جامعة مولود معمري –تيزي وزو -
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أثر الأعمال الطبية المستحدثة على الحق فى السلامة الجسدية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم
تخصص: قانون

إعداد الطالبة:
عيساوي فاطمة

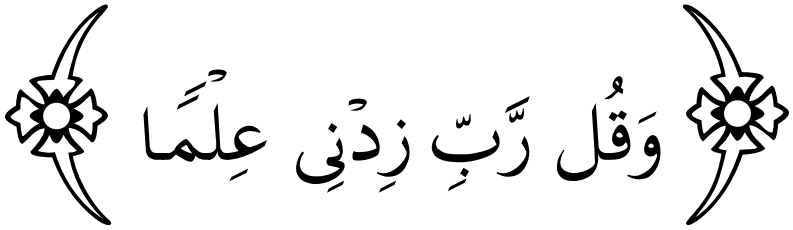
إشراف الأستاذ الدكتور:
كاشر عبد القادر

لجنة المناقشة

أ.د. معاشو فطة، أستاذة، جامعة مولود معمري تيزي وزو .....رئيسة
أ.د. كاشرعبد القادر، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....مشرفا ومقررا
د. بلعسلي ويزة، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري تيزي وزو .....ممتحنة
د. سعدان أسماء، أستاذة محاضرة أ، جامعة الجزائر1 .....ممتحنة
د. شهاني سمير، أستاذ محاضر أ، جامعة البويرة.....ممتحنا
د. بشور فتيحة، أستاذة محاضرة أ، جامعة البويرة .....ممتحنة

تاريخ المناقشة
2019/01/10

بسم الله الرحمن الرحيم



سورة طه، الآية: 114.

شكر وتقدير

الحمد لله على نعمته وجزيل فضله عليّ، هداني إلى العلم ووفقني لإتمام هذه الأطروحة

ربّي أوزعني أن أشكر لك نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأصلح لي في ذريتي واجعلني من عبادك الصالحين

أما بعد:

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل" كاشر عبد القادر" الذي قبل الإشراف على هذه الأطروحة، وأشكره على سعة صدره وصبره عليّ طيلة فترة إعدادها.

كما أتوجه بالشكر الخالص لأعضاء لجنة المناقشة الكرام على قبولهم ومناقشتهم هذه الأطروحة.

إلى كل أساتذتي في جميع مراحل دراستي

إلى كل من قدم لي يد العون

أقدم أسمى عبارات الشكر والامتنان

فاطمة

إهداء

إلى روحي والدي رحمهما الله وأسكنهما فسيح جنانه

إلى أخي وسند ظهري "محمد"

إلى رفيق دربي وقرّة عيني زوجي "سعيد"

إلى بناتي وزينة حياتي: إيمان، آمال، وابتسام.

أهدي ثمرة جهدي هذه

فاطمة

قائمة المختصرات

1- باللّغة العربية

-اليونسكو: منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة.

- **ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.**
- **ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.**
- **ق. ع. ج: قانون العقوبات الجزائري.**
- **ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.**
- **و م أ: الولايات المتحد الأمريكية.**

2-باللغة الفرنسية:

- **CCNE : Comité Consultatif National d'Ethique.**
- **CCIV : Code civil.**
- **CEB : Convention Sur le Brevet Européenne.**
- **CNE : Conseil National d'Ethique Médicale.**
- **C Pen : Code pénal**
- **CSP : Code de la Santé Publique.**
- **DEB : Directive Européenne de Brevet.**
- **JORF : Journal Officiel de La République Française.**
- **OMC : Organisation Mondiale Du Commerce.**
- **PUF: Presses universitaires de France.**
- **UNESCO : Organisation des Nations Unies pour L'éducation la Science et la Culture.**

3-باللغة الانجليزية

- **GATT : General Agreement on Tariffs And Trade.**
- **TRIPS: Trade Related Aspects Of Intellectual.**

مقدمة

تقوم الممارسات الطبية الحديثة على اتخاذ جسم الإنسان محلا وموضوعا لها، فهي تستخدم عناصر الجسم البشري ومنتجاته من أجل العلاج أو التشخيص أو الوقاية، وبفضل ذلك استطاعت أن تجد العلاجات الفعّالة لكثير من الأمراض التي كانت مستعصية من قبل كمرض السكري والقلب والسرطان والزهايمر وغيرها، وأصبح بالإمكان تشخيص الأمراض الوراثية في وقت مبكر من الحمل ومعالجتها بما يسمى بالعلاج الجيني.

رغم الفوائد والآمال التي حملتها التطورات الطبية فإنّ آثارها على الحق في سلامة الجسم لا يمكن تجاهلها، فتزايد المساس بجسم الإنسان وتكامله الجسدي وجعل أعضائه قطع غيار بشرية أدى إلى ظهور أسواق سوداء للتجارة بأعضاء الجسم البشري، كما أدى تزايد الطلب على المنتجات البشرية إلى إبرام اتفاقات قانونية بشأنها وإنشاء بنوك لجمعها وحفظها ثم التصرف فيها.

أسفر التطور الطبي أيضا على تدخل الاقتصاد في العلم، حيث أصبحت المصالح الاقتصادية للدول خاصة المتقدمة منها في مجال العلوم والصناعة هي التي تحدد مواقفها تجاه الكثير من الأعمال الطبية الحديثة، وكثيرا ما تغلب المصلحة الاقتصادية على الكرامة الإنسانية والسلامة الجسدية للأفراد خاصة بعد التعرف على أسرار الجينوم البشري واكتشاف الخارطة الجينية للإنسان.

أدى تطور الأبحاث الجينية وأهمية نتائجها إلى ظهور شركات بيوتكنولوجية تستغل نتائج هذه الأبحاث في مختلف الصناعات الدوائية والتشخيصية، وحتى تحمي هذه الشركات مصالحها الجارية ظهر هناك تنافس فيما بينها على تسجيل براءة الاختراع على أي جين بشري يتم اكتشافه أو تعلم وظائفه إذا ما كان هناك قابلية للتطبيق الصناعي لهذه الوظائف، حتى تحتكر بذلك الاستغلال التجاري لهذه الاكتشافات وتحقق أكبر قدر من الأرباح أيضا.

يعني الحق في سلامة الجسم، الاعتراف للفرد بحقه في الاحتفاظ بتكامله الجسدي، وأن تظل وظائف الأعضاء فيه تسير على نحو طبيعي وعادي، وأن يتحرر من الآلام البدنية والنفسية[1]، ويلعب رضاء الشخص دورا هاما في إباحة بعض الأفعال الماسة بسلامة جسمه ففي ممارسة الأعمال الطبية مثلا يعتبر رضاء المريض شرطا أساسيا لإباحة العمل الطبي بصفة عامة، كما أنه أساس لإباحة بعض الأعمال الطبية التي تجاوزت قصد العلاج والتي كرست مبدأ استقلالية الفرد وحقه في سلامة جسده.

الحق في سلامة الجسم ليس خالصا للفرد بل للمجتمع حق فيه أيضا، فاستقلالية الفرد يجب ألا تتعارض مع حق المجتمع في سلامة أفراده وأدائهم لوظائفهم الاجتماعية، لذا تعاقب كثير من التشريعات الطبية والعقابية كل من يقوم بأفعال القتل إشفاقا مثل ما هو منصوص عليه في قانون العقوبات سوري[2] الذي يعاقب على هذا الفعل في الماة 538 منه بعشر سنوات سجن، كما تعاقب غالبية التشريعات كل من يساعد شخصا آخر على الانتحار وهو ما نصت عليه المادة 273 من قانون العقوبات الجزائري[3] التي تعاقب على هذه الجريمة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات.

تبيح القوانين بعض التصرفات الصادرة من المجتمع والتي تمس جسم الإنسان دون الأخذ بعين الاعتبار رضاءه بها كالتطعيم الإجباري من الأمراض المعدية وبعض الإجراءات الوقائية حفاظا على الصحة العامة، ففي الجزائر مثلا نجد قانون حماية

---

[1] محمود نجيب حسني، "الحق في سلامة الجسم والحماية التي يكفلها له قانون العقوبات"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد3، القاهرة، 1959، ص540.

[2] قانون رقم148 لعام1949، صادر عن مجلس الشعب السوري، يتضمن قانون العقوبات السوري، معدل ومتمم. متاح على الموقع: https://elawpedia.com>view شوهد يوم12 فيفري 2018 .

[3] أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج عدد49، صادر بتاريخ 11 جوان1966، معدل ومتمم.

الصحة وترقيتها.[1] ينص على الرقابة الصحية على الحدود، فرض العزل الصحي على الشخص المصاب بمرض معد أو المضنون إصابته به، كما يمكن إذا دعت الضرورة إتلاف الأشياء أو المواد التي انتقلت إليها العدوى دون أن يترتب على ذلك أي تعويض.[2]

يعد حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسمه من الأولويات التي عنيت بها الشريعة الإسلامية[3] والمواثيق الدولية[4]، فهو حق من حقوق الإنسان النابعة من مبدأ الكرامة الإنسانية وهو في القوانين الوطنية من الحقوق اللصيقة بالشخصية[5] التي تهدف إلى حماية الفرد في كيانه المادي والمعنوي والتي تدور مع الشخصية القانونية

---

[1] قانون رقم85-05، مؤرخ في16فبراير1985م يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.رج ج عدد08، صادر في 18 فيفري1985، معدل ومتمم.

[2] انظر المواد من 52 إلى 60 من نفس القانون.

[3] حيث يعتبر من الحقوق المشتركة بين العبد والخالق عز وجل، وقد تم النص عليه في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

[4] تم النص علي الحق في سلامة الجسم في جل المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان،نذكر منها: اللاّئحة رقم 217أ(د-3)، صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، في10 ديسمبر1948م، تتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي دسترها المشرع الجزائري في المادة11 من دستور1963م. متاح على الموقع:

شوهد يوم12فيفري 2018 www.un.org>universal-declaration-hum

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم2200 ألف(د-21)، صادر في16 ديسمبر 1966م، يتضمن الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، والنافذ في 23 مارس1976، صادقت عليه الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67، مؤرخ في16 ماي1989م، وافق عليه المجلس الشعبي الوطني بالقانون رقم89-17، مؤرخ في25 أفريل 1989م، ج.ر عدد 17 صادر بتاريخ 26 أفريل 1989م؛

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم(د-21)، صادر في16 ديسمبر1966، يتضمن الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والنافذ في03 جانفي1976م، صادقت عليه الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-80، مؤرخ في16 ماي1989م، وافق عليه المجلس الشعبي الوطني بالقانون رقم89-08، مؤرخ في25 أفريل1989م، ج.ر عدد17، صادر بتاريخ 26 أفريل 1989م.

[5] حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص517، محمد سعد خليفة، "الحق في الحياة وفي سلامة الجسد"، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن عشر، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1996، ص ص192-196.

وجودا وعدما[1]، هذا ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني الجزائري[2] حيث جاءت كالآتي: " **تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته**".

تعددت صور الاعتداء على الجنين نتيجة الممارسات الطبية الحديثة، فالتلقيح الصناعي، والهندسة الوراثية، والعلاج الجيني، والتجارب على الأجنة كلها تتخذ الأجنة البشرية موضوعا لها[3]، مما أثار الجدل من جديد حول المركز القانوني للجنين ومتى تبدأ حمايته القانونية.

لم يقتصر تأثير الممارسات الطبية الحديثة على بداية الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم بل شمل أيضا نهاية هذه الحماية فرغم عدم وجود خلاف على أن الشخصية القانونية للإنسان تنتهي بوفاته، وأن الوفاة تعني مغادرة الروح للجسد، فقد تم وضع معيار جديد لتحديد لحظة الوفاة يعتمد على موت الدماغ مما أثار جدلا واسعا بين رجال الطب والقانون والدين حول اللحظة التي تنتهي فيها الحياة.

نظرا لصعوبة التمييز بين الشخص وجسمه لم تصدر غالبية الدول تشريعا خاصا بنظام جسم الإنسان واكتفت ببعض المبادئ التي تحمي هذا الجسم كوحدة واحدة غير قابل للتجزئة كمبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان ومبدأ عدم جواز التصرف في

---

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية، ج2، ط1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر،2011م، ص300، خالد بوشمة، الشخص الحقيقي من منظور إسلامي، ط1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009م، ص73.

[2] أمر75-58، مؤرخ في26 سبتمبر1975م يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر1975م، معدل ومتمم.

[3] أنظر بهذا الخصوص: محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء الناشئة عن الأساليب الحديثة في الطب، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،1997م، ص ص114-125، محمد سامي السيد الشوال، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1987م، ص ص23-28، حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في سلامة الجسم، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص ص41-42.

جسم الإنسان[1]، إلاّ أن هذين المبدأين لم يستطيعا الصمود في وجه التطورات الطبية السريعة حيث تعددت أشكال المساس بجسم الإنسان وتنوعت صور التصرف بعناصره وأعضائه.

أدى التطور الطبي إلى التمييز بين مكونات الجسم البشري من أعضاء ومنتجات، بالإضافة إلى الجانب النفسي المتمثل في الشخصية التي تعكس الذاتية المستقلة للشخص[2]، فبعد أن كان ينظر إلى الجسم على أنه وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة أصبح بالإمكان الاستفادة من عناصر الجسم ومنتجاته المختلفة وإبرام مختلف الاتفاقات القانونية بشأنها، مما يطرح التساؤل حول مشروعية التصرف فيها.

بذلت الكثير من الجهود الدولية على المستوى الدولي والوطني والشرعي والأخلاقي لوضع ضوابط لهذه الأعمال والتحكم في نتائج العلم حتى لا يهدم البشرية، وهكذا ظهرت العديد من التشريعات الخاصة بتنظيم وتقنين الممارسات الطبية والعلمية الحديثة التي تسعى إلى تحقيق التوازن بين متطلبات التقدم الطبي وحرية الأبحاث وبين ضرورة توفير الحد الأدنى من الاحترام الواجب للحق في السلامة الجسدية والاحترام الواجب للكرامة الإنسانية.

يعتبر القانون الفرنسي رقم 94/653 الصادر بتاريخ 1994/07/29 المتعلق باحترام جسم الإنسان[3] والقانون رقم 94/654 الصادر في1994/07/29[1] المتعلق

---

[1] تم شرح هذين المبدأين في: علاء علي حسن نصر، النظام القانوني للاستنساخ البشري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص72، ومهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص23، وأحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني،(رسالة دكتوراه)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999م، ص ص44-51

[2] لمزيد من التفصيل حول التطور الذي لحق الحق في سلامة الجسم أنظر: بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد9، السنة الثانية عشر، العدد33، العراق، 2007، ص ص 1-43.

[3] Loi N^0 94/653 du 29 juillet 1994, Relative au respect du corps humai, jorf $N^0$175 du 30 juillet1994.

بالتبرع واستعمال عناصر ومنتجات الجسم البشري والإنجاب المساعد والتشخيص المسبق، وما تضمناه من مراسيم وتعديلات لاحقة أوّل تشريع وطني وضع نظاما خاصا لجسم الإنسان ضمن القانون المدني.

تضمن القانونان السالف ذكرهما تنظيما شبه متكامل للممارسات الطبية والعلمية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، كما أرسيا مجموعة من المبادئ منها مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلاّ بناءا على رضائه الحر والمستنير، ولمصلحة علاجية للشخص أو الغير، أو لفائدة طبية علمية وبشروط محددة، كذلك مبدأ احترام الكرامة الإنسانية ومبدأ عدم جواز اعتبار الجسم البشري أو عناصره أو منتجاته محلا للحقوق المالية.

لم يغفل التشريع البريطاني بدوره تنظيم الممارسات الطبية الحديثة فأصدر في سنة 1989م قانون زراعة الأعضاء[2] الذي منع الاتجار بالعناصر البشرية بما في ذلك حظر كافة أشكال الإعلانات التجارية في هذا الصدد، وحدد العلاقة التي تربط المانح بالمتلقي والتي يجب أن تقوم على أساس التكافل والتبرع لا الاستغلال والاتجار.

كما أصدر في سنة 1990م قانون الإخصاب وعلم الأجنة البشرية[3] الذي نظم من خلاله عمليات نقل واستخدام اللّقائح البشرية باعتبارها أهم منتجات الجسم على الإطلاق ومنع استخدام الأجنة البشرية لأغراض صناعية أو تجارية.

أبرمت على المستوى الأوروبي الاتفاقية الأوروبية حول حقوق الإنسان والبيوطبي[1] التي أرست مجموعة من المبادئ منها احترام الكرامة الإنسانية، ومبدأ

---

(1) Loi N^0 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^{0}175 du 30 juillet1994.

(2) Humann Organe transplants Act198 (1989C.31), Date of Exactement: 27july1989. Disponible in the site: http://www.orgnet.co.uk/body/ho.

(3) Humann fertilisation and Embryologie، Act1990 (c.37), Date of Exactement: 1st Novembre 1990.disponible in the site: http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1990/ukpga.

الموافقة الحرة والصريحة، ومبدأ عدم استخدام جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته مصدرا للربح.

تمّ اعتماد مجموعة من الإعلانات الدولية على المستوى العالمي سواء على مستوى منظمة الأمم المتحدة، أو وكالاتها المتخصصة، نذكر في هذا المجال الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان[2] وإعلان الأخلاقيات الحيوية[3] والإعلان العالمي لحظر الاستنساخ البشري[4]، حيث كرست هذه الإعلانات جميعها مبدأ احترام الكرامة الإنسانية، ومبدأ عدم الاتجار بعناصر الجسم البشري ومنتجاته طالما هي في حالتها الطبيعية، ومبدأ سمو الإنسان ومصلحته على مصلحة المجتمع أو العلم وحدها ومبدأ استقلالية الشخص واحترام خصوصيته.

كرست النصوص العامة لحقوق الإنسان مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المشار إليها سابقا، حق الإنسان في احترام كرامته، حقه في سلامة جسده، حقه في الصحة وحقه في أن لا يخضع لأي تجربة طبية بدون رضاه.

تعتبر الممارسات الطبية الحديثة محل اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية التي تعتبر الحفاظ على الدين والحياة والصحة والعقل والنسل من مقاصدها وجوهر أهدافها،

---

(1) Convention pour la protection des droits de L'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la biomédecine، convention sur les droits de L'homme et la biomédecine, Oviedo, 4 avril 1997. Disponible sur le site :www.rtdh.eu.pdf .

(2) الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، اعتمده المؤتمر العام لليونسكو في دورته التاسعة والعشرون، المنعقد بباريس في الفترة من 21 أكتوبر الى12 نوفمبر 1997، واعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 152/53 المؤرخ في9 ديسمبر 1998م. متاح على الموقع:
www.unesco.org>themes>bioethics>h...، 2018 فيفري12 يوم شوهد

(3) الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، اعتمده المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) في دورته الثالثة والثلاثين، بتاريخ 19أكتوبر2005م. متاح على نفس الموقع.

(4) اللائحة رقم (A/RES/59/280)، تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، في الدورة 59، بتاريخ 8 مارس 2005م، تتضمن إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر. متاحة على الموقع: www.un.org>resolutions شوهد يوم20 فيفري2018.

الأمر الذي أدى إلى انعقاد الكثير من الندوات الفقهية ومؤتمرات المجامع الفقهية لدراسة حكم هذه المستجدات الطبية ومعرفة ضوابطها الشرعية.

نظم المشرع الجزائري بعض الممارسات الطبية الحديثة كعمليات نزع ونقل الأعضاء البشرية، التجارب الطبية والتبرع بالدم، في قانون حماية الصحة وترقيتها[1]، كما أجاز قانون الأسرة عمليات التلقيح الصناعي بضوابط، ومنع اللجوء إلى الأم البديلة[2].

تظهر أهمية موضوع تأثير الأعمال الفنية المستخدمة على الحق في سلامة الجسم، في ارتباطه بالمسائل الحديثة التي تكتنفها مخاطر شتى على الإنسانية كاستعمالات الهندسة الوراثية وعمليات نقل وزرع الأعضاء وأبحاث الاستنساخ البشري، هذا فضلا عن البحث حول التوازن بين حرية البحث العلمي واحترام الحق في السلامة الجسدية والكرامة الآدمية للشخص.

يزيد من أهمية موضوع بحثنا هذا، ارتباطه بأكثر من مجال، فهو يرتبط بالقانون الدولي من خلال الاتفاقيات والإعلانات الدولية التي تم إصدارها في هذا الخصوص، كما تعتبر القوانين الداخلية الأسبق في تنظيم هذه الممارسات ووضع الإطار القانوني لها سواء في القوانين المدنية أو قوانين العقوبات أو في قوانين الأسرة أو في التشريعات الصحية، كما يعتبر هذا الموضوع من المستجدات التي تحتاج إلى اجتهاد لبيان حكمها في الشريعة الإسلامية.

يهدف هذا البحث إلى إبراز حقيقة أثر الممارسات الطبية الحديثة على نطاق الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم خاصة مع بروز الأهمية العلمية لبعض

---

[1] قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فيفري1985م يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، مرجع سابق.

[2] قانون رقم84-11، مؤرخ في09 جوان1984م، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج عدد24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984م، معدل ومتمم.

المكونات الجسمانية التي لم يكن استخدامها في الممارسات الطبية مهّما من قبل، مما أدى إلى ازدياد المساس بجسم الإنسان وعناصره، وبيان الأطر القانونية والأخلاقية والشرعية التي يمكن من خلالها التوفيق بين المتناقضات التي أفرزتها الممارسات الطبية الحديثة، بحيث يتسنى للأطباء المضي قدما في البحث والتجريب دون خوف من المسؤولية ودون عرقلة تؤدي بالعلوم الطبية إلى الجمود، وفي نفس الوقت يتم الحفاظ على مصلحة الأفراد في سلامتهم البدنية واحترام كرامتهم الإنسانية.

نتج عن الممارسات الطبية الحديثة ازدياد المساس بعناصر جسم الإنسان ومنتجاته، وامتد ذلك إلى عناصر إنجابه وموروثاته، بل وحتى كرامته، مما أثارت الكثير من الجدل حول طبيعة هذا جسم وعناصره، المركز القانوني للبويضات الملقحة خارج الرحم، الموت الرحيم، علاقة التطور الطبي بالاقتصاد، وغيرها من المسائل التي جعلت مبدأي عدم جواز المساس بجسم الإنسان، وعدم جواز التصرف في جسم الإنسان يتزعزعان، مما يطرح التساؤل حول نطاق الحماية التي يتمتع بها جسم الإنسان في ظل هذه الممارسات، هذا ما دفعنا إلى **طرح الإشكالية التالية: ما هو نطاق الحماية المقررة للحق في سلامة الجسم في ظل الأعمال الطبية الحديثة؟.**

اتبعنا في هذه الدراسة، المنهج التحليلي الذي يعتمد على تحليل النصوص المختلفة من أجل الوصول إلى النتيجة، ونظرا لتشعب الموضوع كما سبق الإشارة فقد اعتمدنا أيضا على المنهج الوصفي في التعريف بالأعمال الطبية المختلفة، إلى جانب الأسلوب المقارن عند التعرض للتشريعات التي كان لها السبق في تنظيم هذه الأعمال.

لمعرفة نطاق الحماية المقررة للحق في سلامة الجسم في ظل التطور الطبي علينا البحث أولا في مدى حماية سلامة الجسم من مختلف الممارسات الطبية الحديثة

التي تجاوزت قصد العلاج واتخذت من جسم الإنسان موضوعا ومحلا لها **(الباب الأول)**.

إذا كان التطور الطبي خاصة في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وعمليات التلقيح الصناعي وإجراء التجارب الطبية، قد أدّى إلى الاعتراف للشخص بالحق في التصرف بعضو من أعضائه أو أحد منتجات جسمه أو عناصره، فهذا يقودنا إلى البحث في ضوابط هذا التصرف حتى نحمي هذه العناصر من الاتجار **(الباب الثاني)**.

الباب الأوّل

ضمان سلامة الجسم في ظل التقدم الطبي

رغم أن هناك من التطبيقات الحديثة للعمل الطبي والجراحي ما يحقق إنقاذ العديد من المرضى الذين لا تجدي معهم وسائل العلاج التقليدية فإن هذه التطبيقات قد تشكل خطرا على الحق في سلامة الجسم، نظرا لوقوعها على جسم الإنسان من جهة وخروجها عن القواعد التقليدية لمهنة الطب من جهة أخرى.

أسفرت الممارسات الطبية الحديثة عن مشاكل حساسة وبالغة الخطورة، فعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أدت إلى ظهور الاستغلال التجاري لعناصر الجسم البشري ومنتجاته، وعمليات التلقيح الصناعي أدت إلى ظهور شركات متخصصة في تأجير الأرحام، وتم إنشاء بنوك للنطف والأجنة، وأصبحت اللّقائح البشرية تستخدم في الصناعات الدوائية وحتى في مواد التجميل.

أذهلت الهندسة الوراثية العالم بنتائجها وباستخداماتها المختلفة فهي لا تقتصر على العلاج والوقاية من الأمراض فحسب بل تستخدم أيضا في الإثبات القضائي، وفي التعرف على مجهول الهوية، وفي التعرف على حالة الشخص الصحية وحتى على تاريخ عائلته المرضي، ولكنها في نفس الوقت قد تؤدي إلى المساس بالحقوق الفردية للإنسان كالحق في العمل، والحق في التأمين، وحتى الحق في تكوين أسرة.

تنوعت التجارب العلمية على الإنسان وتوسع نطاقها إذ لم تعد تقتصر على فعالية الأدوية الجديدة فحسب بل أصبحت تشمل مختلف الممارسات الطبية الحديثة، فمن تجارب نقل وزرع الأعضاء البشرية، إلى تجارب الهندسة الوراثية، فتجارب الاستنساخ البشري، ولم تعد التجارب العلمية تمارس على المرضى فقط، ولا تقتصر على الأشخاص البالغين فحسب، فقد أصبحت تجرى على جميع فئات المجتمع من مرضى وأصحاء سواء البالغين أو القصر، أو عديمي الأهلية، كما أصبحت الأجنة البشرية تخلق خصيصا لإجراء البحث العلمي عليها.

تطور الممارسات الطبية الحديثة أدى إلى ازدياد المساس بجسم الإنسان، وازدياد الحاجة إلى استخدام عناصر الجسم ومنتجاته، فأصبح الاعتداء على جسم الإنسان مشروعا باسم البحث العلمي والتقدم الطبي، فبعد أن كان المبدأ السائد هو عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلا لمصلحته العلاجية، أصبح بالإمكان المساس به لأغراض غير علاجية ما دامت موافقة الشخص حرة ومستنيرة. وبعد أن كان جسم الإنسان خارج نطاق التعامل القانوني، أصبح بإمكان الشخص أن يتعامل في عناصر جسمه أعضاء كانت أو منتجات.

نظرا لخطورة الممارسات الطبية الحديثة، ومن أجل حماية السلامة الجسدية في ظل كثرة الاستثناءات على مبدأ احترام جسم الإنسان، تسعى الدول سواء عن طريق المواثيق الدولية أو عن طريق تشريعاتها الوطنية إلى تنظيم الأعمال الطبية ووضعها في إطارها القانوني، وذلك حتى تتجنب نتائجها المدمرة من جهة وتحافظ على الحق في سلامة الجسم من جهة أخرى **(الفصل الأول)**.

يعتبر الطب بطبيعته عملا تجريبيا فحرية البحث العلمي والتجريب من أهم العوامل التي تساعد الباحثين والأطباء على المضي قدما نحو الابتكار والاكتشافات، فلولا التجارب التي قام بها الأطباء القدامى لما وصل الطب إلى ما هو عليه اليوم. لكن الإنسان له الحق في سلامة جسمه واحترام كرامته وذلك يقتضي عدم المساس بمادة جسمه إلّا من أجل مصلحة أو فائدة تخصه هو بذاته، لا أن يكون موضوعا للتجارب والأبحاث مثله مثل أي فأر تجارب.

نظرا لأهمية التجارب الطبية ودورها في تحقيق التقدم الطبي، ومن أجل تحقيق التوازن بين مقتضيات البحث العلمي وحق الإنسان في سلامة جسمه، تمّ بذل الكثير من الجهود الدولية والوطنية لتنظيم التجارب الطبية وبيان شروط إجرائها ومسؤولية القائم بالتجربة **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأوّل

تأطير الأعمال الطبية

نظرا للمخاطر التي تهدد سلامة الجسم في ظل التقدم الطبي السريع، الذي لا ينفك يأتينا بجديد في وسائل وطرق العلاج والتشخيص والوقاية، ونظرا لتدخل التكنولوجيا في الطب وأمام ازدياد المخاطر التي يتعرض لها المرضى في مراحل العلاج المختلفة، كان لزاما على الدول تقرير المزيد من الحماية لحقوق المرضى، والحد من الاعتداء على الحق في سلامة أجسامهم.

من المتفق عليه هو إباحة الأعمال الطبية رغم كونها تمس بالحق في سلامة الجسم لأنها تهدف إلى تحقيق سلامة هذا الأخير بتحسين صحته ووقايته من الأمراض، لكن خروج الأعمال الطبية الحديثة عن القواعد التقليدية للطب وخاصة قصد العلاج أدى إلى كثرة المساس بجسم الإنسان و بدون مصلحة مباشرة له في كثير من الأحيان.

لم تعد الأعمال الطبية تهدف إلى العلاج من الأمراض بالمعنى التقليدي، فعمليات التجميل أصبحت من أجل المبالغة في إظهار جمال الجسم فحسب، وعمليات التلقيح الصناعي أصبحت تجرى من أجل تخليق أجنة لتستخدم في البحث العلمي أو من اجل الحصول على الأعضاء البشرية بهدف الزرع، والحصول على الأعضاء طال الأحياء والأموات. هذه التطورات لو بقيت بدون ضوابط لأدت إلى انتهاكات جسيمة على الحق في سلامة الجسم مما يستوجب وضع ضوابط **لها (المبحث الأول).**

تطور الأعمال الطبية وتدخل التكنولوجية في الطب، أدى إلى ازدياد المخاطر التي يتعرض لها المريض، وفي نفس الوقت أدى إلى صعوبة إثباته لعناصر المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ والضرر والعلاقة السببية وهذا يستلزم وضع قواعد في مجال المسؤولية الطبية تختلف عن القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية وتكرس حق المتضرر من الأعمال الطبية في التعويض **(المبحث الثاني).**

المبحث الأوّل

ضوابط التدخل الطبي في جسم الإنسان

كُلّلت الجهود الدولية في مجال تنظيم الأعمال الطبية بإصدار عدد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية التي تضمنت مجموعة من الضوابط التي يجب احترامها عند أي تدخل طبي على جسم الإنسان، وقد تم إدراج هذه الضوابط في غالبية التشريعات الوطنية المنظمة للأعمال الطبية.

لم يعد التدخل الطبي في جسم الإنسان من أجل مصلحته العلاجية فقط وإنما أصبح بالإمكان التدخل في جسم الإنسان لأغراض مختلفة، فقد يكون من أجل نقل عضو من إنسان سليم لزرعه في جسم شخص أخر مريض لإنقاذ حياته، وقد يكون من أجل تحسين مظهر الفرد وإظهار جماله، أو من أجل إجراء الأبحاث والتجارب وغيرها .

حتى لا تصبح التدخلات الطبية وسيلة للاعتداء على الحق في سلامة الجسم وحتى لا يصبح الإنسان ضحية التقدم الطبي، تم وضع مجموعة من الضوابط التي تحكم التدخل الطبي في جسم الإنسان، هذه الضوابط منها ما يتعلق بالشخص الخاضع للعمل الطبي، وتسمى بالحقوق الإنسانية للمريض(**المطلب الأول**)، ومنها ما يتعلق بالغاية من التدخل الطبي ويتمثل في قصد العلاج أو ضرورة التدخل (**المطلب الثاني**).

المطلب الأوّل

احترام الحقوق الإنسانية للمريض

يعتبر احترام الكرامة الإنسانية وحق الشخص في سلامة جسمه، غاية العمل الطبي وأساس إباحته، فقد أكدت النصوص القانونية المختلفة على ضرورة سمو الكائن البشري واحترام كرامته.

يترتب على سمو للكائن البشري عدم جواز إجراء أي تدخل طبي على جسمه إلا بناءا على رضائه الحر**(الفرع الأول)**، وبعد تبصيره بكل ما يتعلق بنوع التدخل ومخاطره **(الفرع الثاني)**، وأن يتم الحفاظ على خصوصيته وأسراره **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: الحصول على رضا المريض

أصبح الحصول على رضاء المريض التزاما قانونيا تفرضه المواثيق الدولية والقوانين الداخلية[1]، وقررته مبادئ الشريعة الإسلامية[2]، ولكي يكون هذا الرضاء صحيحا يجب توافر مجموعة من الشروط وإلّا تعرض الطبيب للمسؤولية **(أولا)**، ما عدا في الحالات الاستثنائية **(ثانيا)**، كما يترتب على الإخلال به عدة جزاءات قانونية **(ثالثا)**.

---

[1] نذكر من هذه النصوص المادة (5-ب) من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، والمادة 6 من الإعلان العلمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، والمادة 5 من الاتفاقية الأوروبية حول حقوق الإنسان والبيوطبي، والمادة 154من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2] لمزيد من التفصيل حول المبادئ الشرعية التي تحكم الأعمال الطبية أنظر بوغدة عبد الستار، المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج من فقه الطبيب وأخلاقيات الطب ومدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة، بحث مقدم إلى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثامن ببندر سير باجوان، سلطنة بروناي، من 1-7 محرم 1414 هـ الموافق21-27 يونيو 1993 م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، دورة مؤتمره الثامن، العدد الثامن، الجزء الثالث، 1994، ص ص 129-178.

أولا: شروط صحة الرضا بالأعمال الطبية

لكي يكون لرضاء المريض أثرا في قبوله للعمل الطبي، يجب أن يكون حرا وصادرا عن ذي أهلية.

1- **أن يكون الرضاء حرا:** تتفق كافة التشريعات المنظمة للأعمال الطبية على اشتراط الرضاء الحر والمتبصر، ويقصد بالرضاء الحر أن يكون صادرا عن إرادة خالية من العيوب كالإكراه أو التدليس أو أي ضغوط نفسية أو اقتصادية أو اجتماعية، هذا ما أكدته المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب[1] والمادة ل 1111-4[2]من قانون الصحة العامة الفرنسي حيث تشترطان الحصول على رضاء المريض الحر والمتبصر قبل أي تدخل طبيي.

يعتبر البعض رضاء المريض بالعمل الطبي ليس سوى رضاء شكلي ولا يعبر عن ممارسة لحرية حقيقية[3]، فالرضاء مبدأ عام يجد في تطبيقه تساؤلات كثيرة، كما أنه بإمكاننا التمييز بين عدة درجات من الرضا بالتدخل الطبي: فهناك شخص يائس ومستسلم للمرض، لا يناقش ولا يعارض ولا يعطي أهمية لاختياراته، ففي هذه الحالة لا يمكننا معرفة موافقته الحقيقية من رفضه، وهناك شخص مقاوم للمرض بإمكانه قبول العلاج المقترح من الطبيب، و أيضا مناقشته والمعارضة الإيجابية للعلاج، وهذه أعلى درجات

---

(1) مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 08 يوليو 1992م.

(2) L'art L1111-4 du c.s.p stipule: « 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 ».

(3) PELICIER Nicole, " un consentement pleinement libre et éclairé ", Laennec, n^{0}4, tom59, Centre Laennec, 2011, p30

الرضاء[1]، لكن الحالة النفسية التي يكون فيها المريض، وإحساسه بالضعف والحاجة إلى الطبيب و تأثير الأشخاص المحيطين به، هي ما تجعل موافقته ليست ممارسة لحرية حقيقية في غالب الأحيان[2]، هذا ما يجعل الرضاء مبدءا أساسيا ذا مفهوم عام.

يجب أن يكون رضاء المريض صريحا وواضحا، إذ لا يعتبر سكوت المريض موافقة على التدخل الطبي، كما لا يعتبر مجرد زيارته لعيادة الطبيب موافقة على تدخل هذا الأخير في جسمه[3]، ويكفي أن يكون الرضاء شفاهة إلاّ في حالات استثنائية كالتدخلات الطبية الخطرة أو الأعمال الطبية غير العلاجية، حيث تتشدد التشريعات بشأن المريض وتشترط أن يتم كتابة[4] وفي بعض الأحيان أن يكون أمام القضاء[5].

لا يكفي أن يكون الرضاء حرا وصريحا بل يجب أن يكون أيضا مسبقا أي قبل أي تدخل طبي وأن يستمر في جميع مراحله، ويجوز للمريض أن يتراجع عن موافقته في أي وقت[6]، لأن رضاء المريض هو الذي يمنح المشروعية لتدخل الطبيب في جسده وعدم الحصول عليه مسبقا يجعل تدخل الطبيب غير مشروع مما يعرضه للمسؤولية القانونية.

