام واللحم وغير ذلك من أحوال كل عضو ». كما عرّف أيضاً على أنه « ذلك العلم الذي تعرف به أعضاء الإنسان بأعيانها وأشكالها وأقذارها وأعدادها وأصنافها وأوضاعها ومنافعها »⁽⁴⁾.

أما عن ترجمة مصطلح التشريح باللغة الفرنسية فنجد أنه يترجم إلى ثلاث مصطلحات مختلفة في هدفها تتمثل في التشريح ANATOMIE: هو العلم الذي يهدف إلى دراسة بنية الجسم وعلاقة الأعضاء ببعضها البعض.

التشريح dissection: عملية تهتم بفصل الأعضاء عن بعضها بطريقة منهجية وتعرينها بغرض دراستها.

التشريح: autopsy هو اختبار كل جزء من أجزاء الجثة بهدف تحديد سبب الوفاة⁽⁵⁾.

ثانياً - ضرورة وأهمية التشريح:

علم التشريح لا غنى عنه في الحياة العلمية والعملية على حد سواء، فمن الناحية العلمية يعتبر التشريح من العلوم الأساسية لطالب الطب كي يطلع على تركيب جسم الإنسان ويتعرف على وظائف أعضائه، ليستطيع بذلك إجراء العمليات الجراحية وهو على بينة من أمره، إضافة إلى أنه من الناحية العملية يعتبر مدخلا هاما لتشخيص الأمراض، فعن طريق الكشف عن

1 - عادل عبد المجيد الفجال، مرجع سابق، ص 163؛ محمود أحمد أبو ليل، مرجع سابق، ص 1136.

2 - رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 133.

3 - عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، ص 254.

4 - جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 17 - 18.

5 - بلقاسم شتون، "التشريح الطبي وحقوق الإنسان في الإسلام"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 9 - 10.

السبب الحقيقي للوفاة يمكن معرفة أسباب العلل والأسقام واتخاذ ما يلزم لإزالتها قبل أن تؤدي إلى وفاة.

كما يمكن للجراح من معرفة موقع العضو وكيفية اتصاله بغيره من الأعضاء⁽¹⁾ فبالتشريح يتمكن من معرفة جودة العلاج وإجراء التشخيص الدقيق والصحيح وإعطاء المعلومات الحقيقية للمرض⁽²⁾، فبفضله اكتشفت عدة أمراض كمرض cardio toxicité de l'adriangine كما ساعد على فهم عدة أمراض مثل l'asbestose, le sytrome, la maladie de lyme, la légionellose.

وعلى الإجابة على عدة تساؤلات إكلينيكية للأطباء⁽³⁾ ففي دراسة تمت في مستشفى جيجياري gériatrie في جونيف لمدة 16 سنة (بين 1972-1988) والتي تمت على 2520 جثة تم تشريحها، تبين أن 21% من الأمراض المعدية و 13% من البكتيريا والتعفنات تم اكتشافها عن طريق التشريح وأن 20% من الأورام أو السرطانات من اكتشاف علم التشريح.

فتشريح الجثة يلعب دوراً مهماً وفعالاً في تطوير الأبحاث الطبية خاصة في مجال الأمراض العصبية Nerodénératives ففي دراسة قام بها كل من شاريوت وإتال chariot etal في باريس وذلك بتحليلهم ودراستهم لـ 568 مقال علمي موجود في المستشفى لمدة عشر سنوات، فإنهم وجدوا أن نسبة 81% من الأبحاث على الجثة كانت على المخ والخلايا العصبية و 6% فقط من الأبحاث تمت على الأعضاء الأخرى للجسم⁽⁴⁾.

لكن رغم الأهمية البالغة لعلم التشريح والذي كان محل اهتمام الأطباء والباحثين خاصة في السنوات 1930، أين وصلت نسبة ممارسة التشريح إلى 91%. إلا أن هذه الأهمية تراجعت مؤخراً كوسيلة لتطوير التجارب والأبحاث الطبية، وبين هذا التراجع تدني نسبة عمليات التشريح إلى ما يقارب 2% أو 6% خاصة في بريطانيا، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب، أهمها أن بعض الأطباء يعتبرون أن التطور الحاصل في ميدان التصوير بالأشعة والوسائل التقنية الطبية يغني عن إجراء

1 - أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، وبدون بلد نشر، 1987، ص 61.

2 - TOMBERT Véronique et autre, "Autopsie ou la mort au service de la vie", revue internationale des soins palliatifs, n° 3 – vol 20, 2005, p 77 .

<http://www.Cairninfo./revue-info-kara-2005>. 2 - p.77 htm.

3 - ففي دراسة تمت على 2500 جثة، اكتشف الباحثون ومن بينهم زاغبول zarbo، أن التشريح يسمح باكتشاف الأسباب الحقيقية للمرض بنسبة 40% من الحالات، كما يساعد في الإجابة على الأسئلة المطروحة من قبل الأطباء بنسبة

93%. انظر: TOMBERT Véronique et autre, op cit, p77.

4 - Ibid, p78.

التشريع، ويسمح بالحصول على النتائج نفسها.

كما أن التشريع له اعتبارات دينية، ثقافية ونفسية من الصعب تجاوزها باعتبارها عملية تمس بمشاعر عائلة المتوفى، مما يشكل عائق لدى الأطباء في طلب موافقة العائلة من أجل تشريح الجثة.

بينما يرجعها البعض الآخر إلى الإجراءات القانونية المعقدة التي يفرضها القانون للقيام بالتشريح. فكلها أسباب أدت إلى تراجع عمليات التشريح في العصر الحديث. لذلك، دعا البعض إلى ضرورة تسهيل هذه الإجراءات، مع ضرورة إجراء تكوين خاص للأطباء من أجل تطوير مهارات الحوار⁽¹⁾ للحصول على موافقة من قبل عائلة المتوفى.

كل هذا نظراً للأهمية التي يلعبها علم التشريح في تطوير العلوم الطبية والوقاية من الأمراض التي لا يمكن أن تحل محلها تقنية أخرى.

ثالثاً - التطور التاريخي لعلم التشريح:

يدين الطب في تطوره للتشريح، فكثيرة هي الأخطاء التي كان الأطباء يقعون فيها والتي لم تصحح إلا بعد أن تطور علم التشريح⁽²⁾، والذي كان معروفاً في الحضارات القديمة لدى الفراعنة من الحرفيين الذين يقومون بتشريح موتاهم، وإخراج الأمعاء من الجثة لوضع المواد الحافظة، ولهذا استطاعت المومياة الفرعونية أن تبقى أكثر من خمسة آلاف عام⁽³⁾.

ثم بعد ذلك عرفه اليونانيون، فكان أبوقراط⁽⁴⁾ وجالينوس⁽⁵⁾ يمارسان التشريح لمعرفة

1 - فقد قامت مستشفى جيرياتري gériatrie بجنيف بوضع برنامج للتكوين موجه للأطباء، من أجل العمل على اكتساب المهارات والمؤهلات الخاصة بالحوار والذي يسمح بالحصول على الموافقة على إجراء التشريح من قبل عائلة المتوفى. TOMBERT Véronique et autre, op.cit, p 80

2 - بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 11.

3 - عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، رقم 3، ص 164؛ جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 23؛ بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 146.

4 - أبقرط، هو بقراط بن إبرافليس، كان طبيباً وفيلسوف مشهوراً وهو أول من زاول مهنة تدريس الطب، عاش مدة 95 سنة وهو الذي وضع قواعد وأخلاقيات الطب التي توجد في يمين أبقرط. انظر كل من: جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، هامش رقم 2، ص 33؛

AALDEEB ABU SAHLICH Sami, "Le clonage humain en droit musulman et arabe", journal international de bioéthique, n°1, vol 20, 2009, p 133.

5 - جالينوس هو من كبار الأطباء، له مؤلفات عديدة في الطب، ظهر جالينوس بعد 665 سنة من وفاة أبقرط. انظر: جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، الهامش رقم 3، ص 93.

أسرار الجسم وتشخيص الأمراض، غير أنه ومع حظر التشريح على الأجساد الآدمية، لجأ جالينوس إلى تشريح الحيوانات وكان كثيراً ما يطبق على البشر نتائج دراسته، فوقع في ذلك في أخطاء كثيرة⁽¹⁾.

لذلك فتشريح الجثث وإن كان معروفاً في الحضارات القديمة إلا أنه لم يكن منتشراً نتيجة الحظر القائم آنذاك؛ أما في العصور الوسطى، فرغم الجدل القائم بين رجال الدين الذين يرفضون التشريح وبين رجال الطب الذين يطالبون به باعتباره أساس الطب وتطوره، فقد سمح فريدريك ملك صقلية سنة 1238 بتشريح الجثة مرة كل 5 سنوات في سالرنو المدينة الإيطالية، ثم بدأ التشريح يمارس بانتظام بعد عام 1275.

وفي سنة 1286 فتح الطبيب في كريمونيا (شمال إيطاليا) الجثة ليدرس عليها سبب الوباء الذي انتشر في ذلك الوقت، فكان أول تشريح للجثة بعد الموت لمعرفة أسباب الوفاة ثم بعد ذلك استمرت عمليات التشريح تتزايد في كل من جامعة بيزا بإيطاليا منذ عام 1341 وفي البندقية عام 1368 وفي فلورنسيا منذ عام 1388 وفي لاردة وهي مدينة إسبانية منذ عام 1391 وفي فينا عام 1404.

كما تم تشييد أول مشرحة رسمية في التاريخ منذ عام 1445 والتي كان لها نتائج لا حد لها في علم الطب⁽²⁾ كما يعتبر كاليا calien المولود في بروكسل سنة 1514 مؤسس التجارب على الجثة بعد تخليه عن الطب النظري⁽³⁾.

أما في العصر الحديث، أصبح التشريح منتشراً في أغلب مستشفيات العالم نظراً لتقدمه وعطائه العلمي في فهم الطب وتطوره⁽⁴⁾.

وبخصوص الحضارة العربية الإسلامية، فقد اختلفت المصادر بخصوص ممارسة الأطباء المسلمين لتشريح الجثث الآدمية؛ فبعض المصادر تذكر أن العرب بوجه عام لم يساهموا في تطوير علم التشريح بالمستوى الذي أسهموا به في تطوير العلوم الأخرى كالطب مثلاً، ولم ينقل أنهم شرحوا جثة الآدمي، وذلك لاعتبار تشريح الجثة فيه انتهاك لحرمة الميت امتثالاً لقوله "ص" « كسر عظم الميت مثل كسره حيا ».

1 - بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 13.

2 - المرجع نفسه، ص 14.

3 - OSSOUKINE Abdelhafid, L'éthique Biomédicale, éditions dar Gharb, Oran, Alger 2000, p 172.

4 - بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 18.

لهذا اعتمد الأطباء المسلمون في علم التشريح على أقوال من سبقهم من الأطباء مثل جالينوس أين ترجمت أغلب كتبه الخاصة بالتشريح إلى العربية وذلك من طرف حنين بن إسحاق، ومن أهمها: كتاب التشريح الكبير، واختلاف التشريح، وتشريح الحيوان الحي، وعلم أبوقراط بالتشريح⁽¹⁾. أما البعض الآخر فيذكر أن الأطباء المسلمين قد مارسوا التشريح على الإنسان والحيوان وأضافوا الكثير إلى علم التشريح⁽²⁾ فقد تحدث عن التشريح كل من الرازي⁽³⁾ في كتابة الحاوي وابن سينا⁽⁴⁾ في كتابه القانون وابن النفيس كما أن الزهراوي⁽⁵⁾ ألف كتاباً سماه التصريف لمن عجز عن التأليف، يقول عنه الباحثون إن من يطلع عليه لن يمتلك عن الاعتقاد بأنه قد شرح الجثث بنفسه، لأن وصفه الدقيق لا يمكن أن يكون نتيجة تعريفات فقط⁽⁶⁾.

رابعا - أقسام التشريح وأغراضه:

تتعدد أنواع التشريح بالنظر إلى الغرض من إجرائه إلى ثلاثة أنواع، التشريح الجنائي والطبي والعلمي.

- 1 - محمود أحمد أبو ليل، حكم تشريح جثة المتوفى، مرجع سابق، ص ص 1137 - 1138.
- 2 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 146؛ عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، ص 262؛ جمال مهدي محمود الأكشنة، مرجع سابق، ص 26.
- 3 - وهو محمد بن زكريا أبو بكر الرازي، ولد عام 251-313هـ الموافق لـ 865-925، فيلسوف نابغ في الطب، الكيمياء والفلسفة، من إسهاماته في علم التشريح أنه أول من وصف الفرع الحنجري الراجع للعصب الصاعد وله مؤلفات عدة في علم الطب كالمدخل إلى الطب. انظر كل من: عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، الهامش رقم 03، ص 165؛ جمال مهدي محمود الأكشنة، مرجع سابق، ص 27؛ عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، الهامش رقم 4، ص 260.
- 4 - وهو الحسين بن عبد الله بن حسن بن علي بن سينا البلخي ثم البخاري، ولد سنة 370-428 هـ الموافق لـ 980-1037، يعد من أشهر الأطباء المسلمين، وقد ظل كتابه الموسوعي طب القانون المرجع الأول لتدريس الطب في العالم الإسلامي وحتى في أوروبا لعدة قرون، وقد تحدث ابن سينا في هذا الكتاب عن علم التشريح، انظر: عادل عبد الحميد الفجال، الهامش رقم 2 ص 165؛ جمال مهدي الأكشنة، مرجع سابق، ص 29.
- 5 - وهو العلامة علاء الدين علي بن الحرم القرشي الدمشقي الشافعي ولد سنة 607-617 هـ، يعتبر شيخ الطب بالديار المصرية، مكتشف الدورة الدموية الصغرى قبل أن يكتشفها وليام هارفي بعدة قرون، ويعتبر أول من أفرد التشريح بكتاب مستقل جمع فيه ما كتبه ابن سينا في كتابه القانون وسماه كتاب التشريح من قانون ابن سينا، انظر: عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، الهامش رقم 3، ص 165؛ جمال مهدي الأكشنة، مرجع سابق، ص ص 30 - 31.
- 6 - انظر: شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 14.

أ - التشريح الجنائي: وهو تشريح جسم الإنسان الميت بسبب الاعتداء عليه، وهو من اختصاص الطب الشرعي، والذي يعتبر فرعاً من فروع علم الطب، ومن العلوم المساعدة لعلم الإجرام الذي يهتم بالكشف عن أسباب الجريمة⁽¹⁾. والمقصد الأساسي من هذا التشريح هو الوقوف على أسباب الوفاة لكشف ملابسات واقعة معينة حتى يتبين الحق والعدل فيها⁽²⁾. فالطب الشرعي يساعد في التعرف على حقيقة وجود الجريمة أو نفيها، كما يساعد على معرفة أسباب الوفاة المجهولة إضافة إلى مساعدة رجال الأمن والقضاء في معرفة هوية الجثث المجهولة، أو التي لم يتبق منها إلا عظام قليلة⁽³⁾ وهذا كله يكون تحقيقاً لمصلحة الجاني في نفي الجناية عنه ولمصلحة المجني عليه في معرفة قاتله، أو لمصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة ومتابعة الخارجين عن القانون⁽⁴⁾.

ب - التشريح المرضي: وهو تشريح علاجي للبحث عن العلة والداء وما إذا كان المرض المسبب للوفاة يعد وباء يخشى انتشاره بين أفراد المجتمع، لكي تقوم الجهات المختصة بعمل الإجراءات الوقائية اللازمة للحد من انتشار هذا المرض⁽⁵⁾ لكن لا يمكن معرفة الأمراض وأنواعها، إلا بعد تشريح الجثة المتوفى للحصول على سبب الوفاة وطبيعة المرض، وعلاقته بمختلف الأعضاء وأجهزة الجسم. وهذه المعرفة لازمة للتعرف على الأمراض وكيفية علاجها قبل أن تؤدي إلى الوفاة وهذا بالضرورة سوف يؤدي إلى تقدم علم الطب⁽⁶⁾.

ج - التشريح التعليمي أو العلمي:

وهو عبارة عن قيام طلبة الطب بتشريح الجثث الآدمية في مشاريع كلية الطب، تحت إشراف الأطباء المدرسين، ليضطلعوا عملياً ويكونوا على دراية بأعضاء الجسم ووظائفه الظاهرة والباطنة،

- 1 - بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 433.
- 2 - انظر كل من: عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، ص 166؛ ومحمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، أحكام جرائم الاعتداء على الأموات وعقوبتها بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص ص 177 - 178.
- 3 - جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 19.
- 4 - بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 148.
- 5 - محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 177.
- 6 - رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 135؛ جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 160؛ محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 177.

وذلك للنهوض بهم علمياً وعملياً وإعدادهم لخدمة المجتمع في مختلف الجوانب الصحية.

تقتضي علم الطب وجود علم التشريح لمعرفة الداء والدواء، ولمعرفة أعضاء الجسم ووظائفها الظاهرة والباطنة، ولتطوير البحث الطبي علمياً وعملياً⁽¹⁾، لذلك ومن خلال بيان أقسام التشريح يتبين أن التشريح يلعب دوراً مهماً وفعالاً في تطوير العلوم الطبية، من خلال اكتشاف الأمراض والقضاء عليها عن طريق إجراء تجارب وأبحاث طبية على الجثث، وكذلك باكتشاف أسباب الوفاة في مجال القضايا الجنائية.

ونظراً لهذه الأهمية العلمية والعملية الذي يلعبه التشريح في مجال تطوير العلوم الطبية، فقد أصبح محل اهتمام الفقهاء والتشريعات المقارنة.

الفرع الثاني

الموقف الفقهي والقانوني من تشريح الجثث

حظي موضوع تشريح الجثث من أجل إجراء التجارب والأبحاث الطبية عليها باهتمام بالغ من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية باعتبارها من مستجدات العصر (أولاً)، كما حظي باهتمام رجال القانون، وذلك من خلال وضع نصوص تشريعية تهتم بتنظيم عمليات تشريح الجثث بمختلف أنواعها (ثانياً).

أولاً - حكم تشريح الجثث في الفقه الإسلامي:

عنيت الشريعة الإسلامية بحماية الإنسان وكرامته حياً كان أو ميتاً ومن هنا، فإن الشريعة الإسلامية تحرم المساس بجثة الميت؛ وتوجب تكريمها وعدم إهانتها، الأمر الذي اقتضى وجوب غسل الميت وتكفينه والصلاة عليه، ودفنه والنهي عن الجلوس على قبره أو نبش قبره بعد مواراته التراب⁽²⁾.

انطلاقاً من هذا، اختلف الفقهاء المعاصرون بشأن تشريح الجثث لمختلف الأغراض بين

1 - انظر كل من: حيدرة محمد، "تشريح الجثث والانتفاع بأعضاء الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الطبي الجزائري"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 6-2011، ص 58؛ رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 134؛ محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، مرجع سابق، ص 177؛ بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 148؛ عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، ص 167.

2 - حيدرة محمد، مرجع سابق، ص 58.

مجيز ومانع لها، وذلك لعدم وجود نص قطعي في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة يقضي بتحريم التشريح أو إباحتها.

كما أن الفقهاء القدامى لم يتحدثوا عن التشريح بالمعنى المعروف في العصر الحديث، ولكنهم قاموا ببيان الحكم الشرعي لبعض الأعمال التي تجري على الجثة والتي تشبه التشريح إلى حد ما، كشق بطن الميت لإخراج ما ابتلعه حال حياته⁽¹⁾ أو شق بطن المرأة الحامل لإخراج جنينها الحي، لذلك ولاعتبار أن مسألة تشريح الجثث من نوازل العصر ومستجداته التي يجب أن يكون لها حكم شرعي، حاول الفقهاء المعاصرون من خلال المجامع الفقهية والفتاوى الشرعية إبداء رأيهم في هذه المسألة.

أ - الاتجاه القائل بعدم جواز تشريح الجثث:

يقول أصحاب هذا الاتجاه بعدم جواز تشريح جثة الإنسان الميت، لتوافر ما يغني عن تشريحها، وهو تشريح الحيوانات وقد اختار هذا القول مجموعة من العلماء⁽²⁾ وقد استدلوا بالكتاب والسنة والقياس، والقواعد الشرعية لتبرير رأيهم، فقد استدلوا بالكتاب لقوله تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾⁽³⁾ ووجب الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى كرم الإنسان حياً أو ميتاً تكريماً شاملاً ما جعل تشريح جثته إهانة له، وذلك لما يترتب على التشريح من تشويه وشق وغير ذلك من الصور المهينة، فيكون التشريح بذلك محرماً⁽⁴⁾.

أما أدلتهم في السنة، وفيما روته عائشة رضي الله عنها عن نبي "ص" أنه قال «إن كسر عظم

1 - جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 63.

2 - فقد قال بهذا القول مجموعة من العلماء منهم الشيخ محمد بحيت المطيعي، مفتي الديار المصرية سابقاً، والشيخ العربي بوعيايد الطبخي، والشيخ محمد برهان الدين السنيهلي والشيخ حسن بن علي السقاف.

أما عن العلماء الذين أفتوا فقط بعدم جواز التشريح التعليمي فنجد فضيلة الشيخ خالد بن عبد الله المصلح في فتوى بعنوان حكم تشريح الأموات للعلم، تاريخ الفتوى 1424/09/11 هـ الموافق لـ 2003 على موقعه الإلكتروني:

<http://www.almosleh.com/pulish/>

انظر كل من: حيدرة محمد، مرجع سابق، ص 58؛ عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، ص 264، الهامش رقم 2؛ جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 67.

3 - سورة الإسراء، الآية رقم 70.

4 - جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص ص 265 - 266.

المؤمن ميتاً مثل كسره حياً»⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن تحريم كسر عظم الميت جاء ليشمل معنى التشريح حتى يمنعه،⁽²⁾ كما أن التشريح نوع من التمثيل وقد قال رسول الله "ص" «أغزو باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تقتلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا»⁽³⁾ كما أنه قال أيضاً «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁴⁾.

كما أن تشريح الجثة فيه تأخير للدفن، وهذا يتنافى مع ما أوجبه الفقهاء من ضرورة دفن الميت في أسرع وقت ممكن.

أما عن أدلتهم العقلية، فقد قالوا أن تشريح الجثة إهانة لأهله من الأحياء، وقد قال النبي (ص) «لا تسبوا الأموات فتؤذوا الأحياء»⁽⁵⁾ فإذا كان سبّ وشتم الميت يؤذي أهله، فكيف بالتشريح والتمثيل به فهو محرم من باب أولى.

كما استدلوا بالقياس، لما حرّمه بعض العلماء والفقهاء القدامى من شق بطن الميت لإخراج شيء ثمين ابتلعه⁽⁶⁾ وشق بطن الأم لاستخراج الجنين⁽⁷⁾، فإذا كان شق بطن الأم لإخراج الجنين الحي لا يجوز مع أن فيه مصلحة ضرورية لإنقاذ الجنين أو لإخراج المال الذي هو عنصر الحياة، فالأولى أنه لا يجوز تشريح الجثة لغير ذلك من الأسباب⁽⁸⁾.

ب - الاتجاه القائل بجواز تشريح الجثث:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجوز تشريح جثة الإنسان بعد موته عند الضرورة، ويتوافر

- 1 - أحمد بن حنبل، مرجع سابق، حديث رقم 24308، ص 354.
- 2 - عبد العزيز خليفة القصار، ص 268؛ رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 136 - 137.
- 3 - مسلم بن الحجاج النيسابوري، المسند الصحيح المختصر، المعروف بصحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة النشر، حديث رقم 1731، ص 1357.
- 4 - ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الخامس، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، دون سنة النشر، حديث رقم 2340، ص 784.
- 5 - أحمد بن حنبل، مرجع سابق، الجزء 30، حديث رقم 18210، ص 150.
- 6 - وهو ما ذهب إليه الإمام مالك والحنابلة والإباضية، انظر تفصيل القول في هذه المسألة جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 39 - 46.
- 7 - وهو ما ذهب إليه الحنفية في المشهور والإمامية وبعض المالكية والشافعية، أما الحنابلة ففيه وجهان فإذا كان المال ملكاً للميت، فلا يجوز التشريح، أما إذا كان المال ملكاً لغيره وابتلعه غصباً، فيجوز التشريح. أما إذا كان المال لغيره وابتلعه بإذنه فلا يجوز ذلك، انظر تفصيل القول بخصوص هذه المسألة: جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 53 - 58.
- 8 - عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، ص 269.

الشروط الشرعية اللازمة، وقد أخذ بهذا القول جمهور العلماء⁽¹⁾ والعديد من الفتاوى⁽²⁾ والمجامع الفقهية⁽³⁾.

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بالقياس، وبمقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية المبنية على رعاية المصالح الراجعة. فقد استدلوا بالقياس عند وجوب شق بطن جثة الأم الحامل لإخراج جنينها الذي رجت حياته⁽⁴⁾ وكذلك جواز شق بطن الميت لإخراج المال⁽⁵⁾. فقالوا فكما أوجب شق بطن الميت لإخراج ولدها إحياءً للنفس وحفظاً للحياة الإنسانية، فكذلك يجوز تشريح الميت وشق بطنه للتعرف على المرض وآثاره والبحث عن العلاج الأمثل له⁽⁶⁾.

أما عن القواعد الشرعية الكلية فقد استدلوا بما يلي: إذا تعارضت مصلحتان قدم أقواها، وإذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفها تفادياً لأشدّها، وبأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

والواقع أن هاتين القاعدتين وجهان لمبدأ واحد يقضي بتقديم المصلحة العليا، فقواعد الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية المصالح الراجعة وتحمل الضرر اللاحق لجلب مصلحة يترتب على

1 - أمثال عبد المجيد سليم والشيخ حسين مخلوف، الشيخ جاد الحق على جاد الحق، والدكتور أحمد شرف الدين، ومحمد علي البار، انظر كل من: جمال مهدي محمود الأكشنة، هامش رقم 1، ص 63-64؛ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 67-68.

2 - منها: فتوى دار الإفتاء المصرية؛ فتوى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف؛ فتوى لجنة الإفتاء بالملكة الأردنية الهاشمية 1977/5/18.

- متولي الشعراوي، أحمد حماني، يوسف القرضاوي، محمد الغزالي. نقلاً عن: بلحاج العربي، معصومية الجثة، مرجع سابق، ص 152.

3 - قرار مجلس المجمع الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة، الفترة ما بين 24 صفر - 1408 هـ الموافق ل 17 أكتوبر 1987 إلى يوم 28 صفر 1408 الموافق ل 21 أكتوبر 1987.

- قرار هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية رقم 47- الدورة التاسعة بتاريخ 1396/08/20 هـ.

- لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى الجزائري بتاريخ 1972/4/29.

انظر كل من: بلحاج العربي، معصومية الجثة، مرجع سابق، ص 153؛ جمال مهدي محمود الأكشنة، مرجع سابق، ص 65 هامش رقم 1 و2.

4 - وهذا ما ذهب إليه الحنفية وبعض المالكية والشافعية مقابل المذهب عند الحنابلة وهو مذهب الظاهرية والزيدية والأمامية، انظر تفصيل القول في هذه المسألة: جمال مهدي محمود الأكشنة، مرجع سابق، ص 42 - 43 وما بعدها الهامش رقم 2، ص 74 من المرجع نفسه.

5 - وهو ما ذهب إليه المالكية في المشهور والظاهرية، والزيدية والشافعية، انظر تفصيل القول في هذه المسألة: جمال مهدي محمود الأكشنة، المرجع السابق ص 53 وما بعدها، وكذلك الهامش رقم 4، ص 74.

6 - رقية أسعد صالح عرار، مرجع سابق، ص 138 - 139.

تقويتها ضرر أشد من هذا الضرر، ونظر لأن التشريح من الحاجات التي تتعلق بها مصلحة عامة، فإن رعاية هذه المصالح تقتضي القول بجواز التشريح⁽¹⁾.

كما أن التداعي جائز شرعاً بغير محرم، بل إنه قد يكون واجباً إذا ترتب عليه حفظ النفس والمال، ومن ثم فإن التشريح مباح ومطلوب للمصالح المشروعة التي تترتب عليه؛ غير أنه يجب أن يمضي على قدر الضرورة وهو ما ذهب إليه العلماء، كالشيخ الغزالي⁽²⁾.

وقد حدد الفقهاء المجزون للتشريح مجموعة من الضوابط الشرعية يجب الالتزام بها للقول بجواز التشريح والتي تتمثل في:

- 1 - وجوب التحقق من موت الإنسان الذي سيجري عليه التشريح.
- 2 - موافقة الميت قبل وفاته على تشريح جثته أو موافقة أهله بعد وفاته إن لم يكن قد أعطى الموافقة قبل وفاته بتشريح جثته.
- 3 - وجود ضرورة تتطلب التشريح، وذلك لأن الضرورة هي علة الحكم بإباحة التشريح تدور معها وجوداً وعدمها.
- 4 - عدم التمثيل بالجثة فيما لا يقتضيه التشريح وإعادة دفنها بعد الانتهاء من تشريحها.
- 5 - يجب أن يتجرد الرضا أو الموافقة بالتشريح عن كل اعتبار مادي، لأنه لا يجوز الاحتفاظ بالجثة قصد بيعها، أو التعامل المالي فيها بأي صورة من صور التعامل لما فيه انتهاك لحرمة الميت⁽³⁾.

تبين من خلال عرض موقف الفقهاء من تشريح الجثة، رجحان القول القائل بجواز تشريح الجثة من أجل القيام بالتجارب والأبحاث الطبية لعلاج الأمراض؛ ومن أجل التحقق من سبب الوفاة، وذلك لما يمثله التشريح من فائدة بالغة في تطوير العلوم الطبية وإيجاد العلاج اللازم للمرض والتحقق من أسباب الوفاة، مقارنة بالضرر اللاحق بالجثة. بشرط الالتزام بالضوابط الشرعية واحترام إرادة الشخص قبل وفاته مع وجوب ترميم الجثة ودفنها بعد الانتهاء من التشريح

1 - بلحاج العربي، معصومية الجثة، مرجع سابق، ص 155؛ أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ص 38-39؛ عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، ص ص 272-273.

2 - بلحاج العربي، معصومية الجثة، مرجع سابق، ص 152.

3 - انظر كل من: أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ص 71-72؛ بلحاج العربي، معصومية الجثة، مرجع سابق، ص 156؛ عادل عبد الحميد فجال، مرجع سابق، ص ص 174-178؛ عبد العزيز خليفة القصار، مرجع سابق، ص ص 282-284؛ حيدرة محمد، مرجع سابق، ص 60.

احتراما لحرمة الميت.

ثانيا - موقف القانون الوضعي من تشريح الجثث:

تناول كل من المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة مسألة تشريح الجثة قصد إجراء التجارب الطبية ويتمثل موقفها فيما يلي:

أ - موقف التشريع الجزائري من تشريح الجثث:

رغم تكريس المشرع الجزائري لحماية فعالة للجثة من خلال النصوص القانونية التي تتعلق بدفن ونقل الجثة⁽¹⁾ والتي تعاقب على كل مساس بحرمة الميت وبالمقابر⁽²⁾، إلا أنه أدخلت عدة استثناءات على هذه الحماية وذلك من أجل تحقيق مصلحة المجتمع والبشرية جمعا، ومن هذه الاستثناءات، نجد جواز تشريح الجثة لأغراض مختلفة منها، العلمية والطبية والجنائية⁽³⁾ فتشريح الجثث وإن كان ينال من جسد الإنسان بعد وفاته إلا أن القانون أباح ممارسة التشريح في حدود وبشروط معينة.

1 - بالنسبة للتشريح التعليمي أو العلمي: فبالرجوع إلى نص المادة 168 « يمكن إجراء

تشريح الجثث في الهياكل الإستشفائية بناء على ما يلي:

- طلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي

ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 من المادة 164 من هذا القانون ». مما يتبين أن المشرع الجزائري أجاز

1 - نظم المشرع الجزائري دفن الموتى بموجب الأمر رقم 75-79، المؤرخ في 15 ديسمبر 1975، المتعلق بدفن الموتى، جريدة رسمية عدد 103، صادر بتاريخ 1975/12/26.

كما نظم من خلال المرسوم رقم 75-152، 15 ديسمبر 1975، يتضمن تحديد قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة دفنها، جريدة رسمية عدد 103، صادر بتاريخ 1975/12/26.

2 - نصت عليها المواد من 150 إلى 154 من قانون العقوبات الجزائري.

3 - صدر عن الغرفة الجنائية للمحكمة العليا قرار في قضية السيد (ع.ع) ضد مركز التوليد بسعيدة والنيابة العامة، على أنه رفض غرفة الاتهام فتح تحقيق قضائي بخصوص وفاة الشخص، قصد التأكد من وجود أو انعدام الخطأ الطبي يشكل خطأ في تقدير الوقائع يبرر نقض القرار المطعون فيه. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، القسم الأول، ملف رقم 450573، بتاريخ 20/02/2008، منشور بالمجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، عدد 02، الجزائر، 2008، ص 341 وما بعدها.

المساس بالجنّة لتحقيق مصلحة علمية، وهذا بإجراء التجارب الطبية عليها من طرف الطبيب المؤهل لذلك.

وفي هذا النوع من التشريع نص المشرع الجزائي على ضرورة الالتزام ببعض القيود والضوابط المنصوص عليها في نص المادة 164 فقرة 2 و3، والتي تتمثل أساساً في ضرورة الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته للاستفادة من جثته بإجراء الأبحاث العلمية والطبية عليها، أو الحصول على موافقة أحد أعضاء الأسرة في حالة ما إذا لم يعبر الشخص صراحة عن رأيه بخصوص الاستفادة من جثته بعد وفاته، وذلك باحترام الترتيب التالي: الأب، الأم، الزوج، الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو موافقة الولي الشرعي.

أما بالنسبة للقصر والمحامين قانوناً فيجب الحصول على موافقة الأولياء الشرعيين لشخص بعد وفاته.

كما يجب التحقق من الموت الشرعي للشخص قبل تشريح جثته حسب المعايير المحددة قانوناً من قبل وزير الصحة.

بالإضافة إلى وجوب احترام المبادئ الأخلاقية الطبية المنصوص عليها في مجال البحث العلمي ومن بينها عدم الحصول على الجثث بمقابل مالي أياً كان شكله وطريقته لأن التعامل المالي يتنافى مع قواعد الأخلاق وحرمة الجثة⁽¹⁾، وعلى أن تخضع هذه البحوث لرقابة الهيئة الطبية المختصة ولجنة أخلاقيات الطب المنصوص عليها في نص المادة 168⁽²⁾.

2 - بالنسبة للتشريع الطبي العلاجي:

يمكن اعتبار نص المادة 161 بمثابة الأساس القانوني لإجراء التشريع العلاجي، فقد نصت على أنه « لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية لأغراض

1 - تنص المادة 161 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية ».

2 - تنص المادة 168 مكرر 1 والمعدلة بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 على أنه: « ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته، والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب.

يحدد تشكيل هذا المجلس وتنظيمه وسيره بموجب مرسوم ».

علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون .»

فكلمة تشخيصية تشمل التشريح الذي يكون غرضه الكشف عن الأمراض والأوبئة، أي الكشف عن الأمراض التي أدت إلى الوفاة والعمل على الوقاية منها وعلاجها.

وبخصوص الشروط الواجب توافرها للقيام بهذا النوع من التشريح فهي نفسها المتعلقة بالتشريح التعليمي، فلم ينظمها المشرع بقواعد خاصة، رغم أنها تستدعي ذلك خاصة فيما يخص مسألة الموافقة، إذ كان من الأحسن أن ينص على ضرورة إجراء التشريح الطبي لأسباب طبية بدون موافقة الشخص أو عائلته، وذلك لتوافر الضرورة الطبية التي تتمثل في الكشف عن الأوبئة وأسباب المرض والعمل على علاجها والوقاية منها، حفاظاً على صحة المجتمع وتحقيقاً للمصلحة العامة.

3 - التشريح الجنائي: رغم أن التشريح الجنائي لا يدخل في مجال التجارب الطبية التي تجرى على الجثة، إلا أنه يجب الإشارة إلى الأساس القانوني لهذا النوع من التشريح.

فبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية لا نجد نصاً صريحاً على جواز إجراء التشريح لغرض التحقيق الجنائي، إلا أنه يمكن استخلاص ذلك من نص المادة 143⁽¹⁾ والتي تنص على أنه « يحق لكل جهة قضائية حيثما تكون بصدد التحقيق في مسألة ذات طابع فني، أن تنتدب خبيراً تستعين به في مهامها إما بطلب من النيابة العامة أو من تلقاء نفسها ».

يفهم من خلال لفظ الخبرة أنه يمكن أن يكون من طرف طبيب شرعي عن طريق إجراء التشريح على الجثة لمعرفة أسباب الوفاة، كما أنه وبالرجوع إلى نص المادة 82⁽²⁾ من قانون الحالة المدنية، فنجد أنها تنص على أنه في حالة الموت المشكوك فيه، فإن ضابط الحالة المدنية لا

1 - المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية تنص: « لكل جهة قضائية تتولى التحقيق أو تجلس في الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بنذب خبير إما بناء على طلب النيابة العامة أو الخصوم أم من تلقاء نفسها . وإذا رأى قاضي التحقيق أنه موجب لطلب الخبرة فعليه أن يصد في ذلك قراراً مسبباً . ويقوم الخبراء بأداء مهمتهم تحت مراقبة قاضي التحقيق أو القاضي الذي تعينه الجهة القضائية التي أمرت بإجراء الخبرة ».

2 - المادة 82 من قانون الحالة المدنية تنص: « إذا لوحظ علامات أو آثار تدل على الموت بطرق العنف أو طرق أخرى تثير الشك، فلا يمكن إجراء الدفن إلا بعد أن يقوم ضابط الشرطة بمساعدة طبيب بتحرير محضر عن حالة الجثة والظروف المتعلقة بهذه الوفاة وكذا المعلومات التي استطاع جمعها حول أسماء ولقب الشخص المتوفى وعمره ومهنته ومكان ولادته ومسكنه ».

يصدر التصريح بالدفن إلا بعد إجراء تحليل للجثة، مما يعني أن تحليل الجثة لا يكون إلا عن طريق تشريحها من قبل طبيب شرعي⁽¹⁾.

كما يمكن إجراء التشريح أيضا بطلب من مصلحة الضمان الاجتماعي بعد موافقة القاضي في إطار حوادث العمل أو الأمراض المهنية من أجل تحديد العلاقة بين الحادث والمرض والموت⁽²⁾.

فكلها إذا مواد قانونية تنص على وجوب إجراء التشريح من أجل معرفة أسباب الوفاة، إلا أنها لا تكفي كأساس قانوني صريح يفيد معنى التشريح، لذلك وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها نجد أن نص المادة 168 المعدلة بالقانون رقم 17/90 يعتبر الأساس القانوني لجواز إجراء التشريح الجنائي، فقد نصت صراحة على وجوب إجراء تشريح الجثث في الهياكل الإستشفائية بناء على طلب السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي، والتي تنص « يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الإستشفائية بناء على ما يلي: طلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي... ».

ولقد حدد المشرع الجزائري الأشخاص المخولين بإجراء التشريح في إطار الطب الشرعي في كل من الأطباء والجراحين وهذا ما نصت عليه المادة 207 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص: « يجب على السلطة القضائية أن تعين أطباء أو جرحي أسنان أو صيادلة مختصين في الطب الشرعي، للقيام بالأعمال الطبية الشرعية ... ».

كما أنه ومن أجل القيام بعمليات التشريح على أكمل وجه والوصول إلى تحديد أسباب الوفاة، منع المشرع الجزائري القيام باستئصال الأعضاء من الجثة إذا كانت تعيق التشريح الطبي، فقد نصت المادة 165 المعدلة بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 على أنه « يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته، كتابيا، عن عدم موافقته على ذلك أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي ... ».

1 - في هذا الصدد، صدر عن الغرفة الجنائية، القسم الثاني، في قضية النيابة العامة و(ز.م) ضد القرار الصادر عن غرفة الاتهام في مجلس قضاء باتنة بتاريخ 2002/04/09، ملف رقم 1446، قرار بتاريخ 03 مارس 2004، أنه يتعين على قاضي التحقيق عند التماس وكيل الجمهورية إخراج الجثة والأمر بالتشريح، وعدم الاكتفاء بالمراسلة الجوابية للطب الشرعي. قرار منشور بالمجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، عدد 01، الجزائر، 2004، ص 306 وما بعدها.

2 - المادة 6 من الأمر رقم 66-183 الصادر في 21 جوان 1966، والمتعلق بتعويض حوادث العمل والأمراض المهنية Portant réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles modifiée et complétée.

يتبين مما سبق، أن المشرع الجزائري أجاز المساس بالجثة إما تحقيقاً لغرض علمي أو طبي أو جنائي، وهذا ما سيساهم في تطوير الأبحاث في مجال العلوم الطبية ويسمح بتحقيق العدالة من خلال الكشف عن أسباب الوفاة.

غير أنه من جهة أخرى أغفل ذكر بعض القواعد التي تنظم عمليات التشريح، فلم ينص على ضرورة ترميم الجثة بعد تشريحها، ولا الهيئات المكلفة بالرقابة باستثناء لجنة أخلاقيات الطب.

ب - موقف التشريعات المقارنة من تشريح الجثة:

يتمثل موقف التشريعات المقارنة الغربية وموقف التشريعات المقارنة العربية من تشريح الجثة فيما يلي:

1 - بالنسبة للتشريع الفرنسي:

رغم تكريس المشرع الفرنسي لنصوص قانونية تعمل على حماية الجثة⁽¹⁾ من أي عبث أو مساس أو اعتداء بها حسب نص المادة 225-17 من قانون العقوبات الفرنسي، إلا أنه تحقيقاً لأغراض علمية وعلاجية سمح المشرع الفرنسي المساس بالجثة عن طريق إجراء التشريح لأغراض علمية وعلاجية، وذلك في كل من القانون الخاص بزرع الأعضاء لسنة 1976 والقانون الخاص باحترام جسم الإنسان لسنة 1994 والتعديلات اللاحقة له خاصة القانون المتعلق بالسياسة الصحية العامة وذلك في كل من نص المادة 1232-1⁽²⁾ والمادة 1241-6⁽³⁾ من قانون الصحة العامة الفرنسي.

ولقد طبق المشرع الفرنسي قواعد الرضا المفترض بالنسبة لاستئصال الأعضاء من الجثة لأغراض علمية حسب نص المادة 3-1232⁽⁴⁾ من قانون الصحة العامة الفرنسي.

1 - يعتبر قرار مجلس الدولة الفرنسي والمسمى بقرار ميلود J Milhaud 28 جوان 1993، القرار الذي أقام العلاقة والرابطة القانونية المباشرة بين الاحترام المتعلق بالجثة واحترام كرامة وحرمية جسم الإنسان، فالجثة محمية باسم وكرامة الشخص الذي تمثله انظر:

LAUD Anne, BERTRAND Mathieu, TABUTEAU Didier, Droit de la santé, op.cit, p712.

2 - Article L1232-1 du code de la santé publique dispose que « **le prélèvement d'organes sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques** ».

3 - Article L1241-6 du code de la santé publique dispose que « **le prélèvement de tissus et des cellules et la collectes de produit du Corps humain sur une personne dont la mort a été dûment constatée ne peuvent être effectués qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et dans les conditions prévues au chapitre II de titre III** ».

4 - Article L 1232-3 du code de la santé publique modifié par la loi 2004-800 de 06 Aout 2004 dispose : « **les prélèvements à des fins scientifiques ne peuvent être pratiqués que dans le cadre de protocoles transmis préalablement à leur mise en œuvre, à l'agence de la biomédecine . Le ministre chargé de la recherche peut suspendre ou interdire la mise en œuvre de tels protocoles, lorsque la nécessité du prélèvement ou la pertinence de la recherche n'est pas établie.** ».

أما بخصوص التشريح الطبي، فبالرغم من وجود اختلاف بين التشريح الطبي والعلمي، إلا إنه خضع لنفس الأحكام فقد نصت المادة 1211-2⁽¹⁾ فقرة 3 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أن التشريح الطبي يطبق خارج إطار التحقيق القضائي من أجل الوصول إلى تشخيص أسباب الوفاة، بشرط الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته. لكن في حالة الضرورة الطبية ومن أجل الحفاظ على الصحة العامة يمكن إجراء التشريح لأسباب طبية دون الحصول على موافقة الشخص أو عائلته، وهذا التشريح يطبق حتى بالنسبة للمواطنين الذين ينتمون لديانات مختلفة⁽²⁾.

فمن هنا يتبين أن قواعد الرضا المفترض تطبق على كل أنواع التشريح⁽³⁾ باستثناء تشريح جثة القاصر والراشد المحمي، الذي يجب فيه الحصول على موافقة الأولياء وفي حالة استحالة الحصول على موافقة الوليين، فموافقة أحدهما تكفي حسب ما نصت عليه المادة 1232-2 الفقرة 2 المعدلة بقانون 800 - 2004 والمتعلق بالطب البيولوجي⁽⁴⁾.

1 - Article L1211-2 AL3 du code de la santé publique dispose que « *les autopsies sont dites médicales lorsqu'elles sont pratiquées, en dehors du cadre de mesure d'enquête ou d'instruction diligentées l'ore d'une procédure judiciaire, dans le but d'obtenir un diagnostic sur les causes du décès elles doivent être pratiquées conformément aux exigences de recherche du consentement ainsi qu'aux autres conditions prévues au chapitre II de titre III du présent livre* ».

2 - LEGROS Berengère-, op.cit, p 126 ; RENE BINET Jean, op.cit, p 42 ; Voir aussi l'article L1211-2 ALE4... « *toute fois à titre exceptionnel elles peuvent être réalisées malgré l'opposition de la personne décédée, en cas de nécessité impérieuse pour la santé publique et en l'absence d'autre procédés permettant d'obtenir une certitude diagnostique sur les causes de la mort...* ».

3 - فالشخص الراشد يمكن أن يسجل رفضه للاستئصال من جثته لأغراض علمية أو علاجية وهذا ما نصت عليه المادة 1232-1 فقرة 2 والتي تنص:

« *...ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement principalement par l'inscription sur un registre national...* ».

لكن رغم رفض الشخص الاستئصال من جثته إلا أنه لا يمنع من إجراء التحقيق القضائي حسب ما جاء في نص

المادة 1232-6 AL2

RENE BINET Jean, op.cit, p 42 ; MONDIALE Écris, L'essentiel de la Bioéthique et du droit de la biomédecine, éditions gualino l'extenso, Paris, 2008, p 121.

4 - Article L1232- 2 AL2 du code de la santé publique modifié par la loi n° 2004-800 de 06 Aout 2004 dispose que « *si la personne décédée était un mineur ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit.*

Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit ».

كما يجب على المؤسسات التي تقوم بإجراء التشريح والتي غالباً ما تكون مؤسسات استشفائية عامة أن تقدم بروتوكول البحث لوكالة الطب البيولوجي، ويقدم هذا البروتوكول حتى ولو تعلق الأمر باستئصال الأنسجة والخلايا من الجثة. وفي هذه الحالة يمكن لوزارة الصحة أن ترفض تلك الأبحاث إن لم تكن لها أهمية علمية واضحة حسب نص المادة 1232-3⁽¹⁾. وعند الانتهاء من التشريح يجب ترميم الجثة حسب ما جاء في نص المادة 1232-5⁽²⁾.

أما التشريح الطبي الشرعي، فيتم بناء على طلب من القضاء وبدون الحصول على موافقة الشخص أو عائلته حسب نص المادة 1232-6 A2⁽³⁾ والذي يتم في كليات الطب الشرعية والتي يبلغ عددها 8 مؤسسات في فرنسا.

2 - بالنسبة للتشريعات العربية:

يُلاحظ بالرجوع إلى التشريع المصري أن المادة 26 من قانون رقم 130 سنة 1946 والخاص بالمواليد والوفيات نصت على أنه « يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للاحتفاظ بها لأغراض علمية، بعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى ». وبناء على هذا النص نجد أن القانون سمح صراحةً بالمساس بجثة المتوفى من أجل المصلحة العلمية أو لإجراء التجارب الطبية⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للتشريع الجنائي المصري، فإنه لا يجيز المساس بالجثة إلا في الحالات الضرورية وهي وجود شبهة جنائية.

وهذا ما نصت عليه المادة 142 قانون الإجراءات الجزائية على أنه « لا يجوز تشريح جثث الأشخاص المشتبه في وفاتهم ولا التصريح بدفنهم إلا إذا أدلت النيابة المختصة بذلك ».

وبالرجوع إلى القانون السوري رقم 31-72، المتعلق بنقل وغرس أعضاء الإنسان في مادته الثالثة، فقد نص على جواز المساس بالجثة وأخذ الأعضاء أو فتح الجثة لغاية التأكد من مرض أو

1 - Article L1232-3 du code de la santé publique modifier par la loi 2004-800 de 06 Aout 2004 dispose que « les prélèvements à des fins scientifiques ne peuvent être pratiqués que dans le cadre du protocole transmis, préalablement à leur mise en œuvre, à l'agence de la biomédecine. le ministre chargé de la recherche peut suspendre ou interdire la mise en œuvre de tels protocoles lorsque la nécessité du prélèvement ou la pertinence de la recherche n'est pas établie ».

2 - Article 1232-5 du code de la santé publique modifié par la loi 2004-800 du 06 Aout 2004 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 meilleur restauration possible du corps ».

3 - LEGROS Bérengère, op.cit, p 124.

4 - نقلاً عن : جمال مهدي محمود الأكنشة، مرجع سابق، ص 106.

وباء أصيب به المتوفى. بقولها « لا يعتد باعتراض الأقرباء إذا كان فتح الجثة لضرورات العلمية وللتأكد من الإصابة بمرض وبائي ».

وسمح التشريع التونسي المتعلق بأخذ الأعضاء وزرعها، بنقل الأعضاء لأغراض علمية وعلاجية في الفصل الثالث منه والذي ينص « يجوز أخذ عضو من جثة شخص ميت لغاية علاجية أو علمية »⁽¹⁾.

كما نجد القانون المغربي المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة وأخذها وزرعها، نص على جواز أخذ الأعضاء لأغراض علاجية وعلمية حسب نص المادة 3 منه بقولها « لا يجوز أن يتم التبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها إلا لغرض علاجي أو علمي ». مما يفهم أنه يجوز المساس بالجثة لغرض تشريحي علمي ومن أجل تطوير العلوم الطبية.

يتبين من العرض السابق، أن جل التشريعات أقرت بمشروعية عمليات التشريح الجثث لكن بشروط وضوابط قانونية تتمثل أساساً في ضرورة الحصول على موافقة الشخص قبل وفاته، على الاستئصال من جثته لأغراض علمية أو علاجية، أو موافقة الأهل أو الأسرة أو الولي الشرعي بعد وفاته في حالة ما إذا لم يعبر الشخص عن موقفه.

إضافة إلى ضرورة التحقق من وفاة الشخص المراد تشريحه، وتوافر الغرض العلاجي أو العلمي من إجراء التشريح، إضافة إلى منع الحصول على الجثة بمقابل أو عن طريق البيع والشراء، وهذا من أجل تفادي أية إهانة لكرامة الجثة وأي استغلال واعتداء على الأشخاص، مع وجوب إجراء هذه العمليات في المؤسسات الصحية المعتمدة وإخضاعها لرقابة اللجان المختصة ووزارة الصحة، التي تضمن حماية الأشخاص من كل اعتداء على سلامتهم الجسدية.

المطلب الثاني

إجراء التجارب الطبية على الأجنة البشرية

لا يتحقق إجراء التجارب الطبية على الإنسان إلا بعد سبق إجرائها على الحيوان لفترة معينة، وذلك من أجل تفادي أي خطر على الإنسان ومن أجل التأكد من صحة التجربة، غير أنه مهما بلغت دقة التجربة التي تجرى على الحيوانات خاصة القريبة بيولوجياً من الإنسان كالقردة مثلاً، إلا أن نتائجها لا يمكن تطبيقها كلها على الإنسان باعتبارها غير مضمونة النتائج في الكثير من الأحيان.

1 - بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 430.

لذلك، توجهت أنظار العلماء والباحثين في علم البيولوجيا والتكنولوجيا الحيوية إلى الاعتماد على الأجنة البشرية كمحل لإجراء التجارب الطبية، كما سمح تكوين الأجنة في الأنابيب في إطار معالجة مشكلة العقم أو ما يسمى بتقنية التلقيح الاصطناعي إلى دراسة المراحل الأولى لتكوين الأجنة البشرية وفهم سلوك الخلايا الجنينية خاصة منها الخلايا الجذعية التي تم اكتشاف أهميتها العلمية والطبية.

نتيجة لهذا، أصبحت التجارب والأبحاث تتعمق في مجال الخلايا الجذعية الجنينية، لذلك وللإطلاع على حكم إجراء هذه الأبحاث والتجارب الطبية سيتم تناول حكم إجراء التجارب والأبحاث على الأجنة (الفرع الأول)، ثم حكم إجراء التجارب على الخلايا الجذعية الجنينية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إجراء التجارب الطبية على الأجنة والبويضات الملقحة

أثبتت التجارب أن النتائج على الأجنة الحيوانية قد لا تكون بالضرورة مطابقة لما يحدث في الإنسان، لهذا انصرف اهتمام العلماء والباحثين إلى إجراء التجارب والأبحاث على الأجنة البشرية، من أجل تطوير المعارف والأبحاث فيما يخص عمليات الانقسام والتكاثر والأمراض الوراثية والتشوهات الخلفية الناتجة عن عوامل وراثية.

بالتالي، أصبح من المؤكد أن استغلال الأجنة البشرية يثير العديد من التساؤلات من الناحية الدينية والقانونية، ومن ثم وجب تحديد المقصود بالبويضات والأجنة البشرية (أولاً)، وحكم إجرائها من الناحية الشرعية والقانونية (ثانياً).

أولاً - المقصود بالأجنة والبويضات الملقحة:

يعتقد البعض أن الجنين هو البويضة الملقحة، ولا فرق بينهما فهما اسمان لشيء واحد، إلا أن البعض الآخر يرى العكس، فالبويضة الملقحة هي جنين باكر أو كما يدعى أحياناً ما قبل الأجنة préombrion⁽¹⁾ لذلك ولمعرفة العلاقة بين الجنين والبويضة الملقحة، وفيما إذا كانت البويضة الملقحة هي الجنين، فيجب تعريف كل من الجنين والبويضة (أ) ثم تحديد بداية الحياة الإنسانية (ب).

1 - فقد قال محمد علي البار، أن الأجنة بالمعنى المعروف هي مجرد لقائح لا تتعدي نموها مرحلة الانقسام إلى 4 أو 8 خلايا، كما أن إطلاق تسمية بنوك الأجنة، إنما هو إطلاق إعلامي، وليس إطلاق علمي، فلا توجد أجنة تجمد إنما البويضات الملقحة هي التي تجمد. نقلاً عن: إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 490.

أ - تعريف الجنين:

الجنين لغة مأخوذ من جن الشيء يجنه جنا ستره، وكل شيء ستر عنك، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه⁽¹⁾.

وجاء في مصباح المنير، الجنين وصف له ما دام في بطن أمه والجمع أجنة، سمي بذلك لاستتاره فإذا ولد فهو منفوس⁽²⁾.

أما تعريف الجنين اصطلاحاً، فقد اختلف الفقهاء والأطباء في تعريف الجنين على النحو التالي:

1 - تعريف الجنين عند الفقهاء: اختلف الفقهاء القدامى في الفقه الإسلامي في تعريف

الجنين، فهو عند الحنفية ما استبان خلقه أو بعض خلقه، وأما ما لم يستبان شيء من خلقه فليس بجنين، إنما هو مضغة أو علقة⁽³⁾.

والمقصود باستبان بعض خلقه، أن يظهر منه شيء كأصبع أو ظفر أو نحو ذلك، أما إذا لم يستبان شيء من خلقه فليس بجنين، لذا أباحوا للمرأة أن تعالج حتى استتزال الدم ما دام الحمل علقة أو مضغة ولم يخلق له عضو⁽⁴⁾.

وعند المالكية، يرى أن لفظ الجنين يشمل كل ما ألقته المرأة من دم متجمع، سواء كان مضغة أو علقة. وعند الشافعية، ما بدأ فيه التخطيط والتخليق ولو كان مضغة لا تدركها إلا القوابل، أي ما تجاوز مرحلة النطفة والعلقة والمضغة، حتى يتبين منه شيء من خلق الآدمي، كأصبع أو ظفر أو عين⁽⁵⁾.

1 - إسماعيل غازي مرحبا، المرجع السابق، ص 389.

2 - انظر كل من: أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2010، ص 17؛ يمينه شودار، التكليف الشرعي للانتفاع بالأجنة في زراعة الأعضاء، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، مجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص 76.

3 - إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 499.

4 - أيمن مصطفى الجمل، مرجع سابق، ص 19.

5 - ووسيلتهم في معرفة ما إذا كان الدم المجتمع أو العلقة يتكون منه مخلوق أم لا إنما يكون عن طريق صب الماء الحار عليه فإذا لم يذب فهو جنين، وإذا ذاب فليس بشيء. انظر: أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص 19 - 20.

أما عند الحنابلة، فما كان فيه صورة خلق لأدمي أو لم تكن فيه تلك الصورة غير أنه قد شهد ثقّات من القوالب بأن فيه صورة خلق آدمي، وهذه الصورة معتبرة، حتى ولو كانت خفية.

يلاحظ من خلال هذه التعريفات أن أوسع الفقهاء في تحديد الجنين هم المالكية حيث اعتبروا العلاقة جنينا وأشدّهم في تحديده هم الحنفية، حيث لا بد وأن يكون خلق الجنين أو بعض خلقه قد استبان، وعليه فإن البيضة الملقحة حسب هذه التعريفات ليست جنينا، حتى عند أوسع المذاهب الفقهية في تحديد الجنين.

2 - تعريف الجنين في اصطلاح الأطباء:

تعريف الجنين في اصطلاح الأطباء مختلف فيه فمنهم من يطلق لفظ الجنين على الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني، بتكون الأجهزة المعروفة للإنسان ويكون ذلك فيما بين الشهر الثالث من الحمل إلى حين الولادة ومنهم من يعرفه على أنه « ثمرة الحمل في الرحم، حتى نهاية الأسبوع الثامن وبعد ذلك يدعى بالحمل »⁽¹⁾.

أما البعض الآخر فيعرف مرحلة الجنين على أنها مرحلة من مراحل الحياة الرحمية⁽²⁾ والحياة الرحمية تتكون من البيضة الملقحة، العلاقة ثم المضغة غير المخلقة، المضغة المخلقة، الجنين.

وقد جاء في تعريف المجلس الأوروبي للأبحاث الطبية سنة 1986 على أن الجنين هو « مرحلة التطور اللاحق لنمو الخلايا العصبية أي حوالي اليوم 15 من عمرها أما بعد التخصيب وقبل نمو خلايا الجهاز العصبي، فهي تسمى مرحلة ما قبل الجنين ».

أما البويضة الملقحة، فهي مرحلة النمو التي تعقب عملية الإخصاب خارج الرحم، حتى زرعها في رحم الأم⁽³⁾.

1 - إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 495.

2 - مراحل تطور الجنين ونموه جاء في القرآن الكريم منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، فالإنسان لم يخلق دفعه واحدة وإنما مر بمراحل وأطوار مختلفة حددها القرآن الكريم بدقة متناهية في أكثر من موضع، منه قوله تعالى في سورة المؤمنين، الآيتان 12-14 « وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ﴿١٢﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ﴿١٣﴾ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعُلُقَةَ مِضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٤﴾ ».

وقوله تعالى في سورة نوح الآية 13-14 « مَا لَكُمْ لَا تَرْجُونَ لِلَّهِ وَقَارًا ﴿١٣﴾ وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَارًا ﴿١٤﴾ ». انظر: أيمن مصطفى الجمل، مرجع سابق، ص 23.

3 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1996، ص ص 631 - 632.

فمن خلال التعريفات الطبية السابقة للجنين يتبين أن الأطباء يعتبرون مرحلة البويضات الملقحة مرحلة سابقة لمرحلة الجنين وتختلف عنه، مما يبين الفرق الواضح بين البويضات الملقحة والأجنة.

3 - التعريف القانوني للجنين:

أيا كان الخلاف حول تعريف الجنين عند الفقهاء والأطباء فالتعريف القانوني للجنين « يُطلق على ما في الرحم من بدء التكوين بحدوث التلقيح والاستقرار فيه ».

أو يطلق على « بيضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوي للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة »⁽¹⁾.

الأمر الذي يستفاد منه أنه بمجرد تلقيح الحيوان المنوي لبيضة المرأة داخل الرحم تعتبر حاملاً، ومن ثم فإن كل اعتداء يقع عليه خلال تلك الفترة يشكل جريمة معاقب عليها وتسري عليها نصوص التجريم الخاصة بالإجهاض والتي نص عليها قانون العقوبات.

فيعني هذا حسب التعريف القانوني، ألا فرق بين البيضة الملقحة والجنين فكلاهما شيء واحد يخضعان لنفس الحماية القانونية، غير أن هذه الحماية القانونية لا تمتد إلى البيضة الملقحة، خارج الرحم في إطار عمليات التلقيح الاصطناعي⁽²⁾، ذلك لأن النصوص القانونية التي تعاقب على الإجهاض تشترط لأجل حماية حق الجنين في الحياة أن يكون داخل الرحم حتى تسري عليه الحماية⁽³⁾.

مثلاً، بالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد أنه تم التأكيد من قبل المجلس الدستوري، بموجب

1 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص 632.

2 - فتنات الإنجاب الصناعي تقوم على عملية التلقيح خارج الجسم أو خارج الرحم، بحيث يقوم الطبيب بشطف البويضات من رحم المرأة، ثم يقوم بوضع كل بويضة في طبق في سائل خاص وتلقح هذه البويضات بحيوانات منوية من الزوج أو من غيره حسب الحال، وبذلك تتكون مجموعة من البويضات الملقحة أو نطفة أمشاج، كما ورد في القرآن الكريم في سورة الإنسان الآية 2 « إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ ... »، ثم بعد ذلك تنمو هذه البويضة وتنقسم إلى 4 أو 5 خلايا حتى تصل إلى مرحلة النمو فتتغرز في الرحم، وتحسباً لفشل عملية الزرع في المرحلة الأولى، يتم سحب عدد كبير من البويضات والحيوانات المنوية وتلقح أكثر من بويضة. انظر: عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 112 - 113.

3 - وقد نصت على ذلك المواد من 304 إلى 313 من الأمر رقم 66-156 المعدل بالقانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 والمتضمن قانون العقوبات.

القرار رقم 94-343 وقرار رقم 94-344 أن الحق في الحياة يكون منذ بداية الحياة ولا يطبق على الأجنة الموجودة في الأنبوب في إطار التلقيح الاصطناعي⁽¹⁾.

كما أن الاعتداء على البويضات لا يعطي الحق في التعويض لأصحابها، وذلك لأنها لا تتمتع بالحماية القانونية، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف الإدارية دوي Douai في قرار لها في 6 ديسمبر 2005، والذي اعتبر أن الأجنة المجمدة أو البويضات المحفوظة في الأنبوب لا تعتبر بمثابة كائن بشري حي، وليس لها أي حرمة ولا قيمة مالية⁽²⁾.

كما تميز بعض التشريعات كالتشريع بريطانيا بين الأجنة حسب تطور نموها، فالبويضات الملقحة والتي لم يصل عمر نموها 14 يوم لا تخضع للحماية القانونية ويمكن بذلك الاعتداء عليها وإجهاضها وإجراء التجارب عليها.

مما يعني أن معظم التشريعات لا تعتبر البويضات الملقحة بمثابة كائن بشري يستحق الحماية، ولم تضع قواعد خاصة لحمايتها في حالة الاعتداء عليها، مما يتطلب تدخل التشريعات لتحديد وضع هذه البويضات وتقرير الحماية القانونية لها، خاصة في ظل التطورات الطبية والعلمية الراهنة.

لذلك، وبما أن الإشكال مطروح مجدداً حول طبيعة القانونية للبويضة الملقحة خارج الرحم، فيستدعى الأمر تحديد بداية الحياة الإنسانية من الناحية الفقهية والقانونية.

ب - تحديد بداية الحياة الإنسانية داخل الرحم:

رغم اتفاق الفقهاء والأطباء على وجود الحياة المطلقة أو كما يسميها البعض الحياة الخلوية أو النباتية أو الحياة بشكل عام لدى الجنين منذ لحظة التلقيح (أي تلقيح الحيوان المنوي للبويضة الأنثوية⁽³⁾) إلا أنهم اختلفوا في تحديد بداية الحياة الإنسانية على عدة اتجاهات.

فالاتجاه الأول: يرى أن الحياة الإنسانية تبدأ منذ لحظة التقاء الحيوان المنوي بالبويضة

1 - LAUDE Anne, BERTRAND Mathier, TABUTEAU Didier, op.cit, pp 645 - 646.

2 - Ibid, p 623.

3 - في عام 1875 تمكن العالم هيرتوينغ Hertwing من مشاهدة ورصد اللقاء بين الحيوانات المنوية والبويضة وما يتلوه من انقسامات خلوية، فكان بذلك أول من عرف من علماء الغرب دور كل من الحيوان المنوي والبويضة في تكون الجنين، وهكذا تخلت البشرية عن فكرة الجنين القزم، انظر: إسماعيل مرحبا، مرجع سابق، ص 517.

الملقحة وهو قول بعض الفقهاء والأطباء⁽¹⁾ وعللوا ذلك بما أقره الشرع من أن المرأة التي تحمل بيضة ملقحة هي من أولاة الأحمال فلا فرق بين أن تكون مدة الحمل طويلة أو قصيرة، كما أن الجناية على الحمل في أي طور من أطواره غير مشروع وموجب للإثم، إلا إذا كان هناك مسوغ شرعي يوجب الإجهاض⁽²⁾.

كما استند الأطباء في تبريرهم إلى أن الحياة سابقة على نفخ الروح واستقبال الروح إنما يحدث خلال حياة الجنين، وليس بداية لها، كما أن استقبال الروح بالنسبة للعمل الطبي أمر غيبي محض، لا يعلم له أي أثر.

فتسمية الحياة قبل نفخ الروح، على أنها حياة نباتية غير صحيح، ذلك لأن النبات ليس له جهاز حركي فعال ولا جهاز عصبي، كما أن أسلوبه الغذائي مختلف، فهو يستهلك أكسيد الكربون ويفرز الأكسجين ويقتات على الضوء⁽³⁾.

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه أن الحياة الإنسانية تكون بنفخ الروح وهو قول جمهور المعاصرين من الفقهاء⁽⁴⁾، وذلك اتفاقاً لما ذهب إليه الفقهاء القدامى، من أن بدء الحياة الإنسانية في الجنين لا تكون إلا بعد 120 يوم، أخذاً بالحديث الذي رواه ابن مسعود رضي الله عنه حيث قال: حدثنا رسول الله "ص" وهو الصادق المصدوق « إن أحكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقه مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله إليه ملكاً بأربع كلمات فيكتب عمله، وأجله ورزقه وشقي أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح »⁽⁵⁾.

فالحياة إذن حسب هؤلاء الفقهاء مجردة من روح ولا يكون ذلك إلا بعد 120 يوم من نفخ الروح فيه.

الاتجاه الثالث: يقول أن الحياة الإنسانية تبدأ من وقت علق البيضة الملقحة بالرحم، وهو

1 - من بين الفقهاء نجد قول الإمام أبي حامد الغزالي أن أول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة، انظر كل من: عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 120؛ إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، هامش رقم 3، ص 518.

2 - أيمن مصطفى الجميل، مرجع سابق، ص 58.

3 - المرجع نفسه، ص 60.

4 - ومن بينهم محمد نعيم ياسين، محمد الأشقر أحمد شوى إبراهيم، زكريا البري. نقلاً عن: إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 519.

5 - أخرجه البخاري في كتابه الأنبياء باب خلف آدم صلوات الله عليه، جزء 1212/3، حديث رقم 3154 نقلاً عن: أيمن مصطفى الجمل، مرجع سابق، ص 53.

قول بعض الأطباء إضافة إلى بعض الفقهاء، ويكون ذلك بعد الأسبوع الثامن وهذا لأن النطفة الأمشاج لا تستقر مباشرة في الرحم، بل تستمر في رحلتها أياماً أخرى حتى تعلق بجدار الرحم، وذلك لما رواه عن جابر بن عبد الله أن رسول "ص" قال « إذا استقرت النطفة في الرحم أربعين يوماً أو أربعين ليلة بعث الله إليها ملكاً فيقول يا رب ما رزقته فيقال له، فيقال يا رب أذكر أم أنثى فيعلم، فيقول يا رب شقي أو سعيد، فيعلم »⁽¹⁾.

بعد عرض أقوال الفقهاء بخصوص بداية الحياة الإنسانية تبين أن مسألة تحديد بداية الحياة الإنسانية داخل الرحم، مسألة تار خلاف بخصوصها سواء بين الأطباء أو الفقهاء، مما يصعب اتخاذ موقف بخصوص هذه المسألة باعتبارها مسألة طبية ودينية يصعب التحكم فيها؛ إلا، أن الراجح حسب اعتقادي هو ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني القائل بأن الحياة الإنسانية داخل الرحم تبدأ بنفخ الروح وذلك لما ذكره من أدلة والله أعلم.

ثانياً - حكم التجارب والأبحاث الطبية على الأجنة والبويضات الملقحة:

إجراء التجارب الطبية على الأجنة واللقاحات الآدمية أو البويضات الملقحة أصبح محل اهتمام التشريعات المقارنة لما لها من أهمية علمية بالغة في تطوير الأبحاث الطبية، وعلاج الأمراض واكتشاف حالات الإجهاض المتكررة والأمراض الوراثية المختلفة.

كما أنها أصبحت محل اهتمام بالغ من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية، باعتبارها من نوازل العصر التي لم يرد بها نص صريح، ما دفع بالفقهاء إلى البحث في هذه المسألة، لذلك سنتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من هذه التجارب (أ) ثم موقف القوانين الوضعية من إجراء التجارب على الأجنة البشرية (ب).

أ - موقف الشريعة الإسلامية من إجراء التجارب على الأجنة والبويضات الملقحة خارج الرحم: الشريعة الإسلامية تعد أول تشريع في العالم نظم أحكام الجنين والحقوق المتعلقة به، بوصفه أصل الإنسان ومادته فأحاطه بالحماية وبسياج من الحقوق، إذ حرمت الاعتداء عليه أو تشويهه والعبث به عن طريق إجراء التجارب والأبحاث الطبية عليه، لأن في ذلك اعتداء على حياته ووجوده⁽²⁾.

1 - أبو بكر جعفر بن محمد الفريابي، كتاب القدر، تحقيق عبد الله بن حمد المنصور، دار أضواء السلف، العربية السعودية، 1997، حديث رقم 143، ص 121.

2 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 465.

غير أنه لو أجهض الجنين لسبب شرعي أو مبرر علاجي، فيجوز إجراء التجارب والأبحاث العلمية عليه شريطة أن يكون ذلك في حدود الضرورة، وتحقيقاً للمصالح الشرعية المعتبرة وبالضوابط التي يستلزمها الشرع، وهي ضرورة الحصول على رضا الوالدين وضرورة التحقق من الوفاة، ووجوب إجراء الموازنة بين الأضرار والمنافع المترتبة عن التجربة، مع الأخذ بنفس الشروط والأحكام المتقررة عند الاستفادة من أعضاء الشخص الميت⁽¹⁾.

أما الاستفادة من هذه الأجنة عن طريق الإجهاض المتعمد فلا يجوز ذلك في أي مرحلة من مراحل الحمل⁽²⁾.

وبخصوص إجراء التجارب والأبحاث على البويضات الملقحة خارج الرحم، فيوجد اختلاف بين الفقهاء بخصوص هذه المسألة، فهناك من يقول بجوازها وهو قول الاتجاه الثاني الذي يرى بأن الحياة الإنسانية تبدأ بنفخ الروح وهو قول أكثر العلماء المعاصرين، كما قال بجوازه الكثير من المشاركين في ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، بشرط عدم تغيير فطرة الله، والابتعاد عن استغلال العلم للشر والفناء والتخريب، مع ضرورة أن يكون مصدرها مشروعاً أي نطفة والبويضة من الزوجين في إطار الزواج الشرعي، وبشرط أن لا يتم تلقيح البويضات خصيصاً لغرض إجراء التجارب الطبية.

وقد قيل بجواز إجراء هذه التجارب لأن هذه البويضات تعد ميتة حكماً، كما أن الاستفادة منها ضرورة ما دام أنها ستهدر، لما لها من فوائد علمية وطبية وإنسانية، فالقواعد العامة يجوز مخالفتها لمصلحة ضرورية لا بد منها أو لحاجة ماسة مؤكدة⁽³⁾.

1 - وهذا ما جاء في قرار اللجنة الطبية الفقهية الأردنية وهي اللجنة الفقهية التاسعة لجمعية العلوم الطبية الإسلامية في الأردن حيث جاء فيها « يجوز الاستفادة من أعضاء الأجنة المجهضة المحكوم بموتها ».

2 - وهذا ما جاء به قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، قرار رقم 140 (1407/06/20 هـ) حيث جاء فيه « لا يجوز إسقاط الحمل في مختلف مراحله إلا لمبرر شرعي وفي حدود ضيقة جداً ».

- إذا كان الحمل في الطور الأول وهي مدة 40 يوم وكان في إسقاطه مصلحة مشروعة أو دفع ضرر متوقع، جاز إسقاطه أما إسقاطه في نفس المدة لسبب المشقة في تربية الأولاد أو الخوف من العجز عن تكاليف معيشية فغير جائز.

- لا يجوز إسقاط الحمل إذا كان علقه أو مضغة حتى تقرر لجنة طبية موثوقة ذلك وبعد أن تتأكد أن هناك ضرر على سلامة الأم.

- بعد الطور الثالث وبعد إكمال 4 أشهر للحمل، لا يحل إسقاطه حتى يقرر جمع من الأطباء أن بقاء الجنين في بطن أمه بسبب موتها ». انظر: إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 825.

3 - انظر كل من إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 555؛ عارف علي عارف القره داغي، مرجع سابق، ص 208؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 154.

أما الاتجاه القائل بأن الحياة الإنسانية تبدأ من التلقيح، فهذا يقول بعدم إهدار هذه البويضات الملقحة وعدم الاعتداء عليها بإجراء التجارب عليها، لأن فيها حياة إنسانية ولها حرمة كالتى داخل الرحم⁽¹⁾ واستدلوا بذلك لما في ذلك من امتهان للإنسان في بداية حياته ضد ما كرمه الله، فالكرامة تبدأ من أول يوم خلق الله الإنسان فيها.

كما أن هذه الأجنة مستقبلة للحياة، فلا يجوز الاستفادة منها ما دامت ستكون إنساناً ولو احتمالاً، ولا يجوز أن يكون طريقها إلا لما خلقت له وهو العلوق في رحم الأم⁽²⁾؛ لذلك جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي⁽³⁾ حول تجميد البويضات الملقحة واستعمالها في التجارب الطبية والعلمية، عدم تلقيح البويضات الزائدة عن الحاجة من أجل البحث ومنع تجميد هذه البويضات تجنباً لاختلاط الأنساب واستغلال هذه الأجنة أو التعدي عليها، أما إذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجود فإنها تترك دون عناية طبية إلا أن تنتهي حياتها.

ب - موقف القوانين الوضعية من إجراء التجارب على الأجنة والبويضات الملقحة خارج الرحم:
اختلفت درجة اهتمام التشريعات الوضعية من إجراء التجارب على الأجنة والبويضات الملقحة خارج الرحم، وتباينت مواقفها ما بين التشريعات الغربية منها والعربية.

1 - موقف التشريعات الغربية:

نظراً للأهمية العلمية التي تحققها التجارب الطبية على الأجنة البشرية والبويضات الملقحة في إطار التلقيح الاصطناعي، اهتمت التشريعات المقارنة الغربية بتنظيم هذه التجارب، وتباينت مواقفها فانقسمت إلى أربع اتجاهات:

أولاً؛ تشريعات أباحت إجراء التجارب الطبية على الأجنة واللقائح البشرية بدون أية قيود⁽⁴⁾، وفي مقدمتها بريطانيا، التي لم تسمح فقط بإجراء التجارب على البويضات الملقحة في

1 - وهو قول بعض المعاصرين من الفقهاء كالأشاذلي محمد مختار السلامي، شيخ عبد السلام العبادي، أما من الأطباء فنجد حسان حنوت، عبد الله باسلامة. انظر: إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 551.

2 - انظر كلا من: صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، دراسة مقارنة مقارنة، ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2012 - 2013، ص ص 131 - 132؛ عارف علي عارف القره داغي، مرجع سابق، ص 208؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 153.

3 - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 6/6/55، بشأن البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية، من 17 - 23 شعبان، 1410 هـ، الموافق لـ 14-20 مارس 1990.

4 - ومن بينها نجد في أوروبا كل من بلجيكا وإسبانيا والسويد وفي بقية أنحاء العالم نجد روسيا وأوكرانيا والصين، واليابان، كوريا الجنوبية وغيرها، انظر كل من:

إطار التلقيح الاصطناعي، بل أجازت تخليق الأجنة بغرض البحث.

كما أباحت تصدير واستيراد البويضات الملقحة من أجل البحث⁽¹⁾، فقد أجاز البرلمان البريطاني سنة 1990 إجراء البحوث على الأجنة، كما سمح باستخدام الخلايا الجذعية الجنينية لإغراض البحث والعلاج وذلك في سنة 2000، وهذا لأن بريطانيا تتطلق من فكرة اللامحدودية في البحث ومجالات المعرفة، بشرط الحصول على رضا الأطراف وبدون مقابل مالي، كما سمحت باستنساخ الأجنة لأغراض علاجية بمقتضى قانون الأجنة الصادر في يناير 2001، إلا أنها منعت الاستنساخ البشري أو التكاثر الجيني لاعتبارات أخلاقية⁽²⁾.

ثانياً؛ تشريعات سمحت بإجراء التجارب على الأجنة بقيود، ومن بينها أغلبية التشريعات الأوروبية⁽³⁾ حيث سمحت بإجراء التجارب على الأجنة لكن في الوقت نفسه منعت تخليق الأجنة واستنساخ الأجنة من أجل البحث.

ونجد في مقدمتها التشريع الفرنسي، فبعدما كان يمنع إجراء الأبحاث والتجارب على الأجنة البشرية باستثناء إجراء الدراسات التي لا تضر بالجنين⁽⁴⁾، عاد فغير موقفه خاصة بعد ظهور أهمية الخلايا الجذعية في تطوير المعارف البيولوجية وفي علاج الأمراض المستعصية، بموجب القانون رقم 800-2004 لـ 6 أوت 2004 والمتعلق بالطب البيولوجي، وذلك بأن سمح بإجراء التجارب والأبحاث على البويضات الملقحة في إطار عمليات التلقيح الاصطناعي⁽⁵⁾.

مما يعني أن موقف المشرع الفرنسي يتأرجح بين اعتبار الجنين شخصاً وشيئاً في الوقت نفسه، باعتباره منع إجراء التجارب على الأجنة، لكن بالمقابل سمح بإجراء التجارب على البويضات الملقحة⁽⁶⁾، حيث نجد أنه أدرج فصل سابع في الكتاب الأول من الجزء الثاني من قانون

=Agence de la biomédecine, op.cit, p 45 ; GHAWTHI Hadj Eddine Sarl Ali, op.cit, pp 18 - 19.

1 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، مرجع سابق، ص 640.

2 - انظر كل من: ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص ص 457 - 458؛

HEYMANNE DOAT Arlette, CALVES Gwénaél, op.cit, p 175.

3 - ومن بينها بلغاريا ودانمارك وكرواتيا وفنلندا والنرويج وسويسرا، أستراليا، كندا، انظر:

Agence de la biomédecine, op.cit, p 47.

4 - وفقاً للقانون 1994-654 لـ 29 جويلية 1994، المتعلق بالطب البيولوجي. انظر كل من:

MONDIELLI Eric, op.cit p 122 ; LAUDE Anne, Droit de la santé, «étude et commentaires...», panorama N° 35, Recueil Dalloz, 16 Octobre 2014, p 2026.

5 - LAUDE Anne, MATHIER Bertrand - TABUTEAU Didier, Droit de la santé, op.cit, pp 643 - 644; RENE BINET Jean, op.cit, p 81; Agence de la biomédecine, op.cit, p 44.

6 - MONDIELLI Eric, op.cit, p 122.

الصحة العامة يتعلق بالأبحاث على الأجنة والخلايا الجذعية الجنينية.