هناك مسألة هامة ترتبط بحرية الرضا، وهي حرية المريض في رفض العلاج، خاصة إذا كان هذا الرفض يعرّض حياته للخطر، فهل يجب على الطبيب أن يوقف

---

(1) VERSPIEREN Patrick, "Consentir à l'acte médical : Un principe simple d'application délicate" , Laennec, n^{0}4, tome59, Centre Laennec, 2011, pp58-59.

(2) RAUX Mathieu, " Consentir à l'acte médical : questions d'un jeune médecin ", Laennec, n^{0}4, tome 59, Centre Laennec, 2011, p14.

(3) زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص95

(4) تنص المادة 162-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على:" **تشترط الموافقة الكتابية على التبرع بأحد الأعضاء وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة** ".

(5) Voir l'art 19-2 du la convention sur les droit de l'homme et la biomédecine.

(6) المادة 6 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، والمادة 5-ب من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، والمادة 5 من الاتفاقية الأوروبية حول حقوق الإنسان والبيوطبي.

العلاج في هذه الحالة احتراما لإرادة المريض أم يواصل العلاج إنقاذا لحياة هذا الأخير؟.

يلتزم الطبيب قانونا بالحصول على رضاء المريض المتبصر قبل أي تدخل طبي على جسمه ولا يوجد رضاء حر دون إمكانية الرفض، وعليه فإن مواصلة العلاج في هذه الحالة يعتبر فيه إكراه للمريض وعمل غير مشروع يستوجب مساءلة الطبيب، لكن إذا أخذنا بعين الاعتبار الحالة النفسية التي يكون فيها المريض ولحظات التعب واليأس التي يمر بها أحيانا نتوصل إلى أنّ قراره برفض العلاج كان تحت إكراه معنوي ولا يعتد به.

اكتفى المشرع الجزائري في حالة رفض المريض تلقي العلاج باشتراط تقديم المريض تصريح كتابي لهذا الغرض مع إلزام الطبيب بأن يخبر المريض أو ممثله القانوني بعواقب رفض العلاج، حيث نص في مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن"[1]، كما جاء في قانون حماية الصحة وترقيتها ما يلي: "إذا رفض المريض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج"[2].

كرّس القانون اللبناني حق المريض في رفض العلاج في المادة 28-3 من قانون الآداب الطبية اللبناني[3] التي تنص: " في حالة رفض المريض العلاج يحق للطبيب التوقف عن متابعته، وإذا تبين له أن المريض في خطر، عليه أن يبذل جهده لإقناعه بالعلاج، وعند الاقتضاء يقوم باستشارة طبيب آخر أو أكثر لهذه الغاية". يفهم

---

[1] المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب.

[2] المادة 154-3 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3] القانون اللبناني رقم288 مؤرخ في 1994/2/22، يتضمن الآداب الطبية، معدل بالقانون 240، مؤرخ في 2012/10/22، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية عدد45 ، صادر بتاريخ2012/10/25 ، متاح على الموقع: http://www.nodlb.org

من ذلك أن الطبيب لا يمكنه تقديم العلاج للمريض عند رفض هذا الأخير تلقي العلاج حتى لو كان في هذا الرفض تعريض حياته للخطر.

اشترط القانون الفرنسي على الطبيب في حالة رفض المريض أخذ العلاج أن "يحترم إرادة هذا الأخير بعد تبصيره بعواقب رفضه، وإذا كان رفض المريض للعلاج يعرض حياته للخطر يجب على الطبيب أن يبذل قصارى جهده لإقناعه بالعلاج الضروري، وله أن يستعين بطبيب آخر أو أكثر لهذه الغاية"[1]، يستثنى من ذلك حالة كون المريض قاصر أو بالغ تحت الحماية القانونية وكان رفض الولي أو الممثل القانوني للعلاج يعرض صحة هذا المريض للخطر، حيث يقدم الطبيب العلاج الضروري رغم رفض الولي أو الممثل القانوني له"[2]، يعني هذا أنّ رفض العلاج معترف به في القانون الفرنسي، فهو التزام على الطاقم الطبي وحق للمريض يجب احترامه"[3].

نستنتج مما سبق أنّ رفض المريض للعلاج يكون في حالتين: الأولى يكون فيها الرفض كمبدأ للعلاج الوحيد لحالته بغض النظر عن طبيعته أو فاعليته، وفي هذه الحالة على الطبيب أن يبذل قصارى جهده لإقناعه وله أن يستعين بطبيب آخر لهذه الغاية، وله أيضا أن يرفض مرافقته في هذا السلوك الذي يعد انتحارا"[4]، وبما أنّ مساعدة شخص على الانتحار سلوك معاقب عليه في كثير من التشريعات[5]، كما أنّ

(1) Art، L1111-4 du c.s.p. stipule : " Le médecin doit respecter la volonté de la personne âpres l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si la volante de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement, met sa vie en danger le médecin doit tout mettre en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensable.IL peut faire appel à un autre membre du corps médical "

(2) Art، L1111-4, al 5 stipule :" Dans le cas ou le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entrainer des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables ».

(3) ESPER Claudine Bergoignan, " Le consentement médical, en droit français", laennec,n04, tome 59, Centre Laennec, 2011, p22.

(4) MAYAUD Charles, " Le médecin devant le malade qui refuse le traitement proposé", Laennec, n^{04}, tome 59, Centre Laennec, 2011, p37.

(5) نذكر على سبيل المثال المادة 273 ق.ع.ج.

النصوص الشرعية قد أثبتت حرمة النفس البشرية فلا يجوز للمريض قتل نفسه كما لا يجوز للغير مساعدته على ذلك، "لأن حياة الإنسان تشتمل على حق الله وحق العبد، وحق الله غالب في هذا الجانب وقد حرم الله قتل الإنسان نفسه في نصوص عدة"[1]، فإنّه من الضروري أن ترجح سلامة المريض وإنقاذ حياته في هذه الحالة على احترام إرادته، أي عدم احترام إرادته في رفض العلاج الضروري لسلامته.

في الحالة الثانية يرفض المريض العلاج بعد تفكير واقتناع بأن العلاج غير مناسب لحالته أو لظروفه، ففي هذه الحالة على الطبيب أن يحترم رغبته هذه بعد أن يخبر بعواقب رفض العلاج، لكن عليه أن يعمل على إزالة العقبات التي أدت لرفض العلاج بما فيها تعديل العلاج المقترح، أو استبداله بعلاج آخر يؤدي نفس الغرض بعد تبصير المريض طبعا.

تثار مسالة رضاء المريض أيضا عندما يلح هذا الأخير على الطبيب في وضع حد لحياته للتخلص من آلامه وهو ما يسمى بالقتل إشفاقا أو الموت الرحيم، ويقصد به "تسهيل موت المريض الميئوس من شفائه بناء على طلب ملّح منه أو من ذويه مقدم للطبيب المعالج"[2]، فتبرير هذا القتل تكمن في كونه يتم لغايات إنسانية وهي تخليص المريض من آلامه غير المحتملة، وجعله يموت بكرامة فمهمة الطبيب هي المحافظة على الحياة وليس إطالة الموت"، ثمّ إذا كانت القوانين تمنح المريض حق رفض العلاج أو توقيفه في أي وقت احتراما لإرادته ، فلماذا لا نحترم إرادة المريض أيضا في التخلص من معاناته الميئوس منها بطرق طبية[3]،

---

(1) عزام حمد فخري، "الضوابط الشرعية العامة للأعمال الطبية"، مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 20، العدد التاسع، جامعة مؤتة، الأردن،2005، ص 109.

(2) قليش أحمد، القتل بدافع الشفقة(القتل الرحيم): موقف القانون الفقه والدين، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 20، المغرب 2015، ص158.

(3) Commission de réforme du droit du Canada, "Euthanasie, Aide au suicide et interruption de traitement", Document de travail 28, n^0 de catalogue j32-1/28-1982, Canada, 1982, p51.

يمكن أن يتم الموت الرحيم بعدة صور هي:

1- الموت الرحيم الإيجابي والمباشر: يتم بإعطاء المريض جرعة من دواء قاتل بنية القتل، وذلك بناء على طلب المريض وهو في حالة الوعي أو بناء على وصية مكتوبة مسبقا، أو يتم ذلك بطلب من أقرباء المريض الذي فقد الوعي الذين يرون أن القتل سوف يريح المريض من آلامه، كما يتم بقرار من الطبيب في حالة المريض القاصر أو البالغ تحت الحماية، هذه الصورة لا تبيحها إلا القليل من التشريعات مثل التشريع الهولندي والبلجيكي والسويسري، في حين تجرمها غالبية التشريعات لتماثلها مع جريمة القتل العمد.

2- المساعدة على الانتحار: يقوم المريض بتنفيذ القتل بنفسه بناء على توجيهات الطبيب الذي يوفر له المعلومات والوسائل التي تساعده عل الانتحار، وهو معاقب عليه أيضا في كثير من التشريعات، وإن كان هناك من يقول بعدم مساءلة الطبيب في هذه الحالة لأن المريض نفذه بإرادته وبعد تفكير جدي[1].

3- القتل غير المباشر: يتم بإعطاء المريض جرعات من عقاقير مسكنة للألم، وبمرور الوقت يضطر الطبيب إلى مضاعفة الجرعات للسيطرة على الألم، إلاّ أن الجرعات الكبيرة قد تؤدي إلى الموت الذي لم يكن مقصودا بذاته ولكنه كان متوقعا مسبقا، في هذه الحالة يمكن مساءلة الطبيب على أساس القتل الخطأ في الكثير من التشريعات.

4- القتل السلبي ويتم بإيقاف العلاج اللازم للمحافظة على الحياة، ويدخل فيه وقف أجهزة الإنعاش الصناعي، تتجه غالبية التشريعات نحو تنظيم هذه

(1) MARTIN J, "Assistance au suicide- La situation suisse aux plans légal et medico-éthique", pratiques et organisation des soins, n^{0}4,vol 42, 2011,p 281.

الصورة، كما أن الفقه الغربي يميل إلى قبولها[1]، يقول أحد الفقهاء في هذه المسألة: " إنّ قبول بإجهاض جنين بسبب احتمال ولادته مشوها، يجعلنا نقبل أيضا بوقف أجهزة الإنعاش عن شخص يعاني من آلام لا تحتمل وليس هناك أمل في شفائه"[2]، بينما يرفضه البعض منهم على أساس أنّ مهمة الطبيب أن يحافظ على الحياة لا أن يحدث الوفاة. [3]

يذهب غالبية رجال القانون إلى أن الرضاء بالقتل ليس سببا من أسباب الإباحة في القتل ذلك أن الحق في الحياة لا يقبل التصرف فيه لأنه ليس ملكا للشخص، فرضاء المجني عليه ليس له أثر في تكوين الجريمة، وإن كان له أثرا في العقوبة، وعليه فإن القتل الرحيم ليس سوى قتلا عمدا للمريض وإن كان الدافع إليه هو تخليص المريض من آلامه، وتقوم مسؤولية الطبيب منفذ القتل الرحيم سواء كان تدخله بعمل إيجابي لإنهاء حياة المريض، أو بعمل سلبي بامتناعه عن إعطاء العلاج الضروري للحفاظ على حياته، فمهمة الأطباء هي إعادة الصحة للمرضى والتخفيف من آلامهم لا أن يسلبوهم الحياة[4].

معظم التشريعات لم تتناول القتل إشفاقا وبالتالي تطبق عليه النصوص المتعلقة بجرائم القتل العمد والقتل الخطأ وكذلك جرائم مساعدة شخص على الانتحار، لكن بعض هذه التشريعات أجازت الموت الرحيم ونظمته بنصوص خاصة

(1) HORN R " Le débat sur l'euthanasie et ses répercussions sur les pratiques médicales en fin de vi. Un regard comparatif : France-Allemagne ", pratique et organisation des soins, n°4, vol 41,2010, pp 329-330

(2) DUCRUET Jean, " l'éthique des décisions de fin de vie en réanimation néonatale", Laennec, n°3, tome 50,2002, p24.

(3) CLEMENT Renaud, "que font les médecins face à des demandes de mort de malade en situation de fin de vie ?", Thèse d'doctorat en sciences, Discipline : éthique médicale, Ecole doctoral, Université Paris v-Rêne Descartes,2008, p83.

(4) لمزيد من التفصيل حول تكييف الفقه القانوني للقتل إشفاقا أنظر: الحجاحجة جابر إسماعيل، المرجع نفسه، ص226، المومني أحمد محمد خلف، المرجع نفسه، ص ص88-89.

وتعتبر هولندا أوّل دولة أجازت الموت الرحيم[1]في سنة 2002، وطبقا لهذا القانون يعتبر القتل الرحيم مشروعا بشروط محددة هي: أن يعاني المريض من مرض لا يرجى شفاؤه، أن يعاني من ألم لا يحتمل، أن يمنح المريض موافقته وهو في حالة عقلية جيدة، وأن تنهى حياة المريض بالطريقة الطبية المثلى، وتلتها بلجيكا حيث صوت مجلس الشيوخ في أكتوبر 2002 على مشروع قانون يحدد شروط ممارسة الأطباء للقتل إشفاقا، وهناك دول أوروبية كثيرة في الوقت الحالي تفكر في تشريع قوانين خاصة بالموت الرحيم.

يعدّ القتل إشفاقا عملا غير مشروع في القوانين العربية والإسلامية، حيث تجرم كل صور القتل الرحيم وتكيف على أنها مساعدة على الانتحار وسنكتفي هنا بذكر التشريع السوري كنموذج للتشريعات العربية، ونبين موقف القانون الجزائري في هذه المسالة:

أ-التشريع السوري: جاءت المادة538 من قانون العقوبات السوري[2] كما يلي: " يعاقب بالاعتقال عشر سنوات على الأكثر من قتل إنسانا قصدا بعامل الإشفاق بناء على إلحاحه بالطلب"، فهذه المادة تعاقب كل من يقوم بالقتل إشفاقا مهما كانت صفته أو مهنته، وبالتالي فهي تشمل الأطباء الذين يسهلون الموت لمرضاهم بناء على إلحاحهم بالطلب.

ب- التشريع الجزائري: لا يوجد نص في قانون العقوبات الجزائري يرفع التجريم عن الموت الرحيم، بل يعاقب على هذا الفعل شأنه شأن الجرائم الأخرى، فهذا القانون يعرّف القتل بأنه "إزهاق روح إنسان عمد"[3]و يعاقب على القتل العمد

---

[1] بدأ سريان قانون الموت الرحيم الهولندي في فاتح أفريا 2002، حيث وافق عليه البرلمان الهولندي بأغلبية104 صوت مقابل40 صوت رافض لإصدار قانون للموت الرحيم.

[2] القانون السوري رقم 148 لعام1949 يتضمن قانون العقوبات السوري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[3] المادة 254 ق.ع.ج.

بالسجن المؤبد، وبالإعدام في حالة اقتران القتل بظرف مشدد[1]، ويعاقب كل من يساعد شخص على الانتحار بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نفذ الانتحار،[2]كما يعاقب على القتل الخطأ بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية.

يتفق فقهاء الشريعة[3]على حرمة قتل النفس الإنسانية بغير حق لقوله تعالى:" ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلاّ بالحق"[4]، وقوله عزّ وجل: " ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما"[5]، "فالشريعة الإسلامية أمرت الأطباء بأن يهتموا بالمريض، وأن يبذلوا نهاية جهدهم للعناية به، وعلى الطبيب والمريض أن يتركا النتيجة على الله سبحانه وتعالى، وعلى الطبيب ألاّ يستجيب لطلب المريض في إنهاء حياته، وإذا استجاب يكون خائنا للأمانة سواء بطلب المريض أو بغير طلبه، والعقاب للطبيب في هذه الحالة يكون حسبما يراه القاضي لكل حالة على حدة"[6].

يرتبط القتل الرحيم بمسألة وقف أجهزة الإنعاش عن المريض الميئوس من شفائه إما بطلب منه أو من أهله أو بقرار من الطبيب، فقد أثارت هذه

---

(1) المادة 263 ق.ع.ج.

(2) المادة 273 ق.ع.ج.

(3) للإطلاع على آراء فقهاء الشريعة في مسألة الموت الرحيم أنظر: المومني أحمد محمد خلف، مرجع سابق، ص ص 75-86، قليش أحمد، مرجع سابق، ص ص164-166، قليش أحمد، مرجع سابق، صص164-166.

(4) سورة الإسراء الآية 33

(5) سورة النساء الاية 27.

(6) طنطاوي محمد سيد(شيخ الأزهر)، الموت الرحيم، مداخلة قدمها إلى المؤتمر الدولي السنوي الثالث والعشرين بعنوان" الطب المتكامل"، كلية الطب، جامعة عين شمس، الفترة من21-24 فبراير2000. متاح على الموقع: http:// archive.islemonline.net

المسألة جدلا قانونيا ودينيا، وذلك لاختلاف الرأي حول طبيعة أجهزة الإنعاش هل هي وسيلة للحفاظ على حياة قائمة أو إطالة موت ثابت؟.

أثبت الطب أنه من الممكن أن يتوقف قلب إنسان عن العمل ولكن خلاياه تبقى حية، وأنه يمكن إعادة القلب إلى عمله الطبيعي عن طريق استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي التي يكون الغرض من استخدامها في هذه الحالة هو إطالة حياة المريض، وعليه لا يجوز في هذه الحالة رفع أجهزة الإنعاش عنه لأن ذلك يتسبب في موت المريض موتا حقيقيا لا رجعة فيه[1]ورفعها يعتبر قتلا عمد له.

استقر الطب الحديث أيضا على أن موت خلايا المخ الذي يؤدي إلى توقف المراكز العصبية العليا عن عملها هو معيار موت الإنسان موت حقيقيا لا رجعة فيه، وفي هذه الحالة يكون تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي إطالة للوفاة من أجل الإبقاء على حياة عضوية دون الحياة الإنسانية[2]، وهذا يسبب أضرارا للمريض بإطالة احتضاره، وآلاما نفسية لأقاربه، وأخرى اقتصادية تتمثل في نفقات هذه الأجهزة، وتعطيل استخدامها لمصلحة مرضى آخرين هم بحاجة إليها، لذا هناك تقارب في موقف الفقه والقانون والشريعة[3]في جواز رفع أجهزة الإنعاش عن المريض الذي ثبت موت مخه موتا لا رجعة فيه، مع وضع مجموعة من الضمانات التي تحمي حياة المرضى من جهة وحقوق الآخرين بما فيهم الأسرة والمجتمع. تجدر الإشارة هنا إلى أن مجمع الفقه الإسلامي قد أجاز رفع أجهزة

---

(1) شرف الدين أحمد، الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981، ص 104.

(2) الجوهري أحمد جلال الدين، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981، ص126.

(3) لمزيد من التفصيل أنظر: شرف الدين أحمد، الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي، مرجع سابق، ص ص15-118، رجاء ناجي المكاوي، الجوانب القانونية لنقل وغرس الأعضاء، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد37، جامعة محمد الخامس- أكدال-، المغرب، 2006، ص ص39-40.

الإنعاش عن المريض الذي توقفت وظائف دماغه توقفا تاما لا رجعة فيه، لكنه قرر عدم جواز رفع هذه الأجهزة عن المرضى الميئوس من شفائهم لكن لم يقرر الأطباء موتهم دماغيا[1]، في حين أنها تطبق يوميا في المستشفيات عبر العالم بتنظيم قانوني في بعض الدول[2]، وضمن فراغ تشريعي في دول أخرى[3].

يتم رفع أجهزة الإنعاش عن المرضى الميئوس من شفائهم على أساس الحق في الموت بكرامة، حيث لم يعد الطب يهتم فقط بالحفاظ على الحياة، بل أصبح يعتني أيضا بنوعية الحياة[4] التي تستدعي إنهاء حياة المريض حتى يتخلص من آلامه ومعاناته، فبعد أن كان دور الطبيب ينحصر في معاينة الوفاة أصبح هو من يحدثها، وبعد أن كان يسجل لحظة الوفاة أصبح هو من يحددها[5]، إنها إحدى تناقضات التطور العلمي.

حسب رأينا المرض من عند الله وهو من طبيعة البشر ولا يمكن أن يكون فيه امتهان للكرامة الإنسانية، والشفاء بيد الله يقول تعالى:"وإذا مرضت فهو يشفيني"[6]، ويقول عليه الصلاة والسلام:"ما أنزل الله من داء إلاّ وجعل له شفاء"[7]، وما العلاج إلاّ سببا من الأسباب، ثم إنّ الرسول عليه الصلاة والسلام نهانا عن تمني الموت للمريض، فقال: "لا يتمنى أحدكم الموت لضر نزل به، فإن كان لا بد فاعلا فليقل:

---

(1) قرار رقم17(3/5)، صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الثالث بعمان، المملكة الأردنية الهاشمية، في الفترة 8-13 صفر1407 هـ، الموافق 11-16 أكتوبر1986 بشأن أجهزة الإنعاش، قرار رقم 67(7/5)، صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره السابع بجدة، المملكة العربية السعودية، في الفترة من7-12 ذي القعدة 1412 هـ، الموافق 9-14 مايو1992م، بشأن العلاج الطبي.

(2) Loi n^{0}2005-370 du22 Avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie, Jorf , n^{0}95 du 23 Avril 2005.

(3) نذكر التشريع الجزائري على سبيل المثال.

(4) KENTISH-BARNES Nancy, "mourir à l'heure du médecin : Décisions de fin de vie en réanimation", Revue française de sociologie, n^{0}3, vol 48, Paris 2007,p466

(5) SCHWERING Karl-Leo," La mort n'est plus ce qu'elle était", champ psy, n^{0}55, Paris, 2009, p151.

(6)" سورة الشعراء، الآية 80.

(7) رواه البخاري، في كتاب الطب، ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء.

اللهم أحيني ما كانت الحياة خير لي، وتوفني ما دامت الوفاة خير لي"[1]، فما بالك بإزهاق روحه بحجة الشفقة عليه؟، فعلى الأطباء أن يستمروا في العناية بالمريض وبذل قصارى جهدهم لتخفيف آلامه بصرف النظر عن تحقق الشفاء من عدمه.

2-**أن يصدر الرضا عن ذي أهلية**: إذا كان المريض كامل الأهلية وفي كامل وعيه فإنه يعبر بنفسه عن موافقة على التدخل الطبي، تختلف الدول في تحديدها للأهلية، بالنسبة للمشرع الجزائري يكون الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، وسن الرشد هو 19 سنة كاملة[2].

أما إذا كان المريض عديم الأهلية لصغر في السن أو عته، أو جنون، أو كان ناقص الأهلية كما في حالة الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة، فإن جُلُ القوانين المقارنة تعطي حق إعطاء الموافقة على الأعمال الطبية إلى الأشخاص الذين يخول لهم القانون ذلك[3] كالولي، أو الوصي، أو الممثل القانوني[4]مع أخذ رأي القاصر أو البالغ تحت الحماية بعين الاعتبار في بعض التشريعات كالقانون الفرنسي الذي ينص على مشاركة القاصر في اتخاذ القرار الطبي حسب درجة تمييزه وعدم أخذ رفض الولي بعين الاعتبار إذا كان رفض العلاج يترتب عليه نتائج خطيرة عل صحة القاصر أو البالغ تحت الحماية [5]، فلا عدم أهليته القانونية التي تستدعي حمايته، ولا ضعف صحته، يمكن أن تبرر استبعاده عن قرار طبي يخصه، فالقاصر له حرية فردية لا

---

[1] رواه الإمام أحمد، والنسائي.

[2] لمادة 40 من ق.م.ج.

[3] المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها،المادة5 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، والمادة6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي.

[4] نظم المشرع الجزائري أحكام الولي والوصي في قانون الأسرة تحت عنوان النيابة الشرعية، المواد من92 إلى100 ق.أ.ج.

(5) Art 1111-4 du csv.

تقبل قيودا على مصلحته العليا[1]، لكن في الواقع يبقى إعلام الأولياء وموافقتهم المستنيرة لا يمكن الاستغناء عنها قانونا[2].

يمكن للمشرع أن يمنع بعض الأعمال الطبية على القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز لارتباطها بالنظام العام سواء تمت بموافقة المعني أو عن طريق ممثله القانوني، ومثالها منع القيام بجمع الدم من هذه الفئات أو التبرع بأعضائهم في قانون حماية الصحة وترقيتها[3]، ومنع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي[4] بدورها نزع الأعضاء والأنسجة من القصر وعديمي الأهلية إلا بتوافر مجموعة من الشروط مجتمعة وهي:

1- لا يوجد متبرع مماثل يتمتع بالأهلية؛
2- المستقبل هو أخ أو أخت المتبرع؛
3- عملية التبرع لا تضر بحياة المتبرع؛
4- رضاء الممثل القانوني يكون كتابة وأمام سلطة مختصة؛
5- المتبرع لم يعبر عن رفضه التبرع.

يتضح لنا من هذه النصوص حرص التشريعات على حماية الأشخاص الذين لا يملكون القدرة على إعطاء الرضاء بالأعمال الطبية، حيث لا يمكن كقاعدة عامة، إجراء أي تدخل على أجسامهم إلاّ لمصلحتهم المباشرة وبموافقة ممثلهم القانوني.

يشترط فقهاء الشريعة إذن المريض أو وليه، ويعتبرونه أساس إباحة التطبيب[5]، واعتبر إذن الولي هنا في حال عدم أهلية المريض للإذن بالعلاج لصغر أو جنون،

(1) RUDE Antoine Edwige," Le droit du patient mineur", journal du droit des jeunes, n°313, Association jeunesse et droit, Paris, 2012, p20.
(2) YAKOUBEN Karima, " Le patient mineur et les consentements à recueillir ", Laennec, tome59, n°4, Centre Laennec, Paris, 2011, pp50-55, EDWIGE Rude-Antoine, Le droit du patient mineur, journal du droit des jeunes, n°313, 213/3, pp1924.
(3) المادتين 18-3، و168-3 من قانون حماية الصحة وترقيتها.
(4) Art 20 du convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.
(5) عزام حمد فخري، مرجع سابق، ص102.

لأن الولي هو الأكثر حرصا على مصلحة من يلي عنه، وقد أقرّ ذلك مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابعة [1] حيث جاء في قراره الخامس ما يلي:

"أ- يشترط إذن المريض إذا كان كامل الأهلية

فإن كان عديم الأهلية أو ناقصها أعتد بإذن وليه حسب ترتيب الولاية الشرعية، وحسب أحكامها التي تحصر تصرف الولي فيما فيه منفعة الموّلى عليه ومصلحته ورفع الأذى عنه، على ألاّ يعتد بتصرف الولي في عدم الإذن إذا كان واضح الضرر بالموّلى عليه، وينتقل الحق إلى غيره من الأولياء ثمّ إلى ولي الأمر.

ب- لولي الأمر الإلزام بالتداوي في بعض الأحيان كالأمراض المعدية والتحصينات الوقائية.

ج- في حالات الإسعاف التي تتعرض فيها حياة المصاب للخطر لا يتوقف العلاج على الإذن.

د- لا بد في إجراء الأبحاث الطبية من موافقة الشخص التام الأهلية بصورة خالية من شائبة الإكراه كالمساجين، أو الإغراء المادي كالمساكين، ويجب إلا يترتب على تلك الأبحاث ضرر.

هـ- ولا يجوز إجراء الأبحاث الطبية على عديمي الأهلية أو ناقصيها ولو بموافقة الأولياء."

نلاحظ شمول الحماية التي أولتها الشريعة الإسلامية للأشخاص الخاضعين للأعمال الطبية، وكيف أنها قيدت سلطة الولي في الموافقة بمصلحة المعني، إذ لا يعتد بموافقة الولي إذا كان في التدخل الطبي ضرر للشخص المحمي، كالموافقة على

[1] قرار رقم 67(7/5)، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره السابع، بجدة، المملكة العربية السعودية، في الفترة من7-12 ذي القعدة 1412هـ، الموافق9-14 مايو1992، بشأن العلاج الطبي.

إجراء تجربة طبية على الموّلى عليه، أو التبرع بأعضائه، جاء في كتاب الشيخ القرضاوي في زراعة الأعضاء[1]: "ولا يجوز أن يتبرع الولي عنهما، بأن يدفعهما للتبرع، وهما غير مدركين، لأنه لا يجوز له التبرع بمالهما، فمن باب أولى لا يجوز التبرع بما هو أعلى وأشرف من المال وهو البدن".

ثانيا: الاستثناءات على شرط الرضا

يجوز للطبيب في بعض الأحيان أن يتدخل في جسم المريض، دون الحصول على موافقة هذا الأخير نظرا لضرورة تستدعيها مصلحة المريض ذاته، أو حماية للمصلحة العامة وذلك في الحالات التالية:

1- حالة الاستعجال والضرورة: تمثل حالة الاستعجال استثناءً من الأصل العام المتمثل في عدم جواز المساس بجسم الإنسان في أي تدخل طبي إلا برضاه، ويشترط في حالة الاستعجال أن يكون هناك ضرورة للقيام بعمل طبي لا تحتمل التأخير، وعدم قدرة المريض على التعبير عن موافقته، وعدم إمكانية الرجوع إلى ممثله القانوني[2]، لذا تبيح القوانين للطبيب أن يجري في هذه الحالات التدخل الطبي الذي يراه مناسبا لحماية حياة المريض وصحته دون حاجة إلى الحصول على رضائه المسبق.[3]

2- حالة التدخل الطبي الإجباري: هناك حالات يكون فيها التدخل الطبي ضروريا لحماية الصحة العامة، كحالة انتشار الأوبئة والأمراض المعدية، حيث تفرض الدولة بعض الإجراءات العلاجية والوقائية على الأفراد دون مراعاة رضائهم بها لأن مصلحة المجتمع تقدم على مصلحة الفرد في هذه الحالة، كذلك يعتبر من حالات

---

[1] القرضاوي يوسف، زراعة الأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2010، ص 48

[2] قرار رقم 67(7/5)، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره السابع، بجدة، المملكة العربية السعودية، في الفترة من

[3] أنظر المادة 154-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها، والمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي.

التدخل الطبي الإجباري التطعيمات الإجبارية المختلفة، والطب المدرسي، والمراقبة الصحية على الحدود[1].

يُجبر الشخص أحيانا على الخضوع لبعض الأعمال الطبية، ليس من أجل العلاج وإنما من أجل التحقيق في قضية معينة مثال ذلك الخضوع لغسل المعدة أو تحليل الدم أو فحص البصمات من أجل تحقيق العدالة ومحاربة الجريمة في المجتمع[2]. نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري قد نظم استعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص[3]، ووضع عقوبات جزائية على من يرفض أجراء التحاليل البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمته الوراثية.

وفي بعض الأحيان يشترط القانون إخضاع الأشخاص لبعض الفحوصات الطبية إذا ما أرادوا إبرام بعض العلاقات الاجتماعية، مثالها الفحص الطبي قبل الزواج إذ تشترط الكثير من التشريعات على الراغبين في الزواج أن يخضعوا لبعض الفحوصات الطبية التي يمنع إبرام عقد الزواج بدون إجرائها[4]، نظرا لما يحققه هذا الفحص من

---

[1] سلامة عبد الفتاح، أحكام عقد العلاج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص ص-166164.

[2] محمد بن يحي حسن النجيمي، "التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجية الإثبات"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد السابع والثلاثون، الرياض ، مارس2004، ص ص100-104.

[3] قانون رقم 16 -3 مؤرخ في19 يونيو 2016 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج.ر ج ج عدد37، صادر بتاريخ 22 يونيو 2016 .

[4] تنصص المادة 7 مكرر منّ .أ.ج على: " على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبيو لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطر يتعارض مع الزواج

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج" .

مصلحة اجتماعية في تجنب نقل الأمراض الجنسية والوراثية تغلب مصلحة المجتمع في سلامة أفراده على مصلحة الفرد في موافقته على التدخلات الطبية على جسمه[1].

لا بد من الإشارة إلى أنه لا يعتد بموافقة المريض إذا كان العمل الطبي غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة، مثل تأجير الأرحام[2]، والقتل بدافع الشفقة كما رأينا سابقا.

ثالثا: جزاء الإخلال بشرط الرضا

يعتبر الرضاء المسبق بالتدخل الطبي شرطا أساسيا لمشروعية هذا الأخير، وبالتالي فإن تخلف شرط الرضا الصحيح يترتب عليه عدم مشروعية هذا التدخل وقيام المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، وإن كانت المسؤولية المدنية أشمل وأوسع من المسؤولية الجنائية، لأن هذه الأخيرة مقيدة بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات[3] أمّا المسؤولية المدنية فتتوافر كلما ارتكب الشخص خطأ سبب ضرار للغير[4].

يقع عبء إثبات الرضا على عاتق الطبيب لأن الأصل هو حق الإنسان في سلامة جسمه وعدم المساس به إلّا بناءً على رضائه الحر، فمن يقوم بفعل يمس هذا الحق عليه أن يقيم الدليل على حصوله على رضاء المريض، وكذلك تطبيقا للقاعدة العامة في ق.م التي تنص: "**على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص**

---

(1) لمزيد من التفصيل أنظر :صفوان محمد غضبان، الفحص الطبي قبل الزواج، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009م، ص ص192-194.

(2) أنظر المادة 45 مكرر ق.أ.ج، والمادة 16-5 قانون مدني فرنسي.

(3) المادة 1 ق.ع.ج: "**لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون**".

(4) المادة 124 ق.م.ج: "**كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.**"

منه"[1] والدّائن في هذه المسألة هو المريض والمدين هو الطبيب الذي ألزمه القانون بالحصول على رضاء المريض قبل القيام بأي تدخل طبي على جسمه.

الفرع الثاني: الحق في التبصير

أدى التقدم الطبي وتدخل التكنولوجيا في الطب، إلى جعل التدخل الطبي أمرا معقدا يصعب إدراكه من طرف المريض لذا يقع على عاتق الطبيب الالتزام بتبصيره **(أولا)**، غير أن هناك حالات يشدد فيها هذا الالتزام **(ثانيا)**، وحالات أخرى يعفى فيها الطبيب من واجب التبصير **(ثالثا)**.

أولا: مضمون الحق في التبصير

يقصد بتبصير المريض قيام الطبيب بإخبار المريض وإعلامه بمخاطر المرض والعلاج وكذلك توضيح نوع العلاج والأضرار المحتملة، والبدائل الموجودة حتى يصدر رضاءه على بينة من الأمر[2]، وأن تكون المعلومات التي يقدمها الطبيب للمريض واضحة وأمينة وملائمة، وذلك فيما يتعلق بحالته وبالفحوص التي يقوم بها، والعلاج الذي يقترح عليه[3].

يجب أن يكون التبصير بعبارات واضحة وصريحة يسهل على المريض فهم فحواها وأن يراعي أثناء التبصير الظروف الشخصية للمريض مثل سنه وشخصيته ومستواه الثقافي، وأن يقوم الطبيب بتزويد المريض بمعلومات صحيحة وأمينة بخصوص مرضه وعلاجه[4]، هذا ما نصت عليه النصوص الدولية السالفة الذكر

---

[1] المادة 323 من القانون المدني الجزائري.

[2] زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق، ص153.

[3] أنس عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة 2013، ص63، أحمد سليمان شهيب، عقد العلاج الطبي، ط1، منشورات زين الحقوقية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، ص187.

[4] عبد الكريم مأمون، الحق في الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص149.

حيث أكدت على ضرورة إعلام المريض بمعلومات وافية وواضحة ومفهومة،عن حالته الصحية، وعن التدخل المقترح ونتائجه ومخاطره وأن يتضمن الطرائق المتصلة بسحب القبول[1].

خلاصة القول أنه" ليس مطلوبا من الطبيب أن يلقي محاضرة علمية على مريضه، ولكن عليه أن يقدم له كل العناصر الموجودة تحت تصرفه والتي تسمح لمريضه أن يوافق على العلاج"[2].

نص المشرع الجزائري على حق المريض في التبصير في مدونة أخلاقيات الطب[3] حيث ألزم الطبيب بأن يقدم للمريض معلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي، كما ألزم قانون حماية الصحة وترقيتها[4] الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء بأن يخبر المتبرع بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، وأنه بإمكانه الرجوع عن موافقته في أي وقت.

من القوانين العربية التي نصت صراحة على الحق في التبصير نجد قانون حقوق المرضى و الموافقة المستنيرة اللبناني[5] الذي جاء في المادة الثانية منه ما يلي: " يحق لكل مريض يتولى أمر العناية بت طبيب أو مؤسسة صحية، بأن يحصل على المعلومات الكاملة حول وضعه الصحي وتشمل هذه المعلومات: الفحوصات،

---

[1] المادة 6-2 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، المادة 5-2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي.