فحسب المادة 2151-5 المعدلة بالقانون 2004، سمح من خلاله بإجراء الأبحاث والدراسات على الأجنة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي التي لا تكون محل مشروع التلقيح، أو التي تم إنتاجها لهذا الغرض أو نتيجة طلاق أو وفاة أو تركا للمشروع الأبوي، وذلك بترخيص لمدة 5 سنوات حسب ما جاء في نص المادة 2151-5 فقرة 3 مع ضرورة إخضاع بروتوكول التجربة لرقابة وكالة الطب البيولوجي، وبعد الحصول على موافقة الزوجين.

من جهة أخرى، وبعد تعديل قانون الصحة العامة بقانون الطب البيولوجي لسنة 2011، أكد المشرع الفرنسي على المبدأ نفسه، أي منع إجراء الأبحاث على الأجنة لكنه أجاز بصفة استثنائية إجراء الأبحاث على البويضات الملقحة الناتجة في إطار عمليات التلقيح الاصطناعي.

سمح كذلك بإنشاء بويضات ملقحة من أجل البحث والدراسة والتجارب بشرط موافقة الزوجين⁽¹⁾ كما تمسك بنظام الحصول على الترخيص من قبل وكالة الطب البيولوجي، بشرط الحصول على موافقة الزوجة المكتوبة وبإعطائهم مهلة 3 أشهر للتفكير واتخاذ القرار مع وجوب إجراء هذه التجارب من قبل طبيب مؤهل وفي المؤسسات المرخص لها بذلك، مما يعني أن القانون الفرنسي يحمي حق الأولياء على الأجنة وليس الأجنة بحد ذاتها⁽²⁾.

على هذا، سمح باستيراد وتصدير الخلايا الجنينية بموجب المادة 2151-6⁽³⁾ بشرط أن تخضع هذه الخلايا المستوردة للمبادئ العامة المنصوص عليها في التقنين المدني الفرنسي كعدم مالية جسم الإنسان⁽⁴⁾ ومبدأ السرية⁽⁵⁾، مع منعه نقل الأجنة لأغراض تجارية أو صناعية إضافة

1 - Article L2141-3 du code de la santé publique.

2 - Voir la loi n° 2013-715 du 06 Août 2013, tendant à modifier la loi 2011-814 de 07 Juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sur certain conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. JORF, N° 0182, du 07/08/2013, p 13449.

3 - Article L2151-6 du code de la santé publique.

فبعدما منع استيراد وتصدير الأجنة بموجب المرسوم رقم 2000-156 المؤرخ في 23 فبراير 2000، المعدل لقانون الصحة العام والمتعلق بتنظيم عمليات استيراد وتصدير الأعضاء والأنسجة ومشتقاتها، عاد وغير موقفه ورخص باستيرادها وتصديرها بموجب القانون رقم 2004-800 المتعلق بأخلاقيات العلوم الحيوية وذلك بموجب المرسوم رقم 2000-156.

4 - Article 16-1 du Code civil français dispose: « *chacun a droit au respect de son corps*

Le corps humain est inviolable

Le corps humain, ses éléments et ces produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

5 - Article 16-8 du Code civil français dispose : « *aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur* ».

إلى منعه استئساخ الأجنة من أجل البحث والاستئساخ العلاجي⁽¹⁾.

وعلى كل حال، وفي حالة عدم احترام هذه الشروط رتب المشرع الفرنسي عقوبات في قانون العقوبات الفرنسي، تتمثل في 7 سنوات سجن وغرامة تقدر بـ 100.000 أورو⁽²⁾.

أما عن مسألة إجراء الأبحاث والتجارب على الأجنة المجهضة، فقد سمح المشرع الفرنسي بإجراء التجارب والأبحاث على هذه الأجنة المجهضة سواء لأغراض تشخيصية أو علاجية أو علمية⁽³⁾، وسواء كان الإجهاض ناتجاً عن سبب طبي كأن يكون هناك خطر يهدد حياة الأم في حالة متابعة الحمل أو أن هناك نسبة قوية أو احتمالاً قوياً في إمكانية ولادة طفل بمرض خطير يصعب شفاؤه⁽⁴⁾، أو كان الإجهاض أو الوقف الإداري للحمل بطلب من الأم إذا كانت في حالة ضيق شديدة⁽⁵⁾.

ولقد اشترط من أجل إجراء هذه التجارب وجوب إعلام المرأة بهدف الاستئصال وبهدف التجربة مع ضرورة الحصول على موافقتها الكتابية، إضافة إلى وجوب إخضاع التجربة لرقابة وكالة الطب البيولوجي⁽⁶⁾، ولرقابة وزير الصحة الذي يمكن له أن يرفض إجراء التجربة إذا تبين له عدم وجود أية أهمية علمية لهذه التجربة، أو عدم احترام القواعد الأخلاقية والطبية⁽⁷⁾.

ثالثاً؛ تشريعات متشددة في مجال إجراء التجارب الطبية على الأجنة البشرية، من بينها ألمانيا وإيطاليا، ففي ألمانيا تعتبر التجارب والأبحاث الخاصة بالوراثة من المواضيع الحساسة بسبب التجارب النازية لابتكار الجنين المسيطر⁽⁸⁾، لذلك فقد أصدرت ألمانيا قانون يحمي الجنين منذ سنة 1990 منعت من خلاله إنشاء الأجنة لأغراض الأبحاث والتجارب، ومنعت الاستئساخ العلاجي والتكاثري.

لكن، رغم هذا المنع ونظراً لرغبة ألمانيا في التوفيق بين البحث العلمي وحماية حرمة الأجنة،

1 - وهذا ما نصت عليه المادة 2151-4 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

2 - Article 511-18 du Code pénal, Article 511-17 du Code pénal.

3 - وهذا ما نصت عليه المادة 1241-5 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

4 - وهذا ما نصت عليه المادة 1-2213 من القانون نفسه.

5 - وهذا ما نصت عليه المادة 1-2212 من القانون نفسه.

6 - وهذا ما نصت عليه المادة 1241-5 من القانون نفسه.

7 - LAUDE Anne BERTRAND Mathieu- TABUTEAU Didier, Droit de la santé, op.cit, p 614.

8 - انظر كل من: رضا عبد الحليم عبد المجيد، مرجع سابق، ص 641؛ ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص

455؛ Agence de la biomédecine, op.cit, p 48.

سمحت بإجراء الأبحاث والتجارب على الخلايا الجنينية المستوردة والتي يعود تاريخ استيرادها إلى 1 ماي 2007، وذلك بموجب القانون سنة 2002، ومن جهة أخرى، منعت استئساخ الأجنة وإجراء التجارب عليها.

رابعاً؛ تشريعات منعت تماماً إجراء الأبحاث والتجارب على الأجنة والبويضات الملقحة والتي تتمثل خاصة في الأوتريش منذ سنة 1992 وإرلاندا وبولونيا وسلوفاكيا، بلغاريا أما في باقي أنحاء العالم فنجد إكوادور، بيرو، أورغواي، فنزويلا، والشيلي⁽¹⁾.

2 - موقف التشريعات العربية:

يُلاحظ بخصوص موقف التشريعات العربية غياباً تاماً لأي تنظيم لهذه الأبحاث والتجارب على الأجنة البشرية، فلم تضبط هذه الممارسات بأحكام وضوابط خاصة ولم تمنعها صراحة، باستثناء الوضع بالنسبة للتشريع التونسي الذي قطع خطوات معتبرة في مجال التلقيح الاصطناعي.

فصدر سنة 2001 قانونا للطب الإنجابي بموجب القانون رقم 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001، والذي تضمن جملة من الضوابط والأحكام الواجب توافرها لإجراء مثل هذه العمليات، منها خاصة الأحكام التي تتعلق بالممارسات المحظورة، فقد منع تكوين الجنين البشري أو استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقاء النسل (تحسين النسل).

كما منع اللجوء إلى عمليات الاستئساخ وإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي قصد الدراسة والبحث أو التجريب.

غير أنه أجاز بصفة استثنائية إجراء عمليات علاجية بحتة على الجنين من أجل تفادي مرض خطير قد يتعرض له الطفل بشرط أن لا يكون فيه تغيير للخلافة، كما منع اللجوء إلى الغير للتبرع بالأمشاج ومنع استعمال رحم الأم البديلة من أجل حمل الجنين⁽²⁾.

منع، في المقابل، التشريع السعودي بموجب المرسوم الملكي رقم 59 الصادر في 1431/09/14 هـ والخاص بنظام أخلاقيات البحث على المخلوقات الحية، إنشاء الأجنة للحصول على الخلايا الجذعية لاستخدامها في البحث العلمي إلا وفق ضوابط تحددها اللائحة⁽³⁾.

ومن جهة أخرى، نص نظام وحدات الإخصاب والأجنة والعقم السعودي، على أخلاقيات التلقيح الصناعي، بأنه لا يجوز إجراء التجارب على النطف أو البويضات أو اللقائح أو الأجنة إلا لمعالجة

1 - Agence de la biomédecine, op.cit, p 49.

2 - عمرانني أحمد، مرجع سابق، ص 150 - 151.

3 - إبراهيم بن عبد العزيز آل داود، مرجع سابق، ص 56.

أمراض وراثية أو جينية، مع الحرص والاحتياط والحذر من اختلاطها أو استبدالها، كما لا يجوز إجهاض الجنين بقصد استخدامه في نقل الأعضاء أو إجراء التجارب عليه، خلافاً للإجراءات⁽¹⁾.

أما عن موقف المشرع الجزائري، فلا يختلف موقفه عن التشريعات العربية الأخرى، إذ لم ينظم مسألة إجراء التجارب الطبية على الأجنة والبويضات الملقحة بأحكام خاصة ولم يمنعها صراحة، بل أشار إلى إمكانية إجراء الأبحاث والتجارب بصفة عامة وبدون تحديد.

مما يعني إمكانية إجرائها وفقاً لشروط المتعلقة بالاستئصال من الجثة باعتبار أن الجنين يكون في حكم الميتة في حالة إسقاطه أو وفاته، وسيخضع لنفس الشروط المتعلقة بالانتفاع بالجثة وهي التحقق من الوفاة ووجوب الحصول على رضا الزوجين مع ضرورة أن تحقق هذه التجارب الأهداف العلمية والعلاجية المطلوبة.

أما، التجارب التي تجرى على البويضات الملقحة فلا يمكن أن تخضع لنفس الشروط والأحكام المتعلقة بالاستفادة من الأجنة المجهضة، وهذا لأن هذه البويضات لا تعتبر جنيناً ولا تتمتع بالحماية القانونية المقررة للجنين في ظل أحكام قانون العقوبات الجزائري الحالي، مما يستلزم تدخل المشرع الجزائري لتقرير وضع هذه البويضات الملقحة.

الفرع الثاني

إجراء التجارب والأبحاث على الخلايا الجذعية الجنينية

تعتبر التجارب الطبية على الخلايا الجذعية الجنينية صورا من صور التجارب العلمية الحديثة التي تم التركيز عليها من قبل الباحثين والعلماء في مجال الطب البيولوجي خاصة في السنوات الأخيرة؛ فقد أحدثت انقلاباً على الساحة العلمية منذ اكتشافها سنة 1998.

نظراً لهذه الأهمية العلمية التي أصبحت تؤذيها هذه الخلايا باعتبارها الخلايا الأولية التي يتكون منها الجنين الإنساني وكافة أنواع الخلايا والأنسجة، فإن معرفة المقصود بهذه الخلايا وأهميتها العلمية ومصادر الحصول عليها في منتهى الأهمية (أولاً)، وذلك للوصول إلى تحديد موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من استخدام هذه الخلايا كمحل لإجراء التجارب والأبحاث الطبية (ثانياً).

1 - نصت عليه كل من المادة 8، 9 و 10 من نظام وحدات الإخصاب والأجنة والعقم، الصادر بمقتضى المرسوم الملكي رقم م/76 بتاريخ 1424/11/21هـ.

أولاً - المقصود بالخلايا الجذعية:

لتحديد المقصود بالخلايا الجذعية يجب أولاً تعريفها وبيان مصادرها وأنواعها حسب قدرتها على التمايز.

أ - تعريف الخلايا الجذعية:

يقصد بالخلايا الجذعية: الخلايا الأولية التي لها القدرة على الانقسام والتكاثر لتعطي أنواعاً مختلفة من الخلايا المتخصصة، كخلايا العضلات وخلايا الكبد والخلايا العصبية وخلايا الجلد وغيرها⁽¹⁾.

وهذه الخلايا الأولية موجودة في الجنين الباكر ثم يقل عددها بعد ذلك، لتستمر إلى الإنسان البالغ في مواضع معينة في جسمه⁽²⁾.

ويطلق عليها أيضاً اسم الخلايا الأصلية، أو الجذرية أو الأولية أو الأساسية أو خلايا المنشأ⁽³⁾.

هذا، وقد عرفها المجلس الأوروبي، بأنها تلك الخلايا التي تجدد نفسها من خلال انقسام الخلايا القادرة على تطوير أنواع مختلفة من الخلايا في التمايز، مما يمكن أن تستخدم لتحل محل الخلايا والأنسجة⁽⁴⁾.

1 - ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 236.

2 - انظر كل من: إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 807؛ ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 230؛ ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 429؛ فواز صالح، "منح براءات الاختراع في مجال البحث على الخلايا الجذعية"، (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، مجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 201.

3 - إطلاق الخلية الأصلية عليها لأن ساق الشجرة هو بمثابة الأصل لها، وهذه الخلايا الجذعية غير المتخصصة هي أصل الخلايا المتخصصة.

أما إطلاق الجذرية عليها، لأن الجذر لغة هو الأصل من كل شيء فإطلاق الجذرية إذن يعني أن الخلايا الجذرية هي أصل الخلايا المتخصصة إذ هي متحولة منها.

وأما إطلاق الأولية، وذلك لاعتبار أنها أسبق في الوجود الزمني فالخلية تكون غير متخصصة (خلايا جذعية) ثم تتخصص بعد ذلك.

أما إطلاق الأساسية، وذلك لاعتبار أن الخلايا غير المتخصصة هي أساس لجميع أنواع الخلايا المتخصصة.

وأما إطلاق المنشأ وهذا باعتبار أن جميع الخلايا المتخصصة تنشأ وتتحوّل من هذه الخلايا عبر المتخصصة.

انظر: إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 806.

4 - نقلاً عن: ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 429.

ولقد تم اكتشاف هذه الخلايا أولاً عند القردة، ثم بدأ الباحثون في مركز البحث بجامعة ويسكون في الولايات المتحدة الأمريكية بالتفكير في استخدامها في أفق الطب البيولوجي، ليتمكنوا بعد ثلاث سنوات من إثبات وجود الخلايا الجذعية عند الإنسان منذ لحظة التلقيح البويضة من قبل الحيوان المنوي وذلك في سنة 1998⁽¹⁾.

ب - أهمية الخلايا الجذعية:

إجراء الأبحاث والتجارب على الخلايا الجذعية في منتهى الأهمية لمعرفة كيفية تكوين الجنين الإنساني، ومعرفة الكثير من أسرارها، وبالتالي فهم تطور الخلق ومداواة ما يعرض من أمراض ومختلف التشوهات الخلقية وأمراض فقر الدم والسرطان⁽²⁾، كما قد تساعد في علاج الأمراض الخاصة بالجهاز العصبي التي ليس لها علاج في الوقت الحاضر مثل مرض الزهايمر والرعاش.

إضافة إلى أن هذه الأبحاث تساعد في تطوير الأدوية ودراسة مدى تأثيرها وآثارها الجانبية قبل تجربتها على الإنسان⁽³⁾.

على هذا الأساس، يرى الباحثون أن تطوير الأبحاث في مجال الخلايا الجذعية سيساعد في معالجة الأمراض الناتجة عن فشل الأعضاء، وذلك بعزل الخلايا الجذعية من أنسجة المريض نفسه؛ ثم تحفز على الانقسام وتتحول إلى خلايا متخصصة في وظيفة معينة، فتكون بذلك مصدراً لإنتاج الخلايا الجديدة؛ وبعد ذلك، تزرع في أنسجة المريض بدل استئصال هذه الخلايا من شخص آخر متبرع لها⁽⁴⁾.

هذا، ونظر لما تمثله هذه الخلايا من أهمية علمية بارزة، أنشأت لها عدة بنوك في العالم أولها كان في بريطانيا سنة 2004، والتي يتم استخلاصها من البويضات الملقحة الفائضة من مشاريع التلقيح الاصطناعي⁽⁵⁾.

1 - فواز صالح، "منح براءات الاختراع في مجال البحث عن الخلايا الجذعية"، مرجع سابق، ص 204.

2 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 434.

3 - إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 818.

4 - ساعد تينيات، مرجع سابق، ص 242.

5 - كما قامت هيئة جائزة نوبل للطب بمنح الباحثين الأمريكيين ماريو كابتشي ووليفيرا سميثر، والباحث البريطاني مارتن إيفانز، جائزة نوبل للطب للعام 2007 عن بحوثهم بشأن الخلايا الجذعية والذين نجحوا فيها بتوليد خلايا معدلة وراثياً لأغراض البحث العلمي، وأدت هذه الاكتشافات وفقاً لما ذهبت إليه الجهة المانحة للجائزة إلى إنشاء فرع جديد للطب يعرف باستهداف الجينات. انظر: فواز صالح، "منح براءات الاختراع في مجال البحث على الخلايا الجذعية"، مرجع سابق، هامش رقم 7، ص 204.

أجازت من جهة أخرى الولايات المتحدة الأمريكية منح براءة الاختراع لمورثات والسلالات الخلوية ومن ضمنها سلالة الخلايا الجذعية⁽¹⁾، بينما محكمة العدل للاتحاد الأوروبي، تأكيداً منها لحرمة جسم الإنسان وعدم استغلاله تجارياً، استبعدت منح براءات الاختراع على الأبحاث التي تتم على الأجنة وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2011⁽²⁾.

ج - أنواع الخلايا الجذعية:

تقسم الخلايا الجذعية إلى نوعين، خلايا جذعية جنينية وخلايا جذعية بالغة، فيقصد بالخلايا الجذعية الجنينية، تلك الخلايا غير المتميزة، تؤخذ من كتلة الخلايا الداخلية في الأرومة في عمر 4 إلى 5 أيام من عمر الجنين وهي قادرة على تجديد نفسها وإعطاء جميع أنواع الخلايا تقريباً، إذ يمكن أن تتحول إلى أكثر من 200 نوع من الأنسجة المختلفة ولذلك تسمى بالخلايا متعددة القدرات⁽³⁾.

أما الخلايا الجذعية البالغة، فهي الخلايا الموجودة في جسم البالغ تؤمن تجديد الأنسجة، وهي خلايا متميزة توجد في أنسجة متميزة ومتخصصة تماماً، ولها القدرة على إعطاء جميع الخلايا المتخصصة للنسيج نفسه الذي تمت فيه ومكثت⁽⁴⁾.

إلا أنه وعلى عكس الخلايا الجذعية الجنينية، فإن الخلايا الجذعية البالغة DNA-CCH لا يمكن أن تتطور إلا بشكل محدود ومن الصعب عزلها من الأنسجة، كما أنها عرضة لتشويهاً في الحمض النووي منقوص الأكسجين بسبب الأخطار التي يمكن أن تقع أثناء عزل النسيج⁽⁵⁾.

إضافة إلى أن هذه الخلايا توجد بكميات قليلة مما يصعب عزلها، إذ يقل عددها كلما تقدم العمر بالإنسان، وليس لها نفس القدرة على التكاثر الموجودة في الخلايا الجنينية، إضافة إلى أنها لا تتمتع بقدرة التحول إلى جميع أنواع الأنسجة، فقدرتها على التحول وقدرتها على إنتاج أي نوع

1 - أجازت الولايات المتحدة الأمريكية منذ 1980 منح براءة الاختراع بشأن جرثومة قادرة على إتلاف البترول، والذي يشكل نقطة انطلاق لمنح براءة الاختراع للاختراعات المتعلقة بالتقانات الحيوية والمورثات المتعلقة بالكائنات الدقيقة، ومن بينها سلالة الخلايا الجذعية. انظر: فواز صالح، المرجع السابق، ص 210.

2 - Agence de la biomédecine, op.cit, p 49.

3 - ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص ص 236 - 237.

4 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 434؛ ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص ص 236 - 237.

5 - فواز صالح، "منح براءات الاختراع في مجال البحث على الخلايا الجذعية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 202.

من الأنسجة يعتمد على مصدرها وعلى أعدادها المحدودة في الجسم⁽¹⁾.

د - مصادر الحصول على الخلايا الجذعية:

يمكن الحصول على الخلايا الجذعية من عدة مصادر منها:

1 - عن طريق البويضات الملقحة الفائضة من مشاريع التلقيح الاصطناعي: يتم حفظها عادة في بنوك البويضات الملقحة⁽²⁾، حيث يتم أخذ هذه البويضات ثم تنميتها إلى اليوم الخامس أو السادس ثم بعد ذلك يتم القضاء عليها لأخذ الخلايا الجذعية الموجودة في الطبقة الداخلية للحويصلة الجذعية، أو ما يسمى بالكرة الجرثومية أو البلاستولا، وأول شخص استخدم هذه الطريقة هو جيمس جهوسن Jems jhowson من جامعة ماديسون في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1998⁽³⁾.

2 - عن طريق الأجنة المجهضة في مرحلة مبكرة من الحمل (الجنين الباكر): وذلك في مرحلة 4-5 أسابيع حيث يكون قد ظهرت الخلايا الجرثومية الأولية، أو ما يعرف بالخلايا الجنينية الأولية، أو الخلايا الجرثومية الأولية وهي الخلايا التي ستكون الغدة التناسلية فيما بعد (خصية إذا كان الجنين ذكر، ومبيض إذا كان أنثى)⁽⁴⁾.

ويقوم الأطباء بعزل هذه الخلايا الجرثومية المتعددة القدرة، وذلك لأنها لا تكون إلا الغدة التناسلية، وأول من قام بعزل هذه الخلايا الجرثومية هو جيرهارت لهود Gear hart من جامعة هوبكنز من الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك في العام نفسه الذي قام فيه جيمس جهوسن بتنمية الخلايا

1 - كما أن هناك من يقسمها على حسب قدرتها على التمايز، على النحو التالي أولاً نجد الخلايا الجذعية كاملة القدرة لتكوين أي نوع من أنواع الخلايا، بما في ذلك خلايا الداعمة للجنين تسمى بخلايا كلية المقدرة أو القدرة الكامنة Totipotent.

- خلايا جذعية وافرة أو كما يسميها البعض بخلايا متعددة المقدرة الكامنة Pluripotent، وهي التي لها القدرة لتكوين أي نوع من أنواع الخلايا ولكنها لا تستطيع تكوين الخلايا الداعمة للجنين كالمشيمة.

- خلايا جذعية أقل مقدرة، كامنة أو وحيدة المقدرة الكامنة Unipotent انظر كل من: فواز صالح، مرجع سابق، ص 204؛ إسماعيل غازي مرجع سابق، ص 810؛

MIRCOVIC Aude, L'essentiel de la bioéthique, éditions Galino Lextenso, Paris, 2013, pp 82 - 83.

2 - بطريقة حفظها أنها تجمد إلى درجة 120° من الصفر ثم تنقل في حاويات النستروجين السائل لتحتفظ في درجة حرارة 130° تحت الصفر.

3 - انظر كل من: إسماعيل غازي مرجع سابق، ص 810؛ ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 238.

4 - ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 238؛ إسماعيل غازي مرجع سابق، ص 810.

الجدعية الأولية عام 1998⁽¹⁾.

3 - عن طريق الأجنة المسقطّة أو المجهضة في أي مرحلة من مراحل الحمل: فالأجنة المجهضة تحتوي على بعض الخلايا الجذعية متعددة القوى، يمكن إيجادها في العديد من أنسجة الجنين مثل نخاعه العظمي والجلد والجهاز الهضمي، ورغم أنها ليس لها نفس الفعالية الموجودة في الخلايا الجذعية الموجودة في البلاستولا، إلا أنها يمكن أن ننزعها لإجراء الأبحاث عليها، وتحويلها إلى خلايا جذعية قلبية أو كلوية⁽²⁾.

4 - عن طريق استخدام تقنية الاستنساخ⁽³⁾: أو ما يسمى بنقل النواة الجسدية، حيث تؤخذ أية خلية جسدية من إنسان بالغ وتستخرج منها النواة ثم تدمج هذه النواة في بويضة إنسانية مفرغة من نواتها، بواسطة طرق معملية خاصة، فإذا تم الدمج تبدأ هذه الخلايا بالانقسام، وهذه الخلايا المستخلصة والخلايا الناتجة عن انقسامها، تعد خلايا كاملة القوة، يمكنها أن تكون حويصلة جذعية، يتم استخلاصها من طبقة الخلايا الداخلية.

فطريقة الاستنساخ هذه لا تستخدم لإنتاج إنسان كامل، ولكن من أجل الحصول على الحويصلة الجذعية لاستخدامها في أغراض علاجية، كما أن هذه الطريقة تمتاز بأن الخلايا الجذعية الناتجة عنها تكون متطابقة وراثياً للفرد الذي أخذت منه النواة، مما يحل مشكلة رفض الأنسجة من قبل الجهاز المناعي للإنسان.

غير أن هذه الطريقة لا يمكن استخدامها في علاج الأمراض الوراثية لأن المرض إذا كان وراثياً، فإن خلايا الشخص المصاب التي تؤخذ وتزرع فيه ستكون جميعها مصابة بنفس المرض⁽⁴⁾.

5 - عن طريق استخلاصها من المشيمة والحبل السري بعد الولادة مباشرة: وذلك لاعتبارهما يحتويان على العديد من الخلايا الجذعية متعددة القوى، والاستفادة منها أمر سهل وغير

1 - ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 238.

2 - إسماعيل مرحبا، مرجع السابق، ص 813.

3 - يراد بالاستنساخ توليد كائن حي أو أكثر بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة أو بتشفير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء. انظر: بوزيرى سعيد، نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 420.

4 - نشرت مجلة تامايز الأمريكية أن الباحثين في معهد التقانات الحيوية في بريطانيا وكوريا، نجحوا في إنتاج جنين بشري بالاستنساخ عام 2004، انظر: إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 812.

مكلف، إذ يعتبر دم الحبل السري عند الولادة مباشرة من أهم الخلايا الجذعية التي لها خلايا متعددة القدرات ولها العديد من المزايا مقارنة بالخلايا الجذعية البالغة.

فقد اكتشفت التجارب العلمية أن الحبل السري يحتوي على كمية كبيرة من الخلايا الجذعية والتي يمكن أن يستفيد منها الطفل أو أحد أفراد أسرته، إذا تم الاحتفاظ بها في أحد بنوك الخلايا الجذعية، في علاج سرطان الدم والرئة بالإضافة إلى بعض الأمراض الأخرى.

ومن جهة أخرى، يمكن الحصول عليها بسهولة وبدون مخاطر، كما لا يحتوي دم الحبل السري على فيروسات وله القابلية على مقاومة ظروف التجميد لسنين طويلة، والجسم يقبلها بشكل أفضل من خلايا الجذعية البالغة⁽¹⁾.

6 - عن طريق أخذها من أنسجة الأطفال والبالغين: إذ تحتوي أنسجة جسم الإنسان على خلايا جذعية متعددة القوى، وكلما تقدم عمر الإنسان قل عددها ويمكن استخلاص هذه الخلايا من النخاع العظمي ومن الجلد ومن الجهاز الهضمي والكبد⁽²⁾.

ثانياً - حكم استخدام الخلايا الجذعية في التجارب الطبية وفقاً للشريعة الإسلامية والقانون الوضعي:

أصبحت التجارب على الأجنة البشرية والخلايا الجذعية الجنينية تثير العديد من الإشكالات القانونية والأخلاقية والدينية، وذلك لأن إجراء هذه التجارب على الأجنة يؤدي حتماً إلى تدميرها والقضاء عليها أو الإضرار بها، مما يشكل اعتداء صارخاً على حرمة الإنسان وكرمه، فهي بذلك تمس بالقيم الدينية والأخلاقية التي نصت عليها الشريعة الإسلامية وبالمبادئ القانونية التي كرستها القوانين الوضعية.

فرض ذلك، تدخل فقهاء الشريعة الإسلامية لدراسة هذه المسألة بأحكام خاصة (أ)، إضافة إلى تدخل القانون لتنظيم هذه الممارسات بما يكفل حماية حرمة وكرامة الكائن البشري (ب).

أ - موقف الشريعة الإسلامية من إجراء التجارب الطبية على الخلايا الجذعية الجنينية:
اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون بدراسة مسألة الخلايا الجذعية الجنينية، ومدى إمكانية الاستفادة منها في الأبحاث والتجارب الطبية، وأصدر بذلك أحكاماً فقهية جماعية وفردية من خلال المجامع الفقهية من بينها مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته

1 - ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 238.

2 - إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 814.

السابعة عشر ⁽¹⁾ والذي نص على أن الحكم الشرعي لاستخدام هذه الخلايا يختلف باختلاف طريقة الحصول على هذه الخلايا.

فإذا كان مصدر الحصول عليها مشروعاً، فإنه يجوز الحصول على الخلايا الجذعية واستخدامها بهدف العلاج أو لإجراء التجارب والأبحاث الطبية عليها، بشرط الحصول عليها من البالغين إذا أذنوا بذلك ولم يكن في ذلك ضرر عليهم، أو الحصول عليها من اللقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب إن وجدت وتبرع الوالدين بها، مع التأكيد على أنه لا يجوز استخدامها في حمل غير مشروع ⁽²⁾.

كما يمكن الحصول عنها من الأجنة المجهضة أو المسقطنة تلقائياً أو لسبب علاجي مشروع وبعد الحصول على إذن الوالدين؛ ومن المشيمة والحبل السري بعد موافقة الوالدين باعتبار أن مصيرها التلف بعد الولادة ولا ضرر على الأم والطفل من جراء الانتفاع بها ⁽³⁾.

ولقد نص على مشروعية هذه المصادر نظراً لأن هذه المصادر مشروعة وأن الأبحاث التي تتم على هذه الخلايا، يقصد بها إزالة الأمراض ورفع المضرّة على الخلق، فالمشقة تجلب التيسير، كما أن العديد من الأمراض التي يعاني منها الجسم يمكن إزالتها بواسطة هذه الخلايا والقاعدة الشرعية تدعو إلى أن الضرر يزال، كما أن الأصل في الأفعال الإباحة والجواز، ومقاصد الشريعة تقوم على جلب المصالح، وهذه التجارب والأبحاث على هذه الخلايا تجلب المصلحة العامة للبشرية جمعاء ⁽⁴⁾؛ غير أن جواز إجراء البحوث والتجارب على الخلايا الجذعية مضبوطة بشروط وضوابط شرعية من بينها:

أن تكون أهداف الأبحاث والتجارب مشروعة ومتوافقة مع مقاصد الشريعة الإسلامية؛ وأن تكون مبنية على افتراضات واحتمالات مؤيدة بالاستدلالات نظرية مفيدة للطب، وأن تكون هذه البحوث منضبطة بالقيود المتعارف عليها في علم الطب، وألا تؤدي إلى الإضرار بأحد من الخلق، وأن يؤدي إجراؤها وتطبيقها إلى نتائج ذات نفع أكبر مما لو تركت بدون إجراءات.

ومن ثم، فإذا كان مصدر الحصول على هذه الخلايا الجذعية غير مشروع كأن يتم الحصول

1 - قرار المجمع الفقهي لرابطة العلم الإسلامي، بشأن الخلايا الجذعية، في دورته السابعة عشرة، بمكة المكرمة عام 1424هـ/2003.

2 - ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 248.

3 - كمال لدرع، مرجع سابق، ص 280.

4 - إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 820.

عليها عن طريق التلقيح المتعمد لهذا الغرض أو عن طريق الاستنساخ⁽¹⁾ أو عن طريق الإجهاض المتعمد في أي مرحلة من مراحل الحمل فلا يجوز ذلك⁽²⁾.

ب - موقف التشريعات المقارنة من إجراء التجارب والأبحاث على الخلايا الجذعية الجنينية:
رغم المحاولات للتوصل إلى إجماع عالمي بخصوص مسألة الخلايا الجذعية، وذلك بعقد الجمعية العامة للأمم المتحدة اجتماعاً في نوفمبر 2003، إلا أنها لم تتوصل إلى اتفاق بخصوص هذه الممارسات الخاصة بالأجنة والخلايا الجذعية.

وعليه، مازالت التشريعات المقارنة تتأرجح بين مؤيد لهذه التجارب ورافض لها ومتحفظ لها، فبريطانيا وإسبانيا وكندا كلها أبحاث التجارب على الأجنة بما فيها التجارب على الخلايا الجذعية الجنينية واستنساخ الأجنة لغرض البحث.

أما ألمانيا وإيطاليا، فقد منعتا إجراء التجارب على الأجنة والخلايا الجذعية الجنينية وبالمقابل سمحتا باستيراد الخلايا الجنينية من أجل القيام بالأبحاث الطبية على الخلايا الجذعية الجنينية⁽³⁾.

وبخصوص الولايات المتحدة الأمريكية، فبعد حظر إجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية والاستنساخ العلاجي، أصدر رئيس براك أوباما الأمر التنفيذي بعنوان إزالة الحواجز أمام إجراء البحث العلمي على الخلايا الجذعية، ولقد تم إلغاء الحظر المالي الحكومي الذي فرضه رئيس جورج بوش سنة 2001، باعتبار من الأبحاث التي لها آمال كبيرة في علاج العديد من الأمراض المستعصية⁽⁴⁾.

1 - فقد صدرت في حكم الاستنساخ عدة قرارات وتوصيات وفتاوى منعت الاستنساخ بنوعيه (العلاجي والتكاثري) ومن ذلك الندوة الفقهية الطبية التابعة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بدار البيضاء بالمملكة المغربية في الفترة ما بين 8-11 صفر 1417 الموافق لـ 14-17 يونيو 1997.

وقرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته ومؤتمره العاشر بجدة بالمملكة العربية السعودية خلال فترة 23-28 صفر 1418 الموافق لـ 28 يونيو 9 جويلية 1997 تحريم الاستنساخ بنوعه أو بأي طريقة تؤدي إلى التكاثر البشري. وقرار مجمع الفقه الإسلامي في الهند (في الندوة الفقهية العاشرة في الفترة ما بين 21-24 جمادى الآخر سنة 1418 هـ الموافق لـ 24-27 أكتوبر 1997).

وقرار اللجنة الطبية الفقهية التي توصلت إلى منع الاستنساخ، وهي اللجنة الطبية التابعة لجمعية العلوم الطبية الإسلامية في الأردن.

كما نجد فتوى مجمع البحوث الإسلامية التابعة للأزهر بتاريخ 2002/12/28، حيث جاء فيها أن الاستنساخ محرم ويجب التصدي له ومنعه بكل الوسائل. انظر: إسماعيل مرحبا، مرجع سابق، ص 820.

2 - انظر كلا من: ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 465؛ إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 820.

3 - انظر كل من: ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 460 - 461؛ Agence de la biomédecine, op.cit, p 48 ; GHAWTHY Hadj Eddine Sari Ali, op.cit, pp 18 - 19.

4 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 453.

وقد اتخذت التشريع الفرنسي الموقف نفسه، فبعدما منع إجراء الأبحاث على الأجنة في قانون 1994 والخاص باحترام جسم الإنسان، عاد وأجازها في قانون 2004 والمتعلق بالطب البيولوجي، كما سمح باستيراد وتصدير الخلايا والأنسجة الجنينية لأجل البحث بعد الحصول على ترخيص من وكالة الطب البيولوجي⁽¹⁾، وأجاز استخلاص الخلايا الجذعية من دم الحبل السري والمشيمة في قانون 2011 المتعلق بالطب البيولوجي، الذي نظم طرق جمعها وتخزينها والشروط الواجب احترامها للحصول عليها، من بينها الحصول على موافقة المرأة المكتوبة بعد إعلامها بهدف الاستئصال، مع وجوب أن يكون لأغراض علاجية أو علمية، ويخضع لمبدأ السرية والمجانبة⁽²⁾.

أما عن التشريعات العربية، فلا توجد نصوص قانونية، تعالج مسألة إجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية الجنينية، باستثناء التشريع التونسي الذي أجاز إجراء عمليات علاجية بحتة على الجنين من أجل تقادي مرض خطير قد يتعرض له الطفل واشترط أن لا يكون فيه تغيير للخلقة كما منع اللجوء إلى عمليات الاستئصال ومنع إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي قصد الدراسة والبحث أو التجريب.

كما نجد التشريع السعودي في نظام أخلاقيات البحث على المخلوقات الحية⁽³⁾ نظم إجراء الأبحاث العلمية والتجارب على الأنسجة والخلايا، ومن بينها الخلايا الجذعية المتخصصة من الحبل السري أو الخلايا الكهلية، بعد أخذ الموافقة، مع منعه استغلال ذلك لأجل الاتجار، أو إنشاء الأجنة للحصول على الخلايا الجذعية واستخدامها في البحث العلمي إلا وفق ضوابط تحددها لائحة⁽⁴⁾.

أما عن موقف المشرع الجزائري فهو بعيد كل البعد عن تنظيم هذه المسائل، إذ نجد غياب تام للأحكام التي تنظم التجارب والأبحاث على الخلايا الجذعية الجنينية، أو الخلايا الجذعية بصفة عامة، رغم أهميتها العلمية والطبية في تطوير العلوم الطبية وعلاج الأمراض المستعصية.

لذا، حبذا لو عمل المشرع الجزائري على مسايرة التطورات الحاصلة في ميدان الطب البيولوجي وإصدار أحكام تنظم هذه المسألة، وطرق الحصول عليها وكيفية الاستفادة منها، من أجل الاستفادة من التطور العلمي الحاصل في الميدان الطبي، ولتقادي أي استغلال للأجنة البشرية.

1 - هناك من يعارض إجراء التجارب على الخلايا الجذعية الجنينية، وهذا لأنه يمكن إجرائها على الخلايا الجذعية البالغة، خاصة بعد تمكّن الياباني ياماناكا Yamanaka من إعادة برمجة الخلايا الجذعية البالغة إلى خلايا متعددة المقدرة Pluripotentes والتي تسمى Cellules Souches induites، والتي لها نفس خصائص الخلايا الجنينية، يمكن الحصول عليها بسهولة وبدون اعتداء على حياة الكائن البشري، وليس لها أي تحفظات أخلاقية. انظر: MIRKOVIC Aude, op.cit, pp 85 - 86.

2 - RENE BINET Jean, op.cit, p 40.

3 - المرسوم الملكي رقم م/59 الصادر في 14/9/1431هـ.

4 - انظر: إبراهيم بن عبد العزيز آل داوود، مرجع سابق، ص 56.

خلاصة الباب الأول

ترجع مبدأ حرمة جسم الإنسان وتغير جذريا، فبعدما كان الأصل الحظر المطلق لكافة صور وأشكال المساس والتعامل بالجسم، ما لم تكن هناك ضرورة علاجية، فقد أصبح بالإمكان المساس بالجسم حتى ولو لم يحقق مصلحة علاجية للشخص الخاضع لها، وهذا ما يظهر خاصة في مجال عمليات زرع الأعضاء والتجارب الطبية.

فبالنسبة لعمليات زرع الأعضاء البشرية، تم استعراض جملة من المسائل ذات الصلة المباشرة بعمليات زرع الأعضاء سواء تم النقل من الأحياء أو من الجثث، ومنها على الخصوص المقصود بالعضو البشري وطبيعة حق الإنسان على جسده وأعضائه.

وقد توصلنا، إلى أن غالبية التشريعات وقفت موقفا سلبيا إزاء تحديد مفهوم العضو البشري، كما أنها لم تميز بين الأعضاء ومشتقات الجسد ومنتجاته، رغم وجود تشريعات كالتشريع الفرنسي مثلا، نظم المنتجات ومشتقات الجسم بأحكام وقواعد خاصة تختلف عن ما جاء في عمليات نقل الأعضاء، خاصة فيما يخص المسؤولية المترتبة والعقوبات المقررة أثناء الاعتداء عليها، كما تبين أهمية اعتبار حق الإنسان على الجسد يدخل ضمن الحقوق للصيقة بالشخص التي لا يجوز التصرف أو التنازل عنها باعتباره حق غير مالي.

وسعيا على إبراز التنظيم القانوني لهذه العمليات، يظهر حرص القانون والفقه والشرعية الإسلامية على إعمال قواعد تنظم هذه الممارسات، فقد حاول الفقه إيجاد أساس قانوني لمشروعية هذه العمليات، وذلك بالاعتماد على النظريات القانونية، بدء بنظرية السبب المشروع ومرورا بفكرة المصلحة الاجتماعية وانتهاء بنظرية الضرورة.

ونتيجة لارتباط نقل الأعضاء بالناحية الشرعية، فقد بينت الشريعة الإسلامية موقفها من هذه العمليات، باعتبارها من القضايا المستجدة التي تحتاج إلى إجابة شرعية واضحة. لذلك اتجه الرأي الراجح في المجامع الفقهية المعتمدة إلى إجازة التبرع بالأعضاء البشرية، سواء من شخص حي أو ميت، استنادا لمبدأ التضامن الإنساني وما يتضمنه من أهمية التعاون بين البشر.

حرص كذلك، كل من القانون الوضعي والدولي على تنظيم هذه العمليات وفق مبادئ تحقق التوازن بين مصلحة المريض في تحقيق الشفاء والعلاج اللازم له، ومصلحة المتبرع في احترام كرامته وسلامته الجسدية.

لذلك اتفقت جل التشريعات ومنها كذلك التشريع الجزائري على إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وفق شروط قانونية تضمن سلامة الجسم واحترام كرامته؛ والتي تتمثل في ضرورة الحصول على موافقة المتبرع، وعدم تلقي أي مقابل مالي، إضافة إلى مجموعة من الشروط التعزيزية التي تقوم على تفعيل هذه القواعد الأساسية والتي تدور أساساً حول شرط القرابة والسرية ووجوب إجراء هذه العمليات في المؤسسات الطبية المرخص لها، مع ضرورة التحقق من الوفاة بالنسبة لعمليات نقل الأعضاء من الجثث.

تمت الإشارة في هذا الصدد إلى المشكل الإنساني الذي يواجه عمليات نقل الأعضاء من الجثة، المتمثل في تحديد لحظة الوفاة باعتبارها توضح الحدود الفاصلة بين الحياة والموت، وبهذا الخصوص يوجد معيارين لتحقيق من الوفاة، معيار تقليدي يرى أن لحظة الوفاة تتحقق عندما يتوقف القلب والرئتين عن العمل، ومعيار حديث يرى أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى لو ظلت خلايا قلبه حية، أو ما يسمى بموت الدماغ، وهو المعيار الذي تبنته أغلب التشريعات الحديثة، رغم الجدل القائم حوله.

وسعياً للتأكيد على وجود تعامل قانوني بالأعضاء البشرية تمت دراسة التجارب الطبية باعتبارها صور من صور التعامل بالأعضاء البشرية، والتي تتم إما على شخص حي أو على الجثة أو على الأجنة والخلايا الجذعية الجنينية. وتعتبر هذه التجارب ضرورة حتمية لا غنى عنها في مجال التحقق من فعالية الأدوية وتطوير العلوم الطبية.

بالتالي حظيت باهتمام بالغ من قبل التشريعات والقانون الدولي، والذي يعتبر السباق في وضع الأسس العامة والأولية لإجراء هذه التجارب من خلال ما جاء في تقنين نورمبورغ سنة 1949، ثم تلاه إعلان هلنسكي وطوكيو سنة 1975، ثم تبعته تشريعات وقوانين خاصة بالتجارب الطبية، حاولت التوفيق بين المصلحتين والتوازن بينهما، من خلال النص على مجموعة من الشروط لممارسة هذه التجارب والتي تتمثل في ضرورة الحصول على موافقة الشخص الخاضع للتجربة، ضرورة إجراء هذه التجارب بدون مقابل مالي.

الباب الثاني

مدى فعالية المبادئ التي يسري عليها نظام التعامل

بالأعضاء البشرية

بعدما تم التطرق في الباب الأول إلى إبراز مظاهر التعامل بالأعضاء البشرية، والتي تعتبر من مبررات الخروج عن مبدأ عدم قابلية الجسم للتعامل تحقيقاً لمصلحة علاجية للغير أو لمصلحة إنسانية، والتي تتمثل في زرع الأعضاء والتجارب الطبية، وهذا بالتعرف على أحكامها، أنواعها وكيفية تنظيمها شرعاً، قانوناً والضوابط الأساسية التي تم التركيز عليها من قبل مختلف التشريعات.

فقد تبين، أن كل من الفقه والقانون حاولا تكريس مفاهيم قانونية جديدة تتماشى مع هذه التطورات العلمية، يمكن من خلالها التوفيق بين المتناقضات التي أفرزتها الثورة البيولوجية الحديثة. بحيث يتاح للأطباء والعلماء المضي في طريقهم نحو التقدم دون عراقيل، ومن جهة أخرى تكريس حماية قانونية وأخلاقية للحفاظ على كرامة وحرمة جسم الإنسان.

ومن بين هذه المفاهيم أو المبادئ التي ركزت عليها مختلف التشريعات، من خلال تنظيمه لهذا النوع من التدخلات الطبية، نجد ما يسمى بمفهوم احترام الإرادة الشخصية والتي تتجسد في مبدأ الموافقة أو الرضا المتبصر، إضافة إلى مفهوم عدم قابلية الجسم للتعامل المالي أو عدم مالية الجسد، بمعنى وقف كل مصلحة مالية من شأنها أن تكون نتيجة للتعامل بالأعضاء البشرية أو ما يسمى بمجانبة التعامل، والتي تعتبر من المبادئ الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها في أي تعامل بالأعضاء البشرية وهذا نظراً للدور الفعال الذي تلعبه في حماية الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتعامل.

لذلك، ولدراسة حقيقة ودور هذه المبادئ في تكريس حماية فعالة لجسم الإنسان لا بد من البحث عن الضمانات الكفيلة بتنفيذ دور الإرادة في التعامل بالأعضاء البشرية (الفصل الأول)، ثم الضمانات الكفيلة بتنفيذ مبدأ عدم مالية جسم الإنسان (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ضمانات تفعيل دور الإرادة في التعامل بالأعضاء البشرية

يعتبر مبدأ الإرادة الشخصية والذي يعبر عنه بالرضا شرطاً أساسياً في انعقاد أي عقد في نظرية الالتزام، وفي إنشاء أي تصرف قانوني، كما يعتبر كذلك مظهراً من مظاهر الحصانة المقررة للجسم البشري، فالقانون يعتد برضا الشخص ويعتبره شرطاً لممارسة الأعمال الطبية العلاجية لما قد تتضمنه هذه الأعمال من تعرض مادي لسلامة الجسم، وقد استند في ذلك إلى مشروعية الأعمال الطبية لما تهدف إليه من علاج المرضى.

لكن، من جهة أخرى وبخصوص الأعمال الطبية غير العلاجية، كزرع الأعضاء والتجارب الطبية، فإن نظرة القانون لرضا الشخص يجب أن تكون مختلفة، فهذه التدخلات تشكل مساساً بسلامة الجسم المتبرع ولا تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية شخصية له، بتالي يتعين النظر إليه على أنه أحد العناصر المكونة لأساس الإباحة حين يرخص القانون بإجرائها.

لذلك، فرغم عدم وجود قواعد موحدة عامة لرضا في مجال الأعمال الطبية غير العلاجية، إلا أنه يمكن استخلاص قواعد موحدة تعمل على ضمان إرادة الشخص و تعبر عن فكرة أن الإرادة هي الأساس أو الجوهر المنشئ لهذه التصرفات، لذلك يجب البحث عن ضمانات احترام إرادة الشخص الخاضع للتعامل (المبحث الأول) ثم عن كيفية التحقق من وجود الرضا وضمان حمايته (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ضمان احترام إرادة الشخص الخاضع للتعامل

يعدّ الحصول على الرضا شرط لا يمكن الاستغناء عنه في أي تعامل بالأعضاء، لكن الرضا المطلوب ليس هو المتعامل به في إطار القواعد العامة بل يخضع لشروط خاصة، وهذا لأن الرابطة العقدية مستبعدة في إطار التعامل بالجسم، أي لا يمكن الحصول على أجزاء الجسم في إطار العلاقة عقدية، بل يجب على الطبيب أن يتعامل مع الشخص وليس مع الجسم⁽¹⁾، أي يتعامل مع المريض أو المتبرع أو المتطوع باعتبارهم بشر لجسدهم حرمة وقديسية لا يجوز المساس بها ولو لغاية علاجية.

لذلك، فاحترام كرامة الشخص الخاضع للتعامل سواء كان مريضا أو متبرعا أو متطوعا لا يتحقق في مجال العلاقة الطبية إلا بعد الحصول على الموافقة الحرة المتبصرة والتي لا تتحقق إلا بعد أن يسبقه إعلام كافي وتبصير كامل بحقيقة التدخل الطبي (المطلب الأول)، إضافة إلى ضرورة أن تكون إرادة الشخص حرة وغير خاضعة لأي ضغط مادي أو معنوي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تكريس الالتزام بالتبصير

يعد الالتزام بالتبصير من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب والجراح بشكل عام، ويعد تطبيقا لمبدأ حسن النية في المعاملات، وتأكيدا لحق الشخص على ذاته وتقرير المصير، واحتراما لكرامته وإنسانيته.

يتجسد هذا الالتزام بصفة أشد في مجال الأعمال الطبية التي لا تحقق فائدة مباشرة للشخص الخاضع لها، سواء كان متطوعا في مجال التجارب الطبية أو متبرعا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، لذلك فالرضا لا يكون صحيحا إلا إذا صدر عن بيئة واقتناع كامل، وهذا بدوره يلزم الطبيب أن يكون قد بصر، وقدم المعلومات اللازمة والكافية.

فالتبصير يعد الوسيلة المثلى التي من خلالها نتوصل إلى الحفاظ على الثقة في العلاقة الطبية (الفرع الأول)، لذلك ونظرا لأهمية هذا الالتزام في تحقيق التوازن العقدي حرصت جل التشريعات المنظمة لعمليات زرع الأعضاء والتجارب الطبية التأكيد على هذا الالتزام (الفرع الثاني).

1 - THOUVENIN Dominique, "La personne et son corps : un sujet humain, pas individu biologique", op.cit, p43.

الفرع الأول

المقصود بالالتزام بالتبصير

يعد من الضروري الحصول على رضا الشخص لتقرير مشروعية التدخل الطبي⁽¹⁾، قبل أي تدخل طبي سواء كان علاجياً أو غير علاجي، لكن للحصول على الرضا⁽²⁾ يجب أن يسبقه إعلام⁽³⁾ كافي وتبصير بالعمل الطبي المزمع إجراؤه، فالرضا لا يكون حقيقياً ولا يعتد به إلا إذا صدر عن علم بما يتم الرضا به أو الموافقة عليه⁽⁴⁾.

فالمقصود بالرضا بصفة عامة هو التعبير عن الإرادة الصادرة من شخص عاقل أو من يمثله قانوناً ويجب أن يكون صادراً عن حرية ويكون صريحاً ومحلّه مشروعاً⁽⁵⁾، كما عرف كذلك بأنه عمل عقلي مصحوب بالتروي والتفكير قبل الإفصاح عن الإرادة، حيث يرى العقل محاسن الأشياء ومساوئها، قبل أن يسمح بارتكاب الفعل الذي سيقع⁽⁶⁾.

- 1 - هناك من يرى بأن الرضا غير مرادف للإرادة إنما هو جزء منها، ذلك لأن الرضا هو الرغبة في الفعل والارتياح إليه، فالرضا نقيض السخط، فقد يريد المرء شيئاً مع أنه لا يرضاه، أي لا يحبه ولا يرتاح إليه. انظر: زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 19.
- 2 - يجب أولاً تحديد المصطلح المستعمل أي الرضا وليست التراضي، فرغم أنه يوجد كل من المتبرع والمستقبل، إلا أن إرادة المتبرع والمستقبل منفصلتين عن بعضهما، فالرضا ينصب على مسألة خاصة بكل واحد منهما، فالمتبرع يقتصر الأمر على موافقته لنزع العضو من أعضائه، في حين يتعلق رضا المستقبل، باستئصال العضو المريض وزرع آخر مكانه، مما يتبين أن الأمر لا يتعلق بتبادل رضا الطرفين أي التراضي انظر: عيسى جبروت، مراد طنجاي، محددات الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، ملتقى وطني حول نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، خميس مليانة، أيام 19 - 20 - 12 أبريل 2009، ص 3.
- 3 - هناك من يفرق بين الإعلام والتبصير، على أساس أن الالتزام بالإعلام يقوم وينقضي في الفترة السابقة على انعقاد العقد، حيث يقوم أحد طرفي المفاوضات بإعلام الطرف الآخر بالمسائل المهمة التي لها صلة بموضوع العقد، وإذا لم يتم بذلك، فإن من حق الطرف الآخر أن يستعلم عنها كي يتحقق التكافؤ في العلم، بينما التبصير يكون قبل وبعد العقد الطبي انظر: زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 141.
- كما أن هناك من يفرق بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتبصير على أساس أن الالتزام بالإعلام هو ركن في إبرام العقد الطبي، بينما الالتزام بالتبصير هو أمر متعلق بحسن تنفيذ العقد الطبي. انظر: حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2013، الهامش رقم 1، ص 29.
- 4 - محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 29.
- 5 - إيمان محمد صلاح الدين الشيخ، التجارب الطبية بين التجريم والمسؤولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2011، ص 98.
- 6 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 158.

مما يتبين، أن العلم والإدراك الكامل بما يجب أن يحدث أو يقع على الأشياء والتصرفات، أمر ضروري لتيقن من صحة الرضا.

فالالتزام بالتبصير⁽¹⁾ شرط ضروري لصحة الرضا، ويقصد به: « إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وآمنة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج والجراحة »⁽²⁾.

بالتالي، يعتبر هذا الالتزام، بمثابة حق شخصي يعبر عن واجب أخلاقي⁽³⁾، يستند إلى المبادئ المكرسة في حقوق الإنسان كالحق في الاستقلالية وتقرير المصير، واحتراما للحرية الشخصية والكرامة الإنسانية⁽⁴⁾، واحتراما لمبدأ دستوري وهو مبدأ حرمة جسم الإنسان وسلامته الجسدية⁽⁵⁾، فلا وجود للرضا بدون تبصير بينما يمكن أن يكون هناك تبصير بدون رضا⁽⁶⁾.

1 - البعض يسمي هذا الالتزام بالحق في الإحاطة أي بالنظر إلى الدائن في هذه العملية، وليس الشخص المدين انظر: رمزي رشاد، عبد الرحمان الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، الهامش رقم 1، ص 128.

2 - دعيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، "التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 128.

3 - وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 12 جويلية 2012 والتي جاء فيها: « s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique... » civ 1^{er}, 12 Juillet, 2012, N° 11 – 17 – 510.

نقلا عن:

VIALLA François, Enjeux et logique de l'information comme préalable au consentement « consentement et santé », in (l'association française de droit de la santé, LAUDE Anne (sous la direction), consentement et santé, actes et thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2014, p 40, marge N° 28.

4 - وذلك من أجل تحقيق الديمقراطية الطبية، فقد أولى عهد الليبرالية الطبية بتكريس الإعلام الذي يعبر عن التزام وواجب أخلاقي، فقد أصبح للشخص الحق على جسمه وله حرية الاختيار، فالمريض ليس له الحق في الإعلام فقط، بل على أن يتحصل على معلومات نزيهة وشفافة، انظر:

LAUDE Anne, "L'information et santé, le droit à l'information du malade", éditions de santé, Paris, 2005, p 44. <https://www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante-2005-4-page-43.htm>

5 - وهذا ما قضت به الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 9 أكتوبر 2001، والتي جاء فيها: « Attendu, cependant, qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarder la dignité de la personne humaine ».

نقلا عن:

VIALLA François, op.cit, p 39; BOUSSARD Sabine, "Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'utilisateur du système de santé ?", Revue du droit publique, N° 1, Paris 2004, pp 171 – 172.

6 - VIALLA François, op.cit, p 38.

بناءً على هذا، يقع هذا الالتزام على الطبيب المشرف على نوعية العمل الطبي وذلك بضرورة إحاطة المريض أو أي شخص خاضع للتعامل، بكل المعلومات الأساسية المتصلة بنوعية التدخل الطبي وطبيعة العلاج ومخاطره، مهما كان نوع العمل الطبي المزمع إجراؤه، سواء إجراء تحاليل طبية أو عمليات نقل وزرع الأعضاء أو تخدير أو أشعة، وسواء تم التدخل الطبي في إطار مستشفيات القطاع العام أو الخاص⁽¹⁾، وفي حالة عدم احترام هذا الالتزام يعتبر بمثابة اعتداء على السلامة الجسدية⁽²⁾.

ولقد تم تكريس هذا الالتزام لأول مرة على مستوى القضاء الدولي من خلال الحكم الصادر عن محكمة نورمبورغ سنة 1949 في قضية مجرمي الحرب العالمية الثانية والذي يشار إليه بتقنين نورمبورغ Code de Nuremberg⁽³⁾.

فقد ساهمت هذه المحاكمة الدولية في بلورة مفهوم جديد بشأن الممارسات الطبية وهو الحصول على رضا متبصر⁽⁴⁾.

كما اهتمت المواثيق الدولية والإقليمية بإبراز هذا الالتزام باعتباره الأداة القانونية التي من خلالها يتحقق مراعاة حقوق الإنسان في إطار العلاقة الطبية⁽⁵⁾، إذ أقرت الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية والمعروفة باتفاق نيويورك في مادتها السابعة منع خضوع أي شخص

1 - إيمان محمد، صلاح الدين الشيخ، مرجع سابق، ص 98.

2 - MAGARS Marie France, SEGURCT Sylvie, "Le consentement éclairé en périnatalité et en pédiatrie, ères, la vie de l'enfant", Paris, 2004, p 57.
Article disponible en ligne à l'adresse :
<http://www.cairm-info/leconsentementéclairé-en-perinatalité-et-en-pedipage57htm>.

3 - أين وضعت عدة قواعد ضرورية لإجراء التجارب الطبية على الإنسان، منها ضرورة الحصول على الرضا، ثم تبعه إعلان هلسنكي لسنة 1964، الذي أضاف ضرورة وجود لجنة مستقلة تتولى التحقق من وجود الرضا أثناء إجراء التجارب الطبية. انظر كل من:

PORSON-POLIVET Annick, "Le consentement au traitement médical une liberté fondamentale en demi teinte", revue Française de droit administratif, N 3 Mai – Juin, Paris, 2003, p 530 ;

فواز صالح، "تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، دراسة مقارنة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 25، العدد 2، 2009، ص 493.

4 - يعتبر القضاء الأمريكي أول من اعتمد نظرية الرضا المتبصر ثم انتقلت النظرية إلى أوروبا بداية بالقضاء الانجليزي من خلال إحدى اجتهادات محكمة استئناف ولاية San kaluchow ثم تبعه القضاء الفرنسي من خلال الحكم الصادر عن محكمة روان Rouan الفرنسية بتاريخ 10 جويلية 1946.

انظر كل من: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص 83 - 85؛ قنيف غنيم، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، رسالة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص ص 48 - 49.

5 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 24.

لتجربة طبية أو عملية بدون رضا حر⁽¹⁾، كما نصت اتفاقية حماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري في مواجهة تطبيقات البيولوجيا والطب، والمسماة اتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي Oviedo لـ 4 أبريل 1997 في مادتها الخامسة على وجوب الحصول على رضا المريض الحر والمستتير قبل أي تدخل طبي، بعد إعلامه سلفاً بكل المعلومات اللازمة بشأن طبيعة وهدف التدخل ونتائجه ومخاطره.

فبعد هذه المرحلة، ازداد حق المريض في الموافقة على الأعمال الطبية تحسناً، حيث لم تعد التشريعات الوطنية تتطلب الحصول على الرضا فحسب، بل، أوجبت ضرورة توافره على إعلام كاف، فلا يمكن الحديث عن الرضا بدون إعلام كاف، واضح وشامل، يستمر عبر مراحل العلاج المختلفة، وذلك بدءاً بمرحلة التشخيص ثم العلاج وأخيراً مرحلة ما بعد العلاج⁽²⁾.

بحيث، يلتزم الطبيب عبر هذه المراحل بأن يبصر المريض بكل ما يتعلق بطبيعة العلاج المقترح، مخاطره، البدائل والخيارات العلاجية المتوفرة⁽³⁾.

على أن تكون المعلومات المقدمة خلال المراحل المختلفة للعمل الطبي كاملة، واضحة، صادقة ومفهومة، فالمعلومات التي تقدم بطريقة فنية معقدة تتساوى مع عدم الإعلام⁽⁴⁾، لذلك يجب أن تقدم وفق حوار فردي وشفهي بناءً على مناقشة أي طرح للأسئلة وتقديم الأجوبة⁽⁵⁾.

1 - Voir PORSON-POLIVET Annick, op.cit, p 530 ; BOUSSARD Sabine, op.cit, p 172 ; CLERCKY Jocelyn, "Une liberté en péril, le droit au refus de soins", revue du droit public N° 1, Paris, 2004.

2 - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 160.
انظر كذلك: دعش أحمد، بلنوار عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ص 140 - 141.
ولتفصيل أكثر في هذا الشأن انظر كل من: خالد جمال أحمد حسن، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، العدد الثاني، المجلد الخاص، مجلة الحقوق، 2008، ص 179؛ علي فيلاي، "رضا المريض بالعمل الطبي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 36، رقم 3، سنة 1998، ص 51؛ وحسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تنثيرها عمليات زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 106.

3 - وهذا حسب ما جاء في نص المادة 1111-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي.
4 - نقلاً عن: سهى الصباحين ومنير هليل وفيصل تطناوي، "الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري والفرنسي"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية، المجلد 26، 2012، ص 1638.

5 - هذا ما قضت به المحكمة العليا الغرفة المدنية بتاريخ 16 جانفي 2013.
Civ-1^{er} - 16 Janvier 2013, N° 12 - 14 - 079 - jcp - 2013, N° 298, Cité par : VIALLA François, op.cit, p 42, Marge N° 46.

أما عن النماذج المكتوبة التي تقدم للمريض أو المتبرع، فهي تأتي تكملة للتبصير الشفهي، ومن أجل مناقشتها وفهمها أكثر، فلا تكفي وحدها كوسيلة لإثبات حصول الرضا أو الإعلام أمام القاضي، وهذا لاعتبارها نماذج عامة لا يتحقق الإعلام الكافي فيها⁽¹⁾.

وهذا ما حرص على تأكيده التشريع الفرنسي، من خلال تضمين هذا الالتزام على نحو صريح في كل من تقنين أخلاقيات مهنة الطب⁽²⁾ في المادة 35 منه⁽³⁾ وقانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي الصادر في 2002 وذلك في نص المادة 1111-2⁽⁴⁾ من قانون الصحة العامة والتي تنص: « لكل شخص الحق في أن يتم إعلامه بشأن حالته الصحية، هذا الإعلام ينصب على الفحوصات المختلفة، العلاجات أو أعمال الوقاية المقترحة، الفائدة المرجوة منها، مدى الاستعجال فيها ونتائجها أو مخاطرها المتكررة الحدوث أو الجسيمة المتوقعة عادة وكذلك الحلول الأخرى الممكنة والنتائج المتوقعة، وحين التحقق من مخاطر أخرى بعد إجراء الفحوصات، العلاجات أو أعمال الوقاية، يجب إعلام الشخص المعني بها فيما عدا الحالة التي يستحيل فيها العثور عليه ».

أما عن الوضع بالنسبة للتشريعات العربية فنجد أن التشريع اللبناني يعتبر من التشريعات العربية التي أولت اهتمام بالغ فيما يخص الالتزام بالإعلام في المجال الطبي من خلال إصداره

1 - فقد اعتبرت محكمة تولوز Toulouse في قرارها الصادر في 25 أكتوبر 2010 على أن النماذج غير كافية لإثبات حصول المريض على الإعلام الكافي.

Cité par : VIALLA François, op.cit, p 44, marge 54; LAUDE Anne, "L'information et santé, le droit à l'information du malade", op.cit, p 48.

2 - décret N° 95-1000 du 06/09/1995, portant le code de déontologie médicale, JORF, N° 209, du 08/09/1995, p 13305.

3 - تنص المادة 35 من تقنين أخلاقيات مهنة الطب على ما يلي:

« Le médecin doit à la personne qu'il examine qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ».

4 - Article L1111-2 : du code de la santé publique dispose : « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé.

Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ».

لقانون حقوق المرضى والموافقة المستتيرة لسنة 2004⁽¹⁾، إذ نصت على الالتزام بالإعلام ضمن الباب الأول المعنون الحق في الحصول على المعلومات⁽²⁾، أما رضا المريض فقد تناوله في الباب الثاني المعنون ضرورة الموافقة على العمل الطبي.

ذلك يعني، أن هذا الالتزام أصبح لديه ذاتية واستقلالية باعتباره حقا من حقوق المريض قائما بذاته ومستقلا عن الحق في الرضا بالعمل الطبي⁽³⁾، وهذا ما سار عليه المشرع الفرنسي أيضا من خلال نصه في المادة 35 من تقنين أخلاقيات مهنة الطب على الحق في الإعلام، أما المادة 36 منه، فقد تناولت مسألة الرضا وكذلك الأمر بالنسبة لقانون الصحة العامة الفرنسي، إذ تناول في المادة 1111-2 الالتزام بالإعلام، أما المادة 1111-4⁽⁴⁾ فقد تناولت مسألة الرضا، مما يدل، أن لهذا الالتزام ذاتية واستقلالية باعتباره حقا من حقوق المريض.

أما عن الوضع بخصوص التشريع الجزائري، فرغم عدم وجود نص صريح يكرس الالتزام بالإعلام أو قانون خاص بهذا الالتزام، كما هو الحال بالنسبة للقانون اللبناني والفرنسي، إلا أنه يمكن استخلاص بعض النصوص القانونية في مدونة أخلاقيات الطب، التي تقر على وجود مثل هذا الالتزام، فبالرجوع إلى نص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب نجد أنها تنص على وجوب إفادة الطبيب المعالج المريض بكل المعلومات حول العمل الطبي وعلى أن تكون تلك المعلومات واضحة وصادقة.

كما نصت المادة 34 من المدونة نفسها على أنه: « لا يجوز إجراء أية عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي، بالغ الخطورة، ما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته ».

1 - قانون رقم 574 المتعلق بحقوق المريض والموافقة المستتيرة، الصادر بتاريخ 2004/02/11، الجريدة الرسمية، عدد 9، الصادر بتاريخ 2004/02/13. للحصول على النصوص الكاملة لهذا القانون، انظر الملحق رقم 3 من مرجع: محمد حسن قاسم، مرجع سابق.

2 - إذ تنص المادة 2 على أنه: « يحق لكل مريض يتولى أمر العناية به طبيبا أو مؤسسة صحية، بأن يحصل على المعلومات الكاملة حول وضعه الصحي وتشمل هذه المعلومات الفحوصات والعلاجات والعمليات الطبية المقترحة، كما تشمل منافعها ومضاعفاتها السلبية، والمخاطر المعهودة أو الكبرى التي تنطوي عليها والحلول الممكنة فضلا عن النتائج المتوقعة في حال عدم إجرائها، ويقتضي في حال طرأت معطيات جديدة تستدعي اتخاذ قرارات جديدة إعلام المريض بها أيضا عند الإمكان ».

3 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ص 30 - 31.

4 - تنص المادة 1111-4 من تقنين الصحة العامة الفرنسي على أنه: «... *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment...* ».

غير أن الملاحظ بالنسبة للمشرع الجزائري خلافا لما هو مقرر في التشريع الفرنسي واللبناني، أنه لم يعالج هذا الالتزام بالتفصيل، إذ لم يحدد مراحله وأوصافه ولم يفرق بين الالتزام بالحصول على الرضا والالتزام بالإعلام، مما يستوجب تدخل المشرع لتنظيم هذه المسألة.

الفرع الثاني

تطبيق الالتزام بالتبصير في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء والتجارب الطبية

لا شك أن عمليات نقل وزرع الأعضاء والتجارب الطبية باعتبارهما من الممارسات الطبية الحديثة، تتميز بذاتية خاصة وهذا لعدم وجود هدف علاجي مباشر للشخص الخاضع لها، مما ينعكس بلا شك على الالتزام بالتبصير في هذا النوع من التدخلات الطبية.

من هذا المنطلق حرصت التشريعات المختلفة على تكريس هذا الالتزام، في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء (أولا) وفي مجال التجارب الطبية (ثانيا).

أولا - تطبيق الالتزام بالتبصير في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

للقيام بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية يستوجب تبصير شخصين: الأول هو المريض (أ) والثاني هو المتبرع (ب).

أ - الالتزام بتبصير المريض:

إذا كان رضا المريض، يعد التزاما تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي، فإن الحصول على هذا الرضا، يعد أمرا ضروريا لا غنى عنه في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وذلك لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلا⁽¹⁾.

الأمر الذي يستلزم من الطبيب الجراح إخطار المريض بحقيقة حالته الصحية وأنه لا سبيل لإنقاذه إلا بنقل العضو له، كما يوضح له طبيعة العملية التي ستجرى له واحتمالات النجاح والفشل، ويعطيه فكرة عن ظاهرة رفض الجسم للأجسام الغريبة، وما توصل إليه الطب من إمكانية السيطرة على هذه الظاهرة⁽²⁾.

أما عن درجة الالتزام بتبصير المريض، فيقتضي الأمر إقامة التوازن بين اعتبارين احترام

1 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 188.

2 - شعلال سليمان محمد السيد حمده، مرجع سابق، ص 303.

إرادة المريض والمحافظة في الوقت ذاته على سلامته النفسية وعدم عرقلة العلاج على النحو الضروري والمناسب⁽¹⁾.

من هذا المنطلق، وبالنسبة للأعمال الطبية العادية فإنه يجب على الجراح أن يخطر المريض بالمخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها والفوائد التي ستعود عليه من جراء العملية، أما الأخطار أو النتائج غير المتوقعة والمخاطر النادرة، فلا يلتزم بإعلام المريض بها⁽²⁾، أما بالنسبة للأعمال الطبية الحديثة، كعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيستوجب الأمر إخطار المريض بكل الأخطار حتى ولو كانت استثنائية الحدوث وهذا نظرا لخطورة هذه العملية على حياته وصحته مستقبلا⁽³⁾، كما يظل هذا الالتزام قائما ليشمل مرحلة ما بعد العلاج، إذ يلتزم الطبيب بإخطار مريضه بأيّة مستجدات بخصوص علاجه أو مخاطره اللاحقة⁽⁴⁾.

وهذا ما أكدت عليه المادة السابعة من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بقولها: « لا يجوز البدء في عملية النقل إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي، إذا كان مدركا بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة 13 من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرها المحتملة على المدى القريب أو البعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقي أو موافقة نائبه ».

يتضح من خلال هذه المادة، أن المشرع المصري فرض على اللجنة الثلاثية⁽⁵⁾ التي تتشكل في كل منشأة طبية مرخص لها بالنقل مهمة تبصير كل من المتبرع والمريض.

وأكدت على هذا الالتزام كذلك المادة 166 فقرة 5 من القانون الجزائري والتي تنص: « لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك ».

1 - حسام زيدان شكر الفهاد، مرجع سابق، ص 119.

2 - رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، مرجع سابق، ص 134.

3 - حبيبة سيف سالم، مرجع سابق، ص 421.

4 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 550؛ ورمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، مرجع سابق، ص 145.

5 - تنص المادة 13 من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 5 لسنة 2010، الجريدة الرسمية، عدد 9 مكرر، الصادرة في 2010/3/16 على أنه: « تشكل بقرار من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية لجنة طبية ثلاثية في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع، وذلك من بين الأطباء المتخصصين، من غير المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية، تختص دون غيرها بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذ له.

ولا يجوز لأعضاء اللجنة أن يشتركوا في إجراء عمليات الزرع أو تولي الرعاية اللاحقة إلى من المتلقين بالمنشأة ».

مما يفهم من خلال هذه المادة، أن المشرع الجزائري وسع من نطاق الالتزام بالتبصير ليشمل كل الأخطار الطبية سواء كانت محتملة أو استثنائية، لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه أوكل مهمة التبصير للطبيب فقط ولم ينص على لجنة أو هيئة معينة تتولى تقديم الإعلام على غرار ما هو متبع في التشريع المصري والفرنسي ليتحقق بذلك الإعلام والتبصير الكامل.

من جهة أخرى، إذا تعذر الحصول على رضا المستقبل وإعلامه بمخاطر العملية وآثارها لكونه في حالة صحية لا تسمح له بذلك، كما لو كان غير قادر عن التعبير عن إرادته بسبب الإغماء أو الضعف الجسدي الذي لا يسمح بالتعبير عن الإرادة⁽¹⁾، أمكن الحصول على الرضا بعد إعلام أعضاء أسرته حسب الترتيب الذي أعدته المادة 2/164، وهو كل من الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت. وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.

ب - الالتزام بتبصير المتبرع:

تتجسد مظاهر احترام إرادة المتبرع في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في ضرورة التشديد في الالتزام بالتبصير، ذلك لأن الشخص المتبرع لا يعاني من أي مرض. ومشاركته في هذا النوع من العمليات لا يحقق له أية فائدة أو مصلحة علاجية⁽²⁾.

وعليه، لا بد من أن يتوسع الطبيب في تبصيره خاصة بالنسبة للمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المتبرع حال حياته. أما حين تتجه إرادة الشخص للتبرع بأعضائه عقب وفاته فلا مجال للحديث عن الأخطار المحتملة التي تهدد حياته أو تسبب أضرارا لصحته⁽³⁾.

يقع بهذا عبء الالتزام على الطبيب بتبصير المتبرع الحي تبصيرا كاملا وشاملا لجميع المخاطر المترتبة عن العملية سواء كانت مستقبلية أو حالية⁽⁴⁾.

شرط ألا تقتصر تلك المعلومات على الجانب الطبي فقط، بل يجب أن تتعداه لتشمل

1 - خلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 443.

2 - زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 119.

3 - بشير سعد زغلول، مرجع سابق، الهامش رقم 1، ص ص 42 - 43.

4 - انظر كل من: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 134؛ عمران أحمد، مرجع سابق، ص 209؛ رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، مرجع سابق، ص 141.

الجوانب الاجتماعية والمهنية والنفسية وكل ما قد يترتب على عملية الاستئصال من صعوبات تؤثر على ممارسة المتبرع لمختلف أوجه حياته الاجتماعية والمهنية⁽¹⁾.

ويتعين من جانب آخر، أن يحاط المتبرع علما بالفائدة المحتملة التي يمكن أن تعود على المريض جراء عملية زرع العضو في جسمه ونسبة نجاح العملية ومدى إسهامها في شفاء المريض، إذ على ضوء هذه المعلومات يتمكن المتبرع من الموازنة بين ما يتعرض له من مخاطر نتيجة عملية الاستئصال، وما قد يعود على المريض من نفع نتيجة عملية الزرع⁽²⁾.

وفيما يتعلق بموقف التشريع الفرنسي من هذا الالتزام، فقد أجمعت بضرورة التشديد في مسألة تنوير المتبرع بشكل واضح لا يكتفه أي غموض أو لبس وذلك بضرورة تبصيره بالأخطار الطبية المحتملة والاستثنائية، وطرق التبرع الهجين (don croisé) من طرف لجنة طبية ثلاثية، وهذا ما نصت عليه المادة 1231-1⁽³⁾ من قانون الصحة العامة الفرنسي.

هذا، ومن أجل توسيع دائرة الإعلام والتبصير فيما يخص عملية زرع الأعضاء، فقد نص المشرع الفرنسي أيضا على ضرورة قيام الأطباء بتوجيه وإعلام المرضى بكيفية الحصول على الرضا فيما يخص عملية زرع الأعضاء⁽⁴⁾، إضافة إلى نصه على وجوب إشراف وزارة الصحة⁽⁵⁾ على حملات التوعية والتبصير بأهمية هذه العمليات وبالشروط اللازمة لإجرائها، وذلك على

1 - انظر كل من : بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010،

ص 28؛ حسام زيدان شكر الفهاد، مرجع سابق، ص 120؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 349؛

BIOY Xavier, op.cit, p 385.

2 - بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 29؛ حسام الدين الأهواني، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، 113؛ رمزي رشاد، مرجع سابق، ص 144؛ وخلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 439.

3 - Article L1231-1 du code de la santé publique dispose : « **Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la république...** ».

4 - Article L1211-3 du code de la santé publique dispose que: «.. **Les médecins s'assurent que leurs patients âgés de seize à vingt-cinq ans sont informés des modalités de consentement au don d'organes à fins de greffe et, à défaut, leur délivrent individuellement cette information dès que possible** ».

5 - Article L1211-3 du code de la santé publique dispose que: «... **cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé de la santé, en collaboration avec le ministre chargé de l'éducation nationale** ».

مستوى الثانويات، مؤسسات التعليم العالي والجامعي⁽¹⁾ وعلى مستوى الجيش الوطني⁽²⁾، وهذا فقط من أجل التحسيس والإرشاد بأهمية هذه العمليات وتشجيع المواطنين على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة، وليس من أجل الإشهار أو الدعاية، باعتبار هذه الأخيرة غير مسموح بها قانوناً⁽³⁾.

كما نص على وجوب قيام الأطباء بإعلام المرضى وتوجيههم لمصادر المعلومات التي تشرف عليها وكالة الطب البيولوجي، وجعل التبرع بالأعضاء أولوية وطنية حسب نص المادة 1231-1، كما تم إنشاء نصب تذكارية تسمح بالاعتراف بالجميل للمتبرعين وعائلاتهم 1233-3. وتم تغيير تسمية اليوم الوطني للتبرع بالأعضاء بـ"اليوم الوطني لمراجعة التبرع بالأعضاء والاعتراف بالجميل تجاه المتبرعين" وذلك بموجب المادة 10 من قانون 2011-814⁽⁴⁾.

وقد سارت التشريعات العربية على النهج نفسه، حيث نص كل من القانون المغربي في المادة 10 من الظهير رقم 16-98⁽⁵⁾ على أنه «يساعد القاضي طبيبان يعينهما وزير الصحة يعهد إليه بأن يشرحاً للمتبرع بالعضو أبعاد عملية التبرع والفائدة المرجوة من عملية الأخذ»، كما جاء وفقاً لمقتضيات المادة 4 لظهير 25 أوت 1999 والمتعلق بتنفيذ القانون رقم 16/98 وإضافة إلى المادة 8 والمتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها على ضرورة إحاطة المتبرع علماً بجميع الأخطار المتصلة بأخذ العضو البشري وبالنتائج التي تترتب على ذلك.

1 - فقد نصت المادة 312-17-2 من تقنين التربية على أنه:

« Une information est dispensée dans les lycées et les établissements d'enseignement supérieur sur la législation relative au don d'organes à fin de greffe est sur les moyens de faire connaître sa position de son vivant soit en s'inscrivant sur le registre national automatisé prévu à l'article L 1232-1 du code de la santé publique, soit en informant ses proches.

Ces séances peuvent associer les personnels contribuant extérieur, issus notamment des associations militant pour le don d'organes de même, une sensibilisation au don du sang est dispensée dans les lycées et établissements d'enseignement supérieur, au besoin avec l'assistance d'intervenants extérieurs ».

2 - L'article 14 de la loi N° 2011-814 de la bioéthique modifie l'article 114-3 al 2 de code de service national français, dispose que : « S'agissant du don d'organes, une information spécifique est dispensée sur la législation en vigueur, sur le consentement présumé et sur la possibilité pour une personne d'inscrire son refus sur le registre national automatisé... ».

3 - Article L1211-3 du code de la santé publique dispose que : « la publicité en faveur d'un don d'éléments au de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments produits du corps humain ».

4 - RENE BINET Jean, op.cit, pp 31 – 32.

5 - وهذا القانون معدل ومتمم بقانون رقم 05-26 رقم 140-06-1 بتاريخ 30 شوال 1427 الموافق لـ 22 نوفمبر 2006، الجريدة الرسمية 5477.

كما نص القانون اللبناني في المادة 2 من المرسوم الاشتراكي رقم 109 الصادر في 16 سبتمبر 1983 المتضمن أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعملية على أن المانح الذي يعاين من قبل الطبيب المكلف بالعملية، يجب أن ينبهه إلى نتائج العملية وأخطارها ومحاذيرها ويتأكد من فهمه لذلك⁽¹⁾.

وهو ما ذهب إليه القانون المصري في المادة 7 من القانون رقم 5 لسنة 2010 والذي نص على وجوب إحاطة المتبرع والمتلقي بواسطة لجنة ثلاثية بطبيعة عملية الزرع والنقل ومخاطرها المحتملة على المدى القريب والبعيد.

أما عن موقف للمشرع الجزائري، فقد نصت المادة 162 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ضرورة تبصير الطبيب للمتبرع بالأخطار الطبية المحتملة، قبل إبدائه للموافقة على الاستئصال، غير أن الملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري، ألزم الطبيب بتبصير المتبرع بالمخاطر الطبية المحتملة دون الاستثنائية، وهو ما يخالف الاتجاه العام لدى التشريعات المختلفة والذي يقضي بوجوب الإعلام الشامل في مجال عمليات نقل الأعضاء، مهما كانت طبيعة ودرجة خطورتها، ويخالف أيضا ما جاء بخصوص تبصير المريض المستقبل للعضو، والذي يتحقق بضرورة تبصيره بكل الأخطار الطبية، مما يفهم أن المشرع الجزائري وسع من نطاق الأخطار الواجب الإعلام بها بالنسبة للمريض سواء كانت استثنائية أو محتملة، وضيقها بالنسبة للمتبرع، كما أهمل النص على وجوب إعلام المتبرع بالآثار الناتجة عن العملية سواء على الصعيد المهني، النفسي، الجنسي والاجتماعي، فقد عالج موضوع التوعية والتبصير بطريقة سطحية ومن دون أن يبرر مضامينها ونطاقها وعناصرها، ولم يسند مهمة التبصير إلى جهة أو لجنة معينة تتولى التبصير مع الطبيب، من أجل حماية الشخص المتبرع أكثر، وأن يكون الإعلام محايد وموضوعي.

ثانيا - تكريس الالتزام بالتبصير في مجال التجارب الطبية:

الحصول على الرضا المتبصر في مجال التجارب الطبية يعتبر بمثابة مبدأ جوهري في مجال الطب البيولوجي، والسبب الرئيسي لشرعية هذه العمليات، فهو يجسد مبدأ ذاتية الشخص وحقه في تقرير المصير⁽²⁾.

1 - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 140؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 210.

2 - LIEVRE Astrid et MONTEL Grégoire, "Consentement et essais thérapeutiques enjeux, limites entre soins et recherches et perspectives d'une démarche éthique", p 5, disponible sur le site: <http://p1.crem.fr/SHS/ceet.pdf>.

ولقد تم تكريس مفهوم الرضا المتبصر في مجال التجارب الطبية في تقنين نورمبرغ⁽¹⁾ أين تم التطرق لأهم الإشكاليات الأخلاقية التي يثيرها الطب البيولوجي⁽²⁾، وتم وضع عشرة قواعد خاصة بالأبحاث الطبية، ومنها المادة التاسعة التي تنص على ضرورة الحصول على الرضا المتبصر⁽³⁾.

بناء على ذلك، يجب تبصير الخاضع للتجربة بهدف التجربة، موضوعها والطريقة الفنية المستخدمة، المدة اللازمة لإجرائها والفائدة المرجوة منها والمخاطر الممكن حدوثها في حالة إيقاف التجربة قبل نهايتها سواء كانت نفسية أو عضوية⁽⁴⁾، إضافة إلى وجوب إعلامه بحقه في سحب موافقته في أي وقت شاء دون أن يتحمل أية مسؤولية⁽⁵⁾، ذلك لأن التجربة تحمل طابع المخاطرة والاحتمال، مما لا يمكن الجزم بنتيجة التجربة، فقد تكون النتيجة ايجابية أو سلبية⁽⁶⁾.

وهذا ما أخذ به التشريع الفرنسي المنظم للتجارب الطبية، إذ نص على مجموعة من القواعد تضمن حماية الخاضع للتجربة، فقد نص على ضرورة تبصيره من طرف القائم بالتجربة، بغرض البحث، مدته، كيفية إجراء التجربة والنتائج والأخطار المنتظرة منها⁽⁷⁾، أما بخصوص الشكل

1 - Code Nuremberg, 1947. www.inserm.fr/ethique.

2 - ومن بينها إجراء تجارب طبية غير أخلاقية على السجناء من طرف 20 طبيب إبان الحرب العالمية الثانية، ولقد تم محاكمتهم في المحكمة العسكرية الدولية Nuremberg واعتبروها بمثابة جرائم ضد الإنسانية.

3 - تم إعادة تأسيس الالتزام بالرضا المتبصر في الجمعية الطبية العالمية لـ إعلان هلسنكي سنة 1964 وإعلان طوكيو سنة 1997.

كما تم التأكيد على هذا الالتزام في إعلان المنظمة العالمية للصحة سنة 1981 أو ما يسمى بإعلان Manilla التي أكدت المبادئ التي نص عليها كل من إعلان هلسنكي وطوكيو إضافة إلى نصها على وجوب تعيين لجنة أخلاقيات البحث من أجل التحقق من توفر وسلامة الرضا المتبصر. انظر:

PORSON-POLIVERT Annick, op.cit, pp 53 – 55

4 - انظر كل من: عبد القادر الحسني إبراهيم محفوظ، مرجع سابق، ص ص 77 – 78؛ رأفت محمد أحمد حماد، أحكام العمليات الجراحية، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 185.

5 - انفراد إعلان طوكيو بنصه بالالتزام الطبيب بتبصير الخاضع للتجربة وبحقه في العدول في أي وقت شاء، وذلك في المادة التاسعة.

6 - عبد القادر الحسني إبراهيم محفوظ، مرجع سابق، ص ص 77 – 78. انظر كذلك:

ARCHER Frédéric, Le consentement en droit pénal de la vie humaine, éditions l'Harmattan, Paris, 2003, p 206.

7 - Article L1122-1 du code de la santé publique dispose que : « **Préalablement à la réalisation d'une recherche impliquant la personne humaine une information est délivrée à la personne qui y participe par l'investigateur ou par un médecin qui le représente. Lorsque l'investigateur est une personne qualifiée cette information est délivrée par celle-ci ou par une autre personne qualifiée qui la représente. L'information porte notamment sur:**

1° L'objectif, la méthodologie et la durée de la recherche ;

=

الواجب تقديم المعلومات، فإنه تكون شفوية مما يسمح بطرح الأسئلة، مع تقديم ملخص مكتوب للحصول على رضا متبصر وصريح⁽¹⁾.

كما شدد على القائم بالتجربة، بضرورة إعلام الشخص بالنتائج العامة في نهاية كل تجربة، وشدد على ضرورة الشفافية في مجال الأبحاث المرخص بها، وهذا بإعطاء الحق للجمعيات والمرضى بطلب توضيحات والإطلاع على كل ما يتعلق ببروتوكول التجربة.

من جهة أخرى، تم فتح موقع خاص بمنظمة الصحة العالمية على المستوى الدولي في 4 ماي 2007، يمكن من خلاله معرفة كل ما يتعلق بالمشاريع المنجزة وملخص الأعمال المنجزة، والنتائج المتحققة بالنسبة للتجارب التي تم إجرائها والأبحاث القائمة⁽²⁾.

ومن أجل حماية الخاضع للتجربة، والذي يكون عادة شخصا سليما ليس لديه أي فائدة مباشرة، فإن التشريع الفرنسي نص على ضرورة قيام لجان استشارية لحماية الأشخاص الخاضعين للتجارب، بتحقق من توفر الإجراءات القانونية والشروط اللازمة لإجراء التجربة، والتحقق من حقيقة إعلام الشخص الخاضع للتجربة بمخاطر التجربة وفوائدها، ومدى احترام معايير السلامة والأمن، وتسمى هذه اللجان بـ لجنة أخلاقيات البحث والتي يجب أن تكون مستقلة عن القائم بالتجربة⁽³⁾.

لكن، رغم تشديد المشرع الفرنسي على الالتزام بالإعلام والتبصير في مجال التجارب الطبية، إلا أنه سمح بتقديم معلومات مخففة إذا البحث سيكولوجي أو نفسي لا يتضمن أي

=2° Les bénéfices attendus et, dans le cas de recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L1121-1, les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ;

3° Les éventuelles alternatives médicales ;

4° Les modalités de prise en charge médicale prévues en fin de recherche, si une telle prise en charge est nécessaire, en cas d'arrêt prématuré de la recherche, et en cas d'exclusion de la recherche... ».

1 - Article L1122-1 du code de la santé publique dispose que : « ... Les informations communiquées sont résumées dans un document écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité... » ;

2 - CHARTELOUP Helene, Le cadre juridique de la recherche biomédicale, Revue générale du droit médical, N° 27, Paris, p 10.

انظر كذلك: فواز صالح، "تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، دراسة مقارنة"، مجلد 25، مجلة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، 2009، هامش رقم 45، ص 494.

3 - Article L1121-4 du code de la santé publique dispose que : « La recherche mentionnée au 1° de l'article L1121- ne peut être mise en œuvre qu'après avis favorable du comité de protection des personnes mentionné à l'article L.1123-1 et autorisation de l'autorité compétente mentionnée à l'article L.1123-12... ».

خطر جدي، بشرط تقديم المعلومات اللازمة بعد انتهاء التجربة⁽¹⁾. كما أنه عندما يكون الشخص مريضاً في حالة استعجاليه، فإن الطبيب لا يتقيد بمبدأ خصوصية الرضا أو شموله على جميع عناصر الإعلام، وإنما يستطيع أن يواصل تدخله بالقدر الذي تقتضيه ضرورة إنقاذ المريض⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 1122-1-2⁽³⁾ من قانون الصحة العامة الفرنسي. لكن مع الإشارة في برتوكول التجربة إلى أنّ رضا الشخص لم يتم الحصول عليه، إنما تمّ فقط الرجوع إلى العائلة أو شخص ثقة، وفي حالة غيابهما يمكن إجراء الأبحاث وذلك بدون الرجوع إليهم، أي أنّ الأبحاث ليست ممنوعة بل يمكن إجرائها طالما تحقق فائدة علاجية للشخص⁽⁴⁾.

وبخصوص التجارب الطبية التي تجرى على القصر، فيجب تقديم المعلومات اللازمة وتبصير كل من القاصر الخاضع للتجربة لإبداء موقفه إضافة إلى تبصير الأولياء بمحتوى التجربة وفعاليتها⁽⁵⁾.

أما عن موقف المشرع الجزائري، فرغم نصه في المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمعدلة بالقانون رقم 17/90 على ضرورة الحصول على موافقة حرة ومتبصرة للشخص الخاضع للتجربة، أو عند عدمه لممثله الشرعي مع ضرورة الحصول على هذه الموافقة في كل لحظة، إلا أنه لم ينص على العناصر الواجب الإعلام بها.

لكن بالرجوع إلى القرار الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات رقم 387 الصادر في 31 جويلية 2006، المتعلق بالتجارب السريرية، يتبين أن المشرع الجزائري كرس الالتزام بالتبصير في نص المادة 21، والتي أشارت إلى وجوب الحصول على رضا الشخص الحر والمتبصر والصريح، بعد إعلامه من طرف القائم بالتجربة بهدف التجربة، طريقة إجرائها، مدتها،

1 - ARCHER Frederic, op.cit, p 206.

2 - خالد بن النوى، مرجع سابق، ص 136.

3 - Article L1122-1 du code de la santé publique dispose que: « .. **A titre exceptionnel, lorsque dans l'intérêt d'une personne malade le diagnostic de sa maladie n'a pu lui être révélé l'investigateur peut, dans le respect de sa confiance, réserver certaines informations liées à ce diagnostic. dans ce cas, le protocole de la recherche doit mentionner cette éventualité** ».

4 - MELLAC Audrey, "L'influence de l'urgence sur le recueil de consentement à l'acte médical", in l'association française de droit de la santé, (sous la direction de), consentement et santé, éditions Dalloz, Paris, 2014, p 93.

5 - ANASTASOVA Vélizara, MAHALAT CHINY Aurélie, RIAL SEBBAG Emmanuelle et CAUBON Anne, "Le consentement éclairé dans la recherche pédiatrique, aspects internationaux", in l'association française de droit de la santé, (sous la direction de) Consentement et santé, éditions Dalloz, Paris, 2014, p 322.

فوائدها، الأخطار والأضرار المترتبة عنها، خاصة في حالة إيقاف التجربة قبل نهايتها.

أكد من جهة أخرى في نص المادة 22 من القرار نفسه، على وجوب إعلام الشخص الخاضع للتجربة من طرف القائم بالتجربة، بحقه في الرجوع عن موافقته في أي وقت شاء وبدون أية مسؤولية.

كما نص القرار رقم 200 الصادر في 25 جويلية 2009، المتعلق بتحديد القواعد الحسنة للتطبيقات السريرية، في مادته الثانية، على وجوب احترام القواعد السريرية الحسنة من طرف كل متدخل في التجربة، ومن بين هذه القواعد نجد ما نص عليه الفصل الأول من ضرورة احترام قواعد الرضا المتبصر التي جاء بها إعلان هلنسكي في كل تجربة سريرية، على أن تقدم المعلومات بطريقة شفوية ومكتوبة، وواضحة.

إذاً يجب في كل الأحوال، إعلام الشخص بالإجراءات المتعلقة بالتعويض والعلاج في حالة تحقق أضرار أو عاهة جراء مشاركته في التجربة، وبكل المستجدات المتعلقة بالتجربة والتي يمكن أن تؤثر على صحته.

يظهر انطلاقاً مما سبق، حرص المشرع الجزائري في تكريس الالتزام بالتبصير في التجارب الطبية السريرية، باعتباره شرط أساسي للتفعيل دور الإرادة في التعامل بالأعضاء.

المطلب الثاني

ضرورة الحصول على رضا حر

رغم تكريس الالتزام بالتبصير باعتباره مظهر من مظاهر حماية إرادة الشخص الخاضع للتعامل القانوني بأعضائه البشرية، إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليه فقط لتقرير مشروعية هذا النوع من التعاملات، وهذا نظراً لخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية على السلامة الجسدية للشخص الخاضع لها.

لذلك كان لابد من تقرير مظهر آخر من مظاهر الحماية القانونية، وهو ضرورة التحقق من وجود رضا حر ومستتير، كشرط هام لإتمام هذا النوع من التدخلات الطبية، ويتحقق الرضا الحر بتمتع الشخص بالأهلية القانونية المطلوبة (الفرع الأول)، وخلو إرادته من عيوب الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضرورة تمتع الشخص الخاضع للتعامل بالأهلية القانونية المطلوبة

لا يثير رضا المريض أو المتبرع في التدخل الطبي المزمع إجراؤه سواء كان في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية من شخص حي، أو عند التبرع بالأعضاء البشرية من الشخص بعد وفاته،

أو من أجل إجراء التجارب الطبية أية مشاكل قانونية إذا كان الشخص الخاضع لها كامل الأهلية، غير أن المشكل يطرح حول مدى احترام الطابع الإرادي للقاصر في المشاركة بمثل هذه التدخلات الطبية الحديثة سواء في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية (أولا) أو في مجال التجارب الطبية (ثانيا).

أولا - مدى احترام الطابع الإرادي للقاصر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

انقسم الموقف الفقهي والقانوني بشأن مدى إمكانية خضوع القاصر لاستئصال عضو من أعضائه البشرية وزرعها لدى شخص آخر مريض بحاجة إلى العضو إلى اتجاهين، الأول يقرر عدم جواز نقل الأعضاء من القاصر مطلقا، والثاني يسمح بإخضاع القاصر لعملية نقل الأعضاء بشروط وقيود معينة.

الاتجاه الأول:

يقرر هذا الاتجاه، بأنه لا يجوز بأي حال من الأحوال قبول رضا القاصر أو من ينوب عنه بشأن التنازل عن جزء من جسده، ذلك لأن عمليات التبرع بالأعضاء تعد استثناء على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، لا يمكن أن تمارس إلا برضا الصريح والمستتير للمتبرع، وهذا مالا يمكن تصويره في القاصر⁽¹⁾ الذي لا يملك أصلا الحرية في التصرفات المالية⁽²⁾، فكيف وإن الأمر يتعلق بالتصرف في جسمه.

كما أنه لا يجوز أن يعتد برضا ممثله القانوني، ففكرة النيابة القانونية للولي تقوم على أساس مراعاة مصلحة القاصر، واستئصال جزء من جسم القاصر لا ينطوي على أدنى منفعة له ومن ثم يخرج تماما عن حدود هذه الولاية⁽³⁾.

ويعتبر جانب آخر من الفقه، أنه لا يجب أن يكون ثمة استثناء في حظر انتهاك جسم الصغير ونقل جزء منه ولو كان ذلك لمصلحة أحد إخوته أو بقصد علاجه، فكون المتلقي هو أحد إخوة الصغير لا يبرر على الإطلاق قيام الممثل القانوني بإعطاء الموافقة لانتزاع جزء من الجسم

1 - انظر كل من: عمران أحمد، مرجع سابق، ص 214؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 285؛ أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 195.

2 - تنقسم التصرفات القانونية التي يقوم بها ناقص الأهلية إلى أعمال نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة، أعمال ضارة ضرراً محضاً كإعطاء هبة للغير، أعمال دائرة بين النفع والضرر كعقود المعارضة مثل البيع، فالأولى جائزة للصبي المميز، والثانية ممنوعة، وعليه فهي باطلة بطلان مطلق، والثالثة صحيحة ولكنها قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز، انظر: خالد حمدي عبد الرحمان، "العقد الطبي ومشكلات مشروعية المحل"، مجلة المنوفية، السنة 12، العدد 14، الجزء الثاني، 2003، ص ص 58 - 59.

3 - انظر كل من: ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 269 - 270؛ عمران أحمد، مرجع سابق، ص 214؛ محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 675.

المشمول بالرعاية والحماية، حيث، أن هذا التصرف من جانب الممثل القانوني ينطوي وبحق على تناقض واضح.

وقد أخذت بعض التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء بهذا الاتجاه خصوصاً في دول أمريكا اللاتينية، فحظرت نقل الأعضاء من القصر ومن في حكمهم حتى أصحاب العاهة العقلية، إذ افترض القانون في هؤلاء عدم القدرة على اتخاذ قرار واعي ومدرك لكافة العواقب المترتبة عن عملية التبرع بالعضو، ومن أبرز هذه التشريعات كل من التشريع المكسيكي وبوليفي⁽¹⁾.

ومن التشريعات العربية التي سارت على هذا النهج، نجد مشروع القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيها لسنة 2009، الذي نصّ في المادة 12 منه على أنه « يحظر استئصال أي عضو بشري أو نسيج من القاصر أو ناقص الأهلية مهما كانت المبررات ». وكذا التشريع الكويتي رقم 7 لسنة 1983 الذي نص في مادته الثالثة على ألا يقل سن المتبرع أو الموصي عن 18 عشر سنة. والتشريع اللبناني، حيث نصت المادة الأولى من المرسوم الاشتراكي على أن يكون الواهب قد أتم 18 سنة من عمره، بينما نص القانون الإماراتي في مادته الثانية على الوجوب أن يكون المتبرع كامل الأهلية.

أما القانون المغربي فقد جاء صريحاً في المادة 2 على أنه: « لا يجوز أخذ عضو من أجل زرع في شخص حي من قاصر أو من شخص حي راشد يخضع لإجراء من إجراءات الحماية »⁽²⁾.

وبخصوص المشرع الجزائري، فقد أخذ بالاتجاه الأول حسب ما جاءت به المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص: « يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء والأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل تحدد كليات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم ».

مما يفهم، أن المشرع الجزائري سمح فقط بالاقتطاع من الأشخاص الراشدين المتمتعين بكامل قواهم العقلية، دون المحرومين من قدرة التمييز والمصابين بأمراض تضر بصحة المتبرع والمستقبل.

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 136.

2 - انظر كل من: ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 270؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 215؛ محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 276.

وما يمكن ملاحظته كذلك من نص المادة 163 أن المشرع الجزائري استغنى عن شرط الحجر بحيث إذا كان الشخص قد بلغ سن الرشد لكنه فقد أهليته لأي عارض من العوارض، فلا يجوز استئصال أي عضو من جسمه لأن إرادته تكون معيبة حتى ولو لم يتم الحجر عليه، فالمشرع الجزائري لم يذهب إلى ما ذهب إليه القانون المدني وقانون الأسرة اللذان اشترطا شرط الحجر لاعتبار الشخص الراشد الذي فقد أهليته عديم الأهلية.

كما استبعد المشرع الجزائري الولي والوصي والقيم من مجال تمثيل القاصر، ويرجع ذلك لكون هذه التصرفات تمس بجسم المتبرع، ولا تتطوي على قصد العلاج وقد تعرضه للخطر، مما يمكن القول أن المشرع الجزائري أصاب عند استبعاده للقصر وعديمي الأهلية من مجال استئصال الأعضاء.

الاتجاه الثاني: إمكانية إخضاع القاصر لعملية نقل الأعضاء بقيود:

يمثل هذا الاتجاه ما استقر عليه القانون الطبي حاليا من ضرورة الاعتراف للقاصر المدرك بأهلية مدنية صحية *Capacité civile sanitaire* والتي هي أكثر اتساعا من تلك الممنوحة له في إطار القانون بصفة عامة⁽¹⁾.

لذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه إباحة نقل الأعضاء من القصر بشروط محددة تجعل نقل الأعضاء من القصر ومن في حكمهم ضيقة للغاية وتحت رقابة القضاء والقانون⁽²⁾.

وتتمثل هذه الشروط في نوعين، النوع الأول يحدد من يجوز التبرع لمصلحته والنوع الثاني فيحدد الأجزاء التي يباح نقلها من الصغير.

فبالنسبة للشرط الأول والمتعلق بمن يجوز التبرع لمصلحته، فيشترط غالبية الفقه أن يكون ذلك لمصلحة الأخ أو الأخت دون غيرهما بعد الحصول على موافقة الولي الشرعي كالأب أو الأم أو الولي الشرعي والقانوني، مع ضرورة حصول على موافقة لجنة الخبراء التي يقع على عاتقها مسؤولية اتخاذ القرار، مما يجعل هذا الإجراء ميزة كبيرة بإشراكه إلى جانب موافقة القاصر وموافقة أبويه موافقة لجنة الخبراء، يفترض تمتعها بالحياد الكامل⁽³⁾.

1 - انظر: ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 264؛ محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 276.

2 - معاشو نبالي فطة، "إن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 33؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 215؛ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 137.

3 - أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص 371.

أما الشرط الثاني فيحدد الأعضاء الواجب نقلها من القاصر والتي يجب أن تكون قصرا على الأنسجة المتجددة فقط دون غيرها من الأعضاء أو الأجزاء التي انفصلت عن الجسم، فإنه لا يمكن استبدالها وتجديدها تلقائيا، وعلى ذلك فإنه لا يجوز على سبيل المثال نقل إحدى كليتي الصغير أو قرنية العين وغيرها، ذلك من الأعضاء غير المتجددة⁽¹⁾.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه نجد التشريع الفرنسي الذي أقر كأصل عدم جواز نقل الأعضاء من الشخص القاصر ومن الشخص البالغ الخاضع لتدابير الحماية القانونية وبعدم جواز إجراء أي استئصال لأنسجة أو خلايا أو منتجات جسم شخص قاصر البالغ الخاضع للحماية القانونية⁽²⁾.

إلا أنه سمح على سبيل الاستثناء باستئصال خلايا الدم من النخاع العظمي وفقا للشروط التي نصت عليها المادة 1241-3⁽³⁾، ومنها أن يكون المتبرع أبا أو أختا أو ابن عمه أو بنت عمه أو عمته أو خالته أو ابن أو ابنة أخيه، وأن يوافق على ذلك الولي أو الممثل القانوني، بعد الحصول على ترخيص من لجنة الخبراء التي يقع على عاتقها مهمة التحقق من وجود تبصير كامل سواء بالنسبة للقاصر أو أوليائه، ومدى توفر الشروط الخاصة بعملية الاستئصال وعدم انطوائها على أية مخاطر بالنسبة للقاصر، مع التحقق من مدى احترام رغبته وإرادته في حالة رفضه لإجراء العملية.

مما يدل حسب هذه المواد أن المشرع الفرنسي، اقتصر التعامل في جسم القاصر على استئصال الخلايا المتجددة في النخاع العظمي فقط دون سواها، وهذا رغبة في حماية القاصر من أي ضغط ومن أي شكل من أشكال الاستغلال.

1 - انظر كل من: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 285 - 287؛ أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص ص 169 - 171؛ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 138.

2 - Article L1231-2 du code de la santé publique dispose « *Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale* ».

Article L 1241-2 dispose « *Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale* ».

3 - Article L 1241-3 du code de la santé publique dispose « *Par dérogation aux dispositions de l'article L 1241-2, en l'absence d'autre solutions thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou sa sœur*
Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solutions thérapeutique appropriée, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être fait sur un mineur au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou sa tante, de son neveu ou sa nièce... ».

ويعتبر التشريع الفرنسي من التشريعات الأكثر تشددا مقارنة بما جاء في الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان والطب الحيوي "أوفيدو Oviedo"، التي سمحت بانتفاع بالأنسجة المتجددة من الأشخاص القصر الذين لا يتمتعون بالأهلية القانونية دون تحديدها لهذه الأنسجة⁽¹⁾.

ومن التشريعات العربية التي أجازت نقل الأعضاء من القصر، نجد القانون السوري الخاص بنقل وغرس أعضاء الإنسان، فقد نصت المادة 20 من الفقرة 4 على أنه: « لا يقع النقل من متبرع قاصر، إلا إذا كان المستفيد والمتبرع أخوين توأمين ويشترط في هذه الحالة موافقة الأبوين في حال وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي »⁽²⁾.

مما يفهم، أن القانون السوري سمح فقط بالاستئصال لصالح الأخ التوأم مع ضرورة الحصول على موافقة الولي؛ ولكنه لم يحدد الأعضاء الواجب نقلها إن كانت متجددة أم لا.

أما عن الوضع بالنسبة للتشريع المصري، فقد أجاز في المادة الخامسة فقرة الثالثة من قانون تنظيم زرع الأعضاء على نقل وزرع خلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة، ما لم يوجد متبرع آخر من الغير، بشرط الحصول على الموافقة الكتابية من أبوي الطفل إذا كانوا على قيد الحياة، أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو الحصول على موافقة الولي أو الوصي أو النائب أو الممثل القانوني في حالة عدم وجودهما.

غير أن ما يعاب على هذا القانون، عدم تحديده للمقصود بخلايا الأم من الناحية الطبية، لأن هذا التحديد سيحدد بدوره مجال الإباحة ونطاق التجريم، كما أن هذا القانون يجيز لمن له ولاية أو وصاية على الطفل أن يصدر موافقة الكتابية من أجل التبرع بخلايا الطفل لصالح أخ أو أخت، غير أن هذه الإجازة، غير موفقة، فليس الوصي أو الممثل القانوني عن الصغير حريصا دائما على مصلحته.

ثانيا - مدى الاعتداد برضا القاصر في إجراء التجارب الطبية:

الأصل أن يكون الشخص الخاضع للتجربة كامل الأهلية لكي يصح أن يصدر عنه رضا صحيحا قانونا، وهو شرط منطقي بالنظر إلى طبيعة التجارب الطبية التي تقتضي أن يكون

1 - وهذا ما نصت عليه المادة 20، فقرة 1 و2 من اتفاقية أوفيدو Oviedo، مرجع سابق.

2 - نقلا عن عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 218.

للشخص على قدر كافٍ من الوعي والإدراك، فالإدراك والإرادة الكاملة هي من المؤثرات على شرعية التجارب الطبية⁽¹⁾.

لكن، يمكن وعلى سبيل الاستثناء أن يكون القاصر محلاً لإجراء التجارب الطبية بشرط أن تصدر الموافقة من نائبه القانوني بعد أخذ رأي القاصر مراعاة لسنه وإدراكه⁽²⁾، وهذا ما أخذت به معظم التشريعات المقارنة، حيث أجازت التجارب الطبية على القصر وإن اختلفت في القواعد المنظمة لها، فاعتبرت التجارب الطبية على الأطفال ضرورة علمية مثلما هي بالنسبة للشخص الراشد، وهذا لاختلاف رد فعل جسم القاصر تجاه الدواء مقارنة برد فعل جسم الشخص الراشد، مما يستدعي التجريب على هذه الطائفة بالذات للتأكد من صلاحية الأدوية والطرق العلاجية الجديدة⁽³⁾.

لذلك، فقد أقرّ تقنين نورمبورغ إمكانية الاعتداد برضا الممثل القانوني في حالة التجريب على الطفل أو على المعوق ذهنياً دون التمييز بين التجارب العلمية والعلاجية، أما إعلان هلسنكي، فقد أجاز صراحة موافقة الممثل القانوني، وقد سارت على هذا النهج تعليمات الجمعية الطبية الأمريكية التي أوصت بأنه في حالة تجريب على الأطفال أو القصر عديمي التمييز يجب الحصول على موافقة الولي الشرعي⁽⁴⁾.

وقد نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (أوفيدو Oveido) في مواجهة العلوم الطبية البيولوجية لسنة 1997 في مادتها 6 فقرة 2 على أنه بالنسبة للأشخاص الذين يتعذر الحصول على رضائهم لنقص أو لانعدام أهليتهم، فيجب الأخذ بموافقة الولي أو نائبه القانوني، مع الأخذ بعين الاعتبار برأي القاصر أو الصغير، مع مراعاة سنه ودرجة نضجه.

مما يعني حسب هذه المادة عدم انفراد النائب بإبرام التصرف لوحده⁽⁵⁾، كما يجب أن تكون التجارب التي ستجرى عليهم فيها مصلحة مباشرة لهم وذلك حتى لا تستغل هذه الطائفة وتخضع

1 - خالد حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 57؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 803؛ خالد بن النوى، مرجع سابق، ص 138.

2 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 188. وانظر كذلك:

ANASTASOVA Vélizara, MAHALAT CHINY Aurélie, RIAL SEBBAG Emmanuelle et CAUBON Anne, op.cit, p 323.

3 - وهذا ما نصت عليه المادة 17 من اتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان "أوفيدو".

4 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 805.

5 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 190.

لإجراء تجارب لخدمة طائفة أخرى بدون أي فائدة تعود عليهم⁽¹⁾.

أما على مستوى التشريعات المقارنة، فنجد القانون الفرنسي أجاز إجراء التجارب على القصر ومن في حكمهم بشرط الالتزام بالضوابط المنصوص عليها في قانون الصحة العامة وطبقا للمادة 1122-2⁽²⁾ من قانون الصحة العامة.

ففيما يخص القاصر غير المميز والراشد الخاضع للحماية القانونية يمكن أن يخضع للتجارب بعد حصوله على المعلومات اللازمة والمنصوص عليها في نص المادة 1122-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي بالطريقة التي تتناسب مع قدرتهم في فهم مضمون هذه الأبحاث، مع وجوب إشراك الممثلين القانونيين والهيئات المختصة التي تتولى الترخيص لهذه الأبحاث.

هذا، وبالنسبة للأشخاص المحرومين من الحرية، بقرار قانوني أو إداري والموجودين في المستشفيات بقوة القانون، والأشخاص الموجودين ضمن حجر صحي أو اجتماعي لأهداف معينة، فلا يمكن إخضاعهم للأبحاث والتجارب العلمية إلا في حالة ما إذا كانت التجارب العلمية ضرورية ومفيدة لهم وللذين يكونون في الوضعية نفسها، مع ضرورة التأكد من أن الفوائد المتحصل عليها تفوق الأخطار الممكن حدوثها من هذه التجارب⁽³⁾.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري، فقد سمح بإجراء التجارب على القصر والأشخاص المتواجدين في المؤسسات الصحية أو الاجتماعية بشرط أن تحقق فائدة مباشرة لصحتهم، وهذا استنادا لنص المادة 12 من القرار رقم 387، المتعلق بالتجارب السريرية⁽⁴⁾.

1 - ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 193.

2 - Article L1122-2 du code de la santé publique dispose : « *Les mineurs non émancipés, les majeurs protégés ou les majeurs hors d'état d'exprimer leurs consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection juridique reçoivent, lorsque leur participation à une recherche impliquant la personne humaine est envisagée, l'information prévue à l'article L 1122-1 adaptée à leur capacité de compréhension tant de la part de l'investigateur que des personnes, organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter ou d'autoriser la recherche eux-mêmes informés par l'investigateur* ».

3 - ARCHER Frédéric, op.cit, p 207.

4 - Article 12 dispose que : « *Les mineurs et les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social ne peuvent être sollicités pour un essai clinique que si l'on peut en attendre un bénéfice direct pour leur santé* ».

الفرع الثاني

سلامة الإرادة من العيوب

لا يكفي للتحقق من وجود رضا حر للشخص الخاضع للتعامل سواء في مجال عمليات نقل الأعضاء البشرية أو في مجال التجارب الطبية، أن يكون رضا الشخص صادرا عن أهلية كاملة، بل يستوجب الأمر كذلك أن تكون إرادة الشخص خالية من أي عيب من عيوب الإرادة (أولا). إضافة إلى أن يكون الشخص متمتعا بقدر كافٍ من الحرية (ثانيا).

أولا - سلامة الإرادة من العيوب في مجال عمليات نقل الأعضاء والتجارب الطبية:

للتحقق من حرية رضا الشخص الخاضع للتعامل، يجب أن تكون إرادة الشخص خالية من العيوب سواء في مجال عمليات نقل الأعضاء (أ)، أو التجارب الطبية (ب).

أ - بالنسبة لعمليات نقل وزرع الأعضاء:

يشترط لكي يعتد برضا المتبرع أن يكون صادرا عن إرادة حرة واعية، وهذا يتطلب حرية المعطي في التعبير عن موافقته باستئصال عضو أو أكثر من أعضائه سواء كان في حياته أو بعد مماته، مما يعني أنه لا يجب التأثير على قراره من قبل الغير سواء كان هذا الغير طبيا أو أي شخص له مصلحة في ذلك⁽¹⁾.

إذ يجب أن يبنى على إرادة حرة لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة⁽²⁾ والتي يقصد بها وفقا للقواعد العامة تلك العوامل التي تلابس إنشاء العقد، لا يستطيع اعتبار العقد كاملا ملزما نظرا لوجود شائبة تعيب إرادة العاقد⁽³⁾، لذا فإن المشرع الجزائري جعل العقد المشوب بعيوب الإرادة

1 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 197.

2 - هناك من يفضل استعمال تسمية عيوب الإرادة بدل عيوب الرضا، وهذا لأن التسمية الأخيرة غير دقيقة لاعتبارات مختلفة منها أنه قد يُفهم من عبارة عيوب الرضا أنه يشترط أن يشوب العيب الإرادتين معا، والواقع خلاف ذلك إذ يكفي أن يشوب إرادة أحد المتعاقدين حتى يحق له أن يطلب إبطال العقد، كذلك تسمية عيوب الإرادة أدق من عيوب الرضا، ذلك أن عيوب الرضا قد توقع البعض في لبس على أنها عيوب تلحق الإرادة التعاقدية فحسب، بينما الواقع يمكن أن تلحق التصرفات الناشئة عن الإرادة المنفردة كالوصية والوعد بالجائزة وغيرها. انظر: جعفر محمد السعيد، مرجع سابق، ص 8.

3 - جعفر محمد السعيد، المرجع السابق، ص 6.

قابلا للإبطال، وتتمثل هذه العيوب في الغلط⁽¹⁾، الإكراه⁽²⁾، التدليس⁽³⁾ والاستغلال.

فهل يمكن تصور حدوث هذه العيوب في مجال للتدخلات الطبية غير العلاجية كزرع الأعضاء والتجارب الطبية.

اعتبر بعض الشراح، أنه من الممكن تصور حدوث عيوب الإرادة خاصة في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء مقارنة مع نقل الأعضاء من جثث الموتى، إذ من المتصور حدوث الغلط سواء بالنسبة للمريض أو المتبرع، كأن يقع الغلط نتيجة تهاون الطبيب الجراح في إفادة ذلك المريض بكل المعلومات الضرورية عن حالته الصحية وسبل العلاج والأجهزة الواجب استخدامها وتهاونه في تبصيره بالمخاطر المتوقعة، مما يؤدي حتما إلى أن يقع المريض أو المتبرع في غلط، بحيث لو تم تبصيره بها لما أقدم على إجراء العملية⁽⁴⁾.

ومن المتصور أيضا، أن يقع الغلط في صفة الآلات والأجهزة المستخدمة والتي يمثل استخدامها خطورة غير عادية كالعلاج الكيميائي، أو في صفة من صفاته كما لو انصرفت إرادة المريض إلى التعاقد مع طبيب مشهور بالتخصص وتبين أنه ليس هو المقصود بالتعاقد⁽⁵⁾.

أما التدليس⁽⁶⁾، فيتصور وقوعه من طرف الطبيب في سكوته عن تبصير مريضه أو المتبرع

1 - يعرف الغلط بأنه: « اعتقاد يخالف الحقيقة يتولد في ذهن الشخص فيحمله على التعاقد وما كان ليتعاقد لو علم بالحقيقة وقد نص المشرع الجزائري على الغلط في نص المادة 81 من التقنين المدني، وأجاز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد طلب إبطاله. لمزيد من التفصيل، انظر: جعفر محمد السعيد، مرجع سابق، ص 13؛ خالد حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 38.

2 - التدليس هو تضليل العاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه إلى التعاقد بحيث لولاها لما رضي بالتعاقد، أو استعمال طرق احتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد، انظر: زعلاني عبد الحميد، مرجع سابق، ص 68؛ جعفر محمد السعيد، مرجع سابق، ص 41.

3 - الإكراه: عبارة عن وسائل الشدة والتخويف التي يمارسها شخص ضد آخر لإرغامه كرها عن الرضا بالعقد والتي تولد في نفس الشخص رهبة تحمله على التعاقد خشية الأذى. ولقد نصت عليه المادة 88 من التقنين المدني. انظر: جعفر محمد السعيد، مرجع سابق، ص 67.

4 - حروزي عز الدين، الطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، "دراسة مقارنة"، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2008، ص 61.

5 - خالد حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 32.

فرغم أن التدليس والغلط يتفقان باعتبار أن الوهم هو الأثر الدافع إلى العقد في كل من الغلط والتدليس، غير أنهما =

ببعض المعلومات والملابسات عن عمد، بحيث لو تم الإفصاح عنها، سيؤدي حتماً إلى إحجام المريض أو المتبرع عن التعاقد، وقد استقر القضاء الفرنسي على أن السكوت عن إعطاء البيانات والمعلومات يعد عملاً تدليسياً من طرف الطبيب على مريضه⁽¹⁾. كما يعتبر من قبيل التدليس اللجوء إلى التحايل أو الغش بقصد إيهام المريض أو المتبرع بأمر مخالف للحقيقة⁽²⁾، وذلك من أجل دفعه إلى قبول المساس بجسمه وخضوعه مثلاً لعملية نقل وزرع الأعضاء أو للتجربة الطبية⁽³⁾.

يعتبر كذلك تدليسا، عدم إجابة الطبيب الجراح عن جميع الأسئلة التي يطرحها المريض أو

يختلفان في كون الغلط وهما تلقائيا يتولد في ذهن المتعاقد من غير أن يدفع إليه، أما التدليس فهو وهم مستثار أي غير تلقائي أو هو غلط مدبر، قصد من خلاله المدلس إيقاع المتعاقد معه فيه وأفلح فعلا في جره إليه بالخدعة والحيلة والتضليل، كما أن إثبات التدليس أيسر من إثبات الغلط، ذلك لأن التدليس يقوم بناءً على طرق احتيالية وهي أمور خارجية يسهل إثباتها، كما أن التدليس إلى جانب كونه عيب من عيوب الإدارة، يعتبر خطأ موجب للتعويض في حالة ما إذا نشأ عنه ضرر. انظر: جعفر محمد السعيد، مرجع سابق، ص 42.

1 - يجب التمييز بين أمرين:

فإذا كان في إخفائها مصلحة للمريض فلا يعد من قبيل التدليس، وهو ما استقر عليه القضاء في فرنسا وأستراليا وبريطانيا وكندا، حيث قررت المحاكم فيها أنه: إذا كان من واجب الطبيب الالتزام بالأمانة والصدق في معاملته مع مريضه، فإنه مخول له إخفاء ما يقدره من معلومات إذا وجد مبرر قوي في إطار مصلحة المريض القانونية. انظر كل من: حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 62؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 34 - 35. أما الإخفاء أو الكتمان أو السكوت الذي يقصد من ورائه امتناع المتعاقد عمداً عن الإفصاح ببيانات أو بمعلومات تهم الطرف الآخر، فيعتبر كافياً لقيام التدليس، خاصة إذا تبين أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بالأمر الذي كتمه من تعاقد معه، ذلك أن السكوت حيث يلزم الإفصاح نوع من الكذب بل هو كذب سلبي « فليس الصدق أن تقول ما هو حق فحسب، بل أن تقول أيضا كل ما يجب عليك الإفصاح عنه ». انظر: جعفر محمد السعيد، مرجع سابق، ص 49.

2 - فيما يخص مسألة الكذب الحاصل من الطبيب على مريضه، وهل يعد ذلك عملاً تدليسياً، فإن المبدأ العام مستقر على أن الكذب يعد عملاً غير مقبول، يتناقض وواجب الأمانة والصدق الواجب أن يتحلى بهما الطبيب تجاه مريضه. فالكذب الذي يهدف إلى كتمان العناصر الصالحة، وتشويه الحقيقة بهدف دفع المريض إلى قبول العلاج بقصد تحقيق مصلحة الطبيب، دون مصلحة المريض، يعد تدليسياً واضحاً يعيب العقد الطبي ومن ثم يبطل بطلانه. انظر كل من: حسام كامل الدين الأهواني، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل الأعضاء، مرجع سابق، ص 93؛ إيمان محمد صلاح الدين الشيخ، مرجع سابق، ص 106.

3 - فقد قضت محكمة السين الفرنسية بأن الطبيب يرتكب خطأ مهنياً مؤكداً إذا قام بدون رضا حر وعن بيئة كاملة من جانب المريض بتجربة دواء أو علاج جديد عليه. انظر كل من: علي فيلالي، مرجع سابق، هامش رقم 20، ص 48؛ إيمان محمد صلاح الدين الشيخ، مرجع سابق، ص 106.

المتبرع بشأن حالته الصحية وطريقة العلاج الجراحي المناسب له، فمن واجب الطبيب الإجابة على جميع استفسارات المريض بوضوح وأمانة، حتى يتسنى للمريض أو المتبرع إبداء موافقته عن فهم وإدراك تام⁽¹⁾.

أما الإكراه⁽²⁾: فهو العيب الأكثر ورودا خاصة في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، إذ يمكن أن يتخذ عدة صور، منها تضخيم الطبيب المعالج لخطورة الحالة المرضية لمريضه وإيهامه بأن عدم أخذه العلاج المقترح سيؤدي حتما إلى وفاته أو إصابته بعاقة مستديمة⁽³⁾.

يتحقق أيضا الإكراه⁽⁴⁾ في الضغوط النفسية والعائلية التي من شأنها أن تشوب إرادة المتبرع وتؤثر في اتخاذ قراره، لذلك على الطبيب أن يتأكد من عدم استغلال محبة الشخص المتبرع وصلته بالمريض وخضوعه لضغط نفسي نتيجة إحساسه بأن حياة المريض وشفائه من مرضه أمر متوقف على تبرعه له بعضو من أعضائه، فهذه الأمور من شأنها المساس بالإرادة وتجعل رضا الشخص غير منتج لآثاره القانونية، كما يجب التأكد من أن موافقة المتبرع ليست وليدة لحظة يأس أو لحظة سخط عليها⁽⁵⁾.

بل يجب أن يكون التبرع بدافع الحب، فالأم التي تتبرع لابنها، هو تصرف يجب أن يكون نابعا عن إثارة ورغبة خالصة وليس عن التزام⁽⁶⁾، لذلك على الأطباء تقديم المعلومات اللازمة بموضوعية وبعيدا عن أي ضغط حتى يتحقق الرضا الحر للمتبرع⁽⁷⁾.

1 - حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 62.

2 - هناك من يفضل استعمال لفظ الرهبة La crainte بدل الإكراه، ذلك لأن ما يعيب الإرادة هو الخوف والرهبة التي يبعثها الإكراه في النفس، وليس الإكراه ذاته، فالإكراه لا يعدو أن يكون الأداة التي تعيب الإرادة وليس العيب ذاته. انظر: جعفر محمد السعيد، مرجع سابق، ص 78.

3 - حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 65؛ قنيف غنيمية، مرجع سابق، ص 129.

4 - يختلف الإكراه عن الغلط والتدليس بالنسبة لموضوع كل منهما، فالغلط والتدليس يمسان العقاد علمه بما يرتضيه يجيء رضائه بغير بينة بحقيقة الحال، أما الإكراه فإنه يلحق اختيار المتعاقد، إذا أن رضاء المكره لا يصدر عن حرية، إنما عن خوف وإجبار. انظر: جعفر محمد السعيد، مرجع سابق، ص 67.

5 - بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 62.

6 - Avis consultatif, don d'organes entre vifs, université de Genève, 28 Janvier, 2004, p 35.

7 - BERBET Audrey, Le consentement, au prélèvement d'organes destinés à la transplantation aux Etats-Unis et dans l'union Européenne, master de droit de l'homme et droit humanitaire, université Panthéon Assas, Paris II, 2011, p 43.

وهو ما أدى بالبعض إلى ضرورة إخضاع المتبرع لبعض الاختبارات النفسية من أجل التأكد من توفر شرط الرضا الحر⁽¹⁾.

من جهة أخرى، فإن التأثير على إرادة الشخص بإغرائه بالمال أو بجني فائدة له، كالحصول على وظيفة معينة من شأنه أن يعدم الإرادة، ويجرد الرضا من أية قيمة قانونية فضلا عن ما يمثله ذلك من اتجار بالبشر وبالأعضاء البشرية⁽²⁾.

لذلك، فمن أجل أن يرتب الرضا آثاره القانونية يجب أن يكون حرا، وهذا ما أكدت عليه اتفاقية حقوق الإنسان للمنظمة الأوروبية⁽³⁾، وأكدت عليه اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان الإنسان في قرارها حول مشروع القانون المتعلق بالطب البيولوجي لـ 3 فيفري 2011⁽⁴⁾.

أما على مستوى التشريعات الوطنية المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء، فقد نص التشريع المصري في المادة 5 من قانون رقم لسنة 2010 على أن في جميع الأحوال يجب أن يكون المتبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا.

وبخصوص المشرع الجزائري، فلم ينص على وجوب التحقق من الرضا الحر للمتبرع ولا للمريض، بل نص فقط على وجوب الحصول على موافقتهم، بعد إحاطتهم بالأخطار الطبية المحتملة، فسادا لذلك الفراغ كان على المشرع الجزائري التدخل لإدراج نص قانوني ينص صراحة على شرط الرضا الحر، وعلى وجوب إخضاع المتبرع للتحليل النفسي قبل التبرع لتفادي أي إكراه أو ضغط على شخصه، ومن أجل التكريس الفعلي لمبدأ الرضا المتبصر.

ب - خلو إرادة المتبرع من العيوب في مجال التجارب الطبية:

التجارب الطبية سواء كانت علاجية أو علمية تعتبر من أخطر العمليات التي يتعرض لها الإنسان، وذلك لتجردها من أي مصلحة علاجية مباشرة بالنسبة للشخص الخاضع لها، لذلك لزم

1 - انظر كل من: بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 62.

2 - بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 62.

3 - La charte des droits fondamentaux de l'union Européen..

« Dans le cadre de médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés [...], le consentement libre et éclairé de la personne concernée selon les modalités définies par la loi ».

أشار إليه: BEBRET Aubrey, op.cit, p 35.

4 - Les règles qui encadrent le prélèvement d'un organe sur un donneur vivant doivent veiller à la vérité du consentement, garantir contre les risques de pression affective et familiales ainsi que toute forme de rémunération.

Il faut que le don soit vraiment libre et n'obéisse pas à une obligation morale excessive.

أشار إليه: BEBRET Aubrey, op.cit, p 42.

الأمر المزيد من الحرص والتأكد من توافر حرية الرضا والذي يتحقق بشرط عدم وقوع الخاضع لها تحت أي إكراه أو ضغط مادي أو معنوي⁽¹⁾.

فقد استلزم الفقه المقارن ضرورة أن يكون الرضا إراديا وحرًا من جانب الشخص موضوع التجربة، وذلك رغبة في تفادي تكرار التجارب النازية، وقد صاغت لائحة قسم الصحة التعليمية والرفاهية في الولايات المتحدة الأمريكية، مضمون هذا الالتزام بقولها، ينبغي أن يصدر الرضا من شخص في حالة تسمح له بالتعبير عن إرادته الحرة وألا يكون ضحية تحريض مؤثر أو أي شكل من أشكال القوة والتدليس أو الغش أو الإكراه أو أي شكل آخر من أشكال الضغط⁽²⁾.

لذلك، يتعين على الطبيب القائم بالتجربة، أن يوضح للخاضع للتجربة أن الموافقة المطلوبة في هذه الحالة ليست من أجل العلاج الذي يتلقاه، وإنما هي مطلوبة لإجراء التجارب غير العلاجية⁽³⁾.

كما لا يجب أخفاء حقيقة التجربة عليه أو إغفال إعلامه بواقعة مهمة تتصل بها، كإخفاء تجريب العقاقير الجديدة باستعمال طريقة الجهل مثلا⁽⁴⁾، كما تناول إعلان طوكيو سنة 1975 في مادته العاشرة مسألة إجراء التجارب في الجامعات نظرا لتبعية الطلاب للأساتذة، وهذه التجارب تثير الشك حول مدى حرية رضائهم بالخضوع لها، لذلك على الطبيب أن يتخذ احتياطاته الخاصة، بأن يتم الحصول على رضا الخاضع لها بواسطة طبيب آخر أجنبي تماما عن التجربة للتأكد من صحة الرضا وعدم خضوع الطلبة لأي ضغط⁽⁵⁾.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري من حرية الرضا في مجال التجارب الطبية، فلم يتعرض إلى هذه المسألة في قانون حماية الصحة وترقيتها، ولم يخصص للتجارب الطبية أحكاما واضحة مفصلة تبين كفاءات وشروط إجرائها باستثناء نصه في المادة 168 على شرط الموافقة، إلا أنه بالرجوع إلى القرار الوزاري رقم 200 الصادر بتاريخ 25 جويلية 2009 والذي يعدل القرار رقم 112 الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1992، والمتعلق بإرساء القواعد الحسنة للتطبيقات التجريبية السريرية، فقد نصّ في الفصل الأول منه بعنوان حماية الأشخاص الخاضعين للتجارب واستشارة

1 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 171. انظر كذلك: ARCHER Frédéric, op.cit, p 206.

2 - خالد بن نوى، مرجع سابق، ص 118.

3 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 172.

4 - خالد بن نوى، مرجع سابق، ص 121.

5 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 172.

اللجان الأخلاقية، على وجوب الحصول على الرضا الحر والمتبصر، وبدون إكراه أي شخص للمشاركة في التجربة⁽¹⁾.

كما نصّ كذلك في القرار الوزاري رقم 387 المؤرخ في 31 جويلية 2006، المتعلق بالأبحاث السريرية في مادته 21 على ضرورة الحصول على موافقة حرة متبصرة وصريحة للخاضع للتجربة، بعد أن يقوم القائم بالتجربة بشرح هدف التجربة، طريقة إجرائها، مدتها، فوائدها، الأضرار والأخطار المحتملة عن التجربة.

مما يظهر، أن المشرع الجزائري أعطى أهمية لحرية الرضا في مجال المشاركة في التجارب الطبية، مقارنة بحرية الرضا في مجال عمليات نقل الأعضاء.

ثانيا - مدى تحقق شرط الرضا بالنسبة للأشخاص المسجونين والمحكوم عليهم بالإعدام:

لكي تكون موافقة الشخص صادرة عن إرادة حرة يقتضي أن يكون هذا الأخير متمتعا بقدر كافي من الحرية، لذلك نتساءل عن مدى تحقق شرط الرضا الحر بالنسبة للأشخاص المسجونين والمحكوم عليهم بالإعدام، أي ما هي القيمة القانونية لهذا الرضا سواء في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (أ)، أو في مجال التجارب الطبية (ب).

أ - مدى الاعتداد برضا المساجين والمحكوم عليهم بالإعدام في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

استقر الفقه على رفض التبرع بالأعضاء من أشخاص يدور الشك حول مدى صحة رضائهم كالمساجين وأسرى الحرب والمحكوم عليهم بالإعدام، ويستدل على ذلك بقول البروفيسور ريكي R.P Riquet في المؤتمر الثالث لحياض الطب الذي عقد في روما في شهر أبريل 1968 على ضرورة منع اقتطاع أي عضو من سجناء الحرب أو السجناء السياسيين⁽²⁾، وقد أعرب عن تخوفه من أنه لو سمح للسجين باستقطاع عضو من أعضائه لقامت الجهات التي يتبعها السجين بإنشاء بنوك للأعضاء⁽³⁾، كما أكد اللورد كابروندون Cabbrondon: « أن السجناء لا يملكون الأهلية التامة لأن السجن يعتبر في حد ذاته سببا في نقصان إرادته الحرة... »⁽⁴⁾.

1 - Arrête N° 200 du 25 Juillet 2009 modifiant l'arrêté N° 112 du 22 Octobre 1995, Fixant les règles des bonnes pratiques cliniques.

2 - رمزي رشاد، عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 149 - 150.

3 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 198.

4 - المرجع نفسه، ص 198.

لكن، رغم هذا الرفض إلا أن البعض طالب باستئصال أعضاء المنفذ فيهم حكم الإعدام للاستفادة منها في علاج المرضى دون موافقتهم، مع اقتراح تعديل عقوبة الإعدام في حق الشخص إذا تبرع بأكثر من عضو من جسده، وإحلال محلها عقوبة السجن المؤبد، فالمجرم حسب هؤلاء ارتكب جريمة بحق المجتمع وفي مقابل ذلك، عليه أن يقدم التضحية من أجل المجتمع⁽¹⁾.

غير أن، هذا الرأي أُنقِد على أساس أنه يتنافى مع أبسط المبادئ القانونية والأخلاقية، فمن الناحية القانونية، فإنه وبتنفيذ حكم الإعدام يكون قد دفع ثمن جريمته، ومن الناحية الأخلاقية لا يجوز استئصال الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام بغرض زرعها لمرضى دون موافقته السابقة⁽²⁾.

أما على المستوى الدولي، فنصت مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الأمم المتحدة بقرار جمعيتها العامة رقم 173/73 على كيفية معاملة السجناء وقد نصت المادة الثانية منه على أن: **« يعامل جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن معاملة إنسانية و باحترام لكرامة الشخص الإنساني الأصلية »**.

و أقد كدت الفقرة الثانية من المادة نفسها على أن: **« لا يجوز المساس بأي حق من حقوق الإنسان التي يتمتع بها الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن »**⁽³⁾.

كما نص المشروع الذي قدم إلى المؤتمر الدولي الثالث لحياذ الطب الخاص بمشروعية نقل وزرع الأعضاء في زمن الحرب على حظر استئصال الأعضاء من الأشخاص المحبوسين أو الخاضعين لسيطرة أجنبية والأمر نفسه بالنسبة للأشخاص الخاضعين للتمييز العنصري أو هؤلاء الخاضعين لسيطرة قوة أجنبية.

منعت كذلك اتفاقية جنيف لعام 1945، الخاصة بالجرحى والمرضى من العسكريين في الحرب البرية، الأفعال التي ترتكبها الأطراف المتحاربة تجاه المرضى والجرحى الذين يقعون في قبضة الطرف المعادي، ومنها، إخضاع المرضى والجرحى إلى اختبارات بيولوجية أو إجراء

1 - منذر الفضل، مرجع سابق، ص 134.

2 - بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 54.

3 - حايذ سعاد، "الرضا وأثره في نقل أعضاء المحكوم عليه بالإعدام"، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة «نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرعية الإسلامية»، المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20 و 21 و 22 أبريل 2009، ص 2. انظر كذلك: قرار الجمعية العامة، رقم 73-173 المتعلق بكيفية

معاملة السجناء. <http://www.un.org/arabic/document/GARES.pdf>

تجارب طبية أو علمية عليهم أو التسبب المقصود في مساسهم بأية أمراض أو بتر أي عضو من أعضائهم⁽¹⁾.

وأشارت الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري على ضرورة توافر حرية الرضا لدى المحكوم عليهم بالإعدام، إذ جاء فيها: « أن المحكوم عليهم بالإعدام يعامل معاملة أي شخص آخر من حيث نقل الأعضاء من جسمه ويتوقف الأمر على سبق ثبوت إذنه في ذلك قبل وفاته أو إذن ذويه بعد موته »⁽²⁾.

إضافة إلى فتوى مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي والتي أكدت على ضرورة أن يكون إعطاء العضو طوعاً من المتبرع دون إكراه، وكذلك فتوى لجنة الإفتاء الجزائرية لسنة 1972 التي جاء فيها « في حالة نقل الدم أو العضو من حي لا بد من التأكد أن ذلك برضا التام من المنقول منه ».

وعن الوضع بالنسبة للتشريعات الوطنية المقارنة، فلا توجد نصوص قانونية صريحة سواء على مستوى القانون الفرنسي أو المصري تشير صراحة إلى مدى جواز الاعتداد بموافقة المحبوسين، أو المحكوم عليهم بالإعدام فيما يخص استئصال أعضائهم والتبرع بها للغير، إذ، نصت فقط على وجوب الحصول على الرضا الحر للشخص سواء تبرع بأعضائه أثناء حياته أو بعد وفاته⁽³⁾.

أما بخصوص المشرع الجزائري، فالملاحظ غياب نص قانوني ينص صراحة على حكم التبرع بالأعضاء من المسجونين أو المحكوم عليه بالإعدام، لذلك أستند البعض إلى نص المادة

1 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 199.

2 - الفتوى صدرت في 1995/9/6، أشارت إليها حبيبة سيف سالم الشامي، مرجع سابق، الهامش رقم 2، ص 437.

3 - لكن رغم التأكيد على مبدأ الرضا الحر والمتبصر في مختلف التشريعات، سواء من شخص حي أو من الشخص بعد وفاته، إلا أن هناك بعض الإحصائيات الصادرة من الباحثين والمدافعين عن حقوق الإنسان ومن منظمة العفو الدولية، أمثال ديفيد جيفرز David Jefferies والأستاذ نيكولاس بيكلن Nickolas Bequelin، تؤكد أن المصدر الرئيسي للأعضاء البشرية في الصين يتمثل في أعضاء المسجونين المحكوم عليهم بالإعدام، إذ تمثل نسبة 90 % من مصادر الأعضاء البشرية المستخدمة في الزرع، والتي غالباً ما تكون دون موافقتهم، ونتيجة لهذا الأمر، دعت المنظمات العالمية المعنية بالصحة إلى توجيه نقد شديد للممارسات الصينية، باعتبارها تمثل انتهاكاً ومساساً بحقوق الإنسان وسلامته الجسدية.

لمزيد من التفصيل أنظر: عمر أبو الفتوح الحمامي، الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2010 - 2011، ص 228 - 333؛ وراجع كذلك الموقع الإلكتروني:

<http://www.ncbi.nlm.gov>.

السابعة من قانون العقوبات الجزائري والتي تنص: « **الحجز القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية من مباشرة حقوقه المالية وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجز القضائي** », وأقرروا بضرورة الحظر على الشخص المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة التصرفات المتعلقة بصحته وسلامة جسده، وذلك قياسا على حظره مباشرة حقوقه المدنية والمالية، إضافة إلى أن الحالة النفسية التي تصاحب السجين داخل السجن من شأنها أن تعيب إرادته، وعليه فلا يملك الحق في التبرع بأعضائه أو إبرام تصرفات على جسمه.

غير أنني لا أوافق هذا الرأي، ذلك لأنه لا يعني كون إرادة السجين غير حرة، بالتالي منعه من التبرع بعضو من أعضائه حال حياته أو بعد مماته، لأن ذلك سيؤدي إلى حرمانه في حق من حقوقه، خاصة إذا تعلق الأمر بالتبرع بين الأحياء والذي يكون دائما بين الأقارب، فلا يجب حرمان المسجون أو المحكوم عليه بالإعدام من التبرع لأحد أبنائهم أو أبائهم بحجة أن رضا المسجون أو المحكوم عليه بالإعدام غير حر.

فالمسجون لا يجب أن يحرم من ممارسة حقوقه، وهذا ما نصت عليه المادة 4⁽¹⁾ من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي إذ تنص: « **لا يحرم المحبوس من ممارسة حقوقه كليا أو جزئيا، إلا في حدود ما هو ضروري لإعادة تربيته وإدماجه الاجتماعي، وفقا لأحكام هذا القانون** ».

مما يتبين أن عقوبة السجن أو الإعدام، لا تتضمن سلبا لهذا الحق فكل ما هناك أنه يتعين التأكد من أن إرادة السجين أو المحكوم عليه بالإعدام، حرة غير خاضعة لأي ضغط أو إكراه نفسي، ويتم التأكد من ذلك عن طريق لجنة تتشكل مثلا من طبيب نفسي ورجل دين ورجل قانون أو قاضي.

أما في حالة عدم تعبير المسجون أو المحكوم عليه بالإعدام عن رضائه بالتبرع بأعضائه قبل وفاته، فلا يجب إعطاء الحق في الموافقة للأقارب، ذلك لأنه يعتبر اعتداء صارخ لمبدأ الرضا المتبصر والتدخل في شؤون الغير حتى ولو كان هذا الغير قد توفي، لأن الأصل احترام إرادة الشخص قبل كل شيء.

ب - مدى الاعتداد برضا المسجونين والمحكوم عليهم بالإعدام في مجال إجراء التجارب الطبية:

أثارت مسألة مدى شرعية إجراء التجارب الطبية على المساجين من عدمها اهتماما بالغا

1 - قانون رقم 04-05، مؤرخ في 6 فبراير 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي، الجريدة الرسمية، عدد 12، صادر في 2005/02/13.

على المستوى الدولي⁽¹⁾، فاستناداً إلى المبدأ 22 من مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الحجز أو السجن، فقد نص على أنه: « لا يجوز لأي شخص محتجز أو مسجون حتى برضاه أن يكون عرضة لأن تجري عليه أية تجارب طبية أو علمية قد تكون ضارة بصحته »⁽²⁾.

وقد نص الإعلان المتعلق بحقوق الإنسان على عدم إخضاع الأجانب للتجارب الطبية وهذا ما نصت عليه المادة 5 على أن: « لا يعرض الأجنبي لتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة وعلى وجه الخصوص، لا يعرض الأجنبي دون موافقته الحرة للتجارب الطبية والعلمية ».

وهذا ما أكد عليه مجمع الفقه الإسلامي عند إجراء الأبحاث الطبية بشرط موافقة الشخص كامل الأهلية بصورة خالية من شائبة الإكراه كالمساجين، ويجب أن لا يترتب على إجراء تلك الأبحاث ضرر⁽³⁾.

كما تضمنت اتفاقية جنيف المقررة في الجمعية العامة للأمم المتحدة نصاً يتعلق بعدم إخضاع الأسرى في السجون للتجارب الطبية، إذ نصت المادة 13 منه على أنه: « يجب معاملة أسرى الحرب معاملة إنسانية في جميع الأوقات ولا يجوز تعريض أي أسير حرب لتشويه البدن والتجارب الطبية والعلمية من أي نوع »

ولقد دفعت هذه الحجج الكثير من الأنظمة القانونية إلى استبعاد المساجين من الخضوع للتجارب الطبية، حيث استبعد القانون البلجيكي المساجين من خضوعهم للتجارب الطبية، كما ميزت بعض القوانين بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية، فأجازت خضوع المساجين للنوع الأول فقط، كالقانون الكندي في المادة 24 من التوجيهات الاتحادية بشأن السلوك المهني في المؤسسات العقابية التي تمنع كل تجربة غير علاجية على المساجين⁽⁴⁾، ولقد سار على هذا النهج

1 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 139.

2 - قرار جمعية الأمم المتحدة رقم 173/43، المؤرخ في 09 ديسمبر 1988، منشور على الموقع الإلكتروني: www.droitsdelhomme.org.tn/?page-id=1197.

3 - قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمر السابع بجدة في المملكة العربية السعودية 7 - 12 ذي القعدة 1412 هـ الموافق لـ 9 - 14 أيار مايو 1982.

4 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص 192 - 193.

Frédéric Archer, po.cit, p 208. ; BRONO By, op.cit, p 375.

المشرع الفرنسي الذي سمح بإجراء التجارب التي تحقق فائدة مباشرة لهم أو تكون ضرورية بالنسبة للأشخاص الذين يكونون في الوضعية نفسها، وذلك بعد إعلامهم بآثار التجربة ومخاطرها وهذا ما نصت عليه المادة 1121-6 من قانون الصحة العامة الفرنسي⁽¹⁾.

وبخصوص التشريعات العربية، فقد نص الدستور المصري صراحة على عدم إجراء التجارب الطبية على المسجونين المعتقلين وهو ما نصت عليه المادة 42 والتي جاء فيها: « **تحظر إساءة معاملة المسجونين المعتقلين بدنيا أو معنويا** ».

أما عن موقف المشرع الجزائري، فلم يخص المساجين بحماية خاصة؛ وإنما، تحدث عن خطر انتهاك حرمة الإنسان بصفة عامة، وعلى معاقبة كل من يمس بالسلامة البدنية والمعنوية للشخص، وهذا ما جاء في نص المادة 40 من قانون رقم 16-01، المتضمن التعديل الدستوري والتي تنص: « **تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة ..** »، إضافة إلى نص المادة 41 والتي جاء فيها: « **يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية ...** ».

لكن بالرجوع إلى القرار الوزاري رقم 387 الصادر بتاريخ 31 جويلية 2006 والمتعلق بالأبحاث السريرية، فقد استبعد في نص في المادة 13 الأشخاص ممنوعين من الحرية بقرار قضائي أو إداري، والمرضى في حالة الاستعجال والأشخاص الموجودين بالمستشفى بدون رضاهم من إجراء التجارب الطبية عليهم.

وعلى هذا، فإن المشرع الجزائري يعتبر إرادة السجين ومن في حكمه غير حرة، مما يجعل موافقته معيبة، لا يمكن الأخذ بها في مجال التجارب الطبية.

1 - Article L1121-6 du code de la santé publique dispose : « Les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative, les personnes faisant l'objet de soins psychiatriques en vertu des articles L 3212-1 et L 3213-1 qui ne relèvent pas des dispositions de l'article L1121-8 et les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que celle de la recherche ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L.1121-1 que dans les conditions suivantes :

- soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ;
- soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes se trouvant dans la même situation juridique ou administrative... ».

المبحث الثاني

التحقق من وجود الرضا وضمان حمايته

يعتبر الرضا شرطا قانونيا هاما لمشروعية عمل الطبيب الذي ينصب إما على إجراء عملية نقل الأعضاء أو على إجراء تجارب طبية مهما كانت علاجية أو علمية. ونظرا لخطورة عمليات، فقد تطلبت التشريعات المختلفة التي أقرت بمشروعية هذه التدخلات الطبية الحديثة، أن يكون الرضا حرا ومتبصرا باعتباره يعبر عن إرادة حصرية وشخصية لإجراء عمل محتمل الخطورة يمس بسلامة الجسم، كما أقرت هذه التشريعات حماية خاصة لحقيقة وجود الرضا، وذلك بأن يتم بوسيلة معينة تسمح بالتحقق من وجوده (المطلب الأول). بالإضافة إلى توفير ضمانات قانونية تعمل على جبر الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها الشخص من جراء خضوعه لمثل هذه الأعمال الطبية غير العلاجية، وذلك من خلال تأكيد القوانين المختلفة على قيام المسؤولية المدنية والتأديبية والجزائية في حالة تخلف شرط الرضا وضمان تعويض الإضرار التي يمكن أن يتعرض لها الشخص الخاضع للتعامل (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التحقق من وجود رضا الشخص الخاضع للتعامل

القاعدة العامة في العمل الطبي بصفة عامة، هي أن التعبير عن الرضا لا يشترط صدوره في شكل معين، فقد يكون صريحا بالقول أو الكتابة أو الإشارة، وقد يكون ضمنيا يستفاد من ظروف الحال، كما يصح أن يكون مفترضا إذا كانت حالة المريض لا تسمح بأن يبدي رضاه الصريح أو الضمني، ولا يوجد من يمثله قانونا.

غير أن الأمر يختلف في إطار التدخلات الطبية غير العلاجية والخطيرة كعمليات زرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية، فقد أجمعت التشريعات المختلفة على ضرورة أن تكون الموافقة مكتوبة نظرا لتعلقها بالسلامة الجسدية ونظرا للحصانة التي يتمتع بها جسم الإنسان. لكن رغم وجود اتفاق بضرورة التعبير على الموافقة في شكل كتابي، إلا أن هناك اختلاف فيما يتعلق بأشكال هذه الموافقة سواء في مجال التبرع بالأعضاء البشرية بين الأحياء أو في مجال التجارب الطبية (الفرع الأول)، أو في مجال التبرع بأعضاء الجثة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تنظيم الموافقة في مجال نقل الأعضاء والتجارب الطبية

رغم اتفاق جل التشريعات بضرورة التعبير عن الموافقة في شكل كتابي، إلا أن هناك صورا مختلفة اعتمدتها التشريعات المختلفة من خلال تنظيمها لكيفية التعبير عن الموافقة في

مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء (أولا)، وفي مجال التجارب الطبية (ثانيا).

أولا - صور التعبير عن الموافقة في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء:

اختلفت التشريعات المنظمة لهذا النوع من العمليات فيما يتعلق بأشكال هذه الموافقة، فهناك من يستوجب الكتابة فقط، وهناك من يستوجب شهادة الشهود، وهناك من يدعم الموافقة بتدخل القضاء.

أ - إثبات الموافقة عن طريق الكتابة:

نصت الكثير من التشريعات على الكتابة للتعبير وإثبات وجود الرضا فيما يتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية بين الأحياء، فالكتابة تشكل دليلا على حصول الطبيب على موافقة المتبرع، لذلك يجب أن تكون دالة واضحة على موافقته⁽¹⁾، فهذه الشكلية المطلوبة في الشخص الذي يريد أن يتبرع بأحد أعضائه لغرض زرعه لدى شخص آخر محتاج للعضو، قررت من أجل حمايته ضد أي تحريف يمس مضمون رضائه، ومن أجل حماية الأطباء المختصين بإجراء هذه العمليات عند نشوء أي نزاع حول مضمون الرضا⁽²⁾.

ومن التشريعات التي أخذت بالموافقة الكتابية، نجد التشريع الكويتي رقم 7 لسنة 1983 والخاص بعمليات نقل الكلى في مادته الثالثة، والتي نصت على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصي، والشئ نفسه أكده القانون رقم 55 لسنة 1987 والمتعلق بزرع الأعضاء في نص مادته الثانية⁽³⁾.

وهذا ما نص عليه التشريع الأردني في المادة الثانية فقرة 2 من قانون رقم 23 لسنة 1977 المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1980 والذي أوجب أن يوافق المتبرع خطيا قبل إجراء عملية الاقتطاع، بالإضافة إلى القانون اللبناني الخاص بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجة طبية وعلمية الذي نص في المادة الأولى فقرة 2 منه أن يوافق الواهب خطيا وبملاء حريته على إجراء العملية⁽⁴⁾.

أما المشرع المصري، فقد نص في المادة الخامسة فقرة 2 من القانون رقم 5 لسنة 2010 على أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا وثابتة بالكتابة على النحو الذي

1 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 596.

2 - المرجع نفسه، ص 596.

3 - سامي الشوال، مرجع سابق، ص 669؛ ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص ص 194 - 195.

4 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 598.

تحده اللائحة التنفيذية⁽¹⁾.

وبالنسبة للقوانين الغربية المقارنة، فقد نص القانون الدانمركي في المادة الأولى من قانون رقم 246 في 1976/06/19 أن المتنازل يجب أن يعبر عن موافقته باستئصال عضو من جسمه خطياً، كما نص القانون الكندي في المادة الثالثة من قانون 1977/07/28 والخاص بالتبرع بالأنسجة والأعضاء البشرية أن يكون رضا المتنازل كتابياً⁽²⁾.

ب - إثبات الشكلية بشهادة الشهود:

اشتطت بعض التشريعات سواء العربية أو الغربية إلى جانب الموافقة الكتابية للمتبرع شهادة شخص أو أكثر يوقعون على وثيقة الرضا، وذلك من أجل تفادي أي لبس في حقيقة وجود الرضا، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، نجد القانون البلجيكي الصادر في 14 فبراير 1987 المتعلق باستقطاع وزرع الأعضاء البشرية، حيث نصت المادة الثامنة على أن الرضا المنصب على استقطاع أعضاء أو أنسجة إنسان حي يجب أن يكون صادر بحرية وعن علم وأضاف الفقرة 2 من المادة نفسها على أن الرضا يجب أن يكون صادر بالكتابة أمام شاهد راشد وأن يكون مؤرخاً وموقعاً من الشخص أو الأشخاص الملزمين بإعطاء موافقتهم ومن الشاهد الراشد⁽³⁾.

وهذا ما نص عليه القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 في نص المادة الثانية والتي تنص: « على الشخص كامل الأهلية أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه أو أكثر من عضو ويكون التبرع أو الوصية بإقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملاً الأهلية »⁽⁴⁾.

كما أخذ بهذا الاتجاه القانون الجزائري في نص المادة 162، فقرة 2 من قانون رقم 85-05 والذي نص على وجوب أن تكون الموافقة كتابية من طرف المتبرع وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.

ونص على الإجراءات نفسها بخصوص الحصول على موافقة المستقبل أو المستفيد وهذا ما جاء في نص المادة 160 فقرة 1 والتي تنص: « لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان

1 - كما نصت اللائحة التنفيذية في المادة 5 فقرة 1 على أنه في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة لا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه وثابتاً بموجب إقرار كتابي من المتبرع معزز بشهادة اثنين من أقارب الدرجة الأولى أو مصدق عليه من الشهر العقاري. انظر كل من: أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 231؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 270.

2 - ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 196 - 197.

3 - انظر كل من: أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 235؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 598.

4 - انظر كل من: سامي الشوال، مرجع سابق، ص 669؛ ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 194 - 195؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 270.

ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية وبعد أن يعبر هذا الأخير عن رضائه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية وبحضور شاهدين اثنين.»

وبالنسبة لإمكانية الحصول على أعضاء من الجثة فقد أوجب المشرع الجزائري الحصول على الموافقة الكتابية لأحد أفراد الأسرة إذا تعذر الحصول على موافقته شخصيا، وهذا ما ورد في المادة 164 من القانون نفسه والتي تنص « وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناءً على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة أو موافقة أحد أعضاء أسرته الراشدين حسب هذا الترتيب الأولي: الأب، الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت ».

يتضح من خلال هذه المواد، أن المشرع الجزائري اشترط أن يتم الرضا سواء بالنسبة للمتبرع أو المستقبل في شكل كتابي وأمام رئيس المصلحة وبحضور شاهدين، مما يعني أن الموافقة وشهادة الشاهدين تعتبر الضمانة الوحيدة للتأكد من موافقة المتبرع، ذلك أن الشخص ربما يتسرع في اتخاذ قراره إذا كان لوحده، لكن بحضور شاهدين قد يتروى الشخص ويعبر عن رضاه بقناعة.

غير أن، الاكتفاء بشهادة الشهود كدليل لتحقيق الرضا وتوفر الإعلام الكافي بحقيقة العملية وخطورتها غير كاف في نظري لتحقيق من وجود الرضا الحر والمتبصر، فكان على المشرع الجزائري أن يسند مهمة هذا التحقق إلى جهة رسمية على غرار ما هو متبع على مستوى التشريعات الأخرى كالتشريع المغربي والفرنسي والتونسي، وذلك من أجل حماية المتبرع من كل التجاوزات الممكن حدوثها خاصة مع وجود ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية.

فليس المهم تسهيل إجراءات الحصول على الأعضاء البشرية بالقدر الذي يهم حماية المتبرع من أي استغلال باعتبار أن التبرع هو تصرف إرادي بالدرجة الأولى مناطه النية في التبرع التي يجب أن يتأكد منها من يمثل جهة رسمية كالقاضي.

ج - إثبات الموافقة أمام جهة رسمية:

نظرا لخطورة عمليات زرع الأعضاء البشرية اشترطت بعض التشريعات وجوب الحصول على موافقة المتبرع أمام جهة رسمية نظرا لأن هذه الطريقة ستكون بمثابة حماية وضمانة فعالة للمتبرع من أي استغلال أو إكراه.

اشترط بهذا الصدد التشريع الفرنسي، ضرورة الحصول على الموافقة بشأن التبرع بالأعضاء البشرية سواء كانت من بين الأعضاء المتجددة أو غير المتجددة أمام رئيس المحكمة أو أمام قاضي معين من قبله⁽¹⁾، فحسب المشرع الفرنسي يجب تدخل القضاء من أجل معرفة مدى توفر

1 - Article L1231-1 de code de la santé publique dispose que : « ... doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le=

الرضا وحقيقة وجود رضا متبصر من طرف المتبرع عن العضو، أو من حقيقة وجود رضا أوليائه أو الممثلين القانونيين بالنسبة للقاصر ويتم التعبير عن رضاهم أمام رئيس المحكمة أو أي قاض يتم تعيينه من طرفه إلا في الحالة الاستعجالية أين يمكن الحصول على الرضا بكل الطرق من طرف وكيل الجمهورية⁽¹⁾.

غير أن الحصول على الرضا وفقا للتشريع الفرنسي، لا يتم إلا بعد أن تتولى لجنة الخبراء إعطاء المعلومات حول النتائج الطبية والاجتماعية والمالية والنفسية للمتبرع، ويجب عليها أن تقدم تصريح بالقبول أو الرفض، كما يستوجب فيما بعد الحصول على الرضا أمام قاضي المحكمة⁽²⁾.

أما بالنسبة للقاصر، فإنه يجب الحصول على موافقة أوليائه أو الولي الشرعي مع ترخيص من لجنة الخبراء المنصوص عليها في المادة 3-1231⁽³⁾.

ومن التشريعات العربية التي اتبعت نهج القانون الفرنسي نجد التشريع المغربي، وذلك في مقتضيات المادة 10 من قانون رقم 98-16 التي أوجبت على المتبرع أن يعبر عن موافقته أمام رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر إقامة المتبرع أو أمام قاض من المحكمة المذكورة، يعينه الرئيس خصيصا لذلك الغرض، ويساعد القاضي طبيبان يعينهما وزير الصحة باقتراح من رئيس المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية، يعهد إليهما بأن يشرحا للمتبرع بالعضو وللقاضي أبعاد عملية التبرع، والفائدة العلاجية المرجوة من عملية الآخذ، ثم يتم استطلاع رأي وكيل الملك لدى المحكمة في الموضوع، ويحرر الرئيس أو القاضي المنتدب محضرا بموافقة المتبرع، ثم تسلم نسخة من المحضر موقعة من طرف المسؤولين عن عملية أخذ العضو⁽⁴⁾.

= magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et, le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la république... ».

1 - PRIEUR Stéphane, La disposition par l'individu de son corps, , les études hospitalières, 1998, Paris, p 285.

2 - L'agence de la biomédecine, op.cit, p 18.

3 - Article L1231-1 Al 5 du code de la santé publique dispose que : « ... **L'autorisation de prélèvement sur une personne mentionnée au deuxième alinéa est délivrée, postérieurement à l'expression du consentement, par le comité d'experts mentionné à l'article L1231-3.** ».

4 - هناك من يعيب على المشرع المغربي كونه جمع أكثر من سلطة في توثيق عملية الموافقة ومن دون تحديد اختصاصات كل جهة مما يتنافى مع مبادئ القانون العام والدستور وفيما يخص مبدأ الفصل بين السلطات، لكن هناك من يبرر ذلك على أن أهمية العملية وتأثيراتها الجسدية والنفسية والاجتماعية على المتبرع، فرضت على المشرع هذا النوع من الحذر والحرص تحاشيا لأي انقلاب عن الهدف العلاجي المقرر في هذا النوع من العمليات. انظر كل من: عمر علام، مرجع سابق، ص 276؛ أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 233؛ وخالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 270.

كما حصر التشريع التونسي صلاحية استقبال رضا الواهب في رئيس المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها المستشفى الذي سيجرى به الاستئصال أو من ينوب عنه، ولا يكون الإشهاد سليماً إلا إذا تأكد القاضي من توفر جميع شروط الرضا السليم، بعد ذلك يوقع على الوثيقة كل من القاضي والواهب وكاتب الضبط⁽¹⁾.

ثانيا - شكل الموافقة في التجارب الطبية:

يتطلب القانون إفراغ رضا الشخص الخاضع للتجارب الطبية في دليل كتابي، لا اعتبار التجربة لا تعود بالفائدة المباشرة للشخص الخاضع لها، إضافة إلى خطورتها على السلامة الجسدية، وذلك لحماية الأشخاص الذين يشتركون في هذه التجارب⁽²⁾، بإقرار الرضا في شكل كتابي يضمن الخاضع للتجربة الحد الأدنى اللازم لحمايته، لأن المخاطر التي يمكن أن تترتب عن التجربة قد لا تكون في بعض الأحيان متوقعة حتى بالنسبة للقائم بها، لذلك كان لابد أن يتم الحصول على موافقة الخاضع لها في شكل ثابت ومحدد⁽³⁾.