[2] حمدي عبد الرحمان، معصومية الجسد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد29، جامعة عين شمس،2017، ص38.

[3] المواد 43 ، 44 ،47، من مدونة أخلاقيات الطب.

[4] المادة 162-3 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[5] قانون رقم 574 ، مؤرخ في 2004/02/11 يتضمن قانون حقوق المرضى و الموافقة المستنيرة، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية، عدد9 ، صادر بتاريخ2004/02/12 . متاح على الموقع الإلكتروني:
http://www.nodlb.org

والعلاجات، والعمليات الطبية المقترحة، كما تشمل منافعها ومضاعفاتها السلبية، والمخاطر المعهودة أو الكبرى التي تنطوي عليها، والحلول الأخرى الممكنة، فضلا عن النتائج المتوقعة في حال عدم إجرائها، ويقتضي في حال طرأت لاحقا معطيات جديدة تستدعي اتخاذ قرارات جديدة ، إعلام المريض بتا أيضا عند الإمكان..."

اشترط المشرع الفرنسي بدوره الإعلام الكامل والواضح للمريض عن حالته الصحية والعلاج المقترح، مع الأخذ بعين الاعتبار الحالة شخصية المريض، وقدرته على استقبال المعلومات وفهمها[1]، لأن تبصير المريض الكامل والواضح بشأن حالته الصحية والتدخل المقترح هو الذي يمكنه من إعطاء موافقة حرة ومستنيرة، ويحقق له استقلاليته في اتخاذ القرار فيما يتعلق بحقه في سلامة جسده، لذا يستلزم أن يكون المريض قادرا على استقبال المعلومات وتقبلها.

ثانيا: حدود الالتزام بالتبصير

يُعفى الطبيب من واجب التبصير في بعض الحالات، كما يباح له أحيانا أن يخفي عن المريض بعض المعلومات أو أن يحجبها كاملة، تتمثل هذه الحالات فيما يلي:

1- حالات الاستعجال: إذا كانت حالة المريض تستدعي تدخلا سريعا لإنقاذ حياته ولا يتحمل الانتظار إلى حين تبصيره بحالته وبالعلاج المزمع إجراءه، تغلب مصلحة المريض وإنقاذ حياته أو المحافظة على صحته ويعفى الطبيب من واجب الإعلام[2]، وعليه أن يقدم العلاج الضروري تحت مسؤوليته الخاصة دون حاجة إلى

(1) Art l 1111-2 du c.s.p.
(2) Art 08 du la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

التبصير، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها[1] ومدونة أخلاقيات مهنة الطب[2].

أعفى المشرع الفرنسي الطبيب من واجب الإعلام في الحالات الإستعجالية أو عند استحالة الإعلام، كأن تكون هناك ضرورة لتدخل علاجي مستعجل والمريض لا يمكنه التعبير عن رضائه بهذا التدخل الطبي لكونه غائبا عن الوعي[3].

يبدو أن مختلف التشريعات الوطنية والدولية قد اتفقت على إعفاء الطبيب من واجب إعلام المريض في الحالات الإستعجالية التي تستدعي تدخلا سريعا لإنقاذ حياته أو حماية صحته، ونحن نرى أن هذا الاتفاق نابع من كون هدف هذه النصوص جميعا هو حماية الإنسان واحترام كرامته وحقوقه.

2- تنازل المريض عن حقه في الإعلام: ما عدا الحالة التي يجب فيها الإعلام حماية لشخص الغير- كأن يكون المريض مصاب بمرض معد، حيث يجب إعلامه حتى يتخذ الاحتياطات لمنع العدوى- فانه من حق المريض أن يتنازل عن حقه في الإعلام ويعفى الطبيب من واجب التبصير، تمّ النص صراحة على هذا الاستثناء في الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان الذي نص على "ينبغي احترام حق كل شخص في أن يقرر ما إذا كان يريد أو لا يريد أن يحاط علما بنتائج فحص وراثي أو بعواقبه"[4]، وفي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي[5]التي نصت على أن إرادة الشخص في عدم الإعلام يجب احترامها.

---

[1] المادة154-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2] المادة44 من مدونة أخلاقيات الطب.

[3] Art l 1111-2 du c.s.p ، et Art16-3 du c. civ.

[4] المادة 5 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[5] Art 10-2 du Convention sur les droits de l’homme et de la biomédecine .

نص القانون اللبناني المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة[1] في المادة الأولى فقرة ثلاثة على: "في حالة أراد المريض أن يكتم عنه تشخيص أو توقع طبي خطير، يجب احترام إرادته والإشارة إلى ذلك في ملفه إلاّ عندما يكون الغير معرضين لخطر إصابتهم بعدوى المرض. ويستطيع المريض أن يعين ممثلا لتلقي المعلومات نيابة عنه ويتابع الاطلاع على مراحل العلاج"، ونفس الحكم نجده في قانون الصحة العامة الفرنسي[2].

نلاحظ أنّ كل هذه النصوص تعبر عن احترام استقلالية المريض في اتخاذ القرارات التي تخص صحته بشرط عدم المساس بصحة الآخرين.

3- إذا كانت مصلحة المريض تستدعي ذلك: إذا كان المريض مصابا بمرض خطير وحالته النفسية تستدعي إخفاء ذلك التشخيص عنه،فحسب مدونة أخلاقيات الطب[3] "يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب بكل صدق وإخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه"، وهو ما جاء أيضا في قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني[4] الذي جاءت المادة 3-3 منه كما يلي:" عند وجود أسباب معينة تدعو إلى عدم إعلام المريض بتوقع طبي عن إمكانية وفاته يجب اطلاع أفراد عائلته الأقربين على هذا التوقع"، وهذه الحالة تدخل أيضا ضمن حالة استحالة الإعلام التي نص عليها قانون الصحة العامة الفرنسي[5]. على المستوى الدولي نجد الاتفاقية

---

[1] قانون رقم 574 مؤرخ في2004/02/11، يتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية عدد 9، صادر في13 /2004/02.

[2] Art l 1111-2 du c.s.p.

[3] المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب، مرجع سابق.

[4] قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني، مرجع سابق.

[5] Art l 1111-2 du c.s.p.

الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي تؤكد على إمكانية تقييد حق المريض في الإعلام إذا كان ذلك في مصلحته[1].

نرى أنّ هذه النصوص قد وفقت في حماية مصلحة المريض عندما قررت عدم إعلامه بحالته الصحية الخطيرة أو التوقع الطبي بقرب وفاته، لأن الحالة النفسية للشخص تلعب دورا كبيرا في قدرته على الشفاء وفي اتخاذ قراره بمواصلة العلاج أو رفضه.

ثالثا: حالات تشديد الالتزام بالتبصير

يجب على الطبيب في بعض الحالات تبصير المريض تبصيرا كاملا عن التدخل الطبي المزمع إجراؤه، نسبة نجاحه، مدته، البدائل الموجودة ومخاطره حتى تلك النادرة الحدوث[2]. وعليه يشّدد الالتزام بالتبصير في عمليات التلقيح الصناعي، وعمليات التجميل، وإجراء التجارب الطبية والأبحاث الجينية.

اشترط المشرع الجزائري في عمليات نقل وزرع الأعضاء تبصير المتبرع بالمخاطر الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، وبأنه يستطيع العدول عن موافقته في أي وقت[3]، أمّا المشرع الفرنسي فقد أكد على ضرورة إعلام المريض بجميع مخاطر العمل الطبي الجسيمة وغير الجسيمة فيما يخص عمليات نزع الأعضاء[4]. على المستوى الدولي نذكر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي التي اشترطت في كل تدخل طبي أن يحصل المريض على معلومات وافية حول هدف التدخل وطبيعته ونتائجه ومخاطره[5] أن يكون الرضا في هذه العمليات صريحا ودقيقا ويشترط أيضا أن يتم كتابة أو أمام جهة رسمية[6].

---

(1) Art 10-3 du Convention sur les droits de l’homme et la biomédecine.

(2) زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق. ص173.

(3) المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(4) Art l 1231-1 du c.s.p .

(5) Art 06 du la convention sur les droit de l’homme et la biomédecine.

(6) Art 19 du la même Convention.

فكلما ازدادت خطورة التدخل الطبي ازداد التشدد في لالتزام بالتبصير، وهذا ضمانا للحصول على رضاء حر ومستنير وحماية لحق الشخص في سلامة جسمه.

رابعا: جزاء الإخلال بواجب التبصير

أصبح الالتزام بالتبصير شرطا من شروط ممارسة العمل الطبي، ومبدءا من مبادئ التدخل الطبي في جسم الإنسان، وعليه فإن الإخلال بهذا الشرط أو الالتزام يترتب عليه مسؤولية الطبيب عن جميع الأضرار التي تصيب المريض إذ يعتبر تدخله في جسم المريض غير مشروع في هذه الحالة.

تحول القضاء الفرنسي منذ صدور حكم "هيدروال" الشهير في25 فيفري 1997[1] في إثبات واجب الإعلام من وضعه على عاتق المريض باعتبار أن الالتزام في الأعمال الطبية هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، إلى جعله على عاتق الطبيب، ففي حالة النزاع ليس على المريض سوى إثبات الضرر وعلى الطبيب أن يثبت أنه قام بواجب الإعلام، أي تطبيق القاعدة العامة في القانون المدني التي تقول: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه[2]".

تم تأكيد هذا التحول القضائي في التشريعات الحديثة التي جعلت من الالتزام بتبصير المريض التزاما بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية كما كان يعتقد من قبل. فقانون الصحة العامة الفرنسي ينص صراحة على أنه في حالة المنازعة بشأن إعلام المريض فإنه يقع على الطبيب أو المؤسسة الصحية إقامة الدليل على أنه تم إعلام الشخص المعني وفقا للشروط المحددة، وأن هذا الدليل يمكن إقامته بكافة الطرق[3].

---

(1) Cass.1erciv, 25 Février 1997, n0 94-19685، Hédruel c/cousin, disponible sur le site : https://www.courdecassation.fr.

(2) المادة 323 ق.م.ج، مرجع سابق. وتقابلها المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي.

(3) Art l1111-2 du c.s.p.

لا نجد في التشريع الجزائري نصا صريحا على جعل عبء الإثبات على عاتق الطبيب، لكن بالرجوع إلى المواد التي تلزم الطبيب بتبصير المريض بإعطائه معلومات كافية وواضحة قبل أي تدخل طبي[1]، نستنتج أن المشرع قد جعل الالتزام بالتبصير التزاما بتحقيق نتيجة محددة وهي الإدلاء بمعلومات معينة للمريض، بالإضافة إلى نص المادة323 من القانون المدني السالفة الذكر، يمكننا القول بدون تردد أن عبء الإثبات فيما يخص تبصير المريض يقع على عاتق الطبيب.

الفرع الثالث: احترام الحياة الخاصة للمريض

كّرست المواثيق الدولية والإقليمية الحق في احترام خصوصية المريض في المجال الطبي، وجعلته التزاما يقع على عاتق الطبيب في كل تدخل طبي على جسم المريض **(أولا)**، ماعدا في بعض الحالات الاستثنائية **(ثانيا)**.

أولا: الالتزام باحترام خصوصية المريض و أسراره

اهتمت النصوص القانونية المنظمة للأعمال الطبية، سواء الدولية منها أو الوطنية بحماية الحياة الخاصة للمريض، فعلى المستوى الدولي نجد الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان يؤكد على أنه: "يجب حماية سرية البيانات الوراثية الخاصة بشخص يمكن تحديد هويته والمحفوظة أو المعالجة لأغراض البحث أو لأي غرض أخر" وأنه "لا يجوز وضع أي قيود تحد من الالتزام بمبدأي توافر قبول الشخص المعني، وسرية البيانات الخاصة به، إلا بحكم القانون ولأسباب قاهرة وفي حدود ما يتيحه القانون الدولي لحقوق الإنسان[2]."

[1] المادة 154، المادة 162-3، والمادة 168-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها ، والمادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب.

[2] المادتين 7و9 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

جاء في الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان: "ينبغي احترام حرمة الحياة الخاصة للأشخاص المعنيين وسرية المعلومات الشخصية المتعلقة بهم، والحرص إلى أقصى حد ممكن على ألا تستخدم هذه المعلومات أو تفشى لأغراض غير الأغراض التي جمعت من أجلها أو التي قبل بها، فيما عدا في حالة موافقة الشخص المعني، أو في الحالات الاستثنائية التي يوفرها القانون الأهلي ومتوافقة مع القانون العالمي لحقوق الإنسان[1].

كرست لاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي حق كل شخص في احترام حياته الخاصة بالنسبة للمعلومات المتعلقة بصحته[2]، وأنّ كل شخص له الحق في معرفة أية معلومة تم الحصول عليها حول صحته إلا أنه يجب احترام إرادة الشخص الذي لا يريد أن يعلم بمثل تلك المعلومات.

يتبين لنا من خلال هذه النصوص الاهتمام الدولي المتزايد باحترام الحياة الخاصة للمريض في المجال الطبي وربطها باستقلالية المريض واحترام كرامته، ذلك لأن إفشاء بعض المعلومات الطبية لا تقتصر أضراره على الشخص المريض فحسب بل تمتد أثاره إلى جميع أفراد عائلته أو المجموعة التي ينتمي إليها.

تناولت التشريعات الوطنية حماية الحياة الخاصة للمريض من خلال تأكيدها على حماية السر الطبي، وإن كانت لم تعرف لنا ما تعنيه كلمة السر أو السر الطبي، ويمكن تعريف السر بأنه معلومة ذات صفة شخصية أو موضوعية تقتضي مصلحة الشخص المعترف له بها قانونا، أن يظل نطاق العلم بها محدودا[3]، وقد عرّفه مجمع

---

[1] المادة 12 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

[2] المادة 10 من الاتفاقية الأوروبية بشأن حقوق الإنسان والطب الحيوي لسنة 1997.

[3] أحمد سليمان شهيب، مرجع سابق، ص191.

الفقه الإسلامي[1] كما يلي: " السر هو ما يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتما إياه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضي بكتمانه، كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليها الناس"، ويعرَف في النطاق الطبي بأنه كل ما يعرفه الطبيب أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنته أو بسببها وكإفشائه ضرر للشخص أو لعائلته، إمّا لطبيعة الوقائع أو الظروف التي أحاطت بالموضوع[2].

نظمت مختلف القوانين الوطنية السر الطبي، ووضعت عقوبات جزائية على مخالفته، وسوف نكتفي بنموذجين فقط وهما القانون الفرنسي والقانون الجزائري:

أ-السر الطبي في القانون الفرنسي: تعتبر حماية السر الطبي مطلبا فرديا واجتماعيا وقانونيا، هذا ما جعل القانون الفرنسي ينص عليه في ثلاثة قوانين، حيث وضع في القانون المدني[3] مبدءً عاما لحماية السرية يخص كل التبرعات التي يكون محلها عناصر الجسم ومنتجاته، بمقتضاه لا يمكن إفشاء أية معلومات من شأنها أن تكشف هوية المتبرع للمستفيد، أو هوية المستفيد للمتبرع.

جعل قانون الصحة العامة لكل مريض الحق في سرية المعلومات التي تخصه ما عدا في الحالات التي يبيحها القانون، هذا الحق قُرر لمصلحة المريض وهو لا يشمل فقط ما يؤتمن عليه الطبيب وإنما كل ما يراه أو يسمعه أو يفهمه خلال أدائه لمهامه، كما أنه لا يخص فقط الطبيب وإنما كل موظفي الصحة، أو مؤسسة، أو قطاع صحي يشارك في الوقاية أو العلاج[4]، وذلك تحت طائلة عقوبة

---

[1] قرار رقم 79(8/10)، صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الثامن، ببندر سيري بيجوان، عاصمة سلطنة بروناي، في الفترة من1-7 محرم 1414هـ، الموافق21-27 يونيو 1993م، بشأن السر في المهن الطبية، نحلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد8، ج3، 1414هـ، الوافق1993م، ص15.

[2] أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب تجاه المريض، مرجع سابق، ص117.

[3] Art 16-8 du c.civ.

[4] Art L1110-4 al 1 du c.s.p

الحبس لمدة سنة وغرامة قدرها خمسة عشر ألف يورو[1]. طبق هذا المبدأ على التبرع بالأعضاء إذ لا يمكن كشف هوية المتبرع للمستفيد، كما لا يمكن كشف هوية المستفيد[2]، وفي مجال التبرع بالنطف في إطار المساعدة الطبية للإنجاب.[3]مع بعض الاستثناءات فيما يخص بإفشاء بعض المعلومات للطرفين عندما تستدعي ذلك الضرورة العلاج .

يحمي قانون العقوبات الفرنسي مبدأ السرية بصفة عامة وذلك بالنص على جريمة إفشاء السر المهني التي تعتبر جنحة عقوبتها الحبس لمدة سنة وغرامة قدرها خمسة عشر ألف يورو[4]، ما عدا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في نفس القانون[5].

رغم أنّ السر الطبي في القانون الفرنسي يعتبر من الحقوق الأساسية للمريض وفي نفس الوقت التزاما على الممارسين الصحيين، إلاّ أنّ تطبيقه في الواقع يطرح عدة صعوبات، خاصة فيما يتعلق بالحفاظ على السر الطبي للقاصر فالقانون يلزم الطبيب بالحصول على موافقة الأولياء بعد تبصيرهم، وفي نفس الوقت إخبارهم يقضي على ثقة القاصر في الطبيب مما قد يجعله يرفض العلاج[6]، وحق الطفل الناتج عن المساعدة الطبية للإنجاب في معرفة والديه البيولوجيين، وحق المتبرع والمستفيد في عمليات التبرع بالأعضاء في الإعلام، مما يستوجب إحداث توازن بين الحق في الإعلام والحق في الحفاظ على السر الطبي، فإذا كانت الشفافية والإعلام رمز لحسن

(1) Art L 1111-4 al 5 du c.s.p.
(2) Art L1211-5 du c.s.p.
(3) Art L 1244-7 du c.s.p.
(4) Art 226-13 du c.c.p.
(5) Art 226-14 du c.c.p.
(6) DOMINGUEZ Cécile Roche," Le secret médical chez les patients mineurs", journal du droit des jeunes, n^{0}313, Association jeunesse et droit, Paris,2012, pp25-29.

أداء الطبيب والمؤسسات الصحية لمهامها، فإنّ السرية هي رمز الثقة بين الطبيب والمريض، والثقة هي أساس كل العلاقات الاجتماعية[1].

ب- خص المشرع الجزائري السر الطبي بأحكام خاصة، في كل من مدونة أخلاقيات الطب، وقانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا قانون العقوبات، حيث حددت مدونة أخلاقيات الطب مجاله بأنه يشمل كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه، أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته[2]، ويدخل في نطاق السر الطبي كل من البطاقات السريرية ووثائق المرضى والملفات الطبية[3]، وجعلت الالتزام به يستمر حتى بعد وفاة المريض[4].

اعتبر قانون حماية الصحة وترقيتها حماية السر الطبي ضمانة لاحترام شرف المريض وحماية شخصيته[5]، وجعل الالتزام به عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض إلّا إذا حرره من ذلك صراحة نص قانوني،[6] وتعزيزا لأهميته أكد على تطبيق العقوبات الجزائية المنصوص عليها في قانون العقوبات والمتعلقة بإفشاء بالسر المهني.[7]

اعتبر قانون العقوبات الجزائري إفشاء السر المهني جنحة يعاقب عليها جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها

---

(1) MOUNEYRAT Marie Hélène, Ethique du secret et secret médical, revue Pouvoirs, n°97, Le Seuil, pris 2001, p60.

(2) المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب.

(3) المادة 39، والمادة 40 من مدونة أخلاقيات الطب.

(4) المادة 36، والمادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب.

(5) المادة 206-1 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(6) المادة 206-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(7) المادة 235 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

ويصرح لهم بذلك وأكد أن تلك العقوبات تطلق على الأطباء وجميع الممارسين الصحيين[1].

أمرت الشريعة الإسلامية بحفظ الأسرار وكتمانها وعدم إفشائها لدوام الألفة وصون حقوق الناس، واعتبرت السر أمانة يسأل عنها الإنسان يوم القيامة، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إذا حدث الرجل الحديث ثم التفت فهي أمانة"[2]، وقد عرف الفقهاء السر بأنه" ما يقع خفية بينك وبين صاحبك، ولا يحل لك أن تفشيه أو أن تبينه لأحد، سواء قال لك: لا تبينه لأحد، أو علم بالقرينة الفعلية أنه لا يحب أن يطلع عليه أحد، أو علم بالقرينة الحالية أنه لا يحب أن يطلع عليه أحد"[3]، فالواجب في الأمور السرية في البيوت وفي الفرش وفي غيرها تحفظ وألاّ يطلع عليها أحد أبدا، فإنّ من حفظ سر أخيه حفظ الله سره، فالجزاء من جنس العمل[4].

يقول الإمام الرازي في أخلاق الطبيب:" واعلم يا بني أنه ينبغي للطبيب المسلم أن يكون رفيقا بالناس حافظا لغيبتهم كتوما لأسرارهم لا سيّما أسرار مخدوميه، فإنه ربنا يكون لبعض الناس من المرض ما يكتمه من أخص الناس بت مثل أبيه وأمه وولده، وإنما يكتمونه خواصهم، ويفشونه إلى الطبيب ضرورة إذا عالج من نسائه أو جواريه أو غلمانه أحدا، ويجب أن يحفظ طرقه، ولا يجاوز موضع العلة"[5]، فالسر الطبي يلتقي تماما مع تعاليم الإسلام وبها يقوى ويزداد رسوخا.

---

[1] المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري.

[2] رواه الترمذي في سننه.

[3] أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي، شرح رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، شرحه وأملاه الشيخ محمد بن صايح العثيمن، طبعة مخرجة الأحاديث عل كتب الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، مع تعليقات الشيخ عبد العزيز عبد الله بن باز، ج3، ط1، دار الإمام مالك، الجزائر، 2009، باب حفظ السر، ص372.

[4] المرجع نفسه، ص 373.

[5] الإمام الرازي، أخلاق الطبيب، مشار إليه في عبد الله محمد الجبوري، فقه الطبيب وأدبه في المنظور الإسلامي، مجلة الحكمة، العدد25، المدينة المنورة، 2008، ص 52.

اعتبر مجمع الفقه الإسلامي السر الطبي أمانة يسأل عن إفشائه شرعا، فقد جاء في قراره المتعلق بالسر في المهن الطبية ما يلي:

- " السر أمانة لدى من استودع حفظه، التزاما بما جاءت به الشريعة الإسلامية وهو ما تقتضي به المروءة والتعامل.
- الأصل حظر إفشاء السر وإفشاؤه بدون مقتض معتبر موجب للمؤاخذة شرعا.
- يتأكد واجب حفظ السر على من يعمل في المهن التي يعود الإفشاء فيها على أصل المهنة بالخلل، كالمهن الطبية، إذ يركن إلى هؤلاء ذوو الحاجة إلى محض النصح وتقديم العون فيفضون إليهم بكل ما يساعد عل حسن أداء هذه المهام الحيوية، ومنها أسرار لا يكشفها المرء لغيرهم حتى الأقربين إليه" [1]

انطلاقا من هذه النصوص نلاحظ أن حماية الحياة الخاصة للمريض وما يتبعها من الحفاظ على السر الطبي تعتبر التزاما أخلاقيا وقانونيا وشرعيا يلتزم به الأطباء وكل أفراد الجهاز الطبي، فهو التزام أخلاقي لأنه من العناصر التي يقسم الطبيب على احترامها والحفاظ عليها عندما يلتحق بمهنة الطب[2]، وهو التزام قانوني تفرضه النصوص القانونية الدولية والوطنية، وهو التزام شرعي تفرضه مبادئ الشريعة الإسلامية.

[1] قرار رقم 79(10-8)، صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الثامن، يتعلق بالسر في المهن الطبية، مرجع سابق.

[2] أنظر إعلان جنيف للقسم الطبي، الذي سنته الجمعية الطبية العالمية في جنيف، في سبتمبر 1948، عدل عدة مرات أخرها في 2006. وكان الهدف منه القيام بمراجعة قسم أبو قراط لإعادة صياغة الحقائق الأخلاقية لذلك القسم بطريقة عصرية حتى يدرك و يعترف به.

متاح على الموقع: www.wikipedia.org/niki/declarationof geneva.com

ثانيا: الاستثناءات على احترام الحياة الخاصة للمريض

بالرجوع الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان نجده ينص كالآتي: "لا يجوز وضع أي قيود تحد من الالتزام بمبدأي توافر قبول الشخص المعني وسرية البيانات الخاصة به، إلا بحكم القانون ولأسباب قاهرة وفي حدود ما يتيحه أحكام القانون الدولي العام والقانون الدولي لحقوق الإنسان"[1]. كذلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سمحت للقانون وبصفة استثنائية ومن أجل مصلحة الشخص ذاته ،أن يضع قيودا على حق الشخص في تلقي المعلومات التي تخص صحته، وعلى حقه في رفض تلقي هذه المعلومات[2]. من هذه النصوص نستنتج أنه يمكن إفشاء المعلومات المتعلقة بالمريض في حالتين فقط وهما: الحالة التي يوافق فيها المريض على إفشاء معلومات تخصه، والاستثناءات التي يضعها القانون على مبدأ السرية.

1- موافقة المريض على الإفشاء: بما أن الحفاظ على السر الطبي، هو حق من الحقوق الإنسانية للمريض ويمس جانبه الفردي في حقه في السلامة الجسدية، ويضمن احترام شرفه وحماية شخصيته[3]، فإنه يجوز له التنازل عن هذا الحق، بأن يقبل بإفشاء بعض المعلومات، أو أن يطلب هو إفشاؤها في بعض الأحيان، هذا ما أكده النصين الدوليين المذكورين آنفا.

تم التأكيد على حق المريض في الترخيص بإفشاء السر الطبي في قانون حماية الصحة وترقيتها حينما نص على أنه "ماعدا الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض، الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته كما ينطبق السر المهني على حماية الملفات الطبية ما

---

(1) المادة 9 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

(2) Art 10-3 du convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

(3) المادة 206-1 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

عدا في حالة إصدار أمر قضائي بالتفتيش"[1]، لكن كما سبق القول فإن احترام الحياة الشخصية للمريض تعتبر من النظام العام وبالتالي فإن موافقة المريض لا تعفي الطبيب من المسؤولية، إذا كان إفشاء المعلومات أو السر الطبي مخالفا لمقتضيات النظام العام.

2- **الاستثناءات بمقتضى القانون:** من الاستثناءات التي أباحت القوانين الداخلية للطبيب إفشاء السر الطبي فيها، تلك التي تتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع، مثلا أباح المشرع الجزائري إفشاء السر الطبي من اجل التبليغ عن الولادات أو الوفيات، إذ يتم ضبط سجلات خاصة بالمواليد والوفيات[2]، بالإضافة إلى التبليغ عن الأمراض المعدية والأوبئة[3]، وأيضا التبليغ عن الجرائم[4]، يجب على الطبيب أيضا أن يبلغ عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظها أثناء ممارسته لمهنته[5].

قد يكون إفشاء السر الطبي بترخيص من القضاء، كحالة ندب طبيب لإجراء خبرة طبية أمام المحكمة، في هذه الحالة يجب أن يلزم الطبيب بحدود ما وكلّ به، إذ لا يجوز له إفشاء معلومات خاصة بمريضه إلا بمقدار ما وجه إليه من أسئلة أو في حدود ما وكلّ به في قرار الخبرة وأن يقدم تقريره للجهة المختصة فقط[6]. أمّا إذا تمّ استدعاء الطبيب للإدلاء بالشهادة أمام المحكمة فلا يمكنه إفشاء الأحداث المعنية

---

[1] المادة 206-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2] أنظر المادة 61، و78 من قانون الحالة المدنية.

[3] أنظر المادة 54 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[4] المادة 301 من قانون العقوبات.

[5] المادة 3/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[6] أنظر المواد 4/206، من قانون حماية الصحة وترقيتها، والمادة 99 من مدونة أخلاقيات الطب.

بالسر المهني إلّا إذا أعفاه المريض ماعدا في حالة تعلق موضوع الشهادة بقضية إجهاض فيجب عليه الإدلاء بشهادته دون التقيد بالسر المهني[1].

يكون إفشاء السر الطبي في بعض الأحيان من أجل مصلحة المريض نفسه، فقد أباح المشرع إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض، وإخبار أسرته بذلك إلاّ إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه، أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر.[2] حتى وإن كان السر الطبي لا يلغى بوفاة المريض، فقد أباح المشرع إفشاءه من أجل إحقاق الحقوق، فإذا توفي المريض يمكن لأصحاب الحق أن يطلعوا على المعلومات الواردة في ملفه الطبي طالما أنها ضرورية لتسمح لهم بمعرفة أسباب وفاته، والدفاع عن ذكراه أو إثبات حقوقهم، إلا إذا عبر المريض قبل وفاته عن رفضه ذلك[3].

رغم أنّ السر الطبي في القانون الفرنسي عام ومطلق ويستمر حتى بعد الوفاة- كما أشرنا سابقا -إلاّ أنه ترد عليه مجموعة من الاستثناءات، فقد جاء في قانون الصحة العامة ما يلي:

لا يعتبر إفشاء للسر الطبي تبادل المعلومات عن نفس الشخص تحت الرعاية الصحية، بين موظفي الصحة من أجل ضمان مواصلة العلاج و تلقي أحسن رعاية ممكنة إلا إذا رفض المريض ذلك، وإذا كانت المعلومات التي يتم تبادلها مخزنة إلكترونيا فلا يمكن الإطلاع عليها إلّا باستخدام البطاقة المهنية المنصوص عليها في المادة 161-33 من قانون الضمان الاجتماعي، وكل إطلاع على هذه المعلومات أو

---

(1) المادة 5/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها، والمادة 2/206 من قانون العقوبات.

(2) المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب، تقابلها المادة 14 من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني.

(3) المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب، و17 من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني.

محاولة الحصول عليها بمخالفة ذلك يعاقب بالحبس لمدة سنة وغرامة قدرها 15000 (خمسة عشر ألف يورو)[1].

لا يتعارض السر الطبي مع حصول العائلة أو الأقارب أو الشخص صاحب الثقة المنصوص عليه في المادة ل1111-6 من قانون الصحة العامة الفرنسي، على المعلومات الضرورية التي تمكنهم من الدعم المباشر لمريضهم في حالة التوصل إلى تشخيص مرض خطير أو توقع طبي بموته، إلّا في حالة رفض هذا الأخير[2]، كمالا يشكل السر الطبي عائقا أمام حصول أصحاب الحقوق على معلومات تخص شخص متوفى إذا كانت ضرورية لمعرفة أسباب الوفاة، والدفاع عن ذكراه أو إثبات حقوقهم، إلاّ إذا عبر المريض عن رفضه ذلك قبل وفاته[3].

نص قانون العقوبات الفرنسي على أن العقوبات الجزائية التي تعاقب على إفشاء السر الطبي والمنصوص عليها في المادة226-13منه، لا تطبق على الطبيب الذي يبلغ السلطات القضائية أو الطبية أو الإدارية عن الاعتداءات الجنسية التي تكون على قاصر أو شخص غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب سنه أو لعجز بدني أو نفسي والتي علم بها خلال ممارسته لمهنته[4]، كذلك لا يعاقب الطبيب الذي مع موافقة المريض يبلّغ النيابة العامة عن عنف بدني أو جنسي أو نفسي، عاينه خلال أدائه لمهمته، وإذا كان الضحية قاصر أو لا يستطيع حماية نفسه بسبب السن أو عاهة جسدية أو نفسية، لا تشترط موافقته[5].

يعتبر أيضا استثناءا عن السر الطبي، تبليغ الطبيب للسلطات المختصة عن خطورة المريض الذي يعالجه، على نفسه أو على الآخرين، إذا علم أنه يملك سلاحا

(1) Art1110-4 -3 du c.s.p.
(2) Art 1110-4-6 du c.s.p.
(3) Art1110-4-7 du c.s.p .
(4) Art 226-14-1 du c.pèn
(5) Art 226-4-2 du c.pèn.

أو يسعى للحصول عليه، وفي هذه الحالة يعفى الطبيب من العقوبات الجزائية والتأديبية معا.

قررت الشريعة الإسلامية استثناءات على وجوب كتمان السر، مراعاة لظروف الناس وأحوالهم، وتحقيقا للمصلحة العامة، وحسب الفقهاء فإنّ الأصل عدم جواز إفشاء السر إلاّ في أحوال معينة منها:

- انقضاء حالة كتمان السر كأن يبوح به صاحبه نفسه، أو أن يأذن في إفشائه، أو يكون إفشاء السر لأجل وانقضى ذلك الأجل؛
- موت صاحب السر لكن في المسألة تفصيل، فقد يستحب ذكره إذا كان فيه تزكية للميت، وقد يكون مكروها إذا كان فيه ذكر للميت بسوء، وقد يجب ذكره كأن يكون هنا حق أو دين على الميت؛
- أن يؤدي الكتمان إلى ضرر أبلغ من ضرر الإفشاء؛
- دفع الخطر كأن يكون صاحب السر مصاب بمرض معد[1].

أكد مجمع الفقه الإسلامي على حالتين يجوز فيهما إفشاء السر وهما:

"أ-حالات يجب فيها إفشاء السر بناء على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدهما، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه؛

أ- حالات يجوز فيها إفشاء السر لما فيه من جلب مصلحة للمجتمع، أو درء مفسدة عامة.

---

[1] محمد سليمان الأشقر، إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الثامن ببندرسير باجوان، عاصمة سلطنة بروناي، في الفترة من 1-7 محرم 1414هـ الموافق 21-27 يونيو1993م.مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، عدد59، 1414هـ الموافق1993م، ص ص 34-39 .

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين والنفس والنسل والمال".

يجب على الطبيب إذن أن يحرص على كتمان السر الطبي ، وعدم إفشائه إلاّ في الحالات التي يبيحها القانون، لأن الحفاظ على السر واجب أخلاقي وديني قبل أن يكون التزاما قانونيا، ويزداد أهمية بالنسبة للطب نظرا لخصوصية العلاقة بين المريض والطبيب، والتي تقوم على أساس الثقة.

المطلب الثاني

توافر قصد العلاج (ضرورة التدخل)

يعني الحق في سلامة الجسم: حمايته من أي اعتداء سواء من طرف الغير، أو من الشخص ذاته، لذا فإن أي مساس بجسم الإنسان لابد أن يكون لضرورة تبرر ذلك، وهي المصلحة العلاجية للشخص أو أن تكون مصلحة علاجية للغير كما في حالة التبرع بالأعضاء البشرية، أو في بعض الأحيان من أجل مصلحة علمية كحالة التجارب الطبية.

أكدت مختلف النصوص القانونية الدولية والوطنية على ضرورة توافر قصد العلاج في أي عمل طبي(**الفرع الأول**)، لكن التقدم الطبي أدى إلى ظهور أعمال طبية جديدة لا يقصد منها العلاج بالمعنى التقليدي لذا ثار جدل حول مشروعيتها(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: قصد العلاج في النصوص القانونية

اهتمّت المواثيق الدولية والإقليمية بحماية جسم الإنسان من كل تدخل غير مشروع في نطاق الطب الحيوي، حيث نصت على حظر مجموعة من الأعمال التي لا تهدف إلى علاج المريض.

تنص المادة الثالثة من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي[1] على: "كل شخص له الحق في السلامة الجسدية والعقلية ويجب بصورة خاصة في نطاق الطب وعلم الأحياء، مراعاة واحترام ما يلي:

- رضاء الشخص المعني الحر والواعي وفقا للطرق المبينة في القانون؛
- منع الممارسات الجينية خاصة تلك التي تهدف إلى انتقاء الأشخاص؛
- منع جعل الجسد البشري وأجزاءه كما هي، مصدرا للربح؛
- منع الاستنساخ البشري التكاثري".

نلاحظ أن هذا الميثاق يمنع مجموعة من الأعمال الطبية التي لا تهدف إلى علاج الشخص الذي تقع عليه وهي: الممارسات الجينية التي تهدف إلى انتقاء الأشخاص، والاستنساخ البشري التكاثري، والتعامل في جسم الإنسان وعناصره -في حالتها الطبيعية- من أجل تحقيق الربح.

إذا كان الميثاق منع الممارسات السالفة الذكر لأنها تمس بالكرامة الإنسانية التي يجب احترامها وحمايتها طبقا للمادة الأولى من الميثاق[2]، فإن هذا المنع كان أيضا لأنها تخرج عن قصد العلاج الذي هو أساس إباحة الأعمال الطبية.