هذا ويجب التقيد بموضوع الرضا أو الموافقة وعدم تجاوزه، فلا يجوز استعماله لغرض آخر غير الذي حدد في الشكل الكتابي إلا بعد الحصول على موافقة جديدة، وبإتباع الشكالية والإجراءات اللازمة⁽⁴⁾.

كما يجب أن تتضمن الوثيقة المكتوبة التي تسلم لشخص الخاضع للتجربة الطبية قصد التعبير عن قبوله أو رفضه الخضوع لمثل هذه التجارب الطبية والأبحاث العلمية على كل البيانات اللازمة للحصول على رضا حر ومتبصر، من إخطاره بطبيعة العمل المراد إجراؤه وأهميته وخطورته على السلامة الجسدية⁽⁵⁾.

ولقد درجت قوانين كثيرة على ضرورة إخضاع موافقة الشخص الخاضع للتجربة في شكل كتابي، وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من إعلان هلسنكي والتي نصت على أن الرضا الخاضع للتجربة يجب أن يكون مكتوباً⁽⁶⁾، كما نص إعلان طوكيو على ضرورة أن يكون الرضا حراً ومتبصراً ومكتوباً⁽⁷⁾.

1 - راجع الفصل الثامن من القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991 .

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص 447؛ حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 181.

3 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 165.

4 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص 447.

5 - عبد القادر الحسني إبراهيم محفوظ، مرجع سابق، ص 113.

6 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 816؛ خالد بن النوى، مرجع سابق، ص 152.

7 - ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 169.

كما تضمن التشريع الفرنسي في المادة 1121-1-6 من قانون الصحة العامة، ضرورة إقرار المعلومات المتبادلة بين القائم بالتجربة والخاضع لها في وثيقة مكتوبة تتضمن تلخيصا للبيانات الهامة في شأن التجربة؛ كهدف التجربة، أسلوب إجرائها، مدتها، فائدتها ومخاطرها ورأي اللجنة.

وفي حالة تعذر ذلك، يكون الرضا بإقرار من الغير الذي يكون شخص ثقة أو العائلة، وفي حالة عدم وجوده من طرف شخص له علاقة وطيدة ومستقرة مع الخاضع للتجربة، غير أنه وفي حالة ما إذا رأت لجنة حماية الأشخاص بأن هذه الأبحاث تتضمن أضرارا للشخص الخاضع لها فيجب الحصول على موافقة القاضي⁽¹⁾، وفي جميع الأحوال يجب الحصول على موافقة الخاضع للتجربة عندما يتاح ذلك، وعند متابعة التجربة⁽²⁾.

أما إذا كانت التجربة تتم على القاصر فيجب الحصول على الموافقة الكتابية للوالدين، وإذا ما استحال ذلك فيمكن الاكتفاء بالحصول على موافقة أحدهما⁽³⁾. وفي حالة الشخص القاصر أو الراشد الخاضع للحماية الموضوع تحت الوصاية فإن الترخيص يكون من طرف الممثل القانوني، وإذا رأت لجنة حماية الأشخاص الخاضعين للتجارب أن هذه الأبحاث تتضمن أضرارا فيجب الحصول على ترخيص من مجلس العائلة، إن تمّ تنصيبها أو قاضي، وبالنسبة للشخص الراشد الخاضع للوصاية فإن الموافقة تكون من طرف المعني بالأمر وبمشاركة الوصي، لكن إذا ما رأت اللجنة أن التجارب تتضمن أضرارا فيجب حصول على رأي القاضي في مدى قدرة الشخص على الموافقة، وإذا رأى أنه غير قادر فينفرد القاضي باتخاذ القرار⁽⁴⁾.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري، فقد نص في المادة 168 مكرر 2 فقرة 2 و3 من قانون رقم 90-17 المعدل لقانون الصحة رقم 85-05 على وجوب الحصول على موافقة الشخص الخاضع للتجربة أو موافقة الممثل الشرعي في حالة إجراء التجربة على القصر، وعلى ضرورة أن تكون هذه الموافقة موجودة في كل لحظة أي في حالة متابعة التجربة.

أما عن شكل إثبات الموافقة فلا يوجد أي نص قانوني في قانون حماية الصحة وترقيتها يشير إلى هذه المسألة، ولم يحدد المسائل المرتبطة بالموافقة كطبيعة الإعلام، نطاقه ولا حتى إمكانية الرجوع عن تلك الموافقة.

لكن بالرجوع إلى القرار الوزاري رقم 387 الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات

1 - وهذا ما نصت عليه المادة 1122-1-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

2 - استنادا إلى ما نصت عليه المادة 1122-1-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

3 - وفقا لما نصت عليه المادة 1122-2 فقرة 3 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

4 - MIKROVIC Aude, op.cit, p 81.

نجد أنه نص في المادة 23 منه على وجوب أن تكون الموافقة كتابية وفي حالة الاستحالة يجب أن تقدم الموافقة من طرف الغير، والذي يجب أن يكون مستقلا عن القائم والمشرف على التجربة.

كما أنه بالرجوع إلى المادة 22 من القرار نفسه، فقد نصت على وجوب قيام القائم بالتجربة بإعلام الشخص بحقه في رفض المشاركة في التجربة، وبحقه في العدول عن موافقته في أي وقت شاء وبدون أي مسؤولية، ومن أجل تكريس حماية أكثر فعالية للأشخاص الخاضعين للتجارب فقد نصت المادة 24 من القرار الوزاري نفسه على أن كل التجارب يجب أن تخضع لرأي مسبق للجنة الأخلاقيات التي أنشئ لهذا الغرض، والتي يجب أن تبيّن موقفها خلال شهر.

يتم إنشائها هذه اللجان حسب المادة 25، من طرف وزير الصحة وذلك في كل المناطق الجهوية، والتي لها مقر في المؤسسات الصحية العمومية، وهي تتكون من 9 أعضاء من بينهم 5 أطباء صيدلاني تقني سامي في الصحة، رجل قانون، وممثل من جمعيات المرضى، كما يمكن أن تلجأ لأي شخص لمساعدتها في أعمالها، وهذه اللجان تقدم حسب المادة 27 رأيها حول مدى توفر الشروط القانونية لإجراء البحث، ومدى تحقق الشروط اللازمة لحماية الأشخاص الخاضعين للتجارب، ومدى توفر الإعلام اللازم قبل وأثناء إجراء التجربة مع التأكد من حقيقة وجود الرضا، إضافة إلى تقديم رأيها حول الأضرار المترتبة عن التجربة ومدى توازنها مع الأهداف المرجوة منها، ومدى توفر الوسائل المادية والتقنية وتأهيل وكفاءة القائم بالتجربة.

الفرع الثاني

تنظيم الموافقة بشأن التصرف في الجثة

الإنسان محترما حيا كان أو ميتا، ولذلك فإن مبدأ حرمة جسم الإنسان لا يقتصر على حماية الجسم أثناء الحياة، لكن، يشمل أيضا حماية الجثة، وباعتبار أن المبدأ المعترف به هو أن الشخص سيد على جسده حتى بعد موته، فإنه يحق للشخص التوصية بالتصرف في جسده بعد وفاته .

وعلى هذا، أباحت معظم التشريعات مشروعية التصرف بالجثة في حالة موافقة الشخص قبل وفاته، لكن اختلفت في الوقت نفسه في شكل الموافقة المسبقة على الاستئصال من الجثة أو رفض المساس بها (أولا). كما اختلفت في كيفية الحصول على الموافقة في حالة عدم وجود وصية مسبقة من المتوفى (ثانيا).

أولا - أشكال التعبير عن موافقة الشخص بشأن التصرف في جثته:

اختلفت التشريعات في شكل الموافقة المسبقة على استئصال الأعضاء من الجثة بين من تفرض التعبير الصريح بناءً على وصية مكتوبة من الشخص قبل وفاته (أ)، وبين من تفرض

ضرورة تسجيل رفض الاستئصال من الجثة في سجل وطني مخصص لذلك (ب).

أ - الوصية كشكل من أشكال التعبير عن الموافقة:

الوصية بالجثة تصرف إنساني وأخلاقي نبيل ذو قيمة اجتماعية مؤكدة، ويقصد بها تعبير سابق عن إرادة المتوفى الصريحة بإعطاء الإذن باستئصال أعضاء من جسده بعد وفاته للأغراض التي يحددها في وصيته، وهي تعبير عن إرادة حقيقية وصريحة للمتوفى في الأمر الذي وصى به، ومن ثم يجب أن تكون موثقة ومثبتة في ورقة رسمية⁽¹⁾.

وهو ما أقره الفقه المعاصر بأن الوصية بالمنافع جائزة شرعا ومنها الوصية بالانتفاع بجثة الميت للحاجة التي يبينها الشرع، بشرط أن يكون الموصى أهلا للتبرع وبأن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على أن يعطي رضا جاد وكامل، فإذا كان غير أهل وجب في هذه الحالة زيادة على وصيته الحصول على موافقة الممثلين الشرعيين له، كما لا تصح الوصية إذا كان الموصي مكرهاً عليها⁽²⁾.

وفيما يتعلق بشكل الوصية، بالنسبة للتشريعات⁽³⁾ التي تأخذ بالوصية كشكل من أشكال التعبير عن إرادة الشخص للتصرف في جثته بعد وفاته، ضرورة إفراغها في شكل كتابي إلى جانب اشتراط اكتمال الأهلية. فقد أجاز القانون العراقي رقم 133 لسنة 1970 الوصية بالعيون لبنك العيون، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم 85 لسنة 1986 ويجيز في مادته الثانية التصرف القانوني الذي ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي بأعضائه بعد موت الدماغ إذا كانت الوصية مكتوبة وفي حالة عدم وجودها، فلا بد من الحصول على موافقة الأقارب⁽⁴⁾.

من جهة أخرى، أخذ المشرع المغربي بالوصية في حالة وفاة الشخص خارج المستشفى المعتمد، فقد اشترطت المادة 14⁽⁵⁾ أن يكون المتوفى أوصى بالتبرع بأعضائه بعد أن يسجل التصريح المتبرع المحتمل لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها محل إقامة المتبرع، أو لدى

1 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 290.

2 - رواب جمال، طحطاح علل، نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة والقانون الجزائري، الملتقى الوطني الثاني، القانون وقضايا الساعة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشريعة، خميس مليانة، أيام 20 - 21 - 22 أبريل، 2009، ص 13.

3 - من بين التشريعات الأوروبية التي أخذت بنظام الموافقة الصريحة أو الرضا الصريح نجد كل من: ألمانيا، البوسنة الهرسك، الدانمارك، ليتوانيا، سويسرا، إفريقيا الجنوبية، أستراليا، البرازيل، كندا، التشيك، كوبا، الولايات المتحدة الأمريكية، الهند، اليابان سنة 2009، فنزويلا وتايلاندا. انظر:

Agence de la Biomédecine, op.cit, pp 10 - 11.

4 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 294.

5 - من القانون رقم 16/98، مرجع سابق.

القاضي المعين خصيصاً لهذا الغرض من طرف الرئيس ويتم تسجيل التصريح المذكور بعد أن يتبين لدى القاضي القناعة بأن المتبرع المحتمل يتصرف بإرادته الحرة وعن إدراك لما سيقدم عليه.

كما، حدد القانون السعودي إجراءات نقل الأعضاء من الموتى. فأوجب الحصول على موافقة ورثتهم الشرعيين سواء كانوا داخل المملكة أو خارجها إذا كان المتوفى قد أوصى في حياته بالتبرع بأعضائه بوصية شرعية، كما حددت المادة 5 من القانون الأردني الخاص بالانتفاع بالأعضاء على وجوب التبرع بالأعضاء بعد الوفاة بإقرار خطي ثابت التوقيع والتاريخ⁽¹⁾.

وقد، أخذ التشريع المصري بالوصية في مجال نقل الأعضاء البشرية من جسد إنسان ميت بغرض زرعه في المريض؛ وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بالتبرع بأعضاء جسمه بعد وفاته، وهذا في نص المادة 8 من قانون رقم 5 لسنة 2010⁽²⁾، أما عن شكل الوصية الواجب اعتمادها من طرف المتبرع، فقد أوضحت اللائحة التنفيذية⁽³⁾، وهذا باشتراط أن يكون الميت قد أوصى بذلك قبل موته ومثبتة بموجب إقرار كتابي موثق بمصلحة الشهر العقاري أو في ورقة رسمية، والتي يقصد بها أي من المحررات الرسمية المنصوص عليها في قانون الإثبات، ويحصل بعدها الموصى على بطاقة توصية صادرة من اللجنة، ويجوز أن تكون الوصية في شكل إقرار عرفي صادر من الموصي قبل وفاته، إذا شهد عليه اثنان على الأقل من الأقارب أمام اللجنة العليا وبتوقيع الموصي أو بصمته.

أما عن موقف المشرع الجزائري، فلم يشترط شكلية معينة للتعبير عن موافقة الشخص بخصوص التصرف في جثته، فيمكن التعبير عن الموافقة كتابياً أو شفهاياً أو بأي إشارة تدل عرفاً عن القبول، كما يجوز التعبير عن رغبته بالتبرع لأهله أو الإيصاء بعدم الاعتراض على هذا الاقتطاع، كما يمكن أن يحدد الأعضاء التي يتبرع بها، ويحدد أغراض الاقتطاع للعلاج أو للعلم. وهذا ما نصت عليه المادة 164⁽⁴⁾ من القانون رقم 17/90 المعدل لقانون الصحة الجزائري، في فقرتها الثانية على

1 - انظر كل من: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 612؛ وأسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 294.

2 - كما نص القانون رقم 103 لسنة 1962 في مادته الثانية على أنه يتلقى بنك العيون رصيده من مصدران هما عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها أو عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبياً. انظر: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 706.

3 - وهذا ما نصت عليه المادة 8 من اللائحة التنفيذية، نقلاً عن: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 438 - 439.

4 - تنص المادة 164 فقرة 2 على ما يلي: «... وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك. إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة».

جواز انتزاع الأعضاء من جثة شخص متوفى إذا عبر هذا الأخير أثناء حياته على قبوله لذلك، مما يعني أن الإيصاء بالتصرف بالجثة يكون لشخص نفسه وبناء على إرادته الحرة وأهلية تامة.

لكن المشرع الجزائري قد اشترط فيما يخص التعبير عن رفض المساس بالجثة، أن يكون ذلك كتابة دون تحديد نوع الكتابة إن كانت رسمية أو بخط اليد ودون تحديد الجهة التي يجب إيداع هذا الرفض فيها، مع تحديده فقط لهدف اقتطاع الواجب الرفض فيه وهو المتعلق فقط بالزرع دون الاقتطاع لغرض علمي، وهذا ما نصت عليه المادة 165 فقرة 1 من قانون رقم 90-17 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والتي تنص « يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته، كتابيا عن عدم موافقته على ذلك أو إذا كان هذا الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي... ».

مما يفهم من خلال استقراء نص المادة 164 و 165 أن المشرع الجزائري أخذ بموقف مزدوج ومتناقض في الوقت نفسه، فالمادة 164 نصت على أنه يمكن الاستئصال من الجثة إذا عبر الشخص قبل وفاته عن قبوله بذلك.

ومن جهة أخرى، نص في المادة 165 على أنه يمنع الاستئصال من الجثة إذا عبر المتوفى عن رفضه الاستئصال من الجثة كتابة، فبمفهوم المخالفة إذا لم يعبر الشخص عن رفضه يمكن الاستئصال من الجثة، لذلك فالمادة 165 تثير تناقض في موقف المشرع الجزائري مقارنة بما جاء في المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، مما يستوجب إلغاؤها والاكتفاء بنص المادة 164 والتي يجب أن تنص على ضرورة وجود موافقة صريحة من الشخص قبل وفاته باستئصال أعضائه، مع تحديد شكل الموافقة والجهة التي يتعين تقديم الموافقة لديها من أجل حماية إرادة الشخص في التبرع بأعضائه بعد وفاته.

ب - أشكال أخرى للتعبير عن الموافقة في التصرف بالجثة:

اعتمدت التشريعات أشكالا أخرى للتعبير عن إرادة المتوفى في التصرف بجثته بعد وفاته وتتمثل في:

1 - بطاقة التبرع بالأعضاء:

اعتمدت بعض الدول نظام البطاقات الخاصة بنقل الأعضاء أو التأشير على بطاقة الهوية بما يفيد موافقة حاملها على التبرع بأعضائه أو رفضه لذلك.

فهذه الطريقة تحقق فوائد كثيرة منها السرعة وعدم البحث عن موقف الشخص من المساس بجثته، كما أن إثبات موافقة المتبرع على بطاقة تحمل توقيعه، يحل المشاكل المتعلقة بإثبات الرضا في عمليات

نقل الأعضاء من الجثث، وقد أخذت بهذا النظام بعض التشريعات في الولايات المتحدة الأمريكية التي تجيز التأشير على رخصة القيادة بما يفيد التبرع بالأعضاء في حالة الوفاة نتيجة حوادث المرور⁽¹⁾.

كما أن ألمانيا اتخذت نظام التأشير في بطاقة السياقة بما يفيد الرغبة في التبرع⁽²⁾ وعلى هذا الاتجاه سار التشريع التونسي⁽³⁾.

مع العلم، أن هذا التنظيم لا يتعارض مع حق الرجوع عن التبرع، إذ يكفي أن يخطر المتراجع عن التبرع بجنته، الجهة المختصة لكي يتم شطب اسمه من سجلات المتبرعين سواء تعلق الأمر بحامل البطاقة أو المؤشر على رخصة السياقة بجواز الاقتطاع⁽⁴⁾، لكن رغم سرعة وسهولة هذه الطريقة في إثبات موفق الشخص، إلا أنه لم تعتمد كثيرا، وهذا نظرا للخطورة التي تشكلها بالنسبة للأشخاص الذين يحملون مثل هذه البطاقات، إذ؛ ربما يتعرضون لاعتداء أو لحوادث فقط لأنهم يحملون هذه البطاقات ومن أجل الاستفادة من أعضائهم في أسرع وقت ممكن، فهذه البطاقات قد تشكل مصدر اعتداء على حاملها.

2 - التسجيل في السجل الوطني:

تقريبا، كل الدول الأوروبية وضعت نظام تسجيل الموافقة أو الرفض في سجل وطني إلكتروني بالنسبة للأشخاص الذين يرغبون أو يرفضون التبرع بأعضائهم بعد الوفاة، ففي هولندا مثلا تتم الموافقة بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة بموجب سجل غير إجباري يحتوي على ثلاثة اقتراحات، إما بالموافقة على التبرع بالأعضاء أو جزء منها، أو الرفض بالتبرع من طرف الشخص أو عائلته أو من الشخص محل الثقة، مع العلم أن تسجيل في هذا السجل يسمح لكل شخص يبلغ من العمر 12 سنة⁽⁵⁾، أما في كيبك الكندية فيوجد سجل خاص بالموافقة أو الرفض في غرفة الموثقين موضوعة لهذا الغرض في 2005⁽⁶⁾.

1 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 619.

2 - ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 417؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 620؛ أحمد عزة أبو خطوة، مرجع سابق، ص 217.

3 - قانون رقم 99-18 الصادر في 01 مارس 1999 والذي نص على أن بطاقة الهوية الوطنية يمكن أن تتضمن عبارة تدل على القبول الصريح بالتبرع بعد الوفاة، وعلى الشخص أن يكون أهل مع إمكانية الرجوع عن قراره متى أراد، نقلا عن:

GLOULOU Fatma, LOUHICHI Ramzi, ALLOUCHE Mohamed, HAMDOUNE Mouncef, op.cit, pp 292 - 294.

4 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 614.

5 - Agence de la Biomédecine, op.cit, p 12.

6 - Ibid, p 12.

أما، بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد اعتمد على نظام تسجيل الرفض فقط في السجل الوطني الإلكتروني، دون تسجيل الموافقة⁽¹⁾، من خلاله يمكن للأشخاص الذين يرفضون نقل الأعضاء من جثثهم بعد الوفاة أن يسجلوا أسمائهم في سجل خاص بالتبرع بالأعضاء.

بحيث، إذا لم يسجل الفرد اسمه في هذا السجل يعتبر قد وافق على عملية الاقتطاع من الجثة، وهذا ما يعرف بقرينة الموافقة أو الموافقة المفترضة، مما يعني أن المشرع الفرنسي أخذ بقرينة الموافقة⁽²⁾، دون حاجة إلى الموافقة الصريحة للمتبرع للاقتطاع من جثته.

إلا أنه في الحالات الخاصة كالإقتطاع من جثة قاصر متوفى أو عديم الأهلية فيستوجب موافقة الأولياء الكتابية حسب ما جاءت به المادة من قانون الصحة العامة الفرنسي، وكاستثناء في حالة استحالة استشارة أحد الوالدين اللذان يتمتعان بالسلطة الأبوية، فإنه يمكن الاستئصال إذا عبر الآخر كتابيا عن موافقته⁽³⁾.

لكن هذا الموقف الذي انتهجه المشرع الفرنسي تعرض لنقد شديد من قبل الفقه الفرنسي، إذ اعتبروا الموافقة المفترضة هي بمثابة فخ من المشرع من أجل رفع عدد الأعضاء المطلوب زرعها، كما أنها لا تتناسب مع مفهوم التبرع، الذي يقوم على تصرف إنساني تضامني مسئول واختياري، لذلك اقترحوا إنشاء سجل اختياري بين الرفض والقبول، كما أن معرفة العائلة لموقف الشخص هو موقف واختيار صعب⁽⁴⁾.

1 - Article L1232-1 du code de la santé publique dispose que : « *Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révocable à tout moment* ».

2 - المشرع الفرنسي أخذ بهذا النظام في كل من قانون Loi Caillavet لسنة 1976 وذلك في نص المادة 1 فقرة 2 والتي تنص: Article 2/1 de la loi N° 76-1181 du 22/12/1976 relative aux prélèvements d'organes, J-O du 23/12/1976 « *des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son refus d'un tel prélèvement* ».

كما أكد على هذا المبدأ كذلك في قانون 1994، والذي طبق الموافقة المفترضة في حالتين: حالة اقتطاع من أجل التشريح الجثة والاقتطاع من شخص راشد أنظر:

MENGUY Edgar, "l'Utilisation des fins thérapeutiques des éléments du corps humain", N° 27, Revue générale du droit médical, Paris, 2008, p 64.

3 - وهذا ما نصت عليه المادة 1232-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

4 - RENE BINET Jean, op.cit, p 29.

فهذه الطريقة لا تعبر عن الرضا بل هو افتراض لرضا⁽¹⁾، مما يعني أن الشخص الذي لم يعبر عن رفضه تبقى إرادته غير محمية، فالمشرع الفرنسي حسب البعض لا يعمل على تنظيم أو حماية الرضا⁽²⁾ إنما يعمل على مخالفته وهذا خرق صارخ لمبدأ الرضا المكرس خاصة في الأعمال الطبية غير العلاجية، كما يعدّ حسب البعض بمثابة إنكار للعدالة وقواعد الديمقراطية، ومساسا بمبدأ جوهري في التعامل بجسم الإنسان وهو احترام الإرادة الشخصية والكرامة الإنسانية⁽³⁾.

أما التشريعات العربية التي انتهجت نظام الموافقة المفترضة فنجد التشريع المغربي وذلك في نص المادة 18 من قانون رقم 98/16 والتي نصت على أنه: « يعبر كل شخص يدخل قصد العلاج إلى أحد المستشفيات المشار إليها في المادة السابقة عن رفضه أخذ أعضائه أو بعضا منها ويجب لزوما أن يقدم الطبيب المدير أو الطبيب المعين خصيصا لهذا الغرض من طرف الطبيب المذكور يتلقى تصريح الشخص الخاضع للعلاج ويتضمنه السجل الخاص المنصوص عليه في المادة 17 أعلاه، ويبلغ التصريح المذكور إلى الأطباء المسؤولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الاستشفائية ».

يتبين من هذه المادة وبمفهوم المخالفة، أنه يمكن أخذ الأعضاء من جسم الشخص المتوفى في المستشفى المعتمد، ما لم يعرب هذا الشخص أثناء استشفائه عن اعتراضه على أخذ أعضاء من جسمه بعد وفاته.

يظهر مما سبق، أن التشريعات التي أخذت بنظام الموافقة المفترضة أقرت التنازل بطريقة غير مباشرة عن مبدأ الإرادة الشخصية والحق في تقرير مصير الجثة، وذلك من أجل حماية الغير وإنقاذ صحته وتغليب المصلحة العامة عن المصلحة الفردية.

1 - « Parce que j'ai omis de dire non, on suppose de dire oui ».

CARINO Basualdo, "Quel don pour la greffe d'organes", Revue du Mauss, n° 35/1, 2010, p 489 – 495, p 493. Disponible sur le site : <http://www.cairn.info/revue-du-mauss-2010page-489-htm>.

انظر كذلك بخصوص النقد الموجه:

TURVAIS Robert, "L'indisponibilité du vivant", publications de la Sorbonne, hypothèses, 2006/1, p 395. <http://www.cairn.info/revue-hypothèses-2006-1-page-391-htm>.

2 - DUNITRU Speranta, "Consentement présumé, famille et équité dans le don d'organes", Revue de métaphysique et de morale, 2010/3, N° 67, p 348. <http://www.cairn.info/revue-de-metaphysiqueet-de-morale-2010-3-page-341-htm>.

3 - EDGAR Meuguy, op.cit, p 64.

ثانيا - حالات تجاوز شرط الرضا في التعامل بأعضاء الجثة:

نظرا لضالة عدد الجثث المتواجدة للأخذ بها في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ولمواجهة النقص في التبرع بالأعضاء من الأحياء، سارعت بعض الدول إلى إصدار قوانين تبيح التشريح والاستئصال من الجثث، وذلك بالأخذ بموافقة الأقارب (أ) أو الاستئصال دون موافقة أحد في حالة ما إذا تعذرت معرفة هوية المتوفى (ب).

أ - الأخذ بموافقة الأقارب على نقل الأعضاء من الجثة:

لمواجهة النقص المسجل في عدد الأعضاء المتبرع بها بالمقارنة مع عدد المرضى والذي هو في تزايد مستمر، سارعت مختلف التشريعات لإصدار قوانين تبيح الاستئصال من الجثة بموافقة الأقارب، حيث يذهب الرأي الغالب في القانون المقارن إلى انتقال حق التصرف في الجثة إلى أقارب المتوفى إذا لم يوص الشخص قبل وفاته بكيفية التصرف في جثته. يعني ذلك، استشارة العائلة ما هو إلا انعكاس لرضا الشخص⁽¹⁾، وتأكيدا للحق المعنوي للأسرة، فالأقارب هم الممثلون الطبيعيون لهذا الميت، ولهم الحق على الجثة والحلول محل المتوفى⁽²⁾.

ويعتبر التشريع الجزائري من التشريعات العربية التي أخذت بهذا الاتجاه وسمحت بالاستئصال من الجثة استنادا إلى موافقة أقاربه وذلك تطبيق لنص المادة 164 فقرة 2 المعدلة بالقانون رقم 90-17 والتي تنص: «... وفي هذه الحالة، يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك، إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته، لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة».

مما يفهم، أن المشرع الجزائري منح للأسرة الحق في التصرف في الجثة في حالة ما إذا لم يعبر المتوفى عن رأيه قبل وفاته بشأن التصرف في جثته، وسواء كان الشخص المتوفى كامل الأهلية أو قاصر، فقد جاءت المادة عامة، حيث استعمل فيها عبارة إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك، وهذا يعني أن المتوفى يمكن أن يكون كامل الأهلية كما يمكن أن

1 - BERBET audrey, op.cit, p 41.

2 - ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 429.

يكون قاصرا، كما ذكر الأشخاص المعنيين بالموافقة على سبيل الأسبقية وليس على سبيل الحصر.

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد شكل الموافقة الواجب تقديمها من طرف الأقارب ولا الجهة التي تقدم إليها هذه الموافقة، أما عن الوضع بالنسبة للتشريعات العربية الأخرى فقد أسندت أمر الموافقة على الاقتطاع من الجثة للأقارب⁽¹⁾.

وهذا ما ذهب إليه اللبناني في المادة 12 الذي أسند هذه الموافقة للأقارب حتى الدرجة الثانية، كما نص القانون القطري على موافقة الأقارب وقيد الموافقة بعدة قيود منها أن تكون الموافقة مكتوبة يشهد عليها شاهدان كاملا الأهلية⁽²⁾.

كما نص القانون التونسي في فصله الثالث على ما يلي: « يجوز أخذ عضو من جثة الشخص ميت لغاية علاجية أو علمية ما لم تحصل ممانعة من المالك في حياته أو بعد وفاته من الأشخاص كاملي الأهلية الآتي ذكرهم حسب الترتيب التالي: الأبناء، الأب، الأم، الزوج، الأخوات، الولي الشرعي، ولا يجوز أخذ الأعضاء ولو برضا أحد هؤلاء إذا عارض في ذلك شخص من بينهم يحتل مرتبة أقرب أو يكون الأكبر سنا، بالنسبة للأبناء أو الإخوة أو الأخوات ».

أما المشرع الفرنسي فقد نص صراحة قبل تعديل نص المادة 1232-1⁽³⁾ من قانون رقم 800-2004 على إمكانية الاستئصال من جثة المتوفى بالاعتماد على شهادة العائلة في حالة عدم تعبير المتوفى قبل وفاته عن رفضه التبرع بأعضائه، أي لم يأخذ بموافقة الأقارب، بل بالحصول على شهادة من العائلة تثبت عدم وجود رفض للشخص باستئصال أعضائه بعد الوفاة.

1 - الملاحظ من خلال ما جاء في التشريع الجزائري والتشريعات العربية المختلفة أنها لم تستعمل عبارة الورثة، بل عبارة الأقارب، ذلك لأن الموافقة ليست من حق الورثة، فهؤلاء لا يخلفون الشخص إلا في أمواله ولكنها من حق الأقارب، نظرا لوجود علاقة تقوم على أساس الدم وليس على أساس المال، فالجثة لا تورث فهي ليست من الأشياء المالية الداخلة في التعامل انظر: حسام الدين كامل الأهواني، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء"، مرجع سابق، ص 201.

2 - وهذا ما ورد أيضا المادة 13 من القانون القطري رقم 15 لسنة 2015 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية والتي تنص على: « يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بموافقة من وجد حال وفاته من أقرب أقرابه، كاملي الأهلية، حتى الدرجة الثانية، فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة وجب موافقتهم جميعا في جميع الأحوال تكون الموافقة بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية... »

3 - Article L1232-1 du code de la santé publique dispose : « ... Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimé de son vivant par le défunt par tout moyen et il les informe de la finalité des prélèvements envisagés. Les proches sont informés de leur droit à connaître les prélèvements effectués ».

أما عن استئصال أعضاء القاصر المتوفى أو الراشد الخاضع للحماية القانونية فيستوجب الأمر الحصول على الموافقة الكتابية لولي أمره⁽¹⁾.

مما يفهم أن الأقارب ليس لديهم الحق في اتخاذ القرار بالموافقة أو الرفض، بل هم ملزمون فقط بالإدلاء عن شهادتهم عن عدم وجود رفض للشخص قبل وفاته باستئصال أعضائه.

لكن نظرا للمشاكل التي يواجهها الأطباء في الحصول على شهادة العائلة في حقيقة وجود رفض للشخص قبل وفاته بنزع أعضائه، ونتيجة للانتقادات الموجهة بالخصوص موقف المشرع الفرنسي في ترك المسألة نقل الأعضاء من الجثة بيد الأقارب، فقد تم تعديل المادة 1232-1⁽²⁾ من قانون الصحة العامة الفرنسي بموجب القانون رقم 41-2016 الصادر بالتاريخ 26 جانفي 2016 وذلك بموجب المادة 192، والتي نصت على وجوب قيام الطبيب بإعلام أقارب الشخص المتوفى بالاستئصال المزمع إجرائه وطبيعته وأهدافه فقط دون الحصول على موافقتهم، مما يعني أن المشرع الفرنسي سمح باستئصال الأعضاء من الشخص الذي لم يعبر عن رفضه بنزع أعضائه قبل وفاته، واستبعد بذلك موافقة الأقارب.

فباستقراء نصوص التنظيمات القانونية العربية المختلفة ومنها القانون الجزائري، نستنتج أن مسألة الحصول على العضو من جثة شخص المتوفى الذي لم يعبر عن رفضه أو قبوله التبرع بأعضائه قبل وفاته، تعتبر مسألة عائلية، فالشخص الذي يريد الاستفادة من العضو، إما أن يكون لديه فرصة بأن يكون أحد أفراد عائلته متجانس معه وهذا بالنسبة للتبرع بالأعضاء من شخص حي، أو أن يستفيد من أعضاء شخص متوفى إذا عبر الأقارب عن قبولهم لذلك في حالة عدم وجود رفض من الشخص المتوفى، مما يعني أن العائلة لديها سلطة في اتخاذ القرار ينفصل عن المصدر الأصلي والقانوني وهو إرادة المتوفى دون سواها.

مما يتبين، أن القانون في هذه الحالة يركز على الترخيص بالاستئصال وليس الرضا

1 - Article L1232-2 du code de la santé publique dispose : « *Si la personne décédée était un mineure ou un majeur sous tutelle, le prélèvement à l'une ou plusieurs Des fins mentionnées à l'article L 1232-1 ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit.*

Toutefois, en cas d'impossibilité de consulter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut avoir lieu à condition que l'autre titulaire y consente par écrit ».

2 - Article L1232-1 du code de la santé publique, modifié par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 dispose : « ... *le médecin informe les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'agence de la biomédecine* ».

بالاستئصال، فليس من المنطقي ومن العدل أن تكون إرادة الشخص بيد العائلة⁽¹⁾، كما أن شرط الموافقة الصريحة من طرف الأقارب وإن كان يراعي الضرورات الإنسانية والعلاجية للغير فإنه لا يراعي المسألة النفسية والإنسانية لأهل وعائلة المتوفى، فليس من اللائق أن يطلب من الأقارب لحظة وفاة قريبهم الموافقة على المساس بجثته، فهذا الطلب يمكن أن يثير أحزانهم، فالعائلة بحاجة إلى هدوء وسكينة.

لذلك، أنضم إلى الاتجاه الذي يقضي بعدم الأخذ بموافقة الأقارب على غرار ما جاء في التشريع المصري رقم 5 لسنة 2010، الذي لم يرد أي نص يجيز ذلك، ولكن اكتفى فقط بوجوب الحصول على وصية المعني بالأمر قبل وفاته لاستئصال أعضاء من جثته. باعتباره تجاوز واضح لشرط الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فرغم أن التصرف يعبر عن المساعدة والإيثار والتعاون، إلا أنه يجب أن يصدر من الشخص نفسه وليس من الغير، تكريما للشخص واحتراما لإرادته التي لا يمكن أن تحل محلها إرادة أخرى.

لهذا، ومن أجل تطوير عمليات نقل وزرع الأعضاء وتقادي النقص في عدد الأعضاء المتبرع بها سواء من الشخص الحي أو من الشخص بعد وفاته، يجب التركيز على تفعيل دور الإعلام والتبصير والتحسيس بأهمية هذه العمليات ودورها في إنقاذ المرضى من الموت المحقق، وذلك بإضافة مواد قانونية في قانون الصحة أو في تقنين التربية والتعليم العالي والبحث العلمي، تبين دور هذه العمليات وأهميتها وكيفية تنظيمها وشروطها وكيفية تعبير الشخص عن موافقته من أجل إعلام الجمهور، وتسهيل الحصول على أكبر قدر ممكن من المتبرعين، أسوة بالقانون الفرنسي الذي نص على وجوب الإعلام بأهمية ودور هذه العمليات وكيفية تنظيمها في المؤسسات التعليمية.

ب - الاستئصال القسري (بدون موافقة أحد):

يتحقق الاستئصال القسري، إذا تعذر معرفة هوية المتوفى متى كان المتوفى مجهول الهوية أو لم يعرف له أهل، أو إذا تعذر الاتصال بأهله في الوقت المناسب، فيرى أصحاب هذا الاتجاه ومن بينهم الفقيه جيوواني "Giovanni" أنه مع نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء ومع تطور تقنياته، فإن التدخل الطبي في هذا المجال يحتاج إلى السرعة للقيام بالعملية بعد الوفاة مباشرة، وهو ما

1 - انظر فيما يخص النقد الموجه للاستئصال من الجثة استنادا لموافقة الأقارب، مقال الأستاذ:

DINTRU Speranta, op.cit, p 342.

يوجب الاستغناء عن موافقة الأقارب على أساس ترجيح المصلحة الإنسانية العامة والمؤكد على مصلحة الأسرة⁽¹⁾.

فالطبيب هنا يتصرف باسم المجتمع ولمصلحة الجماعة، فحقوق المجتمع يجب أن تكون لها الأولوية على الحقوق المعنوية للأسرة⁽²⁾.

فحسب هذا الاتجاه، فإن الجثة ليست ملكا للشخص أو لأسرة، بل هي ملك للدولة ويمكنها تبعا لذلك أن تسمح بالمساس بها بما يحقق المصلحة العامة⁽³⁾.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه نجد القانون السوري، إذ تنص المادة 3 من قانون رقم 31 لسنة 1972 على جواز نقل الأعضاء أو الأحشاء أو جزء منها من ميت بغرض غرسها لمرضى بحاجة إليها وذلك في حالة عدم وجود من يطالب بجثته أي أن الشخص مجهول⁽⁴⁾.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد نصت المادة 164 فقرة 4 المعدلة بالقانون رقم 17/90 على أنه: « غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع، إذا اقتضت الحاجة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون ».

فمن خلال هذه المادة يتضح أنه يمكن استئصال الأعضاء الشخص المتوفى بدون موافقة أحد أي بدون موافقة الأسرة، إذا كان من غير الممكن الحصول على موافقة أحد أفراد العائلة المتوفى أو كان المريض في حالة استعجالية لا تستدعي التأخير، بشرط تقرير حالة الاستعجال من طرف اللجنة الطبية⁽⁵⁾، وبشرط استئصال القرنية أو الكلية فقط دون سواها نظرا لسرعة إتلافها.

- 1 - انظر كل من: ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 438؛ ومأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 659.
- 2 - حسام الدين كامل الأهواني، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء"، مرجع سابق، ص 211.
- 3 - انظر كل من: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 659؛ حسام الدين كامل الأهواني، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء"، مرجع سابق، ص 212 - 213؛ ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 438 - 439.
- 4 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 467.
- 5 - تنص المادة 167 فقرة: « تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية ».

وبهذا يكون المشرع الجزائري حسب هذه المادة قد سائر الاتجاه القائل بأن الجثة ملك للدولة، لكن ليس بصفة مطلقة بل قيدها بشروط تتعلق بالعضو المراد نزعه مع وجوب الحصول على رأي اللجنة الطبية في مدى تحقق حالة الاستعجال.

لكن، ما يعاب على موقف المشرع الجزائري، أنه وإن كان موقفه هذا سيساعد على توفير الأعضاء مثل الكلية والقرنية السريعة التلف، والتي يكون المرضى بحاجة ماسة إليها، إلا أنه من جهة أخرى، سيكون على حساب التضحية بإرادة الشخص وحقه في تقرير مصير جثته بعد وفاته، ناهيك عن المخاوف التي يمكن أن يثيرها هذا الموقف من اعتداء على حياة الأشخاص المحرومين والمتشردين والذين لا أهل لهم.

لذلك، نناشد المشرع الجزائري بضرورة إصدار قانون جديد يتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية يكرس فيها دور إرادة الشخص وحرية تقرير مصيره بنفسه وإلغاء المواد التي تتعلق بالاستئصال القسري، والتي يمكن أن تشكل خطر واعتداء على السلامة الجسدية.

المطلب الثاني

ضمان حماية إرادة الشخص الخاضع للتعامل

تتطلب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية عناية خاصة بالشخص الخاضع لها، وذلك من خلال تنظيمها بشروط لا يجب الخروج عنها، وهذا لأن إجازة التصرف بجسم الإنسان يعد خروجاً عن الأصل العام، من ثم يجب أن تهدف في المقام الأول إلى حماية المتبرع والمتطوع بضمانات كافية تضمن له الحق في السلامة الجسدية.

بناءً على ذلك، فعدم احترام إرادة الشخص الخاضع للتعامل من قبل الطبيب المشرف على عملية نقل وزرع الأعضاء، أو من قبل القائم أو المشرف على التجارب الطبية سواء كانت علاجية أو علمية، يعرضه للمساءلة القضائية، باعتبار، أن شرط الرضا أو الموافقة المتبصرة، يشكل حاجزاً منيعاً لحماية حق الشخص في الذاتية وتقرير المصير، فهي ترتبط أساساً باحترام إرادة الشخص وكرامته وكيانه الجسدي، وتتمثل هذه الحماية القانونية في تكريس القوانين لحق الشخص في الرجوع عن موافقته في أي وقت وبدون أي مسؤولية (الفرع الأول)، إضافة إلى تأكيد التشريعات القانونية على قيام المسؤولية القضائية في حالة الإضرار بالشخص الخاضع للتعامل (الفرع الثاني)، مع ضمان تكريس الحق في التعويض للشخص الخاضع للتعامل (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تقرير حق الرجوع عن الموافقة

القاعدة في مجال العقود أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين⁽¹⁾، فإذا قام أحد الأطراف بنقض العقد أو العدول عنه يتعرض إلى مسؤولية مدنية، لكن هذه القاعدة لا تسري إلا في المعاملات المالية، أما في مجال التعامل في جسم الإنسان من خلال التدخلات الطبية المختلفة، فإن الرضا يكون قابل للرجوع فيه⁽²⁾، ذلك أنه لسنا بصدد اتفاق وتصرف بالمعنى المقصود في نظرية الالتزام، ولكن نحن أمام إذن بالمساس بالجسم، فالرضا أمر يتعلق بجسم الإنسان لا يقوم على تصرف ملزم كما هو الشأن في أحكام الالتزام المنظمة في القانون المدني، فهو إذن وإجازة يتعلق بالشخص بموجب آدميته وإنسانيته⁽³⁾.

وتسري حرية العدول على كافة صور التعامل المتصلة بجسم الإنسان، فيجوز العدول عن إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (أولا) وعلى إجراء التجارب الطبية (ثانيا).

أولا - الرجوع عن الموافقة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية:

يعتبر الحق في الرجوع عن الموافقة من الحقوق المتعلقة بالنظام العام⁽⁴⁾، وقد أطلقت عليه عدة تسميات في فروع القانون منها العدول عن الوصية أو الرجوع عن الهبة، لكن حق العدول عن الرضا بالتبرع بالأعضاء البشرية يختلف عن العدول في التبرعات المالية مثل: الهبة⁽⁵⁾

1 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 275.

2 - حسام الدين كامل الأهواني، "نحو نظام قانوني لجسم الإنسان"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 3-5 ماي 1998، ص 178.

3 - المرجع نفسه، ص 180.

4 - بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 33؛ أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 239.

5 - ورد في الرجوع عن الهبة في التبرعات المالية مذهبان: مذهب يجعل أن الأصل لا يجوز في التبرع إلا في تبرع الوالدين لأولادهما، وهو ما ذهب إليه الجمهور وأخذ به القانون الجزائري واليمن والمغرب وفقا للمذهب المالكي، وقد نصت على ذلك المادة 211 من قانون الأسرة والتي تنص: « أن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو دخل عليه ما غير طبيعته.

كما نصت المادة 212 من قانون الأسرة كذلك على أن « الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيه ».

والوصية⁽¹⁾، فالطبيعة الخاصة للتصرفات الواردة على جسم الإنسان تقتضي وضع نظام وقواعد خاصة تتلاءم مع طبيعته ولو كان هناك خروجاً عن القواعد العامة⁽²⁾، ذلك لأنه يجد أساسه في مبدأ الكرامة الإنسانية الذي يقتضي عدم إرغام الشخص على اقتطاع جزء من جسمه دون رضاه وتجسيدها لحق المتبرع في الموافقة الحرة والمتبصرة، التي تقتضي السماح للمتبرع الذي وافق على الاقتطاع أن يتراجع عن تلك الموافقة بدون تقديم الأسباب والمبررات وبدون أن تترتب عليه أية مسؤولية⁽³⁾.

وقد تم تجسيد هذا الحق في اتفاقية أوفيدو Oviedo، وذلك في المادة 5 فقرة 3 التي نصت على أن صاحب الشأن يمكن أن يسحب رضائه بحرية في أي وقت، كما نصت المادة 13 من البروتوكول الإضافي لاتفاقية أوفيدو لستراسبورغ عام 2002، على أن المتبرع يحق له التبرع بأعضاء جسمه أو أنسجته بعد موافقته سواء كتابة أو على وجه رسمي ومن حقه الانسحاب منها في أي وقت⁽⁴⁾.

كما أقرت على هذا الحق التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كالتشريع الفرنسي الذي اعتبر أن الحق في العدول عن الرضا حق عام ينطبق على جميع أعضاء الجسم والأنسجة وهو حق يمتد لغير أطرافه كالممثل القانوني لناقص الأهلية⁽⁵⁾.

-
- كما يعني أن الرجوع في الهبة وفق القانون الجزائري أمر استثنائي وليس الأصل، فلا يمكن التوسع فيه.
- أما المذهب الثاني، فيجيز الرجوع في الهبة إلا لمانع كالقانون المصري والسوري والعراقي والليبي والتونسي، والذين ساروا على منوال المذهب الحنفي. انظر كل من: سماحي خالد، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، بحث لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012 - 2013، ص 224 - 225؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 238 - 240.
- 1 - أما الرجوع عن الوصية، فهي من العقود الجائزة التي يصح فيها للموصي أن يرجع عن ما أراد منها أو يرجع عن ما أوصى به، إذ يجوز الرجوع عنها بالإجماع وهذا ما نصت عليه المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص « **يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها** ». وهذا ما نص عليه القانون المصري. انظر كل من: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 238 - 240؛ بشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، 2006، ص 75.
- 2 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 275.
- 3 - برني نذير، مرجع سابق، ص 164.
- 4 - انظر كل من: أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 240؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 277.
- 5 - Article L1211-2 du code de la santé publique dispose : « **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** ».

بالمثل نص المشرع المغربي في القانون رقم 16 لسنة 1998 والمتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها على هذا الحق في المادة الرابعة، إذ جاء فيها لا يجوز أخذ الأعضاء إلا بعد أن يوافق المتبرع مسبقا على ذلك ويمكن للمتبرع إلغاء هذه الموافقة في جميع الحالات⁽¹⁾.

ونصت المادة الخامسة من القانون الإماراتي رقم 153 لسنة 1993 على أنه «يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد أن يتبرع وفقا للقانون»⁽²⁾.

كما نصت المادة الخامسة فقرة 4 من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 على أنه: «في جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل»، كما أنه بالرجوع إلى نص المادة الخامسة فقرة 3 من اللائحة التنفيذية للقانون، فإنها نصت على أنه «يجوز للمتبرع العدول في تبرعه إلى ما قبل البدء في عملية الاستئصال دون أدنى مسؤولية، عليه، على أن يسجل ذلك في الدفتر المشار إليه، وإذا ثبت تكرار هذا العدول دون سبب مادي أو مبرر مقبول، فإنه لا يعتد بأي طلب يقدم منه بعد ذلك للموافقة على التبرع وتخطر بذلك جميع المنشآت المصرح لها بالنقل».

مما يفهم أن المشرع المصري نظم الحق في العدول على أساس أنه يعطي حق العدول للمتبرع في أي وقت بشرط أن لا يتم ذلك قبل إجراء العملية.

أما بعد إجراء العملية فلا يحق له ذلك ولا يحق للمتبرع المطالبة باسترجاع العضو المتأصل بعد زرع له لدى شخص المستقبل، كما أنه إذا ثبت تكرار هذا العدول من المتبرع دون سبب جدي، فإنه لا يعتد بأي تبرع منه بعد ذلك مع إخطار جميع المؤسسات الصحية المعنية بالزرع. وبخصوص المشرع الجزائري، فقد نص في المادة 162 فقرة 3 والتي جاء فيها: «يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة»، مما يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للمتبرع العدول عن رضائه بدون قيد أو شرط وبدون تقديم مبررات، وبدون أن ينص على أية شكلية، مما يفهم أنه يمكن للمتبرع أن يتراجع عن موقفه كتابيا أو شفويا أو باتخاذ موقف لا يدع مجال للشك فيه.

1 - عمر علام، مرجع سابق، ص 262.

2 - انظر كل من: معاشو نبالي فطة، "إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها"، مرجع سابق، ص 35؛ افتكار ميهوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 251؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 278.

لكن ترجيحاً لرأي البعض⁽¹⁾، كان على المشرع الجزائري أن ينص على أن العدول يتم قبل إجراء العملية، وينص على الإجراءات الواجب اتخاذها لتسجيل العدول خاصة بالنسبة لشخص المتبرع بأعضائه بعد الوفاة لصعوبة إثبات الرجوع شفاهة وذلك حماية لإرادة الشخص حتى ولو بعد وفاته.

إضافة إلى وجوب بيان موقفه في حالة ما إذا ثبت تكرار هذا العدول دون سبب مادي ومبرر مقبول على غرار ما جاء في القانون المصري.

ثانياً - الرجوع عن الموافقة في مجال التجارب الطبية:

لقد تم الاهتمام بهذا الحق في مجال التجارب الطبية باعتبارها تدخل في مجال التدخلات الطبية الواردة على جسم الإنسان، وهذا لأن موافقة الخاضع للتجربة ليس لها قيمة التزام⁽²⁾، لذلك أقرت قوانين كثيرة الحق في العدول عن موافقة الشخص الخاضع لتجربة، وهذا ما نصت عليه المادة 9 من قانون نومبورغ على أنه: «**طوال مدة التجربة يكون المريض المتطوع أن يقرر وقف التجربة إذ وجد أن الاستمرار فيها يسبب له أذى نفسي أو جسدي**»⁽³⁾.

كما أنه، بعد تكريس إعلان هلسنكي على ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض الحر، عاد فأكد على حق الشخص الخاضع للتجربة في إيقافها في أي وقت⁽⁴⁾، وانفرد إعلان طوكيو بإلزام الطبيب بتبصير الخاضع للتجربة بحقه في العدول عن رضاه في أي وقت، وأن رفضه الاستمرار فيها لا يؤثر بأي صورة على علاقته بطبيبه المعالج⁽⁵⁾.

ولقد سار على النهج نفسه القانون الفرنسي بنصه على وجوب قيام الباحث أو الطبيب الذي يمثله بتبصير الشخص أو الأشخاص والهيئات والسلطات التي تمثله، بحقوقهم في رفض الاشتراك في التجربة أو الرجوع عن الموافقة في أي وقت ودون أية مسؤولية تترتب عليه⁽⁶⁾.

1 - وهو الرأي الذي تقدمت به الأستاذة معاشو نبالي فطة، "إن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها"، مرجع سابق، ص 35 - 36.

2 - Archer Frédéric, op.cit, p 216.

3 - تقنين نورمبورغ لسنة 1947. www.frqs.gouv.qc.ca/documents/10191/18601/codeNurmborg.1947

4 - إعلان هلسنكي لسنة 1964. www.frqs.gouv.qc.ca/documents/10191/18601/déclaration-Helsinki

5 - خالد بن النوى، مرجع سابق، ص 129.

6 - وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 1-1122 من تقنين الصحة العامة الفرنسي

كما يجب أن يسلم للشخص الذي يتعين الحصول على رضاه، وثيقة مكتوبة تتضمن ملخصاً لمعلومات حول التجربة المراد إجرائها، بالإضافة إلى معلومات تفيد حقه في رفض الاشتراك في التجربة أو العدول عن موافقته في أي وقت حتى أثناء تنفيذ التجربة ودون أدنى مسؤولية⁽¹⁾.

أما عن موقف المشرع الجزائري، فقد أكد عليه في القرار الوزاري الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات رقم 388 الذي يحدد شروط إجراء التجارب السريرية، وذلك في المادة 22 التي نصت على وجوب إعلام الشخص من قبل القائم بالتجربة بحقه في رفض المشاركة في التجربة أو بحقه في العدول عن موافقته في أي وقت شاء وبدون أية مسؤولية، لكن كان من الأحسن النص على هذا الحق في إطار قانون حماية الصحة وترقيتها، نظراً لأهميته وحتى يصل لعلم الجمهور بشكل أفضل.

وعليه، يتبين أن الحق في العدول عن الموافقة فيما يتعلق بالتعامل بالأعضاء البشرية أو بالجسم ككل، إنما يعد من الحقوق المتعلقة بالنظام العام، لأنه يتعلق بحماية كرامة الإنسان وحقه في اتخاذ ما يراه مناسباً في كل ما يتعلق بسلامة جسده وصحته، لذلك يجب أن يكون متاحاً بصفة دائمة ومطلقة ودون أن يترتب أية مسؤولية.

الفرع الثاني

تقرير المسؤولية في حالة الإخلال بشرط الرضا المتبصر

لا شك أن غياب الرضا كشرط ضروري لإباحة العمل الطبي سواء في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أو في مجال التجارب الطبية، من شأنه أن يجعل العمل غير مشروع، باعتباره من الشروط الأساسية لمشروعية هذا النوع من التدخلات الطبية الحديثة، لهذا فإذا قام الطبيب بنقل عضو من شخص دون موافقته أو أجرى تجربة طبية دون الحصول على موافقة الشخص الخاضع لها، أو استخدم وسائل احتيالية أو إكراه أو غش، أو أخل بالتزامه بالإعلام، أو غير ذلك من الأسباب التي تحول دون الحصول على الإرادة الحقيقية للشخص الخاضع للتعامل، فإنّ الطبيب يساءل قضائياً سواء في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (أولاً) أو في مجال التجارب الطبية (ثانياً).

أولاً - المسؤولية المترتبة في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

حرصت التشريعات على تجريم الإخلال بشروط مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء

1 - Archer Frédéric, op.cit, p 206.

البشرية، ومنها خاصة، الإخلال بالالتزام بالرضا أو عدم الحصول على الموافقة، وهذا ما اقتره المشرع الجزائري أيضا من خلال تكريسه للمسؤولية الجزائية فضلا عن إمكان التعرض للمسؤولية المدنية والتأديبية.

أ - المسؤولية الجزائية: نص على تقرير المسؤولية الجزائية كل من التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.

1 - تقرير المشرع الجزائري للمسؤولية الجزائية:

إذا كانت المسؤولية المدنية تقوم على إخلال الشخص بالتزام قانوني مدني بمعناه الواسع، كما هو في المسؤولية العقدية، فإن المسؤولية الجنائية هي التي تنتج عن إخلال الشخص بواجب قانوني جنائي أي الإخلال بأحكام القانون الجنائي⁽¹⁾.

فبالرجوع إلى أحكام قانون العقوبات الجزائري، نجد أنه جرم بمقتضى القانون رقم 09-01 المعدل والمتمم للقانون العقوبات انتزاع الأعضاء البشرية بدون موافقة الشخص الخاضع للتعامل وكيفه على أساس أنه جنحة، وهذا ما جاء في أحكام المادة 303 مكرر 17 والتي تنص « يعاقب بالحبس من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات. وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول وتطبق العقوبة نفسها إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول ».

أما انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم من جسم شخص قيد الحياة أو من جسم شخص ميت دون الحصول على موافقة، فقد نصت عليها أحكام المادة 303 مكرر 19 والتي جاء فيها: « يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ».

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول ».

هذا، وقد نصت المادة 303 مكرر 20 على عقوبات أشد في حالة اقتران الجريمة بظرف من الظروف المشددة؛ كأن يكون الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، أو إذا سهلت وظيفة

1 - محمد أكرم، المسؤولية الجنائية للطبيب من خلال التجربة المغربية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، قسم الوثائق، 2011، ص 106.

الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة، أو ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح، أو التهديد باستعماله أو ارتكبت من طرف جماعة إجرامية منظمة، أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية، وتنتمى عقوبة الحصول على عضو من الأعضاء دون الحصول على موافقة الشخص صاحب الشأن مع اقترانها بظرف من ظروف التشديد بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج، أما في حالة انتزاع الأنسجة أو الخلايا دون موافقته مع اقترانه بظرف من ظروف التشديد فتكون العقوبة بالحبس من خمس (05) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج⁽¹⁾.

من جهة أخرى، قد يقترب خطأ الطبيب في عدم حصوله على الرضا، بخطأ مادي آخر يتسبب في وفاة الشخص المتبرع أو المريض، أو إلى إصابتهما بعاهة مستديمة، فيمكن متابعة الطبيب أو الجراح على أساس القتل الخطأ أو الجرح الخطأ⁽²⁾، وفقا لما نصت عليه المادتان

1 - قانون رقم 09-01، مرجع سابق.

2 - توبع طبيب جراح على أساس جنائية الجرح العمدي المفضي إلى بتر أحد الأعضاء لتخلف شرط الرضا، في قضية فصلت فيها محكمة الجنايات بمجلس قضاء تيارت بتاريخ 11 مارس 2010، تتلخص وقائعها في: شكوى تقدمت بها السيدة ق ف أمام النيابة ضد الطبيب الجراح ع ع مفادها أن هذا الأخير قام بإجراء عملية جراحية لها بالمستشفى خلال سنة 2001 نزع كيس مائي من بطنها بالجهة اليسرى، إلا أنها بعد 8 أشهر من العملية اكتشفت أنها أجري لها عملية نزع الكلية اليسرى، مما أدى إلى متابعة الطبيب على أساس جنائية الجرح العمدي المفضي إلى بتر أحد الأعضاء استنادا لنص المادة 3/264 من قانون العقوبات الجزائري، وبعد إجراء التحقيق أحالت غرفة الاتهام المتهم على محكمة الجنايات في 17 نوفمبر 2009، غير أن محكمة الجنايات قضت بتبرئة... الطبيب من الأفعال المنسوبة إليه في حكم صدر بتاريخ 11 مارس 2010، انظر قرار غرفة الاتهام، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 2009/11/17، تحت رقم 09/00908 حكم غير منشور. حكم محكمة الجنايات، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 2010/03/11، تحت رقم 10/00030 غير منشور، نقلا عن: برني نذير، مرجع سابق، ص 119 هامش رقم 1 و2.

وفي قضية أخرى، توبع طبيب جراح المسمى (ع ع ق) الذي اتفق مع المريض (المطعون ضده) على نزع حصة من إحدى كليتيه، لكن الجراح نزع له الحصة والكلية معا، الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ طبي، فقضت المحكمة العليا على أن من المقرر فقها وقضاء، أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيه على عاتق الطبيب تحقيق نتيجة، حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيًا يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب، حيث بهذا الصدد، قضاة الموضوع ركنوا لخبرة الأستاذ (ق) الذي توصل إلى أن نزع الكلية مبالغ فيه ولم يكن هناك داع لذلك، وأن الطبيب الجراح خالف أصول وقواعد وأخلاقيات المهنة وأن المسؤولية قائمة في حقه. انظر: قرار رقم 399828، صادر بتاريخ 2008/01/23، عن الغرفة المدنية القسم الأول، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر، 2008، ص 175 وما بعدها. للحصول على هذه الأحكام انظر: عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 25 وما بعدها.

288⁽¹⁾ و 298⁽²⁾ من قانون العقوبات، وتطبيقا لما جاء في نص المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص: « 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 ممارسة أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحة أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته ».

2 - تقرير التشريعات المقارنة للمسؤولية الجزائية:

حرصت أغلب التشريعات على تجريم الإخلال بشروط مشروعية نقل الأعضاء البشرية ومنها الإخلال بشرط الرضا أو الموافقة المتبصرة، فقد تناول المشرع الفرنسي أحكام تتعلق بالإخلال بالالتزام بالرضا في قانون العقوبات، إذ نجد المادة 511 مكرر 3⁽³⁾، تعاقب أي استئطاع لعضو من إنسان حي راشد بدون الحصول على موافقته ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 1231-1 من قانون الصحة العامة، وذلك بالحبس لمدة 7 سنوات وغرامة قدرها 100.000 أورو، كما توقع العقوبة ذاتها في حالة الشروع في ارتكابها⁽⁴⁾.

وبخصوص اقتطاع الأنسجة بدون موافقة صاحبها فتكون العقوبة الحبس لمدة 5 سنوات وغرامة قدرها 75000 أورو، وهي العقوبة نفسها المقررة في حالة اقتطاع اللقائح والأنسجة بدون

1 - تنص المادة 288 المعدلة بموجب القانون رقم 23-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 على أنه: « كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة 20.000 إلى 100.000 دج ».

2 - تنص المادة 289 المعدلة بالقانون رقم 23-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006: « إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ».

3 - Article 511-3 du code pénal français modifié par la loi N° 2011-812 du 7 Juillet 2011, dispose : « Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité. Thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions. Prévues au quatrième alinéa de l'article L1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue au deuxième et sixième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euro. d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale hormis les cas prévus aux articles L1241-3 et L1241-4 du code de la santé publique ».

4 - وهذا ما نصت عليه المادة 511-26 من القانون الجنائي الفرنسي والتي تنص: « La tentative des délits prévus par les articles 511-2 – 511-3 – 511-4 – 511-5-1 – 511-5-2 – 511-6 – 511-9 – 511-15 – 511-16 et 511-19 est punie des même peines ».

موافقة الشخص⁽¹⁾.

هذا، وسارت التشريعات العربية على النهج نفسه؛ فقد نصت المادة 34 من القانون المغربي رقم 16/98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، على عقوبات في حالة القيام باستئصال غريسة من شخص راشد حي دون الحصول على موافقته مسبقا وفق ما قرره المشرع في المادة 10، وحددت العقوبة بالسجن من خمس إلى عشر سنوات والعقوبة نفسها تقام على كل من استأصل عضو من إنسان حي تراجع عن موافقته، وذلك ما لم ينص القانون على عقوبات أشد.

كما شدد المشرع المغربي في المادة 35 من قانون رقم 16/98 ورفع العقوبة بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة لكل من قام بخرق أحكام المادة 11 فأخذوا من أعضاء شخص قاصر على قيد الحياة، أو شخص راشد على قيد الحياة يكون محل إجراءات الحماية القانونية وإن تم الحصول على موافقة الشخص المعني أو ممثله.

أما المادة 36 فقد عاقبت بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300.000 درهم كل من قام باستئصال غريسة من أعضاء شخص متوفي دون أن يكون الشخص المذكور قد عبر عن رغبته وهو على قيد الحياة في الترخيص بذلك وفق الأشكال المنصوص عليها في المادة 14 أو بعد أن ألغى التصريح الذي سبق أن أدلى به وفق نفس الأشكال المذكورة ولدى السلطات نفسها⁽²⁾.

1 - Article 511-6 du code pénal français modifié par l'ordonnance N° 2000-916 : « **Le fait de recueilli au de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est. Puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euro d'amendes** ».

2 - فمن التشريعات العربية التي لم تضع عقوبات خاصة في حالة الإخلال بالالتزام بالرضا، بل جرمت الإخلال بشروط مشروعية نقل الأعضاء أو الأنسجة بصفة عامة نجد القانون الكويتي في نص المادة 10 منه والتي تنص « مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى، يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له بحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتتضاعف العقوبة في حالة العود خلال سنتين من تاريخ الحكم في الجريمة الأولى ».

كما نجد القانون الإماراتي في نص المادة 10 والقانون اللبناني في نص المادة 7 من المرسوم الاشتراكي رقم 109 الصادر في 16 سبتمبر 1983 والمتعلق بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية، والتي نصت على أنه « كل من يقدم على أخذ الأنسجة والأعضاء البشرية دون مراعاة الشروط المذكورة في هذا المرسوم الاشتراكي ومنها الرضا. كما نصت المادة الأولى على ذلك يتعرض لعقوبة الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من ألف إلى عشرة آلاف ليرة أو إحدى هاتين العقوبتين ».

والملاحظ من إخلال أحكام هذه التشريعات أنها فرضت عقوبات لا تتناسب مع خطورة هذا النوع من العمليات على حياة وصحة الشخص الخاضع للتعامل، وذلك لأنها عقوبات مخففة، إضافة إلى أنها تمنح للقاضي السلطة التقديرية يستطيع بموجبها أن يحكم بعقوبة الجثة مع غرامة أو الحبس دون غرامة أو غرامة فقط.

كما نص القانون المصري في المادة 17 من قانون رقم 5 لسنة 2010 على عقوبات في حالة الإخلال بالرضا المنصوص عليه في المادة 5، وتتمثل هذه العقوبات حسب ما جاء في نص المادة 17 على ما يلي « يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه كل من نقل عضوًا بشريا أو جزء منه بقصد الزرع بالمخالفة لأي من أحكام المواد 2 - 3 - 4 - 5 - 7 من هذا القانون ».

فإذا وقع هذا الفعل على نسيج بشري حي تكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على سبع سنوات. وإذا ترتب على الفعل المشار إليه في الفقرة السابقة وفاة المتبرع تكون العقوبة السجن المشدد وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه ».

كما نصت المادة 19 من القانون نفسه على أنه « يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه كل من نقل بقصد الزرع بطريق التحايل أو الإكراه أي عضو أو جزء من عضو إنسان حي، فإذا وقع الفعل على نسيج بشري تكون العقوبة السجن المشدد لمدة لا تزيد على سبع سنوات ».

ويعاقب بالعقوبة المقررة في الفقرة السابقة كل من زرع عضواً أو جزء منه أو نسيجا تم نقله بطريق التحايل أو الإكراه مع علمه بذلك⁽¹⁾.

ب - المسؤولية المدنية:

علاوة على المسؤولية الجنائية فإن الطبيب يساءل عن مخالفة الشروط اللازمة لممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية خاصة منها شرط الحصول على الرضا، مساءلة مدنية وفقا لقواعد وأحكام المسؤولية التقصيرية، وذلك لاعتبار الالتزام بالحصول على الرضا والالتزام بالإعلام والتبصير هو التزام قانوني يفرضه كل من قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب.

إضافة إلى أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتم في المستشفيات والمؤسسات الصحية التابعة للقطاع العام والمرخص لها بذلك، مما يعني أن علاقة الطبيب بالمريض المستقبل أو المتبرع في المؤسسة الصحية العمومية هي علاقة غير مباشرة، ولا مجال للحديث عن وجود عقد علاج بينهما، على اعتبار أن المريض أو المتبرع ليس بإمكانهما اختيار الطبيب، وبالمقابل ليس للطبيب مجال واسع لمناقشة بنود العقد، حيث يوجد في وضعية تنظيمية أولا تجعله تابعا للمؤسسة

=انظر في هذا الشأن كل من: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، الهامش رقم 1 ص 660؛ عمراني أحمد، مرجع سابق،

ص 250؛ عمر علام، مرجع سابق، ص ص 298 - 299.

1 - انظر في هذا الشأن: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 718 - 719.

المستخدمة، فلا يمكن اعتبار علاقة الطبيب بالمريض أو المتبرع علاقة عقدية، بل هي من طبيعة إدارية، وبالتالي لا يمكن مساءلة هذه المؤسسة الصحية على أساس المسؤولية العقدية من طرف المتضررين، بل يمكن مساءلته على أساس مسؤولية تقصيرية ناتجة عن إخلال بالتزام قانوني وهو الحصول على رضا متبصر⁽¹⁾.

بينما في مجال الأعمال الطبية العادية، فإخلال الطبيب بالحصول على رضا المريض يشكل خطأ مدنيا أساسه إخلال الطبيب بالتزاماته العقدية والقانونية، وتتم متابعتها وفقا لقواعد المسؤولية التعاقدية مبدئيا⁽²⁾ ووفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، استثناءً.

لكن، طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية لا يمكن مساءلة الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض أو المتبرع إلا بإثبات عناصر المسؤولية وهي الخطأ، الضرر والعلاقة السببية، ويعرّف الخطأ الطبي بأنه خروج طبيب عن الالتزامات الخاصة بمهنة الطب والأصول الفنية أثناء ممارسته للعمل الطبي⁽³⁾، فالمسؤولية المدنية الطبية عبارة عن تعويض المريض أو المتبرع عما حل به من أضرار مادية أو أدبية بسبب الخطأ الطبي، والدعوى المدنية التي يرفعها المتضرر أو ذويه هي الوسيلة الوحيدة للحصول على التعويض.

لذلك يجب ثبوت توافر أركان المسؤولية المدنية عند إخلال الطبيب بالتزامه بالحصول على الرضا أو إخلاله بالالتزام بالإعلام، أي ضرورة ثبوت الخطأ من جانب الطبيب، وثبوت الضرر بالنسبة للمريض أو المتبرع مهما كان الضرر، سواء ماديا أو معنويا، وأمكن إسناد هذا الضرر إلى

1 - عبد الرحمن فطناسي، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانوني إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلحاج لخضر، باتنة، 2010 - 2011، ص 25.

2 - تستند المسؤولية التعاقدية على أساس الإخلال بالالتزامات التي يكون مصدرها العقد الطبي، وقد تم إقرارها قضائيا لأول مرة من قبل محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 في قضية الزوجين الشهيرة بـ Mercier والتي اعتبرت فيها محكمة النقض أن المسؤولية الطبية ليست تقصيرية وإنما عقدية، وأن أساس الالتزام لا يكون بتحقيق نتيجة بل يكون ببذل عناية، فالطبيب لا يلزم بشفاء المريض. انظر: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 320 - 321.

3 - نقلا عن: سي يوسف كجار زاهية حورية، "الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 61. ويعرّف كذلك على أنه: « انحراف الطبيب عن السلوك الطبي العادي والمألوف للشخص العادي، مع إدراكه لهذا الانحراف وما يقتضيه من يقظة وتبصر إلى درجة يهمل معها الاهتمام بمريضه » أو هو « تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ ». انظر كل من: محند أكرم، "المسؤولية الجنائية للطبيب من خلال التجربة المغربية"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، ص 126؛ إفتكار ميهوب دبان المخلافي، مرجع سابق، ص 172.

خطأ الطبيب⁽¹⁾.

ج - المسؤولية الإدارية:

إذا اقترن خطأ الطبيب الذي لم يتحصل على موافقة الشخص الخاضع للتعامل، بضرر مادي لهذا الأخير، فإنه يمكن أن ترفع دعوى إدارية على أساس المسؤولية الإدارية⁽²⁾، وذلك لأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتم في المؤسسات الصحية العامة التابعة للقطاع العام طبقا لنص المادة 167⁽³⁾ فقرة 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها، مما يستوجب أن تخضع المسؤولية المترتبة عن أعمالها الضارة لأحكام القانون الإداري⁽⁴⁾.

فقد اعتبر المشرع الجزائري المؤسسات الصحية العمومية بمثابة مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي⁽⁵⁾. فهي مؤسسات مكلفة بتقديم خدمة عمومية تخضع لقواعد القانون الإداري سواء في تنظيمها وسيرها أو في أعمالها أو فيما يتعلق بتنظيم علاقات العمل فيها⁽⁶⁾.

فقيام المسؤولية الإدارية الطبية يتطلب توفر ثلاث شروط وهي: الخطأ الطبي المرفقي، الفعل الضار، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق بالمريض أو المتبرع.

- 1 - تعرّف علاقة السببية بأنها « مجموعة العوامل الإيجابية والسلبية التي تساهم في إحداث النتيجة أو الضرر » نقلا عن رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 292.
- 2 - المسؤولية الإدارية هي نوع من أنواع المسؤولية القانونية تتعلق بمسؤولية الأشخاص المعنوية العامة، الدولة والولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطبقة الإدارية عن أعمالها الضارة. انظر: عميرش نذير، "المسؤولية الناتجة عن عملية زراعة الأعضاء البشرية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، عدد 2، مجلد 1، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2012، ص 467.
- 3 - المادة 167 فقرة 1 تنص « لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة ».
- 4 - وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1998/10/20، الملف رقم 157555، الصادر عن غرفة الجناح/المخالفات، القسم الرابع، وذلك في قضية المستشفى الجامعي بوهراي ضد (ب.م ومن معه)، وذلك بأن القضاء بالتعويضات على المستشفى الجامعي في الدعوى المدنية من اختصاص القضاء الإداري. قرار منشور بالمجلة القضائية، عدد 02، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 1998، ص 146 وما بعدها. وللحصول على هذه الأحكام أيضا انظر: عبد القادر خضير، مرجع سابق، ص 34 وما بعدها.
- 5 - وهذا حسب ما جاء في نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 97-467 المؤرخ في 2 ديسمبر 1997، المحدد لقواعد إنشاء المراكز الإشفاية الجامعية لتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد 81، صادر بتاريخ 1997/12/10.
- 6 - عبد الرحمن فطناسي، مرجع سابق، ص 12.

وتختص بالنظر في الدعاوى الناشئة عنها، جهات القضاء الإداري (المحاكم الإدارية) وذلك تطبيقاً لنص المادة 800 - 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا عن طريق رفع دعوى القضاء الكامل (دعوى التعويض) على الطبيب أو المستشفى العام⁽¹⁾.

ذلك أنه في حالة ارتكاب الطبيب المعالج خطأ يستطيع المضرور أن يطالب المستشفى العام بالتعويض عن الخطأ المرفقي باعتبارها مسئولة عن موظفيها، أي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ويكون له الخيار في حالة الخطأ الشخصي للطبيب في أن يطالب الطبيب مباشرة أو يطالب المستشفى باعتبارها المسؤولة عنه⁽²⁾.

إلا أن لهذه الإدارة الحق في الرجوع على الطبيب ويكون الرجوع إما بدعوى الحلول المعروفة في القانون المدني أو سلوكها طريق آخر كالتنفيذ الإداري⁽³⁾، فالهدف من هذا القضاء هو حمل الإدارة الصحية على تغطية الأخطاء الصادرة عن تابعيها أثناء قيامهم بأعمال المرفق⁽⁴⁾، وذلك على أساس الخطأ المرفقي أو على أساس المسؤولية دون خطأ⁽⁵⁾، وعلى أساس نظرية المخاطر⁽⁶⁾. والتي تطبق خاصة في القضاء الفرنسي.

- 1 - عميرش نذير، مرجع سابق، ص 469.
- 2 - سي يوسف كجار حورية زاهية، مرجع سابق، ص ص 79 - 80.
- 3 - انظر: المرجع نفسه، ص 79.
- 4 - عميرش نذير، مرجع سابق، ص 469.
- 5 - فتقرير المسؤولية الإدارية دون خطأ، يعد أحد الأعمال البارزة للقضاء الإداري في فرنسا، وبناء على ذلك فإن مسؤولية الإدارة لا تقوم على أساس ارتكاب الخطأ من جانبها، وإنما لحدوث الضرر من نشاطها وقد تم إرساء ذلك وفقاً للقضاء الفرنسي لصالح المرضى المتعاملين مع المستشفيات العامة، وذلك بموجب الحكم الصادر عن محكمة استئناف ليون الإدارية في 1990/12/21، والتي تدعى Gomez ثم تبعتها حكم مجلس الدولة المعروف بحكم Bianchi بتاريخ 1993/04/09 والذي يعد كاجتهاد قضائي صادر عن مجلس الدولة، ويمثابة مرجعية للمسؤولية دون خطأ في ميدان الأعمال الطبية وبالتحديد عن المخاطر المعروفة للأعمال الطبية. انظر كل من: بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 367؛ عبد الرحمن فطناسي، مرجع سابق، ص 57؛ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ، مرجع سابق، ص 118؛ رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هوم، الجزائر، 2012، ص ص 291 - 292.
- 6 - تدخل المشرع الفرنسي عام 1991 ليقرر مسؤولية الدولة عن الأخطاء الناجمة عن نقل الدم الملوث بمرض الإيدز ولجأت إلى تعويض ضحايا نقل الدم الملوث بالإيدز إلى نظرية المسؤولية دون خطأ القائمة على فكرة المخاطر، فلا مجال للبحث عن الخطأ بل الأساس الوحيد لإقامة مسؤولية المؤسسات الصحية باعتبارها قائمة على إدارة مركز نقل الدم هو الخطر. كما أنه ونتيجة لكثرة الإصابات بفيروس بسبب عمليات نقل الدم الملوث تدخل المشرع الفرنسي=

د - المسؤولية التأديبية:

تعتبر المسؤولية التأديبية قائمة في جميع الأحوال عند مخالفة قواعد وأصول المهنة مخالفة واضحة وصريحة، وتترتب على تقصير الطبيب في أداء التزامه بالإعلام أو في التزامه بالحصول على رضا حر متبصر ومستنير، ارتكابه لخطأ مهني تأديبي يعرضه للمتابعة التأديبية أمام الجهات المخول لها قانوناً وهذا ما نصت عليه المادة 1/267 من قانون رقم 17/90 المعدل للقانون رقم 05/85، فقد نصت على أنه: « **دون الإخلال بالملاحقات المدنية والجزائية، كل تقصير في الواجبات المحددة في هذا القانون وعدم الامتثال لآداب المهنة يعرض صاحبه لعقوبات تأديبية** ».

ويقوم الخطأ التأديبي⁽¹⁾ بمجرد التقصير في أداء الواجبات القانونية ومخالفتها سواء جاءت في القواعد العامة أو القوانين الخاصة، أو في مدونة أخلاقيات الطب، أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي⁽²⁾، حتى ولو لم ينتج عن التقصير ضرر، وهذا ما نصت عليه المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها: « **إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية** ».

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب نجد أنه نص على مجموعة من القواعد التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها أثناء ممارسة مهنته ومن بينها؛ القواعد الأخلاقية المتعلقة بواجب الحصول على الرضا، والتي نصت عليها المادة 34 والتي جاء فيها: « **لا يجوز إجراء أية عملية بتر أو استئصال العضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة وما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته** ».

بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 43 والتي جاء فيها « **على الطبيب الاجتهاد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي** ».

¹ بمقتضى قانون 04 مارس 2002 ليقوم هذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض. عبد الرحمن فطناسي، مرجع سابق، ص 66.

1 - ويعرف الخطأ التأديبي أيضا « أنه إخلال بالواجبات إيجابا أو سلبا، هذه الواجبات منصوص عليها في التشريعات المختلفة وهي أيضا كل ما يقتضيه حسن انتظام وإطراد العمل ولو لم ينص عليها القانون » نقلا عن: حابت آمال، "المسألة التأديبية للطبيب وفقا لمدونة أخلاقيات الطب الجزائرية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 184.

2 - KHADIR Abdelkader, Guide de régime disciplinaire du médecin, éditions Houma, Alger, 2014, p 13.

كما ذكرت المادة 44 على أنه: « يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو موافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون وعليه تقديم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته ».

لذلك ففي حالة الإخلال بهذه الأحكام، فإن الطبيب يتابع تأديبيا ويتم الفصل فيها ضمن اختصاص الجهات التأديبية التابعة لمجالس أخلاقيات الطب وهذا ما ورد في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 التي تنص: « تخضع مخالفات القواعد والأحكام الواردة في هذه المدونة لاختصاص الجهات التأديبية التابعة لمجلس أخلاقيات الطب... »⁽¹⁾، وهذا دون المساس بأحكام المادة 221 من المرسوم والتي تنص: « لا تشكل ممارسة العمل التأديبي عائقا بالنسبة للدعوى القضائية المدنية أو الجنائية للعمل التأديبي الذي تقوم به الهيئة أو المؤسسة التي قد ينتمي إليها المتهم ولا يمكن الجمع بين العقوبات من طبيعة واحدة وللخطأ ذاته ».

وتتمثل العقوبات التأديبية التي بإمكان المجلس الجهوي اتخاذها في الإنذار والتوبيخ واقتراح المنع من ممارسة المهنة أو غلق المؤسسة على السلطات الإدارية المختصة⁽²⁾.

ولكل عقوبة أثرها على حق الانتخاب المكفول لكل طبيب في الفروع النظامية ولمجالس أخلاقيات الطب⁽³⁾، مع هذا يبقى القرار القاضي بهذه العقوبات قابلا لطعن ولائي إداري أمام المجلس الوطني⁽⁴⁾.

ومن المهم الإشارة إلى أن الخطأ التأديبي للموظف العام قد يؤدي إلى تعزيز مسؤولية الإدارة إذا كيف على أساس أنه خطأ مرفقي، أما إذا كيف بأنه خطأ شخصي فإنه يمكن أن يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية⁽⁵⁾.

1 - وهذا ما نصت عليه المادة 2/276 من القانون رقم 17/90 المعدل لقانون حماية الصحة وترقيتها: « يضطلع المجلس الوطني والمجالس الجهوية للأدب الطبية بالسلطة التأديبية وتبث في المخالفات المتعلقة بقواعد الأدب الطبية وأحكام هذا القانون ».

2 - المادة 217 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52، صادر بتاريخ 1992/07/08.

3 - المادة 218 من المرسوم نفسه.

4 - المادة 216 و 219 و 220 من المرسوم نفسه. وللمزيد من التفاصيل عن كيفية إجراء المتابعة التأديبية للطبيب انظر: KHADIR AbdElkader, op.cit, p 155 et ss.

5 - عميرش نذير، مرجع سابق، ص 453.

ثانيا - المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الرضا في مجال التجارب الطبية:

عدم احترام رضا الشخص الخاضع للتجارب الطبية سواء كان مريضا أو متطوعا من قبل الطبيب القائم بالتجربة أو المشرف عليها، يعرضه للمساءلة القضائية باعتباره يشكل حاجزا منيعا لحماية حق المريض في الذاتية وتقرير المصير⁽¹⁾.

يظهر باستقراء ما جاء في التشريعات القانونية المنظمة للتجارب الطبية، أنها اختلفت في كيفية معالجتها للإخلال بالرضا في مجال التجارب الطبية، فمنها من لجأت إلى تطبيق القواعد العامة التي تحكم الإخلال بالرضا في المجال الطبي كالتشريعات الأنجلوسكسونية التي يتعين على المضرور الذي يريد الحصول على تعويض إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية⁽²⁾، وهو الخطأ المتمثل في عدم الحصول على رضاه، ثم الضرر الذي لحقه عند إجراء التجربة وأخيرا العلاقة السببية بين الضرر والامتناع عن استصدار رضا من أخضع للتجربة، ما يعني أن هذه التشريعات تخضع التجارب الطبية للقواعد العامة في المسؤولية الطبية وليس لقواعد خاصة تتلاءم مع طبيعة وخصوصية التجارب الطبية⁽³⁾.

وهناك من التشريعات من رتبت جزاءات جنائية في حالة الإخلال بأحكام التجارب الطبية ومن بينها التشريع الفرنسي، حيث رصد عدة عقوبات لكل مخالفة للقواعد الأساسية التي تنظم التجارب الطبية ومنها عدم الحصول على الرضا المتبصر، وهذا بالحبس لمدة ثلاث سنوات وغرامة مالية تقدر بـ 45000 أورو، وهي العقوبة نفسها المقررة في حالة الرجوع عن الموافقة أو الاستمرار في التجربة رغم عدول الشخص عن موافقته، وهذا ما نصت عليه المادة 1126-1⁽⁴⁾، كما نص على

1 - في قضية تتلخص وقائعها في أن المريض المدعو jonas aka bizebie كان يعاني من مرض تنفسي مزمن، ثم تم نقله إلى مصلحة الأمراض المعدية بمستشفى مارساي، أين قام الطبيب badiaga seken بإعطائه دواءً جديداً كان محل دراسة لمقارنة آثاره الجانبية مع الدواء القديم، مما أدى بالمريض إلى رفع دعوى قضائية أمام قاضي التحقيق وهذا لأنه خضع لتجربة طبية دون الحصول على موافقته، بعدها تمت إحالة الطبيب إلى محكمة الجنايات أين تمت إدانته لعدم التزامه بالحصول على الرضا أثناء إجرائه للتجارب الطبية. انظر:

Cass.crim., 24 /02/2009, N°08-84436, Badiaga. cité par VIALLA François, Les grandes décisions du droit médical, éditions Alpha, Paris, 2010, p447.

2 - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 325.

3 - خالد بن النوى، مرجع سابق، ص 183.

4 - Article L1126-1 du code de la santé publique dispose : « **Comme il est dit à l'article 223-8 du code pénal ci-après reproduit :**

« **Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédical sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, ou d'autre personnes autorisées ou organe désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser dans les cas prévus par les dispositions de code de la santé public=**

عقوبة الحبس وغرامة تقدر بـ 15000 أورو في حالة إجراء تجربة بدون الحصول على موافقة لجنة المراقبة وحماية الأشخاص أو مباشرة التجارب رغم رفض إجرائها من قبل السلطة المختصة، وهذا ما نصت عليه المادة 1126-5، وهي العقوبة نفسها المقررة في حالة إجراء التجربة بدون اكتتاب تأمين من المسؤولية المدنية وهذا ما نصت عليه المادة 1126-6، إضافة إلى عقوبات تكميلية تتمثل في عدم إمكانية متابعة ممارسة المهنة لمدة أقصاها 5 سنوات⁽¹⁾.

فالمشرف على التجربة يضمن تعويض الأضرار التي يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة إلا في حالة ما إذا أثبت أن الأضرار المترتبة ليست ناتجة عن خطئه أو ناتجة عن أي تدخل فيها، مع التذكير أنه لا يمكن للمشرف التحلل من مسؤوليته في حالة ما إذا أثبت أن الضرر ناتج عن تدخل الغير أو ناتج عن رجوع الخاضع للتجربة قبل نهايتها⁽²⁾.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري، فيما يخص بالإخلال بالرضا في مجال التجارب الطبية، فقد أكد على ثبوت المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة في قانون حماية الصحة وترقيتها دون المسؤولية الجنائية، وهذا ما نصت عليه المادة 168 مكرر 4 والتي جاء فيها: « لا يبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادرة إلى التجريب من المسؤولية المدنية ».

وبالرجوع إلى القرار الوزاري رقم 387 الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات، ورد في المادة 31 النص على وجوب تقديم المشرف للتجربة تعويضا للشخص عن الأضرار المترتبة في حالة إجرائه للتجارب بدون فائدة مباشرة، مع استثنائه في المادة 34 من تقديم التعويض المنصوص عليه في المادة 31 عن التجارب التي تجرى للقصر.

أما بالنسبة للتجارب السريرية بفائدة مباشرة، فالمشرف على التجربة يضمن تعويض الأضرار الناتجة عن هذه التجارب بالنسبة للأشخاص الخاضعين لها وذوي الحقوق، إلا في حالة ما إذا أثبت أن الأضرار ليست ناتجة عن خطئه أو خطأ أي من المتدخلين فيها، مع الإشارة إلى أنه لا يمكنه التحلل من مسؤوليته في حالة ما إذا أثبت أن الخطأ ناتج عن تدخل الغير، أو أنه ناتج عن الانسحاب التطوعي من طرف الشخص الذي أبدى موافقته على إجراء التجربة.

=est puni de trois ans d'emprisonnement et 45000 euro d'amende ».

Article L1126-1 du code de la santé publique dispose : « ... Les mêmes peines sont applicable lorsque la recherche biomédical et pratiquer alors que le consentement a été retiré ».

1 - ARCHER Frédéric, op.cit, p 210.

2 - MIRCOVIC Aude, op.cit, p 82.

الفرع الثالث

ضمان تعويض الشخص الخاضع للتعامل

لتسهيل حصول كل من المريض والمتبرع على التعويض اللازم عن النشاط الطبي في مجال عمليات نقل الأعضاء أو التجارب الطبية، يقتضي نقل عبء إثبات الخطأ على الطبيب (أولا) ثم تكريس طرق مختلفة لجبر الأضرار المترتبة عن التعامل بالأعضاء البشرية (ثانيا).

أولا - نقل عبء إثبات الخطأ على الطبيب:

فبعدما استقرت محكمة النقض الفرنسية على جعل عبء إثبات خطأ الطبيب على المريض، وذلك طبقا للقواعد العامة في الإثبات التي تقضي بمطالبة المدعي بإثبات ما يدعيه⁽¹⁾، لقي هذا الاتجاه انتقادات لاذعة من طرف الفقه على أساس أن فيه إجحاف للمريض بحكم ضعف مركزه القانوني في العقد الطبي⁽²⁾، مما أدى في سنة 1997 بمحكمة النقض الفرنسية إلى العدول عن فكرة إنشاء عبء الإثبات على المريض، حيث أُلقت بهذا الالتزام على عاتق الطبيب، وذلك بموجب قرارها الشهير الصادر في 1997/02/25⁽³⁾، وقد جاء فيه؛ يقع على عاتق الطبيب الالتزام بالإعلام المريض، كما يقع على عاتقه أيضا إثبات تنفيذه لهذا الالتزام، وقد استندت المحكمة على المادة

1 - بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012 - 2013، ص 212.

2 - المرجع نفسه، ص 218.

3 - تتلخص وقائع القضية في لجوء السيد ميدرول Médreul إلى طبيبه بسبب أوجاع حادة في المعدة كان يعاني منها، فأعلمه هذا الأخير بأن حالته تتطلب تدخل جراحي لاستئصال بعض الأورام الموجودة في المعدة، غير أنه أثناء العملية أصيب المريض بثقب في أمعائه فرفع دعوى تعويض ضد طبيبه مستندا إلى أنه لم يبصر بالمخاطر المحتملة لهذه العملية، ولقد عرض النزاع أمام محكمة رين Rènes التي فرضت على المريض إثبات ما يدعيه طبقا لما استقر عليه القضاء آنذاك في فرنسا، غير أنه عندما عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية، ألغيت الحكم وقضت بمبدأ جديد مفاده أن عبء الإثبات يقع على عاتق الطبيب وليس المريض، استنادا للمادة 1315 من القانون المدني الفرنسي والتي يقصد منها يطالب بتنفيذ التزام معين بإثبات وجوده، وعلى من يدعي تحرره من هذا الالتزام أن يثبت انقضاؤه بكافة طرق الإثبات.

انظر كل من: ريس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، مرجع سابق، ص 285-286؛ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 285؛ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 81 - 82؛ بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 381 - 382؛

BERGOIGNAN-ESPER Claudine, SARGOS Pierre, op.cit, pp 46 - 47.

1353 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، كما أوضحت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في 14 أكتوبر 1997 أن إثبات التزام بالإعلام يتم بكافة الوسائل وتكريسا لتوجهها، أصدرت محكمة النقض حكما آخر في 27 ماي 1998 أعادت بموجبه التذكير بتوجهها السابق، حيث قضت بأنه يمكن للطبيب إثبات التزامه بالإعلام بكافة طرق الإثبات⁽²⁾.

ولم يكن هذا التحول بشأن عبء إثبات الالتزام بالإعلام الطبي قصرا على محكمة النقض، فمجلس الدولة الفرنسي صدر حكمن بتاريخ 2000/01/05، قرارين في 05 جانفي 2000 و 17 ماي 2000 على أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع على المؤسسات الصحية وليس على المريض الذي يتلقى العلاج⁽³⁾ ومحتوى الإعلام يكون عن الأخطار الجسيمة والاستثنائية، لكن يبقى أن حصول المريض على التعويض من المحكمة، حسب محكمة النقض، لا يكون كتعويض كامل عن الضرر المادي بل عن تفويت الفرصة المتمثلة في عدم تفادي الخطر في حالة رفض العلاج، كما أن المريض لن يتحصل على أي تعويض إذا أثبت الطبيب أن المريض لا يمكن له رفض العلاج أو أن العملية المزمع إجرائها تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحسين حالته الصحية⁽⁴⁾.

فبمقتضى هذه القرارات، تكون محكمة النقض الفرنسية قد أعادت نوعا من التوازن الذي كان مفقودا وأضفت مزيدا من الحماية للطرف الضعيف، وذلك بإعفاء المريض أو المتبرع من عبء إثبات واقعة سلبية، وجعلت على عاتق الطبيب إذا ما أراد رفع مسؤولية عبء إثبات واقعة إيجابية، أي بإثباته القيام بإعلام المريض على الوجه المطلوب قانونا⁽⁵⁾.

1 - Article 1353 du code civil Français : « *Celui qui réclame l'exécution de d'une obligation doit la prouver, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

2 - في قضية وفاة ضحية على إثر عملية استكشافية للتأكد من عدم إصابته بخلل في الرحم وأثناء العملية حدث انسداد للأوعية وانتقال الغاز المستعمل إلى أوعية المخ، مما أدى إلى وفاتها، فرفعوا ورثة الضحية دعوى بحكم عدم إعلامها قبل مباشرة العملية بمخاطر العمل وإمكانية انسداد الأوعية، وقد أقرت المحكمة أن الإثبات يكون بكافة طرق الإثبات. انظر: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 305.

3 - محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 81.

4 - MAZARS Marrie France, in SEGURET Sylvie, "Le consentement éclairé en périnatalité et en pédiatrie, éres «La vie de l'enfant»", in (L'information au patient et le consentement éclairé : l'état de droit), éditions Dalloz, 2004, p 61

5 - بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص 220.

لكن، في مجال التدخلات الطبية الحديثة كزرع الأعضاء والتجارب الطبية، فقد فرضت مختلف التشريعات من بينها التشريع الفرنسي⁽¹⁾، ضرورة الحصول على موافقة الشخص كتابيا، مما يعني أنه متى تخلف الشكل الذي تطلبه القانون، يجعل من تدخل الطبيب دون رضا المريض أو المتبرع، عمل غير مشروع، وعلى الطبيب أن يثبت حصوله على رضا المريض أو المتبرع قبل إجراء العملية، أما المريض والمتبرع فلا يلتزمان بعبء إثبات ومشقة البحث عن دليل لإثبات عدم رضائهم⁽²⁾.

وقد سلك المشرع الجزائري المسلك نفسه، من خلال اشتراطه الكتابة كتعبير صريح وواضح عن رضا المريض والمتبرع على إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية⁽³⁾ أو من خلال رفض العلاج الطبي⁽⁴⁾.

أما، في غير هذه الحالات خاصة فيما يتعلق بالإخلال بالالتزام بالإعلام، فيجب الرجوع إلى القواعد العامة فيما يخص عبء إثبات الالتزام وهذا حسب ما نصت عليه المادة 323 من التقنين المدني والتي تنص: « **على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه** »، مما يشكل عبء ثقيلًا سواءً على المريض أو المتبرع في إثبات هذا النوع من الالتزام.

ثانيا - الطرق المختلفة لجبر الأضرار المترتبة عن الإخلال بشرط الرضا:

الإخلال بالالتزام المتعلق بالحصول على الرضا والإخلال بالالتزام بالإعلام حتى ولو لم يترتب عليه أي ضرر مادي، يعتبر خطأ بحد ذاته باعتباره التزاما قانونيا يقع على عاتق الطبيب؛ وهذا ما نصت عليه جميع القوانين المنظمة سواء للتجارب الطبية أو عمليات نقل الأعضاء البشرية، لذلك فهو يشكل خطأ موجب للتعويض عن الضرر المعنوي المتمثل في عدم احترام ذاتية الشخص وحرية إرادته، وهذا لأن الضرر يتمثل في الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسدية أو

1 - وهذا ما نصت عليه المادة 1-1231-1232-1233-1234-1235-1236-1237-1238-1239-1240-1241-1242-1243-1244-1245-1246-1247-1248-1249-1250-1251-1252-1253-1254-1255-1256-1257-1258-1259-1260-1261-1262-1263-1264-1265-1266-1267-1268-1269-1270-1271-1272-1273-1274-1275-1276-1277-1278-1279-1280-1281-1282-1283-1284-1285-1286-1287-1288-1289-1290-1291-1292-1293-1294-1295-1296-1297-1298-1299-1300-1301-1302-1303-1304-1305-1306-1307-1308-1309-1310-1311-1312-1313-1314-1315-1316-1317-1318-1319-1320-1321-1322-1323-1324-1325-1326-1327-1328-1329-1330-1331-1332-1333-1334-1335-1336-1337-1338-1339-1340-1341-1342-1343-1344-1345-1346-1347-1348-1349-1350-1351-1352-1353-1354-1355-1356-1357-1358-1359-1360-1361-1362-1363-1364-1365-1366-1367-1368-1369-1370-1371-1372-1373-1374-1375-1376-1377-1378-1379-1380-1381-1382-1383-1384-1385-1386-1387-1388-1389-1390-1391-1392-1393-1394-1395-1396-1397-1398-1399-1400-1401-1402-1403-1404-1405-1406-1407-1408-1409-1410-1411-1412-1413-1414-1415-1416-1417-1418-1419-1420-1421-1422-1423-1424-1425-1426-1427-1428-1429-1430-1431-1432-1433-1434-1435-1436-1437-1438-1439-1440-1441-1442-1443-1444-1445-1446-1447-1448-1449-1450-1451-1452-1453-1454-1455-1456-1457-1458-1459-1460-1461-1462-1463-1464-1465-1466-1467-1468-1469-1470-1471-1472-1473-1474-1475-1476-1477-1478-1479-1480-1481-1482-1483-1484-1485-1486-1487-1488-1489-1490-1491-1492-1493-1494-1495-1496-1497-1498-1499-1500-1501-1502-1503-1504-1505-1506-1507-1508-1509-1510-1511-1512-1513-1514-1515-1516-1517-1518-1519-1520-1521-1522-1523-1524-1525-1526-1527-1528-1529-1530-1531-1532-1533-1534-1535-1536-1537-1538-1539-1540-1541-1542-1543-1544-1545-1546-1547-1548-1549-1550-1551-1552-1553-1554-1555-1556-1557-1558-1559-1560-1561-1562-1563-1564-1565-1566-1567-1568-1569-1570-1571-1572-1573-1574-1575-1576-1577-1578-1579-1580-1581-1582-1583-1584-1585-1586-1587-1588-1589-1590-1591-1592-1593-1594-1595-1596-1597-1598-1599-1600-1601-1602-1603-1604-1605-1606-1607-1608-1609-1610-1611-1612-1613-1614-1615-1616-1617-1618-1619-1620-1621-1622-1623-1624-1625-1626-1627-1628-1629-1630-1631-1632-1633-1634-1635-1636-1637-1638-1639-1640-1641-1642-1643-1644-1645-1646-1647-1648-1649-1650-1651-1652-1653-1654-1655-1656-1657-1658-1659-1660-1661-1662-1663-1664-1665-1666-1667-1668-1669-1670-1671-1672-1673-1674-1675-1676-1677-1678-1679-1680-1681-1682-1683-1684-1685-1686-1687-1688-1689-1690-1691-1692-1693-1694-1695-1696-1697-1698-1699-1700-1701-1702-1703-1704-1705-1706-1707-1708-1709-1710-1711-1712-1713-1714-1715-1716-1717-1718-1719-1720-1721-1722-1723-1724-1725-1726-1727-1728-1729-1730-1731-1732-1733-1734-1735-1736-1737-1738-1739-1740-1741-1742-1743-1744-1745-1746-1747-1748-1749-1750-1751-1752-1753-1754-1755-1756-1757-1758-1759-1760-1761-1762-1763-1764-1765-1766-1767-1768-1769-1770-1771-1772-1773-1774-1775-1776-1777-1778-1779-1780-1781-1782-1783-1784-1785-1786-1787-1788-1789-1790-1791-1792-1793-1794-1795-1796-1797-1798-1799-1800-1801-1802-1803-1804-1805-1806-1807-1808-1809-1810-1811-1812-1813-1814-1815-1816-1817-1818-1819-1820-1821-1822-1823-1824-1825-1826-1827-1828-1829-1830-1831-1832-1833-1834-1835-1836-1837-1838-1839-1840-1841-1842-1843-1844-1845-1846-1847-1848-1849-1850-1851-1852-1853-1854-1855-1856-1857-1858-1859-1860-1861-1862-1863-1864-1865-1866-1867-1868-1869-1870-1871-1872-1873-1874-1875-1876-1877-1878-1879-1880-1881-1882-1883-1884-1885-1886-1887-1888-1889-1890-1891-1892-1893-1894-1895-1896-1897-1898-1899-1900-1901-1902-1903-1904-1905-1906-1907-1908-1909-1910-1911-1912-1913-1914-1915-1916-1917-1918-1919-1920-1921-1922-1923-1924-1925-1926-1927-1928-1929-1930-1931-1932-1933-1934-1935-1936-1937-1938-1939-1940-1941-1942-1943-1944-1945-1946-1947-1948-1949-1950-1951-1952-1953-1954-1955-1956-1957-1958-1959-1960-1961-1962-1963-1964-1965-1966-1967-1968-1969-1970-1971-1972-1973-1974-1975-1976-1977-1978-1979-1980-1981-1982-1983-1984-1985-1986-1987-1988-1989-1990-1991-1992-1993-1994-1995-1996-1997-1998-1999-2000-2001-2002-2003-2004-2005-2006-2007-2008-2009-2010-2011-2012-2013-2014-2015-2016-2017-2018-2019-2020-2021-2022-2023-2024-2025-2026-2027-2028-2029-2030-2031-2032-2033-2034-2035-2036-2037-2038-2039-2040-2041-2042-2043-2044-2045-2046-2047-2048-2049-2050-2051-2052-2053-2054-2055-2056-2057-2058-2059-2060-2061-2062-2063-2064-2065-2066-2067-2068-2069-2070-2071-2072-2073-2074-2075-2076-2077-2078-2079-2080-2081-2082-2083-2084-2085-2086-2087-2088-2089-2090-2091-2092-2093-2094-2095-2096-2097-2098-2099-2100-2101-2102-2103-2104-2105-2106-2107-2108-2109-2110-2111-2112-2113-2114-2115-2116-2117-2118-2119-2120-2121-2122-2123-2124-2125-2126-2127-2128-2129-2130-2131-2132-2133-2134-2135-2136-2137-2138-2139-2140-2141-2142-2143-2144-2145-2146-2147-2148-2149-2150-2151-2152-2153-2154-2155-2156-2157-2158-2159-2160-2161-2162-2163-2164-2165-2166-2167-2168-2169-2170-2171-2172-2173-2174-2175-2176-2177-2178-2179-2180-2181-2182-2183-2184-2185-2186-2187-2188-2189-2190-2191-2192-2193-2194-2195-2196-2197-2198-2199-2200-2201-2202-2203-2204-2205-2206-2207-2208-2209-2210-2211-2212-2213-2214-2215-2216-2217-2218-2219-2220-2221-2222-2223-2224-2225-2226-2227-2228-2229-2230-2231-2232-2233-2234-2235-2236-2237-2238-2239-2240-2241-2242-2243-2244-2245-2246-2247-2248-2249-2250-2251-2252-2253-2254-2255-2256-2257-2258-2259-2260-2261-2262-2263-2264-2265-2266-2267-2268-2269-2270-2271-2272-2273-2274-2275-2276-2277-2278-2279-2280-2281-2282-2283-2284-2285-2286-2287-2288-2289-2290-2291-2292-2293-2294-2295-2296-2297-2298-2299-2300-2301-2302-2303-2304-2305-2306-2307-2308-2309-2310-2311-2312-2313-2314-2315-2316-2317-2318-2319-2320-2321-2322-2323-2324-2325-2326-2327-2328-2329-2330-2331-2332-2333-2334-2335-2336-2337-2338-2339-2340-2341-2342-2343-2344-2345-2346-2347-2348-2349-2350-2351-2352-2353-2354-2355-2356-2357-2358-2359-2360-2361-2362-2363-2364-2365-2366-2367-2368-2369-2370-2371-2372-2373-2374-2375-2376-2377-2378-2379-2380-2381-2382-2383-2384-2385-2386-2387-2388-2389-2390-2391-2392-2393-2394-2395-2396-2397-2398-2399-2400-2401-2402-2403-2404-2405-2406-2407-2408-2409-2410-2411-2412-2413-2414-2415-2416-2417-2418-2419-2420-2421-2422-2423-2424-2425-2426-2427-2428-2429-2430-2431-2432-2433-2434-2435-2436-2437-2438-2439-2440-2441-2442-2443-2444-2445-2446-2447-2448-2449-2450-2451-2452-2453-2454-2455-2456-2457-2458-2459-2460-2461-2462-2463-2464-2465-2466-2467-2468-2469-2470-2471-2472-2473-2474-2475-2476-2477-2478-2479-2480-2481-2482-2483-2484-2485-2486-2487-2488-2489-2490-2491-2492-2493-2494-2495-2496-2497-2498-2499-2500-2501-2502-2503-2504-2505-2506-2507-2508-2509-2510-2511-2512-2513-2514-2515-2516-2517-2518-2519-2520-2521-2522-2523-2524-2525-2526-2527-2528-2529-2530-2531-2532-2533-2534-2535-2536-2537-2538-2539-2540-2541-2542-2543-2544-2545-2546-2547-2548-2549-2550-2551-2552-2553-2554-2555-2556-2557-2558-2559-2560-2561-2562-2563-2564-2565-2566-2567-2568-2569-2570-2571-2572-2573-2574-2575-2576-2577-2578-2579-2580-2581-2582-2583-2584-2585-2586-2587-2588-2589-2590-2591-2592-2593-2594-2595-2596-2597-2598-2599-2600-2601-2602-2603-2604-2605-2606-2607-2608-2609-2610-2611-2612-2613-2614-2615-2616-2617-2618-2619-2620-2621-2622-2623-2624-2625-2626-2627-2628-2629-2630-2631-2632-2633-2634-2635-2636-2637-2638-2639-2640-2641-2642-2643-2644-2645-2646-2647-2648-2649-2650-2651-2652-2653-2654-2655-2656-2657-2658-2659-2660-2661-2662-2663-2664-2665-2666-2667-2668-2669-2670-2671-2672-2673-2674-2675-2676-2677-2678-2679-2680-2681-2682-2683-2684-2685-2686-2687-2688-2689-2690-2691-2692-2693-2694-2695-2696-2697-2698-2699-2700-2701-2702-2703-2704-2705-2706-2707-2708-2709-2710-2711-2712-2713-2714-2715-2716-2717-2718-2719-2720-2721-2722-2723-2724-2725-2726-2727-2728-2729-2730-2731-2732-2733-2734-2735-2736-2737-2738-2739-2740-2741-2742-2743-2744-2745-2746-2747-2748-2749-2750-2751-2752-2753-2754-2755-2756-2757-2758-2759-2760-2761-2762-2763-2764-2765-2766-2767-2768-2769-2770-2771-2772-2773-2774-2775-2776-2777-2778-2779-2780-2781-2782-2783-2784-2785-2786-2787-2788-2789-2790-2791-2792-2793-2794-2795-2796-2797-2798-2799-2800-2801-2802-2803-2804-2805-2806-2807-2808-2809-2810-2811-2812-2813-2814-2815-2816-2817-2818-2819-2820-2821-2822-2823-2824-2825-2826-2827-2828-2829-2830-2831-2832-2833-2834-2835-2836-2837-2838-2839-2840-2841-2842-2843-2844-2845-2846-2847-2848-2849-2850-2851-2852-2853-2854-2855-2856-2857-2858-2859-2860-2861-2862-2863-2864-2865-2866-2867-2868-2869-2870-2871-2872-2873-2874-2875-2876-2877-2878-2879-2880-2881-2882-2883-2884-2885-2886-2887-2888-2889-2890-2891-2892-2893-2894-2895-2896-2897-2898-2899-2900-2901-2902-2903-2904-2905-2906-2907-2908-2909-2910-2911-2912-2913-2914-2915-2916-2917-2918-2919-2920-2921-2922-2923-2924-2925-2926-2927-2928-2929-2930-2931-2932-2933-2934-2935-2936-2937-2938-2939-2940-2941-2942-2943-2944-2945-2946-2947-2948-2949-2950-2951-2952-2953-2954-2955-2956-2957-2958-2959-2960-2961-2962-2963-2964-2965-2966-2967-2968-2969-2970-2971-2972-2973-2974-2975-2976-2977-2978-2979-2980-2981-2982-2983-2984-2985-2986-2987-2988-2989-2990-2991-2992-2993-2994-2995-2996-2997-2998-2999-3000-3001-3002-3003-3004-3005-3006-3007-3008-3009-3010-3011-3012-3013-3014-3015-3016-3017-3018-3019-3020-3021-3022-3023-3024-3025-3026-3027-3028-3029-3030-3031-3032-3033-3034-3035-3036-3037-3038-3039-3040-3041-3042-3043-3044-3045-3046-3047-3048-3049-3050-3051-3052-3053-3054-3055-3056-3057-3058-3059-3060-3061-3062-3063-3064-3065-3066-3067-3068-3069-3070-3071-3072-3073-3074-3075-3076-3077-3078-3079-3080-3081-3082-3083-3084-3085-3086-3087-3088-3089-3090-3091-3092-3093-3094-3095-3096-3097-3098-3099-3100-3101-3102-3103-3104-3105-3106-3107-3108-3109-3110-3111-3112-3113-3114-3115-3116-3117-3118-3119-3120-3121-3122-3123-3124-3125-3126-3127-3128-3129-3130-3131-3132-3133-3134-3135-3136-3137-3138-3139-3140-3141-3142-3143-3144-3145-3146-3147-3148-3149-3150-3151-3152-3153-3154-3155-3156-3157-3158-3159-3160-3161-3162-3163-3164-3165-3166-3167-3168-3169-3170-3171-3172-3173-3174-3175-3176-3177-3178-3179-3180-3181-3182-3183-3184-3185-3186-3187-3188-3189-3190-3191-3192-3193-3194-3195-3196-3197-3198-3199-3200-3201-3202-3203-3204-3205-3206-3207-3208-3209-3210-3211-3212-3213-3214-3215-3216-3217-3218-3219-3220-3221-3222-3223-3224-3225-3226-3227-3228-3229-3230-3231-3232-3233-3234-3235-3236-3237-3238-3239-3240-3241-3242-3243-3244-3245-3246-3247-3248-3249-3250-3251-3252-3253-3254-3255-3256-3257-3258-3259-3260-3261-3262-3263-3264-3265-3266-3267-3268-3269-3270-3271-3272-3273-3274-3275-3276-3277-3278-3279-3280-3281-3282-3283-3284-3285-3286-3287-3288-3289-3290-3291-3292-3293-3294-3295-3296-3297-3298-3299-3300-3301-3302-3303-3304-3305-3306-3307-3308-3309-3310-3311-3312-3313-3314-3315-3316-3317-3318-3319-3320-3321-3322-3323-3324-3325-3326-3327-3328-3329-3330-3331-3332-3333-3334-3335-3336-3337-3338-3339-3340-3341-3342-3343-3344-3345-3346-3347-3348-3349-3350-3351-3352-3353-3354-3355-3356-3357-3358-3359-3360-3361-3362-3363-3364-3365-3366-3367-3368-3369-3370-3371-3372-3373-3374-3375-3376-3377-3378-3379-3380-3381-3382-3383-3384-3385-3386-3387-3388-3389-3390-3391-3392-3393-3394-3395-3396-3397-3398-3399-3400-3401-3402-3403-3404-3405-3406-3407-3408-3409-3410-3411-3412-3413-3414-3415-3416-3417-3418-3419-3420-3421-3422-3423-3424-3425-3426-3427-3428-3429-3430-3431-3432-3433-3434-3435-3436-3437-3438-3439-3440-3441-3442-3443-3444-3445-3446-3447-3448-3449-3450-3451-3452-3453-3454-3455-3456-3457-3458-3459-3460-3461-3462-3463-3464-3465-3466-3467-3468-3469-3470-3471-3472-3473-3474-3475-3476-3477-3478-3479-3480-3481-3482-3483-3484-3485-3486-3487-3488-3489-3490-3491-3492-3493-3494-3495-3496-3497-3498-3499-3500-3501-3502-3503-3504-3505-3506-3507-3508-3509-3510-3511-3512-3513-3514-3515-3516-3517-3518-3519-3520-3521-3522-3523-3524-3525-3526-3527-3528-3529-3530-3531-3532-3533-3534-3535-3536-3537-3538-3539-3540-3541-3542-3543-3544-3545-3546-3547-3548-3549-3550-3551-3552-3553-3554-3555-3556-3557-

عاطفية أو مالية أو حرية أو شرعية أو غير ذلك⁽¹⁾، وهذا ما يدعى بالضرر المعنوي⁽²⁾، استنادا إلى ما ورد في المادة 182 مكرر⁽³⁾ والتي تنص: « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ».

وقد صدر أول حكم من القضاء الفرنسي قضى بإدانة الطبيب لعدم حصوله على موافقة المريض وعدم إعلامه بنتائج العملية وذلك في 28 جانفي 1942⁽⁴⁾.

أما إذا اقترن عدم الحصول على الرضا أو التبصير الكامل بضرر مادي للشخص الخاضع للتعامل، سواء كان متبرعا أو متطوعا أو مريضا، فيجب الحصول على تعويض كامل لجميع الأضرار التي تلحق بهذا الجسم⁽⁵⁾، فالتعويض هو إلزام من تسبب في الضرر بإصلاحه وذلك بالتحقق من توافر أركان المسؤولية مثلما سبق أي الخطأ، الضرر والعلاقة السببية.

تأسيسا على ذلك، فإذا أثبت المريض ما لحقه من ضرر يكون على القاضي الموضوع إلزام المسئول عن الضرر بتعويض المضرور وجبر الضرر الذي ألحق به⁽⁶⁾، وهو الاتجاه الذي أخذه المشرع الجزائري في المادة 124⁽⁷⁾ من القانون المدني، ويرتكز أساسا على ما لحق المضرور من

1 - بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 132؛ انظر كذلك: منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، السنة الثانية، العدد السابع، 2010، ص 38.

2 - إن مجلس الدولة الفرنسي كان في البداية يرفض التعويض عن الألم المعنوي معتبرا أنه لا يمكن تقييمه ماليا، بقوله الديموع لا تقيم بالنقود، وفي سنة 1961 غير موقفه بمناسبة قضت Tisserand الصادر في 1961/11/26 ضد وزارة الأشغال العامة التي قبل فيها التعويض المعنوي، ومن ذلك الحين أصبح يقضي بالتعويض المعنوي.

3 - من قانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، عدد 44، الصادر بتاريخ 2005/06/26.

4 - Civ. 1^{er}. 28 Janvier 1942 par Celier C/Teyssier, cité par : Esper Bergoignai, Sargos. P, op.cit, p 4.

5 - على أن يكون تحديد التعويض لا يتعارض مع الخبرة، ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية، تخرج عن اختصاص عمل القضاة، ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر. انظر: قرار المجلس الأعلى ملف رقم 28312، صادر بتاريخ 1983/05/11، الغرفة المدنية، القسم الثاني، مجلة الاجتهاد القضائي، (قرارات المجلس الأعلى)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 53 وما بعدها. نقلا عن: عبد القادر خضير، مرجع سابق، ص 9 وما بعدها.

6 - فطناسي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 136.

7 - من قانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والتي تنص: « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ».

خسارة وما فاتته من كسب، بالإضافة إلى الأضرار الأدبية التي لحقت به⁽¹⁾.

غير أنه، في مجال الأعمال الطبية الحديث كعملية نقل الأعضاء والتجارب الطبية، يمكن الحصول على التعويض استناداً إلى تحقق الضرر حتى ولو لم يتم إثبات الخطأ من طرف المتضرر، وهذا ما أخذ به بعض الفقه في العصر الحالي عن طريق استبدال فكرة الخطأ بفكرة تحمل التبعية⁽²⁾ والتي تُبنى على أساس الضرر، وهذا ما تم تكريسه في القضاء الفرنسي الذي استند إلى مبادئ موضوعية لتعويض ضحايا الحوادث الطبية الذين عجزوا عن إثبات خطأ الطبيب.

كما يعتبر قانون حقوق المرضى وجود النظام الصحي الصادر في 4 مارس 2002 مرحلة هامة في تاريخ المسؤولية الطبية في فرنسا، فقد أحدث نظاماً خاصاً بتعويض الأضرار الطبية، حيث قرر أقصى درجات الحماية في الحصول على تعويض عما أصابهم من ضرر سواء كان ضرر بسبب خطأ أم بسبب المخاطر الملازمة لطرف العلاج والتشخيص⁽³⁾.

فقد تم إنشاء نظام للتعويض عن الحوادث الطبية تقوم على التسوية الودية يتكفل بها جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني، يمكن من خلالها تعويض المتبرع عن الأضرار التي ترتبت عن العملية⁽⁴⁾.

كما اعتبرت المادة 1235-3 من تقنين الصحة العامة الفرنسي⁽⁵⁾ أن كل عملية نزع العضو من أجل التبرع هي عملية طبية، مما يعني أن هذه المادة تُدخل المتبرع في الضمان الاجتماعي، وهذا ما تؤكد صراحة بإصدار تعليمات من الضمان الاجتماعي تنص على وجوب ضمان تعويض المصاريف التي تكبدها المتبرع، كما أضاف المرسوم 409-2000 الصادر في 11 ماي 2000 إلى قانون الصحة العامة فصل بعنوان "تعويض المصاريف التي تم إنفاقها في نزع الأعضاء" فهذا المرسوم يحدد شروط الحصول على تعويض المصاريف التي تكبدها المتبرع وعائلته، كضياح أجرة

1 - فطناسي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 136.

2 - نظرية تحمل التبعية تقيم المسؤولية التقصيرية على عنصر الضرر ولا تعتد بالخطأ كركن من أركان المسؤولية بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص 161.

3 - المرجع نفسه، ص 275.

4 - وهذا ما نصت عليه المادة 1142-1-1 من تقنين الصحة العامة الفرنسي.

5 - Article L1235-3 du code de la santé publique dispose : « *Tout prélèvement d'organes effectué dans les conditions prévues par le chapitre III du présent titre est une activité médicale* ».

العمل من طرف المؤسسة الصحية التي قامت بإجراء العملية⁽¹⁾.

وبخصوص التجارب الطبية فقد نصّ على وجوب ضمان المشرف على التجربة بتعويض الأضرار التي تلحق بالشخص الخاضع للتجربة باستثناء القصر حسب ما نصّت عليه المادة 1121-10 من قانون الصحة العامة، مع تحديد الحد الأقصى للتعويض من طرف وزير الصحة⁽²⁾، وإذا كانت مسؤوليته غير قائمة يمكن تعويض الشخص وفقا للشروط المحددة في المادة 1142-3، كما ألزمت المادة 1121-10، المشرف على التجربة بالتأمين الإجباري على المسؤولية المدنية.

أما عن موقف المشرع الجزائري، فقد اعترف بنظام التأمين على المسؤولية في مختلف المجالات، ثم اتجه نحو إقرار إلزامية التأمين على المسؤولية المدنية الطبية بموجب المادة 167 من الأمر رقم 95-07⁽³⁾ والتي تنص: « يجب على المؤسسات الصحية المدنية ولكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية اتجاه مرضاهم وتجاه الغير ».

كما أضافت المادة 169 من الأمر نفسه على أنه: « يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري من أجل الاستعمال الطبي أن يكتتب تأميناً ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون له ».

يتضح مما سبق أن التأمين من المسؤولية الطبية أصبح مبدأ قانونيا لا يمكن تجاوزه باعتباره تأمين إلزامي وجب الامتثال له، وإلا وقع تحت طائلة عقوبات جزائية وذلك بسبب كثرة وانتشار الأضرار في مجال الأعمال الطبية المختلفة⁽⁴⁾، غير أنه يأخذ على المشرع الجزائري عدم تخصيصه لنظام قانوني خاص بالتأمين على المسؤولية الطبية في جميع جوانبها رغم كثرة الأخطاء الطبية، كما هو معمول به بالنسبة للتأمين على حوادث السيارات وغيرها، مما يتطلب

1 - Article L1211-4 du code de la santé publique dispose que : « *Les frais afférents au prélèvement, ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte* ». Voir aussi : OIKAOUI Yenes, op.cit, p 272.

2 - وهذا ما نصت عليه المادة 1121-11 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

3 - أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بتأمينات، جريدة رسمية عدد 03، صادر في 08/03/1995، معدل ومتمم.

4 - تنص المادة 184 من قانون التأمين الجزائري على أن: « يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين المشار إليه في المواد من 163 إلى 172 و 174 أعلاه، بغرامة مالية يتراوح مبلغها بين 5000 دج و 100000 دج، يجب أن تدفع هذه الغرامة دون الإخلال باكتتاب التأمين المعني... ».

الأمر الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم التأمين على المسؤولية والمتناثرة في التشريع الخاص بالتأمين، وقد يتطلب الأمر العودة لنصوص القانون المدني لاستخلاص بعض الأحكام⁽¹⁾، وهذا يوضح عدم الاهتمام بهذا النظام بقدر يتناسب مع أهمية التعويض الاجتماعي.

وفيما يخص التجارب الطبية، فقد ألزم المشرع الجزائري في القرار الوزاري رقم 387 الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات، في المادة 15 المشرف على التجربة بإجراء التأمين الإلزامي على مسؤوليته المدنية، ونصّ في المادة 31 على وجوب تقديم المشرف تعويضاً للشخص عن الأخطار المترتبة في حالة إجرائه للتجارب بدون فائدة مباشرة، مع استثناءه للقصر⁽²⁾.

كما أنه بالرجوع إلى القرار الوزاري رقم 200 الصادر في 25 جويلية 2009، والذي يحدد إرساء القواعد الحسنة للتطبيقات السريرية فقد نصّ في الفصل الأول فقرة 1.11 على وجوب إعلام الشخص الخاضع للتجربة بإجراءات التعويض والعلاج اللازم في حالة ما إذا تعرض لأضرار أو إعاقة نتيجة خضوعه للتجربة.

ورد كذلك في الفصل الثاني والمتعلق بتحديد المسؤولية في الفقرة (G) على وجوب قيام المشرف بتعويض الأشخاص المشاركين في التجربة أو ذوي الحقوق، في حالة ما إذا ترتبت أضرار أو وفاة نتيجة التجربة.

كما نصت الفقرة (R) على أن الطبيب القائم بالتجربة مسئول عن الأشخاص الذين يخضعون للتجربة طوال فترة إجرائها، ويجب عليه ضمان استمرارية العلاج الطبي اللازم للشخص الخاضع للتجربة بعد انتهائها، وفي حالة ما إذا كانت نتائج التحاليل غير طبيعية، يجب أن يستفيد الشخص الخاضع للتجربة من المتابعة بعد نهاية التجربة.

مما يعني وفقا لهذه القرارات، أنه يمكن للشخص الخاضع للتجربة الحصول على التعويض من المشرف على التجربة حتى ولو لم يترتب خطأ من طرفه في حالة التجارب بدون فائدة مباشرة للشخص، أما في التجارب بفائدة مباشرة للشخص فإنه يمكن تعويض الشخص من طرف المشرف على التجربة في حالة ما إذا كان الضرر نتيجة خطئه.

1 - دهقان حميدة، التأمين من المسؤولية الطبية، عدد خاص بالملتقى الدولي حول أنظمة التأمين، العدد 6، حوليات جامعة بشار، 2009، ص ص 67 - 68.

2 - وهذا ما نصت عليه المادة 34 من القرار الوزاري نفسه.

وعليه، تظهر أهمية هذه القرارات التي كان من المستحسن أن يدرجها المشرع الجزائري ضمن مواد قانون حماية الصحة وترقيتها، باعتبار أن القانون أسمى من تلك القرارات، كما أنه أكثر قابلية للوصول لعلم الجمهور.

كذلك، على المشرع الجزائري أن يأخذ خاصة في مجال الأضرار التي تلحق بالمتبرع كعمليات نقل الأعضاء والتجارب الطبية بالنظرية الموضوعية للخطأ، وهذا لأن الخطأ يصعب إثباته فيما يخص هذه الأعمال الطبية الفنية الخطيرة، وكذا الأخذ بما انتهجته بعض التشريعات من أنظمة جماعية للتعويض، والتي مؤداها مشاركة الدولة في التعويض، إما على أساس أن الدولة فرطت في الحماية وبالتالي أوجب عليها التعويض أو بناء على مقتضيات التضامن الاجتماعي⁽¹⁾.

1 - فقد نصّ المشرع الجزائري على تعويض فئات خاصة عن الأضرار التي تلحق بهم، وهذا ما تضمنه قانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-19، حيث يقوم هذا النظام على فكرة تحمل التبعية أو الضمان دون اشتراط الخطأ حدد من خلاله تعويضا جزافيا ملزم للقاضي أثناء الحكم بالتعويض. وفيما يخص تعويض المتضررين جراء حوادث المرور، فيخضع إلى الأمر رقم 74-15، حيث يتميز هذا النظام بطابع إلزامي في مجال تقدير التعويض عن الأضرار الجسمانية، وتقوم المسؤولية فيه على أساس نظرية المخاطر لا على أساس الخطأ ومستحقات التعويض عن الأضرار الجسمانية هم كل من الضحية والمكاتب التأمين ومالك السيارة وكل سائق لها، كما تدخلت الدولة الجزائرية لفرض ضمان تعويض ضحايا الإرهاب، فنصت في المادة 37 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية على أن تدفع الدولة تعويض لذوي حقوق المأساة الوطنية، وهذا التعويض يحول دون المطالبة بأي تعويض على أساس المسؤولية المدنية، للمزيد من التفاصيل انظر كل من: بحماوي شريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص ص 134 - 140؛ خلفي عبد الرحمان، أبحاث معاصرة في القانون الجنائي المقارن، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص ص 158 - 161.

الفصل الثاني

الضمانات الكفيلة باحترام مبدأ عدم مالبة جسم الإنسان

يعتبر مبدأ عدم مالبة التعامل بالأعضاء البشرية والذي يقصد به إجازة التعامل التبرعي أو المجاني وحظر التعامل بمقابل، من المبادئ العامة التي تخضع لها كل التصرفات المتعلقة بالجسد البشري من أعضاء ومنتجات. وهذا لا اعتبار أن جسم الإنسان دخل دائرة التعامل وأصبح واقعا مفروضا باعتراف كافة القوانين المنظمة لمختلف مظاهر التعامل، كعمليات زرع الأعضاء، التجارب الطبية.

فالتقدم العلمي في ميدان الطب وعلم الأحياء، غير المفاهيم المستقرة، وذلك بدفع القانون إلى إعادة النظر في نصوصه ومفاهيمه القانونية السائدة ومنها مبدأ عدم قابلية الجسم للتصرف الذي لم يعد يتماشى مع التطورات العلمية الحاصلة في علم الطب والبيولوجيا، والتي أصبحت تتخذ الجسم وأعضائه ومنتجاته محلا لها.

يمنع مبدأ عدم قابلية الجسم للتعامل، أي تصرف أو تعامل في جسم الإنسان سواء كان بمقابل أو بغير مقابل⁽¹⁾، بينما ما نشاهده في الواقع هو دخول الجسم دائرة التعامل، وأصبح محلا للتجارب والزرع والاستنساخ.

لذلك فاللجوء إلى فكرة عدم المالبة بدل عدم القابلية للتصرف، يرفع التناقض بين ما يحدث فعلا من تعاملات في الجسم، وبين ما يزعم به مبدأ عدم القابلية للتصرف، ويعمل على إيجاد توافق بين سلطة الشخص على جسمه، وبين أن يكون التصرف تبرعا مما يحول دون الاتجار بالأعضاء البشرية، كما أن الصالح العام لا يقضي بتجريم كافة التصرفات التي تقع على جسم الإنسان وأعضائه، باعتبار أن هناك تصرفات يترتب عنها فائدة للغير وللشريعة جمعا.

ولتطبيق مبدأ عدم مالبة التعامل بالأعضاء البشرية، اتجه الفقه القانوني والتشريعات المختلفة إلى اشتراط مجانية التعامل التي تضمن احترام جسم الإنسان وتأكيد سموه (المبحث الأول)، كما حرصت على ضمان احترام تطبيق هذا المبدأ من خلال وضع شروط تدعم هذا المبدأ، إضافة إلى قواعد تجرم الإخلال بمبدأ المجانية من خلال تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية (المبحث الثاني).

1 - VAUCHY HENNETTE Stéphane, Dispose de sois «Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps», éditions l'Harmattan, Paris, 2004, p 52.

المبحث الأول

اشتراط مجانية التعامل بالأعضاء البشرية

يعتبر شرط مجانية التعامل بالأعضاء البشرية من الضوابط الأساسية لتطبيق مبدأ عدم مالية الجسم، فهو يضمن احترام الكائن البشري، وتأكيد سموه وإخراجه بالتالي من نطاق الأشياء المادية، ومن الأنظمة القانونية المتعارف عليها، كالبيع والشراء والرهن.

إذ يمكن من خلال هذا الشرط حماية الشخص من ضعف نفسه أمام إغراق المادة وذل الحاجة، فإن أراد التنازل عن عضو من أعضائه أو المشاركة في التجارب الطبية فلن يكون دفعه إلى ذلك إلا دافعا إنسانيا محضا، يكمن في إنقاذ الغير من المرض أو المساعدة في تطوير الأبحاث العلمية لتستفيد منها البشرية جمعاء.

غير أن هذا المبدأ لم يتم الإجماع عليه إلا بعد أن كان محل جدل فقهي وشرعي (المطلب الأول)، كما أن مسألة التعويض المالي مقابل التنازل عن الأعضاء أو الأنسجة أو منتجات الجسم في أغراض البحث العلمي أو عمليات نقل الأعضاء، أثارت جدلا واختلافا تشريعا بين من يؤيد فكرة التعويض نظير التنازل عن أعضاء ومنتجات الجسم لاعتبارات العدالة وبين رافض لفكرة التعويض لاعتبارات أخلاقية وأدبية ولمساسها بالكرامة الإنسانية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الموقف الفقهي والشرعي من مبدأ المجانية

رغم أهمية مبدأ المجانية لإقرار مشروعية التعامل بالأعضاء البشرية، ولحماية جسم الإنسان من تصرف الشخص ذاته، فإن هناك اختلافا على مستوى الفقه القانوني بخصوص المقابل المالي الذي يدفع للمتنازل في عمليات زرع الأعضاء، أو المتطوع في التجارب الطبية.

فهناك من الفقهاء من اعتبره شرطا لا يبطل التصرف لاعتبارات العدالة والمساواة، وهناك من يبطله لاعتبارات أخلاقية (الفرع الأول)، كما أن على مستوى فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد اختلفت آرائهم حول جواز البيع من عدمه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاتجاهات الفقهية بخصوص مبدأ المجانية

إذا كان الإجماع ينعقد لدى رجال الفقه على إدانة وتجريم الاتجار بالأعضاء البشرية بوجه عام، فإن الخلاف يحتدم بين هؤلاء حول حقيقة وجود مقابل مادي معقول يتقاضاه المانح أو المتطوع وفقا لمقتضيات العدالة (أولا)، وبين من يرى أن المقابل يؤثر في مشروعية التعامل باعتبار (ثانيا)، كما أن هناك اختلافا بشأن مبدأ المجانية في مجال التعامل بالدم (ثالثا).

أولا - الاتجاه الرافض لمبدأ مجانية التعامل:

يرفض أنصار هذا الاتجاه وجود تبرع ومجانية في مجال التعامل بالأعضاء، لاعتبار أن المشرع جسّد فكرة التبرع فقط من أجل تشجيع الناس على التبرع، وهذا لأن الأعضاء ليست من بين ممتلكات الشخص، مما يعني أن الشخص لا يمكن أن يبيعها أو يتبرع بها، فله فقط حرية التصرف في أملاكه وأمواله التي يملكها سواء بالبيع أو التبرع⁽¹⁾، لهذا فإذا انعدم التبرع فلا توجد مجانية في التعامل بالأعضاء.

أضاف من جهة أخرى، أصحاب هذا الاتجاه أن المجانية منعدمة تماما في ظل وجود اتجار بمنتجات ومشتقات الجسم، فالمجانية مطبقة فقط على الأشخاص، أما الشركات التي تنتجها فلا تخضع للمجانية، فمن الأفضل التصريح للشخص أنه سيتم الاستفادة منها⁽²⁾.

بناءً على ذلك، اقترحوا ألا يطبق مبدأ المجانية على الأشخاص، وذلك لأن العلم أصبح مصدر للفائدة، فعلى أي أساس يمكن استبعاد الأشخاص الطبيعيين من هذه الفائدة⁽³⁾، باعتباره لا يطبق على الشركات والأشخاص المعنوية التي تقوم ببيع مشتقات الجسم وأنسجته.

كما يرى أنصار هذا الاتجاه، أنه لا يوجد ثمة تعارض بين إباحة استقطاع الأعضاء بمقابل مادي وبين الحماية القانونية لسلامة الجسم، ذلك أنه إذا كان للشخص الحق في التنازل عن عضو

1 - THOUVENIN Dominique, "Au tour du don et de la gratuité", revue générale de droit médical, N° spécial, Paris, 2002, pp 99 – 100.

2 - Ibid., p 108.

3 - LAHALLE Thibault, op.cit, pp 424 – 425.

من أعضاء جسده لتحقيق مصلحة علاجية لشخص آخر، فإن تقاضيه لقيمة مادية معينة لقاء تنازله لن ينقص من حرمة الكيان الجسدي شيء⁽¹⁾.

فالمشكلة الحقيقية تكمن في إمكان التصرف في جسم الإنسان من عدمه، ومتى أجزر التصرف فلا نرى ما يمنع من تقاضي مقابل التنازل عن عضو من الأعضاء، فالتنازل بمقابل أو بدون مقابل مشكلة أخلاقية وليست قانونية⁽²⁾.

فمبدأ عدم جواز دخول الجسم في دائرة المعاملات تستهدف إبطال التصرفات التي ترد على جسم الإنسان، لكن طالما أجزرت بعض التصرفات على الجسم؛ كزرع الأعضاء والتجارب الطبية فإن ذلك المبدأ لا يعوق من تقاضي عوض مقابل التنازل.

كما أن الحصول على مقابل مادي يعد بمثابة تعويض عما يكون قد تعرض له المتبرع نتيجة لتلك العملية التي لا تحقق فائدة مباشرة له، بل تهدف أساسا إلى تحقيق مصلحة فردية واجتماعية تتعلق بالمحافظة على حياة وصحة الأفراد⁽³⁾.

فطالما أبيحت إمكانية التنازل في حد ذاته، فإنه لا ضير أن يكون هناك مقابل، فالمقابل لا اعتراض عليه قانونا كما أنه السبيل الوحيد تقريبا للحصول على الأعضاء اللازمة من غير الأقارب على الأقل، وأنه يجب أن يصدر تشريع يحدد قيمة الأجزاء المختلفة لجسم الإنسان حتى لا يكون هناك محل للمزايدات.

وبما أن المحل مشروع فلا معنى للفرقة بين البيع والتبرع، فإذا كان لا يجوز بيع الإنسان ولا عظمه في مجموعه على أساس أن الجسم لا يدخل تحت الملك لأنه ليس مال يخضع للتملك، فإن عدم بيع أعضاء وأجزاء الجسم يرجع إلى عدم الانتفاع بها، أما الثمن فلا أثر لوجوده على انعقاد أو صحة عقد البيع لأنه مقابل للعضو أو الجزء المتصرف فيه، ثم أن هذا التصرف القانوني ببيع العضو أو الجزء كالعين أو الكلية، هما من الأعضاء المزدوجة في الجسد لا يتنافى مع الكرامة

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 153 و154؛ لعلوي محمد، "تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري"، مجلة الفقه والقانون، العدد الثامن عشر، أبريل 2014، ص 184.

2 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 134.

3 - شعلان سليمان محمد السيد حمده، مرجع سابق، ص 327.

الإنسانية وإنما على العكس يتضمن معاني إنسانية إن كان يهدف إلى إنقاذ حياة المريض من الهلاك⁽¹⁾.

يعد بيع الأعضاء من وسائل مواجهة الفقر في بعض الدول والمجتمعات وسببا في حل المشاكل الاجتماعية والفردية، ويخفف من التزامات الدولة إزاء هذه الفئة، فضلا عن حماية محدودي الدخل من تعرضهم للانحراف⁽²⁾.

وباعتبار أن المشرع أقر وأجاز نظام البيع، فيجب أن يشمل هذا النظام كافة الأشياء التي يمكن تصور بيعها في ضوء تغير وتطور المبادئ والمفاهيم الخاصة بحرمة الكيان الجسدي للإنسان، وما طرأ عليها من مرونة جعلت أجزاء الجسم من الأشياء التي يمكن تقويمها بالأموال.

يظهر هذا خاصة في التعويض الذي يحكم به القاضي في الجرائم الماسة بسلامة الجسد، والتي ينشأ عنها فقد منفعة عضو معين وانفصاله تماما عن الجسم، وكذلك ما تضمنته قوانين التأمينات الاجتماعية من قواعد تنظم وتحدد مقدار التعويض عن العجز الكلي أو الجزئي بالنظر لنوع الإصابة ودرجتها⁽³⁾.

ويلعل هذا الاتجاه رأيه، بأنه ثمة عقد حقيقي يقوم بين المتبرع والمتبرع إليه، يلتزم بموجبه هذا الأخير بنفقات العملية الجراحية وما تقتضيه من علاج في حالة حدوث مضاعفات، كما يتعهد بتعويض المتبرع أو ورثته إذا لحق به ضرر نتيجة التنازل، فالحصول على المقابل المادي يعد بمثابة تعويض عما قد يتعرض له المتبرع من أضرار نتيجة فقدان العضو المنقول أو إجراء العملية الجراحية التي لا تحقق فائدة مباشرة له، بل تهدف أساسا إلى تحقيق مصلحة فردية واجتماعية تتعلق بالحفاظ على حياة وصحة الأفراد⁽⁴⁾.

1 - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 47.

2 - سمير جاب الله، مرجع سابق، ص 131؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 121.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 154؛ بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 159.

4 - عمر أبو الفتوح الحماوي، الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2010/2011، ص 102 - 103.

ويذهب البعض، إلى اقتراح تدخل الدولة لتنظيم وتسهيل هذه الأعمال بإصدار تشريع يحدد فيه أثمان أجزاء الإنسان وشروط البيع، لأن بيع الأعضاء بمقتضى التسعير الجبري من الدولة لن يغير من طبيعة الإنسان وليس فيه أي مساس بكرامته⁽¹⁾.

كما اعتبر البعض، أن نقص الأعضاء هو السبب الرئيسي لبيع الأعضاء، لذلك فمن أجل تفادي نقص الأعضاء فيجب السماح تلقى الشخص لمقابل أو فائدة من جراء تنازله عن العضو وذلك من أجل ضمان سلامة المتبرع والمستفيد⁽²⁾.

أما عن الجثة، فإن البعض يذهب إلى جواز بيعها، فالبيع أجزاء الإنسان جائز حيا كان أو ميتا، فمن يملك الإيصاء يملك التصرف بمقابل لخدمة المجتمع والعلم، وما المقابل إلا مسألة ثانوية.

غير أن المشكلة الأولى التي تواجه أنصار هذا الاتجاه، تكمن في وصف طبيعة هذه التعويضات، فالتعويض يجب أن يكون ماليا دون المساس بقيم المجتمع الأدبية والأخلاقية. وهناك من اقترح إبدال مصطلح الدفع مقابل العضو بمصطلح المكافآت التشجيعية لتبرعه بأعضائه أو من خلال إلحاقه بنظام التأمين أو بإعفائه من الضرائب، أما بالنسبة للتجارب الطبية يقترح أن يتم تخصيص معدل ربح ثابت يقسم بين الباحث والشخص المتبرع.

كما يمكن توفير عناية طبية مستمرة للشخص في حال ما إذا احتاج إلى علاج أو رعاية طبية على مدار الحياة، أو تكريم الشخص معنويا ومعاملته كأحد أبطال الأمة وتخفيض نفقات الدفن كما هو مقترح في الحكومة المكسيكية⁽³⁾.

1 - انظر كل من: عمر أبو الفتوح الحمامي، المرجع السابق، ص 103؛ منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 47؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 122؛ بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 160؛

LAHALLE Thibault, op.cit, p 425.

2 - VALDES Clément, "Chapitre 4 Le corps et l'argent", Accès équitable aux soins de santé (Article 3) et interdiction du profit (Article 21), Journal international de la bioéthique, Vol 12, 2001, p 57.

Voir : <http://www.cairn.info/Revue-journal-international-de-bioethique-2001,p51-hm>.

3 - حبيبة سيف سالم راشد الشامي، مرجع سابق، ص 509.

ثانيا - الاتجاه المؤيد لمبدأ المجانية:

يرى أنصار هذا الاتجاه، وهو رأي تبناه أغلبية الفقهاء، أن عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية أو أجزائها أو الجثة باطل حتى ضمن الضوابط القانونية، فالبيع عندهم غير جائز بصورة مطلقة لأن محل الحقوق هي الأموال وليس الأشياء، فالشيء لا يصلح محلا للعقد ما لم يكن من الأموال المنقومة وأن جسد الإنسان ليس بمال يصلح للتعامل⁽¹⁾.

فالمجانية تقوم على المشاعر النبيلة وترفض كل رغبة في الحصول على مقابل بخصوص التعامل بجسم الإنسان، وتجنب ظهور متبرعين يجعلوا التجارة بالأعضاء مهنة لهم، فالخروج عن مبدأ عدم التصرف بالجسد لا يجب أن يكون بمقابل، بل يكون بدون عوض⁽²⁾.

يرى الفقيه سافنيه، أن التصرف في كل ما يتعلق بجسم الإنسان كالدّم والأعضاء يجب أن يكون تبرعا فالقيم الإنسانية تسمو على المال، ذلك أن حق الإنسان على جسمه ليس حقا ماليا وليس له عليه حق ملكية أو حق منفعة، فحق الإنسان على جسمه حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ولا يمكن أن يصبح حقا ماليا⁽³⁾.

لهذا لا يحبز البعض استعمال عبارة بنك الدم أو بنك الأعضاء، لأن تلك العبارات تثير في الذهن إمكان كون أعضاء الجسم محلا للمعاملات التجارية، وهو ما يجب استبعاده باستعمال مصطلح مراكز الأعضاء⁽⁴⁾.

1 - فقد نصت المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي على أن: «الأشياء هي فقط التي تدخل ضمن التعامل القانوني وهي التي يمكن أن تكون محلا للاتفاقات القانونية» .

وهذا ما نصت ما نصت عليه المادة 81 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 668 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على ما يلي: «كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية»، مما يتضح أن الجسم البشري خارج عن التعامل لأنه لا يعتبر من الأشياء، وبالتالي فالذي يدخل في دائرة التعامل هي الأشياء فقط.

2 - CABRILLAC Rémy, op.cit, p 155.

3 - صابر محمد سيد، مرجع سابق، ص 81 - 82؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 119 - 120.

4 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 129.

وقد أبرز أنصار هذا الاتجاه، بعضاً من المساوئ الكثيرة التي من الممكن حدوثها في حالة التنازل عن الأعضاء بمقابل من بينها:

أنّ بيع الأعضاء أو التنازل عنها بمقابل من شأنه فتح باب الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية، والذي من المؤكد سيدفع محدودي الدخل لتقديم أعضائهم⁽¹⁾.

وقد يفتح المجال لاستغلال الفقير طبياً وينعكس بالتالي على إرادة المعطي فيقع فريسة للضغوط الاجتماعية والاقتصادية، مما يعرضه للابتزاز والاستغلال، وهذا الاستغلال قد يمتد إلى خارج المجتمع الواحد عندما يلجأ المواطنون في المجتمعات المتخلفة والفقيرة إلى الدول الأكثر تقدماً للحصول على مكاسب من وراء الاتجار بأعضائهم⁽²⁾.

ويؤدي إلى وجود الوسطاء من غير المتخصصين في مجال نقل وزراعة الأعضاء، يلجئون إلى أساليب تتعارض مع الصالح العام، بإخفاء الأمراض التي يعاني منها المعطي أو يلجئون إلى الأساليب الاحتيالية للتأثير على إرادة المعطي لإقناعه⁽³⁾.

إضافة إلى أن بيع الأعضاء والأنسجة سيؤدي إلى حرمان فئة محدودي الدخل من الاستفادة من زراعة الأعضاء نتيجة المضاربة وارتفاع أسعار هذه الأعضاء، مما يتعارض مع حق الفرد في المساواة⁽⁴⁾.

يتبين من ذلك، أن هذا المقابل يمكن أن يفتح المجال للاتجار بالأعضاء، لهذا اقترح البعض أن تخصص الدولة تعويضاً للمتبرعين تشجيعاً على تبرعهم، ممثلة في الوكالات الوطنية المختصة بزراعة الأعضاء، ولا يجب أن يكون على عاتق المريض المتلقي أو ذويه وهذا لاعتباره التزاماً إدارياً وليس مدنياً، ويعد نوعاً من التكافل الاجتماعي لا علاقة له بفكرة

1 - انظر كل من: عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص107؛ خالد جمال أحمد حسن، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، العدد الثاني، المجلد الخامس، مجلة الحقوق، 2008، ص157؛ لعلوي محمد، مرجع سابق، ص 185.

2 - شعلان سليمان محمد السيد حمده، مرجع سابق، ص325.

3 - عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص108.

4 - المرجع نفسه، ص 109.

التعويض في القانون المدني.

وبخصوص نقل المشتقات والمنتجات البشرية، فلا تستدعي تقديم تعويض للشخص الذي تبرع بها، ذلك أنه إذا سلمنا بضرورة إعطاء تعويض للمتبرع بالأعضاء البشرية لانخفاض كفاءة أدائه وقدرته على العمل، مما يستوجب إعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل إجراء العملية، فإن الأمر لا نجد له أساساً في عمليات نقل المشتقات والمنتجات باعتبارها من العناصر المتجددة تلقائياً، فلا يترتب سحب كمية معينة منها ثمة أثر سلبي من شأنه أن يؤدي إلى انخفاض قدرته على العمل.

لذلك، لم يكن التعويض محلاً في هذه الحالة ووجود أي مقابل مادي سوف يكون بمثابة ثمن مدفوع لقاء المنتج والمشتق وهو ما لا يمكن الإقرار بمشروعيته⁽¹⁾.

يتبين من العرض السابق، أن مجانية التعامل تلعب دوراً كبيراً في حماية المتبرعين بالأعضاء البشرية، ذلك لأنها تركز مبدأ قدسية جسم الإنسان، أما تقديم التعويض عن الضرر الذي أصاب المتبرع فيجب أن تتكفل به المؤسسات التابعة للدولة وليس المستقبل أو ذويه، وهذا حتى لا يعتبر مقابلاً للعضو بل التزاماً يقع على عاتق الدولة من أجل حماية المتبرعين وتشجيعهم على التبرع بالأعضاء.

ثالثاً - الاتجاه الفقهي بشأن تكريس مبدأ المجانية في مجال عمليات نقل الدم:

يذهب بعض الفقه بخصوص وجود مقابل في مجال عملية نقل الدم إلى وجوب التمييز بين الدم الذي مازال في جسم الإنسان والدم الذي تم استخراجه بالفعل.

ففي الحالة الأولى: إذا كان الدم مازال في جسم الإنسان ولم ينفصل عنه فإنه يعتبر عنصراً منه وبالتالي لا يمكن اعتباره شيئاً يمكن التصرف فيه، ولذلك لا يمكن أن يكون محلاً للتجارة بالبيع والشراء، لأن حق الإنسان على جسمه ليس حق ملكية حتى يستطيع التصرف فيه⁽²⁾.

1 - أحمد فتحي مهند العزة، مرجع سابق، ص 297.

2 - محمد حماد الهيتي، مرجع سابق، ص 93.

فسلطة الإنسان على جسده محدودة، لا تتسع لتشمل سلطة في التصرف في أعضاء جسمه بالبيع ولا تجيز له سوى موافقة على أخذ كمية من دمه وفق قيود وضوابط حددها القانون⁽¹⁾.

أما الحالة الثانية: إذا تم استخراج الدم من جسم الإنسان فإنه يصبح محلاً للمعاملات القانونية⁽²⁾، ذلك أن الدم عندما يتم استخراجه من الجسم يفقد صفته الأساسية بكونه جزء من الإنسان، ويفقد جزءاً من طبيعته وقديسيته لانتهاء ارتباطه بالجسم وبالتالي يصح أن يكون محلاً للمعاملات التي يجيزها القانون، بل إن البعض منهم ذهب إلى ضرورة تطبيق القواعد العامة لعقد البيع على الدم المستخرج من جسم المعطي قياساً على لبن المرأة الذي يصلح لأن يباع⁽³⁾.

كما أن منع بيع الدم سيؤدي إلى قلة المتبرعين به، ويرتب ذلك تهديداً لحياة الكثير من الأشخاص بالوفاة⁽⁴⁾.

غير أن هناك من الفقهاء من إنتقد هذا الرأي، على اعتبار أنه لا يمكن التسليم به، خاصة فيما يتعلق بقدرة الشخص على التصرف بدمه إذا تم فصله، ذلك أنه إذا أخذنا بهذا المعيار لوجب أن تكون الأعضاء جميعها خاضعة للأحكام نفسها بمجرد انفصالها، وهذا لأنها تفقد جزءاً من قدسيته لانتهاء ارتباطها بالجسم، وهذا لا يجوز فقد ورد العقد على أعضاء الإنسان وليس له عليها إلا حق الانتفاع أو التبرع بها في حدود معينة.

فلا يصح البيع أو أخذ مقابل تحت أي مسمى، فقدسية العضو لا تفقد بمجرد فصله، بل إنه يحتفظ بتلك القدسية حتى بعد فصله عن الجسم⁽⁵⁾.

أما الرأي الذي يذهب إلى ضرورة تطبيق القواعد العامة لعقد البيع على الدم المستخرج قياساً على لبن المرأة، فإن هذا القياس مع الفارق فلبن المرأة وإن كان جزءاً منها إلا أنه

1 - شعلان سليمان محمد السيد حمده، مرجع سابق، ص 329.

2 - المرجع نفسه، ص 329.

3 - محمد حماد الهييتي، مرجع سابق، ص 93.

4 - إفتكار مهيبوب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص 156.

5 - محمد حماد الهييتي، مرجع سابق، ص 93.

مخصصا لخدمة الغير، فهي لا تنتفع به، بخلاف الدم والعناصر الأخرى فهي تؤدي وظيفة أساسية للإنسان نفسه⁽¹⁾.

فلا وظيفة للبن بالنسبة للجسد الموجود فيه أي للألم، إنما وظيفته الأساسية أنه غذاء لمن يتلقاه، كما أنه إذا تم النظر إلى عملية الاستخراج وقدرة الجسم على تعويضها حيث يشتركان بها، فهذا أمر غير وارد، فعملية استخراج الدم من الجسم محددة بكمية لا يمكن تجاوزها وإلا تعرض حياة المعطي للخطر، أما اللبن فليس في عملية سحبه حدود، إضافة إلى أن الدم موجود في جسم كل إنسان مهما اختلف سنه وجنسه، في حين أن اللبن لا يوجد إلا عند الأمهات وفي أوقات محددة⁽²⁾.

الفرع الثاني

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مبدأ المجانية

اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى والمحدثون بمسألة بيع الأعضاء اهتماما بالغا ولم يكن حكم بيع الآدمي أو جزء من أجزائه محل اتفاق بين الفقهاء، فقد اختلفت آرائهم حول جواز البيع من عدمه، ولكي نبين موقف الشريعة الإسلامية من حكم أخذ مقابل في مسألة نقل الأعضاء علينا أن نوضح حكم بيع الأعضاء بالنسبة للفقهاء القدامى (أولا) ثم الحكم بالنسبة للفقهاء المعاصرين (ثانيا).

أولا - حكم بيع الأعضاء بالنسبة للفقهاء القدامى:

بالنسبة لحكم بيع الأعضاء بالنسبة للفقهاء القدامى يجب التطرق إلى حكم بيع الآدمي ثم حكم بيع لبن المرأة ثم حكم بيع الشعر الآدمي وأخيرا حكم بيع الدم والأعضاء غير المتجددة وذلك على النحو التالي:

أ - حكم بيع الآدمي:

اتفق الفقهاء على حرمة بيع الآدمي الحر، فقد أجمع فقهاء الأحناف والمالكية والشافعية

1 - شعلان سليمان محمد السيد حمده، مرجع سابق، ص 330.

2 - محمد حماد الهيتي، مرجع سابق، ص 94.

والحنابلة والزيدية والإمامية والظاهرية على أنه لا يجوز بيع الآدمي الحر وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾⁽¹⁾، ومقتضى التكريم أن لا يهان الآدمي ولا يبتذل في جعله سلعة تباع وتشترى⁽²⁾.

كما استدلوا بحديث رسول الله (ص): « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطيه أجره »⁽³⁾.

ب - حكم بيع الدم:

فقد أجمع علماء الشريعة واتفق فقهاء المذاهب الأربعة على عدم جواز بيع الدم للنصوص الصريحة في ذلك منها ما رواه الإمام البخاري أن رسول الله (ص): « نهى عن ثمن الدم وثنم الكلب وكسب البغي... »⁽⁴⁾ كما حرم بصريح قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهْلُ لَيْغِرٍ لِلَّهِ... ﴾⁽⁵⁾، فتدل هذه الآية على حرمة بيع الدم، لأن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه⁽⁶⁾.

ج - حكم بيع لبن الأدمية

مما لا خلاف فيه بين الفقهاء جواز استئجار ضرع المرأة للرضاع مصداقا لقوله تعالى:

1 - سورة الإسراء الآية 70.

2 - سمير جاب الله، "الاتجار بالأعضاء البشرية، دراسة شرعية قانونية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص 114.

3 - محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله (ص)، المعروف بصحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، بيروت، 1422هـ، حديث رقم 2227، ج 3، ص 82.

4 - المرجع نفسه، حديث رقم 5962، ج 7، ص 169.

5 - سورة المائدة الآية 03.

6 - سمير جاب الله، مرجع سابق، ص 117؛ شعلان سليمان محمد سيد حمده، مرجع سابق، ص 339؛ أسامة السيد عبد السمیع، مرجع سابق، ص 49.

﴿ ... فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ... ﴾.

واختلفوا في حكم بيع لبن الآدمية إذا حلب ووضع في إناء، فذهب المالكية والشافعية والظاهرية في أحد القولين إلى جواز بيعه، وذهب الحنفية والحنابلة في قول آخر إلى عدم جواز ذلك، وسبب الخلاف بين الفقهاء راجع إلى كون اللبن مالا أم لا فمن قال إنه مال أجاز البيع ومن يقل بغير ذلك لم يجزه⁽¹⁾.

د - حكم بيع عظم الإنسان وشعره

يكاد يجمع العلماء أيضا على أن عظم الإنسان وشعره لا يحل فيهما المعاوضة ولا يجوز بيعهما، وقد استدلوا على ذلك بما جاء في بدائع الصنائع، وأما عظم الآدمي وشعره فلا يجوز بيعهما، لا لنجاستهما لأنهما طاهران في الصحيح من الرواية، لكن احتراما لهما فلا يبتذلان بالبيع⁽²⁾، وقد روى أن النبي (ص) لعن الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة⁽³⁾.

هـ - حكم بيع أجزاء الآدمي غير المتجددة

اختلف الفقهاء القدامى في حكم بيع أجزاء الآدمي غير المتجددة إلى رأيين:

فالرأي الأول: ذهب أصحابه إلى القول بحرمة البيع وهو رأي الشافعية والحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية والأمامية والزيدية وغيرهم من الفقهاء، وقد استدلوا على ذلك بأن أجزاء الآدمي الظاهرة والباطنة هي من مكوناته وإن أخذ كل عضو منها اسما معينا، إلا أنها أجزاء الحقيقة، فما تأخذه الحقيقة الكلية من حكم يأخذه كل جزء من أجزائها لأنها نفس واحدة وروح واحدة.

فإذا حرم التصرف في الآدمي حرم التصرف في كل جزء من أجزائه. كما أن لا يستطيع الإنسان أن يتصرف إلا في ملكه، والإنسان وأجزاؤه لا تدخل تحت الملك⁽⁴⁾. فالإنسان لا يملك نفسه ولا يملك غيره ومن ثم فلا يجوز التصرف فيه أو في أحد من أجزائه بالبيع والشراء.

1 - انظر كل من : سمير جاب الله، مرجع سابق، ص118؛ شعلان سليمان محمد السيد حمده، مرجع سابق، ص334.

2 - انظر كل من: أسامة السيد عبد السمیع، مرجع سابق، ص60؛ محمد على البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 183.

3 - محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، حديث رقم 5933، ج 7، ص 165.

4 - شعلان سليمان محمد سيد حمد، مرجع سابق، ص340.

أما الرأي الثاني:

فهناك اتجاه في المذهب الحنفي، قوامه أن أطراف الإنسان تعتبر من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها، لذلك فإنه إذا كان لا يجوز للإنسان أن يتصرف في جميع جسده، فإنه على العكس يستطيع أن يتصرف في جزء من أجزاء جسمه لغاية مشروعة أو رعاية لضرورة أو حاجة معتبرة شرعا⁽¹⁾.

نستطيع القول أن كلمة الفقهاء المسلمين القدامى متفقة على بطلان بيع أي جزء من أجزاء الإنسان إما لكرامة الآدمي في جميع أعضائه، وإما لعدم تصور الانتفاع بها في حالة انفصالها عن الجسم، فالإنسان حيا كان أو ميتا ليس محلا ممكنا ولا مشروعاً للمعاملات.

ثانيا - حكم بيع الأعضاء بالنسبة للفقهاء المعاصرين:

اتفقت الفتاوى الصادرة عن الفقهاء والمجامع الفقهية على عدم جواز بيع الدم والأعضاء، فقد جاء في فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورتها 11 لسنة 1989 « أما حكم أخذ العض من الدم فلا يجوز لأنه من المحرمات المنصوص عليها في القرآن الكريم مع الميتة ولحم الخنزير ».

فلا يجوز بيعه وأخذ العض عنه وقد صح في الحديث أن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه، لما صح عن الرسول (ص) أنه نهى عن بيع الدم، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة للأغراض الطبية فالضرورات تبيح المحظورات بقدر ما ترفع الضرورة وعندئذ يحل للمشتري دفع العض ويكون الإثم على الأخذ، ولا مانع من إعطاء المال على سبيل الهبة أو المكافأة التشجيعية⁽²⁾.

أما بالنسبة للجنة، فيجب ألا تكون الغاية من الوصية الربح والتجارة والتداول لأنه يحرم شرعا

1 - انظر كل من: منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص44؛ محمد سامي السيد الشوا، مرجع سابق، ص 619.

2 - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص171.

اقتضاء مقابل مادي عندما يوصي بالعضو أو جزء منه، لأن بيع الآدمي لعضو من جسمه أو جثته هو باطل شرعا، ومن ثم فإن التنازل عن العضو الإنساني لا يكون إلا بالتبرع من الناحية الشرعية، وذلك بأن يكون الغرض من الوصية هو استئصال جزء من أجزاء الجثة لضرورة علاجية أو لأغراض علمية⁽¹⁾.

وقد نصت جميع الفتاوى المتعلقة بزراع الأعضاء على ما يقارب هذا المعنى حيث يحرم اقتضاء مقابل للدم لأن بيع الآدمي الحر باطل شرعا لكرامته⁽²⁾، كما ذهب مجمع الفقه الإسلامي في دورته 4 لسنة 1988 إلى التأكيد على مبدأ مجانية وتحريم التصرف في جسد الإنسان على سبيل المعاوضة وهذا ما عبرت عنه الفقرة السابقة من قرار المجمع بقولها: « لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال من الأحوال، أما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريم فهو محل اجتهاد ونظر »⁽³⁾.

كما نصت المادة 69 من الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية على أنه: « لا يجوز أن يكون الجسد البشري وأجزاؤه محلا لمعاملات تجارية ويحظر الاتجار في الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو الجينات البشرية، كما يحظر الإعلان عن الحاجة إلى أعضاء أو عن توافرها لقاء ثمن يدفع أو يطلب ولا يجوز للطبيب بأي حال من الأحوال المشاركة في أي من هذه الأعمال، كما يحظر على الأطباء وسائر المهنيين القيام بعمليات نقل الأعضاء أو المشاركة فيها إذا رجع لديهم أن الأعضاء المطلوب نقلها كانت محلا لمعاملات تجارية⁽⁴⁾ ».

1 - بلحاج العربي، معصومة الجثة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 187.

2 - من بينها، الفتوى الصادرة عن مفتي الديار المصرية، الشيخ المرحوم جاد الحق علي جاد الحق، نقلا عن سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 171.

3 - انظر كل من: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 172؛ عمران أحمد، مرجع سابق، ص 229؛ منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية مرجع سابق، ص 59؛ سمير جاب الله، مرجع سابق، ص 124.

4 - الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية، المعد من قبل المكتب الإقليمي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة والمكتب التنفيذي لمجلس وزراء الصحة مجلس التعاون الخليجي، الميثاق اعتمد من قبل منظمة الصحة العالمية O M S سبتمبر 2005، نقلا عن: أحمد عمراني، مرجع سابق، ص 228.

فالملاحظ من خلال هذه الفتاوى، أنه رغم تحريم بيع الأعضاء لا يعني أن المتبرع لا يجوز له أخذ هدية تشجيعية ولو كانت مالية أو مكافأة تقديرية مادام ذلك يتم عن غير شرط مسبق وبعبء عن قصد الاتجار وأنها أي المكافأة لا تقابل العضو المتقطع، لأن هذا العمل لا يدخل في باب المعاوضات وإنما هو من باب التبرعات، ولأن مجازاة المحسن أمر مرغوب ومطلوب في الإسلام⁽¹⁾، ويستدل على هذا القول بعموم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّئْتُمْ بِهِ فَاغْبِطُوا بِأَحْسَنِّ مَا لَكُمْ﴾⁽²⁾.

أما بخصوص بيع أعضاء الجثة، فقد صدرت فتوى منع البيع في المؤتمر الدولي المنعقد بماليزيا في شهر أبريل 1969، ومجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة في فبراير 1988، والذي نصا على أن الاتفاق على جواز نقل العضو من الميت مشروط بأن يتم ذلك عن طريق التبرع وبدون الحصول على أية فائدة مباشرة أو غير مباشرة.

كما صدر قرار لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ولجنة الفتوى في المملكة الأردنية الهاشمية، ولجنة الإفتاء بالمجلس الأعلى بالجزائر سنة 1972، نصت جميعها على أنه يحرم اقتضاء مقابل للعضو المنقول أو جزئه، كما يحرم اقتضاء مقابل للدم لأن بيع الدم الحرام باطل شرعا لكرامته، كما أن التعويض والمكافآت لا يتصور وجودها في التبرع بالجثة⁽³⁾.