نصت اتفاقية حقوق الإنسان والبيوطبي على أنها تضمن لكل شخص دون تميز، احترام كرامته الإنسانية وحقوقه وحرياته الأساسية في مواجهة تطبيقات علم الأحياء والطب[3]، كما منعت هذه الاتفاقية أي تدخل طبي يكون هدفه تعديل الجينوم البشري إلّا لأهداف وقائية أو تشخيصية أو علاجية، وبشرط ألاّ يترتب على ذلك تعديل في الصفات الوراثية لذريته[4]. جاء في المادة 14 من هذه الاتفاقية حظر استخدام تقنيات

(1) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ، adoptée le 7 décembre 2000 par l'Union européenne، Journal officiel des communautés européenne (2000/c 364/01) du 18/12/2000. Disponible sur le sit : www.europarl.europa.eu<pdf<text-fr.

(2) Art 1 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne dispose : <La dignité humaine est inviolable ; elle doit être respectée et protégée.>

(3) Art 1 du la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

(4) Art 13 du la même convention.

المساعدة الطبية للإنجاب من أجل اختيار جنس الجنين ما عدا إذا كانت تهدف إلى تجنب مرض وراثي خطير يتعلق بالجنس.

رغم تأكيد الاتفاقية السالفة الذكر في المادة 15 على حرية البحث العلمي، لكنها قيدته بالأحكام القانونية التي تضمن حماية الكائن البشري[1]، ومنعت في المادة 18 تخليق أجنة بشرية من أجل البحث العلمي ،كما نصت على أن جسم الإنسان وعناصره كما هي لا يمكن أن تكون مصدرا للربح[2]، أما عمليات نقل الأعضاء البشرية من الأحياء فلا يمكن إجراؤها إلا من أجل مصلحة علاجية للمستفيد، وعندما لا يتوفر أعضاء من جثث المتوفين، ولا يوجد طريقة علاجية ذات فعالية مماثلة[3].

نلاحظ اهتمام هذه الاتفاقية بقصد العلاج وحظر جميع الممارسات التي لا تهدف إلى تحقيقه، وإن كانت أباحت بعض التصرفات التي تخرج عن قصد العلاج كإجراء الأبحاث الطبية وعمليات نقل الأعضاء والإنجاب المساعد طبيا فهي تقيدها بمجموعة من الضوابط والقيود التي تحمي الكرامة الإنسانية وسمو الكائن البشري .

لا يختلف الأمر كثيرا في الإعلان العالمي للمجين البشري وحقوق الإنسان فهو يمنع استخدام المجين البشري في حالته الطبيعية لتحقيق مكاسب مالية[4]، ويمنع إجراء أي بحث أو القيام بأية معالجة أو تشخيص يتعلق بمجين شخص ما، إلّا بعد إجراء تقييم صارم ومسبق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة مع الالتزام بأحكام التشريعات الوطنية في هذا الشأن[5].

تأكيدا لسمو الكائن البشري نص الإعلان السابق على: "لا يجوز لأي بحث يتعلق بالمجين البشري ولا لأي من تطبيقات البحوث ولاسيما في مجالات البيولوجيا

(1) Voir l'article 16 du la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.
(2) Art 21 du la même convention.
(3) Art 19 du la même convention.
(4) المادة 4 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.
(5) المادة 5 من نفس الإعلان.

وعلم الوراثة والطب، أن يعلو على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والكرامة الإنسانية لأي فرد أو مجموعة أفراد"[1]، ومنع كل الممارسات تتنافى مع كرامة الإنسان، مثل الاستنسال لأغراض إنتاج نسخ بشرية[2]، كما أكد على أن حرية البحث اللازمة لتقدم المعارف، هي حرية نابعة من حرية الفكر، وينبغي أن تستوفى تطبيقات البحوث الخاصة بالمجين البشري، بما في ذلك تطبيقات في مجالات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب، تخفيف الآلام وتحسين صحة الفرد والبشرية جمعاء"[3].

جعل الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان من أهدافه تعزيز احترام الكرامة الإنسانية وحماية حقوق الإنسان عن طريق ضمان احترام حياة البشر والحريات الأساسية، بما يتفق مع قانون الدولي لحقوق الإنسان[4]، فنص على ضرورة تغليب مصالح الفرد وسلامة حاله على مصلحة العلم أو المجتمع وحدها[5]، كما نص على أنه ينبغي ألّا تشكل المنافع حوافز للحض بطريقة غير لائقة على المشاركة في البحوث[6]، وبعد أن ذكر هذا الإعلان ضوابط الأبحاث، نص على التزم الدول باتخاذ التدابير المناسبة عل المستويين الوطني والدولي، لمكافحة الإرهاب البيولوجي، والاتجار غير المشروع بالأعضاء البشرية والعينات والموارد الوراثية والمواد ذات الصلة[7].

يتضح لنا مما سبق أن قصد العلاج وإن لم يكن متوافرا بصفة مباشرة للشخص الخاضع للأبحاث الطبية في بعض الحالات، فهو متوافر بمفهومه الواسع بالنسبة

---

(1) المادة 10 الإعلان العالمي بشأن المجين البشري و حقوق الإنسان.

(2) المادة 11 من نفس الإعلان.

(3) المادة 12 من نفس الإعلان.

(4) المادة 2 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجي وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

(5) المادة 3 من نفس الإعلان.

(6) المادة 15-2 من نفس الإعلان.

(7) المادة 21-5 من نفس الإعلان.

لصحة أفراد المجتمع ككل، لذا أباحت النصوص الدولية إجراء الأبحاث الطبية على الإنسان، لكنها وضعت لها مجموعة من الضوابط التي تحمي الأشخاص الخاضعين لها في سلامتهم البدنية وكرامتهم الإنسانية.

حرصت القوانين الوطنية بدورها على ضرورة توافر قصد العلاج في كل تدخل طبي على جسم الإنسان، واعتبرته أساس إباحة الأعمال الطبية وشرطا من شروط ممارستها، ويترتب على ذلك أن كل عمل يقوم به الطبيب ويخرج عن قصد العلاج يعتبر عملا غير مشروع تترتب عليه مسؤوليته القانونية .

أكد المشرع الجزائري على ضرورة توافر قصد العلاج في التدخلات الطبية في مدونة أخلاقيات الطب حيث نص على أن رسالة الطبيب تتمثل في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية[1]، وأنه يجب على الطبيب أن يمتنع عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه[2].

منعت مدونة أخلاقيات الطب استعمال دواء جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة وعند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض[3]، بالإضافة إلى منع إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، وما لم تكن ثمة حالة استعجاليه أو استحالة، إلاّ بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته[4].

---

[1] المادة 7 من مدونة أخلاقيات الطب.

[2] المادة 17 من نفس المدونة.

[3] المادة 18 من نفس المدونة.

[4] المادة 34 من نفس المدونة.

إذا كان المشرع أباح عمليات نقل وزرع الأعضاء، فإن هذه العمليات لا تتم إلّا لأغراض علاجية أو تشخيصية وحسب الشروط المنصوص عليها في القانون[1]، وبشرط ألاّ تعرض هذه العمليات حياة المتبرع للخطر[2]، وألاّ تكون موضوع معاملات مالية[3].

يعتبر قصد العلاج أو الضرورة الطبية من المبادئ التي نصت عليها القانون الفرنسي وخاصة بعد صدور القوانين الأخلاقية لعام 1994 حيث يتعلق القانون الأول باحترام جسم الإنسان[4]، والثاني يخص التبرع واستعمال عناصر ومنتجات جسم الإنسان، والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص الأولي قبل الزرع[5] اللذين بواسطتهما تم تعديل القانون المدني وقانون الصحة العامة .

كرّس القانون المدني الفرنسي شرط قصد العلاج أو الضرورة الطبية لممارسة الأعمال الطبية في المادة 16 وما بعدها، حيث نصت هذه المادة على أن القانون يضمن سمو الكائن البشري، يمنع المساس بالسلامة الجسدية ويضمن احترام كرامة الكائن البشري منذ بدئ حياته. كما جاء في المادة 16-3 أنه لا يمكن المساس بسلامة جسم الإنسان، إلاّ لضرورة طبية للشخص وفي حالة استثنائية من أجل مصلحة علاجية للغير، مع اشتراط الرضاء المسبق والحر والواعي للمعني[6].

---

(1) المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(2) المادة 162 من نفس القانون.

(3) المادة 2/161 من نفس القانون.

(4) Loi n^0 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain، op.cit.

(5) loi n^{0}94- 654 du 29 juillet 1994 relative au dont et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain ، à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatale، op.cit.

(6) Art 16-3 du c.civ 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.
LE consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état end nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir>.

تأكيدا لشرط قصد العلاج أو الضرورة الطبية منع القانون المدني الفرنسي بعض الممارسات الطبية التي لا تستدعيها الضرورة الطبية للشخص أو العلاجية للغير، فمنع كل التطبيقات الجينية التي تؤدي إلى تصنيف الأشخاص، وكل تدخل طبي يكون هدفه تخليق جنين متطابق جينيا مع شخص آخر حيا كان أو ميتا، كما منع كل الأبحاث التي تؤدي إلى تغيير في الصفات الوراثية للشخص بهدف تغير نسله[1]، واعتبر كل اتفاق يكون محله الإنجاب لفائدة الغير باطلا[2]، وحتى يضمن تطبيق هذه الأحكام اعتبرها من النظام العام[3].

لم يخلو قانون الصحة الفرنسي من اشتراط الضرورة الطبية وقصد العلاج بل جاءت مواده كتطبيق حرفي للمادة 16 وما بعدها من القانون المدني، على سبيل المثال اشترط لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن يكون ذلك من أجل مصلحة علاجية مباشرة للمستفيد، هذا الأخير يجب أن يكون من الأقارب الذين تم تحديدهم في هذا القانون[4].

اشترط المشرع الفرنسي في التبرع بالأنسجة والخلايا وجمع منتجات الجسم من شخص حي ألاّ يكون سوى من أجل هدف علاجي أو علمي أو لمراقبة الاختبارات البيولوجية الطبية أو لإجراء خبرة ومراقبة تقنية من طرف الوكالة الوطنية لضمان الأدوية والمنتجات الصحية المنصوص عليها في المادة 5311-2 من نفس القانون[5]، كما لا يعتبر تخليق الأجنة خارج الرحم مشروعا إلاّ من أجل عمليات المساعدة الطبية للإنجاب وبضوابط محددة[6].

(1) Voir l'art 16-4 du c.civ.
(2) Art 16-7 du c.civ.
(3) Art 16-9 du c.civ.
(4) Art l 1231-1 du c.s.p.
(5) Art l 1241-1 du c.s.p.
(6) Art l 241-3 du c.s.p.

نجد أيضا شرط الضرورة الطبية أو قصد العلاج في التشخيص الأولي قبل الزرع، حيث يشترط أن يكون الزوجين قد أنجبا طفلا مصاب بمرض وراثي يسبب الوفاة في السنوات الأولى من العمر، وهذا المرض ليس له علاج، وأن يكون هناك احتمال كبير في تحسن حالته بعد الزرع، وأن يكون استعمال هذه الطريقة لا يشكل مساسا بالسلامة الجسدية للطفل المولود بنقل اللّقيحة وأن يكون الهدف الوحيد من التشخيص البحث عن المرض الوراثي ووسائل الوقاية منه ومعالجته[1].

يتضح لنا مما سبق أن القوانين الوطنية أخذت بشرط قصد العلاج أو الضرورة الطبية لممارسة الأعمال الطبية حيث تقوم المسؤولية القانونية للطبيب إذا ما قصد غرضا آخر غير علاج المريض حتى لو تم ذلك برضاء هذا الأخير،لأن رضاء المجني عليه ليس سببا من أسباب الإباحة التي تمس جسم الإنسان، فسلامة الجسم من النظام العام وحمايته أمر تقتضيه مصلحة المجتمع[2]، ولا يباح المساس بها لإشباع شهوة علمية أو حتى لخدمة الطب بل تباح لفائدة الإنسان ذاته[3].

شرع التطبيب في الشريعة الإسلامية لجلب المصالح ودرء المفاسد عن المريض لذا لا يجوز أن يقصد الطبيب بالدرجة الأولى من العمل الطبي غرضا آخر غير الشفاء كتحقيق الربح أو إجراء الأبحاث العلمية ولو بموافقة المريض، لأن ذلك ضرر والضرر يزال كما تقرره القاعدة الفقهية، ويتحقق ذلك إذا كان الهدف منه الحفاظ على حياة المريض ما أمكن، تحقيق الشفاء له، تخفيف آلامه، جلب الطمأنينة والراحة النفسية

---

(1) Art2131-4-1 du c.s.p.

(2) محمد صبحي محمد نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية(دراسة مقارنة)، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983، 182.

(3) محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص203.

للمريض، وقايته من المضاعفات، ووقاية المجتمع من الأمراض المعدية، فإذا كان الباعث للطبيب على عمله غير المقصد السابق كان هادما لمقاصد الشرع[1].

الفرع الثاني: بعض الأعمال الطبية التي أثارت جدلا حول توافر قصد العلاج

أسفر التطور الطبي على مجموعة من الممارسات الطبية التي أثارت جدلا حول توافر قصد العلاج فيها والتي تؤسس إباحتها على رضاء الشخص واستقلاليته. نكتفي في هذا البحث بذكر نوعين منها وهما: تغيير الجنس، وجراحة التجميل.

أولا: عمليات تغيير الجنس

يقصد بعمليات تغيير الجنس تلك العمليات التي تتم من أجل استبدال جنس الشخص بجنس آخر، أي تغير جنسه الطبيعي بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي[2]، فهي جراحة تهدف إلى تحويل الذكر إلى أنثى أو العكس دون ضرورة علاجية، وهي تختلف عن عمليات تصحيح الجنس التي تهدف إلى علاج تشوهات خلقية في الأعضاء التناسلية للشخص إذ يكاد يجمع الفقهاء أنها تدخل في الطب العلاجي وبالتالي تعتبر مشروعة[3].

تطرح عمليات تغيير الجنس عدة مشاكل قانونية ففي القانون المدني تطرح تساؤلات حول مسؤولية الجراح الذي يجري العملية، وهل تنسجم هذه العملية مع النظام العام والآداب العامة؟، وفي قانون الحالة المدنية تطرح مسألة تغيير حالة الأشخاص وتعديل سجلات الحالة المدنية بما يتوافق والجنس الجديد، كما تطرح في قانون الأسرة آثار هذه العملية على زواج الشخص إن كان متزوجا و زواجه مستقبلا إن كان أعزب،

---

[1] عزام حمد فخري، مرجع سابق، 96.

[2] تشوار جيلالي، "الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع (4)، جزء السادس والثلاثون (36)، جامعة الجزائر،1998م، ص29.

[3] أنور أبو بكر هواني الجاف، مدى شرعية جراحة التجميل، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010م، ص824.

والحقوق العائلية التي كانت قبل التغيير، وكذلك أثر هذا التغيير على نصيبه ونصيب ورثته في الميراث، كما تثير هذه العملية بعض المشاكل أيضا من الناحية الجنائية، فهي تقتضي إجراء عملية جراحية على الجهاز التناسلي للشخص فهي تمس إذن بالحق في التكامل الجسدي للشخص مما يثير التساؤل حول إباحة هذا المساس بجسم الإنسان، وهل يمكن الاعتماد على رضاء المجني عليه لتبريره؟.

لم تتضمن المواثيق الدولية لحقوق الإنسان أي نص صريح عن حق الإنسان في تغيير جنسه وذلك نظرا للاختلاف الثقافي بين الدول، إلا أنها قد نصت على حق الإنسان في حرمة حياته الخاصة[1]، وبما أنها لم تحدد المقصود من "الحياة الخاصة" ولا نطاقها، وعليه يمكن بناءا على التفسير الموسع لهذا الحق ليشمل حق تغيير الجنس وهو ما أخذت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي اعتبرت في بعض قراراتها أن رفض تعديل الحالة المدنية للشخص الذي غير جنسه يعد تجاهلا لاحترام الحياة الخاصة[2].

لم تناقش الأمم المتحدة موضوع تغيير الجنس إلاّ في سنة 2008 بمبادرة من الإتحاد الأوروبي تدعم فيه حقوق المثليين جنسيا، عارضته جامعة الدول العربية، وفي 17 يونيو 2011 اعتمد مجلس حقوق الإنسان قرار بشأن حقوق المثليين جنسيا[3]، وقعت عليه حتى الآن ستة وتسعون دولة، في حين وقعت أربعة وخمسين دولة على بيان معارض له، ولم تعرب أربعة وأربعين دولة عن دعمها للقرار أو معارضته.

---

[1] تنص المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "**لا يعرض أحد للتدخل التعسفي في حياته الخاصة**".

[2] Arrêt de La cour Européenne des droits de l'homme n° 232 du 25 mars 1992، Affaire Norbert .B، disponible sur le site : http://www.ppl.nl

[3] قرار رقم 17/19 حول حقوق المثليين جنسيا، صادر عن مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، الدورة 17، بتاريخ 17 جوان 2011. متاح على الموقع: www.ohchr.org.

جاء في هذا القرار ما يلي: "كل الناس يولدون أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق، وكل فرد له حق في التمتع بكل الحقوق والحريات بدون تمييز من أي نوع كان". من الحقوق التي تم الاعتراف بها للمثليين واعتبرت من حقوق الإنسان نجد الحق في الحصول على جراحة تغيير الجنس والعلاج بالهرمونات البديلة، المساواة في الحصول على التكنولوجيا المساعدة للإنجاب، السماح بالتبني، توفير الوسائل لتغيير شهادات الميلاد ومكافحة التمييز في قوانين الهجرة، العمل، السكن والخدمة العسكرية.

اعترفت غالبية الدول في أمريكا وأوروبا الغربية بالحقوق السالفة الذكر[1] في حين لا تزال غير مقبولة من الناحية الدينية والاجتماعية والقانونية في معظم أنحاء العالم الإسلامي، حيث تعاقب كثير من الدول الإسلامية على ممارسة النشاط الجنسي من نفس الجنس بعقوبة الإعدام والبعض الآخر بعقوبة السجن المؤبد أو السجن المؤقت[(2)].

من التشريعات التي أقرّت بمشروعية عمليات تغيير الجنس واستندت في إباحتها على رضاء الشخص الذي يريد تغيير جنسه فضلا عن إذن المجتمع لهذه العمليات نذكر: التشريع الألماني الصادر في 10 سبتمبر 1980م[(3)]، الذي نظم عمليات تغيير الجنس ووضع لها شروطا محددة تبرر مشروعها وهي:

- أن يكون الشخص الذي يريد تغيير جنسه يبلغ من العمر 25 سنة؛

---

(1) من الدول التي اعترفت بحقوق المثليين بما فيها حق تغيير الجنس وحق الزواج : فرنسا- هولندا- كرواتيا- ألمانيا- ايرلندا- ايطاليا- النرويج- بولندا-التشيك- الدنمرك- البرتغال- رومانيا- السويد- اسبانيا- تركيا- المملكة المتحدة- فلينداً.

(2) على سبيل المثال نجد في اليمن- أفغانستان-إيران-السودان- موريتانيا- نيجريا و المملكة العربية السعودية، عقوبة هذا الفعل هي الإعدام، وفي زامبيا- كينيا- نكارغوا- باكستان- مصر- أثيوبيا- ليبيا والمغرب، العقوبة تصل إلى السجن المؤبد.

(3) القانون الألماني الصادر في 10 سبتمبر 1980 ودخل حيز التنفيذ في 01 جانفي 1981، يتعلق بتنظيم عمليات تغيير الجنس، مُتاح على الموقع:.https://germanyinarabic.com.

- ولم يسبق له الزواج؛
- وأن يكون لديه رغبة حقيقية في التحول إلى الجنس الآخر وذلك بأن يستنكر جنسه الأصلي لمدة ثلاث سنوات؛
- وأن يحصل على آراء أطباء أخصائيين؛

أجاز القانون السويدي الصادر في 21 أفريل 1972[1] عمليات تغيير الجنس بشرط أن يكون الشخص الخاضع لها قد أتم سن الثامنة عشر من عمره، وليس متزوجا، وأن يحصل على ترخيص من الجهة الإدارية التي تبدي موافقتها بعد أن تجرى له بعض الفحوصات اللازمة لتقدير مدى حاجته إلى هذا التغير.

إلى جانب التشريع الألماني والسويدي هناك تشريعات غربية أخرى نظمت صراحة عمليات تغيير الجنس بنصوص قانونية مثل التشريع الإيطالي، الهولندي، التشريع التركي، الاسباني والبريطاني، وهناك دول أجازت هذه العمليات استنادا إلى إباحة التعقيم الإرادي والخصاء مثل تشريع الدنمارك، النرويج وسويسرا، في حين التزمت تشريعات أخرى الصمت لكنها تركت معالجته للقضاء مثل فرنسا[2].

تصدت قوانين بعض الدول العربية صراحة لفعل تغيير الجنس واعتبرته مساس غير مشروع بالحق في سلامة الجسم، منها قانون الآداب الطبية في لبنان الذي نص في المادة 30-11 منه على :" يعتبر تشويها كل علاج طبي أو جراحي يؤدي إلى تغيير الجنس، ويؤثر في مستقبل المريض"[3].

---

[1] القانون السويدي الصادر في 21 أفريل 1972، المنظم لعمليات تغيير الجنس، متاح على الموقع: http://www.net.ris.com

[2] لمزيد من التفصيل حول هذه التشريعات أنظر:مكرلوف وهيبة، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص ص 85-100.

[3] مرسوم اشتراعي رقم13187،مؤرخ في20 أكتوبر1969 يتضمن قانون الآداب الطبية اللبناني، معدل بالقانون رقم 240، مؤرخ 2012/10/22 ، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية عدد45، صادر بتاريخ 2012/10/25 .

لم يتضمن التشريع الجزائري نصوصا خاصة بعمليات تغيير الجنس، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني والتي تنص على بطلان الاتفاقات المتعلقة بجسم الإنسان، وعدم جواز التصرف في حالة الأشخاص، هذا فضلا على أن هذه العمليات تعتبر مخالفة للنظام العام والآداب العامة، لذا لا يمكن الاعتماد على رضاء الشخص فقط للقول بإباحتها، و عليه فإن الطبيب يكون مسئولا في هذه الحالة عن مساس غير مشروع بجسم الإنسان.

من خلال نصوص قانون حماية الصحة و ترقيتها الذي يشترط قصد العلاج في الأعمال الطبية يمكن القول إذا كان الهدف من هذه العمليات هو تصحيح الجنس الذي تستدعيه الضرورة العلاجية كحالة الخنثى فهنا يعتبر مشروعا ويخضع للقواعد العامة للأعمال الطبية، أمّا إذا كان الهدف من هذه العمليات مجرد تغيير الجنس لرغبة صاحبه في التغير دون ضرورات مرضية، فهذا يعتبر عمل غير مشروع لتخلف قصد العلاج، ولا يمكن الاعتداد بالقول أن هذا الشخص يوجد تحت ضغط نفسي لعدم قبوله جنسه الأصلي يفقده الإرادة، لأن تخلف الإرادة نفسه لا يمكن الطبيب من الحصول على الرضاء الحر المستنير مما يعرضه لتحمل المسؤولية، كما أن المرض النفسي يحتاج إلي علاج نفسي وليس تغيير في طبيعة الشخص[1].

لا يوجد نص صريح في قانون العقوبات الجزائري يعاقب على تغيير الجنس، لكنه يعاقب على إحداث العاهة المستديمة، وتغيير الجنس يمكن اعتباره من قبل العاهة المستديمة لأنه يؤدي إلى بتر أحد الأعضاء والحرمان من الإنجاب[2] كما يعاقب على جناية الخصاء بالسجن المؤبد أو بالإعدام، وتغيير الجنس يمكن اعتباره

---

[1] تشوار جيلالي، الجنس، الزواج والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية،الاقتصادية والسياسية، الجزء 33، رقم4، جامعة الجزائر، 1995، ص 793.

[2] تنص المادة 264 ق.ع.ج: "**إذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات**".

خصاء فهو يؤدي إلى استبدال الأعضاء التناسلية الطبيعية بأعضاء اصطناعية[1]، يعاقب هذا القانون أيضا على أفعال الشذوذ الجنسي بعقوبة الحبس التي قد تصل إلى ثلاث سنوات وغرامة مالية[2]، ويتحقق هذا الفعل إذا ما كان الشخص الذي غير جنسه متزوجا.

يتضح لنا من خلال هذه النصوص أن تغيير الجنس يعد عملا غير مشروع في القانون الجزائري لتخلف الضرورة العلاجية، ولمخالفته النظام العام والآداب العامة، ولأنه يعتبر من الأفعال المعاقب عليها في قانون الأسرة الجزائري. وإذا كان الأمر كذلك فهل يكون له أثر على الحالة المدنية للشخص، وعلاقاته الأسرية؟.

تضمن قانون الحالة المدنية الجزائري[3] نصوصا تتعلق بتسجيل جنس المولود في سجلات الولادة[4]، وبتصحيح وتعديل الأخطاء المذكورة في سجلات الحالة المدنية ويتم ذلك إما إداريا في حالة الأخطاء المادية غير الجوهرية[5] أو بموجب حكم يصدره رئيس المحكمة في غير ذلك من الحالات[6]، كما تضمن نصوصا تتعلق بتغيير اللقب والاسم ورتب على ذلك تعديل عقود الحالة المدنية [7]، ولكنه اشترط لتغيير الاسم أن يكون لمصلحة مشروعة وبموجب حكم من رئيس المحكمة بناء على طلب وكيل

---

[1] تنص المادة274 ق.ع.ج على:" **كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد، ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة**".

[2] تنص المادة 388 ق.ع.ج على:"**كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000 دج**

وإذا كان احد الجناة قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة فيجوز أن تزاد عقوبة البالغ إلى الحبس لمدة ثلاث سنوات والى غرامة 10000دج .

[3] امر رقم 70-20 مؤرخ في 7فبراير1970 يتضمن قانون الحالة المدنية ج.ر عدد13 صادر بتاريخ10فبراير1970، معدل ومتمم.

[4] المادة 63 من قانون الحالة المدنية.

[5] المادة 51 من قانون الحالة المدنية.

[6] المادة 50، 52 من قانون الحالة المدنية.

[7] المادة 55، 56 من قانون الحالة المدنية.

الجمهورية المرفوع إليه التماس المعني[1]، ويثور التساؤل هنا حول حق الشخص الذي غير جنسه في تغيير جنسه واسمه في عقوده المدنية؟.

لا يتعلق الأمر في حالة تغيير الجنس بتصحيح الأخطاء المذكور في المواد المادة 49 وما بعدها لأن الجنس المذكور في شهادة الميلاد حقيقي وتم تسجيله بطريقة صحيحة، لكن الشخص يقوم بتغيير جنسه الحقيقي بجنس اصطناعي بناء على رغبته، ثم إنّ المادة 57 السالفة الذكر تشترط أن يكون لمصلحة مشروعة ، وهذه المصلحة وإن كانت تتحقق في تصحيح الجنس وتثبيته فهي لا تتحقق في تغيير الجنس الذي يكون لميول نفسية وليست عضوية، لذا لا يمكن تعديل حالته المدنية الأصلية.

لا يوجد نص صريح في قانون الأسرة يبين مصير العلاقة الزوجية وعلاقة القرابة و الحقوق المترتبة عنهما، بعد أن يغير أحد الزوجين جنسه إراديا، لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن حل الرابطة الزوجية بعد تغيير أحد الزوجين لجنسه يصبح أمرا واجبا ، ذلك أن عقد الزواج هو"عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي"[2] فإذا غير أحد الزوجين جنسه أصبحت العلاقة بين شخصين من نفس الجنس مما يجعل زواجهما حراما شرعا ومخالفا للنظام العام و الآداب العامة، بل استمراره في هذه الحالة يدخل في الشذوذ الجنسي المعاقب عليه في قانون العقوبات[3] لأن العلاقة تصبح بين شخصين من نفس النوع، وهذا يستوجب التدخل الفوري لإنهاء هذه العلاقة حفاظا على النظام العام والآداب.

أما بالنسبة لتأثير هذا الزواج على حقوق أفراد الأسرة المكتسبة بموجب عقد الزواج الذي كان قبل تغيير أحد الزوجين لجنسه فتبقى قائمة وهذه الحقوق هي الحق

---

[1] المادة 57 من قانون الحالة المدنية.

[2] المادة 4 ق.أ.ج.

[3] المادة 333 ق.ع.ج

في النفقة للزوجة[1] والأبناء[2] والأقارب[3]، حق الأبناء في النسب[4]، والحق في الميراث[5]، لكن بين الزوجين لا يستحق الميراث إذا توفي أحدهما بعد تغيير الجنس، لأن الزواج بعد ذلك يصبح باطلا ولا توارث بين الزوجين إذا ثبت بطلان النكاح[6]، أمّا الحق في الولاية على الأبناء القصر فيمكن إسقاطها لارتكاب هذا الشخص فعلا مخلا بالآداب يسبب ضررا للقاصر[7].

من خلال الشرح السابق نستطيع القول أن تغيير الجنس غير مباح في القانون الجزائري، والاتفاق على إجرائه يعد باطلا مدنيا، ومعاقب عليه جنائيا، ولا يترتب عليه تعديل الحالة المدنية للشخص، كما لا يؤثر على الحقوق المكتسبة لأفراد أسرته، ولكنه يؤدي إلى إنهاء العلاقة الزوجية إذا كان الشخص الذي غير جنسه متزوجا، وبطلان زواجه إذا تزوج بعد تغيير اسمه.

اتفق جمهور الفقهاء المسلمين على تحريم تغيير الجنس لمجرد الرغبة دون دواعي مرضية لأن فيه تغييرا لخلق الله من جهة، وممارسة للفاحشة التي جاء بها قوم لوط عليه السلام، حيث تم ذكر قوم لوط عليه السلام في عدة آيات من القرآن الكريم[8] نذكر منها قوله تعالى: ﴿وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿٨٠﴾ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ ٱلرِّجَالَ شَهْوَةً مِّن دُونِ ٱلنِّسَآءِ ۚ بَلْ أَنتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ ﴿٨١﴾﴾[9]،

---

[1] المادة 74 ق.أ.ج.

[2] المادة 75 ق.أ.ج.

[3] المادة 77 ق.أ.ج.

[4] المادة 40ق.أ.ج.

[5] المادة 128 ق.أ.ج.

[6] المادة 131 ق.أ.ج.

[7] المادة 131 ق.أ.ج.

[8] جاء ذكر قوم لوط في سورة الأعراف (الآية 80،81)، سورة هود (الآيات من77 الى80)، سورة الحجر (الآيات من 57 إلى 77)، سورة الشعراء (الآية 165،166) وسورة النمل(الآيات من54 إلى59).

[9] سورة الأعراف الآيتين 80 و81.

كما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم:"من وجدتموه عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به[1]". بناءا على ما تقدم يرى جمهور فقهاء الشريعة القدامى أن ممارسة النشاط الجنسي بين شخصين من نفس النوع حرام شرعا وعقوبته الرجم حتى الموت[2]، وزواج المثليين يؤدي إلى هذا الفعل لذا قياسا على ذلك تكون عقوبة تغيير الجنس لأسباب غير مرضية هي الرجم حتى الموت.

يتفق فقهاء الشريعة المعاصرون على أن أي نشاط جنسي من نفس الجنس يعتبر خطيئة و جريمة تخضع للعقاب، لكنهم لم يتفقوا على وضع عقوبة محددة لها، بل تُرك ذلك للسلطات المحلية لتقدر عقوبة تعزيرية لها حسب أحكام الشريعة الإسلامية، وقياسا على ذلك قرر الفقهاء نفس الحكم لعمليات تغيير الجنس وهو ما أكده قرار هيئة كبار العلماء المسلمين في السعودية إذ نص على أنه: "لا يجوز تحويل الذكر الذي اكتملت ذكورته والأنثى التي اكتملت أعضاء أنوثتها إلى النوع الآخر، وأي محاولة لهذا التحويل يعتبر جريمة يستحق فاعلها العقوبة، لأنه تغيير لخلق الله، الذي لعن فاعله"[3]، وهو ما أكدته أيضا فتوى دار الإفتاء المصرية[4]، كما اعتبرها مجمع الفقه الإسلامي أيضا فعلا محرما وجريمة تستحق العقوبة[5].

إذا كان فقهاء الشريعة يتفقون على تحريم عمليات تغيير الجنس التي تكون لمجرد الرغبة في التحول للجنس الآخر، فإن الأمر مختلف بالنسبة لعمليات تصحيح الجنس،

---

[1] ورد هذا الحديث في سنن أبي داوود (4456)، سنن الترمذي (1456)، سنن ابن ماجة (2091) ومسند أحمد (4/258).

[2] هذا ما أخذ به الأئمة الثلاث: الإمام مالك، الإمام الشافعي والإمام أحمد بن حنبل.

[3] قرار رقم 176 الصادر عن الهيئة العامة لكبار علماء المسلمين في السعودية، الدورة التاسعة والثلاثين في مدينة الطائف، السعودية، 1413هـ.

[4] الفتوى رقم 168 الصادرة عن دار الإفتاء المصرية، الدورة الحادية عشرة بتاريخ 1988/11/02م، تحت عنوان تحويل الذكر إلى أنثى أو بالعكس.

[5] القرار رقم 6(6/11)، بشأن تحويل الذكر إلى أنثى و بالعكس، صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الحادية عشر، بجدة، في الفترة من 13-20 رجب 1409هـ الموافق19-26 فبراير1989م .

فالرأي الغالب في الفقه الإسلامي هو إباحة إجراء هذه العمليات لأن الغرض منها إظهار ما استتر من أعضاء الذكورة أو الأنوثة لدى الإنسان، أي أنها تخل في نطاق الأعمال الطبية العلاجية الأذون بها شرعا، فإذا توافر فيها رضاء الشخص أصبحت من الأعمال الجائزة شرعا[1].

إن الحقيقة التي لا تقبل الجدل أن أساس العنصر البشري هو وجود الذكر والأنثى الذي تتحقق في ظل رابطتهما غايات المجتمع وأهدافه، أما التغيير الجنسي بدون هدف علاجي فليس سوى عبث بجسم الإنسان دون مبالاة لما يترتب على ذلك من هدم أسر وتشتيت أبناء وأمراض اجتماعية[2]، "إن الله تعالى قد أراد أن يقسم الإنسانية إلى ذكر وأنثى وأقام ما يكاد يكون توازنا بين الجنسين حتى تستمر الإنسانية فينبغي إذن أن نذعن لإرادة الله وأن يظل الذكر ذكرا كما ولدته أمه والأنثى أنثى"[3]، فإذا كان تشبه الرجال بالنساء أو تشبه النساء بالرجال في اللباس والكلام والهيئة حرام ومن كبائر الذنوب[4]، فإن التحول إلى الجنس الآخر أشد وأخطر.

ثانيا: جراحة التجميل

جعل الله تعالى الجمال صفة لمخلوقاته ومن ضمنها الإنسان الذي كرمه على جميع المخلوقات، وجعله في أكمل هيئة، قال تعالى:" لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم"[5]، وغرس حب الجمال في قلوب الناس جميعا، لكن التجمل في وقتنا الحالي أصبح يأخذ

---

(1) لمزيد من التفصيل أنظر جميل صبحي برسوم، التحول الجنسي وما يثيره من مشاكل قانونية، الميادين، العدد السابع، جامعة محمد الأول، المغرب،1991، ص ص63-65.

(2) تشوار جيلالي، الجنس، الزواج والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج33، رقم4، جامعة الجزائر، 1995، ص789.

(3) علي علي سليمان، تعليق على حكم في قضية تغيير الجنس، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 34، رقم 4، جامعة الجزائر 1996، ص 616.

(4) محمد بن صالح العثيمن، مرجع سابق، باب تشبه الرجال بالنساء وتشبه النساء بالرجال، ص 514.

(5) سورة التين، آية 4.

صورا متعددة وبوسائل متطورة منها جراحة التجميل التي انتشرت على نطاق واسع بين جميع فئات المجتمع، رغم أنها تنطوي في كثير من الأحيان على مخاطر قد تمس حياة الشخص أو سلامة جسمه دون ضرورة طبية، وهذا يستدعي تنظيمها ووضع ضوابط لها.

1- ماهية جراحة التجميل

يعرف فقهاء القانون جراحة التجميل بأنها "مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري، وتؤثر في القيمة الشخصية والاجتماعية للفرد"[1]، وهذا التعريف ينطبق على جراحة التجميل البحتة التي يقصد منها تحسين مظهر الإنسان وشكله، وقد عرفها الأطباء المختصون بأنها جراحة تجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة أو وظيفته، إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه"[2] وما يلاحظ عل هذا التعريف أنه يقتصر فقط على الحالات التي تطرأ على العضو وتسبب له نقص أو تشوه أو تلف.