المطلب الثاني

التكريس القانوني لمبدأ المجانية

أوجبت أغلب التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية أن يكون المتنازل عن العضو دون مقابل، وذلك لأن حق الإنسان على جسده حق غير مالي، ومن ثم يخرج عن دائرة التعامل المالي، ولا يكون محلا للتداول والتجارة، وذلك لأن قيمة الإنسان تسمو على المال ولا تقدر بمقابل، لهذا فقد نصت كافة التشريعات على هذا المبدأ سواء كانت تشريعات وطنية داخلية (الفرع الأول)، أو دولية (الفرع الثاني).

1 - سمير جاب الله، مرجع سابق، ص 138.

2 - سورة النساء، الآية 86.

3 - بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 547.

الفرع الأول

تكريس مبدأ المجانية في إطار التشريعات الوطنية الداخلية

اشتترطت معظم التشريعات المقارنة على أن يكون التعامل بالأعضاء البشرية تبرعا أو من خلال وصية يوصى بها الشخص بعد موته، ورفضت فكرة وجود مقابل لهذا التعامل سواء على مستوى التشريعات المقارنة الغربية (أولا)، أو العربية (ثانيا)، أو وفقا للتشريع الجزائري (ثالثا).

أولا - موقف التشريعات المقارنة الغربية:

نصت معظم التشريعات المقارنة الغربية على مبدأ المجانية، منها:

1- **المشرع الفرنسي:** حرص على ضرورة التأكيد على مبدأ مجانية والتعامل بالأعضاء البشرية مهما كانت التصرفات التي يكون محلها الجسم البشري بكل أجزائه ومشتقاته بما في ذلك التجارب الطبية والتلقيح الصناعي، وهذا ما تم تأكيده في المادة 16-6 من قانون المدني الفرنسي تحت عنوان "احترام الجسم البشري"، حيث نصت على أنه: « لا يمكن منح أي تعويض للذي يقبل إجراء التجارب على جسمه أو يقبل اقتطاع أحد عناصر جسمه أو أحد منتجاته »⁽¹⁾.

كما نصت المادة 16 فقرة 1⁽²⁾ على ضرورة احترام جسم الإنسان وحظر انتهاكه وأن الجسم البشري غير قابل لأن يكون محلا للحقوق المالية، ثم جاءت الفقرة 5 من المادة نفسها لتؤكد رفضها لأي صبغة مالية يكون موضوعها الجسم البشري أو أيّا من عناصره ومشتقاته.

وقد عولج مبدأ مجانية التنازل عن الأعضاء البشرية وعناصر ومشتقات الجسم في مواضيع مختلفة وفقا للتعديلات التي أدخلها قانون 94-654 على قانون الصحة العامة، وهذا ما أكدته المادة 1211-4⁽³⁾ من قانون الصحة العامة التي تنص على عدم وجوب إخضاع

1 - Article 16-6 du code civil Français dispose que : « aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ».

2 - Article 16-1 du code civil Français dispose que : «.. Le corps humain est inviolable, Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Voir aussi : ELSHOUD Stéphane, L'essentiel du droit de la santé et du droit médical, Ellipses éditions, Paris, 2010, p 113.

3 - Article L1211-4 du code de la santé publique modifié par la loi n°2004-800 du 6 Août 2004 relative à la bioéthique. Dispose que : « Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au

عملية نقل وزرع الأعضاء لأي مقابل مالي، كذلك نصت المادة 1221-3 على أنّ التبرع بالدم لا يخضع لأي مقابل، باستثناء تعويض المصاريف التي تكبدها المتبرع وفقاً للشروط المحددة بموجب مرسوم.

وبخصوص إجراء التجارب الطبية، فقد نصت المادة 1121-11 من القانون نفسه على منع تقديم أي مقابل للأشخاص الذين يخضعون للتجارب العلاجية والعلمية، لكن رغم تأكيد المشرع الفرنسي لمبدأ المجانية، إلا أنه سمح بدفع تعويض عن المصاريف التي تكبدها الشخص الخاضع للتجربة⁽¹⁾.

إضافة إلى النصّ على وجوب تعويض المشرف للمخاطر وللمصاريف التي تكبدها الشخص الخاضع للتجربة، باستثناء القصر والأشخاص محل الحماية، وفي حالة عدم قدرة الشخص على التعبير عن إرادته، أو الأشخاص ممنوعين من الحرية، أو محل علاج ببيكولوجي بدون رضاهم، أو الموجودين في المؤسسات الصحية أو الاجتماعية بدون رضاهم⁽²⁾.

غير أنه، من أجل ألا تؤثر هذه التعويضات على مبدأ المجانية، خاصة إذا كان المبلغ كبيراً وأن الأطراف المعنية تعتبرها بمثابة مقابل مالي، فالتشريع الفرنسي حاول تحديد المبلغ السنوي الأقصى للتعويضات من طرف وزارة الصحة والتي لا يجب أن تتجاوز 3 أو أربع مرات الحد الأدنى من أجور العاملين، بالإضافة إلى أن الأبحاث بدون فائدة علاجية مباشرة لا يمكن إجراؤها إلا على الأشخاص الخاضعين لنظام التأمين الاجتماعي⁽³⁾.

= *prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. Les frais afférents au prélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte...* »

1 - Article L1121-11 du code de la santé publique dispose: « *la recherche impliquant la personne humaine ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent hormis le remboursement des frais exposés et, le cas échéant l'indemnité en compensation des contraintes subies versée par le promoteur. Le montant total des indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre chargé de la santé...* »

2 - Article L1121/11 al 2 du code de la santé publique dispose: « *...Le versement d'une telle indemnité est interdit dans le cas des recherche effectuées sur des mineurs, des personnes qui font l'objet d'une mesure de protection légale, des personnes majeures hors d'état d'exprimer leur consentement, des personnes privées de liberté, des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques ...* ».

3 - Voir: DUBOUIS Louis, op.cit, p 169; MIKROVIC Aude, op.cit, p 80; BIOY Xavier, Droit fondamentaux et libertés publiques, 3^{ème} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2014, p 374.

ومن أجل تفعيل مبدأ المجانية منع المشرع الفرنسي الدعاية التي تهدف إلى تشجيع التبرع بأعضاء الجسد أو منتجاته لمصلحة شخص معين، أو لمصلحة مؤسسة أو منظمة محددة⁽¹⁾، كما منع الإشهار بخصوص توزيع الدم في نص المادة 1221-11⁽²⁾ من قانون الصحة العامة، غير أن لا يشكّل هذا المنع عائقاً أمام توعية الرأي العام وتشجيعه على التبرع بالأعضاء بشكل عام، على أن تتم هذه التوعية تحت إشراف وزير الصحة بالتعاون مع وزير التربية الوطنية حسب نص المادة 1211-3⁽³⁾.

منعت كذلك المادة 1234-3⁽⁴⁾ منح أي أجر للأطباء الممارسين الذين يجرون عمليات أخذ الأعضاء ونقلها إلى شخص آخر محتاج إليها، وهو نفس ما ذهب إليه نص المادة 1242-20 المتعلقة بأخذ الأنسجة والخلايا التي منعت تقديم أي أجر للأطباء الذين يجرون عملية الزرع والنقل والهدف من ذلك، الحيلولة دون محاولات تحقيق الأرباح من هذه العمليات.

وفي نطاق المساعدة الطبية على الإنجاب، تعتبر الأمشاج الآدمية من أكثر العناصر البشرية دخولا في دائرة الصناعات البيولوجية. ذلك، لما تتميز به هذه العناصر من سهولة الحصول عليها وإمكانية حفظها وتجميدها لمدة طويلة إضافة إلى ما تتميز به من خصائص بيولوجية تجعل منها عناصر غنية وذات كفاءة عالية إذا ما استخدمت في الصناعات الدوائية⁽⁵⁾.

وإدراكا من المشرع الفرنسي لهذه الأهمية، فقد نص في قانون الصحة العامة على حظر تخليق الأجنة في المعامل أو المخابر لأغراض تجارية أو صناعية⁽⁶⁾.

كما استثنى الأمشاج الآدمية ملقحة كانت أو مجردة من تطبيق نصوص المرسوم رقم 156

1 - Article L1211-3 du code de la santé publique modifiée par la loi n° 2004-800 du 6 aout 2004 dispose : « *La publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite, cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produit du corps humain* ».

2 - هذا ما نصت عليه المادة 1221-3 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

3 - Article L1211-3 du code de la santé publique dispose «...*cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé de la santé, en collaboration avec le ministre chargé de l'éducation nationale...* ».

4 - Article L1234-3 du code de la santé publique dispose « *Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des greffes d'organes au titre de ces activités* ».

5 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 317.

6 - Article L2141-8 du code de la santé publique dispose : « *un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles* ».

لسنة 2000، المعدل لقانون الصحة العامة، الخاص بتنظيم عمليات استيراد وتصدير العناصر والمكونات الآدمية على اختلاف أنواعها⁽¹⁾، فأكد على ضرورة أن تكون عمليات الاستيراد والتصدير للعناصر الآدمية ذات طابع تبرعي، إذ يلزم ضرورة التأكد من أن عملية التبرع التي تمت خارج الأراضي الفرنسية قد توافر فيها شرط الرضا المتبصر، وعدم تلقي مقابل مادي من طرف المتبرع⁽²⁾.

منع من جهة أخرى، منح براءة الاختراع على أساليب استتساخ الكائنات البشرية وأساليب تعديل الشخصية الجينية للكائن البشري، واستخدام الجنس البشري لأغراض صناعية وتجارية، وهذا ما نصت عليه المادة 611-18 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي⁽³⁾، على أن جسم الإنسان في مختلف مراحل تكوينه ونموه والكشف عن أحد عناصره، بما في ذلك التتابع الكلي أو الجزئي للجينات، ليست اختراعات تمنح عنها براءات اختراع.

إلا أن الملاحظ بالنسبة للتشريع الفرنسي، أنه تبنى أحكام التوجيه الأوروبي رقم 44 في قانون 06 أوت 2004، والذي يجيز منح براءات الاختراع على سبيل الاستثناء في مجال العلوم الحيوية، وهذا إذا كان الاختراع يشكل تطبيقاً علمياً لوظيفة أحد عناصر جسم الإنسان، وأن هذه الحماية عن طريق البراءة لا تغطي عنصر جسم الإنسان إلا بالقدر الضروري لتنفيذ واستغلال هذا التطبيق الخاص⁽⁴⁾.

وبالنسبة للاتفاق بشأن الإنجاب أو الحمل لحساب الغير فهو باطل سواء بمقابل أم بدونه لمخالفته للنظام العام وهذا ما أكدت عليه المادة 16 فقرة 07⁽⁵⁾.

1 - Décret n 2000-156 du 23 février 2000, relatif à l'importation et l'exportation d'organes, de tissus et de leurs dérivés de cellules de corps humain à l'exception des gamètes, modifiant le code de la santé publique.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 318.

3 - « *Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables* ».

انظر في هذا الشأن كذلك: محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، دراسة مقارنة،

رسالة دكتوراه في الحقوق قسم القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2008-2009، ص 365.

4 - انظر كل من: محمد لطفي عبد الفتاح، مرجع نفسه، ص 365.

MIRKOVIC Aude, op.cit, p 88 et HEYMANN Arlette Doat-GWENAELE Clavés, op.cit, p 170.

5 - Article 16-7 du code civile Français dispose que: « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

أما بخصوص منتجات الجسم المتجددة الأخرى، وباعتبارها مختلفة ومتنوعة، فإنها حسب القانون الفرنسي لا تخضع كلها لنظام مشترك رغم تشابهها فيما بينها.

- **بالنسبة للتعامل في الشعر:** باعتباره لا يؤثر على صحة الشخص في بقائه على قيد الحياة وبسبب طبيعته المتجددة، فإنه يملك نظام الأشياء التي يستطيع المالك التخلي عنها بعوض، فالشعر يشبه الأشياء التي يستطيع المالك التصرف فيها بكل حرية، فالاتفاقات المتعلقة بالشعر مشروعة سواء كانت للقص، للعلاج للعناية أو حتى البيع⁽¹⁾.

- **بالنسبة لحليب الأم:** فباعتباره منتج غدي ذات إفراز خارجي، بهدف استخدامه من قبل الغير، يخرج من جسم المرأة بشكل طبيعي، فإنه يمكن أن يكون محلا لعقد إرضاع وهو عقد مشروع لأنه لا يؤثر على صحتها، بل يحافظ على صحتها وصحة الغير.

ولقد نص المشرع الفرنسي على عقد الإرضاع بهدف حماية الطفل، إذ سمح للمرأة التي لديها طفل لم يتم 6 أشهر إرضاع آخر من ثديها إذا شهدت وثيقة طبية على استطاعتها أداء هذه الوظيفة المزدوجة⁽²⁾، فالشعر والحليب كانت محل عمليات مجانية وأحيانا بمقابل، كما سمح مؤخرا أن يكون بعض هذه المنتجات محل عمليات تجارية، لهذا أصبح لها نظام خاص⁽³⁾.

- **بالنسبة للدم:** لم يعتبر المشرع الفرنسي الدم كمنتجات الجسم الأخرى، فهو أحد عناصر جسم الإنسان والذي يشكل عنصرا ضروريا لحماية الشخص، والحصول عليه بطريقة غير منتظمة قد يسبب اعتداءً على التكامل الجسدي⁽⁴⁾، لذلك فإن نزع الدم يجب أن يخضع لهدف علاجي وللمبادئ الأخلاقية المتمثلة في السرية وغياب المقابل المادي⁽⁵⁾ باستثناء تعويض المصاريف التي

1 - انظر: أحمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 63؛

RANGEL DE ALVARENGA PAES Juliana, op.cit, p 267.

2 - أحمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 63.

3 - حسبما نصت عليه المادة 1211-8 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

4 - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 238.

5 - راجع المادة 1221-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

أنفقها المتبرع وفقا للشروط المحددة بموجب مرسوم، وبعد حصول الطبيب على رضا المتبرع، ويتم أخذ الدم بإشرافه وتحت مسؤوليته⁽¹⁾.

- بخصوص مخلفات وبقايا العمليات الجراحية:

تعرف البقايا بأنها « ما يتبقى بعد إجراء إحدى العمليات الجراحية ويمكن استعماله من جديد من أجل عملية جراحية أخرى »، أما مفهوم المخلفات فإن مجالها أضيق « فهي كل ما يسقط من عنصر بعد العملية أو بعد فصله ويكون من الممكن أحيانا الانتفاع به ».

فهذه المنتجات تشمل مخلفات العمليات الجراحية التي تستعمل بسبب إجراء عمل طبي كالدّم المتبقي بعد التحاليل، والخلايا المقتطعة من إجراء تحاليل وكذلك الحبل السري والمشيمة، فالتعامل بهذه المخلفات لا يمكن اعتباره اعتداء على التكامل الجسدي للشخص ويمكن القول أنها دخلت مجال التعامل القانوني حيث تم بيعها لمخابر ومعامل صناعة الأدوية التي استفادت منها في صنع بعض المنتجات الطبية والصيدلانية والتجميلية⁽²⁾.

إلا أن التعامل بهذه المخلفات بعد انفصالها من الجسم ليست تبرعا بل تخلّ أو تنازل، لذلك يحق لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية استعمال هذه النفايات استعمالا يدرّ ربحا بدون موافقة صاحبها أم انه يفترض دائما تنازل صاحبها عنها صراحة أو ضمنا ؟

كل هذه التساؤلات تفرض نفسها في ظل استغلال هذه المخلفات، فقد باتت تجارة المشيمة معروفة في أوروبا حيث توجد شركات في ألمانيا وسويسرا والسويد تشتري المشيمة من مستشفيات الولادة البريطانية تستخرج منها هرمونات تتحول إلى أقراص وتباع بأرباح عالية⁽³⁾.

وهذا ما حدث بالفعل بالنسبة لقضية السيد John MOORE عندما اكتشف أن هذا المريض يحتوي على خلايا فريدة من نوعها، تسمح بعلاج بعض الأمراض المزمنة كالسرطان،

1 - المادة 1221-3 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

2 - أحمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص 61.

3 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، مرجع سابق، ص 78. انظر كذلك: LAHALLE Thibault, op.cit, p 425.

مما أدى إلى استغلال الأطباء لهذه العناصر، وذلك بإعادة تصنيفها وطرحها في الأسواق في شكل منتجات دوائية فريدة من نوعها وذات مفعول قوي في القضاء على مثل تلك الأمراض المزمنة، فأبرموا عقد مع معاهد الجينات البشرية ثم عقد مع شركة دعاية والتي تتولى عملية الانتشار والتوزيع.

مما أدى إلى استغلال المريض، إذ لم يعد الباعث هو شفاء المريض أو تخفيف من آلامه، بل استخلاص أكبر قدر ممكن من عناصره لإدخالها في عمليات تجارب وصناعة لتدر أرباحا طائلة، أو توجه بعضها لأغراض علمية.

فقد تم ابتزاز المريض وتم تصنيع تسعة أنواع من المستحضرات الدوائية الهامة، كما استغل الأطباء الدم ثم النخاع العظمي والنخاع العظمي والبشرة والخلايا والحيوانات المنوية أي كل ما ينتجه الجسم ويمكن تعويضه بعد ذلك بشكل طبيعي⁽¹⁾.

في جميع الأحوال، مثل هذه القضية تنبئ عن إمكانية استغلال جسد الإنسان ومشتقاته ونفاياته ما تطلب الأمر تنظيم هذه العمليات، ووضع حدود لها من قبل التشريعات المقارنة خاصة التشريع الفرنسي الذي نظم كيفية الحصول على بقايا مخلفات العمليات الجراحية سواء كانت أعضاء، أو أنسجة بقواعد وضوابط، أهمها: ضرورة الحصول على موافقة الشخص باستخدام هذه المخلفات في الأبحاث أو التجارب العلمية أو في عمليات نقل الأعضاء بعد تبصيره بهدف العملية ونتائجها، وهذا ما نصت عليه كل من المادة 1235-2⁽²⁾ والمادة 1245-2⁽³⁾ من تقنين الصحة العامة الفرنسي.

1 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، مرجع سابق، ص 79.

2 - Article L1235-2 du code de la santé publique dispose : « *les organes prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques ou scientifiques sauf opposition exprimée par elle après qu'elle a été informée de l'objet de cette utilisation...* »

3 - Article L1245-2 du code de la santé publique dispose : « *les tissus, les cellules et les produits du corps humain, prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée, à l'exception des cellules du sang ainsi que des cellules du cordon et de placenta, peuvent être utilisées à des fins thérapeutiques ou scientifiques sauf opposition exprimée par elle après qu'elle a été informée de l'objet de cette utilisation* » .

2 - الموقف القانوني للولايات المتحدة الأمريكية من مبدأ المجانية:

رغم أن هناك أفكاراً في شمال أمريكا تدعم تجارة الأعضاء بحجة أن كل المعنيين في عملية نقل وزرع الأعضاء يستفيدون منها، فالمتبرع يستفيد بمقابل مالي يساعده على تحسين معيشته والمستقبل يستفيد من الشفاء والدولة تستفيد باعتبار أنها لن تصرف الأموال خاصة فيما يتعلق بتصفية الكلية مثلاً، أي أنها تقتصد المصاريف وتتفقه في أمور أخرى، إلا أن أغلب المجتمع الأمريكي يرفض تجارة الأعضاء لأنها تمس بكرامة الإنسان⁽¹⁾.

لهذا أقر قانون الصحة العامة الأمريكي في المادة 301 منه والمعدلة بمقتضى القانون القومي لزراعة الأعضاء لسنة 1984 نصوصاً تنظم الأحكام الخاصة ببيع الأعضاء والحصول عليها، وقد عرفت المقابل المادي الذي يقدر مع وجوده في التصرف بالعضو عملاً غير مشروع، فقد جاء في الفقرة (a) من المادة 301 من قانون الصحة العامة: « أنه لا يجوز شراء الأعضاء أو الحصول عليها عمداً بمقابل مادي ذا قيمة مرتفعة متى كان ذلك بقصد استخدامها في عمليات الزرع ومتى كان من شأن ذلك التأثير على النشاطات التجارية فيما بين الولايات ».

كما بينت الفقرة (c) ما يعد مقابلاً مادياً مرتفع القيمة، حيث نصت على أنه لا يشمل مصطلح القيمة المرتفعة دفع كافة تكاليف عملية نقل العضو وزرعه، وكذلك لا يندرج تحت هذا الاصطلاح دفع النفقات التي أنفقها المانح كنفقات التنقل والإقامة أو ما يلحقه من خسائر نتيجة تبرعه بأحد أعضائه⁽²⁾.

فالملاحظ من خلال هذا النص أنه إذا كان المقابل الذي يدفع للحصول على العضو منخفض القيمة فإنه لا يمكن الحديث عن جريمة الاتجار بالأعضاء، أو الخرق لمبدأ المجانية؛ كما أنه لم يضع حداً للقيمة المرتفعة للقول بمشروعية المقابل، فقد انفرد المشرع الأمريكي دون غيره على ضرورة أن يكون دفع المقابل في مجال بيع الأعضاء عمدياً حتى يمكن مساءلة الشخص جنائياً وذلك وفقاً للفقرة (a) .

من جهة أخرى، لم ينص على عدم جواز تلقي الأطباء لأجر مقابل قيامهم بإجراء العملية،

1 - Voir : L'agence de la biomédecine, op.cit, p 20 ; ABASSI Mahmoud, op.cit, p 39.

2 - عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص ص 123 - 124.

ولم يفرد نصوصاً تدين الإعلانات ذات الصبغة التجارية ولا أثر للحديث عن أعمال الوساطة والسمسة التي تتضمنها عادة نشاطات الاتجار بالأعضاء، مما يتضح أن الاتجار بالأعضاء لا يبدو مؤثماً بالجملة وفقاً للمشرع الأمريكي وإن كان في حدود ضيقة⁽¹⁾.

3 - موقف التشريع الإنجليزي:

نص المشرع الإنجليزي في المادة الأولى فقرة 1 من القانون الصادر في 1989 والمتعلق بزرع الأعضاء: « على أن تلقي أو دفع مبلغ مالي مقابل تحصيل عضو بشري أو السعي إلى ذلك سواء كان ذلك من شخص حي أو ميت وبأي شكل من الأشكال يعد مرتكباً لجنحة ».

كما منع كافة أشكال الوساطة في عمليات بيع وشراء الأعضاء، وحظر الإعلانات التجارية المنظمة بغرض الأعضاء؛ وذلك في المادة الثانية من القسم الأول من القانون نفسه، وبين المقصود بالمقابل المادي الذي تقع به جريمة الاتجار بالأعضاء وفقاً لأحكام المادة 3 من القسم الأول من الفقرة a-b حيث نصت على أن: « المقابل المادي كما قد يكون بالدفع نقداً يمكن أن يكون بأي قيمة مالية أخرى ولا يشمل المقابل المادي تكاليف عملية نقل العضو بكافة مشتملاتها وكذلك لا يعد من قبيل المقابل المادي المحظور التعويض كما لحق المانح من خسارة وما فاتته من كسب طالما كان ذلك ناجماً عن عملية الاستئصال »⁽²⁾.

وبخصوص نقل الدم فالتشريع الإنجليزي لا يمنع تقديم مقابل بالنسبة للمتبرعين بالدم⁽³⁾.

يتضح من خلال هذه المواد، أن المشرع الإنجليزي وضع أولاً عقوبات أقل شدة بالمقارنة مع التشريع الفرنسي التي من المفروض أن تكون أكثر شدة وتتلاءم مع خطورة العمليات.

وبما أن المشرع الإنجليزي نص على إمكانية تقديم تعويض على ما فات من كسب وما لحق المانح من خسارة، فهذا يجعل من غير المتصور خلو عمليات نقل الأعضاء من مقابل مادي، إذ

1 - عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص 125؛ بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 163-164.

2 - انظر كل من: مهندس صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 166؛ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 321؛ أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 224؛ عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص 149 - 151.

3 - ABASSI Mahmoud, op.cit, p 39.

أن كل العمليات ومهما تضاعل حجم العضو ووظيفته ترتب عن ذلك آثار سلبية ويمكن أن تسبب للمناح حتما تفويت الكسب، مما يعني أن التنازل عن الأعضاء مجانا من الأمور الصعبة مع وجود مثل هذا النص.

4 - موقف التشريع الإيراني:

يعتبر النظام القانوني الإيراني، من الأنظمة التي تتيح بيع وشراء الأعضاء البشرية بالإضافة إلى النظام في الفلبين وكولومبيا وبوليفيا⁽¹⁾، فهي مسألة أقرها القانون ولا تدخل في نطاق التجريم، لكنها تتم تحت إشراف الجمعية الخيرية لدعم مرضى الكلى والمؤسسة الخيرية للأمراض الخاصة اللتان تسيطران على تجارة الأعضاء بدعم من الحكومة.

أما المقابل المدفوع فيختلف من حيث نوع العضو وأهميته وتدفع الأموال من أموال الحكومة بالإضافة إلى بعض المزايا المقدمة من المرضى للمتبرعين مثل؛ توفير وظائف آمنة لهم أو مبلغ إضافي من المال⁽²⁾.

إذ تعتبر إيران من الدول الوحيدة في العالم التي تقيم رسمياً المتبرعين بالكلية، وهذا لأنها لا تأخذ فقط بالتبرع بين الأقارب، بل يمكن الحصول على الأعضاء من الغير⁽³⁾، لذلك اعتمدت مؤسسة أمراض الكلى في طهران على وضع شروط تسمح بوضع روابط بين المرضى والمتبرعين.

فالمتبرع يكون مؤمناً من طرف الدولة التي تخصص له مبلغ مالي محدد، إضافة إلى تغطية طبية لمدة سنة، والمستفيد كذلك عليه أن يقدم للمتبرع مكافأة على شكل هدية أو مبلغ مالي تعبيراً على امتنانه، أما الأجانب فلا يخضعون لمثل هذه الإجراءات ولا يسمح لهم بالتبرع تقادياً لظهور سياحة الأعضاء⁽⁴⁾.

1 - Agence de la biomédecine, op.cit, p19.

2 - عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص 162؛ بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 160.

3 - Avis consultatif N° 7/1558 daté du 24 Septembre 1997 dispose que : « *Comme les organes de corps ne sont pas des biens, il ne seront pas vendables mais un individu peut en faire don à une autre personne et, en échange recevoir des biens* ». Cité par : ABASSI Mahmoud, op.cit, p 11.

4 - Voir : L'Agence de la biomédecine, op cit, p19 ; MANZER France Marie, GRAND Emmanuelle, op.cit, p 54.

يجب لفت الانتباه، إلى أن إيران ليس لديها نظام قانوني يقر بما يعرف بوفاة جذع المخ أو التبرع من خلال الجثث، فمعظم الأعضاء التي يتم الحصول عليها تكون من الأحياء⁽¹⁾، لذلك فإن تقنين الاتجار بالأعضاء يساعد من الناحية العملية في تخفيض عدد المرضى المتواجدين على قوائم الانتظار، غير أن هذا النظام من ناحية أخرى يعتريه العديد من المخاطر الإنسانية مثل الاتجار غير الشرعي بالأعضاء البشرية وأخطار تدهور الحالة الصحية لبائع العضو بعد النزع⁽²⁾.

ثانيا - موقف التشريعات العربية:

اتفقت غالبية التشريعات العربية على حرمة بيع الأعضاء وعلى أن النقل يجب أن يكون من غير مقابل وبدافع الحب والتضامن والتكافل الاجتماعي⁽³⁾.

فقد نصت المادة الأولى فقرة الرابعة من المرسوم الاشتراكي اللبناني رقم 83/109 على وجوب أن يكون إعطاء الأنسجة أو الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة⁽⁴⁾.

وأوجبت الفقرة ب من المادة الرابعة من القانون الأردني على عدم جواز التبرع بالعضو مقابل بدل مادي أو بقصد الربح⁽⁵⁾.

كما نصت المادة الثانية ب /06 من القانون السوري أنه: « لا يتم تنازل المتبرع عن أحد أعضائه أو جزء منه لقاء بدل مادي أو بغاية الربح وعلى أن يكون له الحق بالعلاج في مشافي الدولة على نفقتها ».

من جهة أخرى، نصت المادة السابعة من القانوني الكويتي أنه لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شرائها بأية وسيلة أو تقاضي أي مقابل مادي عنها ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء عملية استئصالها إذا كان على علم بذلك.

1 - ABASSI Mahmoud, op.cit, p 11.

2 - عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص163.

3 - سمير جاب الله، مرجع سابق، ص135.

4 - بوشي يوسف، مرجع سابق، ص174؛ أحمد الأيوبي، "دراسة نقدية لأحكام القانون اللبناني حول زراعة الأعضاء والأنسجة البشرية في ضوء القوانين العربية والأوروبية"، مجلة المحامون، العدد الأول، نقابة المحامين، طرابلس، 2008، ص03.

5 - محمد حماد الهيتي، مرجع سابق، ص91؛ خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 321 - 322؛ أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 225.

وبخصوص المشرع التونسي، فقد أصدر قانون رقم 22 لسنة 1991 الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، والذي نص على ضرورة أن تكون عمليات أخذ الأعضاء وزراعتها مجانية لا بمقابل مالي، كما يحرم المتاجرة بها، وفي حالة المخالفة يعاقب القانون بالحبس بالإضافة إلى ما قرره من عقوبات مالية⁽¹⁾.

هذا، وقد أصدر قانونا آخر لسنة 1993 يقضي بإدماج عبارة متبرع في بطاقة الهوية الوطنية لكل شخص تونسي يرغب في التبرع بأعضائه بعد الوفاة⁽²⁾.

أما بخصوص الوضع في التشريع المغربي⁽³⁾، فقد أصدر المشرع القانون رقم 16 لسنة 1998 بشأن التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية والذي تم تعديله بموجب القانون رقم 26 لسنة 2005، والذي نص في مادته الخامسة على أن التبرع بالأعضاء البشرية أو الإيضاء بها يكون مجانا ولا يمكن بأي حال أن يؤدي عنه أجر، أو أن يكون محلا لمعاملة تجارية ولا تعوض سوى المصاريف المتعلقة بالعمليات⁽⁴⁾.

أما عن الوضع بالنسبة للتشريع المصري، فقد أكد على مبدأ المجانية في نص المادة السادسة من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، حيث نصت على أنه: «يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على

1 - نصت كذلك على انتفاء المقابل المادي في عمليات نقل وزرع الأعضاء كل من التشريع القطري رقم 21 لسنة 1997 والإماراتي رقم 15 لسنة 1993 والخاصة بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء. انظر كل من: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 167؛ عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص 185.

2 - المنظمة بالقانون رقم 18 لسنة 1999 المؤرخ في أول مارس 1999 يتعلق بتنقيح وإتمام القانون 127 لسنة 1993 المؤرخ في 22 مارس 1993 والمتعلق ببطاقة التعريف الوطنية. ومن أجل تكريس هذه الممارسة نجد مجموعة من الإجراءات منها مجانية الحصول على بطاقة التعريف التي تحتوي على إمضاء الشخص الراغب في التبرع بعد الوفاة. نقلا عن: أكرور ميريام، التجربة التونسية في نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة، "نقل وزرع الأعضاء بين الشرع والقانون"، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بخميس مليانة، أيام 20، 21، 22 أبريل 2009، ص 05.

3 - بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 164.

4 - عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص 187.

زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي أو نويه بسبب النقل أو بمناسبته، كما يحظر على الطبيب المختص في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين.»

كما نصت المادة الرابعة من القانون نفسه، على عدم جواز نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع سواء أكان ذلك بين الأقارب من المصريين وفقا للأصل العام، أو كان بين غير الأقارب في الحالة التي يجوز فيها ذلك⁽¹⁾.

وبخصوص الدم، فنجد أن القانون المصري رقم 178 لسنة 1960 والخاص بتنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته قد أعطى لوزير الصحة سلطة وضع قواعد تحدد طرق مكافآت المتطوعين بالدم وأثمان الدم ومركباته ومشتقاته⁽²⁾.

وتتفيذا لهذا القانون صدر قرار من وزير الصحة نصت المادة 5 منه على إجراءات جمع وتخزين الدم ومركباته ومشتقاته وتحديد الجهة التي تقوم بفحص المتطوعين والتعليمات الواجبة إتباعها في نقل الدم والشروط التي يجب أن تتوفر في المتطوعين وثمان الدم ومركباته ومشتقاته⁽³⁾.

وتعتمد بنوك الدم في مصر على مصدرين للحصول عليه أولهما عن طريق التبرع المجاني والثاني عن طريق الشراء بمقابل رمزي، كما تقوم هذه البنوك ببيع الدم إلى الجمهور، مما يتضح أن التصرف بالدم يكون بمقابل.

1 - بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص85.

2 - إفتكار ميهوب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص153.

3 - تحدد مكافئات المتطوعين وأثمان الدم ومركباته كما يلي: تنقسم أنواع التطوع بالدم بالنسبة للمكافآت إلى:

1- تطوع مجاني كامل (شرف) تصرف له شارة حدد نوعها وقيمتها تبعا لعدد مرات التطوع.

2- تطوع مجاني مع هدية قيمتها في حدود 50 قرشا.

3- تطوع نظير مكافأة مالية قدرها 150 قرشا لكمية دم 400 سم³ على أن يعطي المتطوع بعد إعطائه الدم وجبة

خفيفة. نقلا عن: عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص135؛ إفتكار ميهوب ديوان مخلافي، مرجع سابق،

ص153، هامش رقم 4.

فقد ذهب معظم فقهاء القانون في مصر⁽¹⁾ إلى أن المشرع المصري يجيز بيع الدم بمقتضى القانون رقم 178 لسنة 1960 والقرار الوزاري رقم 150 لسنة 1961، فتحديد المقابل لكميات الدم المأخوذة يدل على قبول المشرع بفكرة أن يكون الدم محلاً لعقد البيع ولا يقدر في ذلك ضالة المقابل، لأن المقابل من الناحية القانونية هو مقابل حقيقي مهما كان قليلاً.

كما أن مراكز الدم تقوم ببيع الدم إلى الجمهور حتى ولو كانت قد حصلت عليه عن طريق التبرع وتخرج أسعار الدماء في كثير من الأحيان عن القدرة المالية للمريض، فمراكز الدم تشتري الدم لتبيعه وعملها هذا لا يخضع لمجرد عقد البيع في القانون المدني بل يدخل ضمن الأعمال التجارية⁽²⁾.

بينما ذهب بعض شراح القانون إلى عكس ذلك، حيث يرون أن المشرع المصري إنما يتحدث عن التبرع بالدم وأنه لم يتعرض للثمن أو البيع وأن ما يبذل أو يقدم للمعطي، إنما هو مجرد تعويض لا يعبر عن الثمن الحقيقي للدم المستأصل، ولكن هو مقابل أشياء أخرى تتمثل في مقابل الوقت الذي ضاع منه أثناء العملية وتناقص قوته الجسدية والتعويض عن الضرر الأدبي⁽³⁾.

كما أن وجود مقابل رمزي أو مكافأة تشجيعية لا يؤثر ولا يلغي الصفة الأساسية للعقد المجاني والذي يقوم أساساً على نية التبرع، وذلك قياساً على الهبة بعوض وهو ما نصت عليه المادة 486 من القانون المدني المصري على أنه: «يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين».

ومن جانبنا نساند الرأي الأول، والذي يقضي بأن المقابل المدفوع لقاء التبرع بالدم يعد بيعاً للدم مهما كان الثمن ضئيلاً.

-
- 1 - من بينهم: حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 140؛ حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، مرجع سابق، ص 135؛ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص 59؛ عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 136.
 - 2 - إفتكار ميهوب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص 137.
 - 3 - عمر أبو الفتوح الحماوي، مرجع سابق، ص 203؛ إفتكار ميهوب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص 155.

ثالثا - موقف المشرع الجزائري من مبدأ المجانية:

تناول المشرع الجزائري مبدأ المجانية في مجال نقل وزرع الأعضاء في المادة 161 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص: « لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملات مالية »، فقد استبعد المشرع الجزائري من خلال هذه المادة المقابل المالي بخصوص عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

استبعد المقابل المالي كذلك، في مجال التبرع بالدم في نص المادة 158 فقرة أخيرة من قانون الصحة العامة وترقيتها والتي تنص: « يمنع القيام بجمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز ولأغراض استغلالية »، كما نصت في المادة 263 على تجريم التعامل والاتجار بالدم وهذا بنصها على أن: « يعاقب كل من يتاجر بالدم البشري أو مصله أو مشتقاته قصد الربح بغرامة مالية تتراوح بين 500 و 1000 دج وبالحبس من ستة أشهر إلى سنتين ». وتدعيما لمبدأ المجانية أكد المشرع الجزائري على وجوب استقلالية الطاقم الطبي، إذ نص أن الطبيب الذي يتحقق من الوفاة لا يحق له المشاركة في عملية الاستئصال والزرع، وهذا ما نصت عليه المادة 165 فقرة أخيرة « ولا يمكن، الطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع ».

كما جرم انتزاع الأنسجة أو الخلايا مقابل منفعة مادية، وفقا لما نصت عليه المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 28 من قانون رقم 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

وأقر المشرع بخصوص إجراء التجارب الطبية، مبدأ التنازل بدون مقابل في القرار الوزاري رقم 387 المؤرخ في 31 جويلية 2006 المتعلق بالتجارب الطبية، وذلك في المادة 16⁽¹⁾ التي ورد فيها عدم منح أي مقابل مالي بشكل مباشر أو غير مباشر لكل من يقبل الخضوع للتجارب، إلا فيما يخص تعويض المصاريف التي تحملها الشخص الخاضع للتجربة.

كما نصّ القرار الوزاري رقم 200 لـ 25 جويلية 2009، والمتعلق بإرساء قواعد الممارسة السريرية الحسنة، في الفصل الأول منه والمتعلق بحماية الأشخاص الخاضعين للتجارب واستشارة

1 - Article 16 dispose que : « L'essai clinique ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais engagés par la personne qui se prête à l'essai clinique ».

لجان الأخلاقيات، في الفقرة 1.14 على عدم إمكانية حصول الخاضع للتجربة على أي مقابل مادي مباشر⁽¹⁾.

غير أنّ الملاحظ بالنسبة لعمليات زرع الأعضاء أن المشرع لم يضع نصوص قانونية تدعم مبدأ المجانية المنصوص عليه في نص المادة 161، إذ لم ينص على قواعد تمنع الدعاية الشخصية والإشهار بخصوص عمليات زرع الأعضاء لصالح شخص محدد أو منظمة أو مؤسسة معينة، أسوة بالمشرع الفرنسي والذي منع الإعلان والدعاية بخصوص التبرع بالأعضاء لأشخاص محددين أو مؤسسات أو مراكز محددة.

كما، لم ينص على أي تعويض يمنح للمتنازل عما أصابه من ضرر وما أصاب قوته الجسدية من ضعف، ولا حتى تغطية مصاريف الانتقال والإقامة في المستشفى باستثناء تعويض الخاضع للتجربة فيما يخص المصاريف التي تحملها من جراء هذه التجارب، وذلك في المادة 16 من القرار الوزاري رقم 387 المؤرخ في 31 جويلية 2006.

وبالتالي فالمشرع الجزائري بخصوص عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ذهب إلى عكس ما هو سائد بالنسبة للتشريعات المقارنة سواء العربية كالتشريع التونسي والمغربي⁽²⁾، أو الغربية كالتشريع السويسري، الإيطالي و الفرنسي⁽³⁾، وعكس ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في مجمع الفقه الإسلامي المنعقد لسنة 1989 والتي تنص على تعويض المانح عما أصابه من ضرر.

لكن، رغم نصّ التشريعات على وجوب دفع التعويض للمتبرع إلا أنّ هناك اختلاف في كيفية تحديده، ففي إيطاليا مثلاً لا تعدّ مصاريف النقل محلاً للتعويض، أما الدول الإسكندنافية، فتعتبر أنّ مصاريف النقل وكلّ المصاريف غير المباشرة مغطاة ومحلّ تعويض⁽⁴⁾.

1 - « *Un consentement écrit et signé doit toujours être obtenu de la personne elle-même dans un essai sans finalité thérapeutique, à savoir lorsque l'intéressé ne peut en retirer aucun bénéfice clinique direct* ».

2 - المادة 12 من القانون المغربي والفصل التاسع من القانون التونسي.

3 - Article L1211-4 du code de la santé publique dispose : «... *Les frais afférents au prélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte* ».

4 - L'Agence de la biomédecine, op.cit, p 18.

بينما التشريع السويسري، فقد أتى حاسماً عندما نص على تعويض الواهب عن الربح الغائب أو الخسارة الواقعة به من جراء عملية الاستئصال، ولا يعد ذلك خرقاً لمبدأ المجانية وهذا حسب ما جاء في نص المادة 06⁽¹⁾ من القانون الفيدرالي لاستئصال الأعضاء والأنسجة والخلايا.

أما كندا، فإن المساعدات المالية المقدمة للمتبرع تختلف حسب الولايات، ففي ولاية Ontario مثلاً تلزم كل المؤسسات وصاحب العمل لإعطاء عطلّة لكل عامل متبرع⁽²⁾.

لذلك، على المشرع الجزائري أن يتدخل ويعالج هذه المسألة ويبين موقفه فيما إذا كان تعويض المانح أو المتبرع عن الخسارة الواقعة يتعارض مع مبدأ المجانية، أم يحقق قواعد العدالة.

ومن الأحسن النص على وجوب تعويض المتبرع المتضرر من تلك العمليات ذلك لأن التعويض ليس مقابل للعضو، بل هو التزام إداري تلتزم به الدولة في حالة وجود ضرر للمتبرع.

كما يُفضل، أن يكون للمتبرع بطاقة تأمين مدى الحياة لمواجهة ما قد يتعرض له من مخاطر أو أضرار صحية بعد إجراء عملية الاستئصال، فهذه الإجراءات تساعد على تشجيع الأشخاص والمواطنين للتبرع بأعضائهم، وبالتالي يساعد في ارتفاع عدد الأعضاء المطلوبة للزرع وإنقاذ المرضى من الموت المحقق.

الفرع الثاني

تكريس مبدأ المجانية في إطار المواثيق الدولية والإقليمية

عقدت العديد من المؤتمرات والمنتديات التي نادى جميعها بضرورة محاربة الاتجار بالأعضاء البشرية وأن يكون التبرع بالأعضاء مجانياً وبدون مقابل ومن ذلك نذكر الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي والمسماة باتفاقية أفيديو Oviedo، والتي عملت على التأكيد

1 - Article 06 de la loi fédérale sur la transplantation d'organes de tissus et de cellules dispose : « **ne sont considérés comme un avantage pécuniaire ou un autre avantage d'indemnisation du donneur : a- pour la perte de gain et les couts directs qui lui sont occasionnés. b-pour les dommages subis du fait du prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules** ».

نقلا عن الأيوبي أحمد، مرجع سابق، ص 04.

2 - Voir : L'Agence de la biomédecine, op.cit, p19 ; 4 ص 4 - الأيوبي أحمد، مرجع سابق، ص 4

على حق الإنسان في الصحة وعلى أن مصلحة الإنسان ومنفعته تأتي في المقام الأول على مصلحة المجتمع والعلم.

كما نصت المادة 21⁽¹⁾ من الاتفاقية على منع الریح واستخدام جزء من جسم الإنسان، وأوجبت على دول الأعضاء رصد عقوبات ملائمة في تشريعاتها العقابية في حالة مخالفة هذا النص وذلك حسبما جاء في نص المادة 25 من الاتفاقية⁽²⁾.

فأهم ما ورد في البروتوكول الإضافي لسنة 2002 الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والطب الحيوي لسنة 1997، تتم عمليات زراعة الأعضاء البشرية في ضوء احترام حقوق وحرّيات المتبرعين والمرضى، منع الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية ومنع وجود أي مكسب مادي إضافي في عمليات التبرع، لكن لا يعتبر من قبيل الكسب المالي المصروفات والخدمات الطبية الشرعية وكذلك تعويض المتبرع في حالة حدوث ضرر له⁽³⁾.

ويظهر بالرجوع إلى الاتفاقية الأوروبية لـ 15 فيفري 1958 والمتعلقة بتبادل المنتجات العلاجية ذات المصدر البشري منعها للاتجار بالدم، باستثناء تعويض مصاريف الحفظ والتخزين والنقل لهذه المنتجات⁽⁴⁾.

كما ورد في توصيات مؤتمر بيروجيا لعام 1969 أن هبة الأعضاء سواء من الحي أو نقلها من الأموات يجب أن تكون بدافع إنساني وبصورة مجانية لا بدافع الطمع والريح.

ويلاحظ في مجال الطب البيولوجي وجود قاعدة عدم جواز التعامل المالي تطبيقاً لها، فقد نصّت المادة الرابعة من الإعلان العالمي للجينات البشرية على أنّ مجموعة الجين البشري في

1 - « Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit ».

2 - وهناك سببين لهذا المنع، الأول هو أن التجارة عمل غير أخلاقي إذا تعلق الأمر بجسم الإنسان. والثاني حول تكريس فكرة التضامن من أجل مصلحة الغير، والتي هي من طبيعة الكائن البشري، فالاتفاقية تقر حسب هذه المادة أن الشخص هو السيد على جسده. انظر: VALDES Clementé, op.cit, p51.

انظر كذلك: عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص ص 397-398؛ وفواز صالح، المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، مرجع سابق، ص 214.

3 - عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص ص 398 - 399؛ أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 221.

4 - DOLL Paul Julien, op.cit, p 64.

حاله الطبيعية لا تخول أية مكاسب مالية⁽¹⁾.

هذا، وقد جاء في توصيات مؤتمر فيينا الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات 1989، فيما يتعلق بنقل وزراعة الأعضاء ضرورة العمل ضد الاتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية ومنع أي استغلال لحاجة أو ابتزاز المعطي أو أقربائه⁽²⁾.

أما تقرير منظمة الصحة العالمية لسنة 2009 فقد احتوت فقرته الرابعة على ما يفيد إدانتها لظاهرتي سياحة زرع الأعضاء والاتجار بالأعضاء البشرية⁽³⁾.

إضافة إلى نصّ التقرير الصادر من الجمعية الأوروبية للزراعات الغشائية والجمعية الأوروبية لزراعة الكلى، المنعقدة في أول جويلية 1986 في بودابست، في فقرته الأولى تحت عنوان الإجراءات الوقائية للمتبرعين بالكلى من الأحياء.

على أنه من غير المقبول ومن المنافي لأخلاقيات ومبادئ مهنة الطب القيام بتشجيع الأشخاص على التبرع بالأعضاء عن طريق الضغط عليهم وإغرائهم بالوسائل المادية، كما جاء في الفقرة الرابعة من هذا التقرير، على أنه يجب على الأطباء وكافة المشاركين في إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء، أن يتأكدوا من عدم وجود مقابل مادي لقاء قيام المانح بالموافقة على نقل عضو من جسمه، فلا يجوز لهؤلاء وكافة المساهمين في العملية المشاركة في إجراء هذه العمليات طالما كانت تتطوي على بواعث مادية.

وأخيراً، نصت الفقرة الثانية من التقرير ذاته على أن الاستغلال المادي للمتبرعين بأي شكل لا ينسجم بل ويتعارض مع عضوية الجمعية الأوروبية لزراعات الكلى⁽⁴⁾.

أما على المستوى العربي: فنجد الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية نصت في المادة 69 على أنه لا يجوز أن يكون الجسد البشري وأجزاؤه محلاً لمعاملات تجارية ويحظر

1 - محمد لطفي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 366.

2 - عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص 200.

3 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 226.

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص ص 156-157؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 227.

الاتجار في الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو الجينات البشرية، كما يحظر الإعلان عن الحاجة إلى أعضاء أو عن توافرها لقاء ثمن يدفع أو يطلب⁽¹⁾.

كما تناولت الندوة الخاصة بالأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، والتي خلصت في توصياتها ضرورة مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، وأنه يجب أن يكون من ضمن المبادئ الأساسية التي تحكم عمليات نقل وزراعة الأعضاء مبدأ المجانية وعدم وجود مقابل لقاء التبرع، لكنها نصت على ضرورة أن يؤدي المتبرع له للمتبرع تكاليف عملية النقل، كما تلتزم الدولة بتوفير النفقات اللازمة لعلاج المتبرع من جميع المضاعفات الناجمة عن عملية النقل، وتقرير تعويض عما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب⁽²⁾.

وعلى المستوى العربي، فقد تضمن مشروع القانون العربي الموحد لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية المقترح من اللجنة الفنية في مجلس وزراء الصحة العرب مبدأ المجانية، بجلستها المنعقدة سنة 1986؛ ومن ضمن المواد الواردة في هذا المشروع المادة الثامنة والتي أكدت على ضرورة أن يكون التبرع بالأعضاء حال الحياة أو الإيصاء بالتبرع بالأعضاء بعد الوفاة مجاناً⁽³⁾.

وبالرجوع كذلك إلى مشروع القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع مكافحة الاتجار فيها⁽⁴⁾، يظهر نصّ المادة 8 على أنه « يتم التبرع بالعضو البشري أو بالنسيج والإيصاء به دون مقابل ».

كما نصّت المادة التاسعة على أنه: « يحظر بيع العضو البشري أو النسيج أو شراؤه أو الاتجار به بأي وسيلة كانت ويحظر على الطبيب إجراء عملية استئصال العضو وزرعه عند علمه

1 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 288.

2 - عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص 407.

3 - انظر كل من: عمر أبو الفتوح الحمامي، مرجع سابق، ص 421؛ عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 228؛ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 157.

4 - قرر مجلس وزراء العدل العرب اعتماد مشروع القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع مكافحة الاتجار فيها، ق 791 - 25 - 2009/11/19.

بذلك». كما أورد عقوبات جزائية في حالة استغلال ضعف الشخص أو إجراء هذه العملية في مؤسسات غير مرخص لها وبدون موافقة الشخص المتبرع.

يتبين من خلال دراسة موقف التشريعات سواء الدولية أو الوطنية وموقف الفقه والشرعية الإسلامية من مبدأ المجانية، أنه ثمة ازدواجية في وجهة نظر والتي مرجعها خصوصية هذا الموضوع ودوره الفعال في إنقاذ صحة الأفراد، فمن جهة نجد هناك إجماع على رفض الاتجار بالأعضاء ورفض بيعها ووجود أي مقابل مادي.

ومن جهة أخرى، نجد عبارات تعويض المانح معنويا وماديا عما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب، فكان من الأحسن النص على التعويض، لكن على أن تلتزم به الدولة و ليس المتلقي وأسرته، على اعتباره نوعا من التكافل الاجتماعي لا علاقة له بفكرة التعويض في القانون المدني بل التزام إداري تلتزم به الدولة فقط لتتفادى الخروج عن مبدأ المجانية والوقوع في التناقض بخصوص تطبيق المبدأ.

المبحث الثاني

الحماية القانونية لمبدأ مجانية التعامل

لضمان تطبيق مبدأ مجانية التعامل بالأعضاء البشرية، وتأصيل هذا المبدأ تأصيلاً يتفق مع ضرورة خروجه من نظرية العقد والتصرفات القانونية المالية، والاعتراف باستقلالية التعامل في جسم الإنسان، ولتحقيق نزاهة التعامل القانوني بالأعضاء، والابتعاد تماماً من نطاق المتاجرة بالأعضاء وعناصره ومنتجاته، لا بد من توفير الشروط القانونية اللازمة لتفعيل وتدعيم هذا المبدأ (المطلب الأول)، إضافة إلى وضع نصوص قانونية تجرم الخروج عن مبدأ المجانية من خلال وضع نصوص قانونية وطنية ودولية تعمل على مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية سواء في مجال عملية نقل الأعضاء أو التجارب الطبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إرساء قواعد ضامنة لمجانية التعامل

الخوف من تحول عمليات زرع الأعضاء أو التجارب الطبية إلى تجارة يمتنها البعض دفع بغالبية التشريعات إلى تبني قواعد تضمن نزاهة التبرع، وهذا من أجل تفادي استغلال الأعضاء البشرية، ولتفادي بقاء مبدأ عدم المالية مجرد فكرة لا فائدة منها، ومن بينها اشتراط وجوب تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية (الفرع الأول)، ضرورة أن يكون التعامل بالأعضاء غير مخالف للنظام العام والآداب العامة (الفرع الثاني)، إشراف المؤسسات الصحية العمومية على كل تعامل بالأعضاء البشرية (الفرع الثالث)، السرية أثناء التعامل بالأعضاء (الفرع الرابع).

الفرع الأول

ضرورة أن يكون التعامل لهدف علاجي إنساني

يعد شرط المصلحة العلاجية من عموميات العمل الطبي بوجه عام، إذ ينعقد الإجماع على وجوب توافره في كافة الممارسات الطبية، ولما كانت المصلحة العلاجية تتوافر في مجال نقل الأعضاء من جانب المستفيد فقط وليس المتبرع، يبدو أن إيراد هذا الشرط إنما قصد به تجنب عملية التبرع بالأعضاء دون مقابل أي الدخول في دائرة الاتجار، وبهذا يعتبر شرطاً من

شروط تفعيل مبدأ المجانية⁽¹⁾.

فتنازل المعطي وإن كان ليس له مقابل نقدي إلا أن له مقابلاً معنوياً يتمثل في شعوره بالسعادة والرضا لإنقاذ حياة مريض على وشك الموت، حيث قال أحد رواد الفقه الفرنسي الأستاذ SAVATIER: « جسد الإنسان ليس محلاً للتجارة ولا محلاً للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، و لما كان الحب أسمى هذه القيم فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال »⁽²⁾.

وعليه، فلدعم مبدأ المجانية يجب أن يكون الهدف والغاية من التعامل بالأعضاء من أجل تحقيق مصلحة علاجية للغير من خلال علاجه وشفائه والتخفيف من آلامه⁽³⁾، دون أن يكون الهدف من ذلك تحقيق أي نفع مادي، كما يدخل في مفهوم المصلحة العلاجية الجديرة بالرعاية تحقيق مصلحة إنسانية، التي تبرز في إخضاع الشخص نفسه لتجربة علمية مساهمة منه في تطور العلم⁽⁴⁾.

فالتبرع بالأعضاء البشرية أو إجراء التجارب الطبية، هو نوع من أنواع التضامن الاجتماعي لا يكون الهدف منه الحصول على التعويض أو المقابل المالي، إذ، أن الفائدة الحقيقية التي تعود على المتبرع والمتطوع بإجراء التجربة هي إحساسه بانتمائه للآخرين وتعبير عن مجموعة من القيم النبيلة المجردة من أي نفع مادي، ولتحقيق المصلحة العلاجية لا بد من توافر الشروط التالية:

1 - أن يكون استئصال العضو هو الوسيلة الوحيدة لعلاج المتلقي، فإذا وجدت وسيلة أخرى للعلاج، كالحصول على العضو من جثة ميت، أو من أعضاء صناعية أو وجدت بدائل طبية مناسبة تسمح باستقرار حالة المريض وتخفيف آلامه⁽⁵⁾ فلا تتوافر المصلحة العلاجية ومبرر المساس بسلامة الجسم.

1 - مهند صلاح فتحي العزة، مرجع سابق، ص 117.

2 - سطحي سعاد، نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة فقهية طبية قانونية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 85.

3 - إفتكار ميهوب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص 250.

4 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص 483.

5 - معاشو نبالي فطة، "الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 41، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 27.

2 - يجب ألا يكون العضو المتبرع به ضروريا لحياة المتبرع بمعنى أنه لا يمكن بأي حال إباحة التبرع بعضو وحيد ضروري لاستمرار الحياة، لأن هذا التصرف يتساوى في المعنى مع ما يسمى بالتبرع الانتحاري، لأنه سيؤدي إلى موت المتبرع⁽¹⁾.

3 - يجب أن يكون هناك تناسب بين الأخطار التي تهدد المتبرع بالعضو، والفائدة التي سوف تعود على المستفيد، وتظهر أهمية الموازنة كونها تطبق على شخصين مختلفين فالأول هو المتبرع يتحمل الأخطار والآخر مستفيد من فرصة الشفاء، فإذا كانت الفائدة التي تعود على المستفيد أعلى بقليل من الخطر الذي سوف يصب المتبرع بالعضو فإن شرط المصلحة العلاجية لا يتوافر بل يجب أن تكون نسبة إنقاذ المستفيد أعلى بكثير من الأخطار التي يتعرض لها المتبرع⁽²⁾.

ومن ثم، لا يجوز التبرع بالأعضاء التي نتوقف عليها الحياة كالقلب أو تلك التي يؤدي استئصالها إلى تعطيل وظيفة أساسية في حياته كاستئصال أحد العينين⁽³⁾. وهذا ما ركز عليه المشرع الجزائري في نص المادة 162 والمادة 160-01. كما يجب أن يكون الخطر الذي يهدد الشخص الذي يراد غرس العضو له حالا، وعليه، لا يجوز التبرع بالأعضاء إذا كان الغرض منها إنشاء بنوك الأعضاء والاحتفاظ بها لمن هو بحاجة إليها، لأن الأصل حرمة المساس بسلامة الجسم وخروجه عن دائرة التعامل⁽⁴⁾.

أما في مجال التجارب الطبية، فإن تقسيم الأخطار والفوائد من أشد المعضلات الأخلاقية والأدبية تعقيدا في مجال الأبحاث على الإنسان، إذ يجب تقييم الفائدة العلمية للتجربة ودراسة كافة الجوانب العلمية والأخلاقية المحيطة بتلك التجربة، كما يجب أن يوضع في الاعتبار احتمال ما ينتج عنها من ضرر للأشخاص الخاضعين لها، لذلك تصبح عملية الموازنة بين الفوائد المتوقعة والأخطار المحتملة لازمة وضرورية لتقييم الأوضاع وتقدير المصلحة الأولى بالرعاية، لذا نجد أن التجربة توصف أنها مشروعة في حال ما إذا ترجحت كفة الفوائد المرجوة على كفة الأخطار المحتملة⁽⁵⁾.

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص499؛ وعبد الرحمن بن جيلالي، مرجع سابق، ص 05.

2 - إفتكار ميهوب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص253.

3 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص492-493؛ محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص161.

4 - إفتكار ميهوب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص254.

5 - انظر كل من: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص483؛ معاشو نبالي فطة، مرجع سابق، ص ص

28-29؛ محمد بن حاج الطاهر، مرجع سابق، ص 08؛ بلقاضي بلقاسم - محمد بن حاج الطاهر، "نقل الأعضاء

البشرية بين إشكالية الاستجابة للضرورة الأخلاقية وتحقيق مصلحة الغير في ضوء التشريع المقارن"، الملتقى الوطني=

انطلاقاً مما سبق، ونظراً لأهمية هذه المصلحة العلاجية في تفعيل مبدأ المجانية نصت معظم التشريعات على ضرورة توافرها كشرط لجواز التبرع بالأعضاء وفي إجراء التجارب الطبية، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها في المادة 166 فقرة 01 والتي تنص: « لا تنزع الأنسجة والأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل وسلامته البدنية... »، وفي المادة 161 فقرة 01 والتي تنص على: « لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ». كما سمح المشرع الجزائري بالتبرع بأعضاء الجثة لهدف علاجي وعلمي استناداً إلى المادة 168 فقرة 02 من القانون نفسه التي تنص على: « ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 02 و 03 من المادة 164 من هذا القانون ».

أما بخصوص التجارب الطبية، فقد أجاز المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها إجراء التجارب الطبية والعلمية على جسم الإنسان، حتى ولو لم يكن وراءها أي هدف علاجي مباشر للشخص الخاضع لها، لكن قيد ذلك بضرورة تحقيق مصلحة إنسانية، ومن أجل تطوير الأبحاث العلمية التي تعود بالفائدة على البشرية، وهذا ما نصت عليه المادة 168 فقرة 03 من قانون الصحة العامة والتي تنص: « تخضع التجارب التي لا يرمي من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات الطبية المنصوص عليه في المادة 168-01 أعلاه ». غير أنه بالرجوع إلى القرار رقم 387 الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات، فقد سمح في المادة 3⁽¹⁾ بإجراء التجارب الطبية التي تحقق فائدة مباشرة للشخص، وبإجراء التجارب الطبية بدون فائدة مباشرة للشخص مما يعني أن المشرع الجزائري سمح بإجراء التجارب العلاجية والعلمية، بشرط أن تحقق فائدة للشخص أو للبشرية جمعاء وتقوم على آخر المعطيات العلمية والطبية والتجارب المخبرية المسبقة، وأن تقيم توازناً بين الفائدة المنتظرة والأضرار المتحققة على أن لا تضر بمصلحة الخاضع لها وهذا ما نصت عليه المادة 9 من القرار نفسه⁽²⁾.

=الثاني، القانون وقضايا الساعة، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرعية"، المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20، 21، 22 أبريل 2009، ص 7.

1 - Article 3 dispose que : « Un essai clinique est dit :

- avec bénéfice individuel direct (BID) lorsque les patients inclus dans l'essai profitent directement d'un éventuel bénéfice thérapeutique pour la prise en charge de leur pathologie.
- Sans bénéfice individuel direct (SBID) lorsque les sujets sains inclus dans l'essai ne tirent aucun bénéfice thérapeutique direct ».

2 - Article 9 dispose que : « Aucun essai clinique ne peut être effectué sur l'être humain :

=

فواضح أن المشرع الجزائري سلك اتجاه يرمي إلى جواز إجراء التجارب العلمية على جسم الإنسان، غير أن ذلك لا يكون إلا بقيود خاصة وهو ضرورة الحصول مسبقا على موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية الذي يتأكد من القيمة العلمية والأخلاقية للتجربة، إضافة إلى موافقة الخاضع للتجربة حسب نص المادة 168-02، والتي تنص: « يخضع التجريب للموافقة الحرة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي ».

كما كرست التشريعات المقارنة المصلحة العلاجية في التعامل بالأعضاء، وهذا ما يظهر في المادة 02 من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010، التي تنص: « لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرع في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة المحددة لمواجهة هذه الضرورة ويكون من شأن النقل تعويض المتبرع لخطر جسيم على حياته ».

وورد في المادة التاسعة من الظهير المغربي رقم 98-16 على أنه: « لا يجوز أخذ عضو بشري من شخص للتبرع به إلا من أجل المصلحة العلاجية للمتبرع له معين إما من أصول المتبرع أو فروعه أو إخوته أو أخواته أو أعمامه أو أخواله أو خالاته أو أبنائهم، كما يمكن أن يكون لفائدة زوج أو زوجة المتبرع شريطة مرور سنة على زواجهم ».

أما بخصوص القانون الفرنسي، فقد نص على عدم السماح بأخذ الأعضاء من شخص على قيد الحياة بغرض التبرع إلا للمنفعة العلاجية المباشرة للمتلقي⁽¹⁾. مما يعني استبعاد كل هدف علمي أو شخصي. وبخصوص التبرع بالأنسجة والخلايا فقد سمح أن يكون ذلك لأغراض علمية وعلاجية، وهو الأمر نفسه بالنسبة للتبرع بأعضاء الجثة التي تكون لأهداف علاجية وعلمية⁽²⁾، وبالنسبة للتبرع بالدم فلا يكون إلا لمصلحة المستقبل وهذا ما نصت عليه المادة 1221-1، أو لاستخدامه في أبحاث علمية.

=- s'il ne se fonde pas sur le dernier état de la recherche clinique, des connaissances scientifiques et sur une expérimentation pré clinique suffisante ;

- si le rapport bénéfice/ risque prévisible n'est pas au profit du sujet inclus à la recherche ».

1 - Article 16-3 du code civil Français dispose : « 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. ».

2 - Voir : ELSOUDE Stéphane, op.cit, p 115 ; MOUSNY Marie Pierre, op.cit, p 83.

كما أجاز إجراء التجارب الطبية سواء على جسم الإنسان أو أعضائه⁽¹⁾، تحقيقاً لهدف علمي أو علاجي شريطة أن تؤسس على المعايير العلمية المعترف بها، منها؛ أن يكون الخطر المتوقع على الأشخاص الخاضعين للأبحاث هو خارج التناسب مع الفائدة المرجوة⁽²⁾، ضرورة إجراء التجربة في أماكن مجهزة بوسائل مادية وتقنية، تكون منسجمة مع مقتضيات أمن الأشخاص وسلامتهم.

الفرع الثاني

عدم تعارض مبدأ المجانية مع النظام العام والآداب العامة

بالنظر إلى مختلف صور التعامل المذكورة في الباب الأول والتي تركز كلها على مبدأ المجانية، فإن هناك بعض التصرفات تعتبر باطلة بطلان مطلق وإن توافر فيها شرط المجانية لتعارضها مع النظام والآداب العامة.

وذلك لكون النظام العام⁽³⁾ يهتم بكل ما يمس جسم الإنسان من تصرفات، وكون الأخلاق الحميدة تعد معياراً لشرعية الاتفاقات القانونية الواردة على جسم الإنسان⁽⁴⁾.

ومن العمليات المخالفة للنظام العام والآداب العامة حتى وإن كانت علاجية وبدون مقابل مادي نجد نقل الأعضاء والأنسجة أو الخلايا التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية في الرجل أو المرأة؛ والعلة من هذا المنع هو عدم اختلاط الأنساب؛ فضلاً عن مخالفته لتعاليم الأديان السماوية والقيم الأخلاقية والآداب العامة، ثم قد تترب عليه الكثير من المشاكل الاجتماعية ومشاكل إثبات النسب التي تهدد الأمن والسلم الاجتماعي⁽⁵⁾.

وقد ورد هذا الحظر في المادة الثانية من القانون المغربي: «... ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب»، كما نص القانون التونسي لسنة 1991 في مادته الخامسة على أنه: «يحظر مطلقاً أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة

1 - راجع المادة 1121-13 من قانون الصحة العام الفرنسي.

2 - وهذا ما نصت عليه المادة 1121-2 من القانون نفسه.

3 - اختلف الفقه القانوني حول تحديد فكرة النظام العام، فمنهم من يعتبره تلك القواعد القانونية التي يقصد منها تحقيق مصلحة عامة تتصل بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الأفراد، ومنهم من يعتبره ذلك التفوق الذي تتميز به بعض القواعد القانونية التي يكون موضوعها حماية المصالح الأساسية والعليا في المجتمع، وبالتالي تفوقها على القواعد الاتفاقية التي يكون مصدرها مصالح الأفراد. انظر: بلقاضي بلقاسم، محمد بن حاج الطاهر، مرجع سابق، ص 04.

4 - بلقاضي بلقاسم، محمد بن حاج الطاهر، المرجع السابق، ص 04.

5 - بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 89.

للصفات الوراثية من الأحياء والأموات قصد زرعها»⁽¹⁾. كما حظر القانون القطري في المادة الثالثة منه نقل الأعضاء التناسلية الحاملة للشفرات الوراثية.

بخصوص المشرع الجزائري، فرغم نصه على أن التعامل بالأمشاج أو و لقاح الآدمية غير جائز خارج إطار العلاقة الزوجية، فالتلقيح الصناعي سواء الداخلي أو الخارجي مسموح بإجرائه فقط في إطار العلاقة الزوجية، وهذا ما ورد في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي نصت بأنه من شروط التلقيح الصناعي أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

إلا أنه في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء لا يوجد أي نص قانوني يجرم أو يمنع التعامل بالأعضاء التناسلية، مما يشكل فراغا قانونيا يجب تداركه من طرف المشرع الجزائري.

أما بالنسبة للتشريعات الأوروبية الغربية، فقد أجازت معظمها التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير، فبالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد أنه أصدر قانون رقم 654 لسنة 1994 عالج من خلاله صور نقل العناصر الآدمية واستخدامها والمساعدة الطبية في الحمل والإنجاب الصناعي، وأحاط هذه العمليات بقيود وضوابط، منها ضرورة الحصول على موافقة كل من الزوجين أو الغير بشروط عديدة منها ضرورة الموافقة الكتابية على تبرع الغير بأمشاجه، وأن يكون المتبرع متزوجا (رجل كان أو امرأة) وسبق له الإنجاب⁽²⁾. إضافة إلى عدم جواز تلقي أي مقابل مادي مع عدم الكشف عن هوية المانح والمتلقي.

كما تعتبر من العمليات المخالفة للنظام العام والآداب العامة، الاتفاقات المتعلقة بالإنجاب أو الحمل لحساب الغير⁽³⁾، وهذا ما أكدته القانون الفرنسي في المادة 7/16: « كل اتفاق يتعلق

1 - فالقانون التونسي هو القانون العربي الأول الذي نظم الإنجاب بالمساعدة الطبية، حيث أصدر في سنة 2001 قانون طب الإنجاب الصادر بموجب قانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 والمتعلق بالطب الإنجابي.

2 - غير أن هناك اختلاف بين هذه التشريعات فهناك من منع التلقيح الاصطناعي لغير الزوجة كالتشريع الفرنسي والسويدي وسلوفينيا والنرويج وسويسرا البرتغال ألمانيا، وهناك من أباح ذلك، كالليونان وإسبانيا وهولندا. انظر: عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 76.

3 - ظهرت الأمومة بالإنابة في بداية الثمانينيات من القرن الماضي في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث نشأت جمعيات تهدف إلى ترويح بهذه التقنية؛و التي تقوم على إعارة الرحم من امرأة غريبة لصالح الزوجة، أين يتم عن طريق المساعدة الطبية، زرع أجنة ملقحة من الحيوانات المنوية للزوج وبويضات الزوجة في رحم هذه المرأة الأجنبية التي تتول حمل الطفل إلى الولادة. ثم انتشرت بعد ذلك هذه الجمعيات في فرنسا، حيث أنشأت أول جمعية سنة 1983، سميت بجمعية الوطنية للتلقيح الاصطناعي بالإنابة أو التوكيل، لكن سرعان ما نشأت مشاكل قانونية حولها، استلزم الأمر تدخل القضاء، أين قضت المحكمة في قرارها الصادر في 13/12/1989 في قضية جمعية ألما مائر ALMA MATER أن غرض الجمعية هو تشجيع إبرام وتنفيذ اتفاقات تتعلق بجسم الإنسان وهو اتفاق باطل استنادا لأحكام المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي، ولاعتبارها تخالف مبدأ عدم قابلية الأشخاص للتصرف، والذي يعد من=

بالإنجاب أو الحمل لصالح الغير يعتبر باطلاً. وهذا ما تم تأكيده أيضاً على مستوى القضاء الفرنسي الذي رفض تسجيل شهادة ميلاد أطفال فرنسيين مولودين في دول تسمح بتأجير الأرحام لمخالفته للنظام العام⁽¹⁾، ذلك، أن الاتفاق الوارد في الحمل لصالح الغير أين تلتزم الأم البديلة بتسليم الطفل المولود إلى الأم أو الزوجة صاحبة البويضة، من شأنه أن يجعل الطفل من قبيل الأموال أو الأشياء، ويجعل من جسم الإنسان سلعة يمكن التعامل به على سبيل التملك بالبيع أو الهبة، فهو نوع من إيجار الجسم لخدمة الغير⁽²⁾.

الفرع الثالث

تحديد المؤسسات الصحية المخول لها إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

نظراً لخصوصية وخطورة التدخل الطبي الجراحي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فقد حدد المشرع الجزائري المؤسسات الاستشفائية التي تجري بها هذه العمليات (أولاً)، إضافة إلى إنشائه للمركز الوطني لزرع الأعضاء (ثانياً)، ومراكز متخصصة في نقل الدم (ثالثاً). وفي مجال التجارب الطبية فقد نصّ على وجوب إجرائها في المؤسسات المرخص لها بذلك (رابعاً).

أولاً - المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات زرع الأعضاء:

قررت أغلب التشريعات⁽³⁾ من أجل تطبيق مبدأ المجانية وتفاذي الاتجار بالأعضاء البشرية أن تجرى عمليات النقل والزرع في مؤسسات صحية مرخص لها قانوناً، وهذا ما نصت عليه المادة

=النظام العام. فهذه الأعمال تؤدي إلى تشويه مفهوم الأم والطفل وإنكار دور الأم في رعاية الطفل، كما تعاقب المادة 12-227 من قانون العقوبات الفرنسي كل اتفاق على ذلك، انظر: فواز صالح، المبادئ القانونية لأخلاقيات الحيوية، ص ص 202-203-205؛ انظر كذلك: MIRKOVIC Aude, op.cit, pp 119 – 120.

1 - Cass. Civ. 1^{er} 6 Avril 2011, cité par : MIRKOVIC Aude, op.cit, p 121.

2 - علاء علي حسن نصر، النظام القانوني للاستتساخ البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 164.
3 - فقد نصت المادة 04 من القانون الأردني لسنة 1988 على أن العمليات تجري بمعرفة الأطباء الاختصاصيين في المستشفيات المعتمدة من الوزير، كما تنص المادة 24 من القانون اليمني رقم 33 لسنة 1992 على أنه: « لا يسمح بإجراء الفحوصات التي تعتبر كعمليات وكذا الفحوصات والأساليب العلاجية الخطيرة إلا داخل المستشفيات الحكومية والخاصة والمستوصفات الخاصة المصرح لها بذلك، ومن قبل المختصين فقط. كما تنص المادة 29 من ذات القانون على أنه: « يتم إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة في المستشفيات المتخصصة التي تتوفر فيها الإمكانيات اللازمة لذلك من قبل الأخصائيين المؤهلين لذلك » نقلاً عن: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 98.
كما نص الفصل 13 من القانون 22/91 المؤرخ في 25 مارس 1991 يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها على المؤسسات المرخص لها القيام بنقل وزرع الأعضاء في تونس ومنها المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها بذلك بقرار من وزير الصحة، وإمكانية إجراء عمليات زرع القرنية بالمؤسسات الخاصة المرخص لها بذلك بقرار من وزير الصحة. انظر: مريام فارس، مرجع سابق، ص 06. كما تحدد المادة 06 من القانون المغربي رقم 16 لسنة =

167 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها: «لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة»، مما يتضح أن المشرع الجزائري لا يسمح بإجراء عمليات استئصال الأعضاء والأنسجة إلا في مؤسسات الصحة العمومية التي يحددها وزير الصحة، وذلك من أجل مراقبة الدولة لهذه العمليات وعدم خروجها عن الهدف العلاجي الإنساني المجاني. وقد تمّ تحديد هذه المؤسسات بموجب القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 2012/06/14، والذي يحدد قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بالقيام بانتزاع و/أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية⁽¹⁾. وتتمثل هذه المؤسسات في

=1998 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها المعدل بمقتضى القانون 26 لسنة 2005، على أنه: «مكان إجراء العمليات في المستشفيات العمومية المعتمدة»، خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 98؛ انظر كذلك: عمر علام، مرجع سابق، ص 269.

1 - تتمثل هذه المؤسسات حسب المادة 02 في: بالنسبة للقرنية:

1- المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا، الجزائر العاصمة.

2- المركز الاستشفائي الجامعي بحسين داي، الجزائر العاصمة.

3- المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس، الجزائر العاصمة.

4- المركز الاستشفائي الجامعي باب الواد، الجزائر العاصمة.

5- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.

6- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.

7- المركز الاستشفائي الجامعي بتيزي وزو.

8- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة لطب العيون، بوهان.

الكلى: 1- المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا، الجزائر العاصمة.

2- المركز الاستشفائي الجامعي بحسين داي، الجزائر العاصمة.

3- المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس، الجزائر العاصمة.

4- المركز الاستشفائي الجامعي باب الواد، الجزائر العاصمة.

5- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.

6- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.

7- المركز الاستشفائي الجامعي بوهان.

8- المركز الاستشفائي الجامعي بتيزي وزو.

9- المركز الاستشفائي الجامعي بسيدي بلعباس.

10- المركز الاستشفائي الجامعي بتلمسان.

11- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة معوش (المركز الوطني للطب الرياضي سابقا - الجزائر).

12- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة دقي، قسنطينة.

الكبد: - المؤسسة الاستشفائية مركز بيار وماري كوري، الجزائر العاصمة.

- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.

- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.

=

المراكز الاستشفائية الجامعية الموجودة في الجزائر العاصمة والبلدية، وهران، قسنطينة، عنابة، تلمسان، سيدي بلعباس، إضافة إلى المؤسسة الاستشفائية الجامعية بتيزي وزو، كما أوجب المشرع الجزائري في المادة الثالثة من القرار الوزاري نفسه على المؤسسات الصحية المنصوص عليها في المادة الثانية، إنشاء بداخلها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167⁽¹⁾ من قانون رقم 05/85 والمكلفة بإثبات حالة الوفاة للشخص محل للانتزاع والترخيص بالانتزاع أو الزرع⁽²⁾، كما يتعين لها فتح سجل خاص تدون فيه النتائج التي توصلت إليها بخصوص التجربة وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي، وهذا ما نصت عليه المادة 168 مكرر 1 من قانون رقم 17/90 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص: « ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته، والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار التجريب ».

مما يلاحظ أن المشرع الجزائري، سمح فقط لمؤسسات الصحة العمومية بممارسة هذا النوع من العمليات وذلك لتفادي أي اتجار للأعضاء البشرية⁽³⁾. لكن الملاحظ أن، معظم المؤسسات المرخص لها متواجدة على مستوى الجزائر العاصمة، وهذا الأمر لا يساعد على تلبية حاجات المرضى، خاصة

=- المركز الاستشفائي الجامعي بوهـران.

النخاع العظمي: - المؤسسة الاستشفائية المتخصصة مركز بيار وماري كوري، الجزائر العاصمة.

- المؤسسة الاستشفائية الصحية، مركز مكافحة السلطان، باتنة.

- المؤسسة الاستشفائية الجامعية بوهـران.

- 1 - نصت المادة 167 فقرة 2 و 3 على: « تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن إجراء العملية يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصتهما الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين ».
- 2 - وهذا ما نصت عليه المادة 164 من قانون 17-90: « لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية ».

- 3 - وهذا ما نصت عليه المادة 10 من القانون القطري رقم 21 لسنة 1997 بشأن تنظيم عملية زراعة الأعضاء البشرية على استثناء المستشفيات الخاصة من استئصال وزراعة الأعضاء وحصرها بالمستشفيات الحكومية التي تخصصها الوزارة لهذا الغرض، وفق الشروط والإجراءات التي يصدر بها قرار من الوزير. كما ينص القانون اللبناني رقم 109 لسنة 1983 على أنه: « لا يسمح بإجراء عمليات نقل وزرع الأنسجة والأعضاء إلا بموجب قرار يصدر عن وزير الصحة بناء على اقتراح المدير العام، وبعد الحصول على الترخيص القانوني اللازم، ويعاقب من يخالف ذلك بعقوبة الحبس من شهر حتى سنة وبغرامة من ثمانية ألف إلى ثمان مئة ألف ليرة لبنانية أو بإحدى هاتين العقوبتين ».

المتواجدين في مناطق بعيدة كالجنوب الجزائري مثلا، الذين يصعب تنقلهم وحصولهم على موعد لإجراء العملية، أضف إلى ذلك النفقات التي يتكبدها المريض وحتى المتبرع، لذا، كان من الأحسن التوسيع من دائرة المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء لتخفيف الضغط على المستشفيات من جهة، وتلبية حاجات المرضى من جهة أخرى⁽¹⁾.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة صلاحية هذا الترخيص، لكي يتسنى متابعة ومراقبة هذه المؤسسات الصحية ومدى التزامها بالشروط اللازمة لإجراء العمليات ومدى توفر الظروف الملائمة والشفافية لإجرائها⁽²⁾، وهذا عكس ما ذهب إليه كل من القانون الفرنسي الذي حددها بـ 05 سنوات قابلة للتجديد⁽³⁾، والمشرع المصري الذي حددها بعام واحد حسب نص المادة 12⁽⁴⁾ من قانون 2010/05، كما حددت مدة تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات بالنسبة للمؤسسات التي تتوفر فيها الشروط والمعايير اللازمة المشار إليها.

كما لم ينص المشرع الجزائري على أية عقوبة عند إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء خارج المؤسسات الصحية المرخص لها، وهذا ما يجب تداركه لردع كل اتجار أو تعامل غير مشروع بالأعضاء البشرية، وهذا ما اتبعه كل من التشريع المصري في نص المادة 18 على أنه: «...وبعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة المدير المسؤول عن الإدارة الفعلية للمنشأة الطبية في الأماكن غير مرخص لها التي تجري فيها أية عملية من عمليات نقل الأعضاء البشرية أو جزء منها أو نسيج بشري مع علمه بذلك»، كما نص التشريع التونسي على تسليط غرامة تتراوح بين ألف وخمسة آلاف دينار وغلق المؤسسة الاستشفائية لمدة تتراوح بين شهر و 06 أشهر في حالة إجراء عمليات بدون ترخيص⁽⁵⁾. كما جرم التشريع الفرنسي في نص المادة 511-07⁽⁶⁾ من قانون

1 - وهو الرأي نفسه الذي تقدمت به الأستاذة معاشو نبالي فطة، الترخيص القانوني لإجراء عملية نقل وزرع الأعضاء، مرجع سابق، ص 43.