تنقسم جراحة التجميل إذن إلى نوعين:

أ- جراحة تجميل تقويمية أو تعويضية، وهي التي تهدف إلى علاج العيوب الخلقية أو المكتسبة، فهذه العيوب تسبب لصاحبها ضرر حسي يتمثل في الآلام الجسمية، وضرر معنوي يتمثل في الآلام النفسية لعدم رضاء الشخص عن صورته[3] لذلك فهي ترقى إلى مقام العلة المرضية كما هو الحال في

---

[1] محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1951، ص 329.

[2] الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء، ط2، لجنة النشر بوزارة التعليم العالي، جمهورية مصر العربية، القاهرة، 1970، ص454.

[3] محمد سامي السيد الشوال، مرجع سابق، ص454.

علاج تشوهات الحروق أو عيب ناجم عن كسور مثل العرج[1]، وهذا النوع لا يطرح إشكالا في مشروعيته لأنه يدخل في حكم العلاج المباح لتوافر قصد العلاج فيه.

ب- جراحة تجميل تحسينية وهي جراحة تهدف إلى تحسين عضو معافى من الناحية الصحية، من أجل تحقيق غرض جمالي بحت، فهي لا تدعو إليها الضرورة ولا الحاجة، وإنما يقصد بها الغلو في مقاييس الجمال، ومثالها ترقيق الأنف وشد التجاعيد وتفتيح الأسنان وشطف الدهون ونحو ذلك، فهذه العمليات تختلف عن العمليات العلاجية التي يقصد منها العلاج، لذلك أثارت جدلا حول مشروعيتها.

2- مشروعية جراحة التجميل

لم تتطرق معظم التشريعات الوطنية بما فيها التشريع الجزائري إلى تنظيم جراحة التجميل بنصوص خاصة واكتفت بتنظيم الجراحة الطبية بصفة عامة، لذا سوف نتطرق إلى موقف القضاء والفقه وإن كان موقفهما يختلف حسب نظرتهما إلى الشخص الذي يريد إجراء جراحة التجميل فيما إذا كان يعتبر مريضا، وهل مرضه عضوي أم نفسي؟.

أ- موقف القضاء من جراحة التجميل

كان القضاء في فرنسا إلى وقت طويل يعتبر هذه العمليات غير مشروعة، فقد قررت محكمة استئناف باريس في قضية عرضت عليها في هذا الموضوع سنة1913 أنّ "مجرد الإقدام على علاج لا يقصد منه إلا التجميل يعتبر خطأ في حد ذاته يتحمل

[1] عبد الله محمد علي الزبيدي الإشكاليات القانونية التي تثيرها المسؤولية العقدية للطبيب في جراحة التجميل، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد2، العدد4، الجامعة الأردنية، 2011، ص 246.

الطبيب بسببه كل الأضرار التي تنشا عنه"[1]، وتوالت أحكام القضاء الفرنسي في تلك الفترة على نحو يشكل سياسة تشريعية رافضة للجراحة التجميلية التي لا تستدعيها ضرورة علاجية[2]. وقد تبدل هذا الموقف منذ عام 1935 عندما أصدرت محكمة استئناف باريس حكما أكدت فيه أن مجرد إجراء عملية تجميلية لا يعتبر بذاته خطأ موجبا للمسؤولية إذا ما راعى فيها أصول مهنته[3]، وهو ما استمر عليه القضاء الفرنسي في الوقت الحاضر حيث أخذ بمشروعية جراحة التجميل لكن بنوع من التشدد فما يتعلق بمسؤولية جراح التجميل الذي اعتبر التزامه أقرب إلى الالتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.

تصدى القضاء المصري لهذا النوع من الجراحة منذ سنة 1914 حين عرضت عليه قضية تتعلق بإصابة شخص يعمل في وزارة العدل واسمه "عبد الحميد أفندي حمدي"، بقرحة جلدية نتيجة معالجته بأشعة اكس لتجميل مؤخرة عنقه التي أصيبت بدمل جعل منظرها مشوها، وقد انتهت المحكمة الابتدائية إلى الأخذ بتقرير الخبرة الذي

---

[1] انظر حكم محكمة استئناف باريس في 22 جانفي 1913، حيث تتلخص وقائع القضية في أن فتاة كانت تشكو من نمو شعر في ذقنها، فقصدت طبيب تجميل الذي استخدم أشعة "روتجن"، مما تسبب لها في حروق في وجهها نتج عنه مرض جلدي قبيح ، ورغم أنّ الخبير أكد عدم وجود إي خطا في جانب الطبيب إلاّ أن المحكمة قضت بمسؤوليته معتبرة أن جراء عملية جراحية دون ضرورة العلاج يعتبر خطا في حد ذاته، وقد أيدت محكمة النقض ذلك الموقف على أساس أنه لا حاجة ولا مصلحة تبرر هذا النوع من العمليات. الحكم متاح على الموقع:
www. Ca-paris. Justice.fr

[2] عبد الله محمد علي الزبيدي، المرجع السابق، 246.

[3] تتلخص وقائع هذه القضية في أن فتاة كانت تعاني من تضخم شحمي في ساقها فقصدت طبيب تجميل لإزالته، لكن ساق الفتاة أصيب بالغرغرينة بعد العملية، وانتهى الأمر ببتره، فقضت لها المحكمة الابتدائية بالتعويض على أساس أن مجرد إجراء عملية ذات خطورة جدية على عضو سليم لمجرد التحسين دون أن تفرض العملية ضرورة علاجية ودون أن تعود بنفع ما على صحة الشخص الذي أجريت له، هو في ذاته خطا يكون الجراح مسؤولا عن تبعاته، لكن تحت الاحتجاج الشديد للأطباء ضد هذا الحكم، عدلت محكمة باريس هذا الحكم من حيث الأساس، وإن أيدته من حيث النتيجة، فقررت في 27 يوليو1935 انه "لا يجوز افتراض خطا لم ينصص عليه المشرع، فلا خطا على الطبيب في القيام بعملية ما إذا راعى فيها أصول مهنته، سواء كان للعلاج أو للتجميل، ولكن يعتبر الطبيب مخطئا إذا لم ينذر الشخص المعالج بما تحتمله من أخطار ومضاعفات حتى يكون رضاؤه بتا عن علم بحقيقة الأمر". الحكم متاح على نفس الموقع.

لا يجزم بأن ما أصاب المضرور كان نتيجة أشعة اكس وقررت رفض الدعوى، لكن محكمة الاستئناف ألغت ذلك الحكم في سنة1936 وقضت للمضرور بتعويض على أساس أن هناك أخطاء ارتكبها الطبيب[1]، فكلا الحكمين أخضع مسئولية الطبيب للقواعد العامة، ولم يتعرض إلى مشروعية العملية ذاتها، مما يعني التسليم بمشروعيتها، وتم التأكيد على ذلك في ما عرض على القضاء من قضايا مماثلة فيما بعد فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية سنة 1969: " وجراح التجميل وإن كان لا يضمن نجاح العملية الجراحية، إلاّ أن العناية المطلوبة منه أكثر من العناية في الجراحة العامة، باعتبار أن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشوه لا يعرض حياته لأي خطر..." [2]، وهذا يعني أن محكمة النقض المصرية قد أقرت بمشروعية جراحة التجميل، لكن مع التشدد في مسئولية الطبيب حيث جعل العناية المطلوبة فيها أكثر من العناية في الجراحة العامة.

رغم انتشار العمليات التجميلية في المجتمع الجزائري إلاّ أن القضاء لم يبد أي تحفظ على إجرائها، كما أنه لم يضع قواعد تميزها عن الجراحة العامة، ربما كان ذلك لقلة ما عرض عليه من هذه القضايا وبالتالي لم تتح له فرصة للتأمل في العمليات التجميلية، ولحداثة موقفه من المسئولية الطبية عموما، ولعدم وجود نصوص خاصة تنظم المسؤولية عن الأخطاء الطبية العادية على الأقل.

ب- موقف الفقه من جراحة التجميل

[1] تم الإشارة إلى هذه الوقائع في: أنور أبو بكر هواني الجاف، مرجع سابق، ص ص657-659.

[2] قرار محكمة النقض المصرية في 26 جوان 1969، وتتلخص وقائعها في امرأة كانت تعاني من حالة ترهل في جلد ذراعيها، فأجرى لها الطبيب عملية لإزالته، لكن العملية نتج عنها تشوه ظاهر فرفعت دعوى ضد الطبيب طالبت فيها بالتعويض، وقضت المحكمة بمسئولية الطبيب والحكم لها بالتعويض. متاح عل الموقع:
cc.gov.eg>Ahkam-nakd-madani-Hay

تدرج موقف الفقه من هذه العمليات زمنيا من الرفض إلى القبول، ففي بداية ظهور هذه العمليات، ظهر نقاش كبير حول مشروعيتها، وذهب غالبية الفقهاء إلى القول بعدم مشروعيتها لتخلف قصد العلاج من إجرائها، واعتبروها مساسا غير مشروع بجسم الإنسان[1]، ثم أصبح رأي الفقه أقل تشددا، إذ تحول إلى القول بضرورة التمييز بين العمليات التجميلية البسيطة التي لا تنطوي على خطورة كبيرة مثل تقويم الأسنان وشد الوجه، وتلك التي فيها خطورة على حياته وسلامته البدنية، فأجازوا الأولى وحرموا الثانية[2]، وأخيرا استقر الفقه القانوني العالمي على قبول هذه العمليات بعد التطور الذي عرفته، ولما لها من أثر في مكافحة الاضطرابات النفسية والعصبية، هذا فضلا عن أنها تدخل السعادة على نفس الإنسان مما يكسبه صحة وحيوية.

يعتبر الفقه في أمريكا جراحة التجميل مشروعة متى احترمت المعايير والضوابط التي يجب مراعاتها عند إجراء العمل الطبي، أمّا في بلجيكا فتعتبر جائزة ما لم تمنع من أداء واجب اجتماعي أو يكون الغرض منها كسب المال، كما يجيزها الفقه البريطاني أخذا بمبدأ رضاء المجني عليه يبرر كل فعل ما لم محرما قانونا أو كان يؤدي إلى خطر شديد بغير موجب على الحياة أو على الصحة، وفي ألمانيا تعتبر جراحة التجميل جائزة على نحو مطلق لأنها تدخل ضمن الأنظمة التي وضعتها الدولة فيما يتعلق بالصحة واستعادته فهي تدخل في العلاج النفسي وعدم إباحتها ينجم عنه أمراض نفسية خطيرة لأن العلاقة بين صحة الإنسان وصحته وثيقة[3].

---

[1] جاء في مقال للفقيه جارسون(Garçon) بالنشرة الطبية الشرعية سنة1931 " **إن الطبيب الذي يتعامل مع عضو سليم من أعضاء الجسم بحجة التجميل يخرج عن حدود المهنة التي تبيحها له شهادة الطب**"، مشار إليه في مرجع أنور أبو بكر هواني الجاف، مرجع سابق، ص634.

[2] منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دار الثقافة، عمان، 2000، ص31.

[3] أنور أبو بكر هواني الجاف، مرجع سابق، ص ص645-652.

يرى الفقه العربي ضرورة التمييز بين العمليات التجميلية التقويمية و التعويضية، التي تعتبر مشروعة لأنها من أسباب العلاج، وبين الجراحة التجميلية التحسينية التي ينبغي أن يراعي فيها إلزام الطبيب بعدم إجرائها رغم موافقة المريض، إذا بدا له أنها تنطوي على آثار جانبية وخطورة محتملة[1]، أما الفقه الجزائري فلم يبدي موقفا مميزا من الموضوع، فمع قلة الكتابات يظهر جليا تأثرها بموقف بالشريعة الإسلامية حيث اقتصرت على بيان حجج التحليل وأدلة التحريم لكل نوع من هذه العمليات، رغم أن هذه العمليات أصبحت أمرا واقعا بعد أن انتشر استعمالها على نطاق واسع وعلى مختلف فئات المجتمع.

رغم أن الفقه والقضاء اتفقا في الأخير على إباحة الجراحة التجميلية على العموم إلاّ أن هناك نوع من التشدد فيما يخص التزام الطبيب ومسؤوليته في هذه العمليات، فإذا كان الأصل في التزام الطبيب أنه ببذل عناية صادقة ويقظة بقصد شفاء المريض، ففي جراحة التجميل تكون هذه العناية مؤكدة ومشددة أكثر من العناية المطلوبة منه في أحوال الجراحة الأخرى[2]، بل هناك من يقول بأن التزام جراح التجميل يجب أن يكون بتحقيق نتيجة وهي أن تكون حالة المريض بعد العملية أفضل وأجمل مما كانت عليه سابقا[3].

نظرا للعناية القصوى الواجبة في جراحة التجميل أعتبر مجرد وقوع الضرر قرينة عل خطأ الجراح، فضلا عن الالتزام بالتبصير وبالحصول على رضاء المريض

---

[1] عبد الله محمد علي الزبيدي، مرجع سابق، ص248، منذر الفضل، مرجع سابق، ص31.

[2] أنظر قرار محكمة النقض المصرية في 26 جوان1969 الذي بين طبيعة التزام جراح التجميل، متاح على الموقع: cc.gov. eg>Ahkam-nakd-madani-Hay

[3] منذر الفضل، مرجع سابق، ص37.

وبالحفاظ على السر الطبي وبضرورة التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها التي اعتبرت كلها التزامات بتحقيق نتيجة يقع عبء إثباتها على عاتق الجراح[1].

يتم التعويض عن جميع الأضرار التي تصيب المريض سواء كان ضررا ماديا كنفقات العلاج، أو ضررا جسمانيا مثلا بتر العضو الذي خضع لعملية التجميل، أو إحداث حروق في الجسم، أو إصابة بالسرطان نتيجة استخدام الأشعة بصورة خاطئة، أو إحداث الوفاة، كما يتم التعويض عن الضرر المعنوي الغالب في عمليات التجميل فالتشويه الذي يصيب الجسم من جراء الجروح أو الحروق يعتبر ضررا أدبيا كما أن فشل عملية التجميل يترتب عليها ضررا أدبيا نتيجة الخيبة التي يصاب بها المريض، هذه الأضرار يسهل إثباتها من طرف المريض لأن جراحة التجميل تكون على أعضاء خارجية في غالب الأحيان[2].

في رأينا ينبغي التمييز بين التزام الطبيب ومسئوليته في العمليات التجميلية والتقويمية والتي يكون فيها ببذل عناية لأنها من قبيل العمليات العلاجية، وبين التزامه في العمليات التجميلية التحسينية والتي يجب أن يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، لأنها لا تستدعيها ضرورة العلاج و تفتقر إلى الاستعجال في إجرائها، كما أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الطبيب من المسئولية في هذه العمليات لأنها تتعلق بسلامة لجسم التي تعتبر من النظام العام.

ج- حكم جراحة التجميل في الفقه الإسلامي

ليس هناك خلاف بين فقهاء الشريعة حول مشروعية جراحة التجميل التقويمية أو التعويضية، ذلك لأنها تدخل في إطار العلاج المباح شرعا، كما أنها ليست تغييرا

---

[1] لمزيد من التفصيل أنظر: عبد الله محمد علي الزبيدي، مرجع سابق، ص ص254-261.

[2] لمزيد من التفصيل أنظر: محمد قرماز نادية، الجراحة التجميلية، الجوانب القانونية والشرعية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص ص172-261.

لخلق الله، بل هي في الحقيقة إعادة للخلقة المعهودة أو قريب منها، وقد عرف الفقهاء القدامى بعض تطبيقاتها ورتبوا أحكامها من الجواز أو المنع، فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه أجاز لعجرفة بن سعد أحد الصحابة، الذي أصيب في أنفه أن يتخذ أنفا من ذهب[1]، وهذا يدل على جواز استخدام أجزاء صناعية بدل الأعضاء التالفة أو المقطوعة في الحروب والحوادث والأمراض الخطيرة كالأذن والعين والأصابع وغيرها[2].

اختلف فقهاء الشريعة في حكم جراحة التجميل التحسينية التي يكون الهدف منها الغلو في الزينة والتجمل مما لا تدعو إليه الحاجة، فهناك من يرى عدم مشروعيتها على الإطلاق لأن فيها تغيير لخلق الله وهي تدخل في سياق الذم الوارد في قوله تعالى:" ولآمرنّهم فليغيرن خلق الله"[3]، لأنها من المحرمات التي يسول بها الشيطان لبني آدم[4]، بينما يرى الرأي الغالب أنه يجب التمييز بين عمليات التجميل المنصوص على تحريمها في القرآن والسنة وهي الوشم، النمص، الوصل، وتفليج الأسنان[5]، وكل ما يتضمن تغيير في الخلقة[6]وهي عمليات غير مشروعة ومحرمة أصلا، وبين العمليات التي تحمل معنى التزين وليس فيها تغيير لخلق الله فهذه تعتبر مباحة لأن

---

[1] رواه أبو داوود، كتاب التجميل، باب ما جاء في ربط الأسنان من ذهب92/4، والترمذي، كتاب اللباس، باب ما جاء في شد الأسنان بالذهب 240/4، والنسائي في كتاب الزينة، باب من أصيبت أنفه هل يتخذ أنفا من ذهب 144/5.

[2] شوقي عبده الساهي، الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، ب.س، ص132.

[3] سورة النساء، آية 119.

[4] الشيخ القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط1، المكتب الإسلامي، القاهرة، 1978، ص78.

[5] يقول الرسول صلى الله عليه وسلم:" **لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات لخلق الله** "، رواه البخاري كتاب اللباس، باب المستوشمة 2219/5، ومسلم كتاب اللباس ولزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والنامصة والمتنمصة والمتفلجات والمغيرات لخلق الله 1678/2.

[6] سورة النساء، آية 119.

الإسلام لا يرفض التجمل الطبيعي ولا يرفض التجمل الصناعي مدام ليس فيه تغيير في الخلقة[1]، ولعل ما يؤكد هذا القول ما ذكره الماوردي في الأحكام السلطانية حيث يقول:" إنّ وجود بعض العيوب الظاهرة للناس في الشكل أو الخلقة تمنع من انعقاد الإمامة وقيادة الناس، كما لو كانت شفته العليا مفتوحة، أو أن إصبعا زائدا في كفه أو في وجهه شيء ملحوظ، أو نحو ذلك، مما يلزم المعالجة أو إسناد الإمامة لغيره من ذوي الأبدان السليمة"[2].

ناقش مجمع الفقه الإسلامي[3] موضوع مشروعية جراحة التجميل وتوصل إلى أن هذه العمليات تكون مشروعة إذا تمت في إطار القواعد والضوابط الشرعية وبتوافر الشروط الآتية:

1- أن يتوخى نجاح العملية؛
2- ألاّ تكون بنية الغش أو الخداع أو التدليس بالمحرمات؛
3- ألاّ تكون مشمولة بالتغيير في الخلقة الذي نهى عنه الشرعة؛
4- أن يكون النفع المتوقع من العملية أرجح من الضرر المترتب عنها؛
5- موافقة الشخص الخاضع للعملية موافقة حرة ومستنيرة؛
6- أن يبذل الطبيب قصارى جهده لنجاح العملية.

---

[1] منال بنت سليم بن رويفد الصلعدي، الجراحة التجميلية أحكامها وضوابطها، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد31، جامعة القاهرة، 2017، ص601، علي محي الدين العزة داني، المحمدي علي يوسف، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2011، ص562.

[2] أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية للماوردي، مطبعة السعادة، القاهرة، 1977، ص18

[3] قرار رقم173(11/18)، بشأن الجراحة التجميلية وأحكامها، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثامنة عشرة، ببوتراجايا، ماليزيا، في الفترة من24-29 جمادى الآخرة1428هـ الموافق 9-14 يوليو 2007 م.

يتبين لنا من ارتباط جراحة التجميل بالضوابط الشرعية في الفقه الإسلامي حرص الشريعة الإسلامية على كل ما ينفع المسلم في دينه ودنياه، ويسر الإسلام ورفعه للحرج والمشقة عن المسلمين.

المبحث الثاني

حق المتضرر من الأعمال الطبية في التعويض

رغم اعتراف النصوص الدولية المنظمة للأعمال الطبية بحق الشخص المتضرر من هذه الأعمال في التعويض، إلا أنها تركت أمر تحديد المسؤولية الطبية وكيفية الحصول على التعويض للقوانين الوطنية، فقد جاءت المادة الثامنة من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان كما يلي: "لكل فرد الحق، وفقا لأحكام القانون الدولي أو الوطني، في أن يتلقى تعويضا منصفا عن الضرر الذي قد يلحق به ويكون سببه المباشر والحاسم عملية تصرف تمجينه"[1].

يلاحظ أن غالبية الدول لم تورد في قوانينها المدنية أحكاما خاصة بالمسؤولية الطبية وإنما أخضعتها للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، لكن التطور الذي عرفته العلوم الطبية جعل القواعد التقليدية عاجزة عن حماية المرضى وتمكينهم من الحصول على التعويض.

حق المتضرر من الأعمال الطبية في التعويض يستلزم قيام المسؤولية الطبية **(المطلب الأول)** ثم الحصول على التعويض **(المطلب الثاني)**.

[1] المادة 8 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، وتقابلها المادة 15 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجي وحقوق الإنسان، والمادة 31 من البروتوكول الملحق بالاتفاقية الأوروبية حول حقوق الإنسان والبيوطبي، المتعلق بالأبحاث الطبية، ستراسبورغ 25 جانفي2005، ودخل حيز التنفيذ في 1 ديسمبر2005.

المطلب الأول

قيام المسؤولية الطبية

بقيت أغلب التشريعات[1] تقيم المسؤولية المدنية للطبيب طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، وهذه الأخيرة تقوم وفقا للقواعد التقليدية على ثلاثة أركان وهي: الخطأ**(الفرع الأول)**، الضرر **(الفرع الثاني)**، والعلاقة السببية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: الخطأ الطبي

يعتبر الخطأ الطبي أحد أركان المسؤولية الطبية وللإحاطة به علينا تناول ماهيته **(أولا)**، وكيفية إثباته **(ثانيا)**.

أولا: ماهية الخطأ الطبي

محاسبة الطبيب عن أخطائه كانت منذ العصور القديمة ففي شريعة حمورابي الذي حكم العراق في الفترة (1793-1750 قبل الميلاد)، تم النص على مسؤولية الطبيب عن أخطائه في المواد من 215 الى225، حيث نصت المادة 218 : "إذا كان طبيب أجرى عملية خطرة لسيد بحربة برونزية وسبب وفاة السيد، أو فتح محجر عين سيد وخرب عين السيد فعليهم أن يقطعوا يده"[2]، كما تنص المادة 219 من هذه الشريعة على: "إذا طبيب أجرى عملية رئيسية لرقيق أحد العامة بحربة برونزية وسبب له الوفاة فعليه أن يعوض رقيقا برقيق"[3]، وفي قانون جستنيان[4] كان الجزاء هو القصاص ما لم يتفق الطبيب مع أهل المريض على دية يدفعها.

---

[1] من هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي، الذي لم تتضمن نصوصه أحكاما خاصة بالمسؤولية الطبية، وكذلك القوانين المدنية في الدول العربية ومنها القانون المدني الجزائري.

[2] محمود الأمين، شريعة حمورابي، ط1، شركة دار الوراق للنشر المحدودة، لندن،2007 ، ص 60 .

[3] المرجع نفسه، ص60 .

[4] قانون جستنيان هو مجموعة من القوانين الرومانية التي أمر الإمبراطور البيزنطي جستنيان الأول (527م-565م) بجمعها وتدوينها ويسمى أيضا بمجموعة القوانين المدنية، متاح على الموقع :https://marefa.org

يعتبر الطبيب عند المسلمين ضامنا لأضرار التي يسببها بجهله أو خطئه الفاحش لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من تطبب ولم يكن بالطب معروفا فأصاب نفسا فما دونها فهو ضامن"[1]، يعني كل من أقدم على تقديم علاج وهو ليس بطبيب ماهر يضمن ما ينتج عن ذلك العلاج من أضرار، أمّا إن كان طبيبا معروفا بالطب فلا يضمن إلّا الأضرار المترتبة عن أخطائه وعلى العاقلة الضمان[2].

يعتبر الخطأ في الوقت الراهن الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بصفة عامة[3]، فالخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي، والخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام عام بعدم الإضرار بالغير، والمسؤولية الطبية لا تخرج عن هذا حيث يعتبر الخطأ الطبي أساس المسؤولية الطبية، سواء كانت هذه الأخيرة عقدية وذلك عندما يتوافر عقد طبي بين الطبيب والمريض، أو مسؤولية تقصيرية في حالة انتفاء العقد الطبي مثلا في الحالات الإستعجالية أو تلقي العلاج في المستشفيات العمومية .

الأصل في طبيعة التزام الطبيب أنه التزام ببذل عناية، والعناية المطلوب بذلها من الطبيب ليست عناية من أي نوع بل عليه أن يبذل جهودا صادقة ويقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المتفق عليها في علم الطب، وبالتالي يسأل الطبيب عن كل مسلك طبي لا يقع من طبيب يقع في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المسؤول[4]، وهو ما أقرّته محكمة النقض

---

(1) أخرجه أبو داوود برقم 4576، كتاب الديات، باب فيمن تطبب بغير علم.

(2) عبد الله محمد الجبوري، مرجع سابق، ص45.

(3) المادة 124 من ق.م ج: " **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**"، و تقابلها المادة 1240 (المادة1382 سابق) من القانون المدني الفرنسي.

(4) أنظر قرار محكمة النقض المصرية في 1969/06/26، متاح على الموقع:
cc.gov.eg>Ahkam-Nakd-Madani-Hay

الفرنسية في 20 مايو 1936[1]، وأخذت به المحكمة العليا في الجزائر حيث جاء في قرار لها سنة 2008: "يعني الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، إن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب"[2]. نستنتج إذن أن أي تقصير من طرف الطبيب في بذل العناية الواجبة أو الخروج عن الأصول المتفق عليها في الطب يعتبر خطأ من طرف الطبيب.

يعتبر خطأ طبيا كل عمل غير مشروع يقوم به الطبيب كأن يجري عملية إجهاض في غير الحالات التي أباحها القانون[3]، أو إجراء عملية تلقيح صناعي دون احترام الضوابط القانونية[4]، وكذلك الحال في حالة الإخلال بالحقوق الإنسانية للمريض كعدم الحصول على رضاء المريض أو من يمثله قانونا قبل التدخل الطبي، عدم تبصير المريض تبصيرا كافيا بكل ما يتعلق بالعمل الطبي، وانتهاك الحياة الخاصة للمريض بإفشاء السر الطبي، حيث يكون الخطأ مفترضا في حق الطبيب الذي تقوم مسؤوليته ويلتزم بدفع التعويض للمريض[5].

يدخل في نطاق الخطأ الطبي كل خطأ تقني يرتكبه الطبيب أثناء التشخيص، العلاج، المراقبة الطبية، أو الأعمال الوقائية، ويكون إمّا نتيجة عدم مراعاة لقانون، مخالفة أعراف المهنة، أو الخروج عن الأصول العلمية الثابتة، وفي هذه الحالة يقاس

---

(1) Cass.civ، 20 mai 1936، Mercier، disponible sur le site : http:// www.courdecassation.fr .

(2) قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، بتاريخ 23 جانفي2008، ملف رقم 399828، قضية (ع.ع.ق) ضد (ع.ب)، منشور بمجلة المحكمة العليا عدد 2008/2، ص175 وما بعدها.

(3) القانون الجزائري يبيح الإجهاض في حالة واحدة فقط عندما يكون لإنقاذ حياة الإم(م 308 ق.ع.ج).

(4) مثلا يمنع قانون الأسرة الجزائري تلقيح بويضة المرأة بعد وفاة زوجها، وكذلك استئجار رحم امرأة أخرى للحمل بدل الزوجة(م45 مكرر ق.ا.ج).

(5)DUVAL-ARNOULD Domitille, " Le médecin confronté au juge civil ", Laennec, n°1,tome59, p9.

خطأ الطبيب بمعيار الرجل العادي، أي بقاس سلوكه بسلوك طبيب آخر في نفس مستواه وتخصصه إذا وضع في نفس الظروف التي كان فيها الطبيب الذي سبب عمله ضررا للمريض، ويكون ذلك عن طريق الخبرة الطبية[1].

تثار مسألة الخطأ الطبي أيضا عندما يرفض الطبيب علاج المريض، فإذا كان الأصل في مهنة الطب أنها تقوم على الحرية ورضاء الطرفين، فثمة قواعد إنسانية وأخلاقية تفرض على الطيب علاج المريض، إذا كان هذا الأخير في حالة خطرة، ولم يكن هناك طبيب آخر يقوم مقامه، فالطبيب ملزم وفقا لقوانين أخلاقيات الطب بتقديم العون لمن يحتاج إليه طالما أن ذلك ممكن لا مستحيل بالنسبة إليه، نذكر من ذلك مدونة أخلاقيات مهنة الطب التي جاء فيها: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، أو يتأكد من تقديم العلاج الضروري له" [2].

يتفق فقهاء القانون على مساءلة الطبيب الذي يمتنع عن علاج المريض في حالة خطر دون مسوغ[3]، كما أنّ تجريم هذا الفعل يقوم في التشريعات المقارنة بموجب النصوص الخاصة بجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر، المنصوص عليها في غالبية التشريعات المقارنة[4]نذكر منها قانون العقوبات الجزائري الذي يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة مالية "كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل

---

[1] فواز صالح، المسئولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد22، العدد الأول، جامعة دمشق،2006، ص ص141-142.

[2] المادة 9 من مدونة أخلاقيات الطب، تقابلها المادة 3 من قانون أخلاقيات الطب المغربي، والمادة 9 من قانون الأخلاقيات الطبية الفرنسي.

[3] لمزيد من التفصيل حول موقف الفقه من مسألة امتناع الطبيب عن علاج المريض أنظر: عبد الله بن إبراهيم الموسى، امتناع الطبيب عن العلاج بين الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد44، السنة24، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2010، ص ص281-306.

[4] من هذه التشريعات نذكر: قانون العقوبات المغربي(م 431)، قانون العقوبات الفرنسي(م223-6)، قانون العقوبات الألماني(م323).

مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو عل الغير"[1]، فإذا كان النص ينطبق على العامة لامتناعهم الإرادي عن تقديم العون والمساعدة لمن هو في خطر، فمن باب أولى أن ينطبق على الطبيب الذي من المفروض في مهنته تقديم هذه المساعدة، لذلك من المتفق عليه في الفقه والقضاء قيام المسؤولية الجنائية للطبيب عند إخلاله بواجبه هذا[2].

كما أن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي أنّ الطبيب الممتنع عن تقديم علاج لمريض في حالة خطر يضمن ويتحمل المسؤولية لتركه الواجب عليه، وإذا ما توفي المريض يسأل عن قتل شبه العمد[3].

ثانيا: إثبات الخطأ الطبي

باعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية، فإنه يقع على عاتق المريض إثبات خطأ الطبيب وإقامة الدليل على تقصيره في بذل العناية أو مخالفته للأصول المتفق عليها في الطب، ذلك لأن الخطأ في الالتزام بتحقيق نتيجة مفترض في جانب المدين، أمّا في لالتزام ببذل عناية فإنه يجب على الدائن إثبات إهمال المدين في بذل العناية اللازمة[4] والدائن في هذه الحالة هو المريض أما المدين فهو الطبيب.

أدى تطور العلوم الطبية إلى تطور وسائل التشخيص والعلاج وظهور بعض الأعمال المتخصصة التي يكاد ينعدم عنصر الاحتمال فيها وبالتالي يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، وعليه لا يتحمل المريض عبء إثبات الخطأ وإنما على الطبيب

---

(1) المادة 182-2 ق.ع.ج.

(2) سميرة أقرورو، امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة/العلاج لشخص في خطر بين التكييف القانوني، التأصيل الفقهي والتطبيق القضائي، مجلة القصر، العدد21، المغرب،2008، ص74.

(3) هالة بنت محمد بن حسين جستنية، الامتناع عن إسعاف المريض(فقها ونظاما)، مجلة العدل، العدد52، المملكة العربية السعودية، 2011، ص ص104-156.

(4) أسامة أحمد بدر، "الالتزام ببذل عناية ولالتزام بتحقيق نتيجة بين القانونين الفرنسي والمصري"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، جامعة الإسكندرية، 2009م، ص212.

إذا أراد التخلص من المسؤولية أن يثبت وجود قوة قاهرة أو سبب أجنبي، من هذه الأعمال نجد عمليات نقل الدم والتحاليل الطبية، واستعمال الأدوات والأجهزة الطبية، وتركيب الأجهزة الصناعية، التي يكون فيها الالتزام بضمان سلامة المريض وهو التزام بتحقيق نتيجة[1].

إدراكا للصعوبات التي يواجهها المريض في النهوض بعبء الإثبات، أجرى القضاء تحولا جذريا في مجال إثبات الالتزامات الإنسانية للطبيب وخاصة فيما يتعلق بالالتزام بضمان السلامة، الالتزام بالتبصير، الالتزام بالحصول على رضاء المريض والالتزام بالمحافظة على السر الطبي، حيث أصبح الطبيب هو الذي يلتزم بتقديم الدليل على قيامه بتنفيذ هذه الالتزامات.

أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا التحول في العديد من قراراتها، نذكر على سبيل المثال قرار هدرويال (Hèdruel) الشهير المتعلق بإثبات الطبيب قيامه بواجب تبصير المريض، والصادر في 25 فيفري1997 والذي جاء فيه: "لمّا كان الطبيب يقع على عاتقه التزام بالإعلام تجاه مريضه، فإنه يكون عليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام"[2]، وتتلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا القرار في أن شخصا يدعى "Hédruel" كان يعاني من آلام في المعدة، فقرّر الطبيب المعالج إجراء عملية جراحية له باستخدام المنظار، بعد إجراء العملية ظل المريض يعاني من آلام شديدة في البطن، ولمّا أعيد الكشف عنه تبين أنه أصيب بثقب في الأمعاء، وهو خطر حدد الخبير احتمال حدوثه في مثل هذه العمليات بنسبة ثلاثة في المائة.

رفع المريض دعوى على الطبيب يطالب فيها بالتعويض استنادا إلى أنه لم يتم تبصيره بمخاطر العملية التي أجريت له، لكن محكمة الاستئناف رفضت طلبه بناءا

---

[1] فواز صالح، مرجع سابق، ص ص 143-146.

[2] Cass. 1erciv، 7 fèvrier1997، n^{0} 94-19685، Hédruel c/Coussin، disponible sur le site :https://www.courdecassation.fr.

على أنّ عبء الإثبات يقع على عاتق المريض الذي لم يقدم دليلا على ما يدعيه. طرحت القضية أمام محكمة النقض فألغت حكم محكمة الاستئناف وقرّرت أنه: "لما كان الطبيب يقع على عاتقه الالتزام بالإعلام تجاه المريض، فإنه يكون عليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام".

يحقق التحول القضائي فيما يخص الإثبات في مجال التبصير العدالة ومراعاة لظروف المريض الذي يصعب عليه إثبات واقعة سلبية في حين بإمكان الطبيب إثبات أنه قام بهذا الالتزام لأنها واقعة إيجابية، وقد تم تكريس هذا التحول في قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي الفرنسي[1] الذي بمقتضاه أصبحت الفقرة الأخيرة من المادة 1111-2 من قانون الصحة العامة تنص صراحة على جعل عبء الإثبات بشأن إعلام المريض على عاتق الطبيب أو المؤسسة الصحية، ويكون الإثبات بكل طرق الإثبات[2].

المتتبع لأحكام القضاء الفرنسي يلاحظ توجه هذا الأخير لحصر الالتزام ببذل عناية في حالة العلاج بمعناه التقليدي، حيث يكون عبء إثبات الخطأ على المريض أو المضرور أما ما يتجاوز ذلك من أعمال طبية لا تتضمن عنصر الاحتمال فإن الطبيب يسأل عن عدم تحقق النتيجة المرجوة ما لم يثبت السبب الأجنبي.

لا يوجد في التشريع الجزائري نص صريح يحدد من يقع على عاتقه الالتزام بالإثبات في حالة النزاع حول الحقوق الإنسانية للمريض لكن بالرجوع إلى نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب نجدها تلزم الطبيب بتحقيقها، إذا أضفنا إلى ذلك ما ورد في القانون المدني من إلزام الدائن بإثبات الالتزام وإلزام

(1) Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé، Jorf du 5 mars 2002، p 4118.disponible sur le site :https://www.legifrançe.gouv.fr

(2) Art 1111-2 du c.civ dispose : « En cas de litige، il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen ».

المدين بإثبات التخلص منه[1]، مع العلم أن الدائن في هذه المسألة هو المريض والمدين هو الطبيب، نتوصل إلى أنّ عبء الإثبات في هذه الحالات يقع على عاتق الطبيب وليس على المريض سوى إثبات الضرر والعلاقة السببية لأن الالتزام هنا ثابت بنصوص القانون.

الفرع الثاني: ركن الضرر

يعتبر الضرر أساس المطالبة بالتعويض فلا يمكن لأي شخص أن يطالب بالتعويض في المسؤولية المدنية ما لم يكن قد أصابه ضرر نتيجة خطأ الغير، وفيما يلي نتناول تعريف الضرر **(أولا)** ثم صوره **(ثانيا)**.

أولا: تعريف الضرر الطبي

الضرر بصفة عامة هو مساس بحق من حقوق الإنسان أو مصلحة مشروعة له[2]، أمّا الضرر الطبي فيعرف بأنه حالة ناتجة عن فعل طبي أدى إلى المساس بجسم الشخص بالأذى، والضرر المقصود هنا ليس مجرد عدم الشفاء أو عدم نجاح العملية الجراحية، فذلك لا يكوّن في حد ذاته ركن الضرر[3].

هناك من يرى أن الضرر يجب أن يكون أساسا للتعويض وليس للمسؤولية[4] حيث أنه مع تطور المسؤولية المدنية أصبح يمكن الحكم بالتعويض على أساس الضرر فقط وتسمى المسؤولية على أساس المخاطر، إذ يعفى فيها المضرور من إثبات الخطأ في حق المسؤول.

---

(1) تنص المادة 323 من ق.م.ج: "**على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه.**"

(2) علي عصام غصن، مرجع سابق، ص142.

(3) أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص333.

(4) المرجع نفسه، ص336.

يقع عبء إثبات الضرر على عاتق المضرور، وبما أن الضرر واقعة مادية، فله أن يثبت ذلك بكل وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن.

ثانيا: صور الضرر

يقع الضرر تحت صورتين مادية ومعنوية ويمكن أن يكون نتيجة لتفويت الفرصة.

1- الضرر المادي: هو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو إخلال بمصلحة ذات قيمة مالية، ويشمل في المجال الطبي مصاريف العلاج، تكاليف التنقل إلى المستشفي، مصاريف التحاليل والأشعة، التوقف عن العمل.

2-الضرر الجسدي: و يشمل الاعتداء على الحياة وسلامة الجسم، كإزهاق الرّوح ، إحداث عاهة دائمة أو مؤقتة، أو تعطيل وظائف حاسة من الحواس، كما يشمل الضرر الجسدي جميع الآلام البدنية والنفسية التي يتعرض لها الشخص، ونظرا لخطورة هذه الأضرار تتكفل الدولة بالتعويض إذا انعدم المسؤول عنه ولم تكن للمضرور يد فيه[1].

3- الضرر المعنوي: هو الضرر الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية، ومثاله الألم والمعاناة والشعور بالعجز الناتجة عن إصابات الجسم من جروح وتلف الأعضاء، والألم الناتج عن تشوهات الوجه والأعضاء ويشمل أيضا ما يشعره الشخص من الحزن والأسى نتيجة موت شخص عزيز عليه[2].

يظهر الضرر المعنوي أيضا عند المساس بالحرية أو الشرف أو السمعة[3] وغير ذلك من الأمور التي يحرص الإنسان في حياته عليها، وهذا ما يحصل عندما يقوم

---

[1] المادة 140 مكرر من ق.م.ج.

[2] حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، ط1، دار هومة، الجزائر، 2008، ص170.

[3] المادة 182 مكرر من ق.م.ج.

الطبيب بإفشاء سر المهنة فيصاب المريض بضرر يطال سمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة[1].

يتشرط في الضرر سواء كان ماديا أو معنويا ما يلي:

1-أن يمس بمصلحة مشروعة للمضرور كالاعتداء على حياة الشخص أو سلامته البدنية أو ماله أو شرفه أو سمعته أو مركزه الاجتماعي.

2-أن يكون محققا: أي وقع فعلا أو أنه وقع في المستقبل، أما الضرر المحتمل فهو ضرر غير محقق وبالتالي لا يرتب الحق في التعويض عنه، فهو قد يحصل أو لا يحصل.

3-أن يكون الضرر مباشرا: بمعنى أن يكون الضرر ناتج مباشرة عن خطأ الطبيب، أي أنه نتيجة حتمية وضرورية للخطأ، كأن يتوفى المريض بسبب مرض معد انتقل إليه بسبب إهمال الطبيب في اتخاذ الاحتياطات الضرورية.

يتم التعويض عن الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع، وإن كان الأصل أنه في المسؤولية العقدية لا يسأل المدين إلا على أساس الضرر المتوقع[2]، أي الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العاقد، أمّا في المسؤولية التقصيرية فيسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع حيث يسأل المدين عن كل فعل ارتكبه بخطئه وسبب ضررا للغير[3].

هناك تشريعات نصت صراحة على حق المضرور في التعويض عن الضرر المعنوي، منها القانون المدني الجزائري الذي نص: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة[4]، وهناك من التشريعات التي نصت

---

[1] منير رياض حنا، مرجع سابق، ص546.

[2] المادة 182 /2 ق.م.ج.

[3] المادة 124 ق.م.ج .

[4] المادة 182 مكرر ق.م.ج. تقابلها المادة 222 من القانون المدني المصري.

على وجوب التعويض على الضرر الذي يصيب الشخص بصفة عامة ولم تميز بين الضرر المادي والمعنوي مثل القانون الفرنسي[1].

الأصل في التعويض عن الضرر المعنوي أنه شخصي مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور محققه، لكن إذا كان الضرر المعنوي هو موت شخص فإن الأقارب يكون لهم الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابهم بطريقة مباشرة، وقد حدد القانون المدني المصري الأشخاص الذين يستحقونه في هذه الحالة بالأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية[2].

3- تفويت فرصة الحياة أو الشفاء: يعتبر تفويت الفرصة من ضمن أنواع الضرر، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها هو أمر محقق يجب التعويض عنه، فالتعويض هنا لا ينصب على الفرصة في حد ذاتها لأنها أمر احتمالي وإنما يكون في تفويتها[3].

كان للقضاء الفرنسي السبق في مساءلة الطبيب أو الجراح عن تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة عن المريض، حيث نقل القضاء الفرنسي نظرية فوات الفرصة من مجال المسؤولية المدنية عامة[4] إلى مجال المسؤولية الطبية، وذلك عندما أخذ مجلس الدولة بهذه الفكرة لتقرير مسؤولية المؤسسة الصحية العامة في قراره

---

[1] Art1382 du c.civ dispose : « Tout fait quelconque de l'homme، qui cause à autrui un dommage، oblige celui par la faute duquel il est arrivé، à le réparer ».

[2] نظر المادة2/222 من القانون المدني المصري.

[3] علي عصام غصن، مرجع سابق، ص194، منير رياض حنا، مرجع سابق، ص551.

[4] اخذ القضاء الفرنسي بفكرة فوات الفرصة في المسؤولية المدنية منذ 17 جويلية 1889 عندما قرر مسؤولية المحامي بسبب حرمان موكله من ممارسة حق الطعن، قرار محكمة النقض الفرنسية في 17 /جويلية/1889 متاح على الموقع:http:// www.courdecassation.fr

الصادر بتاريخ 24 أفريل 1964[1] الذي جاء فيه أن"إهمال المؤسسة الصحية في مراقبة المريض بعد إجراء العملية ، أفقده فرصة تجنب بتر أحد رجليه".

لم تتأخر محكمة النقض الفرنسية بعد قرار مجلس الدولة السالف الذكر في الأخذ بفكرة فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية، وكانت البداية عندما أيدت الغرفة المدنية بمحكمة النقض قرارا صادرا عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 7جويلية 1964 يقضي بالتعويض على أساس فوات فرصة في الشفاء، وتتلخص وقائع الدعوى في أنه على إثر سقوط طفل يبلغ من العمر ثمانية سنوات أصيبت يده اليمنى، فشخصها الطبيب على أنها كسر في عظم العضد لم يؤدي إلى زحزحته، وعالجه وفق هذا التشخيص، بعد فترة شعر الطفل بصعوبات عند تحريك يده، فعرضه والديه على أطباء آخرين الذين شخصوا المرض على انه ليس كسرا بل مجرد خلع أصيب به كوع الطفل، فقضت محكمة استئناف باريس بمسؤولية الطبيب عن تعويض فرصة الشفاء التي أضاعها على المريض نظرا لعدم تشخيصه لمرض الطفل الشيء الذي أدى إلى إعاقته .

لمّا عرضت الدعوى على محكمة النقض أصدرت قرارا بتاريخ 14 ديسمبر 1965 أيدت فيه قرار محكمة الاستئناف حيث جاء فيه أن "خطأ الطبيب في التشخيص فوّت على المريض فرصة حقيقية في الشفاء" وحكمت بالتعويض للمريض على هذا الأساس[2]. توالت الأحكام القضائية بعد ذلك في الأخذ بفكرة تفويت الفرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على كل الأخطاء الطبية سواء في التشخيص أو العلاج أو التخدير أو الرقابة.

فكرة فوات الفرصة تلعب دورا مهما في حماية حق المريض في التعويض عما أصابه من ضرر عندما لا يستطيع إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر، خاصة

(1) CE، 24-avril-1964، Hôpital-Hospice de Voiron، François VIALLA ، op.cit،p632.
(2) Cass، 1erCiv.14 décembre، 1965. Disponible sur le site :https://www.courdecassation.fr.

مع تعقد جسم الإنسان وعدم وضوح المضاعفات التي قد تحدث إذا تطور المرض، لذا ينبغي على القاضي للاعتداد بفوات فرصة البقاء على قيد الحياة أو الشفاء أن يتيقن من تحقق الفرصة وتوافرها للمريض عند التدخل الطبي، وأن حرمان المريض منها كان بالسبب الذي ارتكبه الطبيب أو الجراح.

يكون التعويض على فوات الفرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة وليس عن الضرر الذي أصاب المريض، لأننا لسنا متأكدين من عدم حدوث الضرر لو لم يحدث الخطأ وإنما فقدان الفرصة في تجنبه هو الذي يعوّض لأنه أكيد.[1] لذا فهي لا تمنح سوى الحق في التعويض الجزئي[2].

أخذت محكمة النقض المصرية بمبدأ فوات الفرصة في العديد من قراراتها، نذكر على سبيل المثال قرار صادر بتاريخ 1983/4/28[3]، جاء فيه: "أن مناط التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن تفويت الفرصة، أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل في الإفادة منها ما يبرره"، كذلك جاء في قرار لها بتاريخ 18 يناير 1989[4]: "يتحمل الطبيب والمولدة كامل التعويضات عندما فوت ازدياد الطفل سليما من العواقب التي بقي يعاني منها بسبب ما قامت به المولّدة أثناء ساعة الولادة، وذلك استنادا على أنّ غياب الطبيب كان له علاقة مباشرة في فقدان الحظ في الازدياد سليما."

لم نعثر على حكم أو قرار قضى فيه القاضي الجزائري بالتعويض عن تفويت الفرصة على المريض، إذ غالبا ما يبحث القاضي الجزائري عن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر للحكم بالتعويض، أو يقضي بالتعويض على أساس المسؤولية بدون

---

(1) Cass، 1er civ، 14 décembre 1965، op.cit.

(2) Ibid.

(3) قرار محكمة النقض المصرية ،الغرفة المدنية، بتاريخ 28 أفريل 1983، متاح على الموقع:
cc.gov.eg،Ahkam-Nakd-Madaniy-Hay

(4) قرار محكمة النقض المصرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 18 يناير 1989، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 67، نوفمبر -ديسمبر، مجلس هيئة المحامين، الدار البيضاء 1993، ص 2010، ومتاح على نفس الموقع.

خطأ المنصوص عليها في القانون المدني، حيث تتحمل الدولة تعويض الضرر الجسماني الذي يصيب المريض إذا لم يكن لهذا الأخير يد فيه وانعدام المسؤول عن الضرر[1]. يرى بعض الفقه أنّه يمكن للقاضي أن يقضي بالتعويض على فوات الفرصة، متى كانت حقيقة وجدية في الحالات التي يتعذر فيها على المريض إثبات العلاقة السببية، ويختص بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة المحكمة العليا[2].

باستقراء الاجتهادات القضائية يتضح لنا بجلاء تشدد المحاكم في نطاق المسؤولية الطبية لصالح المرضى وذلك نتيجة ما أحرزته العلوم الطبية في مختلف المجالات، حيث أصبح القضاء في الأحوال التي لا تثبت فيها علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب المريض، يحكم بالتعويض الجزئي اعتمادا على أن الخطأ الطبي قد فوت على المريض فرصة الشفاء أو الحياة.

حددت بعض القوانين مجموعة من الأضرار التي تصيب المريض ولكن لا يتحملها الطبيب لانعدام الخطأ، وإنما يتم تعويضها على أساس التضامن الوطني، وتتمثل في الأضرار الجسمانية التي تصيب المريض وينعدم فيها المسئول المدني التي نص عليها القانون المدني الجزائري[3]، و الحوادث الطبية الناجمة عن أعمال الوقاية والتشخيص والعلاج، التي قرر القانون الفرنسي أن يتم التعويض عنها باسم التضامن الوطني[4]، وأنشأ لذلك المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية(L'ONIAM)

---

[1] تنص المادة 140 مكرر من ق.م.ج: "**إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر**".

[2] نذكر منهم احمد حسن الحياري، مرجع سابق، ص137.

[3] تنص المادة 140 مكرر ق.م.ج:"**إذا انعدم المسئول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر**".

- [4] Loi n^{0}2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, portant modification de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, Jorf du31 décembre 2002, disponible sur le site : http://www.legifrance.gouv.fr.

المرتبط بوزارة الصحة[1]، حيث يتم تعويض المرضى وفقا لشروط محددة كالسببية، النتائج غير الغادية على صحة المريض، وشرط الجسامة[2].

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

قد ينشأ الضرر من أكثر من سبب مما يستوجب تحديد أي الأسباب أدى إلى حدوثه **(أولا)**، كما يجب إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر حتى تقوم المسؤولية **(ثانيا)**، وهناك حالات تنتفي فيها العلاقة السببية فلا تقوم المسؤولية **(ثالثا)**.

أولا: نظريات تحديد العلاقة السببية

ظهرت عدة نظريات فقهية في قيام المسؤولية في حالة تعدد الأسباب، وأهم هذه النظريات: نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج أو الفعال.

1- نظرية تعادل الأسباب: تعتبر هذه النظرية أن جميع الأسباب التي تداخلت في إحداث الضرر تعتبر متكافئة، والتعويض عن الضرر اللاحق بالمريض يشمل كل الأشخاص الذين ساهم خطأ كل واحد منهم في إلحاق الضرر بالمريض.

وجهت إلى هذه النظرية انتقادات كثيرة، أهمها أنها لا تقيم أي تفرقة بين الأسباب التي تداخلت في الضرر، وأنها تساوي بين مناسبة حصول النتيجة والسبب المؤدى إليها، وأنها تتوسع في علاقة السببية، إذ يتحمل العمل الإنساني الأول نتائج الأعمال الإنسانية الأخرى الأشد جسامة منه[3].

2- نظرية السبب المنتج أو الفعال: مقتضى هذه النظرية أنه إذا كان هناك عدة أسباب أحدثت الضرر فإنه يجب التركيز على السبب المنتج أو الفعال، أي يجب

- [1] Art 1142-22 du c.s.p.
- [2] Voir DUVAL-ARNOULD Domitille, op,cit, p19.

[3] منير رياض حنا، مرجع سابق، ص604.

التمييز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة وبالتالي استبعاد الأسباب الثانوية والتركيز على السبب الفعال أو المنتج أي السبب الأكثر إسهاما في تحققها[1].

وقد وجدت هذه النظرية انحياز كثير لدى الفقه والقضاء في فرنسا وذلك في مجال مسؤولية الأطباء والجراحين، أمّا القضاء الجزائري فهو مرة يأخذ بنظرية تعادل الأسباب ومرة أخرى يأخذ بنظرية السبب المنتج أو الفعال.

ويرى بعض الفقهاء[2] أن ترجح نظرية تعادل الأسباب في المجال الطبي لأنها تأخذ في الاعتبار كل الأسباب التي أحدثت الضرر وبالتالي فإن تطبيقها سيؤدي إلى مساءلة الطبيب حتى لو ساهمت أسباب أخرى مع خطئه في إحداث الضرر الذي لحق بالمريض، وهذا يجعل الطبيب أكثر حرصا وحيطة في ممارسة عمله وعدم تعريضه صحة المريض للخطر.

أما نحن فنرجح الأخذ بنظرية السبب المنتج لأنها الأكثر تحقيقا للعدالة فليس من العدل أن يتحمل الطبيب المسؤولية رغم أن الخطأ الذي ارتكبه لم يكن هو السبب الرئيسي في إحداث الضرر الذي لحق بالمريض، وإنما يجب تحديد مرتكبي الخطأ الذي أفضى إلى الضرر، وذلك حتى يمارس الأطباء مهنتهم بحماس دون تردد أو خوف من تحمل المسؤولية.

ثانيا: إثبات علاقة السببية

وفقا للقواعد العامة، فإنه يقع على المريض أو المضرور عبء إثبات العلاقة السببية أي أن يقيم الدليل على أن الضرر الذي لحق به كان بسبب خطأ الطبيب، لكن نظرا لصعوبة إثبات العلاقة السببية خاصة في الأعمال الطبية التي محلها جسم الإنسان، وما يعرفه هذا الأخير من تعقيدات ومضاعفات وتطور للمرض يتعذر على

---

[1] أحمد حسن الحياري، مرجع سابق، ص137 .

[2] رايس محمد، مرجع سابق، ص308.

المريض إثبات العلاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي أصابه من أجل التخفيف على المريض وحتى لا يضيع حق المريض في التعويض، لجأ القضاء إلى الاستعانة بفكرة فوات الفرصة كما أشرنا سابقا، بحيث يكون على القاضي أن يقدر فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة في مقابل الخطأ الذي حصل ومن ثم يقضي بالتعويض الجزئي المناسب، وله أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة من الأطباء، وهذا خروجا عن القواعد التقليدية في المسؤولية الطبية التي توجب إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية[1].

يترتب عن تطبيق فكرة فوات الفرصة إعفاء المريض من إثبات العلاقة السببية، وإنما يكتفي بإثبات الخطأ والضرر فحسب، وعلى الطبيب إذا أراد أن ينفي العلاقة السببية أن يثبت أن الضرر الذي أصاب المريض أو ذويه، كان نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه ولا يستطيع دفعه، ويتعين على القاضي عند الأخذ بتفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة أن يتأكد من تحقق الفرصة وتوافرها للمريض عند التدخل الطبي، وأنّ حرمان المريض منها كان بالسبب الذي ارتكبه الطبيب[2].

هذا التوجه للقضاء هو نتيجة عدم كفاية القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية لحماية المرضى في مواجهة التطورات العلمية المعاصرة والتطور الهائل في وسائل التشخيص والعلاج، وبما أن القاضي لا يستطيع تعديل القواعد القانونية التي تراعي جانب الأطباء، فقد لجأ إلى تطويعها لكي يجد وسيلة تخفف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض، خاصة في ظل القول بأن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية في حين أن الواقع ونتائج التطور الطبي تقتضي وجود التزامات بتحقيق نتيجة على عاتق الطبيب.

---

[1] رايس محمد، مرجع سابق، ص 278.

[2] DUVAL-ARNOULD Domitille, op.cit, p14.

ثالثا: نفي العلاقة السببية

جاء في المادة 127 ق.م.ج: "**إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك**". نجد نفس النص تقريبا في القانون المدني المصري"[1]، والقانون المدني الفرنسي[2]، حيث تم النص على حالات يعفى فيها الطبيب من المسؤولية نظرا لانتفاء رابطة السببية، تتمثل هذه الحالات فيما يلي:

1- الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة: لا يفرق غالبية الفقهاء بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، وتعرف هذه الأخيرة بأنها حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه، يؤدي مباشرة إلى حدوث الضرر[3].

لكي يعتبر الحادث قوة قاهرة لابد أن يتوافر شرطان هما عدم إمكان توقعها واستحالة دفعها، وعليه فإن القوة القاهرة يمكن أن تكون حربا، أو كارثة طبيعية كالزلزال والفيضانات والثلوج أو حريقا بشرط أن يتوافر فيها عدم التوقع واستحالة الدفع.

2- حالة الضرورة: تقاس حالة الضرورة على حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وقد نص المشرع الجزائري على الضرورة في المادة 130 ق.م التي تنص: "**من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا**"، وعليه لكي تتحقق حالة الضرورة لابد أن يكون

---

(1) المادة 165 مدني مصري: "**إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير فإنه يكون غير ملزم بتعويض الضرر**".

(2) Art 1148 du c.civ dispose : « Il n'ya lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque، par suite d'une force majeur ou d'un cas fortuit، le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé، ou a fait ce qui lui était interdit ».

(3) أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص502.

الضرر الذي أصاب المريض أو المضرور لدفع خطر جسيم كان يهدده هو نفسه أو غيره ولم يكن بمقدور الطبيب مواجهته.

تظهر حالة الضرورة في المجال الطبي بصورة واضحة في حالات الاستعجال حيث تستدعي حالة المريض تدخلا سريعا لإنقاذ حياته مع عدم إمكانية الحصول على موافقته أو موافقة ممثله القانوني، في هذه الحالة يمكن للطبيب أن يجري التدخل العلاجي دون الحصول على موافقة أي منهما.

3- خطأ المريض: قد يؤثر خطأ المريض على مسؤولية الطبيب فيترتب عليه إنقاص مقدار التعويض أو عدم الحكم له بالتعويض أصلا إذا استغرق خطؤه خطأ الطبيب، ويشترط في خطأ المريض ليكون سببا لإعفاء الطبيب من المسؤولية ما يلي:

- أن يكون الفعل الذي قام به المريض هو الذي سبب الضرر.
- أن يكون فعل المريض لا يمكن توقعه أو دفعه من قبل الطبيب.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل لفظ خطأ المضرور وليس عمل المضرور أي أن يكون المضرور قد ارتكب خطأ أدى إلى وقوع الضرر.

ويرى بعض الفقه أنه يجب التفرقة بين فرضين الأول إذا استجمع فعل المضرور خصائص القوة القاهرة، فإنه يقطع العلاقة السببية ويعفي الطبيب من المسؤولية تماما، أما إذا لم يستجمع خصائص القوة القاهرة واقتصر دوره على مجرد المساهمة في وقوع الضرر فإن الإعفاء من المسؤولية يكون جزئيا[1].

3- خطأ الغير: المقصود بالغير هنا هو ذلك الشخص أو الأشخاص الذين لا يكون الطبيب مسؤولا عنهم، فإن كان الخطأ ممن هم تحت مراقبته أو تابعين له، كالمساعدين وأعضاء الفريق الطبي، فلا يكون لأخطائهم أثر في انتفاء

[1] ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص142.

مسؤولية الطبيب تجاه المريض، أما إذا ثبت أن خطأ الغير هو الذي أدى إلى الضرر ولو كان هذا الغير "مجهولا" فإنه تقطع علاقة السببية ولا يسأل الطبيب[1].

إذا ما توافرت أركان المسؤولية على النحو السالف ذكره يكون للمريض حق المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، إمّا عن طريق القضاء، أو بطريقة ودية وذلك باللجوء إلى صناديق التعويضات وشركات التأمين، كما سيتم بيانه.

المطلب الثاني

أحكام التعويض عن الضرر الطبي

إذا كانت النصوص القانونية قد منحت للمتضرر من الأعمال الطبية الحق في التعويض، فإن دراسة أحكام التعويض بدقة يستلزم منا التطرق إلى تحديد المقصود به وصوره **(فرع الأول)**، ثم وكيفية تقديره **(الفرع الثاني)**، ولتجنب إعسار الطبيب تم إلزامه بالتأمين على المسؤولية المدنية **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول: المقصود بالتعويض وصوره

لم تتضمن النصوص القانونية المنظمة للمسؤولية المدنية تعريفا دقيقا للتعويض **(أولا)** وإن كانت القوانين الوطنية قد بينت بعض صوره **(ثانيا)**.

أولا: المقصود بالتعويض

لم يعرّف المشرع التعويض لأنه واضح ولا يحتاج إلى زيادة في الإيضاح فهو "ما يُلزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر، أي هو جزاء

[1] محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2005، ص150.

المسؤولية"[1]. في هذا المعنى ذهب المشرع الجزائري، حين نص:"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض[2]. التعويض إذن هو الوسيلة لجبر الضرر، فالمسؤولية يمكن أن تقوم بدون إثبات الخطأ و لكنها لا تقوم إلّا بالضرر.

ورغم أن التعويض يقوم على أساس الضرر الذي هو ركن من أركان المسؤولية المدنية، إلا أنه لا يتأثر بأساسها ولا بطبيعتها، فالتعويض ومداه يخضع لنظام واحد، وهو التعويض الكامل للمضرور عما لحقه من ضرر[3].

يخضع التعويض عن الأخطاء الطبية للقواعد العامة للتعويض في المسؤولية المدنية، لكن تطور قواعد المسؤولية الطبية، وبالأخص في الحالات التي لا تقوم فيها على أساس الخطأ[4]، أدى أيضا إلى ظهور قواعد جديدة تخص التعويض،كأن يكون التعويض على أساس التضامن الاجتماعي ومن طرف هيئات خاصة تقوم بتعويض المرضى دون اللجوء إلى القضاء[5].

ثانيا: صور التعويض

القاعدة العامة للتعويض في المسؤولية المدنية أنه يكون في المسؤولية العقدية عينيا كأصل عام ويكون نقدا إذا استحال التنفيذ العيني على المدين[6]، أما في

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص1090.

(2) المادة 124 من ق.م.ج. وتقابلها المادة 163 مدني مصري، والمادة 1240 مدني فرنسي.

(3) أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص527.

(4) لقمان فاروق حسن ناته كه لي، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص233.

(5) Voir l'article l1142-1 du c.s.p.

(6) المادة 164 والمادة 176 ق.م.ج.

المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض نقدا كأصل عام ويمكن للقاضي أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه تبعا للظروف وبطلب من المضرور[1].

1- التعويض العيني: يعتبر التعويض العيني أفضل طريقة لجبر الضرر حيث يجبر المدين على تنفيذ التزام، فان تعذر ذلك يتلقى المدين تعويضا عينيا، أي انه لا يحصل على الشيء الذي التزم به المدين لكنه يتلقى بدلا عنه شيئا آخر بديلا عنه[2].

يعتبر التعويض العيني نادرا في المسؤولية الطبية لكون الأضرار فيها تمس بجسم الإنسان وصحته وحياته، لكن يمكن تصوره في بعض الحالات كأن يلتزم طبيب متخصص بإجراء عملية جراحية لمريض ثم يماطل في إجرائها، هنا يمكن للقاضي أن يلزم الطبيب بإجرائها. يمكن تصور التعويض العيني أيضا في حالة أن طبيب تجميل أجرى لمريض عملية تجميل، فارتكب خطأ نجم عنه تشوهات في جسم المريض هنا يمكن أيضا للقاضي أن يلزم الطبيب بإعادة إجراء العملية وإزالة التشوهات على نفقاته الخاصة.

1- التعويض النقدي: غالبا ما يكون التعويض في المسؤولية الطبية نقدا ويتم تقديمه حسب السلطة التقديرية للقاضي وتبعا لظروف المضرور، إما دفعة واحدة أو مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا إذا كان الضرر مستمرا، ويجوز في الحالتين الأخيرتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا[3].

الفرع الثاني: تقدير التعويض

يختلف تقدير التعويض في الضرر المادي **(أولا)** عنه في الضرر المعنوي **(ثانيا)**.

---

[1] المادة 171 ق.م.ج.

[2] المادة 164 والمادة 176 ق.م.ج.

[3] المادة 132 ق.م.ج. وتقابلها المادة 171 مدني مصري.

أولا: التعويض عن الضرر المادي

يمكن أن يتم تقدير التعويض في المسؤولية العقدية بالاتفاق على مقداره مسبقا في العقد أو في اتفاق لاحق قبل الإخلال بالالتزام[1]، كما يمكن أن يتولى نص قانوني تحديد مبلغ التعويض مثل ما هو موجود في قوانين العمل فيما يتعلق بالتعويض عن حوادث العمل والإصابات المهنية[2]، إذا لم يحدد التعويض بالاتفاق أو بنص قانوني، يقوم القاضي بتقديره حسب سلطته التقديرية وقد حدد له المشرع العناصر التي يجب أن يضعها في اعتباره عند تقدير التعويض، ويمكنه الاستعانة في ذلك بخبير[3].

لا يمكن تصور اتفاق بين المريض والطبيب على مقدار التعويض في حالة وقوع خطأ طبي، لأن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا لاتفاق مالي. بالرجوع إلى القانون المدني وقانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب لا نجد أي نص يحدد التعويض عن الأخطاء الطبية وعليه فإنّ القاضي هو الذي يحدد مقدار التعويض عن الضرر الطبي ويستعين بذلك بخبير فيما يتعلق بالمسائل الفنية مثل تحديد خطأ الطبيب، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، مدى تطبيق الطبيب للأصول المتفق عليها في الطب، الضرر الذي أصاب المريض، ونسبة العجز الكلي أو الدائم وغيرها من المسائل التي لا يكون القاضي متخصصا فيها.

يشتمل التعويض عن الضرر المادي ما لحق المريض من خسارة وما فاته من كسب[4]، تتمثل الخسارة التي تلحق المريض في النفقات الطبية والعلاجية، ونفقات الإقامة في المستشفى، والغذاء والمصاريف الإدارية، ويثبت ذلك بواسطة التقارير

---

(1) المادة 183 ق.م.ج.

(2) قانون رقم83-13، مؤرخ في20 جويلية 1983، يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج .ر.ج.ج عدد28 صادر في5 جويلية 1983.

(3) انظر المواد من182 إلى187 ق.م.ج. تقابلها المواد من 164 الى178 مدني مصري.

(4) المادة 182 ق.م.ج.

الطبية والمستندات من الجهات المختصة، وفي حالة الوفاة تضاف مصاريف الجنازة وتجهيزات الدفن، أما الكسب الفائت فيتمثل في تأثير الإصابة على النشاط المهني والوظيفي للمريض وبالتالي عدم قدرته على الكسب سواء كانت الإصابة قد أدت إلى عجز مؤقت أو إلى عجز دائم.

يتم التعويض عن الضرر بقيمته وقت الحكم، وليس بقيمته وقت وقوع الضرر ويراعى في تقديره الظروف الملابسة للمضرور كحالته الجسمية والصحية وظروفه العائلية والمهنية وحالته المالية ويراعى فيه كذلك ارتفاع أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها[1].

ثانيا: تقدير التعويض عن الضرر المعنوي

تردد الفقه لمدة طويلة فيما يخص التعويض عن الضرر المعنوي فهناك من يرى[2] عدم ملائمة ذلك، باعتبار أن الغاية من التعويض هي جبر الضرر وهو أمر صعب بالنسبة للضرر المعنوي، حيث لا يوجد أساس منضبط لتقديره، فدفع مبلغ من النقود للمضرور في هذه الحالة لا يمحو الضرر المعنوي ولا يعيد المضرور إلى المركز القانوني الذي كان عليه قبل وقوع الضرر، بينما يرى البعض الآخر[3] ضرورة التعويض عن الضرر المعنوي، لأنه حتى وإن لم يكن بالإمكان محو هذا الأخير وإزالته من الوجود، فإنه على الأقل يجبر بخاطر المضرور ويتم ترضيته. وضع المشرع الجزائري حدا للخلاف الفقهي عندما نص على التعويض عن الضرر المعنوي في المادة 182 مكرر التي جاءت كالآتي: "**يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**".

---

[1] منهم محمد حسنين منصور، مرجع سابق، ص195.

[2] عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005م، ص580.

[3] منهم أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص401.

نظرا للطابع الشخصي للحق في التعويض عن الضرر المعنوي، فإنه لا يصبح حقا ماليا ولا يدخل الذمة المالية للمضرور، وإذا توفي المضرور قبل أن يطالب بهذا الحق فإنه ينقضي ويمنع انتقاله إلى الورثة[1]. إذا ما توفي المريض نتيجة خطأ طبي، فإنه يجوز التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب الأقارب وورثة المتوفى نتيجة الألم والحزن على وفاته ويستفيد منه حسب القانون المصري[2] الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية، دون غيرهم من الأقارب.

الفرع الثالث: التأمين من المسؤولية المدنية الطبية

التأمين من المسؤولية الطبية يكون بإبرام عق التأمين **(أولا)**، وهو صورة من صور التأمين من المسؤولية المدنية **(ثانيا)**، الذي له أحكاما خاصة ويرتب آثارا بين المؤمن والمؤمن له والمستفيد **(ثالثا)**، وقد أدى التطور الطبي إلى ظهور نوع جديد من التأمين وهو التأمين المباشر للمرضى**(رابعا)**.

أولا: تعريف عقد التأمين

لا يختلف عقد التأمين من المسؤولية الطبية عن أنواع التأمين الأخرى، في طريقة توزيع العبء المالي الذي يقع على الذمة المالية للمؤمّن له، وتغطية نتائج مسؤوليته في جميع مراحل العمل الطبي سواء في مرحلة التشخيص أو العلاج أو الرعاية اللازمة بعد العلاج.

التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عوض مالي آخر

---

[1] أحمد حسن الحياري، مرجع سابق، ص175.

[2] المادة 222 من القانون المدني المصري.

في حالة وقوع الحادث أو تحقق خطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له[1].

يستفاد من هذا التعريف أنّ هناك ثلاثة عناصر للتأمين وهي:

1- الخطر المؤمن منه: يعتبر الخطر أهم عناصر عقد التأمين لأنه محل التزام المؤمّن والمؤمن له، وعلى أساسه يقاس قسط التأمين ومبلغ التأمين، ويشترط فيه ألاّ يكون قد تحقق فعلا وقت إبرام عقد التأمين، ويجب ألا يكون معلقا على إرادة أحد الطرفين، كما يجب ألا يخالف الخطر المؤمن منه النظام العام والآداب العامة[2].

تكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من دون وقوع خطر معين[3]، ويقع باطلا كل شرط يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلاّ إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية[4].

2- قسط التأمين: هو المقابل المالي الذي يدفعه المؤمّن له للمؤّمن (شركة التأمين) لتغطية الخطر المؤمن منه، ويحسب على أساس الخطر ويتغير بتغيره زيادة أو نقصان.

3- مبلغ التأمين: هو مبلغ من المال يدفعه المؤمّن (شركة التأمين) إلى المؤمّن له أو المستفيد في حالة تحقق الخطر المؤمن منه وهو مقابل قسط التأمين.

عقد التأمين عقد رضائي يشترط لصحته ما يشترط في صحة العقود المدنية بصفة عامة، وينتهي بانتهاء المدة المحددة فيه، أو لأسباب أخرى مثل الفسخ.

---

(1) المادة 619 ق.م.ج، وتقابلها المادة 747 قانون مدني مصري.

(2) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص1142.

(3) المادة 621 ق.م.ج.

(4) المادة 622 ق.م.ج.

ثانيا: التأمين من المسؤولية المدنية

التأمين من المسؤولية المدنية عقد يهدف إلى ضمان المؤمّن له من الأضرار التي تلحق به من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية[1]، وهو لا يختلف في طبيعته عن سائر عقود التأمين فهو تأمين من الأضرار وتأمين لدين في ذمة المؤمن له، لذلك فهو لا يقتصر على وضع المؤمن تجاه المؤمن له، بل يضع إلى جانبهما شخص ثالث هو المضرور الذي يستطيع أن يحصل على حقه كاملا من المؤمّن، في حالة عدم قيام المؤمّن له بذلك.

باعتبار عقد التأمين من المسؤولية يهدف إلى ضمان حصول المضرور على حقه كاملا، فإن أغلب التشريعات نصت على جعل بعض صوره إلزامية، وأقامت حقا مباشرا للمضرور في مواجهة المؤمّن، من أهم هذه الصورة الإلزامية نذكر: التأمين من المسؤولية الحديثة في إصابات العمل، والتأمين من المسؤولية الناشئة عن حوادث المرور، وكذلك التأمين من مسؤولية المحامي، ومن مسؤولية الطبيب،ومن مسؤولية بنوك الدم.

يتميز عقد التأمين من المسؤولية المدنية بالخصائص والأركان العامة لعقد التأمين، كما له بعض السمات الخاصة من حيث كونه إلزامي، ويتضمن اشتراط لمصلحة الغير ولا يستفيد من الضمان إلا الغير وهو المضرور.

لكي يضمن المؤمّن مسؤولية المؤمَّن له يجب توافر شروط وهي:

1. وجود عقد من عقود التأمين على المسؤولية.
2. تحقق مسؤولية المؤمن له.