2 - المرجع نفسه، ص 41.

3 - وهذا ما نصت عليه المادة 1-1232 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

4 - تنص المادة 12 من القانون 05 لسنة 2010 على أنه: «يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشآت للرقابة والإشراف المستمرين في شأن ما تم إجراؤه من عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن وما يجب أن يتم به تنظيم عمليات الزرع من شفافية، فإذا ثبت توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليها، يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات، ويكون إصدار الترخيص وتجديده مقابل رسم تحدد اللائحة التنفيذية».

5 - أكرور مريام فارس، مرجع سابق، ص 06.

6 - Article 511-7 du code pénal français dispose : « Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des greffe d'organes, à des prélèvements de tissus ou de cellules, à des greffes de tissus ou à =

العقوبات ورتب عقوبات في حالة إجراء عملية من عمليات نقل وزرع الأعضاء في غير المنشآت الطبية المرخص لها بذلك.

ثانيا - الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء:

تأسست الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أبريل 2012⁽¹⁾، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي⁽²⁾. توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة⁽³⁾، ويتواجد مقرها بالجزائر العاصمة⁽⁴⁾.

يسير الوكالة مدير عام، يعين بمرسوم رئاسي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالصحة⁽⁵⁾، يساعده مجلس الإدارة⁽⁶⁾، ومجلس علمي⁽⁷⁾. ومن مهامها حسب نص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 12-167، تسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ضمن القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض، ضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا، تسيير وحفظ بطاقات المانحين والمستقبلين للأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، ضمان تسيير السجل الوطني لمنح الأعضاء المنزوعة.

وكذا إبداء رأيها للسلطة الإدارية المختصة حول المؤسسات الإستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، ومراقبة مطابقة تسيير المؤسسات الإستشفائية

=des administrations de préparation de thérapie cellulaire à la conservation ou à la transformation de tissus ou de préparation de thérapie cellulaire dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L1233-1L1234-2-L1243-2 ou L1243-6 du code de la santé publique ou après le retrait ou la suspension de cette autorisation est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende ».

1 - يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 22، صادر بتاريخ 15 أبريل 2012.

2 - وهذا ما نصت عليه المادة 02: «الوكالة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي».

3 - تنص المادة 03 على أنه: «توضع الوكالة تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة».

4 - قرار رقم 86 مؤرخ في 16 أكتوبر 2012، يحدد في المادة 2 مقر الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء في الجزائر العاصمة، العيادة المتعددة الخدمات قاردي 2 التابعة للمؤسسة العمومية الصحية الجوارية، القبة-العناصر.

5 - تنص المادة 18: «يعين المدير العام للوكالة بمرسوم رئاسي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالصحة، وتنتهي مهامه حسب الأشكال نفسها».

6 - تنص المادة 08: «يدير الوكالة مجلس إدارة ويسيرها مدير عام وتزود بمجلس علمي».

7 - تنص المادة 20: «المجلس العلمي جهاز استشاري يكلف بإبداء الآراء والاقتراحات والتوصيات في كل المسائل الطبية والعلمية والتقنية ذات الصلة بمهام الوكالة».

المرخص لها بالقيام بانتزاع وزرع الأعضاء، وبنوك الأنسجة والخلايا للمقاييس المعمول بها في هذا المجال.

يتضح أن الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء أسندت لها مهام كثيرة فيما يخص تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فهي تلعب دور كبير في ترقية وتشجيع عمليات نقل وزرع الأعضاء في الجزائر، ومكافحة الاتجار بالأعضاء، خاصة إذا ما تمت بطريقة محكمة ونزيهة. وهذا ما هو مكرس أيضا في التشريعات المقارنة، كالتشريع الفرنسي، الذي أنشأ مؤسسة أطلق عليها وكالة الطب البيولوجي، وذلك بموجب القانون رقم 800-2004 المتعلق بالطب البيولوجي، والتي عوّضت المؤسسة الفرنسية للزرع، وهي مؤسسة عمومية تحت وصاية وزير المكلف بالصحة تهتم بكل الأعمال الطبية خاصة بالممارسات الطبية الحديثة وبتسيير السجل الوطني للتبرع بالأعضاء⁽¹⁾.

كما تمّ إنشاء لجان طبية تتكون من أطباء استشفائيين وبيولوجيين وقانونيين ونفسانيين، مهمتها تقديم الترخيص بالزرع بعد التحقق من أنّ المتبرع تم إعلامه بكل المعلومات اللازمة وتوفير الشروط الطبية المناسبة لإجرائها⁽²⁾.

نصّ كذلك القانون المصري⁽³⁾ على إنشاء لجنة عليا لزرع الأعضاء تختص بإدارة وتنظيم عمليات نقل الأعضاء وتحديد الشروط الطبية والإشراف والرقابة على هذه المؤسسات، كما أنشأ القانون التونسي مركز وطني يختص بزرع الأعضاء بموجب القانون رقم 49 المؤرخ في 12 جوان 1995 وجمعية تونسية للتأسيس بزرع الأعضاء سنة 1998⁽⁴⁾.

ثالثا - المراكز الوطنية المتخصصة في نقل الدم:

بالنسبة لعمليات نقل الدم، فلا تتم إلا من خلال المؤسسات المعتمدة، ومن الهيئات التي

1 - Article L1418-1 de code de la santé publique. Voir aussi : CHATELUT Martine, "Le rôle de l'agence de la biomédecine", in DUGUET Marrie Anne (sous la coordination de) Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009, p 37.

2 - GOUDABLE DEPRE Cathrine, "Expérience d'un comité expert donneur vivant", in DUGUET Marrie Anne (sous la coordination de) Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009, pp 47 - 48.

3 - وهذا ما نصت عليه المادة 09 من قانون رقم 05 لسنة 2010.

4 - أكرور مريام فارس، مرجع سابق، ص 07؛ انظر كذلك:

GLOULOU Fatma, LOUHICHI Ramzi, ALLOUCHE Mohamed, HAMDOUN Moncef, op.cit, p 295.

تشرف على عمليات نقل وحقن الدم، نجد الوكالة الوطنية للدم، الوكالة الجهوية لنقل الدم⁽¹⁾، مراكز حقن الدم وبنوك الدم⁽²⁾، فبالنسبة للوكالة الوطنية للدم، فقد أنشئت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-108 في 9 أفريل 1995 والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-258، المؤرخ في 11 أوت 2009، المتعلق بالوكالة الوطنية للدم⁽³⁾، وتتكفل هذه الوكالة حسب هذا المرسوم بإعداد واقتراح سياسة عامة لتوزيع الدم ومتابعة تطبيقها، التكفل بالاحتياجات الوطنية المتعلقة بالدم، تحدد شروط إعداد واقتراح قواعد الممارسات الحسنة لحقن الدم والمقاييس المتعلقة بمراقبة الدم ومشتقاته، ترقية عملية التبرع بالدم وجمع وتحضير وتوزيع مواد الدم غير الثابتة، وأخيرا تعمل على مسك بطاقات وطنية وجاهوية خاصة بالمتبرعين بالدم والمتبرعين بالنخاع العظمي، بغرض تحديد مصدر هذه المواد⁽⁴⁾. فهي صاحبة المبادرة في مجال تطوير صناعة الدم في الجزائر⁽⁵⁾، تمارس مهامها عبر مجمل التراب الوطني في إطار اختصاصاتها بصفقتها المتعامل أحرص في مجال الدم⁽⁶⁾.

ويخضع عمل توزيع الدم ومشتقاته غير الثابتة لمجموعة من الشروط حددها القرار الوزاري الصادر عن وزير الصحة والسكان بتاريخ 24 ماي 1998 في مادته الثانية، والتي شددت على ضرورة الحفاظ على صحة المتبرع، وعدم إلحاق أي ضرر به، وجوب قيام عملية نقل الدم على مجموعة من المبادئ الأخلاقية منها؛ الالتزام بالسرية، عدم الحصول على مقابل مادي، مع تحديد

1 - تتكفل هذه الوكالات حسب المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 09-258 والمتعلق بالوكالة الوطنية للدم، بضمان النشاطات المرتبطة بحقن الدم على المستوى المحلي وتنسيق نشاطات مراكز الدم الولائية المذكورة في المادة 32 والتابعة لاختصاصها، وتتوفر لدى هذه الوكالات الجهوية مراكز الدم الولائية وبنوك الدم حسب نص المادة 32 من المرسوم سالف الذكر.

2 - أنشئت هذه المراكز بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 9 نوفمبر 1998، والمتعلق بتسوية هياكل حقن الدم وإنشائها وصلاحياتها والملغى بالقرار الوزاري رقم 198 الصادر بتاريخ 15 فيفري 2006 والمتضمن إنشاء وتنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم وهي تابعة للقطاع الصحي أو المراكز الاستشفائية الجامعية أو المراكز الاستشفائية المتخصصة، تتكفل بتنظيم برامج جمع تبرعات الدم ووضع قوائم وبطاقات خاصة بالمتبرعين، والمشاركة في النشاطات التي تهدف إلى ترقية التبرع بالدم وضمان مراقبة طبية للمتبرعين بالدم وفصائل الدم وتحضير مشتقاته غير الثابتة وتوزيعها. أما بنوك الدم فتتكفل بتوزيع الدم ومشتقاته غير الثابتة التي تتسلمها من مراكز أو وحدات حقن الدم.

3 - جريدة رسمية، عدد 47، صادر في 16 أوت 2009.

4 - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 09-258، مرجع سابق.

5 - المادة 6 من المرسوم التنفيذي نفسه.

6 - المادة 7 من المرسوم التنفيذي نفسه.

سن المتبرعين بما لا يقل عن 18 سنة وألا يزيد عن 65 سنة⁽¹⁾.

رابعا - المؤسسات المختصة بإجراء التجارب الطبية:

ألزمت التشريعات المختلفة من بينها؛ التشريع الفرنسي على أن يتم إجراء التجارب الطبية في المؤسسات مرخص لها تخضع لرقابة وإشراف الجهات الإدارية المعنية؛ كالمستشفيات الجامعية أو مراكز الأبحاث المرخص لها، بعد الحصول على ترخيص من وزارة الصحة و التأكد من توافر الإمكانيات الطبية والمادية اللازمة⁽²⁾.

كما أسند مهمة رقابة هذه التجارب إلى اللجان الاستشارية للأخلاقيات الطبية تتكون من أعضاء ينتمون إلى المهن الطبية وغير الطبية، ومهمتها التحقق من مدى توافر الشروط الشكلية والعلمية والقانونية المطلوبة، وكذا التأكد من توفر الإعلام وموافقة الشخص قبل خضوعه للتجربة ومدى مطابقة بروتوكول التجربة للقواعد القانونية والأخلاقية المنصوص عليها⁽³⁾.

وبخصوص المشرع الجزائري، فقد حدد في المادة الثانية من قرار وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات رقم 388 الصادر في 31 جويلية 2006، المتعلق بتحديد إجراءات إنجاز التجارب السريرية، المؤسسات المرخص لها بإجراء التجارب الطبية السريرية، وتتمثل هذه المؤسسات في المخابر الصيدلانية، الممارسين الطبيين المهنيين في إطار البحث، السلطات الإدارية في إطار تسجيل منتجات صيدلانية، المعاهد التي تعمل في إطار مشروع البحث، ومؤسسات تقديم الخدمات في ميدان التجارب السريرية⁽⁴⁾، على أن تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج لرأي المسبق للمجلس الوطني للأخلاقيات العلوم الطبية، حسب ما نصت عليه المادة 168-3 بقولها: **« تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني للأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه »**.

1 - حسب المادة 3 من القرار الوزاري 24 ماي 1998، فإن الحجم الأقصى من الدم المتبرع به لا ينبغي أن يتجاوز 500 ملل، وألا يزيد عدد التبرعات بالدم في السنة 5 مرات بالنسبة للرجال و3 مرات بالنسبة للنساء، وأن تكون المدة الزمنية بين كل عملية نزع لدم لا تقل عن 8 أسابيع.

2 - انظر المادة 1121-3 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

3 - Article L1121-4 du code de la santé publique français dispose : **« La recherche mentionnée au 1° de l'article L1121-1 ne peut être mise en œuvre qu'après avis favorable de comité de protection des personnes mentionnées à l'article L. 1123-1 et autorisation de l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 1123-12.. »**.

4 - Article 2 dispose que : **« La demande de réalisation d'un essai clinique peut émaner :**

- des laboratoires pharmaceutiques ;
- des praticiens médicaux dans le cadre de la recherche ;
- des autorités administratives dans le cadre d'enregistrement d'un produit pharmaceutique ;
- des institutions de recherche dans le cadre de projet de recherche ;
- des sociétés de prestation de service dans le domaine des essais cliniques ».

وتتمثل مهمة هذا المجلس حسب نص المادة 168 فقرة أولى من قانون رقم 17/90 المعدل لقانون الصحة رقم 85-05 في التكفل بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب وكل مناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته، والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب.

كما أنه بالرجوع إلى القرار الوزاري رقم 387 الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات، والمتعلق بالتجارب السريرية، فقد نصت المادة 24 على وجوب خضوع هذه التجارب لرأي مسبق للجنة الأخلاقيات الطبية، التي يجب أن تقدم رأيها حول مدى توفر شروط البحث اللازمة قانوناً، وتوفر الإمكانيات المادية ومدى كفاءة القائم بالتجربة ومدى توفر شروط حماية الأشخاص الخاضعين للتجارب ومدى تحقق الإعلام ورضا الخاضع للتجربة، إضافة إلى تقديم رأيها حول الأضرار المترتبة عن التجربة، ومدى توازنها مع الفوائد المنتظرة.

وتعتبر هذه اللجان هيئة مستقلة تتكون من 9 أعضاء، وهم: 5 أطباء من بينهم طبيب عام، صيدلاني، تقني سامي في الصحة، مختص في القانون وممثل عن جمعيات المرضى، كما يمكن أن تلجأ هذه اللجان إلى أي شخص لمساعدتها في أعمالها⁽¹⁾.

كما نصّ هذا القرار على وجوب خضوع تلك التجارب لرقابة وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات، التي لها صلاحيات منح ترخيص والتحقق من مدى صحة المعلومات المقدمة من طرف المشرف على التجربة، وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة من القرار نفسه. وبالرجوع كذلك إلى المادة 36 من القرار نفسه فنصت على وجوب إخضاع التجارب بدون فائدة علاجية للشخص لرأي مسبق للمجلس الوطني للأخلاقيات وعلوم الصحة.

ويظهر من استقراء القرار الوزاري رقم 200 الصادر في 25 جويلية 2009 الذي يتعلق بإرساء قواعد الحسنة السريرية، أنه نصّ على وجوب إخبار لجان أخلاقيات الطب من طرف القائم بالتجربة والمشرف عليها بكل تغيير لبروتوكول التجربة، وبكل الآثار غير المرغوب فيها والتي يمكن أن تؤثر على صحة الأشخاص. كما أشار في الفصل الأول إلى وجوب حماية الأشخاص الخاضعين للتجارب وذلك بالرجوع إلى اللجان الطبية.

إضافة إلى أن التعليم رقم 1429 الصادر بتاريخ 25 سبتمبر 1999، المتعلقة بأمكان إجراء الأبحاث البيوطبية الخاصة بالأدوية بفائدة أو بدون فائدة مباشرة للشخص، نصت على أن الترخيص

1 - المادة 26 من القرار الوزاري رقم 387، مرجع سابق.

بإنجاز الأبحاث البيوطبية يقدم بعد تحقيق معمق من قبل مصالح ووحدات التجارب السريرية والأدوية ووزارة الصحة، وذلك من أجل التحقق من توافر الوسائل والشروط القانونية المطلوبة.

يتبين من كل ذلك أن المشرع الجزائري في مجال التجارب الطبية كرس حماية فعالة من خلال تحديده للمؤسسات المرخص لها بإجراء هذه التجارب، إضافة إلى تحديد الجهات المختصة برقابتها. مما يعني أن المشرع الجزائري يأخذ بالرقابة المختلطة التي تضمن حماية فعالة للأشخاص الخاضعين لمثل هذه التجارب.

الفرع الرابع

وجوب توفر السرية أثناء التبرع

يعتبر تبني التشريعات المختلفة لشرط السرية امتداد لمبدأ عدم مالية جسم الإنسان وتفعيلا لمبدأ مجانية التعامل بالأعضاء البشرية، إذ طبق في إطار نقل الأعضاء من الجثة (أولا)، واستبعد في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء وذلك لاشتراط وجود قرابة بين المتبرع والمستقبل (ثانيا).

أولا - تكريس شرط السرية في مجال نقل الأعضاء من الجثة وفي إطار التبرع الهجين:

كرس هذا المبدأ في إطار عملية نقل الأعضاء من الجثة، وفي إطار التبرع بين الأحياء فيما يتعلق بالتبرع الهجين⁽¹⁾.

أ - تكريس السرية في مجال نقل الأعضاء من الجثة:

تعتبر السرية شرط جوهري يساعد على بقاء الجسد البشري خارج نطاق الصفقات وهذا أمر منطقي، ذلك لأن الصفقة لا تتعد إلا إذا عرفت هوية كل من البائع والمشتري، ومادام أن المشرع أحاط هوية كل من المتبرع والمستفيد بالسرية فلا يمكن لهما أن يكتسبا صفة البائع والمشتري⁽²⁾، فشرط السرية في مجال عمليات نقل الأعضاء كرس لعدة أسباب أهمها؛ أن يظل التصرف أو التبرع إنساني أخلاقي نبيل، ولتفادي الاتجار أو التعامل المالي والابتزاز سواء المعنوي أو المادي عن طريق سداد الدين⁽³⁾.

1 - وضع لأول مرة من طرف لروس ROSS سنة 1997، وذلك من أجل تطوير ورفع عدد الأعضاء المطلوبة زرعها، انظر:

Avis consultatif du conseil d'éthique des hôpitaux, op.cit,p31 marge 40

2 - فواز صالح، المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، مرجع سابق، ص 215.

3 - OUSSKINE Abdelhafid, Ethique biomédicale, éditions Dar El Gharb, Oran, 2000, p225.

وهذا ما أخذنا به المشرع الجزائري في نص المادة 165 فقرة 02، والتي تنص: «يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الآخر لعائلة المتبرع»، ونص عليه أيضا التشريع المغربي في نص المادة السابعة من قانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة وأخذها وزرعها، فقد نص على عدم جواز ذكر هوية المتبرع للمستفيد ولا لأسرته والعكس صحيح⁽¹⁾.

كما أكد القانون الفرنسي على شرط السرية (L'anonymat) بالنسبة للمعلومات التي من الممكن أن تدل على شخصية كل من المتبرع والمستفيد سواء تعلق الأمر بمنتجات الجسم كالدم أو بعضو من الأعضاء⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 8-16 والتي تنص: «لا يجوز إعطاء أية معلومات يكون من شأنها التعرف على شخصية المتبرع بعضو أو بمنتج من منتجات الجسم أو أن تدل على شخصية المتلقي أيضا، كما لا يجوز للمتبرع أو للمتلقي أن يتعرف كل منهما على شخصية الآخر ولكن في حالة الضرورة يحق للأطباء المعالجين فقط الإطلاع على...»⁽³⁾، كما أكدت المادة 5-1211 من قانون الصحة العامة الفرنسي ما جاء في المادة 8-16 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي مستخدمة العبارات ذاتها، وتم تأكيده أيضا فيما يتعلق بالتبرع بالدم في نص المادة 7-1221 من قانون الصحة العامة⁽⁴⁾.

يظهر الدور الأكبر لهذا الشرط، في عمليات نقل الأمشاج واللقاح الآدمية بالنسبة للقوانين التي نظمت هذا النوع من العمليات، فالمشرع الفرنسي نص على ضرورة إخفاء المعلومات الخاصة بالمانحين والمتلقين بحيث لا يتمكن المانح من معرفة هوية من سيتلقى أمشاجه، كما أن المتلقين الزوجين أو العشيرين لن يكون بوسعهما معرفة هوية مصدري اللقيحة أو صاحب الحيوانات المنوية أو البويضات التي حصلوا عليها⁽⁵⁾.

1 - إضافة إلى نصه على عقوبات في حالة الخروج عن شرط السرية بدون سبب قانوني. وهذا حسب ما جاء في نص المادة 32 من القانون المغربي.

2 - Voir : ELCHOUD Stéphane, op.cit, p114. ; CABRILAC Rémy, op.cit, p 155.

3 - Article 16-8 aliéna 1 du code civil français dispose que : « aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et de receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci ».

4 - Article L1221-7 du code de la santé publique dispose : « Le receveur ne peut connaître l'identité du donneur, ni le donneur celle du receveur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don de son sang et celui qui a reçu ne peut être divulguée, il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique ».

5 - Article L1244-7 du code de la santé publique modifié par la loi N° 2004-800 du 6 août 2004, dispose : « Le bénéfice d'un don de gamètes ne peut en aucune manière être subordonné à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers anonyme ».

فرض كذلك عقوبات على إفشاء أية معلومة من شأنها إتاحة معرفة هوية من قام بالتنازل عن أمشاجه المجردة (الحيوانات المنوية أو البويضات)⁽¹⁾، وعقوبات على من أفشى أي معلومة من شأنها أن تفضي إلى معرفة هوية من صدرت منه اللقيحة أو متلقيها⁽²⁾.

فاشتراط السرية في مجال التبرع باللقاح والأمشاج الآدمية يضمن حسب المشرع الفرنسي حماية النسب بالنسبة للولد الشرعي ويسمح باندماج الطفل في العائلة التي يعيش في كنفها⁽³⁾. أي تثبيت وصف الأمومة والأبوة للمتلقين وقطع كل رابطة قانونية للمانحين باللقيحة المتنازل عنها، بالإضافة إلى منع انعقاد الصفقات التجارية الخاصة بالأمشاج واللقاح.

كما أنه يلعب دورا كبيرا في عمليات التلقيح الصناعي بمساهمة الغير، يتمثل في منع ظهور ونقشي نوع من اليوجينيا (انتقاء الصفات الوراثية)، إذ أن الكشف عن المعلومات الخاصة بمصدري اللقيحة أو المتبرع بالبويضات أو بالحيوانات المنوية سوف يتيح المجال للاختيار القائم على أسس وراثية انتقائية⁽⁴⁾.

ب - تكريس شرط السرية بين الأحياء في إطار التبرع الهجين:

رغم أنّ السرية لا تطبق في إطار التبرع بالأعضاء بين الأحياء لاشتراط وجود قرابة بين المتبرع والمستقبل، إلا أنه في مجال التبرع الهجين يختلف الأمر، إذ نصت معظم التشريعات التي تبنت هذه الطريقة على شرط السرية في إطار هذا النوع من التبرع، والذي يجب أن يكون بين عائلة المتبرع (أ) وعائلة المستقبل (ب)، ومن أجل ضمان هذه السرية يجب إجراء هذه العمليات في أجنحة منفصلة، مع اتخاذ جميع الإجراءات للحفاظ على سرية هوية المشاركين فيها⁽⁵⁾، وقد

1 - Article 511-10 du code pénal français modifié par l'ordonnance n 2000-916 du 19 septembre 2000 dispose: « **Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende** ».

2 - Article 511-13 du code pénal modifié par ordonnance n 2000-916 du 19 septembre 2000 dispose : « **Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L 1244-7 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30,000 euros d'amende** ».

3 - غير أن بعض الدول مثل النمسا والسويد اتخذت موقف مخالف وهو أن الطفل يحق له أن يسعى إلى معرفة والديه الحقيقيين البيولوجيان، بشرط أن يبلغ سن 18 سنة. مما يلاحظ أن هذه التشريعات تفضل حماية مصلحة الولد على مصلحة المتبرع، لتفصيل أكثر انظر: عمراني أحمد، مرجع سابق، ص ص 77-78؛ فواز صالح، المبادئ القانونية لأخلاقيات الحيوية مرجع سابق، ص ص 219-220.

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص ص 322-323.

5 - Voir : RENE BINET Jean, op.cit, p 39 ; MANZER Marie-France, GRAND Emmanuelle, op.cit, p 59.

اعتمدت هذه الطريقة من طرف عدة دول أوروبية خاصة في مجال نقل الكلى، ومنها ألمانيا وإسبانيا والولايات المتحدة الأمريكية، إيطاليا واليابان والبرتغال⁽¹⁾، ومؤخرا فرنسا بموجب قانون الطب البيولوجي لـ 07 جويلية 2011⁽²⁾، والذي يتحقق في حالة وجود فوجين (أوب) يحتوي كل فوج على متبرع ومستقبل.

لكن نظرا لعدم وجود تجانس بين كل فوج أي بين متبرع ومستقبل الفوج أ، وبين المتبرع والمستقبل للفوج ب، فإنه يمكن بعد موافقة كل فوج اللجوء إلى التبرع الهجين، أي أن يتبرع المتبرع من فوج (أ) للمستقبل من الفوج (ب) ومن جهة أخرى يتبرع المتبرع من فوج (ب) للمستقبل من الفوج (أ).

وتساعد هذه الطريقة على تفادي نقص الأعضاء وكذلك التخفيف من قائمة المنتظرين للأعضاء خاصة الكلى، إلا أنه لا يتم اللجوء إلى هذه الطريقة ما لم يحترم مبدأ السرية، وهو عدم التعرف على هوية كل فوج للآخر، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي⁽³⁾، غير أن حسب بعض المختصين، يصعب تطبيق شرط السرية أثناء تطبيق هذه الطريقة باعتبارها تتم في نفس المؤسسة وبين فوجان لأربعة أشخاص⁽⁴⁾.

ثانيا - استبعاد شرط السرية في مجال نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء:

يطبق شرط السرية فقط في مجال نقل الأعضاء من الجثة أين تكون شخصية المستفيد مجهولة تماما لعائلة وأقارب المتوفى، كما يثار بالنسبة لحالة التبرع الهجين بالنسبة للدول التي تأخذ بهذا النوع من التبرع، وعند التبرع بالأعضاء لفائدة شخص من الغير، أي ما يسمى بالتبرع

1 - L'Agence de la biomédecine, op.cit, 17.

2 - Article L1231-1 du code de la santé publique dispose : « ... en cas d'incompatibilité entre la personne, ayant exprimé l'intention de don et la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, rendant impossible la greffe, le donneur et le receveur potentiels peuvent se voir proposer le recours à un don croisé d'organes, celui-ci consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, tandis que cette dernière bénéficie du don de premier donneur. En cas de mise en œuvre d'un don croisé, les actes de prélèvement et de greffe sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs.. ».

3 - Article L1231-1 du code de la santé publique dispose : « ... En cas de mise en œuvre d'un don croisé les actes de prélèvement et de greffe sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs, l'anonymat entre donneur et receveurs est respecté... ».

4 - Avis consultatif, op.cit, p 31.

غير الموجه Don non dirigé، والمتبع في بعض الدول الأوروبية مثل إيطاليا⁽¹⁾، وكندا⁽²⁾.
بينما في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء، فقد استبعدت قاعدة السرية عمليا بسبب اشتراط وجود قرابة بين المتبرع والمستقبل، وهذا تقاديا لأي استغلال للأشخاص أو الاتجار بهم، ومن أجل ضمان تجانس العضو وتقادي رفض العضو من قبل جسم المستقبل.

وهذا ما انتهجته غالبية التشريعات⁽³⁾، منها التشريع المصري الذي اشترط ضرورة وجود رابطة القرابة بين المتبرع والمستفيد، وذلك في نص المادة الرابعة⁽⁴⁾ من قانون رقم 05 لسنة 2010، إلا أنه على سبيل الاستثناء أجازت المادة نفسها نقل الأعضاء بين الأحياء من غير الأقارب من المصريين شريطة أن يكون المريض بحاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع، ويشترط موافقة لجنة خاصة يتم تكليفها لهذا الغرض.

أما عن التشريع الفرنسي، فبعدما كرس مبدأ السرية في نص المادة 16-8 كأصل عام في نطاق التبرع بالأعضاء، أجازت في الفقرة الثانية⁽⁵⁾ منه مخالفة هذا المبدأ وذلك في حالة الضرورة العلاجية، إذ أجازت للأطباء الإطلاع على المعلومات التي تسمح بالتعرف على هوية كل من المتبرع والمستفيد، وهكذا يستطيع الطبيب الذي يعالج المستفيد أن يطلع على المعلومات الصحية التي تسمح بالتعرف على هوية المتبرع، وكذلك الحال بالنسبة للطبيب الذي يشرف على الحالة الصحية للمتبرع، إذ يجوز له الإطلاع على المعلومات التي تسمح بالتعرف على شخصية المستفيد⁽⁶⁾.

والواقع أن النظام القانوني الخاص بالتبرع بالأعضاء بين الأحياء هو الذي يفرض تطبيق هذا الاستثناء وذلك لأن التبرع يتم غالبا بين الأقارب، وهذا ما يظهر في توجه التشريع الفرنسي الذي

- 1 - ففي إيطاليا التبرع يكون بين الأقارب باستثناء الشخص الذي لا يملك عائلة بيولوجية، أو في حالة عدم التجانس أو رفض العائلة التبرع له، فإنه يمكن اللجوء إلى متبرع من الغير. Agence de biomédecine, op.cit, p16
- 2 - بالنسبة لكندا فإن معدل التبرع بالأعضاء بالنسبة للشخص الحي أكثر من التبرع بالنسبة للجثة، وهذا لأنها تسمح بالتبرع من أجل شخص من الغير خاصة بعد الدراسة التي تمت في سنة 1995، والتي تقضي بأن تقارب الأنسجة بين المتبرع والمستفيد غير مهم للحصول على أفضل النتائج، انظر: Agence de biomédecine, op.cit, p13
- 3 - فالقانون المغربي نص في المادة 09 من على ضرورة وجود قرابة بين المتبرع والمستفيد حددت في الأصول والفروع والأخوة والعمومة وأبناء العمومة، مما يعني أنها وسعت من دائرة المتبرعين..
- 4 - تجدر الإشارة إلى أن مفهوم القرابة الواردة في المادة 04 من القانون المشار إليه لا يقتصر فقط على قرابة الدم وإنما يشمل كذلك قرابة المصاهرة نظرا لإطلاق النص لكلمة قرابة.
- 5 - Article 16-8 AL 2 du code civil Français dispose : « *en cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et de receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci* ».
- 6 - وهذا ما نصت عليه المادة 1211-5 فقرة 2 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

اشتراط في قانون 29 جويلية 1994 أن يكون التبرع لمصلحة الأب أو الأم أو الابن أو البنت أو الأخ أو الأخت وفي الحالة الاستعجالية لصالح الزوج أو الزوجة، لكن نتيجة للنقص المسجل في عدد الأعضاء المطلوبة، تمّ توسيع دائرة المتبرعين في قانون 6 أوت 2004 وسمح أن يكون التبرع لصالح الأب أو الأم، وكاستثناء في الفقرة الثانية سمح أن يكون التبرع لصالح الأزواج والإخوة والأخوات والأبناء والبنات والجد أو الجدة والأعمام أو العمات، أبناء العم والخال وبنات العم والخال وأيضا زوجة الأب أو زوج الأم، كما يمكن أن يكون المتبرع أي شخص يثبت وجود المعاشية السكنية بما لا يقل عن سنتين مع الشخص الذي سيتلقى العضو⁽¹⁾.

بعدها قام بتوسيع دائرة المتبرعين أكثر بموجب قانون 2011 المتعلق بالطب البيولوجي وهذا ما يتبين في المادة 1231-1-2⁽²⁾، إذ سمح بالتبرع لكل شخص يُثبت وجود رابطة فعلية ووطيدة بما لا يقل عن سنتين مع المستفيد، مما يعني أن رابطة القرابة ليست بالضرورة زوجية بل يمكن أن تكون صداقة⁽³⁾.

غير أن، هناك من انتقد تطوير مفهوم العائلة وتوسيع دائرة المتبرعين الأحياء إلى كل من العشيرين والأصدقاء، باعتبار أنها تُثير الشك في وجود زواج مصلحة أو صداقة مفتعلة فتُضعف بالتالي مبدأ المجانية وتفتح مجال واسع أمام الاتجار بالأعضاء⁽⁴⁾.

ويُلاحظ أيضا، عدم التطبيق المطلق لمبدأ السرية بالنسبة للدول التي تأخذ بالتبرع الموجه، كالتشريع السويسري الذي لا يشجع السرية بل يشجع الشفافية المطلقة، وحتى في حالة التبرع غير الموجه فإنه يمكن معرفة هوية الشخص المتبرع إذا طلب ذلك المستفيد بشرط أن يقبل المتبرع، أما في حالة التبرع من شخص ميت فإنه يمكن معرفة هويته بعد الحصول على موافقة العائلة⁽⁵⁾، كذلك الحال في الولايات المتحدة الأمريكية التي لا تفرض السرية بالنسبة للتبرع من شخص بعد

1 - RENE BINET Jean, op.cit, p 33.

2 - Article L1231-1AL 2 du code de la santé publique Français dispose : « **par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien effectif et étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur** ».

3 - BIOY Xavier, op.cit,p 385.

4 - Voir : DURAND Jean Pierre, op.cit, pp 118 – 119 ; RENE BINET Jean, op.cit, p 37 ; PROYER Michel, op.cit, p 123.

5 - L'Agence de la biomédecine, op.cit, p 17.

الوفاة باعتبار أنها تسمح بالتبرع الموجه لفائدة شخص محدد. أما بين الأحياء فإن مبدأ السرية مطبق لأنها تأخذ بالتبرع غير الموجه وهذا غير موجود في أوروبا⁽¹⁾.

كما أن هناك من عارض شرط السرية في مجال تطبيق القوانين المتعلقة بالطب البيولوجي خاصة بالنسبة للإنجاب المساعد طبيا، واستند في ذلك إلى نص المادة السابعة من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1990⁽²⁾، والتي تنص أن للطفل الحق في معرفة أصوله، وبرروا ذلك بأن معرفة هوية المتبرع تسمح بضمان السلامة الصحية للمستقبل وهذا ما أخذت به السويد، إذ سمحت بالكشف عن هوية المتبرعين وخاصة المتبرعين بالأمشاج⁽³⁾.

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري، فيلاحظ عدم وجود نصوص قانونية تؤكد رابطة القرابة رغم أن التطبيق العملي يؤكد عكس ذلك، إذ أن الأطباء في المستشفيات الجزائرية يشترطون ضرورة وجود قرابة بين المستفيد والمتبرع، وهذا لأن المتبرع الحي القريب أفضل المتبرعين خاصة في مجال زرع الكلى أين تكون نسبة النجاح مرتفعة جدا⁽⁴⁾.

ويعتبر الأخ التوأم الشقيق من التوائم المتماثلة أفضل أنواع المتبرعين، إذ لا يوجد أي نوع من الرفض أما المتبرع الحي من شخص غير القريب فيخشاه الأطباء⁽⁵⁾، ماعدا ما يمكن أن

1 - PENOLOPE Gontier, Protection du corps humain et volonté individuelle en droit pénal, Master de Droit Pénal et Sciences Pénales, Université Panthéon Assas, Paris II, 2010-2011, p 53.

2 - اتفاقية حقوق الطفل المؤرخة في 20 نوفمبر 1989، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461، مؤرخ في 19 ديسمبر 1992، جريدة رسمية عدد 91، صادر بتاريخ 23 ديسمبر 1992.

3 - لكن الأخذ بهذا القانون أدى إلى انخفاض نسبة التبرع بالأمشاج في السويد مما أدى بالكثير من الأسر السويدية لذهاب إلى النرويج التي تطبق مبدأ السرية لإجراء عملية الإنجاب المساعد طبيا مع أمشاج شخص ثالث، أنظر فواز صالح، المبادئ القانونية لأخلاقيات الحيوية، مرجع سابق، ص ص 219-220.

4 - بلغت عمليات زرع الأعضاء التي تقوم بها ثمانية مستشفيات جامعية في الجزائر بمختلف أنواعها 166 عملية في سنة 2010 و 970 عملية في سنة 2011 شملت زرع الكلى والقرينة والنخاع العظمي والكبد، انظر تصريح وزير الصحة والإسكان وإصلاح المستشفيات جمال ولد عباس للصحافة عند تنصيب رئيس الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بتاريخ 4 أوت 2012، نقلا عن: السعيد دراجي، "الاتجار بالأعضاء البشرية"، قراءة في المبادئ التوجيهية للمنظمة العالمية للصحة، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2012.

5 - ذلك لأن الجسم يحس بأنها غريبة عنه تماما، مما يجعله في هذه الحالة يكوّن خط دفاع من خلايا دم بيضاء من نوع الليمفاوي ويهاجم الكلى المنقولة أو العضو المنقول ويوقفها عن العمل، بينما هذا التفاعل يكون أقل إذا كان الواهب والموهوب له من فصائل متقاربة والتي تكون أقرب داخل العائلة الواحدة، وعليه يقوم الطبيب بفحص أنسجة الواهب والموهوب إليه ويبحث عن أقرب الأنسجة لبعضها البعض، كذلك تؤخذ خلايا بيضاء من كل الطرفين وتزرع معمليا مع بعض، ويشاهد هل تتعايش أم تتقاتل مع سلسلة طويلة من الأبحاث، حتى يوفق أقرب =

يكون بين الزوجين ويشترط في هذه الحالة أن تبين فحوص فصائل الدم والأنسجة نوعا من التطابق⁽¹⁾.

لذلك على المشرع الجزائري التدخل وإدراك القصور الموجود في المواد المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وإدراج نصوص تؤكد على ضرورة وجود قرابة بين المتبرع والمستفيد وتحديد هذه القرابة، لتفادي أي اتجار بالأعضاء البشرية.

أما بخصوص نقل الدم فلا يطبق شرط وجود قرابة إذ المهم أن يكون هناك تطابق من نفس الفصيلة، فالدم له أربعة فصائل⁽²⁾، ولا يمكن نقل الدم من شخص إلى آخر إلا إذا كان من نفس الفصيلة وإلا حدث تفاعل ضد الدم الجديد⁽³⁾، غير أن بالنسبة للعادات المتبعة في المستشفيات الجزائرية عند إجراء العمليات الجراحية فإنها تلجأ إلى أقارب المريض للحصول على الدم، باعتبار أن هناك نقص في عدد المتبرعين بالدم.

المطلب الثاني

تجريم الخروج عن مبدأ المجانية

يتجسد تجريم الخروج عن مبدأ المجانية من خلال منع ظاهرة الاتجار بالأعضاء، و التي تطورت تطورا مذهلا رغم القيود القانونية الصارمة المتبعة في تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في مختلف أنحاء العالم، إذ مازال الاستغلال غير المشروع للفقراء يُلقى بظلاله على الجهود الدولية والوطنية الرامية إلى تنظيم هذه العمليات، الأمر الذي جعلها تشكل شكلا مستحدثا

=الأشخاص بعضهم لبعض. محمد صفوت، القصور الكلوي وأمراضه، المجلة الجنائية القومية، العدد 1، المجلد الحادي والعشرون، 1978، ص 151.

- 1 - فكل شخص له نسيج بروتين يختلف عن الآخر تماما كما تختلف بصمة الأصبع وذلك باستثناء التوائم المتماثلة والمتقاربة في الشبه فإن أنسجتهم من النوع نفسه. محمد صفوت، المرجع السابق، ص 150.
- 2 - يعتبر الأمريكي كارل لاند شتاينز Karl LANDSTEINER من الأصل النمساوي AUTRICHIENNE هو من أقر بوجود أربع فصائل للدم سنة 1901 والذي تحصل على جائزة نوبل Physiology et de Médecine سنة 1930، انظر:

OUSSKIN AbdelHafid, op.cit, p 214.

- 3 - وبخصوص حدوث تفاعل ضد الدم الجديد أقامت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 1980/05/07 مسؤولية المرفق الطبي على أساس الخطأ في أعمال العلاج، تمثل في نقل دم فصيلته تختلف عن فصيلة دم المريض، نقلا عن: محمد هاملي، تباين أسس المسؤولية الإدارية عن الأخطاء الطبية وأثرها على حقوق الضحية، المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 147.

من الجرائم التي تقع على الأشخاص، فتعددت أبعادها ومفاهيمها ومنطقاتها، نظرا لتمازج البعد الديني والأخلاقي والاقتصادي والاجتماعي (الفرع الأول)، مما جعلها تحظى باهتمام كبير على جميع المستويات العالمية والإقليمية والوطنية (الفرع الثاني)، كما كانت محل اهتمام التشريع الجزائري من خلال تجريمه لظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الإطار القانوني لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

يعتبر الاتجار بالأعضاء البشرية شكلا حديثا من أشكال الاتجار بالبشر، وأضحت ذات علاقة وطيدة بمسألة اقتصادية محضة وهي الندرة أي ندرة الأعضاء المتوفرة لزرع وارتفاع عدد المحتاجين للعضو، مما خلق تجارة غير مشروعة للأعضاء البشرية⁽¹⁾، لذلك ولفهم هذه الظاهرة يجب تحديد المقصود منها (أولا) وأبعادها (ثانيا) وعناصرها (ثالثا).

أولا - مفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية:

يقصد بالاتجار بالأعضاء « ذلك النشاط الإجرامي الذي تقوم به عصابات الإجرام المنظم العابرة للأوطان، من خلال استغلال الأشخاص المهاجرين والهاربين من بلدانهم الأصلية ونزع أعضائهم والاتجار فيها بهدف زرعها في إنسان آخر بنية المتاجرة غير المشروعة »⁽²⁾.

ويعرف كذلك على أنه صورة من صور الاتجار بالبشر⁽³⁾، ويقصد به جعل أعضاء جسم الإنسان محلا للتداول وإخضاعها لمنطق البيع والشراء. كما قيل أيضا على أنها قابلية أعضاء جسم

1 - أول الأخبار عن وجود سرقة واتجار بالأعضاء كان في سنة 1980 وذلك في أمريكا اللاتينية، ويتعلق الأمر بسرقة أعضاء الأطفال الموجودين في دور اليتامى لصالح الأثرياء من المرضى، كما حدثت هذه الظاهرة في الدول المتقدمة كأستراليا وفرنسا في سنة 1989. انظر في هذا الشأن: MORVAN Sylvia, op.cit, p 50.

2 - يعقر الطاهر، رحال سمير، "التعاون الدولي في مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية"، الملتقى الوطني الثاني، القانون وقضايا الساعة، «نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرعية»، المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20، 21، 22 أبريل 2009، ص4.

3 - يقصد بالاتجار بالبشر طبقا للمادة الثالثة من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة ضد الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية لعام 2000 على أنه: « تجنيد أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء »، ويعتبر هذا التعريف هو التعريف النموذجي الذي اتخذته الكثير من التشريعات المتعلقة بشأن مكافحة الاتجار بالبشر كنموذج لها ومنها التشريع الجزائري.

الإنسان للتعامل المالي والسماح بتداولها بيعا وشراء، بعد فصلها عن صاحبها رضاء منه أو بالإكراه، والسماح بنقل ملكيتها إلى شخص آخر⁽¹⁾.

ثانيا - الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية:

تتمثل الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية لمشكلة الاتجار بالأعضاء البشرية في مجموعة من العوامل التي أدت إلى ظهور هذا النوع من التجارة، ما يستوجب إدراك هذه الأبعاد للوصول إلى رسم سياسة تشريعية فعالة لمكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء، وتتمثل هذه الأبعاد فيما يلي:

التقدم الطبي والعلمي في مجال استئصال ونقل الأعضاء أدى إلى زيادة الطلب على هذه العمليات، خصوصا مع قلة المعروض منها مجانا⁽²⁾، وبالتالي قلة هذه الأعضاء ساهم في ظهور نوعين من التصرفات، سياحة الأعضاء وتجارة الأعضاء، أما عن سياحة الأعضاء (le tourisme d'organes) فيقصد بها بحث الشخص عن أعضاء بشرية في دولة أخرى، وذلك بالحصول على العضو بطريقة غير شرعية مقابل دفع ثمن العضو. أما الاتجار بالأعضاء، فينقسم إلى نوعين: إما استغلال الأشخاص غير القادرين أو استغلال الفقر، أو استئصال الأعضاء من أشخاص أحياء أو بعد الوفاة دون رضاهم، كما هو الحال بالنسبة لاستئصال أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام أو المسجونين⁽³⁾.

كما أن جريمة الاتجار بالأعضاء، تتصل بمشكلة الجريمة المنظمة وبمشكلة العولمة وأثرها القانونية والاقتصادية، وقضية البطالة وفشل سياسات التنمية والتوظيف في الدول النامية بوجه خاص⁽⁴⁾، وقصور السياسات الحكومية المتعلقة بمكافحة الفقر وتحقيق العدالة الاجتماعية.

1 - فايز محمد حسين محمد، حقوق الإنسان ومكافحة جرائم الاتجار بالبشر، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2013، ص 374.

2 - المرجع نفسه، ص 397.

3 - فقد أدان التقرير البرلماني الأوروبي، في 16 ديسمبر 2010 الاغتيالات المصحوبة باستئصال الأعضاء من المسجونين الصرب Serbes من طرف قوات جيش تحرير كوسوفو في شمال ألبانيا، مما أدى بالجنة الأوروبية في كوسوفو بتعيين النائب العام الأمريكي John Clint WILLIAMSON للتحقيق في هذه القضية سنة 29 أوت 2011. كما أنه في الصين هناك استئصال لأعضاء المسجونين والمحكوم عليهم بالإعدام نتيجة نقص الأعضاء، أين أكد وزير الصحة على وجود مثل هذه الممارسات وتعهد باتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل تجريم بيع وشراء الأعضاء البشرية، انظر:

PENELOPE Gontier, op.cit, pp 55 - 56.

انظر كذلك الموقع التالي: <http://www.abolition.FR/ecpm/french/article.dossier.php,dossier=176art=434>.

4 - انظر كل من: يعقر الطاهر، رجال سمير، مرجع سابق، ص 05؛ فايز محمد حسين محمد، مرجع سابق، ص 398.

كما أن التفاوت الاقتصادي في الدخل بين الدول الفقيرة والدول النامية، أدى إلى وقوع الكثير من الفقراء في هذه العمليات، سعياً منهم وراء المال وتحسين وضعيتهم الاجتماعية.

ويمكن القول، أن النزاعات المسلحة الدولية والداخلية والكوارث الطبيعية والأزمات الاقتصادية والصراعات السياسية والعرقية، في أغلب الأحيان تؤدي إلى تشريد نسبة كبيرة من الأشخاص الذين يتعرضون للاختطاف والاستغلال من أجل الاتجار بأعضائهم⁽¹⁾.

ثالثاً - عناصر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية:

باعتبار أن التعامل بالأعضاء البشرية أو جزء منها بغرض الاستغلال هو صورة من صور الاتجار بالبشر، فإن عناصر جريمة الاتجار بالأعضاء هي نفس عناصر الاتجار بالبشر وتتمثل في مجموعة أفعال ووسائل قصد الاستغلال.

فبالنسبة للأفعال فتتمثل في التجنيد وذلك بتطويع الأشخاص داخل الحدود الوطنية أو خارجها عن طريق استخدام وسائل قهرية أو غير قهرية بقصد الاتجار بأعضائهم؛ كما يمكن أن تكون عن طريق النقل، التثقيب، الإيواء، الاستقبال، البيع والعرض للبيع أو الشراء أو الوعد بها، أو استخدام والتسليم والتعامل، فكل هذه الأفعال تمثل عناصر للاتجار بالأعضاء البشرية.

أما الوسائل المستخدمة للاتجار بالأعضاء البشرية والتي تعتبر أحد العناصر المكونة للسلوك الإجرامي في عمليات الاتجار بالأعضاء فتتمثل في التهديد بالقوة، استعمال القوة، القسر، الاختطاف، الخداع، استغلال السلطة، الاحتيال، استغلال حالة الضعف، إعطاء وتلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر⁽²⁾.

الفرع الثاني

الجهود الدولية والوطنية الرامية لمكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

لا يتوقف أمر معالجة مسألة الاتجار بالأعضاء البشرية، على اتخاذ موقف أخلاقي حيال هذه الظاهرة من أجل تغيير الأمور، بل يجب اتخاذ إجراءات تشريعية حازمة لمواجهة هذه الجريمة سواء على المستوى الدولي (أولاً)، أو على مستوى التشريعات الداخلية (ثانياً).

1 - يعقر الطاهر، رجال سمير، مرجع سابق، ص 06.

2 - لمزيد من التفصيل بخصوص عناصر الاتجار بالأعضاء البشرية انظر: فايز محمد حسين محمد، مرجع سابق، ص 376 وما بعدها.

أولاً - الجهود الدولية لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية:

منذ انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية على المستوى العالمي سارعت عدة هيئات ومنظمات دولية حكومية وغير حكومية إلى استنكار وإدانة هذه التجاوزات المنافية للأعراف والأخلاق⁽¹⁾، كما دعت أغليبيتها إلى اتخاذ إجراءات فعالة على المستوى الوطني والدولي للحد من هذه الظاهرة بواسطة فرض تشريعات وقوانين وإجراءات وقائية ونوعية لردع هذه الممارسات⁽²⁾.

كما ركزت على أساليب مختلفة للتعاون الدولي لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية والذي يتجسد من خلال دور منظمة الأمم المتحدة ودور المنظمة الدولية للشرطة الجنائية وفي إطار التعاون الإقليمي والعربي⁽³⁾.

أ - ففي إطار نشاط منظمة الصحة العالمية OMS، فقد اتخذت مجموعة من الإجراءات والمبادئ من أجل حماية ضحايا سيطرة الأعضاء وحماية استغلال الفقراء ممثلة في مبادئ توجيهية تضم أحد عشر مبدأ، هي حصيلة إجراءات بدأتها في عام 1987، تتعلق بزرع الأعضاء والخلايا والأنسجة، كان لها التأثير الواضح على المنظومات التشريعية لأكثر من 50 دولة عضو أو على الممارسات المهنية في جميع أنحاء العالم.

وقد كانت، هذه المبادئ التوجيهية محل تحديث وتنقيح عدة مرات في السنوات 1991-2004، 2008⁽⁴⁾، ومن المبادئ التوجيهية التي تنص على مبدأ المجانية وحظر الاتجار بالأعضاء البشرية نجد المبدأ التوجيهي رقم 05 والذي ينص: « يجب أن يكون التبرع بالخلايا والأنسجة والأعضاء مجاناً ودون دفع أي مقابل مالي أو مكافآت أخرى لها قيمة تجارية ويمنع شراء الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء أو عرض شرائها بغرض الزرع أو بيعها من قبل أشخاص أحياء أو من قبل أقرباء الموتى، لا يجوز حظر بيع أو شراء الخلايا والأعضاء دون استرداد المصاريف المعقولة التي يمكن التحقق منها، والتي يتكبدها المتبرع بما في ذلك خسارة الدخل

1 - شبيلي مختار، "ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية"، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة «نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشريعة الإسلامية»، المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20 و 21 و 22 أبريل 2009، ص 12.

2 - المرجع نفسه، ص 12.

3 - يعقر الطاهر، رجال سمير، مرجع سابق، ص 06.

4 - مناع العلجة، "حرمة الجسم البشري بين الحماية الدستورية والمبادئ التوجيهية"، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون"، المركز الجامعي لخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20 - 22 أبريل 2009، ص 05.

ولا دون دفع تكاليف الإبقاء على حيوية الأعضاء ومعالجتها والحفاظ عليها أو الإمداد بها بغرض الزرع».

يتضح من هذا المبدأ أنه يهدف إلى منع الاتجار بالأعضاء وتأكيد فضيلة التبرع من أجل إنقاذ الأرواح، كما أنه يسمح بتقديم تعويض للمتبرع عن تكاليف التبرع. كما نص المبدأ التوجيهي رقم 06 على أنه: «يجوز تشجيع التبرع بالأعضاء البشرية بدافع الإيثار عن طريق إعلان أو توجيه نداء إلى الجمهور، على أن يتم ذلك وفقاً للوائح المحلية ويجب حظر الإعلان عن الحاجة إلى الأعضاء البشرية أو عن توافرها بهدف عرض أو طلب أموال إلى الأفراد نظير الحصول على أعضائهم أو إلى أقاربهم إذا كانوا قد توفوا، ويجب كذلك حظر أعمال السمسرة التي تنطوي على دفع أموال لهؤلاء الأشخاص أو إلى أطراف أخرى».

فهذا المبدأ يهدف إلى حظر الإغراءات التجارية والمادية التي تشمل دفع أموال نظير الحصول على عضو من شخص أو من أقاربه، كما يهدف إلى التصدي للسماسرة وسائر الوسطاء⁽¹⁾.

كما تم التأكيد من خلال إعلان إسطنبول لسنة 2008 حول الاتجار بالأعضاء وسياسة زرع الأعضاء، على ضرورة تنظيم عمليات النقل والزرع من أجل تقادي انتهاك مبادئ العدالة والإنصاف واحترام الكرامة الإنسانية⁽²⁾. ركز كذلك هذا الإعلان على المبادئ المعلن عنها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في سنة 1948، فقدم تعريفاً للاتجار بالأعضاء وتعريفاً لسياحة الأعضاء، وقدم اقتراحات لتطوير عملية التبرع بالأعضاء من بينها، التكفل بالمتبرعين الذين كانوا ضحية الاتجار أو السياحة بالأعضاء، إلزام الدول بإنشاء تأمين على الحياة لحماية المتبرعين من أي ضرر يصيبهم، تغطية المصاريف التي صُرفت من طرف المؤسسة التي قامت بإجراء العملية⁽³⁾.

1 - انظر بخصوص هذه المبادئ كل من:

Organisation Mondiale de la Santé, Principes directeurs de L'OMS sur la transplantation de cellules de tissus et d'organes humains, www.oms.org.le 05/08/2012.

سعيد دراجي، "الاتجار بالأعضاء البشرية، قراءة في المبادئ التوجيهية للمنظمة العالمية للصحة"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد 02، المجلد 01، ديسمبر 2012، ص 297؛ يعقر الطاهر، رجال سمير، مرجع سابق، ص 09.

2 - OIKAOUI Younès, op.cit, p 232.

إعلان إسطنبول: الموقع: <http://www.who.int>

3 - MANZER Marie France, BRUNEEL-Mh ARCHIM BAUD, "Déclaration d'Istanbul contre le trafic d'organes et le tourisme de transplantation", Traduction officielle d'anglais, in DUGUET Marrie Anne (sous la coordination de) Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009, pp 112, 116.

بهذا الصدد دائماً، سارعت عدة هيئات ومنظمات دولية حكومية وغير حكومية إلى استنكار الاتجار بالأعضاء، إذ قررت منظمات غير حكومية مثل الجمعية الطبية العالمية ومنظمة العفو الدولية أن شراء وبيع الأعضاء البشرية بهدف الزرع ممنوع، وطالبت الجراحين والأطباء برفض زرع الأعضاء المتحصل عليها بطريقة غير مشروعة، ومنافية للأخلاق⁽¹⁾.

ب - في إطار المنظمة الدولية للشرطة الجنائية أنتربول:

للمنظمة الدولية لشرطة الجنائية دور هام في مكافحة الاتجار بالأعضاء وذلك من خلال تنظيمها لاجتماعات دولية وإقليمية وعرض المساعدة وتدريب الفنيين لتسهيل تبادل مواد الاستخبارات وملاحقة المجرمين في مثل هذه الأنشطة على المستوى العالمي، ففريق أنتربول المعني بالاتجار بالأشخاص والأعضاء يجتمع سنوياً لتقرير الوضع وتطوير الوسائل الجديدة لمكافحة الجريمة، والترويج لبرامج الوقاية وإطلاق برامج تدريب متخصص، كما أن الدليل الذي وضعه الفريق بشأن الممارسات السليمة لمحقيقي إنقاذ القانون يتضمن معلومات عن كيفية التحقيق في قضايا الاتجار بالأعضاء البشرية⁽²⁾.

ج - التعاون الإقليمي للدول العربية:

سارعت الدول العربية أمام انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء، إلى التعاون فيما بينها لتوحيد جهودها الرامية إلى مكافحة ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، وفي هذا الصدد، صدر قرار عن مجلس وزراء العدل العرب باعتماد مشروع القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيها وتعميمه على الدول العربية وذلك في 2009/11/19.

ولقد تضمنت المادة الثامنة منه على أن: « يتم التبرع بالعضو البشري أو بالنسيج والإيضاء به دون مقابل »، كما نصت المادة التاسعة، على أنه يحظر بيع العضو البشري أو النسيج أو شراؤه أو الاتجار به بأي وسيلة كانت ويحظر على الطبيب إجراء عملية استئصال العضو وزرعه عند علمه بذلك، كما تضمن المشروع العربي أحكام جزائية في الفصل الخامس وذلك في المواد 25 إلى 43 منه، وقد تضمنت هذه المواد عقوبات تتمثل في الحبس والغرامة مع السجن المؤبد إذ ترتب عن الفعل وفاة المنقول له، وهي نفس العقوبة المقررة على الشروع أو

1 - شبيلي مختار، مرجع سابق، ص 12.

2 - يعقر الطاهر، رجال سمير، مرجع سابق، ص 10.

الوساطة في الجريمة، كما تقررت عقوبة على المراكز الطبية المرتكبة لإحدى جرائم الاتجار بالأعضاء، والتي تتمثل في الغرامة والغلق والمصادرة⁽¹⁾.

وفي إطار هذا التعاون العربي تم إبرام بعض المعاهدات الثنائية بين الدول العربية للتعاون في مجال مكافحة الجريمة المنظمة وكذا مكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء، ومن هذه الاتفاقات نجد اتفاقية تعاون بين حكومة المملكة المغربية وحكومة جمهورية مصر العربية في مجال مكافحة الجريمة المنظمة الموقعة بالرباط في 13 جوان 1999⁽²⁾.

ثانيا - مكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية على مستوى التشريعات المقارنة:

تتطلب مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية على مستوى التشريعات الداخلية، القيام بمجموعة من الجهود والآليات على المستوى الوطني لكل دولة وذلك بإصدار تشريعات لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر تتضمن صور لمنع وقمع ومعاينة الاتجار بالأعضاء. مع وضع قوانين تنظم عمليات زرع الأعضاء بما يكفل عدم الاتجار بالأعضاء البشرية، ونصوص قانونية في قانون العقوبات تحظر المساس بسلامة الجسم وتجريم كل ما من شأنه المساس بسلامة جسد الشخص، والعمل على البدء في سياسة تهدف إلى تفعيل التبرع بالأعضاء وذلك لمواجهة نقص الأعضاء وما ينتج عنها من سياحة الأعضاء.

فهذه الآليات، أخذت بها العديد من التشريعات المقارنة وذلك من خلال إضافة نصوص جديدة في قوانين العقوبات، تحظر المساس بالجسم والاتجار بالأعضاء، كقانون العقوبات السويسري لسنة 2006 والهولندي لسنة 2005 والسويدي⁽³⁾، كما قامت بعض التشريعات بإصدار قانون مكافحة الاتجار بالبشر أشارت من خلاله إلى صورة الاتجار بالأعضاء، كدول مجلس التعاون الخليجي التي أصدرت قانون رقم 91 لسنة 2013 في شأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، حيث أشار في مادته الأولى المتعلقة بتعريف الاتجار بالأشخاص إلى نزع الأعضاء كصور من صور الاتجار بالأشخاص وكذلك القانون الأردني لمنع الاتجار بالبشر.

ويُعتبر القانون المصري رقم 05 لسنة 2010، المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية، من بين القوانين التي تضمنت سياسة عقابية ملائمة لحماية الأشخاص ضد ظاهرة الاتجار بالأعضاء

1 - قرار بشأن مشروع القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع مكافحة الاتجار فيها 2009/11/19.

2 - فايز محمد حسين محمد، مرجع سابق، ص 422.

3 - المرجع نفسه.

البشرية، فقد أقر عقوبة السجن وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه على كل من يتعامل بالأعضاء أو أجزائها بالبيع، أو الشراء، أو بأي مقابل أيا كانت طبيعته؛ كما أقر العقوبة نفسها في حالة حصول المتبرع أو ورثته على أية فائدة مادية أو عينية من المريض المتلقي أو ذويه⁽¹⁾. كما جرم التعامل بأعضاء الأطفال من خلال نص المادة 291 عقوبات مصري المعدلة في 15 يونيو 2008 والتي نصت الفقرة الأخيرة منها على أن: «يعاقب بالسجن المشدد كل من نقل من طفل عضو من أعضاء جسده أو جزء منه ولا يعتد بموافقة أو المسؤول عنه»⁽²⁾. ومن أجل تفادي ظاهرة سياحة الأعضاء أصدر قواعد تمنع التبرع للأجانب⁽³⁾.

أشارت من جهة أخرى، المادة الثانية من قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر رقم 63 لسنة 2010 إلى اعتبار استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو جزء منها صورة من صور الاتجار بالبشر، وبناء عليه فالإتجار بالأعضاء ممنوع قانونا في مصر.

أما القانون الفرنسي فيعد من أكثر التشريعات التي أولت مسألة الاتجار بالأعضاء البشرية اهتماما بالغاً، يظهر ذلك من خلال صور الجرائم المنصوص عليها والعقوبات المقررة على مرتكبيها، والتي تختلف باختلاف نوع الأعضاء المتعدى عليها، فبالنسبة لاقتطاع الأعضاء بمقابل مادي أيا كان شكله يتعرض الجاني إلى عقوبة الحبس لمدة 07 سنوات وغرامة 100,000 أورو، كما يتعرض للعقوبة نفسها كل من يقوم بأعمال الوساطة حسب ما جاء في نص المادة 511-2⁽⁴⁾، أما التنازل عن الأمشاج المجردة أو الحصول عليها لقاء مقابل مادي تكون العقوبة بالحبس لمدة 05 سنوات وغرامة تقدر بـ 75000 أورو⁽⁵⁾.

1 - المادة 20 من القانون المصري.

2 - صلاح رزق عبد الغفار يونس، جريمة استغلال الأعضاء البشرية للأطفال في ظل قانون رقم 05 لسنة 2010، بحث تكميلي لرسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة 2009، ص 09.

3 - حسب ما نصت عليه المادة 4 من القانون رقم 5 لسنة 2010.

4 - Article 511-2 du code Pénal Français dispose que: « **Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, , quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100,000 euros d'amende.**

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui ».

5 - Article L 511-9 du code Pénal Français modifié par ordonnance n 2000-916 du 19septembre2000,dispose :« **Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euro d'amende ».**

لكن رغم كل هذه الإجراءات لتفادي الاتجار بالأعضاء، إلا أنه حسب البعض يبقى المشكل مطروحا بالنسبة للأعضاء التي يتم تداولها خارج الوطن، فهل تخضع لمبدأ المجانية، خاصة وأن هناك دول تسمح بتقديم المقابل ودول أخرى تمنع ذلك⁽¹⁾.

الفرع الثالث

المواجهة التشريعية للاتجار بالأعضاء البشرية وفقا للتشريع الجزائري

تتوافق المواجهة التشريعية للقانون الجزائري مع المعايير الدولية الواردة في المواثيق الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، وكذلك مع القوانين المقارنة لمكافحة الاتجار بالأعضاء، فقد حرص المشرع الجزائري على عدم ترك مسألة التنازل عن الأعضاء البشرية بمقابل مادي، رهينة الاجتهادات الفقهية والقضائية، فبعدما رتب عقوبات على من يتاجر بالدم البشري ومصله ومشتقاته وفقا لنص المادة 263⁽²⁾ من قانون حماية الصحة وترقيتها.

أدرج كذلك تعديلا لقانون العقوبات سنة 2009، جرم من خلاله الاتجار بالأعضاء البشرية ومشتقات الجسم، وذلك بموجب القانون رقم 09-01 المعدل لقانون العقوبات في القسم الخامس مكرر 01، تحت عنوان الاتجار بالأعضاء البشرية وتضمن عدة مواد تتعلق بتحديد أركان جريمة الاتجار (أولا)، والجزاء المترتب عن هذه الجريمة (ثانيا).

أولا - أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية:

لا تختلف جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية⁽³⁾ عن غيرها من الجرائم في الأركان الواجب توافرها والمتمثلة في الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي، رغم أنها تختلف عن جرائم الاتجار بالبشر

1 - فمثلا سلطات أوترش تسمح بدفع مقابل للمتبرع بالدم والبلازما، بينما فرنسا ترفض ذلك. كما أن القانون في ألمانيا وإفريقيا الجنوبية يسمح بدفع مقابل للتبرع بالدم ومنتجاته. انظر: MORVAN Sylvia, op. cit, pp 76 – 77.

2 - تنص المادة 263 من قانون حماية الصحة وترقيتها، «يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات ويغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج كل من يتاجر بالدم البشري ومصله ومشتقاته قصد الربح».

3 - جريمة المتاجرة بالأعضاء البشرية صنفتها الأمم المتحدة ضمن الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية وتنتشر هذه الظاهرة بشكل أساسي في الصين والهند وروسيا وبعض الدول أمريكا اللاتينية، ففي الصين مثلا يتم بيع أعضاء المسجونين المحكوم عليهم بالإعدام لمن يحتاج إليها مقابل 10.000 دولار للكلية الواحدة، وكذلك الحال بالنسبة إلى الهند حيث ساعد انتشار الفقر وانخفاض مستويات المعيشة على بيع الأفراد لأعضائهم ليتمكنوا من العيش، انظر كل من: برني نذير، مرجع سابق، ص 204، هامش رقم 2؛ سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، 2004، ص 188.

في نوعية الفاعلين التي تشمل إضافة إلى السماسرة والوسطاء، طائفة الأطباء وغيرهم من الممارسين في المجال الصحي كما تختلف في نوعية الضحايا الذين يكونون من الفقراء والمحتاجين.

أ - الركن الشرعي: تجريم أفعال انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا مقابل منفعة

تدعيما لاحترام مبدأ المجانية الذي نصت عليه المادة 161 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها: « لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية » .

إضافة إلى إرادة المشرع في ضبط الممارسات الطبية الحديثة بتجريم الأفعال التي تمس السلامة الجسدية، وتماشيا مع تكييف النصوص التشريعية مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، خاصة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة غير الوطنية والبروتوكول المكمل لها والمتعلق بمنع وقمع الاتجار بالأشخاص، خاصة النساء والأطفال المعتمدين من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 15 نوفمبر 2000⁽¹⁾، فقد جرم أفعال الاتجار بالأعضاء بمقابل بموجب نص المادة 303 مكرر 16 والتي جاء فيها: « يعاقب بالحبس من 3 سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1000.000 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص ».

كما جرم أيضا كل انتزاع لأنسجة أو خلايا أو تجميع مواد الجسم من شخص مقابل منفعة مالية مهما كانت طبيعتها، كما طبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم؛ بموجب نص المادة 303 مكرر 18⁽²⁾، مما يعني أن الوسيط يعتبر فاعلا أصليا في جريمة الاتجار بالأعضاء.

أما عدم التبليغ على ارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، فقد نظمها بموجب نص المادة 303 مكرر 25، والتي جاء فيها: « كل من يعلم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ولو كان ملزما بالسراة المهني ولم يبلغ فوراً السلطات المختصة بذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100,000 دج إلى 500,000 دج، فيما عدا الجرائم التي

1 - صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 9 نوفمبر 2003، ج ر عدد 69 الصادر في 12 نوفمبر 2003.

2 - تنص المادة 303 مكرر 18 على أنه: « يعاقب بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 100,000 دج إلى 500,000 دج كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد جسم شخص » .

ترتكب ضد القصر الذين لا تتجاوز سنهم 13 سنة، لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة».

إضافة إلى هذه النصوص القانونية، اعتبر المشرع الجزائري المتاجرة بالأعضاء البشرية ضمن الأفعال المشكلة للمتاجرة بالأشخاص، وذلك في القسم الخامس مكرر تحت عنوان: الاتجار بالأشخاص⁽¹⁾، وذلك في نص المادة 303 مكرر 4 التي أضافت عمليات نزع الأعضاء ضمن الأفعال المشكلة للمتاجرة بالأشخاص ومن بينها التجنيد والنقل والتهديد والاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو الاستغلال الجنسي والتسول والرق أو الاستعباد⁽²⁾.

ب - الركن المادي:

يقوم هذا الركن على ثلاثة عناصر منها صفة الجاني والفعل المتمثل في الحصول على العضو أو الانتزاع أو الشروع، ومحل الجريمة أي العضو أو النسيج المراد الحصول عليه مقابل منفعة مادية:

1 - بالنسبة لصفة الجاني: بالرجوع لأحكام المواد 303 مكرر 16 و 303 مكرر 18 فإنها لم تحدد صفة معينة للجاني، فقد جاءت عامة في تعبيرها: كل من يحصل من شخص، فقد يكون شخصا طبيعيا كالمريض أو سمسار يتوسط بين من هو بحاجة إلى عضو أو نسيج أو خلايا وبين من يملك هذا العضو، وقد يكون الجاني وسيطا يقوم بالوساطة لأطراف العملية قصد التشجيع لها، كأن يمتلك من وسائل الإقناع أو الخداع أو النصب ما يمكنه التأثير في نفوس الأشخاص

1 - بالرجوع إلى القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات نجد أنه تناول قسما خامسا مكرر تعلق بالاتجار بالأشخاص من المادة 303 مكرر 4 إلى 303 مكرر 15 وقسما خامسا مكرر 1 تعلق بالاتجار بالأعضاء من المادة 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 وقسما خامسا مكررا 2 يتعلق بتهريب المهاجرين من المادة 303 مكرر 30 إلى 303 مكرر 41.

2 - تنص المادة 303 مكرر 4 على: «يعد الاتجار بالأشخاص تجنيد أو نقل أو تنقل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمال غير ذلك من أشكال الإكراه أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضافة أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال ويشمل الاستغلال، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي استغلال الغير في التسول أو السخرة أو الخدمة كرها أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء...»، للإشارة فإن المشرع الجزائري أستنبط هذا التعريف من البروتوكول الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة غير الوطنية المؤرخ في 15 نوفمبر 2000، وذلك في نص المادة 3^أ.

المعنيين⁽¹⁾، كأن تتم الوساطة عن طريق الجماعات الإجرامية المنظمة⁽²⁾، أو عن طريق المؤسسات الصحية، أو عن طريق وسائل الإعلام المختلفة، كالصحف والمجلات، لكن أهمها تلك التي تتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة مثل الإنترنت⁽³⁾، إذ يتم اللجوء إليها لعدة اعتبارات منها أنها لا تكون خاضعة لرقابة أجهزة الدولة كما أنها تطرح مشاكل فيما يخص القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي وكذا مسؤولية مقدمي الخدمات على الإنترنت⁽⁴⁾.

وقد يكون الجاني، شخصا معنويا كالمؤسسات الإستشفائية الخاصة⁽⁵⁾ أو أية شركة مدنية كانت أو تجارية، باستثناء المؤسسات الإستشفائية العمومية باعتبارها أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام وهذا حسب ما جاء في نص المادة 303 مكرر 26⁽⁶⁾ والتي أقرت بمسؤولية الشخص المعنوي عن جرائم المتاجرة بالأعضاء البشرية، باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام تطبيقا لنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات⁽⁷⁾.

1 - انظر كل من: فرقان معمر، "جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية"، العدد 10، 2013، ص 131؛ عدلي سوزي ناشه، مرجع سابق، ص 187.

2 - عرفت الجريمة المنظمة حسب المادة 2 أ من البروتوكول مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على أنها: « جماعة محددة البنية مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر موجودة لفترة من الزمن، وتقوم معا بفعل مدبر يهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة المقررة وفقا لهذه الاتفاقية من أجل الحصول بشكل مباشر أو بغير مباشر على منفعة مالية أو مادية أخرى ».

3 - أصدر المشرع الجزائري قانون رقم 04-09 المؤرخ في 2009/08/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، جريدة رسمية عدد 47، صادر في 2009/08/16.

4 - برني نذير، مرجع سابق، ص 219.

5 - تنص المادة 208 مكرر قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون رقم 88-15 المؤرخ في 3 ماي 1988 على أنه: « تعتبر العيادات الاستشفائية الخاصة مؤسسات علاجية وإستشفائية، تمارس فيها نشاطات الطب والجراحة، بما فيها أمراض النساء والولادة، وكذا الاستكشاف لا يمكن أن تشغل هذه العيادات إلا من قبل:

أ - تعاقدية وجمعيات لا تهدف الربح.

ب - طبيب أو تجمعات أطباء » .

6 - تنص المادة 303 مكرر 26 من قانون العقوبات الجزائري: « يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون، وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون » .

7 - تنص المادة 51 مكرر والمعدلة بالقانون رقم 15-2004 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004: « باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال » .

أما فيما يخص جريمة عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية فلم يحدد المشرع الجزائري صفة معينة للجاني فقد يكون طبيبا أو جراحا أو قائما بالتحريض أو أي شخص يعلم بوقوع الجريمة، ويكون الشخص ملزما جزائيا حتى ولو كان ملزما بالسر المهني مادام المشرع قد ألزمه بالتبليغ حسب نص المادة 303 مكرر 25 قانون العقوبات الجزائري والتي تنص: « كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس سنوات (5) وبغرامة من 100.000 د.ج إلى 5000.000 د.ج.

فيما عدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة ».

2 - السلوك المجرم:

يتمثل السلوك المجرم في حصول الشخص على عضو من الأعضاء أو انتزاع الأنسجة أو خلايا أو تجميع مواد الجسم مقابل منفعة، كما يمكن أن يكون في التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو أو نسيج من جسم شخص.

أما فيما يتعلق بالحصول على أعضاء من الجثة بمقابل فلا يوجد أي نص يجرمه⁽¹⁾، مقارنة بجريمة الحصول على عضو أو نسيج بدون رضا صاحبه أين نصت المادة 303 مكرر 17 على تجريم كل من يحصل على أعضاء أو أنسجة من شخص دون رضاه سواء كان الشخص حيا أو ميتا.

3 - محل الجريمة:

قد يكون محل الجريمة الحصول على عضو من الأعضاء أو انتزاع أنسجة أو خلايا أو تجميع مواد الجسم، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 303 مكرر 16 و 303 مكرر 18، مما يفهم أن المشرع الجزائري أقر بوجود اختلاف بين مشتقات الجسم وأعضاء الجسم وهذا نتيجة إفراده لعقوبات مختلفة في حالة التعامل بها بمقابل مادي.

1 - بينما القانون المصري في قانون رقم 05 لسنة 2010 جرم حسب المادة 20، كل من يتعامل بالأعضاء البشرية أو أجزائها بالبيع أو الشراء أو بأي مقابل أيا كانت طبيعته أو في حالة حصول المتبرع أو ورثته على أية فائدة مادية أو عينية من المريض المتلقي أو ذويه.

لكن، رغم وجود اختلاف من حيث العقوبة المقررة في كل من الأعضاء والأنسجة إلا أن المشرع الجزائري استعمل عنوان الاتجار بالأعضاء في القسم الخامس مكرر¹ وكان من الأحسن تسميته بالاتجار بالأعضاء ومشتقاته.

أما عن المقابل المادي أو المنفعة التي يمكن أن يتحصل عليها الجاني فهذا يعتبر المركز الذي يدور عليه التجريم، فالجريمة تقوم في حق الشخص مهما كانت طبيعة المنفعة سواء كان المقابل المادي منقولاً أو عقاراً أو خدمة، وحتى ولو كان برضا الشخص المأخوذ منه العضو.

أما عن تعويض المتبرع وتأثيره على قيام الجريمة باعتباره مقابلاً مادياً يخل بمبدأ المجانية، فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة، ولم يبين ما إذا كان يمكن تقديم تعويض للمتبرع أم لا، وما إذا كانت هذه التعويضات تدخل ضمن مفهوم المقابل المادي، مما يستوجب تدخل المشرع الجزائري لوضع قواعد قانونية تنظم هذه المسألة وتبين ما إذا كانت هذه التعويضات مباحة أم لا على غرار ما هو متبع في التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي الذي نص صراحة في المادة 1211-4⁽¹⁾ على أنه يمكن تعويض المصاريف التي أنفقها المتبرع من طرف المؤسسة الصحية التي تقوم بإجراء العملية.

ج - الركن المعنوي:

يتحقق القصد الجنائي في المتاجرة بالأعضاء البشرية بتحقيق العلم والإرادة لدى الجاني على أنه يقوم بالمتاجرة بأعضاء جسم الإنسان أو أنسجته أو خلاياه، مع علمه بأن القانون ينهى عن ذلك ويعاقب عليه. كما أنه في الغالب جريمة الاتجار بالأعضاء تقتزن بجرائم أخرى كالتزوير والتهريب والنصب والاحتيال، مما يجعل القصد الجنائي للجريمة أكثر وضوحاً⁽²⁾.

وبخصوص الركن المعنوي في جريمة عدم تبليغ السلطات المختصة، فإنه يقوم على أساس علم الشخص بجريمة الاتجار بالأعضاء وإرادته في التستر على ارتكابها ولو لم يكن مساهماً فيها⁽³⁾.

1 - Article L1211-4 du code de la santé publique Français dispose : « *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* ».

2 - معمر فرقان، مرجع سابق، ص 132.

3 - المرجع نفسه، ص 134.

ثانيا - العقوبة المترتبة على جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية:

فرض المشرع الجزائري عقوبات صارمة قد تكون كفيلة بمحاربة الاتجار بالأعضاء البشرية على كل شخص طبيعي أو شخص معنوي يتاجر بالأعضاء البشرية ومشتقاتها، إذ تطرق إلى تحديد العقوبة على الجريمة في صورتها البسيطة، وعقوبة في حالة اقتران الجريمة بالظروف المشددة، إضافة إلى تحديده لعقوبات تكميلية والفترة الأمنية، و الأعدار القانونية المخففة والمعفية من العقاب.

أ - العقوبات المقررة للشخص الطبيعي:

ميز المشرع الجزائري بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي الذي يتاجر بالأعضاء البشرية، أو الذي يتوسط ويساهم في هذه الجريمة في صورتها البسيطة وفي حالة اقترانها بظروف مشددة كما يلي:

1- عقوبة الجريمة في صورتها البسيطة:

رغم أن المشرع الجزائري كيف كلا من جريمة الحصول على عضو مقابل منفعة مادية وانتزاع الأنسجة وخلايا أو تجميع مواد الجسم مقابل منفعة، على أنه جنحة غير أنه ميز بين العقوبة المقررة في حالة الحصول على عضو مقابل منفعة وانتزاع أنسجة أو خلايا مقابل منفعة، فبالنسبة لجريمة الحصول على عضو من الأعضاء البشرية لقاء مقابل مادي فقد تكون العقوبة من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300,000 دج إلى 1000,000 دج، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم الشخص وهذا حسب ما نصت عليه المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري.

أما عقوبة جنحة انتزاع أنسجة، أو خلايا، أو جمع مواد من جسم شخص مقابل منفعة فتكون بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100,000 دج إلى 500,000 دج وهي نفس العقوبة المقررة لمن يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 303 مكرر⁽¹⁾، كما يعاقب على الشروع في ارتكاب جنحة الاتجار بالأعضاء بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة وهذا حسب ما جاء في نص المادة 303 مكرر 27 والتي تنص: «يعاقب على الشروع في ارتكاب الجرح المنصوص عليها في هذا القسم بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة» .

1 - تنص المادة 303 مكرر 18 فقرة 2 على أنه: « وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ».

مما يلاحظ، أن المشرع الجزائري قرر عقوبات صارمة في حق من يتاجر بالأعضاء البشرية والتي تكون أشد من عقوبة المتاجرة بالأنسجة أو الخلايا ، بسبب أن الأضرار تكون أشد في حالة نزع العضو من الجسم، مقارنة بانتزاع الأنسجة والخلايا التي يمكن للجسم تجديدها وتعويضها.

2- عقوبة الجريمة في الظروف المشددة:

إذا اقترنت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية مع ظروف التشديد المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 والمتمثلة في أحد الظروف الآتية:

- إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.

- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.

- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

ففي هذه الحالة يكون العقاب مشددا يتراوح بين جنحة مشددة (1) وجناية (2) والمنع من تطبيق الفترة الأمنية (3) ومنع الاستفادة من الظروف المخففة (4) إضافة إلى تطبيق العقوبات التكميلية (5).

فنكون أمام جنحة مشددة في حالة انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو تجميع مواد الجسم بمقابل مع توافر ظرف من الظروف المشددة، وتكون العقوبة حينئذ بالحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500,000 دج إلى 1500,000 دج.

أما عقوبة الجناية فتكون في حالة الحصول على عضو من الأعضاء مقابل منفعة مع توافر ظرف من الظروف المشددة، وتكون العقوبة من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1000,000 دج إلى 2000,000 دج.