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص1641.

3. مطالبة المضرور بالتعويض ودّيا أو قضائيا (هذه المطالبة هي الخطر المؤمن منه).

إذا توافرت هذه الشروط فإن التأمين من المسؤولية يغطي كل أنواع المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية وسواء كانت مهنية أو شيئية[1]. وهذا يدل على أن عقد التأمين من المسؤولية يهدف إلى ضمان حقوق المضرور، خاصة وأن بعض التشريعات التي نصت على التأمين الإلزامي من المسؤولية، أعطت للمضرور الحق في الرجوع على المؤمّن، ليتقاض بموجبه التعويض المستحق له كاملا، إذا ما تعذر عليه الحصول على التعويض من المؤمن له كل أو جزءا لأي سبب كان.

ازدادت أهمية التأمين من المسؤولية المدنية، مع التقدم العلمي والتكنولوجي في مجالات الحياة وتطور قواعد المسؤولية ومن أهم صور التأمين من المسؤولية المدنية التأمين من المسؤولية الطبية.

ثالثا: أحكام عقد التأمين من المسؤولية الطبية

أدى التطور الذي عرفته المسؤولية الطبية إلى وضع طرق جديدة ليحصل المريض على التعويض منها التأمين من المسؤولية الطبية الذي جعلته بعض التشريعات إلزاميا في مجال الصحة.

عالج المشرع الفرنسي موضوع المسؤولية الطبية في سلسلة من القوانين ، أُدمجت في قانون الصحة العامة، يعتبر قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي[2] من التشريعات السباقة في وضع نظام كامل للمسؤولية الطبية، من خلال التركيز على حقوق المرضى بما يتماشى والتطورات الطبية، واعتبار التأمين من

---

[1] بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010، ص157.

[2] Loi n^{0}2002-303، du 4 mars 2002، relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé، op.cit.

المسؤولية الطبية شرطا إلزاميا لممارسة المهنة بالنسبة لجميع العاملين في مجال الصحة، وإنشاء المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية.

حرص قانون الصحة العامة الفرنسي على تحقيق التوازن بين حماية مصلحة المهنيين في مجال الصحة وحقوق المرض، فأقام المسؤولية الطبية على أساس الخطأ حماية للمهنيين، وبالمقابل جعل التأمين إلزاميا على كل الممارسين في مجال الصحة، كما أقام نظاما للتعويض عن المخاطر الطبية باسم التضامن الوطنين، هذا ما نصت عليه المادة 1142-2 من هذا القانون، والتي نصت أيضا على عقوبات تأديبية لمن لا يحترم هذه الالتزامات[1].

بالإضافة إلى العقوبات الإدارية المنصوص عليها في المادة 1142-2 السالفة الذكر،هناك عقوبات جزائية تتمثل في غرامة تقدر بخمسة وأربعين ألف يورو مع المنع من ممارسة المهنة كعقوبة تكميلية للأشخاص الطبيعية[2]، ويمكن أن يتحمل الممارس لمهنة صحية التعويض عن جميع الضرار، إذا لم يكن مكتتبا في هذا التأمين، مما قد يكلفه كل أمواله.

(2)،Art 1142-2 du c.s.p. dispose : « Les professionnels de santé exerçant à titre libéral، les établissements de santé، et organismes mentionnés à l'article l1142-1،et toute autre personne morale، autre que l'Etat، exerçant des activités de prévention، de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs، exploitants et fournisseur de produits finis، mentionnés à l'article5311-1 à l'exclusion du 5، sous réserve des dispositions de l'article l122-9 et des11 ،14et 15 ،utilisés à l'occasion de ces activités، sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne، survenant dans le cadre de l'ensemble de cet activité …

En cas de manquement à l'obligation d'assurance prévu au présent article، l'instance disciplinaire compétente peut prononcer des sanctions disciplinaires ».

(2) Art 1142-25 du c.s.p .

أخذ التشريع الجزائري بإلزامية التأمين من المسؤولية الطبية في المادة167 من قانون التأمينات[1] التي جاءت كما يلي: "يجب على كل المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص، أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"، والمادة 169 من نفس القانون التي نصت على أن "المؤسسات التي تقوم بنقل الدم البشري و -أو تعديله بغرض العلاج يجب عليها الاكتتاب في تأمين على النتائج الضارة التي يمكن تنتج للمتبرعين أو المستقبلين للدم".

يستفاد من هذين النصين أنّ الأشخاص المُلزمين بالتأمين هم:

- المؤسسات الصحية المدنية (مستشفيات، قطاع صحي، عيادات خاصة)؛
- أعضاء الجهاز الطبي الممارسين بصفة حرة (أطباء، جراحون، أطباء تخدير، جراحو الأسنان)؛
- أعضاء الشبه الطبي الممارسين بصفة حرة (ممرضين، مساعدين)؛

أعضاء الجهاز الصيدلاني الممارسين بصفة حرة(صيدليين، مخابر التحاليل)؛

- مؤسسات نقل الدم أو/و تغييره (مخابر التحاليل، بنك الدم).

يترتب على مخالفة الالتزام بالتأمين من المسؤولية عقوبة جزائية تتمثل في غرامة من خمسة (5000) آلاف إلى مائة ألف (100000) دينار جزائري[2]، دون الإخلال بإلزامية التأمين، وهذه الأخيرة لا تهدف إلى العقاب، وإنما هدفها الوحيد هو حصول

---

[1] أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 يناير1995 يتعلق بالتأمينات، ج رج ج عدد 13، صادر في 08 مارس 1995، معدل ومتمم بالقانون رقم06-04، مؤرخ في20 فبراير 2006، ج ر.ج .ج عدد 15، صادر في 12 مارس 2006.

[2] المادة 184 من أمر 95-07 المتعلق بالتأمينات.

المريض على تعويض الضرر الذي لحقه، فهو يغطي الالتزامات المالية المترتبة عن المسؤولية المدنية للمؤمّن له كلما قامت هذه الأخيرة.

على عكس المشرع الفرنسي الذي نظم التامين من المسؤولية الطبية بأحكام خاصة تراعي خصوصية المجال الطبي، فإن المشرع الجزائري أخضعه للقواعد العامة للتأمين من المسؤولية المدنية مما يثير صعوبات كثيرة بالنسبة للأطباء عند الاكتتاب في التأمين، خاصة مع ارتفاع نسبة الحوادث الطبية.

يرتب عقد التأمين من المسؤولية الطبية مجموعة من الالتزامات على كل من المؤمن والمؤمن له والمضرور.

1- التزامات المؤمَّن له (الطبيب أو المستشفى): تتمثل أهم التزامات المؤمَّن له في وجوب التصريح بجميع المعلومات الجوهرية المتعلقة بمهنته الطبية، كما يلتزم بإبلاغ المؤمّن بجميع الظروف المستجدة أثناء سريان عقد التأمين والتي من شأنها أن تؤدي إلى قيام المسؤولية ومطالبة الغير بالتعويض[1].

كذلك يلتزم بتسديد قسط التأمين فور إبرام العقد أو في المواعيد المتفق عليها، وبأن يخبر المؤمّن فورا بأية دعوى مدنية أو جنائية أقيمت ضده، وبأية مطالبة بالتعويض حتى لو كانت بصفة ودية، وأن يمتنع عن الغش في مطالبة المؤمن بمبلغ التأمين سواء تعلق الأمر بالواقعة المنشئة للمسؤولية أو بمقدار مبلغ التعويض[2].

2- التزامات المؤمّن (شركة التأمين): القاعدة العامة في التأمين من المسؤولية بشكل عام هي أنّ التزام المؤمّن بالتعويض للمؤمَّن له لا ينتج أثره إلاّ إذا قام المضرور بمطالبة المؤمَّن له بالتعويض، غير أن المؤمّن يبقى مسؤولا عن تعويض المؤمَّن له حتى لو حصلت المطالبة بعد انقضاء العقد، طالما أن الفعل الضار الذي لحق

---

[1] المادة 15 من نفس الأمر.

[2] المادة 15 من الأمر رقم 95-15 المتعلق بالتأمينات.

المريض كان أثناء سريان العقد، وهذا ما جرى اعتماده في تقرير المسؤولية المهنية بجميع أنواعها.

يضمن المؤمّن في المسؤولية المدنية للطبيب نتيجة الضرر الذي وقع على المريض سواء في مرحلة التشخيص أو العلاج أو الرعاية اللاحقة للعلاج أو خلال العمليات الجراحية أو أثناء التخدير، كما يشمل التأمين أيضا ما سببه الطبيب من أضرار نتيجة فعل الآلات والمعدات في المستشفى إذا ما استعملها للعلاج أو التشخيص، كذلك يشمل الأضرار التي يسببها المتدربون أو مساعدو الطبيب في العمل الطبي[1].

3- علاقة المؤمّن بالمضرور أو المريض: المضرور (المريض) ليس طرفا في عقد التأمين وبالتالي ليس له أن يرفع دعوى مباشرة على المؤمّن (شركة التأمين) للحصول على التعويض، لكن له أن يرجع عليه بالدعوى غير المباشرة وفي هذه الحالة يتعرض لمزاحمة الدائنين الآخرين.

أعطت التشريعات التي أخذت بالتأمين الإلزامي من المسؤولية الطبية[2] للمضرور الحق في الرجوع على المؤمن مباشرة للمطالبة بالتعويض في الأضرار التي لحقت به، وذلك بموجب قوانين خاصة تعطى للمضرور الحق في إدخال الضامن (شركة التأمين) في دعوى المسؤولية[3] حيث تعوض له الأضرار والخسائر في حدود التلف الحاصل[4].

قد يتدخل المشرع بغرض التأمين الإجباري في المسؤولية الطبية، وبالتالي يتحول التأمين من علاقة عقدية بين طرفين إلى علاقة تنظيمية محددة بنصوص قانونية،

---

[1] المواد من 56 إلى59 من نفس الأمر.

[2] مثل القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الجزائري، مشار إليهما سابقا.

[3] أحمد حسن الحياري، مرجع سابق، ص186.

[4] المادة 174 من الأمر رقم95-07 المتعلق بالتأمينات.

وذلك نظرا لكثرة الأضرار التي تصيب عدد كبير من المرضى، خاصة مع تطور الأجهزة الطبية الحديثة، مما أدى إلى كثرة الأخطاء الطبية.

تزايد دعاوى المسؤولية ضد الأطباء زعزع الثقة بين المرضى والأطباء من جهة والأطباء وشركات التأمين من جهة أخرى، مما جعل المشرع الفرنسي يضع سقفا لمبلغ التعويض في بعض الحالات، كما جعل التعويض على أساس التضامن الاجتماعي في حالات أخرى[1].

نستنتج أن التامين الإلزامي من المسؤولية الطبية يحقق مصلحة جميع الأطراف، فهو يضمن للمريض الحصول على التعويض، وفي نفس الوقت يحمي الطبيب أو المؤسسة الصحية من خطر الإفلاس أو الإعسار إذا قامت مسؤوليته عن الضرر، كما يحمي هذا التأمين شركات التأمين من خلال تحديد سقف لمبلغ التأمين وجعل التعويض على أساس التضامن الاجتماعي في بعض الحالات .

رابعا: التأمين المباشر للمرضى

نظرا للإشكالات التي تثيرها قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، أهمها صعوبة إثبات الخطأ والعلاقة السببية، زيادة على بطء إجراءات التقاضي، هذا فضلا عن أنّ مساءلة الأطباء إداريا وجنائيا لم تعد هي الحل الأمثل لتعويض المضرورين من المرضى، ظهر نظام جديد خاص بتعويض المضرورين من ممارسة العمل الطبي دون الارتكاز على آليات المساءلة القانونية للطبيب، ويتمثل هذا النظام في التأمين المباشر للمرضى، الذي تعتبر دولة السويد أول من أخذت به وذلك بمقتضى قانون تعويض المرضى لسنة 1996م، حيث كان في البداية اختياريا، لكن منذ يناير 1997م أصبح

[1] Art 1142-2 du c.s.p.

إلزاميا. تضمّن هذا القانون التزاما على مانحي العناية الصحية بالاكتتاب، في هذا التأمين بطريقة إجبارية ما عدا الدولة والمجالس العامة[1].

يضمن التأمين المباشر للمرضى تعويضهم بطريقة بسيطة ومستقلة عن نظام المسؤولية المدنية وعن نظام التأمينات الاجتماعية التي تكفلها الدولة للعاملين لديها، وذلك حتى يحصل المضرور على التعويض دون حاجة إلى إثبات خطأ الطبيب ودون اللجوء إلى القضاء، يدل هذا على توجه المشرع السويدي إلى الأخذ بالمسؤولية بدون خطأ[2] إذ يكفي أن يثبت المريض الضرر الذي أصابه نتيجة ممارسة عمل طبي على جسمه وأن يكون هناك اكتتاب لهذا التأمين من مانحي الرعاية الطبية، ليحصل المريض على التعويض من المؤمّن الذي يغطي هذا التأمين.

يعتبر هذا التأمين-حسب رأينا- من أنسب الأنظمة التأمينية الملائمة للتطبيق في المجال الطبي لتعويض الأضرار التي تصيب المريض، فالقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية لم تعد تتماشى والتطورات العلمية التي يشهدها فن الطب، والمريض ليس في حاجة إلى مساءلة الطبيب قضائيا بقدر ما هو في حاجة إلى مبلغ التعويض لذا فإن الدول التي أخذت به في تزايد مستمر[3].

يتضح لنا مما سبق أن حق المضرور في التعويض أصبح الآن من المبادئ المكرسة في القانون الدولي والقانون الداخلي على السواء، وإن كانت المواثيق الدولية عند إرسائها لهذا المبدأ تركت تنظيم طريقة الحصول علية للقوانين الداخلية، وهذه الأخيرة تسعى جاهدة لسن التشريعات ووضع الآليات التي تضمن للمضرور الحصول على حقه في التعويض، دون إرهاقه أو تعجيزه بإجراءات جامدة ومعقدة.

---

[1] أنظر لقمان طارق حسن نانه كه لي، مرجع سابق، ص236.

[2] أحمد أسامة بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص179.

[3] من الدول التي تأخذ ت بالتأمين المباشر للمرضى حاليا فرنسا، بلجيكا، اسبانيا، سويسرا بلغاريا.

بالرغم من التطور الذي ألحقه القضاء بقواعد المسؤولية المدنية الطبية، والتوجه نحو قيام المسؤولية بدون خطأ، فلا تزال غالبية التشريعات تقيمها على الأركان التقليدية المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية رغم صعوبة إثبات هذه العناصر في المجال الطبي الذي تطورت أساليبه ووسائله، وأصبحت التقنية تلعب دورا أساسيا في تحديد نتائجه.

إذا كان تأطير الأعمال الطبية يتضمن وضع ضوابط للعمل الطبي وتقدير حق التعويض للمضرور عما قد يصيبه من أضرار أثناء التدخلات الطبية، فإنّ ضمان سلامة الجسم يشمل أيضا تنظيم إجراء التجارب على الإنسان لأنها تعتبر من أخطر الأعمال غير العلاجية التي تمس بالحق في سلامة الجسم.

الفصل الثاني

تنظيم إجراء التجارب الطبية على الإنسان

يترتب على الاعتراف بالحق في السلامة الجسدية عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلاّ إذا كانت هناك ضرورة طبية من أجل علاجه أو وقايته من المرض، أو على الأقل تخفيف آلامه ومعاناته، لكن تطور وسائل العلاج أدى إلى إباحة بعض الأعمال الطبية التي لا يقصد بها شفاء الشخص ذاته، وإنما من أجل تحقيق فائدة علاجية للغير مثل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وعمليات نقل الدم، أو فائدة علمية يستفيد منها المجتمع ككل كالخضوع للتجارب العلمية والطبية.

يُعتبر الطب في الأصل عملا تجريبيا، فلولا التجارب التي قام بها العلماء في القديم لما وصل علماء اليوم إلى هذه النتائج المبهرة. لابد من إعطاء الباحثين والأطباء قدرا من الحرية لإجراء التجارب من أجل الوصول إلى علاجات جديدة للأمراض التي لم يعرف لها علاج بعد أو تطوير العلاجات الموجودة، وبذلك يتطور الطب.

من أجل تحقيق التوازن بين حق الإنسان في سلامة جسمه وبين مصلحة المجتمع في تقدم العلم والطب، تم إصدار الكثير من النصوص الدولية والوطنية التي تنظم إجراء التجارب الطبية على الإنسان، وذلك حتى لا يتكرر ما حصل أثناء الحرب العالمية الثانية من جرائم كان ضحيتها أسرى أجريت عليهم مختلف التجارب العلمية، دون أي احترام لإنسانيتهم.

إنّ إجراء التجارب الطبية على الإنسان ليس محظورا على الإطلاق، ولكن هناك مجموعة من الشروط والقواعد التي يجب مراعاتها من أجل حماية الأشخاص الخاضعين للتجربة **(المبحث الأول)**، وإذا ما تم مخالفة تلك الشروط والقواعد يترتب المسؤولية الجنائية إلى جانب المسؤولية المدنية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

مشروعية التجارب الطبية

الطب علم تجريبي، يستلزم إعطاء الباحث فيه نوع من الحرية في إجراء الأبحاث والتجارب من أجل التوصل إلى وسائل تشخيصية أو علاجية أو وقائية جديدة أو تطوير الوسائل الموجودة، فأي دواء جديد أو وسيلة علاجية جديدة لا يمكن معرفة نجاحها ومدى فعاليتها إلا بعد تجريبها على الإنسان.

إن التجارب الطبية هي نتيجة طبيعية لمبدأ مستقر منذ القدم وهو مبدأ حرية البحث العلمي **(المطلب الأول)** هذا المبدأ يجد حدوده في مبدأ آخر هو مبدأ الحق في سلامة الجسم، لذا فإن النصوص القانونية المنظمة لإجراء التجارب الطبية على الإنسان، وضعت مجموعة من الشروط من أجل حماية الأشخاص المتطوعين لإجراء هذه التجارب **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مبدأ حرية البحث العلمي أساس إباحة التجارب الطبية

تمّ الاعتراف بحرية البحث العلمي، في إطار الاعتراف بحقوق الإنسان التي تشمل حرية الفكر والرأي لكن هذا الاعتراف ليس مطلقا**(الفرع الأول)**، والاعتراف بحرية البحث العلمي، يعني بالضرورة الاعتراف بإجراء التجارب الطبية التي تعتبر ضرورية لتقدم العلم **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مبدأ حرية البحث العلمي

تم الاعتراف بمبدأ حرية البحث العلمي في مختلف النصوص القانونية**(أولا)**، لكن ليس بصفة مطلقة و إنما له حدود**(ثانيا)**.

أولا: الاعتراف بحرية البحث العلمي

أولت الدول عناية كبيرة للبحث العلمي، واعتبرته نابعا من حرية الفكر، إذ نجد الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية[1] تنص على أنه: "تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية باحترام الحرية التي لا يستغني عنها في البحث العلمي والنشاط الخلاق"، يفهم من ذلك أنّ الدول ملزمة التزاما دوليا باحترام حرية البحث العلمي،لأن هذا الأخير لا يمكن أن يتطور أو يعطي نتائج إيجابية إلاّ إذا مارس الباحثون أبحاثهم بكل حرية.

تم التأكيد على حرية البحث العلمي في إعلان هلسنكي المتضمن مبادئ إجراء الأبحاث العلمية والمعدل بإعلان طوكيو سنة 1975م، الذي عرف البحث العلمي بأنه "تلك الأعمال التجريبية التي تهدف إلى الكشف عن الحقيقة أو جمع المعطيات العلمية واختيار صحة فرض معين أو الوصول إلى المعرفة بشأن واقعة أو شيء معينً"[2]، كما أكد هذا الإعلان في ديباجته أن "غرض البحوث الطبية على الإنسان يجب أن تكون من أجل تحسين طرق التشخيص والعلاج والوقاية، وكذلك فهم مسببات ومنشأ وتطور المرض، وأن التطور الطبي يعتمد على إجراء البحوث والتي تشمل بدورها أحيانا إجراء التجارب على الإنسان".

جاء في الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان أن "حرية البحث اللازمة لتقدم المعارف هي حرية نابعة من حرية الفكر وينبغي أن تستوفي تطبيقات البحوث الخاصة بالمجين البشري، ولاسيما تطبيقاتها في مجالات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب تخفيف الآلام وتحسين صحة الفرد والبشرية جمعاء"[3]، وعلى أن "تتخذ

---

[1] المادة 15من الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

[2] المبدأ الأول من إعلان هلسنكي بشأن إجراء التجارب الطبية على الإنسان.

[3] المادة 12-ب من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

التدابير الملائمة لتهيئة الظروف المادية والفكرية المواتية لممارسة أنشطة البحوث في مجال المجين البشري ممارسة حرة، ولمراعاة المتضمنات الأخلاقية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية لتلك البحوث في إطار المبادئ التي ينص عليها هذا الإعلان"[1].

لم يغفل الإعلان العالمي بشأن أخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان النص على مبدأ حرية البحث العلمي، إذ جعل من أهدافه "الاعتراف بأهمية حرية البحث العلمي والمنافع المستمدة من التطورات العلمية والتكنولوجية، مع التأكيد على ضرورة أن يندرج هذا البحث وهذه التطورات في إطار المبادئ الأخلاقية المبينة في هذا الإعلام وأن تحترم الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان والحريات الأساسية[2].

نجد على المستوى الإقليمي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تنص على حرية التفكير وحرية التعبير، وأن هذا الحق يشمل حرية اعتناق الآراء وتلقى المعلومات والأفكار وذلك في المادتين التاسعة والعاشرة، وقد استنتج الفقه أن حرية البحث العلمي تدخل في إطار حرية الفكر والتعبير[3]، كما أكدت على أن "البحث العلمي في ميدان البيولوجيا والطب يمارس بحرية مع مراعاة الإجراءات التي نصت عليها الاتفاقية والإجراءات القانونية التي تضمن حماية الكائن البشري"[4].

---

[1] المادة 14 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[2] المادة 2 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

[3] Salwa HAMROUNI، Le droit internationale à l'épreuve de la Bioéthique، thèse de doctorat en droit، faculté de droit et de science politique، université Paul CEZANE d'Aix-Marseille، 2008، p294

[4] Art 15 du convention sur les droit de Lhomme et la biomédecine.

كما نص البروتوكول الإضافي لتلك الاتفاقية والمتعلق بالأبحاث الطبية"[1]. في مادته الرابعة على أن "البحث يجري بحرية مع مراعاة هذا البروتوكول، والإجراءات القانونية الأخرى التي تحمي الكائن البشري".

حرية البحث العلمي إذن، مبدأ كرّس في إطار احترام حقوق الإنسان التي تحمي بصفة عامة الفرد من تجاوزات السلطة، لكن في مجال الأبحاث العلمية فهو "يهدف إلى حماية الفرد من تقدم العلوم والتكنولوجيا أي حماية الإنسان من حرية البحوث ذاتها"[2]، لذا يجب أن تجرى البحوث والتجارب الطبية في إطار احترام الكرامة الإنسانية والحقوق الأساسية للإنسان.

أما على المستوى الوطني فإن حرية البحث العلمي أصبحت من المبادئ الدستورية في غالبية الدول فمثلا الدستور الجزائري"[3] ينص في المادة44-3 منه على:"الحريات الأكاديمية وحرية البحث العلمي مضمونة وتمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على ترقية البحث العلمي وتثمينه خدمة للتنمية المستدامة للأمة."، كما جاءت المادة 66من الدستور المصري"[4] كما يلي: " حرية البحث العلمي مكفولة، وتلتزم الدولة برعاية الباحثين والمخترعين وحماية ابتكاراتهم والعمل على تطبيقها"، أما

---

(1) Protocole additionnel à la convention sur les droits de Lhomme et la biomédecine، relatif à la recherche biomédicales Strasbourg ،25 janvier2005،entré en vigueur le 01decembre 2005, disponible sur le site : http://www.coe.int>web>èthics.

(2) Salwa HAMROUNI، op.cit، p295.

(3) دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996، الموافق عليه بالاستفتاء في 28 نوفمبر1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر1996، ج.ر.ج.ج، عدد76، صادر بتاريخ08 ديسمبر1996، معدل ومتمم بقانون رقم 16-01، مؤرخ في06 مارس 2016 ج.ر.ج.ج ،عدد14 ، صادر بتاريخ07 مارس2016 .

(4) دستور جمهورية مصر العربية لسنة 214 الموافق عليه بالاستفتاء في يومي 14 و15 يناير2014، و المنشور في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، عدد3 مكرر(أ)، صادر بتاريخ 18 يناير2014، متاح على الموقع: https://www.egypt.gov.eg>download

لدستور الفرنسي"[1] فلم ينص صراحة إلى حرية البحث العلمي و لكنه نص على تبني نصوص إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 وهذا الأخير نص في المادة11 منه على حرية الفكر والتعبير والتي يدخل ضمنها حرية البحث العلمي.

من خلال النصوص السابقة يتبين لنا أن حرية البحث العلمي ليست مطلقة وإنما لها حدود.

ثانيا: حدود حرية البحث العلمي

رغم أهمية البحث العلمي في مجال الأبحاث الطبية إلاّ أنه ليس مطلقا وإنما يجد حدوده في احترام كرامة الشخص وحقوقه الأساسية، فقد أكد الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان أن الكرامة الإنسانية واحترام الحقوق الإنسانية لكل إنسان هي الحدود التي يجب أن لا تتجاوزها حرية البحث العلمي، حتى لو كانت هذه الأخيرة تحمل مصلحة عامة للعلم والمجتمع فنص على: "لا يجوز لأي بحث يتعلق بالمجين البشري، ولا لأي من تطبيقات البحوث[2] كما منع الممارسات المنافية للكرامة الإنسانية مثل الاستنسال لأغراض إنتاج نسخ بشرية"[3].

لم يترك الإعلان العالمي للأخلاقيات الحيوية وحقوق الإنسان كذلك حرية البحث العلمي مطلقة بل قيدها بضرورة احترام الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية احتراما كاملا، مع الالتزام بتغليب مصالح الفرد وسلامته على مصلحة العلم أو المجتمع وحده[4].

---

[1] Constitution de la République Française du 04 octobre 1958. Disponible sur le site:www.assemblee.nationale.fr.

[2] المادة 10 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[3] المادة 11 من نفس الإعلان.

[4] المادة 3 من الإعلان العالمي للأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

لم يغفل إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر أيضا، دعوة الدول الأعضاء إلى حظر جميع أشكال استنساخ البشر بقدر ما تتنافى مع كرامة البشر وحماية الحياة الإنسانية، وكذلك تم دعوة الدول إلى أن تتخذ التدابير اللازمة لحظر تطبيقات الهندسة الوراثية التي قد تتنافى مع الكرامة الإنسانية[1].

تؤكد الاتفاقية الأوروبية حول حقوق الإنسان والبيوطبي على حماية حقوق الإنسان وحقه في سلامة جسده واحترام كرامته البشرية في مجال العلوم البيولوجية والطب، ولتحقيق ذلك وضعت الضوابط القانونية لإجراء البحوث العلمية، هذه الضوابط تم تأكيدها في البروتوكول الملحق بها المتعلق بإجراء الأبحاث العلمية الذي نص على أن مصلحة الشخص الخاضع للتجربة يجب أن تسمو على مصلحة العلم أو المجتمع وأن الدول الأعضاء تحمي كرامة الإنسان وتضمن بدون تمييز احترام سلامته وحقوقه وحرياته الأساسية في مواجهة البحوث والتجارب الطبية[2].

يظهر لنا جليا أن جميع النصوص السابقة ورغم اعترافها بأهمية حرية البحوث والتجارب الطبية، فهي متفقة على أن هذه الحرية ليست مطلقة بل مقيدة بضرورة احترام الكرامة الإنسانية والحقوق الأساسية للأفراد، فمصلحة الفرد الخاضع للبحوث تسمو على مصلحة العلم أو المجتمع وحدها، كما أن هذه البحوث يجب أن تجرى وفقا للضوابط الأخلاقية والقانونية التي تحكمها، لأن العلم إذا ترك بدون ضوابط قد يؤدي إلى هلاك صاحبه وفناء البشرية جمعاء.

---

[1] المادتين1 و2 من الإعلان العالمي بشأن الاستنساخ البشري.

[2] Art 1 du protocole additionnel à la convention sur les droits de l’homme Et la biomédecine، relatif à la recherche biomédicale .

الفرع الثاني: التجارب الطبية نتيجة حتمية لحرية البحوث الطبية

لا شك أن التقدم الذي يشهده الطب لم يكن إلا نتاجا للبحوث العلمية المتواصلة، وحرية البحث العلمي خاصة في مجال الوراثة والطب الحيوي تؤدي بالضرورة إلى إجراء التجارب والأبحاث على الإنسان.

للإحاطة بالتجارب الطبية نتناول مفهومها**(أولا)**، ثم إباحتها في النصوص الدولية **(ثانيا)**، ثم تكريسها في القوانين الوطنية **(ثالثا)**، وأخيرا حكمها في الشريعة الإسلامية**(رابعا)**.

أولا: مفهوم التجربة

لم يعرّف القانون الجزائري التجربة الطبية، لكن القانون الفرنسي عرفها بأنها: "كل بحث منظم يجرى على الإنسان بهدف تطوير المعلومات البيولوجية أو الطبية"[1]، فهذا التعريف يستبعد كل عمل طبي على جسم الإنسان ليس بتجربة أو بحث منظم، كما يستبعد أيضا التجارب والأبحاث التي لا يقصد منها تطوير المعلومات البيولوجية أو الطبية، وعليه يمكن استبعاد الأبحاث التي لا تمس جسم الإنسان ولكنها تستعمل معلومات خاصة بالأشخاص تتعلق بحالتهم الصحية والاجتماعية أو هويتهم الوراثية، كما أن الأطباء بإمكانهم التحجج بأن التدخل الطبي ليس تجربة منظمة وإنما دواء ابتكاري، وتستبعد التجارب السلوكية رغم فوائدها لأنها تخص المعلومات البيولوجية.[2]

عرّف الفقه التجربة الطبية بأنها: "مجموعة الأعمال العلمية والتدخلات الطبية التي يكون محلها البشر، وتهدف إلى الحصول على معارف جديدة وتطوير العلوم

(1) Art L1121-1 du c.s.p stipule :" Les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue de développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisées dans les conditions prévues aux présent livre et sont désignées ci-après par les termes recherche impliquant la personne humaine"

(2) BYK Christian, Le droit français et la recherche biomédicale :l'épreuve de la pratique, Les cahiers de droit, vol 37, n^0 4,1996, p1001.

الطبية".[1]فهذا التعريف يشمل جميع التدخلات الطبية على جسم الإنسان، بشرط أن تهدف إلى تطوير العلوم الطبية، فهي تشمل التجارب البيولوجية و التجارب السلوكية على الإنسان.

التجارب الطبية نوعان، الأول يسمى بالتجارب العلاجية، والثاني يسمى بالتجارب العلمية، والتمييز بينهما ضروري لأن النوع الثاني يخضع لشروط قانونية أكثر صرامة.

التجارب العلاجية

هي تلك التي تهدف إلى تحقيق فائدة مباشرة للشخص، ليس بالضرورة أن تكون علاج جديد بل أيضا تشخيص أو الوقاية من مرض معين، يستفيد منها الشخص محل التجربة وفي نفس الوقت يستفيد منها مرضى آخرين، وتجد أساس مشروعيتها في الغرض العلاجي الذي تهدف إليه.

رغم أن هذه التجارب تدخل في الأعمال العلاجية فهي تخضع للشروط العامة للتجارب، كالتقييم المسبق للمخاطر المحتملة و الفوائد المرجوة، والحصول على الرضاء الحر للشخص الخاضع لها بعد تبصيره بالطبيعة التجريبية للعلاج المقترح، الفائدة المرجوة منه والمخاطر المحتملة.[2]

2-التجارب العلمية

هذه التجارب تحدّد حسب أهدافها وليس حسب الأشخاص الخاضعين لها، فهؤلاء يمكن أن يكونوا أشخاص أصحاء ليس لهم أي فائدة مباشرة من إجرائها، لكنها تهدف إلى تطوير المعرفة العلمية والطبية فحسب، لذا فهي لا تتم إلاّ في إطار هيئة منظمة

[1] خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، ص56.

[2] Art L1121-2 du c.s.p

وتحت رقابة لجان الأخلاقيات والهيئات الوصية[1]، ويتم الاتفاق على إجرائها بين ثلاثة أطراف وهم: الأشخاص الخاضعين للتجربة، المشرف على التجربة وقد يكون شخص طبيعي أو معنوي، يموّل التجربة على أن يحصل على الاستغلال التجاري لنتائجها بعد نجاحها، أما الطرف الثالث فهو الطبيب الذي يجري التجربة ويتابع الشخص الخاضع لها طبيا، نظرا لأهمية هذا الاتفاق فقد نظمته تشريعات كثير من الدول، وبينت حقوق والتزامات كل طرف فيه[2].

يختلف دور الطبيب مع مريضه عن دوره مع الشخص الخاضع لتجربة علمية، ففي هذه الأخيرة يحرص الطبيب على نجاح التجربة لما تحققه من مصلحة للمجتمع، وتقيم الفوائد والمخاطر لا يمكن تحديده بدون الأخذ بعين الاعتبار درجة فائدة التجربة، كما أن الرضاء بتدخل علاجي يختلف عن الرضاء بالخضوع لتجربة علمية[3]، هذا ما أثار جدلا حول مشروعيتها في البداية لكن الاتجاه الغالب للدول حاليا هو نحو إباحتها نظرا لما تحققه من مصالح علمية واجتماعية واقتصادية للمجتمع.

مهما يكن الأمر فإن هذين النوعين من التجارب ضروريان لتقدم العلم والطب فالتقدم الطبي لا يمكن أن يحدث بدون التجريب على الإنسان، والتجارب أجريت وسوف تجرى دائما سواء في السر أو العلن، والاكتشافات الحديثة مثل الاستنساخ البشري والتلقيح الاصطناعي والهندسة الوراثية، كلها تدل على مدى أهمية التجريب في الميدان الطبي.

إذا كانت التجربة الطبية خروجا عن مبدأ حرمة جسم الإنسان، لأنها تعامل الأشخاص الخاضعين لها كأشياء، ويطلق عليهم لفظ العينات محل التجربة، فهي تجد مشروعيتها في كونها ضرورية لتطوير المعرفة العلمية، وتحقق مصلحة اجتماعية من

(1) BYK Christian, op.cit, p 1003.
(2) Voir les articles L1123-1àL1123-14 du c.s.p.
(3) DUCRUET Jean, Protection des personnes qui se prêtent à des recherché biomédicales, Laennec, n^{0}3, tome56, Centre Laennec, 2008, p12

خلال تطور الطب، لهذا قام المجتمع الدولي ببذل جهود كبيرة من أجل وضع معايير أخلاقية موحدة لها وأيضا تم إصدار عدد من المواثيق الدولية والقوانين الوطنية التي تنظم إجراء التجارب الطبية على الإنسان وتبين ضوابطها وشروطها.

ثانيا: إباحة التجارب الطبية على الإنسان في النصوص الدولية

يعتبر تقنين نورمبورغ[1] أول تنظيم دولي لإجراء التجارب الطبية على الإنسان، حيث تضمن مجموعة من المبادئ والقواعد التي يجب مراعاتها عند إجراء التجارب الطبية على الإنسان، وعرفت هذه المبادئ بتقنين نورمبورغ وقد اعتمدته الأمم المتحدة بتاريخ 1947/12/11، مما جعل المجتمع الدولي يتبنى هذا التقنين، وجعلته الدول مرجعا لها أثناء تنظيم التجارب الطبية في قوانينها الداخلية.

من المبادئ التي تضمنها تقنين نورمبورغ نذكر مبدأ الرضاء المتبصر للشخص الخاضع للتجربة، وضرورة التناسب بين فوائد التجربة ودرجة المخاطرة، وضرورة أن التجربة محدودة الغرض وأن تكون لها فائدة بالنسبة للمجتمع لا يمكن الحصول عليها بأي وسيلة أخرى، وأن يسبق التجربة على الإنسان، إجراؤها على الحيوان هذا فضلا عن ضرورة توفير المرافق المناسبة لإجراء التجربة وحماية الشخص الخاضع لها من كل خطر محتمل ولو كان بسيطا.

حتى لو كانت قواعد تقنين نورمبورغ غير ملزمة، فإن له أهمية أدبية كبرى في كونه أول تقنين دولي يتناول بالتفصيل التجارب الطبية على الإنسان ويذكّر الباحثين بطبيعة الكائن البشري والحماية الواجبة له أثناء إجراء التجارب الطبية على الإنسان.