- المنع من تطبيق الفترة الأمنية:

يمنع القانون إفادة الشخص المرتكب للجريمة من نظام الفترة الأمنية وهذا ما نصت عليه المادة 303 مكرر 29 على أنه: «تطبق أحكام المادة 60 مكرر المتعلقة بالفترة الأمنية على الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم»، وبالرجوع إلى المادة 60 مكرر المعدلة بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، فإنها بينت الفترة الأمنية على أنه: « يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة والوضع في الورشات الخارجية أو البيئية المفتوحة، وإجازات الخروج والحرية النصفية والإفراج المشروط.

وتطبق في حالة الحكم بعقوبة سالبة للحرية مدتها تساوي أو تزيد عن عشر 10 سنوات بالنسبة للجرائم التي ورد النص فيها صراحة على فترة أمنية تساوي مدة الفترة الأمنية نصف العقوبة المحكوم بها، وتكون مدتها خمس عشر (15) سنة في حالة الحكم بالسجن المؤبد ...».

- منع الاستفادة من الظروف المخففة:

يمنع الشخص من الاستفادة من الظروف المخففة⁽¹⁾، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 303 مكرر 21 على أنه: « لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا القسم من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من هذا القانون ».

- العقوبات التكميلية:

تطبق عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من قانون العقوبات الجزائي على الشخص الذي يرتكب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وهذا حسب ما جاء في نص المادة 303 مكرر 22 والتي تنص: « تطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لارتكاب جريمة منصوص عليها في هذا القسم عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من هذا القانون ».

كما أضافت المادة 303 مكرر 23⁽²⁾، منع أي أجنبي من الإقامة في التراب الوطني نهائيا أو لمدة 10 سنوات إذا أدين بجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

1 - المادة 53 من قانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006: « يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الذي قضى بإدانته وتقررت إفادته بظروف مخففة وذلك إلى حد:

- 1- 10 سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي الإعدام.
- 2- 05 سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤبد.
- 3- 03 سنوات حبسا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من 10 سنوات إلى عشرين (20) سنة.
- 4- سنة واحدة حبسا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات ».

2 - تنص المادة 09 من القانون رقم 23/06 « العقوبات التكميلية هي:

- 1- الحجز القانوني
- 2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية
- 3- تحديد الإقامة
- 4- المنع من الإقامة
- 5- المصادرة الجزئية للأموال
- 6- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط

ب - العقوبة المقررة للشخص المعنوي:

يخضع الشخص المعنوي للمساءلة الجزائية عن جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية وهذا وفقا لنص المادة 303 مكرر 26 والتي تنص: « يكون الشخص المعنوي مسئولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون ». وبالرجوع إلى المادة 18 مكرر من قانون العقوبات نجد أنها نصت على العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي والتي تتمثل في: غرامة مالية تساوي مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي.

- واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية والمتمثلة في حل الشخص المعنوي.
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات.
- المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (05).
- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.
- نشر وتعليق حكم الإدانة.
- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز (05) سنوات وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه.

لكن الملاحظ أن المشكل يبقى مطروحا في حالة إجراء هذه العمليات في مؤسسات استشفائية عامة غير مرخص لها بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فرغم أن المشرع الجزائري نص

=7- إغلاق المؤسسة**8- الإقصاء من الصفقات العمومية****9- الحظر من إصدار الشيكات ولأو استعمال بطاقات الدفع****10- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة****11- سحب جواز السفر****12- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة .**

وتنص المادة 303 مكرر 23: « تقضي الجهة القضائية المختصة بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشر (10) سنوات على الأكثر » .

على ضرورة إجراء هذه العمليات في مؤسسات إستشفائية عامة مرخص لها بذلك⁽¹⁾، إلا أنه لم يضع نصا جزائيا يقر بمسؤولية المستشفيات التي تقوم بهذه العمليات بدون ترخيص، عكس ما هو مطبق في التشريع المصري⁽²⁾ والفرنسي⁽³⁾، الذي رتب عقوبات في حالة إجراء عملية من عمليات نقل وزرع الأعضاء في غير المنشآت الطبية المرخص لها بذلك في نص العقوبات الفرنسي.

أخيرا ووفقا لما تم بيانه، نلاحظ أن المشرع الجزائري خلال تنظيمه لجرائم الاتجار بالأعضاء البشرية بموجب القانون رقم 01/09 اتبع منهج التشديد في العقاب مع مرتكبي هذه الجرائم، سواء كانوا فاعلين أصليين أو وسطاء، وهذا من أجل حماية الأشخاص ضد ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية. و قد ميز بين جسامة العقوبة بحسب ما إذا كان الفعل المخالف يتمثل في الحصول على الأعضاء أم مجرد انتزاع للأنسجة أو الخلايا، كذلك أقر عقوبات تكميلية على سبيل الالتزام، إضافة إلى عدم أخذه بالظروف المخففة و شدد العقوبة في حالة اقتران الجريمة بالظروف المشددة.

غير أنه، رغم كل هذه العقوبات المقررة لمكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء، إلا أن المشرع الجزائري أغفل ذكر بعض العقوبات فيما يخص حالة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في مؤسسات طبية غير مرخص لها، إضافة إلى عدم ذكره لعقوبات في حالة عدم احترام مبدأ السرية والذي يعتبر مبدأ جوهريا لتفادي ظاهرة الاتجار بالأعضاء. كما لم يرتب جزاءات في حالة صدور قرار بموت الشخص المتبرع دون احترام المعايير العلمية و الاختبارات المنصوص عليها قانونا، أي دون ثبوت الموت ثبوتا يقينيا كما هو معمول به في التشريع المصري في نص المادة 21 من قانون 05 لسنة 2010 الذي عاقب بعقوبة القتل العمد مع سبق الإصرار كل من نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان دون ثبوت موته ثبوتا يقينيا.

1 - انظر المادة 167 فقرة 01: « لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي

يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة ».

2 - هذا ما نصت عليه المادة 18 من القانون المصري.

3 - Article 511-7 du code pénal Français dispose : « *Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des greffes d'organes, à des prélèvement de tissus ou de cellules, à des greffes de tissus ou à des administrations de préparation de thérapie cellulaire, à la conservation ou à la transformation de tissus ou de préparations de thérapie cellulaire dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les Articles L1233-1-L1234-2 L1243-2 ou L1243-6 du code de la santé publique ou après le retrait ou la suspension de cette autorisation et puni de deux ans d'emprisonnement et 30.000 euro d'amende* ».

خلاصة الباب الثاني

بعدما تم استخلاص الصور الخاصة بالتعامل بالأعضاء البشرية، والتي تتمثل في عمليات نقل الأعضاء والتجارب الطبية فقد تبين أنها مباحة شرعا وقانونا وفق ضوابط وشروط قانونية مختلفة، لهذا تم التوصل استنتاج أهم المبادئ التي تحكم التعامل بالأعضاء البشرية، مع إبراز حقيقة دورها ومدى تكريس القوانين لقيود تضمن تفعيل هذه المبادئ، وقد تمحورت هذه المبادئ خاصة في مبدأ الرضا المتبصر، ومبدأ المجانية والتي شكلت موضوع دراسة الباب الثاني من الرسالة.

تركز الاهتمام أولا على أهمية الحصول على الرضا أو الموافقة لدى كل من المتبرع والمريض في مجال عمليات زرع الأعضاء وموافقة الشخص المتطوع في مجال التجارب الطبية، إذ يعتبر الرضا القاسم المشترك بينهما والركيزة الأساسية التي تقوم عليها هذه الممارسات الطبية الحديثة، بحيث لا يتصور إجرائها بدون موافقة الشخص الخاضع لها.

فالرضا يشكل ضمانا أساسية تعمل على تحقيق التوازن بين توفير القدر اللازم من الحماية القانونية للمتبرع وبين الاستفادة من مزايا الممارسات الطبية المستحدثة، بوصفها من الطرق العلاجية التي تفيد البشرية، لذلك وللتحقق من فعالية الدور الذي يلعبه الرضا أو الموافقة في تحقيق هذه الموازنة، تمت دراسة القيود العامة التي كرستها القوانين لتأكيد صحة وجود الرضا وفعاليتها، والتي تتمثل في ضرورة التبصير، الموافقة حرة، والرجوع عن الموافقة، اشتراط الكتابة، مع إبراز الأثر المترتب على تخلف أحد هذه الشروط أو المسؤولية المترتبة على تخلف الرضا بصفة عامة.

وبعد إبراز دور الإرادة كمبدأ أساسي للتعامل بالأعضاء البشرية، تبين أيضا الدور الذي يلعبه مبدأ المجانية أو عدم مالية جسم الإنسان في حماية الأشخاص الخاضعين للتعامل، وذلك باعتبار أن جسم الإنسان وأعضائه ومنتجاته ليس بمال أو سلعة ولا تخضع للتعامل المالي والتجاري.

وعليه، تم تكريس مبدأ المجانية سواء في مجال نقل الأعضاء أو التجارب الطبية لدى مختلف التشريعات، وقامت بوضع شروط تعمل على تفعيل هذا المبدأ وضمانه، متمثلة أساسا في شرط السرية، القرابة، حظر الدعاية الشخصية والإعلانات، تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية، وجوب إجراء هذه العمليات في المؤسسات المرخص لها. وتدعيما أيضا لمبدأ المجانية تم إدراج عقوبات جزائية وإدارية وتأديبية ومدنية صارمة تسلط على كل من خالف هذه الأحكام وتمنع أي ابتزاز مادي قد يقع سواء على المتبرع في عمليات نقل الأعضاء أو المتطوع في مجال التجارب الطبية.

خاتمة

هكذا وبحمد الله قد تم البحث في التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية حيث تطرقنا أولاً إلى تأكيد حقيقة وجود تعامل بالأعضاء البشرية، من خلال إبراز بعض مظاهر التعامل، والتي لا تحقق أية مصلحة علاجية للشخص الخاضع لها.

يظهر ذلك خاصة في مجال عمليات زرع الأعضاء والتجارب الطبية والتي تعتبر من أهم التدخلات الطبية الحديثة الواقعة على جسم الإنسان؛ والتي تشكل خطورة وتأثيراً على حياة الإنسان وخروجاً عن القواعد العامة المستقرة التي تحمي الحق في الحياة وسلامة الجسد إلا لضرورة علاجية.

ورغبة في إبراز التنظيم القانوني لهذه العمليات، تم إظهار حرص القانون والفقه والشرعية الإسلامية على أعمال قواعد تنظم هذه الممارسات وفق مبادئ قانونية إنسانية وأخلاقية، جوهرها حق الإنسان في الرعاية الصحية وحقه في الحياة وسلامة الجسد؛ والتي تتجسد في مبدأ احترام الإرادة الشخصية عن طريق الحصول على الموافقة المتبصرة للشخص الخاضع للتعامل، إضافة إلى قبول ثقافة التبرع والتضامن الإنساني والاجتماعي بدون مقابل والتي تتجسد أيضاً في مبدأ عدم مالية جسم الإنسان أو مبدأ مجانية التعامل.

لذلك، للوصول إلى حقيقة دور هذه المبادئ في تكريس الحماية الفعالة لجسم الإنسان تمّ البحث عن الضمانات التي كرستها مختلف القوانين من أجل تفعيل هذه المبادئ.

فبالنسبة للدور الذي يلعبه الرضا أو الموافقة في تحقيق هذه الموازنة، اتضح أنه من بين الشروط التي تعمل على ضمان دور الإرادة، ضرورة تبصير كل من المتبرع والمريض في مجال عمليات زرع الأعضاء، وتبصير المتطوع في مجال التجارب الطبية تبصيراً كاملاً بكافة نتائج وآثار هذه العمليات، سواء المؤكدة أو المحتملة أو الاستثنائية، إضافة إلى أن تكون الموافقة حرة، متبصرة، صادرة من شخص آهل ومتمتع بقواه العقلية، مع إمكانية الرجوع عن الموافقة في أي مرحلة وبدون أية مسؤولية.

كما وضعت التشريعات المختلفة ضمانات شكلية لإثبات توفر سلامة الرضا وجديته منها؛ اشتراط الكتابة، إضافة إلى اشتراط بعض التشريعات في مجال نقل الأعضاء على وجوب تلقيه أمام القضاء، كالتشريع الفرنسي، والذي يعتبر بمثابة حماية فعالة للمريض والمتبرع، وفي نفس

الوقت للأطباء المسؤولين عن العملية. إضافة إلى تكريس مختلف التشريعات لجزاءات مدنية وجنائية وتأديبية في حالة الإخلال بشرط الرضا.

أما عن موقف المشرع الجزائري ومدى تكريسه لمبدأ الرضا المتبصر ولقيود تضمن تفعيله، فيلاحظ في مجال التجارب الطبية، أنه رغم نصه على وجوب الحصول على موافقة الخاضع للتجربة في قانون حماية الصحة وترقيتها، إلا أنه لم يدعم هذا المبدأ بشروط تضمن تفعيل هذه الموافقة. إذ لم ينص على كيفية التعبير عنها ولا على شرط التبصير والإعلام ولا على محتواه ولا على ضرورة أن يكون الرضا حرا.

لكن، بالرجوع إلى القرار رقم 387 لسنة 2006 والمتعلق بالتجارب السريرية، الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات، نجد أنه نص على ضرورة الحصول على الموافقة المتبصرة للشخص الخاضع للتجربة، وهذا بعد تبصيره الكامل بهدف التجربة ومدتها وكيفية إجرائها ومخاطرها، إضافة إلى تبصيره بحقه في العدول عن موافقته وبدون أن تترتب عليه أية مسؤولية.

كما نص على قيام مسؤولية المشرف على التجربة بالنسبة للتجارب التي لا تحقق فائدة مباشرة للشخص الخاضع لها حتى ولو لم يكن الضرر ناتجا عن خطئه.

لكن رغم ذلك، فإن المشرع الجزائري لم يدعم الإخلال بمبدأ الموافقة بحماية فعالة إذ لم ينص على عقوبات جزائية على غرار ما هو متبع عليه في التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي، إضافة إلى أنه كان من الأحسن النص على الأحكام الخاصة بالموافقة في قانون حماية الصحة وترقيتها من أجل تسهيل إطلاع الأشخاص على أحكامها.

وبخصوص عمليات نقل وزرع الأعضاء، فقد احتاط بشكل عام من أجل تكريس مبدأ الموافقة، إذ فرض على الطبيب المعالج ضرورة إعلام المتبرع والمستقبل بنتائج العملية ومخاطرها، كما فرض أن يكون المتبرع بالغا مكتملا، ونص على إمكانية الرجوع عن الموافقة في أية مرحلة، كما سار على نهج التشريعات المقارنة في طريقة التعبير عن الرضا، فقد اشترط الكتابة وضرورة حضور شاهدين أمام طبيب رئيس المصلحة، لكن، رغم كل هذه التدابير وإن كانت كفيلة باحترام الحد الأدنى من الوعي والحرية لدى المتبرع، إلا أنها ليست كافية؛ وذلك لصعوبة التحقق من وجود الرضا فوجود الشاهدين لا يعتبر ضمانا فعالة للتحقق من صحة الرضا والإعلام والتبصير الكامل.

لهذا، كان من الأحسن الأخذ بما هو متبع في التشريع الفرنسي، والمتمثل في الإعلان عن الرضا أمام القضاء، فهذا التشديد قد يساهم في حماية الأشخاص الخاضعين للتعامل، إضافة إلى ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتوسيع دائرة الإعلام والتبصير في جوانبه المختلفة.

وبخصوص حقيقة الدور الذي يلعبه الرضا أو الموافقة في مجال نقل الأعضاء من الجثة، فقد لاحظنا استبعاد مبدأ الرضا المتبصر بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بمبدأ الموافقة المفترضة كالتشريع الفرنسي؛ وذلك تحقيقا لمصلحة الغير وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية، إذ يعتبر هذا بمثابة خرق صارخ لمبدأ الموافقة المكرسة قانونا في مجال التعامل بأعضاء الجثة، فالقانون في هذه الحالة لا يبحث عن التحقق من وجود الرضا بل يعمل على مخالفته، باعتبار أن، كل من لم يعبر عن رفضه بنقل أعضائه بعد الوفاة يعتبر قد وافق على نقل وزرع الأعضاء، مما يشكل ترخيصا قانونيا على الزرع والنقل وليس احتراما لإرادة الشخص.

ويظهر كذلك استبعاد مبدأ الموافقة أو الرضا المتبصر من خلال اللجوء إلى موافقة الأقارب للحصول على أعضاء من جثة الشخص الذي لم يعبر عن موافقته.

ويتضح أكثر استبعاد مبدأ الرضا أو الموافقة كليا في مجال استئصال الأعضاء من الجثة بالاعتماد على الاستئصال القسري بدون موافقة أحد، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة ولكون الجثة ملك للدولة، وهذا ما تم ملاحظته أيضا من خلال دراستنا لموقف المشرع الجزائري أين مزج بين الاتجاهات الثلاثة، أي أخذ بموافقة الشخص بدون تحديد الطبيعة القانونية للموافقة إن كانت شكلية أو شفوية، ثم أخذ بضرورة الإعلان عن الرفض الكتابي مع عدم فهمنا لضرورة إدراج هذه المادة ما دام المشرع الجزائري لا يأخذ بمبدأ الموافقة المفترضة. ثم نص على إمكانية الأخذ بموافقة الأقارب في حالة عدم إعلان الشخص عن رغبته قبل وفاته، ثم أخذ بمبدأ الاستئصال القسري بدون موافقة أحد في حالة توفر الحالة الاستعجالية وفي حالة الأشخاص الذين لا تعرف هويتهم مع تحديد العضو بالقرنية والكلية فقط.

كل هذا يبين أن المشرع الجزائري لم يتخذ موقفا واضحا ومحددا، فقد أخذ بمبدأ الرضا أو الموافقة ثم استبعده في حالات أخرى، وهذا كله من أجل الحصول على أكبر قدر من الأعضاء، فرغم أن هذا الموقف قد يساعد على الحصول على الأعضاء البشرية ويساعد على تطوير عمليات نقل وزرع الأعضاء، إلا أنه لا يجب أن يكون على حساب الإخلال بمبدأ الموافقة أو احترام الإرادة الشخصية.

بناءً على هذا لا يوجد ما يبرر الأخذ بموافقة الأقارب لسبب أن الجثة ليست من ضمن التركة، كما أن هذا الموقف لا يراعي المسألة النفسية والإنسانية لأهل وعائلة المتوفى، فليس من العدل أن تكون إرادة الشخص بيد العائلة، فإرادة الشخص لا يجب أن تحل محلها إرادة أخرى.

كما لا يمكن تأييد الاستئصال القسري بدون موافقة أحد، ذلك لأن هذه الطريقة قد تؤدي إلى الاعتداء على حياة الأشخاص المحرومين والمشردين والذين لا أهل لهم، فهو بمثابة تطاول على الحريات العامة المكفولة دستورياً.

لهذا كان من الأحسن ومن أجل الحصول على أكبر عدد من الأعضاء البشرية، اللجوء إلى التحسيس بأهمية هذه العمليات ودورها في إنقاذ الكثير من المرضى وهذا عن طريق تعزيز دور الإعلام والتبصير بهذه العمليات في المؤسسات التربوية والجامعات واعتبارها أولوية وطنية من أجل نشر ثقافة التبرع بالأعضاء بعد الوفاة.

تكملة لدور الإرادة كمبدأ أساسي للتعامل بالأعضاء البشرية، تم تكريس مبدأ المجانية سواء في مجال نقل الأعضاء أو التجارب الطبية لدى مختلف التشريعات والتي قامت بوضع قيود تعمل على تفعيل هذا المبدأ وضمانه؛ تتمثل خاصة في شرط السرية والقرابة وحظر الدعاية الشخصية والإعلانات ومنع الاتجار بالأعضاء البشرية، ووجوب إجراء هذه العمليات في المؤسسات المرخص لها، تحت إشراف ورقابة هيئات مختصة. وتدعيماً أيضاً لمبدأ المجانية، تم إدراج عقوبات جزائية وإدارية وتأديبية ومدنية صارمة تسلط على كل من يخالف هذه الأحكام وتمنع أي ابتزاز مادي قد يقع سواء على المتبرع في عمليات نقل الأعضاء أو المتطوع في مجال التجارب الطبية.

والجدير بالذكر، أنه رغم تكريس التشريعات لشروط تعمل على تفعيل مبدأ المجانية إلا أن هناك من حاول الخروج عنها، ويظهر ذلك خاصة في توسيع المشرع الفرنسي لدائرة القرابة فيما يخص نقل الأعضاء بين الأحياء إلى كل من له علاقة وطيدة بالمستقبل لمدة عامين (02)، مما قد يشكل مساساً بمبدأ المجانية، ويؤدي إلى فتح الباب أمام الاتجار بالأعضاء.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري، فنجد أنه نص على هذا المبدأ في مجال التجارب الطبية لكن بموجب قرار رقم 387 الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات، مع نصه على وجوب تعويض المصاريف التي تكبدها الشخص الخاضع للتجربة، إضافة إلى مجموعة من القيود التي تعزز هذا المبدأ والتي تتمثل أساساً في ضرورة إجراء هذه التجارب في المؤسسات الصحية

المعتمدة، والتي يجب أن تخضع لرقابة وزارة الصحة ورأي لجان الأخلاقيات الطبية والمجلس الوطني للأخلاقيات والعلوم الطبية، لكن، رغم ذلك أغفل النص على العقوبات الجزائية في حالة الإخلال بهذا المبدأ أو بشرط من شروط تفعيله.

أما في مجال عمليات نقل الأعضاء، فقد تم تكريسه في قانون حماية الصحة وترقيتها كما وضع قيود تعمل على تفعيله، فقد نص على شرط السرية وعلى وجوب إجراء هذه العمليات في المؤسسات العامة المرخص لها تفاديا للاتجار بالأعضاء.

كما نص على عقوبات وجزاءات في حالة الإخلال بمبدأ المجانية في التعديل الأخير لقانون العقوبات رقم 09-01، لكن، رغم ذلك أغفل ذكر بعض القيود الكفيلة بتفعيل مبدأ المجانية، فلم ينص على شرط القرابة ولم يحظر الدعاية والإعلانات الإشهارية، ولم ينص على وجوب تعويض المتبرع في حالة الإضرار به رغم أن معظم التشريعات أكدت عليه ولم تعتبره خرقاً لمبدأ المجانية، كما لم ينص على عقوبات في حالة الإخلال بمبدأ السرية ولا على عقوبات في حالة إجراء العمليات في مؤسسات غير مرخص لها.

انطلاقاً مما تقدم يمكن استخلاص النتائج التالية:

1- ضرورة تعديل قانون حماية الصحة وترقيتها خاصة المواد المتعلقة بزرع الأعضاء والتجارب الطبية، وذلك بإصدار قانون كامل ومحدد بكل مضامينه، ينظم هذه التقنيات الطبية المستحدثة، ويعمل على حماية كل من المتبرع والمريض في عمليات نقل الأعضاء، والمتطوع في مجال التجارب الطبية، مع التركيز على أن تتماشى هذه القوانين مع الشريعة الإسلامية.

2- تحفيز المواطنين على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة، وذلك بتفعيل دور الإعلام والتوعية والتبصير والتحسيس بأهمية هذه العمليات في المؤسسات التربوية والجامعات والمساجد ومؤسسات المجتمع المدني، مع جعل التبرع بالأعضاء البشرية أولوية وطنية من أولويات الصحة في المقررات الدراسية والجامعية والتظاهرات العلمية بصفة دورية على غرار ما هو متبع في التشريعات المقارنة.

3- تسهيل الإعلان عن الموافقة والرغبة بالتبرع بالأعضاء بعد الوفاة، وذلك عن طريق إنشاء سجل وطني آلي يختص باستقبال الموافقة فقط، والذي يجب أن تشرف عليه هيئة موثوق بها، كالوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، مع تحديد المعايير الخاصة لتوزيع الأعضاء البشرية وفقاً لقواعد العدل والإنصاف.

4- ضرورة تعويض المتبرع عن الأضرار التي تلحق به، مع إلزامية تأمين كل الأضرار والأخطار الصحية المحتملة.

5- ضرورة النص على وجوب إصدار الموافقة بالتبرع أثناء الحياة أمام قاض بعد تبصير المتبرع تبصيرا كاملا من طرف لجنة طبية خاصة، وذلك من أجل التأكد من حرية وحقيقة وجود الرضا.

وفي ختام هذه الدراسة، يمكن القول أنه عندما يقدم الشخص على التبرع بأعضائه بإرادته الحرة والواعية، سواء أثناء حياته أو بعد وفاته بدافع الحب والإنسانية، يكون قد رسم على صفحة الحياة صورة إنسانية تحمل في طياتها أجمل معاني النبل والتضحية، جزاؤه فيه يكون صدقة جارية، وأمر يستحق كل التقدير، على أن يكون ذلك دائما في إطار احترام إرادة الشخص سواء أثناء حياته أو بعد وفاته، وفي إطار احترام مبدأ المجانية وعدم تحقيق أية مصلحة مادية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً - المصادر:

أ - القرآن الكريم.

ب - كتب الحديث النبوي الشريف:

* ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ت.).

* أبو بكر جعفر بن محمد الفريابي، كتاب القدر، تحقيق عبد الله بن حمد المنصور، دار أضواء السلف، العربية السعودية، 1997.

* أبو عبد الله بن سلامة القضاة، مسند الشهاب، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986.

* أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، جزء 40، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001.

* مسلم بن الحجاج النيسابوري، المسند الصحيح المختصر، المعروف بصحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت.).

ثانياً - المراجع باللغة العربية:

أ - الكتب القانونية:

1. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، (د.ن.)، (د.م.)، 1987.

2. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية لمشروعية نقل وزرع الأعضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

3. أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.

4. أسامة السيد عبد السميع، مدى مشروعية التصرف في الجسم الآدمي في ضوء الشريعة والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

5. أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

6. إسماعيل غازي مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2006.

7. إفتكار ميهوب دبان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2006.
8. أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض حامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
9. الأودن سمير عبد السميع، المسؤولية القانونية للطبيب والمستشفى والصيدلي، مع شرح قانون تنظيم زرع الأعضاء رقم 5 لسنة 2010، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011.
10. أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي القاهرة، 2010.
11. بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
12. بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000.
13. _____، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
14. بن النوى خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون، منصور، 2010.
15. جبيري ياسين، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
16. جعفر محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، دار هومه، الجزائر، 2011.
17. جمال مهدي محمود الأكشة، تشريح جثة الإنسان، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011.
18. حروزي عز الدين، الطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2008.
19. حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
20. الحسن إبراهيم محفوظ، التجارب الطبية بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

21. خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
22. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
23. خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2014.
24. خلفي عبد الرحمان، أبحاث معاصرة في القانون الجنائي المقارن، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
25. الديات سميرة عايد، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
26. رأفت محمد أحمد حماد، أحكام العمليات الجراحية، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
27. رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
28. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
29. _____، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة، الجزائر، 2012.
30. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
31. زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
32. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
33. سطحي سعاد، نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة فقهية طبية قانونية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2007.
34. صابر محمد محمد السيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
35. ضياء عبد الله عبود جابر الأسدي، حق السلامة في جسم المتهم، منشورات زين الحقوقية، الأردن، 2009.

36. عادل عبد المجيد الفجال، ضوابط استئصال الأعضاء البشرية من الجثث الآدمية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.
37. عارف علي عارف القرة داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة، الجامعة الإسلامية الدولية الماليزية، موالامبور، 2010.
38. عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية وفيرس الإيدز، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
39. عبد الفتاح عطا الله، زرع الأعضاء بين الحاضر والمستقبل، المركز العربي للوثائق والمطبوعات الصحية، الكويت، 2007.
40. عبد القادر الحسني إبراهيم محفوظ، التجارب الطبية بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
41. علاء علي حسين نصر، النظام القانوني للاستئصال البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
42. علام عمر، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي قرقاق للطباعة والنشر، المغرب، 2001.
43. عمر أبو الفتوح الحامي، الاتجار بالأعضاء البشرية بين الواقع والقانون، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2010.
44. مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
45. محمد أيمن الصافي، غرس الأعضاء في جسم الإنسان، وزارة الإعلام، جدة، 1986.
46. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
47. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
48. _____، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
49. محمد حماد الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
50. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة مقارنة في القانون المدني والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، 2010.
51. محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم، دمشق، 1994.

52. محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
53. محمود إبراهيم محمد مرسى، نطاق الحماية الجنائية للميئوس من شفائهم والمشوهين خلقياً، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، 2009.
54. مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
55. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومه، الجزائر، 2003.
56. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
57. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
58. ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
59. نسرین سلمان حسن منصور، مشكلات المسؤولية المدنية الناجمة عن إجراء عمليات الاستئساخ على البشر، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
60. نسرین عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، 2008.
61. هيكل حسين، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، الإسكندرية.

ب - الرسائل والمذكرات الجامعية:

- الرسائل الجامعية:

1. إيمان محمد صلاح الدين الشيخ، التجارب الطبية بين التجريم والمشروعية، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، الإسكندرية، 2011.
2. بحماوي شريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.
3. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

4. **بوشي يوسف**، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، 2013.
5. **حبيبة سيف سالم راشد الشامسي**، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005.
6. **رضا عبد الحليم عبد المجيد**، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1996.
7. **سماحي خالد**، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، بحث لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.
8. **شعلال سليمان محمد السيد حمده**، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الجديدة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الجنائي، جامعة طنطا، 2002.
9. **صفوان محمد شديقات**، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010.
10. **طارق عبد الله أبو حوه**، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، قسم القانون، جامعة المنصورة، 2005.
11. **عبد القادر حسني إبراهيم محفوظ**، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإصابة بالفيروسات، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008.
12. **عمراني أحمد**، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010.
13. **فوزي محمد محمود أبو طالب**، مشروعية محل الالتزام في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2012.
14. **مروك نصر الدين**، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1997.

15. محمد السيد الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1986.
16. محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق قسم القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2009.
17. وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005.

- المذكرات الجامعية:

1. إبراهيم بن عبد العزيز آل داوود، المسؤولية الجنائية عن التجارب الطبية على الإنسان، ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، رياض، 2013.
2. بحماوي شريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
3. بركة ناجم، اقتطاع وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء القانون الجزائري والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، ماجستير في القانون المدني، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 2008.
4. برني نذير، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012.
5. رقية أسعد صالح عرار، أحكام التصريف بالجثة في الفقه الإسلامي، ماجستير في الفقه والشرع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2010.
6. ثنيف غنيمة، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، رسالة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
7. فطناسي عبد الرحمن، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانوني إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلحاج لخضر، باتنة، 2011.

8. محمد بن سليمان بن عبد الله العمرو، أحكام جرائم الاعتداء على الأموات وعقوبتها بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.

ج - المقالات:

1. أحمد الأيوبي، "دراسة نقدية لأحكام القانون اللبناني حول زراعة الأعضاء والأنسجة البشرية في ضوء القوانين العربية والأوروبية"، مجلة المحامون، العدد الأول، نقابة المحامين، طرابلس، 2008، ص ص 01-15.
2. اقروفة زبيدة، "نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2008، ص ص 356 - 375.
3. أكرم محند، "المسؤولية الجنائية للطبيب من خلال التجربة المغربية"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2011، ص ص 106 - 137.
4. أكرور مريم، "التجربة التونسية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية"، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون"، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بخميس مليانة، أيام 20 و 21 و 22 أبريل 2009، ص ص 1-18.
5. بعناش ليلي، "الإشكالات التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 234 - 266.
6. بلقاضي بلقاسم - الطاهر محمد بن حاج، "نقل الأعضاء البشرية بين إشكالية الاستجابة للضرورة الأخلاقية وتحقيق مصلحة الغير في ضوء التشريع المقارن"، الملتقى الوطني الثاني، القانون وقضايا الساعة، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشريعة"، المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20، 21، 22 أبريل 2009، ص ص 01 - 10.
7. بن جيلالي عبد الرحمن، "شرعية اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الجزائري"، الملتقى الوطني الثاني، القانون وقضايا الساعة، "نقل وزرع الأعضاء

- البشرية بين القانون والشرعية"، المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20، 21، 22 أبريل 2009، ص ص 1 - 15.
8. **بن صغير مراد**، "مدى التزام الطبيب بإعلام المريض"، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 169 - 207.
9. _____، "معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء البشرية، دراسة تأصيلية نقدية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 1، العدد 2، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 165 - 210.
10. **بويصري سعيد**، "نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 396 - 425.
11. **تبينات ساعد**، "الحكم الشرعي في زراعة الخلايا الجذعية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 1، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 235 - 256.
12. **تدريست كريمة**، "تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 365 - 398.
13. **جاب الله سمير**، "الاتجار بالأعضاء البشرية، دراسة شرعية قانونية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 1، 2012، ص ص 113 - 140.
14. **جبرون عيسى، طنجاوي مراد**، "محددات الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري"، ملتقى وطني حول "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون"، المركز الجامعي خميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية أيام 19 - 20 - 12 أبريل 2009، ص ص 1 - 19.
15. **جعفر محمود علي المغربي**، "الحماية المدنية للجنين"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثلاثون، جوان 2006، ص ص 123 - 155.
16. **جمال رواب، طحطاح علال**، "نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء بين الشريعة والقانون الجزائري"، الملتقى الوطني الثاني، القانون وقضايا الساعة، نقل وزرع

- الأعضاء البشرية بين القانون والشرعية، خميس مليانة، أيام 20 - 21 - 22 أبريل، 2009، ص ص 1 - 29.
17. **حابت آمال**، "المسألة التأديبية للطبيب وفقا لمدونة أخلاقيات الطب الجزائرية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 177 - 201.
18. **حايد سعاد**، "الرضا وأثره في نقل أعضاء المحكوم عليه بالإعدام"، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة «نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرعية الإسلامية»، المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20 و 21 و 22 أبريل 2009، ص ص 1-12.
19. **حسام الدين كامل الأهواني**، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء"، المجلد 17، العدد الأول، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، 1975، ص ص 1 - 240.
20. _____، "نحو وضع نظام قانوني لجسم الإنسان"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية، 1998، ص ص 139 - 240.
21. **حمدي عبد الرحمن**، "معصومية الجسد"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، السنة الثانية والعشرين، 1980، ص ص 1 - 109.
22. **حمادو نذير**، "موقف فقيه الجزائر أحمد حماني رحمه الله من زراعة الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 63 - 72.
23. **حيدرة محمد**، "تشریح الجثث والانتفاع بأعضاء الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الطبي الجزائري"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 6، 2011، ص ص 57 - 64.
24. **خالد جمال أحمد حسن**، "إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد"، العدد الثاني، المجلد الخامس، مجلة الحقوق، 2008، ص ص 145 - 267.
25. **خالد حمدي عبد الرحمان**، "العقد الطبي ومشكلات مشروعية المحل"، مجلة المنوفية، السنة 12، العدد 14، الجزء الثاني، 2003، ص ص 4 - 149.
26. **خلفي عبد الرحمان**، "الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 430 - 456.

27. دراجي سعيد، "الاتجار بالأعضاء البشرية، قراءة في المبادئ التوجيهية للمنظمة العالمية للصحة"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 02، المجلد 01، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2012، ص 298 - 300.
28. دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، "التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008 ص 126 - 147.
29. دهقان حميدة، "التأمين من المسؤولية الطبية"، عدد خاص بالملتقى الدولي حول أنظمة التأمين، العدد 6، حويات جامعة بشار، 2009، ص 64 - 71.
30. سهى الصباحين، منير هليل، فيصل تطناوي، "الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية"، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري والفرنسي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد 7، 2012، ص 1636 - 1654.
31. سوزي عدلي ناشه، "الاتجار في البشر، الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي"، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، 2004، ص 145-209.
32. سي يوسف كجار زاهية حورية، "الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 55 - 81.
33. شبيلي مختار، "ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية"، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشريعة الإسلامية"، المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20 و21 و22 أبريل 2009، ص 1 - 21.
34. شتوان بلقاسم، "التشريح الطبي وحقوق الإنسان في الإسلام"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 9 - 10.
35. _____، "إشكالية الموت السريري الإكلينيكي، بين الفقه والطب وأثره على نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 1، المجلد 1، كلية

- الشرعية والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 329 - 348.
36. شريط الأمين، "نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، عدد خاص، ديسمبر 2003، ص ص 132 - 159.
37. شواريم يمين، "التكيف الشرعي للانتفاع بالأجنة في زراعة الأعضاء"، مجلة الشرعية والاقتصاد، العدد 2، مجلد 1، كلية الشرعية والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 75 - 112.
38. صلاح رزق عبد الغفار يونس، "جريمة استغلال الأعضاء البشرية للأطفال في ظل قانون رقم 05 لسنة 2010"، بحث تكميلي لرسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2009.
39. الظفيري فايز، "نقل وزرع الأعضاء من منظور جنائي"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 25، ربيع الأول 1422هـ، الموافق 5 يونيو 2001، ص ص 101 - 172.
40. عبد العزيز خليفة القصار، "حكم تشريح الإنسان بين الشرعية والقانون"، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد 4، ديسمبر 1997، ص ص 249 - 297.
41. عميرش نذير، "المسؤولية الناتجة عن عملية زراعة الأعضاء البشرية"، مجلة الشرعية والاقتصاد، عدد 2، مجلد 1، كلية الشرعية والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص ص 445 - 474.
42. فرقان معمر، "جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، 2013، ص ص 129 - 137.
43. فواز صالح، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية"، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية، مجلة الشرعية والقانون، العدد 22، جانفي 2007، ص ص 151 - 237.
44. _____، "منح براءات الاختراع في مجال البحث على الخلايا الجذعية"، (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، مجلد 25، العدد الأول، 2009، ص ص 199 - 245.
45. _____، "تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى"، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 25، العدد 2، 2009، ص ص 469 - 506.

46. _____، "مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية"، دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق، المجلد 27، العدد الأول، 2011، ص ص 247 - 276.
47. فيلالي علي، "رضا المريض بالعمل الطبي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 36، رقم 3، سنة 1998، ص ص 39 - 61.
48. لدرع كمال، "الأعضاء الصالحة للنقل والزرع طبيا وموقف الفقه الإسلامي منها"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 257 - 288.
49. لعلوي محمد، تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد الثامن عشر، أبريل 2014، ص ص 181 - 192.
50. محروس نصار غايب، "أعمال الجراحة والعلاج وفق أصول الفن كسبب إبادة في قانون العقوبات العراقي"، مجلة التقني، مجلد 20، هيئة التعليم التقني، 2007، ص ص 31 - 44.
- منشور على الموقع: www.iasj.net/iasj?func=fulltextfuld=41459
51. محمد أحمد الشربيني، "تطورات في مشكلات زرع الأعضاء، استئجار الأرحام، الاستنساخ"، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد السادس، يناير 2002، ص ص 167 - 199.
52. محمد صفوت، "القصور الكلوي وأمراضه"، المجلة الجنائية القومية، العدد 1، المجلد الحادي والعشرون، 1978، ص ص 147 - 151.
53. محمد عبد الجواد المنتشي، "ثقل الأعضاء وأحكامه الشرعية"، مجلة الحكمة، عدد 15، صفر 1419هـ، ص ص 17 - 88.
54. _____، "ثقل أعضاء إنسانية لها خصوصية"، مجلة الحكمة، عدد 19، جمادى الثاني 1420هـ، ص ص 123 - 170.
55. محمد نعيم ياسين، "بيع الأعضاء الآدمية"، مجلة الحقوق، السنة الحادية عشرة، العدد الأول، مارس 1987، ص ص 245 - 265.
56. _____، "حكم التبرع بالأعضاء البشرية في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية"، مجلة الحقوق، السنة 12، عدد 3، سبتمبر 1988، ص ص 11 - 63.
57. محمود أحمد أبو ليل، "حكم تشريح جثة المتوفى في الفقه الإسلامي"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون الجزء الثاني، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات

- العربية المتحدة، (الفترة من 7-9 محرم 1414 الموافق لـ 3-5 ماي 1998)، ص ص 1131 - 1187.
58. **محمود محمد عوض سلامة**، "رد شبه المجيزين لنقل الأعضاء، من الناحية الدينية والطبية"، مجلة الأمن والقانون، د. ع. د. س. ن، ص ص 16 - 64.
59. **مزياني محمد**، "مسالك الاستبدال الشرعية في عمليات زرع الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، مجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 37 - 62.
60. **معاشو نبالي فطة**، "إن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص ص 19 - 38.
61. _____، "الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص ص 25 - 27.
62. **مناع العلجة**، "حرمة الجسم البشري بين الحماية الدستورية والمبادئ التوجيهية"، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة "ثقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون"، المركز الجامعي لخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20 و 21 و 22 أبريل 2009، ص ص 1 - 11.
63. **منذر الفضل**، "التجربة الطبية على الجسم البشري"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، السنة الثانية، العدد السابع، 2010، ص ص 7 - 64.
64. **هاملي محمد**، "تباين أسس المسؤولية الإدارية عن الأخطاء الطبية وأثرها على حقوق الضحية"، المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 141 - 176.
65. **هديلي أحمد**، "استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2005، ص ص 239 - 250.
66. **يعقر الطاهر**، **رجال سمير**، "التعاون الدولي في مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية"، الملتقى الوطني الثاني، القانون وقضايا الساعة، "ثقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشريعة"، المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 20، 21، 22 أبريل 2009، ص ص 1 - 20.

د - النصوص القانونية:**- الدستور:**

- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 2016/03/06 يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، صادر بتاريخ 2016/03/07.

- الاتفاقيات الدولية المصادق عليها:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر بتاريخ 1948/02/09، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 63-339 المؤرخ في 1963/09/11، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 66، الصادر بتاريخ 1963/09/14.
2. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981 صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-37 المؤرخ في 1987/02/03، جريدة رسمية العدد 6، الصادر في 1987/02/04.
3. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المؤرخ في 1966/12/16، انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 1989/05/16، جريدة رسمية عدد 20، الصادر بتاريخ 1992/12/23.
4. اتفاقية حقوق الطفل، المؤرخة في 1989/11/20، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461، المؤرخ في 1992/12/19، جريدة رسمية عدد 91، الصادر بتاريخ 1992/12/23.
5. بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص بخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المؤرخ في 2000/11/15، صادقت عليه الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-417، المؤرخ في 2003/09/09، جريدة رسمية عدد 69، الصادر بتاريخ 2003/09/12.

- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 1966/06/08، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، صادر بتاريخ 1966/06/11، معدل ومتمم.
2. أمر رقم 70-20 مؤرخ في 1970/02/19، يتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 21، صادر بتاريخ 1970/02/27.
3. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، صادر بتاريخ 1975/09/30، معدل ومتمم.

4. أمر رقم 75-79، مؤرخ في 15/12/1975، يتعلق بدفن الموتى، جريدة رسمية عدد 103، صادر بتاريخ 26/12/1975.
5. قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 8، صادر بتاريخ 17/02/1985، معدل ومتم.
6. قانون رقم 90/17، مؤرخ في 31/07/1990، يعدل ويتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 35، صادر بتاريخ 15/08/1990.
7. أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25/01/1995، يتعلق بتأمينات، جريدة رسمية عدد 03، صادر في 08/03/1995، معدل ومتم.
8. أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27/02/2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09/06/1984، يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 27/02/2005.
9. قانون رقم 05-04، مؤرخ في 06/02/2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي، جريدة رسمية، عدد 12، صادر في 13/02/2005.
10. قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/02/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، جريدة رسمية، عدد 44، صادر بتاريخ 26/06/2005.
11. قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25/02/2009، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 08/03/2009.

- النصوص التنظيمية:

- مرسوم رقم 75-152 مؤرخ في 15/12/1975 يتضمن تحديد قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث وإخراج الموتى من القبور وإعادة دفنها، جريدة رسمية عدد 103، صادر بتاريخ 26/12/1975.
- مرسوم رقم 88-204 مؤرخ في 18/10/1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وعملها، جريدة رسمية عدد 42، صادر بتاريخ 19/10/1988.
- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06/07/1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52، صادر بتاريخ 08/07/1992.
- مرسوم تنفيذي رقم 97-467 مؤرخ في 02/12/1997، يحدد قواعد إنشاء المراكز الإشفاية الجامعية تنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد 81، صادر بتاريخ 10/12/1997.
- مرسوم تنفيذي رقم 03-478 مؤرخ في 09/12/2003، يحدد كفايات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، جريدة رسمية عدد 78، صادر بتاريخ 14/12/2003.

- مرسوم تنفيذي رقم 09-258 مؤرخ في 2009/08/11، يتعلق بالوكالة الوطنية للدم، جريدة رسمية عدد 47، صادر بتاريخ 2009/08/16.
- مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 2012/04/05، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية عدد 22، صادر بتاريخ 2012/04/15.

ـ القرارات الوزارية:

- قرار بتاريخ 1998/05/24، يحدد القواعد التي تنظم التبرع بالدم ومشتقاته.
- قرار بتاريخ 2002/11/19، يحدد المعايير العلمية والطبية التي تسمح بالتحقق الطبي والشرعي للوفاة من أجل نزع الأعضاء والأنسجة.
- قرار رقم 198 بتاريخ 2006/02/15، المتضمن إنشاء وتنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم.
- قرار رقم 387 بتاريخ 2006/07/31، يتعلق بالتجارب السريرية.
<http://www.santé.dz/dossiers/direction-reglement/bulletin-officiel99/circulaires/25-09-99.htm>
- قرار رقم 388 بتاريخ 2006/07/31، يحدد شروط إجراء التجارب السريرية.
<http://www.santé.dz/dossiers/direction-reglement/bulletin-officiel99/circulaires/25-09-99.htm>
- قرار رقم 200 بتاريخ 2009/07/25، يعدل القرار رقم 112 بتاريخ 1995/10/22، يحدد القواعد الحسنة للممارسات السريرية.
<http://www.santé.dz/dossiers/direction-reglement/bulletin-officiel99/circulaires/25-09-99.htm>
- قرار رقم 29 بتاريخ 2012/06/14، يحدد قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها للقيام بانتزاع أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية.
- قرار رقم 86 بتاريخ 2012/10/16، يحدد مقر الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء.

هـ - الاجتهاد القضائي:

1. قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، القسم الثاني، ملف رقم 28312 بتاريخ 1983/05/11، (ق، ج)، ضد (أ، ب)؛ حول موضوع (تحديد التعويض يجب ألا يعارض الخبرة)، مجلة الاجتهاد القضائي (قرارات المجلس الأعلى)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1986.
2. قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، القسم الرابع، ملف رقم 254258 بتاريخ 2001/12/25، (قضية النائب العام لدى مجلس قضاء قالمة ضد (ش، ك)، حول موضوع (اعتبار الطحال جهازا وليس عضوا، دون الاستعانة بخبير مختص لإمكانية تحديد الوصف

- القانوني للفعل، يعد تسبباً ناقصاً)، المجلة القضائية، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2002.
3. قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، القسم الرابع، ملف رقم 157555 بتاريخ 1998/10/20، (قضية المستشفى الجامعي بوهراڤ ضد (ب.م) ومن معه)، (حول موضوع القضاء بالتعويضات على المستشفى الجامعي في الدعوى المدنية من اختصاص القضاء الإداري)، المجلة القضائية، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 1998.
4. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، القسم الأول، ملف رقم 450573 بتاريخ 2008/02/20، (قضية (ع.ع) ضد مركز التوليد بسعيدة والنيابة العامة)، (حول موضوع رفض غرفة الاتهام فتح تحقيق قضائي بخصوص وفاة شخص قصد التأكد من وجود أو انعدام الخطأ الطبي يشكل خطأ في تقدير الوقائع يبرر نقض القرار المطعون فيه)، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2008.
5. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، القسم الثاني، ملف رقم 314463 بتاريخ 2004/03/03، (قضية النيابة العامة و(ز، م) ضد القرار الصادر عن غرفة الاتهام لمجلس قضاء باتنة بتاريخ 2002/04/09 حول (موضوع يتعين على قاضي التحقيق عند التماس وكيل الجمهورية إخراج الجثة الأمر بالتشريح وعدم الاكتفاء بالمراسلة الجوابية للطب الشرعي)، المجلة القضائية، عدد 01، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2004.

و - الوثائق:

1. الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان اتجاه التطبيقات البيولوجية والطب أوفيدو.
<http://convention.coe.int/treaty/en/treaties/html/164.htm>
2. المؤتمر العام لليونسكو حول الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية لحقوق الإنسان
www.unesco.org/new/ar/social-and-human-science/theme/bioethics/human-genome-and-human-rights.
3. تقنين نورمبورغ لسنة 1947.
www.frqs.gouv.qc.ca/documents/10191/18601/codeNurmburg.1947
4. إعلان هلنسكي لسنة 1964.
www.frqs.gouv.qc.ca/documents/10191/18601/déclaration-Helsinki
5. مرسوم اشتراكي رقم 109 مؤرخ في 1983/09/16، يتضمن التشريع اللبناني الخاص بزراعة الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية رقم 09، صادر في 1984/03/03.
6. القانون التونسي رقم 22، لسنة 1991، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.
wrcati.cawtar.org/perview.php?type=law.fid=72

7. ظهير شريف رقم 208-99-1، صادر في 15/08/1999، بتنفيذ قانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية رقم 4726، الصادرة في 16/09/1999.
8. القانون المصري رقم 5 لسنة 2010، بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية، عدد 9 مكرر، الصادرة في 16/3/2010.
9. المرسوم الملكي السعودي رقم م59، صادر في 14/09/1431هـ، والخاص بنظام أخلاقيات البحث عن المخلوقات الحية.
- <http://www.kacst.edu.sa/arb/Maarifah/Policies/Documents/Research>
10. فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى الجزائري حول نقل الدم وزرع الأعضاء بتاريخ 6 ربيع الأول 1392هـ الموافق لـ 20/04/1972.
11. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 4/1/26، الدورة الرابعة بجدة، 1988/11/06، حول انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا. www.iifa-aifi.org
12. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 6/6/55، الدورة السادسة، جدة من 17 إلى 23، 1410 هـ الموافق لـ 14-20/03/1990 حول موضوع البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة. <https://saaaid.net/tabeeb/69.htm>
13. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 6/7/56 مؤرخ في 14-20/03/1990، حول استخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء. <https://saaaid.net/tabeeb/69.htm>
14. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 6/8/57، لعام 1990، حول زراعة الأعضاء التناسلية. <https://saaaid.net/tabeeb/69.htm>
15. قرار مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 17 بمكة المكرمة، لعام 2003، حول موضوع الخلايا الجذعية. www.themwl.org/fatwa/default
16. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 161(7/10)، الدورة 17 بعمان/المملكة الأردنية الهاشمية، بتاريخ 24 - 28/06/2006، حول الضوابط الشرعية للبحوث الطبية البيولوجية على الإنسان. www.iifa-aifi.org

ثالثا - المراجع باللغة الفرنسية:

A – Ouvrages :

1. **ARCHER Frédéric**, Le Consentement en droit pénal de la vie humaine, éditions l'Harmattan, Paris, 2003.
2. **ARNOUX Irma**, Les droits de l'être humain sur son corps, presses universitaire de Bordeaux, France, 1995.
3. **BAUD Jean Pierre**, L'affaire de la main volée, éditions du Seuil, Paris, 1993.
4. **BERGOIGNAN Esper, SARGOS Pierre**, Les grands arrêts de droit de la santé, éditions Dalloz, Paris, 2010.
5. **BIOY Xavier**, Droit fondamentaux et libertés publiques, 3^{ème} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2014.
6. **DAPOGNY Bernard**, Les Droit des victimes de la médecine, éditions du puits fleuri, France, 2009.
7. **DOLL Paul Julien**, La discipline des greffes des transplantations et des autres actes de disposition. Concernant le corps humain, éditions Masson, Paris, 1970.
8. **ELCHOUD Stéphane**, L'Essentiel du droit de la santé et du droit médical, ellipses éditions, Paris, 2010.
9. **FAUVRE Sébastien, GUERRIAUD Mathieu, CLERE Nicolas**, Essais cliniques, Bases fondamentales en pharmacologie, « sciences du médicament » Elsevier Masson, Paris, 2014.
10. **HEYMANN-DOAT Arlette, GWENAELE Calvès**, Libertés publiques et droits de l'homme, 8^{ème} édition, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2005.
11. **KHADIR Abdelkader**, Guide du régime disciplinaire du médecin, droit disciplinaire, éditions Houma, Alger, 2014.
12. **LAUD Anne, BERTRAND Mathieu, TADUTEAU Didier**, Droit de la santé, 2^{ème} édition Thémis droit, presses universitaires de France, Paris, 2009.
13. **LEGROS Berengère**, Le droit de la mort dans les établissements de santé, les études hospitalières, Paris, 2008.
14. **MOINE Isabelle**, Les choses hors commerce, «approche de la personne humaine juridique», Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1997.
15. **MONDIELLI Eric**, L'essentiel de la Bioéthique et du droit de la biomédecine, l'extenso éditions, Paris, 2008.
16. **OUSSKINE Abdeelhafid**, Ethique biomédicale, éditions Dar El Gharb, Oran, Alger, 2000.
17. **RENE BINET Jean**, Le nouveaux droit de la bioéthique commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 aout 2004 relative à la bioéthique, Lexis Nexis – Litec, Paris, 2002.
18. **SALAT-BAROUX Frédéric**, Les lois de bioéthique, éditions Dalloz, Paris, 1998.

19. **TABUTEAU Didier**, Droit de la santé, 2^{ème} édition, presse universitaire de France, Paris, 2009.
20. **VAUCHY HENNETTE Stéphane**, Dispose de soin «Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps», éditions l'Harmattan, Paris, 2004.

B – Thèses et Mémoires :

- Thèses :

1. **BY Bruno**, Recherches sur les justifications médicales de l'activité médicale, thèse de doctorat en droit, droit privé, faculté de droit et de sciences économiques, université Nancy, 1993.
2. **CHARAF EDDINE Ahmed**, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, Thèse pour le doctorat d'Etat, tome I, université de droit, d'économie et de sciences sociales, Paris II, 1975.
3. **CHROQUI Loubna**, La transplantation d'organes humains à la lumière de la chariaâ islamique et de la réglementation juridique au Maroc, thèse du doctorat en droit, faculté internationale de droit comparé des états francophones, Paris, Juin 2006.
4. **LACOMBE Séverine**, Les conditions de légitime des prélèvements d'organes à finalité médicale, Thèse du doctorat, sciences politiques, centre de recherches politiques de la Sorbonne, université Paris II, 2010.
5. **LAHALLE Thibault**, La qualification juridique du corps humain, thèse de doctorat en droit, Tome I, faculté de droit économie et sciences sociales, université Panthéon-Assas, Paris II, 14 Décembre, 2002.
6. **MAISON Elodie**, L'abandon de la propriété, thèse de doctorat en droit, droit privé, Volume II, université Panthéon Assas, Sorbonne, Décembre 2009.
7. **MORVAN Sylvia**, Les flux transfrontières de produits Biologiques d'origine humaine, un aspect nouveau du droit du commerce international, thèse du doctorat en droit privé, faculté de droit et de sciences politiques, université de Bourgogne 2000 – 2001.
8. **MOUSNY Marie Pierre**, Le statut juridique du corps humain, thèse de doctorat en droit, Faculté de droit et de sciences économiques et de gestion, université de Nice, Sophia Antipolis, 15 Mai 1998.
9. **PRIEUR Stéphane**, La disposition par l'individu de son corps, thèse de droit privé, Paris, 1998.
10. **RANGEL DE ALVARENGA PAES Juliana**, Le corps humains et le droit international, thèse de doctorat en droit, discipline droit international, faculté de droit économie-sciences sociales, université Panthéon-Assas, Paris II, 8 Juillet, 2003.
11. **RAYROUX Pascale**, Consentement, liberté de disposer de son corps et laïcité des conventions relatives au corps humain, thèse de doctorat, faculté de droit économique - sciences sociales, université panthéon-Assas, Paris II, 24 septembre 1993.

- Mémoires :

1. **BERBET Audrey**, Le consentement, au prélèvement d'organes destinés à la transplantation aux Etats-Unis et dans l'union Européen, master de droit de l'homme et droit humanitaire, université Panthéon Assas, Paris II, 2011.
2. **GONTIER Penelope**, Protection du corps humain et volonté individuelle en droit pénal, Master de Droit Pénal et Sciences Pénales, Université Panthéon Assas, Paris II, 2010-2011.

C – Articles :

1. **ABBASSI Mahmoud**, "Etude comparative de transplantation d'organes en droit Iranien et français", Revue générale de droit médical, N° 28, Paris, 2008, PP 7 – 41.
2. **ALDEEB ABU SAHLICH Sami**, "Le clonage humain en droit musulman et arabe", journal international de bioéthique, N°1, vol 20, Paris, 2009.
3. **ANASTASOVA Vélizara, MAHALAT CHINY Aurélie, RIAL SEBBAG Emmanuelle et CAUBON Anne**, "Le consentement éclairé dans la recherche pédiatrique, aspects internationaux", in l'association française de droit de la santé, (sous la direction de), consentement et santé, éditions Dalloz, Paris, 2014, PP 321 – 332.
4. **BASUALDO Carino**, "Quel don pour la greffe d'organes", Revue du Mauss, N° 35/1, Paris, 2010, PP 489 – 495.
5. **BOUSSARD Sabine**, "Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'utilisateur du système de sante", Revue du droit public N 1, Paris, 2004, PP 169 – 205.
6. **BROYER Michel**, "Auteur du problème des donneurs vivants", Revue Générale de Droit Médical, Numéro spécial, Paris, 2002, PP 123 – 127.
7. **CABRILLAC Remy**, "Le corps humain, libertés et droits fondamentaux, 9^e édition, Dalloz, Paris, 2003, PP 157 - 144.
8. **CABROL Christian**, "Le droit d'organes : Laissons parler le cœur", in Muzny Petr (sous la direction de), la Liberté de la personne sur son corps, éditions Dalloz, 2010, pp 31 – 36.
9. **CHATELUT Martine**, "Le rôle de l'agence de la biomédecine", in DUGUET Marrie Anne (sous la coordination de) Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009, PP 37 – 43.
10. **CLEMENT Valdes**, "Chapitre 4 Le corps et l'argent", Accès équitable aux soins de santé (Article3) et interdiction du profit (Article21), Journal international de bioéthique, Vol 12, Paris, 2001, PP 51 - 57.

11. **DIONISI-PEYRUSSE Amélie**, "La protection de la vie humaine dans la Loi relative à la bioéthique du 7 Juillet 2011", Revue juridique personne et famille, N° 9, Paris, Septembre 2011, PP 8 – 16.
<http://www.cairn.info/revue-du-mauss-2010page-489-hm>.
12. **DORSNER-DOLIVET Annick**, "Le consentement au traitement médical une liberté fondamentale en demi teinte", Revue Française de droit administratif, N 3, Paris, Mai – Juin 2003, PP 528 - 535.
13. **DUBOUIS Louis**, "Les protections des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales", revue de droit sanitaire et social, année 25, N° 2, Paris, Juin 1989, PP 155 – 171.
14. **DUNITRU Speranta**, "Consentement présumé, famille et équité dans le don d'organes", Revue de métaphysique et de morale, N° 67, Paris, 2010, pp 341 - 354,
15. **DURAND Jean Pierre**, "Les conditions d'un assouplissement de la pratique du prélèvement d'organes", Revue générale de droit médical, N° spécial, Paris, 2002, pp 109 – 120.
16. **GHAUTHY Hadj-Eddine Sarioli**, "Convention d'Oviedo : Repères éthiques des déclarations universelles sur le génome humain et droits de l'homme", actes du colloque 4 Mars 2012 intitulé. Les progrès de la bioéthique à l'épreuve des droits de l'homme. PP 1 - 33.
<http://www.coe.int/r/dg3/health.bioethic/default-ur-usp?>
17. **GLOULOU Fatma, LOUHICHI Ramzi, ALLOUCHE Mohamed, HAMDOUN Moncef**, "Prélèvement et transplantation d'organes en Tunisie (Situation actuelle et perspectives d'avenir)", in DUGUET Marrie Anne (sous la coordination de) Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, paris, 2009, PP 291 – 302.
18. **GOUDABLE DEPPE Cathrine**, "Expérience d'un comité expert donneur vivant", in DUGUET Marrie Anne (sous la coordination de) Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009, PP 47 – 51.
19. **JOB Jean Marie**, "Les clauses sensibles dans les contrats entre les promoteurs et les investigateurs", in LAUDE Anne, TABUTEAU Didier, (sous la direction de), essais cliniques quels risques?, presse universitaire de France, Paris, 2007, PP 153 - 168.
20. **JOCELYN Clercky**, "Une liberté en péril, le droit au refus de soins", revue du droit public N° 1, Paris, 2004, PP 139 – 168.
21. **JOUSSET Nathalie, JACOB Jean Paul, et autre** "Prélèvements à cœur arrêté en France, Législation et application", in DUGUET Marrie Anne (sous la coordination de) Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux

- soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009, éditions hospitalières, 2009, PP 29 – 36.
22. **LABEE Xavier**, "Faut-il être médecin pour diriger une recherche Biomédicale Visant à augmenter les capacités de l'individu ?", Recueil Dalloz, N° 39, Paris, 13 Novembre 2014, PP 2250 – 2251.
 23. **LAUDE Anne**, "Droit de la santé études et commentaires", panorama N°35, Recueil Dalloz, Paris, 16 Octobre 2014, PP 2026- 2035.
 24. **LEMAIRE François**, "Recherche biomédicale : évolutions récentes, Fallait il réviser la loi huriet., in LAUDE Anne, TABUTEAU Didier, (sous la direction de), essais cliniques quels risques?, presses universitaires de France, Paris, 2007, PP 19 – 35.
 25. _____, "Pourquoi faut il encore réformer la législation de la recherche biomédicale", Revue de médecin et droit, N° 106, Elsevier Masson, Paris, 2011, PP 1-106.
 26. **MAGARS Marie France, SEGURCT Sylvie**, "Le consentement éclairé en périnatalité et en pédiatrie, ères, la vie de l'enfant", 2004 : <http://www.cairm-info/leconsentementclairé-en-perinatalité-et-en-pedipage57htm>.
 27. **MANZER BRUNEEL Marie France, GRAND Emmanuelle, HERVE Christian, KREIS Henri**, "Comment augmenter le nombre des organes disponibles en France ?", in DUGUET Anne Marie (sous la coordination de), accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009, PP 53 - 68.
 28. **MANZER Marie France, BRUNEEL-Mh ARCHIM BAUD**, "Déclaration d'Istanbul contre le trafic d'organes et le tourisme de transplantation", Traduction officielle d'anglais, in DUGUET Marrie Anne (sous la coordination de) Accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, Paris, 2009, PP 111 - 118.
 29. **MELLAC Audrey**, "L'influence de l'urgence sur le recueil de consentement à l'acte médical", in l'association française de droit de la santé, (sous la direction de), consentement et santé, Dalloz, 2014, PP 89-102.
 30. **MENGUY Edgar**, "L'Utilisation à des fins thérapeutiques des éléments du corps humain", Revue Générale de Droit Médical, N° 27, Paris, 2008.
 31. **OIKAOUI Younès**, "La transplantation d'organes en droit marocain, quelles perspectives", Revue générale du droit médical N° 36, Paris, Septembre 2010, PP 223 – 232
 32. **PORSON-POLIVET Annick**, "Le consentement au traitement médical une liberté fondamentale en demi teinte", revue Française de droit administratif, N 3 Mai – Juin, Paris

33. **STEINER Philippe**, "La transplantation d'organes un nouveau commerce entre êtres humains ?", Revue du Mauss, N°35, Paris, 2010, PP 455 - 462.
34. **THOUVENIN Dominique**, "Autour du don et de la gratuite", Revue Générale de Droit Médical, N° spécial, Paris, 2002, PP 99 – 108.
35. _____, "La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique", droit de la santé, petites affiches, N°149, Paris, 14 décembre 1994, PP 1 - 6.
36. **TOMBERT ED Véronique**, "Autopsie ou la mort au service de la vie", Revue internationale des soins palliatifs, N° 3 – vol 20, Paris, 2005, PP 77 - 80.
37. **TROUVIN Jean Hugues**, "Evaluation des essais cliniques et droit de la biomédecine", in LAUDE Anne, TABUTEAU Didier, (sous la direction de), essais cliniques quels risques?, presse universitaire de France, Paris, 2007, PP 69 – 85.
38. **VIALLA François**, "Enjeux et logiques de l'information comme préalable au consentement", in association française de droit de la santé, (sous la direction), consentement et santé, éditions Dalloz, Paris, 2014, PP 35 – 44.

D – Les Lois du Droit Français :

1. Code pénal français, <http://legifrance.gouv.fr>.
2. Code de la santé publique <http://legifrance.gouv.fr>
3. Loi N° 88-1138 du 20/12/1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JORF, du 22/12/1988, p 16032.
4. Loi N° 94-653 du 29/07/1994 relative au respect du corps humain, JORF, N° 175, du 30/07/1994, p 11056. <http://legifrance.gouv.fr>
5. Loi N° 2012-300 du 05/03/2012, relative aux recherches impliquant la personne humaine, JORF, N° 0056, du 05/03/2012, p 4138.
6. Loi N° 2013-715 du 06/08/2013, tendant à modifier la loi 2011-814 de 07 Juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sur certain conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, JORF, N° 0182, du 07/08/2013, p 13449.
7. Décret N° 95-1000 du 06/09/1995, portant le code de déontologie médicale, JORF, N° 209, du 08/09/1995, p 13305.
8. Décret N° 96-1041 du 2/12/1996, relatif aux constats de la mort préalable au prélèvement d'organes de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique, JORF, N° 282 du 04/12/1996, p 17615.
9. Arrêté du 2/08/2005 fixant la liste des organes pour les quels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque persistant est autorisé, JORF, N° 182, du 6/08/2005, p 12901.

E – Jurisprudence :

1. Rec.28/01/1942, Parcelier C/Tessier,(consentement éclairé par l'information), cité par : C. Bergoignan-Esper/P. Sargo, Les grands arrêts du droit de la santé, éditions Dalloz, Paris, 2010.
2. CE ASS. 02/07/1993, Arrêt Milhaud, (le respect est dû à la personne et à sa dépouille), cité par : C. Bergoignan-Esper/P. Sargo, Les grands arrêts du droit de la santé, éditions Dalloz, Paris, 2010.
3. Con-const, 27/07/1994, N° 94-343/344D.C, (dignité de la personne humaine), cité par : C. Bergoignan-Esper/P. Sargo, Les grands arrêts du droit de la santé, éditions Dalloz, Paris, 2010.
4. CE ASS. 27/10/1995, (charge et modalités de la preuve), cité par : C. Bergoignan-Esper/P. Sargo, Les grands arrêts du droit de la santé, éditions Dalloz, Paris, 2010.
5. CASS.crim., 24/02/2009, N° 08-84436, Badiaga, (recherche biomédicale non consentie), cité par VIALLA François, Les grandes décisions du droit médical, éditions Alpha, Paris, 2010.

F – Documents :

1. **Agence de la biomédecine**, "Encadrement juridique international dans les Différents domaines de la bioéthique", Paris, 2012, pp 1 - 49: www.agence-biomedecine-fr/l-encadrement-international.
2. **Avis consultatif**, don d'organes entre vifs, université de Genève, 28 Janvier 2004, PP1-59.
www.hug-ge.ch/sites/interhug/files/documents/soigner/ethique/don-vivant-cec-bb-def-02-04-pdf.

5	مقدمة
	الباب الأول
11	مظاهر التعامل القانوني بالأعضاء البشرية
	الفصل الأول
12	نقل وزرع الأعضاء البشرية تحقيقا لمصلحة علاجية للغير
13	المبحث الأول: الأحكام العامة لنقل وزرع الأعضاء البشرية.....
13	المطلب الأول: مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
13	الفرع الأول: المقصود بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
14	أولا: تعريف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
15	ثانيا: العناصر التي تدخل في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
16	ثالثا: أنواع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
18	رابعا: تطور عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
20	الفرع الثاني: مفهوم العضو البشري.....
21	أولا: تعريف العضو البشري.....
28	ثانيا: المقصود بالمشتقات البشرية أو المنتجات البشرية.....
35	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للأعضاء البشرية.....
36	الفرع الأول: مدى اعتبار أعضاء الجسم ومكوناته من الأموال.....
39	الفرع الثاني: سلطات الشخص على جسده.....
39	أولا: حق الإنسان على جسده حق ملكية.....
42	ثانيا: حق الإنسان على جسده حقا من حقوق الملازمة للشخصية.....
43	الفرع الثالث: التمييز مفهوم الأعضاء البشرية عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى.
43	أولا: المقصود بالأعضاء الصناعية.....

46		ثانيا: الوضع القانوني والشرعي للبويضات الملقحة.....
51		المبحث الثاني: الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
51		المطلب الأول: مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في إطار الفقه القانوني والشرعي.....
51		الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية حول أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
51		أولا: نظرية السبب المشروع.....
53		ثانيا: نظرية الضرورة.....
55		ثالثا: نظرية المصلحة الاجتماعية.....
57		الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
58		أولا: الرافضون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أو من جثث الموتى.....
60		ثانيا: المجيزون لنقل وزرع الأعضاء.....
64		ثالثا: الأحكام الفقهية المتعلقة بنقل أعضاء لها خصوصية.....
68		المطلب الثاني: التنظيم التشريعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
69		الفرع الأول: تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الدولي والتشريعات الوطنية.....
69		أولا: تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الدولي.....
70		ثانيا: موقف التشريعات الوطنية من عمليات نقل وزرع الأعضاء.....
75		ثالثا: التنظيم التشريعي لنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء وفقا للتشريع الجزائري.....
76		الفرع الثاني: التنظيم التشريعي لعمليات نقل الأعضاء من الجثة وزرعها لدى الأحياء.....
77		أولا: إشكالية تحديد لحظة الوفاة.....
90		ثانيا: كيفية التصرف في الجثة.....

الفصل الثاني

94	إجراء التجارب الطبية تحقيقا لغاية علاجية إنسانية
95	المبحث الأول: إجراء التجارب الطبية على جسم شخص حي.....
95	المطلب الأول مضمون التجارب الطبية.....
96	الفرع الأول: المقصود بالتجارب الطبية.....
96	أولا: المقصود بالعمل الطبي.....
97	ثانيا: المقصود بالعمل التجريبي.....
99	ثالثا: التطور التاريخي لتنظيم التجارب الطبية.....
102	الفرع الثاني: أنواع التجارب الطبية.....
102	أولا: التجربة العلاجية.....
105	ثانيا: التجارب العلمية.....
112	المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتجارب الطبية.....
113	الفرع الأول: تنظيم التجارب الطبية على المستوى الدولي.....
113	أولا: الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارب الطبية.....
117	ثانيا: الاتفاقيات الإقليمية المنظمة للتجارب الطبية.....
120	ثالثا: المؤتمرات الدولية المعنية بالتجارب الطبية.....
122	الفرع الثاني: التنظيم القانوني للتجارب الطبية وفقا للتشريعات الوطنية.....
123	أولا: الأساس القانوني للتجارب الطبية وفقا للتشريعات المقارنة الغربية.....
129	ثانيا: موقف التشريعات العربية المقارنة.....
132	ثالثا: موقف المشرع الجزائري.....
134	المبحث الثاني: إجراء التجارب الطبية على الجثة والأجنة البشرية.....
134	المطلب الأول: إجراء التجارب الطبية على الجثة.....
135	الفرع الأول: المقصود بالتشريح الجثة.....
135	أولا: تعريف التشريح لغة واصطلاحا.....
136	ثانيا: ضرورة وأهمية التشريح.....
138	ثالثا: التطور التاريخي لعلم التشريح.....

140	رابعاً: أقسام التشريح وأغراضه.....
142	الفرع الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من تشريح الجثث.....
142	أولاً: حكم تشريح الجثث في الفقه الإسلامي.....
147	ثانياً: موقف القانون الوضعي من تشريح الجثث.....
154	المطلب الثاني: إجراء التجارب الطبية على الأجنة البشرية.....
154	الفرع الأول: إجراء التجارب الطبية على الأجنة والبويضات الملقحة.....
155	أولاً: المقصود بالأجنة والبويضات الملقحة.....
161	ثانياً: حكم إجراء التجارب والأبحاث الطبية على الأجنة والبويضات الملقحة.
168	الفرع الثاني: إجراء التجارب والأبحاث على الخلايا الجذعية الجنينية.....
169	أولاً: المقصود بالخلايا الجذعية.....
174	ثانياً: حكم استخدام الخلايا الجذعية في التجارب الطبية وفقاً للشرعية الإسلامية والقانون الوضعي.....
178	خلاصة الباب الأول.....

الباب الثاني

180	مدى فعالية المبادئ التي يسري عليها نظام التعامل بالأعضاء البشرية

الفصل الأول

181	ضمانات تفعيل دور الإرادة في التعامل بالأعضاء البشرية
182	المبحث الأول: ضمان احترام إرادة الشخص الخاضع للتعامل.....
182	المطلب الأول: تكريس الالتزام بالتبصير.....
183	الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالتبصير.....
189	الفرع الثاني: تطبيق الالتزام بالتبصير في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء وفي مجال التجارب الطبية.....
189	أولاً: تطبيق الالتزام بالتبصير في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

194	ثانيا: تكريس الالتزام بالتبصير في مجال التجارب الطبية.....
198	المطلب الثاني: ضرورة الحصول على رضا حر.....
198	الفرع الأول: ضرورة تمتع الشخص الخاضع للتعامل بالأهلية القانونية المطلوبة.....
199	أولا: مدى احترام الطابع الإرادي للقاصر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
203	ثانيا: مدى الاعتداد برضا القاصر في إجراء التجارب الطبية.....
206	الفرع الثاني: سلامة الإرادة من العيوب.....
206	أولا: سلامة الإرادة من العيوب في مجال عمليات نقل الأعضاء والتجارب الطبية
212	ثانيا: مدى تحقق شرط الرضا الحر بالنسبة للأشخاص المسجونين والمحكوم عليهم بالإعدام.....
218	المبحث الثاني: التحقق من وجود الرضا وضمان حمايته.....
218	المطلب الأول: التحقق من وجود رضا الشخص الخاضع للتعامل.....
218	الفرع الأول: تنظيم الموافقة في مجال نقل الأعضاء والتجارب الطبية.....
219	أولا: صور التعبير عن الموافقة في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.....
223	ثانيا: شكل الموافقة في التجارب الطبية.....
225	الفرع الثاني: تنظيم الموافقة بشأن التصرف في الجثة.....
225	أولا: أشكال التعبير عن موافقة الشخص بشأن التصرف في الجثة.....
232	ثانيا: حالات تجاوز شرط الرضا في التعامل بأعضاء الجثة.....
237	المطلب الثاني: ضمان حماية إرادة الشخص الخاضع للتعامل.....
238	الفرع الأول: تقرير حق الرجوع عن الموافقة.....
238	أولا: الرجوع عن الموافقة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
241	ثانيا: الرجوع عن الموافقة في مجال التجارب الطبية.....
242	الفرع الثاني: تقرير المسؤولية في حالة الإخلال بشرط الرضا المتبصرة.....
242	أولا: المسؤولية المترتبة في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....

- 253 ثانيا: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الرضا في مجال التجارب الطبية.
- 255 الفرع الثالث: ضمان تعويض الشخص الخاضع للتعامل.....
- 255 أولا: نقل عبئ إثبات خطأ الطبيب بالحصول على الموافقة المتبصرة.....
- 257 ثانيا: الطرق المختلفة لجبر الأضرار المترتبة عن الإخلال بشرط الرضا.....

الفصل الثاني

- 263 الضمانات الكفيلة باحترام مبدأ عدم مالية جسم الإنسان
- 264 المبحث الأول: اشتراط مجانية التعامل بالأعضاء البشرية.....
- 264 المطلب الأول: الموقف الفقهي والشرعي من مبدأ المجانية.....
- 265 الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية بخصوص مبدأ المجانية.....
- 265 أولا: الاتجاه الرافض لمبدأ المجانية.....
- 269 ثانيا: الاتجاه المؤيد لمبدأ المجانية.....
- 271 ثالثا: الاتجاه الفقهي بشأن تكريس مبدأ المجانية في مجال عمليات نقل الدم.....
- 273 الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مبدأ المجانية.....
- 273 أولا: حكم بيع الأعضاء بالنسبة للفقهاء القدامى.....
- 276 ثانيا: حكم بيع الأعضاء بالنسبة للفقهاء المعاصرين.....
- 278 المطلب الثاني: التكريس القانوني لمبدأ المجانية.....
- 279 الفرع الأول: تكريس مبدأ المجانية في إطار التشريعات الوطنية الداخلية.....
- 279 أولا: موقف التشريعات المقارنة الغربية.....
- 289 ثانيا: موقف التشريعات العربية.....
- 293 ثالثا: موقف التشريع الجزائري من مبدأ المجانية.....
- 295 الفرع الثاني: تكريس مبدأ المجانية في إطار المواثيق الدولية والإقليمية.....
- 300 المبحث الثاني: الحماية القانونية لمبدأ المجانية.....
- 300 المطلب الأول: إرساء قواعد ضامنة لمجانبة التعامل.....
- 300 الفرع الأول: ضرورة أن يكون التعامل لهدف علاجي إنساني.....
- 305 الفرع الثاني: عدم تعارض مبدأ المجانية مع النظام العام والآداب العامة.....
- 307 الفرع الثالث: تحديد المؤسسات الصحية المخول لها إجراء التعامل بالأعضاء البشرية

307	أولاً: المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات زرع الأعضاء.....
311	ثانياً: الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.....
312	ثالثاً: المراكز الوطنية المتخصصة في نقل الدم.....
314	رابعاً: المؤسسات المختصة بإجراء التجارب الطبية.....
316	الفرع الرابع: وجوب توفر السرية أثناء التبرع.....
316	أولاً: تكريس شرط السرية في مجال نقل الأعضاء من الجثة وفي إطار التبرع الهجين.....
319	ثانياً: استبعاد شرط السرية في مجال نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء.....
323	المطلب الثاني: تجريم الخروج عن مبدأ المجانية.....
324	الفرع الأول: الإطار القانوني لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.....
324	أولاً: مفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية.....
325	ثانياً: الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية....
326	ثالثاً: عناصر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.....
326	الفرع الثاني: الجهود الدولية والوطنية الرامية لمكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.....
327	أولاً: الجهود الدولية لمكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.....
330	ثانياً: مكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية على مستوى التشريعات الوطنية المقارنة.....
332	الفرع الثالث: المواجهة التشريعية للاتجار بالأعضاء البشرية وفقاً للتشريع الجزائري
332	أولاً: أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.....
338	ثانياً: العقوبة المترتبة على جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية.....
343	خلاصة الباب الثاني.....
344	خاتمة.....
350	قائمة المصادر والمراجع.....
376	فهرس.....

ملخص

ساهمت التدخلات الطبية الحديثة في مجال التكنولوجيا الحيوية، خاصة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية، في علاج الكثير من الأمراض المستعصية التي يعاني منها الغير، إضافة إلى تطوير المعارف الطبية والعلمية والقضاء على الكثير من الأمراض التي تعاني منها البشرية.

ونظرا لهذا الدور الفعال الذي تلعبه هذه التدخلات الطبية الحديثة، فقد أقرت معظم التشريعات بمشروعية هذه العمليات، وفق مبادئ قانونية أهمها مبدأ الموافقة المتبصرة ومبدأ المجانية، والتي تعتبر من أهم المبادئ التي تعمل على تحقيق التوازن بين حرمة جسم الإنسان والاستفادة من الطرق العلاجية الحديثة.

لكن إن كانت هذه المبادئ القانونية توعي بحماية فعالة للجسم وأعضائه المختلفة، إلا أن ضعف ضمانات فاعلية هذه المبادئ تكشف عن ضعف هذه الحماية وعدم كفايتها.

Résumé

Les interventions médicales ont contribué dans le domaine de la biotechnologie, surtout les transplantations d'organes et les expérimentations médicales, dans le traitement de nombreuses maladies subis par des tiers, et l'élimination d'un grand nombre de maladies qui touchent l'humanité.

Et en raison du rôle actif joué par ces interventions médicales modernes, la plupart des législations ont reconnu la légitimité de ces opérations, conformément à des principes juridiques particulièrement le principe du consentement éclairé et le principe de la gratuité.

Ces derniers sont considérés parmi les plus importants principes, garantissant un équilibre entre la sacralité du corps humain et les avantages offert par les méthodes thérapeutiques modernes.

Cependant, si ces principes juridiques suggèrent une protection efficace du corps humain et de ces différents éléments, la faiblesse des garanties de l'efficacité de ces principes révèle l'impuissance de cette protection et son insuffisance.