---

[1] تقنين نورمبورغ، أصدرته محكمة نورمبورغ العسكرية الدولية في 1947/05/08 أثناء محاكمة للأطباء الألمان عن الجرائم التي ارتكبوها أثناء الحرب العالمية الثانية، منها إجراء تجارب طبية على أسرى الحرب دون مراعاة القواعد القانونية والأخلاقية لهذه الأعمال، حيث أدانت المحكمة ذلك واعتبرت أن ما ارتكبه المتهمون ليس تجارب طبية وإنما جرائم فضيعة في حق البشرية.

ومبادئ هذا التقنين متاحة على الموقع: http://www.c.r.p.org/library/ethics.nuremberg

نصت المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف لحماية الأشخاص أثناء النزاعات المسلحة الصادرة في 12 أوت 1949[1] على "منع الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب، كذلك حظر الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة للأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، دون أي تمييز، وفي جميع الأوقات". كما نصت المادة الثانية عشر (12) من الاتفاقيتين الأولى والثانية على أنه لا يجوز تعريض أي أسير حرب للتشويه البدني أو التجارب الطبية أو العلمية من أي نوع كان مما لا تبرره المعالجة الطبية للأسير المعني أو لا يكون في مصلحته.

نص البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف على أن الأشخاص المعتقلون يجب أن لا يخضعوا لأي تدخل طبي لا تستدعيه حالتهم الصحية، ولا يتطابق مع أصول مهنة الطب التي تطبق على الأشخاص المتمتعين بكامل حريتهم[2]، أما البروتوكول الإضافي الأول فقد كان أكثر حماية عندما نص على أنه تحظر التجارب الطبية ونزع الأعضاء من الأسرى حتى ولو برضاء الشخص[3].

---

[1] حيث تم اعتماد أربع اتفاقيات في المؤتمر الدبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحرب، الذي دعا إليه المجلس الاتحادي السويسري، وتم اعتماد أربع اتفاقيات في 12 أوت 1949 سميت باتفاقيات جنيف الأربعة، ودخلت حيز التنفيذ سنة 1950. متاحة على الموقع:

http :www.icrc.org،Geneva-convention

[2] المادة 5-2 من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف الصادر في 8 جوان 1977م. متاح على الموقع:
https://www.icrc.org،geneva-convention

[3] المادة 11-2 من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف سنة 1949 الصادر في 8 جوان 1977م متاح على الموقع السابق.

اعتبر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية[1]، أن مجرد الانتهاك للسلامة الجسدية أو للصحة يعتبر كجريمة حرب[2]، وأن مجرد وضع الشخص التابع لأحد الأطراف المعادلة الخاضع لسلطتها للتشويه البدني أو التجارب الطبية أو العلمية مهما كانت والتي لا تبررها العلاج الطبي، وليست في مصلحة الشخص المعني والتي تسبب موت هذا الأخير أو تضع حياته في خطر جدي أيضا يعتبر جريمة حرب[3].

يعتبر إعلان هلسنكي الصادر عن الجمعية الطبية العالمية، بمثابة قانون أخلاقي يتعين على الأطباء والباحثين الالتزام بها عند مباشرة التجارب الطبية على الإنسان. اعترف هذا الإعلان بإجراء التجارب الطبية العلاجية وغير العلاجية على الإنسان لكن بشرط توافر المبادئ التي جاء بها، منها حق الشخص الخاضع للتجربة في حماية سلامته البدنية (م 2)، وحقه في الإعلام بإيجابيات التجربة ومخاطرها، وحقه في إعلان رفضه الخضوع للتجربة في أي مرحلة من مراحلها دون أن يترتب عليه أي مسؤولية، كما أشارت المادة 23 إلى كيفية الحصول على رضاء الشخص الخاضع للتجربة إذا ما كانت هناك علاقة تبعية بينه وبين القائم بها، حيث يجب أن يؤخذ الرضا من طرف ثالث ليس له علاقة بالقائم للتجربة[4].

نص الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان[5] بدوره على حق كل إنسان في أن تحترم كرامته وحقوقه أيا كانت سماته الوراثية ومنع إجراء أي من الأبحاث التي تتنافى مع الكرامة الإنسانية التي تعلو على أي مصلحة في الأبحاث ووضع مجموعة من الشروط لإجراء الأبحاث أهمها الحصول على الرضاء المسبق

---

[1] نظام المحكمة الجنائية الدولية تم التوقيع عليه في روما في 17 جويلية 1998 ودخل حيز التنفيذ في 01 جويلية 2002. متاح على الموقع:https://www.icrc.org،documents،misc

[2] المادة (8-2-أ) من نظام المحكمة الجنائية الدولية.

[3] المادة (8-2-ب) من نظام المحكمة الجنائية الدولية.

[4] مبادئ إعلان هلسنكي متاحة على الموقع: http://www.cir.org/librury/ethics/Helsimki

[5] أنظر المواد 2 ،5، 6 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

والحر والواعي، وفي حالة عدم أهلية للإعراب عن هذا القبول وجب الحصول على الإذن وفقا للقانون مع الحرص على المصلحة العليا للشخص وألاّ يجري أي بحث على شخص غير قادر على التعبير عن إرادته إلا إذا كان في ذلك مصلحة مباشرة له، وأن يتم تقييم المخاطر والفوائد المرجوة، وأن تحترم سرية البيانات الوراثية الخاصة.

دعا إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر[1] الدول الأعضاء إلى حظر جميع أشكال استنساخ البشر بقدر ما يتنافى مع كرامة البشرية وحماية الحياة الإنسانية التي قد تتنافى مع الكرامة البشرية.

لم يغفل الإعلان العالمي للأخلاقيات البيولوجية وحقوق الإنسان[2] وضع مجموعة من المبادئ التي يجب مراعاتها عند القيام بالأبحاث والتجارب على الإنسان، أهمها احترام الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، واحترام استقلالية الأفراد في اتخاذ القرارات، والحصول على الرضاء المسبق الحر والصريح والواعي، وحماية الأشخاص العاجزين على إبداء موافقتهم إلى جانب احترام حرمة الحياة الخاصة والتناسب بين المخاطر والفوائد.

على المستوى الإقليمي نجد الاتفاقية الأوروبية حول حماية حقوق الإنسان والبيوطبي[3]، التي تعد أول وثيقة دولية ملزمة في هذا المجال، وقد ألحق بها في 12 جانفي 1998 البروتوكول الإضافي الأول والخاص بالاستنساخ البشري، أما في 24 جانفي 2002 فقد ألحق بها البروتوكول الإضافي الثاني بشأن عمليات نقل وزرع الأعضاء، وفي 25 جانفي 2005م تم إضافة بروتوكول إضافي خاص بالأبحاث الطبية.

---

[1] انظر المادتين 1،2 إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر.

[2] الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[3] Convention sur les droits de l’homme et la biomédecine، op.cit.

تعتبر هذه الاتفاقية أكثر حماية للأشخاص الخاضعين للتجارب والأبحاث الطبية فنصت على مجموعة من الشروط منها شرط الرضا الصريح والكتابي وضرورة إعلام الشخص الخاضع للبحث بالضمانات القانونية وضرورة التناسب في المنافع والمخاطر والحق في رفض الخضوع للتجربة.

ومن مميزاتها أن طابعها ملزم لجميع الدول الأطراف فيها وهي تحمي مصلحة الفرد في المقام الأول وتوفر حماية قانونية وقضائية للأفراد تجاه التطبيقات الطبية، لذا تعتبر هذه الاتفاقية نقطة انطلاق لإبرام اتفاقية دولية عالمية تلزم جميع الدول في هذا المجال وتضع إطار قانوني تلزم به كافة الدول أثناء إجراء الأبحاث على الإنسان.

الميثاق العربي لحقوق الإنسان[1] نص في مادته التاسعة على :"منع إجراء التجارب الطبية أو العلمية 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 الكفيلة بضمان سلامته الشخصية وفقا للتشريعات النافذة في كل دولة طرف ولا يجوز بأي حال من الأحوال الاتجار بالأعضاء البشرية".

لم ينصص الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب[2]، صراحة على إجراء التجارب الطبية على الإنسان، لكنه نص على حق كل إنسان في احترام حياته وسلامة

---

[1] قرار جامعة الدول العربية رقم 5427، مؤرخ في15ديسمبر1997م، يتضمن الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الذي تم تنقيحه من قبل القمة العربية السادسة عشرة، التي استضافتها تونس في 23 مايو2004م. وقعت عليه الجزائر لكن لم نعثر على النص المتضمن التصديق عليه.

[2] ميثاق نيروبي المؤرخ في28 جويلية 1981م يتضمن الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، دخل حيز التنفيذ في 26 أكتوبر1986م، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-37، مؤرخ في 03 فيفري 1987م، ج.ر ج ج عدد 06، لسنة 1986م.

شخصه البدنية والمعنوية[1]، وفي احترام كرامته وحظر التعذيب والمعاملة القاسية أو الوحشية واللاإنسانية[2]، وحقه في التمتع بأفضل حالة صحية بدنية وعقلية يمكنه الوصول إليها[3]. حسب هذا الميثاق يمكن إجراء التجارب الطبية على الإنسان خاصة إذا كان فيها فائدة علاجية له، وتم احترام القواعد الأخلاقية والضوابط القانونية والطبية التي تحترم كرامته وحقه في الحياة والسلامة الجسدية.

نستنتج من خلال النصوص السابقة أن المجتمع الدولي لا يمنع إجراء التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت ذات منفعة مباشرة للشخص الخاضع لها أو تحمل مصلحة علمية للمجتمع ككل، لأنه لولا التجارب الطبية التي أجريت باستمرار وعلى مرّ العصور لما وصل الطب إلى ما هو عليه اليوم.

رغم اعتراف المجتمع الدولي بأهمية التجارب الطبية لم يترك أمر إجرائها لأهواء الباحثين بل وضع لها مجموعة من الضوابط والشروط حتى لا تخرج عن أهدافها المتمثلة في تحقيق مصلحة الأفراد والمجتمع في تطوير وسائل التشخيص والعلاج والوقاية، ومعرفة أسباب ومنشأ المرض وتطوره.

اتفق المجتمع الدولي على ضرورة الحصول مسبقا على الرضاء الحر والواعي للشخص الخاضع للتجربة، واحترام كرامته الإنسانية والحرص على سلامته الشخصية، بالإضافة إلى ضرورة التناسب بين مخاطر التجربة وفوائدها، وحق الشخص في الانسحاب من التجربة في أي وقت واحترام المبادئ القانونية والأخلاقية المنصوص عليها في القانون الدولي والقوانين الوطنية.

---

[1] المادة 4 من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

[2] المادة 5 من نفس الميثاق.

[3] المادة 14 من نفس الميثاق.

ثالثا: موقف القوانين الوطنية من التجارب الطبية على الإنسان

تكاد التشريعات الوطنية تجمع على مشروعية التجارب العلاجية التي تحمل مصلحة مباشرة للشخص الخاضع لها إذا ما تمت بموافقته وباحترام الضوابط الأخلاقية والقانونية، لكنها تختلف كثيرا بالنسبة للتجارب العلمية التي لا تحمل مصلحة مباشرة للشخص الخاضع لها، إذ يعتبرها البعض غير مشروعة حتى ولو تمت برضاء المعني لكن ونظرا لتطور العلوم الطبية فإن الدول التي تبيح إجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان في تزايد مستمر نظرا لأنها ضرورية لتقدم العلوم الطبية وتحقق فائدة كبيرة للمجتمع ككل.

من التشريعات التي أباحت إجراء التجارب العلمية على الإنسان نجد التشريع الفرنسي الذي أضفى المشروعية على هذه التجارب بمقتضى القانون رقم88-1131 المتعلق بحماية الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية[1]، الذي يعتبر أوّل قانون وضع إطارا شرعيا للتجارب الطبية في فرنسا، حيث عرّف في المادة 15 الرضاء المتبصر، ووضع عقوبات جزائية في حالة عدم احترام الشخص المعني، كما أنشأ المجلس الاستشاري لحماية الأشخاص في الأبحاث الطبية (CCPPRB) الذي عوض فيما بعد بلجان حماية الأشخاص(CPP)، وأدمج هذا القانون في قانون الصحة العامة في المادة 209 الفقرات من (1 إلى23).

أُكمل المشرع الفرنسي الإطار القانوني للتجارب الطبية بمجموعة من القوانين صدرت بعد ذلك خاصة القانون الأخلاقي الصادر في 29 جويلية والمتعلق باحترام جسم الإنسان[2]، الذي أدخل مبدأ كرامة الشخص في القانون المدني، وقانون 4 مارس المتضمن حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة، الذي نص على مجموعة من القواعد

(1) Loi n^0 88-1131 du 20 dècembre1988.relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales، Jorf du 22 dècembre1988، p16032، disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affich texte.do.

(2) Loi n^{0}94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain، op.cit.

المتعلقة بحماية الأشخاص من الممارسات الطبية وخاصة التجارب والأبحاث، وقد أضيفت هذه النصوص أيضا إلى قانون الصحة العامة، الذي نجده ينظم هذه التجارب في العنوان الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان التجارب على الإنسان.[1]

رغم تأثر قانون الآداب الطبية اللبناني[2] بقانون الصحة العامة الفرنسي، إلاّ أنه لم ينظم سوى التجارب العلاجية، حيث جاءت المادة30-2 كما يلي: "يحظر على الطبيب أن يصف بقصد التجربة علاجات من شأنها إيذاء المريض أو تعريضه للخطر" وأضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه:" لا يجوز استعمال العلاجات الجديدة إلاّ بعد موافقة المريض، شريطة أن يعطيه العلاج فائدة مباشرة، وبعد أن تكون قد أجريت الدراسات العلمية الواقية والمناسبة لكل حالة، وموافقة الأهل أو الممثل ضرورية عندما يتعلق الأمر بأولاد قاصرين أو فاقدي الأهلية، في حالة كون العلاج في مؤسسة استشفائية يشترط أيضا موافقة الجهة المختصة في هذه المؤسسة، وبعد موافقة اللجنة العلمية لنقابة الأطباء عند استعماله خارج المستشفى".

لم يمنع الدستور المصري[3] إجراء التجارب الطبية و العلمية على الإنسان، إذا ما تمت بموافقة الشخص الموثقة ووفقا للأصول المتفق عليها في الطب، وباحترام الشروط القانونية، فقد نص على أنّ:"لجسد الإنسان حرمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه، أو التمثيل به جريمة يعاقب عليها القانون، ويحظر الاتجار بأعضائه، ولا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق، ووفقا للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية على النحو الذي ينظمه القانون"[4].

---

(1) Art L1121-1 à L 1126-12.

(2) قانون الآداب الطبية اللبناني، مرجع سابق.

(3) دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014، مرجع سابق.

(4) المادة 60 من الدستور المصري.

لم يغفل المشرع الجزائري تناول إجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان، فنص على شروط إجرائها في قانون حماية الصحة وترقيتها حيث أكد على ضرورة احترام المبادئ الأخلاقية التي تحكم التجارب على الإنسان[1]، وقرّر أن "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168"[2]، وبالرجوع إلى المادة 1/168 نجدها تنص على: "**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**".

باستقراء النصوص السالفة الذكر يتضح لنا أن المشرع الجزائري أباح إجراء تجارب طبية أو علمية على الإنسان، وأسند مهمة الرقابة على هذه التجارب إلى المجلس الوطني للأخلاقيات العلوم الطبية إذ لا يمكن إجراء هذه التجارب بدون موافقته وتستلزم هذه النصوص الموافقة الحرة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب واحترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية.

يظهر لنا جليا مما سبق أن كافة النصوص القانونية الدولية منها و الوطنية تبيح التجارب الطبية على الإنسان إذا ما كانت من أجل العلاج أما التجارب العلمية فرغم أن بعض القوانين لم تنظمها إلا أنها لا تمنعها في نفس الوقت، وإن كانت غالبية التشريعات تتجه مؤخرا نحو إباحة هذا النوع من التجارب لأنها نتيجة حتمية لحرية

---

[1] المادة 168-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2] المادة 168-3 من نفس القانون.

البحث العلمي وشرطا أساسيا للخروج من التبعية في مجال توفير الدواء وضمان الحق في الصحة لمواطنيها.

رابعا: حكم التجارب الطبية في الشريعة الإسلامية

لا تقف الشريعة الإسلامية عقبة في وجه تقدم العلوم، وأوّل آية نزلت من القرآن الكريم هي قوله تعالى:"إقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق"[1]، ولكنها في نفس الوقت تعتبر الإنسان مخلوق مكرم يجب احترام كرامته في جميع المجالات، لذا نجدها تقف موقف الموازنة بين حاجات البحث العلمي التجريبي لمصلحة البشرية، وبين تحقيق مقاصد الشرع وصيانة الكرامة الإنسانية.

يميز فقهاء الشريعة بين التجارب العلاجية التي تهدف إلى إيجاد دواء أو علاج جديد للشخص، وبين التجارب العلمية التي لا يقصد منها علاج الشخص الخاضع لها وإنما تهدف إلى تحسين المعارف الطبية وتقدم العلوم.

تأخذ التجارب العلاجية حكم التداوي أو العلاج المباح شرعا إذا ما احترمت فيه ضوابطه الشرعية، مثل إذن الشرع ، وإذن المريض، واحترام مقاصد الشرع[2]، فهذه التجارب تحقق مقاصد الشريعة في حفظ النفس والصحة، وليس فيها ضرر على الإنسان ولا تشكل خطر على حياته، لذا فهي جائزة بل مستحبة[3].

---

[1] سورة العلق، آية1.

[2] أنظر هذه الضوابط في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم67(7/5)، بشأن العلاج الطبي، الصادر في دورة مؤتمره السابع بجدة، المملكة العربية السعودية، في الفترة من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9-14 مايو1992م، والقرار رقم80(8/11) بشأن أخلاقيات الطبيب مسئوليته وضمانه، الصادر في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيري بيجوان عاصمة بروناي في الفترة من 21-27 يونيو1993.

[3] فتوى جامعة النجاح الوطنية بالتعاون مع دار الإفتاء الفلسطنية، متاحة على الموقع:
http://fatwa.najah.edu، شوهد يوم22 ماي2018.

يتم التمييز في التجارب العلمية بين تلك التي تِؤدي إلى هلاك الشخص الخاضع لها، وهي تعتبر محرمة شرعا لأنها تؤدي إلى قتل النفس البشرية التي نهانا الله عز وجل عن قتلها إلاّ بالحق، وبين التجارب التي لا تضر بالشخص الخاضع لها أو أن ضررها يمكن السيطرة عليه، فهذه يجوز إجراؤها بشرط احترام مجموعة من الضوابط أهمها:

- أن تجرى أولا على الحيوان ؛
- ألاّ تكون فيها مخالفة شرعية؛
- إلا يكون فيها امتهان للكرامة الإنسانية؛
- أن يكون القائم بها ذو خبرة وكفاءة علمية، وأن يكون عالما بأمور الشرع؛
- إذن الشخص الخاضع لها عن دراية وتبصير.[1]

المطلب الثاني

شروط إجراء التجارب الطبية على الإنسان

من أجل حماية الأشخاص الخاضعين للتجارب والأبحاث تم وضع مجموعة من الشروط الواجب توفرها، هذه الشروط يمكن تقسيمها إلى شروط خاصة بالشخص الخاضع للتجربة **(الفرع الأول)** وشروط خاصة بالتجربة ذاتها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالشخص الخاضع للتجربة

نظرا لخطورة التجارب على الشخص الخاضع لها، تم النص على احترام كرامة الشخص وسموه**(أولا)**، بالإضافة إلى شرط الرضاء المتبصر قبل إجراء أي بحث أو

[1] لمزيد من التفصيل أنظر: أبو مطر ناريمان وفيق محمد ، التجارب العلمية على جسم الإنسان، رسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة غزة، 2011، ص ص46-58.

تجربة على الإنسان**(ثانيا)**، وضرورة احترام خصوصية المعني وأسراره**(ثالث)**، وحقه في التعويض عما يتعرض له من مخاطر **(رابعا)**.

أولا: احترام كرامة الشخص وسموه

حرصت النصوص القانونية على احترام كرامة الشخص الخاضع للتجربة واحترام حقوقه وحرياته الأساسية عند إجراء أي بحث أو تجربة طبية، وأكدت على أن مصلحة الشخص وسلامته البدنية تسمو على مصلحة العلم أو المجتمع وحدها. فنص الإعلان العالمي للأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان على أنه "يتعين احترام الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان والحريات الأساسية احتراما كاملا"[1]، وأنه "ينبغي تغليب مصالح الفرد وسلامة حاله على مصلحة العلم أو المجتمع وحدها"[2].

نص الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان[3] على أنه "لا يجوز لأي بحث يتعلق بالمجين البشري ولا لأي من تطبيقات البحوث ولاسيما في مجالات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب أن يعلو على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والكرامة الإنسانية لأي فرد أو مجموعة أفراد".

يدعو إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر الدول إلى حظر جميع أشكال استنساخ البشر بقدر ما يتنافى مع كرامة البشر وحماية الحياة الإنسانية، وأن تتخذ التدابير اللازمة لحظر تطبيق تقنيات الهندسة الوراثية التي قد تتنافى مع كرامة البشر[4].

---

[1] المادة 13-1 من الإعلان العالمي لأخلاق البيولوجيا وحقوق الإنسان.

[2] المادة 13-2 من نفس الإعلان.

[3] المادة العاشرة من لإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[4] المادة الثانية من الإعلان العالمي بشأن الاستنساخ البشري.

على المستوى الإقليمي نجد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي[1] تؤكد في مادتها الأولى أن هدفها هو حماية لإنسان في كرامته وهويته وتضمن لكل شخص بدون تمييز احترام سلامته الجسدية وحقوقه الأخرى وحرياته الأساسية في مواجهة تطبيقات البيولوجي والطب، كما نصت في المادة الثانية على سمو الكائن البشري بحيث تقدم مصلحة الفرد على مصلحة المجتمع أو العلم وحدها. و جاء في المادة الخامسة عشر التأكيد على ضرورة احترام المبادئ الواردة في هذه الاتفاقية والتي تحمي الفرد في كل بحث بيولوجي، أما المادة السادسة عشر فوضعت مجموعة من الشروط والمبادئ التي يجب مراعاتها في كل بحث بيولوجي.

بالنسبة للقوانين الوطنية نذكر القانون الفرنسي الذي يؤكد في القانون المدني على أن القانون يضمن سمو الشخص، يمنع كل اعتداء على كرامته ويضمن احترام الكائن البشري منذ بداية حياته[2]، كما نص في قانون الصحة العامة على ضرورة احترام كرامة الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية ووضع مجموعة من الشروط لإجراء التجارب على الإنسان حتى يضمن احترام الكرامة الإنسانية في البحوث الطبية[3]، أما الدستور المصري فقد نص في المادة51 على: "الكرامة حق لكل إنسان، ولا يجوز المساس بها، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها"، كما نص في المادة60 السالفة الذكر على ضرورة احترام الأصول المتفق عليها في الطب وضرورة الموافقة الحرة الموثقة وهذا كله نابع من احترام الكرامة.

يحمي الدستور الجزائري[4]حرمة الإنسان وكرامته وذلك بنصه في المادة 40 على: "**تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة. المعاملة القاسية أو واللاإنسانية أو المهينة يقمعها**

(1) Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine، op.cit..
(2) Art 16 du c.civ.
(3) Art 1122-1 du c.s.p.

(4) دستور 1996 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

القانون". وتأكيدا لهذه الحماية نصت المادة 41 على أنه "**يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية**". اشترط قانون حماية الصحة وترقيتها لإجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان الموافقة الحرة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب أو موافقة ممثله القانوني، كما أكد على ضرورة احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي[1] واشترط بالإضافة إلى ذلك موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية لإجراء التجارب العلمية[2]، وهذا كله نابع من الحرص على احترام الكرامة الإنسانية.

هكذا يظهر لنا أن احترام الكرامة الإنسانية يعد مبدءا وشرطا أساسيا من شروط ممارسة البحوث الطبية على الإنسان، فيجب أن يُستخدم العلم لخدمة الإنسان لا أن يكون الإنسان موضوعا للعلم ووسيلة من وسائله.

ثانيا: الرضاء بالخضوع للتجربة

إذا كان الرضا المسبق شرط لأي تدخل طبي على جسم الإنسان، فإنه في التجارب الطبية يزداد أهميته ويتميز بنوع من التشدد، ولقد تأكد للمجتمع الدولي بشاعة إجراء تجارب طبية على الأشخاص دون موافقتهم منذ محاكمات نورمبورغ التي أدانت الأطباء الألمان لإجرائهم تجارب على الأسرى دون موافقتهم، وفي 19 أوت 1947 وضع رئيس هذه المحكمة عشرة مبادئ للتجارب المشروعة أولها الحصول على رضاء الشخص الخاضع للتجربة، سميت هذه المبادئ بتقنين نورمبورغ.[3]

---

[1] المادة 168-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2] المادة 168-1من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3] تقنين نورمبورغ، مرجع سابق.

يستلزم احترام الشخص وسموه ألاّ يقوم أي كان بإجراء تجربة على الإنسان قبل الحصول على رضائه الحر والمتبصر، هذا ما أكدته كل النصوص الدولية والوطنية المتعلقة بالبحوث والتجارب الطبية، بشكل أو بآخر.

1- التأكيد على الرضاء بالتجربة في النصوص الدولية

يعتبر الرضاء بالخضوع للتجربة من حقوق الإنسان التي نصت عليها الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية بقولها: "لا يجوز إخضاع أي فرد للتعذيب أو العقوبة أو معاملة قاسية أولا إنسانية أو مهينة وعلى وجه الخصوص فإنه لا يجوز إخضاع أي فرد دون رضائه الحر للتجارب الطبية أو العلمية[1]. من النصوص الدولية التي تشترط الرضا في البحوث العلمية، الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان الذي جاء فيه: "لا يجوز إجراء بحث علمي إلا بعد إبداء الشخص المعني قبوله المسبق والحر والصريح والواعي، كما ينبغي موافاته بمعلومات تعرض بشكل مفهوم وتتضمن الطرائق المتصلة بسحب القبول، ويجوز للشخص المعني سحب القبول في أي وقت ولأي سبب كان دون أن يلحقه ضرر أو أذى..."[2].

يجب أن يصدر الرضاء بإجراء التجارب الطبية عن إرادة حرة و خالية من العيوب كالإكراه أو الضغوط النفسية والاقتصادية والاجتماعية[3]، وأن يكون صادرا عن شخص واعي أي في كامل قواه العقلية ومدركا لتصرفاته، وأن يكون صريحا لا

---

[1] المادة 7 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية.

[2] المادة 6-ج من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

[3] في هذه الحالة يؤخذ القبول المسبق من طرف شخص آخر ليس له علاقة مباشرة بالقائم بالتجربة ذاتها وهو ما نصت عليه المادة 10 من إعلان هلسنكي.

يتحمل أي لبس أو غموض، كما أنه يجب أن يكون الحصول على الرضاء مسبقا أي قبل البدء في إجراء التجربة وأن يستمر في جميع مراحلها[1].

لا يكفي الرضاء بالتجربة بل يقع على القائم بها أن يقوم بتبصير الشخص المعني تبصيرا كافيا وشاملا بكل ما يتعلق بموضوع التجربة، فوائدها، مدّتها ومخاطرها، كما يجب أن يتم إعلام المعني بأنه من حقه العدول عن موافقته في أي مرحلة من مراحل التجربة دون أن يلحقه أي ضرر أو أذى[2]. كما انه لا يجوز وضع أي قيود تحد من الالتزام بمبدأ الرضا إلاّ بحكم القانون ولأسباب قاهرة وفي حدود ما تتيحه أحكام القانون الدولي العام والقانون الدولي لحقوق الإنسان[3].

أضافت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي[4] إلى شرط الرضاء المتبصر، أن يكون الرضاء بالخضوع للتجربة في شكل كتابي[5] وبين البروتوكول الإضافي الملحق بهذه الاتفاقية والمتعلق بالأبحاث العلمية كيف يكون الرضاء مستنيرا، فنص على وجوب إخبار الشخص بإيجابيات البحث والمخاطر المتوقعة من مشروع البحث، وطبيعة الدراسة ومدة التجربة، والطرق المتبعة في البحث، والوسائل المتاحة لحماية الشخص المعني إذا ظهرت نتائج غير مرغوب فيها، هذا فضلا عن موافقة لجنة الأخلاقيات[6].

يشترط في الرضا بالتجربة أن يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية القانونية إذ أن الولي أو الممثل القانوني لا يمكنه الموافقة عليها إلاّ إذا كانت تحمل مصلحة علاجية

---

(1) المادة 5-ب من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان والمادة 6-ج من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجي وحقوق الإنسان.

(2) المادة 6 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

(3) المادة 5-ب من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

(4) Art 5du convention sur les droits de Lhomme et la biomédecine.

(5) Art 16-5 de la même convention.

(6) Art 14-1et 14-2 du protocole additionnel à la convention sur les droits de L'homme et la biomédecine، relative à la recherche biomédicale.

للمعني أما التجارب التي لا تحمل فائدة مباشرة له، فلا يمكن إجراؤها إلاّ في حالات استثنائية، وبأعلى درجات الاحتراس وأن تكون التجربة مفيدة لصحة أشخاص آخرين من نفس الفئة العمرية ويحملون نفس الصفات الوراثية أو المرضية[1]. وقد وضعت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي مجموعة من الشروط لإجراء البحوث الطبية على الأشخاص الذين لا يتمتعون بالأهلية[2].

هناك حالات خاصة تطرح بصدد التحدث عن الأهلية منها حالات الأشخاص المحبوسين أو المعتقلين، وكذلك حالات النساء الحوامل والأجنة البشرية، وأيضا الحالات الإستعجالية، تم معالجتها في البروتوكول الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي المتضمن الأبحاث الطبية، حيث تناولت المادة 17 منه إجراء التجارب على الأشخاص المحرومين من الحرية، وتناولت المادة 18 الأبحاث على النساء الحوامل أو في فترة الرضاعة، وتناولت المادة 19 التجارب في الحالات الإستعجالية.

إذا كانت التجربة تجرى على جماعة من الأشخاص أو على مجتمع محلي، فإنه يجوز في الحالات الملائمة التماس موافقة إضافية من الممثلين القانونيين للجماعة أو المجتمع المحلي، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تحل موافقة المجتمع الجماعية أو قبول زعيم المجتمع المحلي أو أي سلطة أخرى محل القبول الواعي للفرد[3].

في حالة الممارسات عبر الوطنية، فإنه طبقا لمبدأ سيادة الدول، يجب أن لا يجرى أي بحث إلا بموافقة الدول المضيفة، وأن تستجيب هذه البحوث الصحية عبر الوطنية لاحتياجات هذه الدول كما ينبغي الاعتراف بأهمية إسهام هذه البحوث في

---

[1] المادة 5-ج من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، والمادة 6 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

[2] Art 17 du la convention sur les droits de l'home et la biomédecine.

[3] أنظر المادة (6-3) من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

التخفيف من المشكلات الصحية الملحة التي يعاني منها العالم[1]، وعند التفاوض بشأن اتفاق يخص إجراء بحث ما، ينبغي أن تشارك الأطراف المتفاوضة بشكل متكافئ في تحديد شروط التعاون وفي الاتفاق على المنافع المستمدة من البحث[2]، وأن يستند البحث لاستعراض أخلاقي ملائم المستوى في الدولة المضيفة وفي الدولة التي يوجد بها مصدر التمويل، وينبغي أن يستند هذا الاستعراض إلى معايير أخلاقية وقانونية تتفق مع المبادئ المبينة في هذا الإعلان[3].

2-اشتراط الرضاء بالتجربة في القانون الفرنسي

يعتبر الرضاء شرطا أساسيا لإجراء التجارب الطبية على الإنسان في القانون الفرنسي، وبدونه تعتبر التجربة غير مشروعة، ويشترط فيه أن يكون حرا وواعيا ومتبصرا، بحيث يتم إعلام الخاضع للتجربة بموضوع التجربة ومدتها، والمخاطر المتوقعة، والأهداف المرجوة منه، بالإضافة إلى إعلامه بحقه في رفض الخضوع للتجربة أو سحب موافقته في أي وقت دون تحمل أية مسؤولية[4]، كما يجب أن يكون الرضاء بالخضوع للتجربة كتابة، وأن يتم الحصول عليه مسبقا قبل البدء في إجرائها[5].

ميز المشرع الفرنسي بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية عند إجرائها على القصر والراشدين تحت الحماية القانونية، حيث لا يمكن إجراء التجارب العلمية على القصر غير المميزين، في حين يمكن إجراؤها على القصر المميزين والبالغين تحت الحماية إذا توافرت مجموعة من الشروط حددها القانون[6].

---

(1) المادة 21 -3 من نفس الإعلان.

(2) أنظر المادة (21-4) من نفس الإعلان.

(3) أنظر المادة (21-2) من نفس الإعلان.

(4) Art 209-9 du c.s. p.

(5) Art 1122-1 du c.s.p.

(6) Voir l'art 1122-2 du c.s.p.

يظهر اهتمام المشرع الفرنسي بشرط الرضاء في العقوبات جزائية على القائم بالتجربة في حالة إجراء تجربة طبية على إنسان دون موافقته، وتتمثل هذه العقوبة في الحبس لمدة ثلاث سنوات وغرامة مالية قدرها أربعة آلاف وخمسمائة(4500) يورو[1]، بالإضافة إلى جعل المسؤولية المدنية موضوعية في هذه الحالة ويتحمل الباحث تعويض جميع الأضرار الناتجة عن التجربة.

اكتفى للمشرع الجزائري بالنص على أنه"يخضع التجريب للموافقة الحرة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي"[2]، إنّ عبارة "عند عدمه" واسعة جدا تشمل جميع الحالات التي لا تكون فيها الموافقة حرة ومستنيرة، سواء القصر أو عديمي الأهلية أو الأشخاص المحرومين من الحرية، أو الأشخاص في الحالات الإستعجالية، فكل هؤلاء يمكن إجراء التجارب عليهم إذا تم أخذ موافقة ممثلهم القانوني سواء كانت تجارب علمية أو علاجية، لكن في التجارب العلمية أضاف اشتراط الموافقة المسبقة للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية[3].

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد قصّر في حماية الفئات التي في حاجة إلى الحماية، فالولي أو الممثل القانوني يجب أن يعمل من أجل تحقيق مصلحة من ينوب عنه، وفي هذه التجارب خاصة العلمية منها لا يتوافر أي مصلحة مباشرة للخاضع لها كما أنه لم يبين لنا كيفية الحصول على هذا الرضا وما إذا كانت تشترط الكتابة الرسمية ، وهل يشترط أن يتم أمام جهة قضائية مما يدل على أن الحماية التي أوردها المشرع الجزائري لا ترقى إلى الحماية المنصوص عليها في النصوص الدولية، والتي من المفروض أن تتخذها الدول كمرجع لها في تشريعاتها الوطنية.

---

(1) Art 223-8 du c. pèn

(2) المادة 168-2من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(3) المادة 168-3 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

يتضح لنا من هذه النصوص أن شرط الرضاء الحر المتبصر والمسبق أصبح مبدءا قانونيا لا يمكن إغفاله في البحوث الطبية على الإنسان، وقد كرس هذا المبدأ في القوانين الدولية والوطنية، ويترتب على إغفاله عدم مشروعية البحث أو التجربة وتحمل الباحث للمسؤولية المدنية والجنائية.

ثالثا: الحفاظ على السرية وخصوصية الشخص الخاضع للتجربة

يعتبر الحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بالشخص الخاضع للتجربة من الحقوق الإنسانية التي تنبع من الكرامة الإنسانية للشخص، وإن كان الحفاظ على السر الطبي التزاما يقع على الطبيب في جميع الأعمال الطبية ويترتب على إفشائه المسؤولية المدنية والجنائية، فإنه أيضا التزاما قانونيا في التجارب الطبية التي هي أكثر خطورة على السلامة الجسدية للشخص الخاضع لها.

لم يغفل إعلان هلسنكي[1] النص على احترام خصوصية الشخص موضوع البحث فنص: "يجب دائما احترام حق المبحوث في ضمان سلامته، كما يجب أخذ كل المحاذير في الاعتبار لاحترام خصوصيته وكذا التقليل من آثار الدراسة على سلامته الجسدية والعقلية وعلى شخصيته".

نجد الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان يركز على حماية الحياة الخاصة للأشخاص المعنيين، ومنع استخدام أو إفشاء المعلومات المتحصل عليها أثناء التجربة أو بمناسبتها، إلا لأغراض التي جمعت من أجلها أو التي قبل بها الشخص، وأن يكون ذلك بما يتفق مع القوانين الدولية والقانون الدولي لحقوق الإنسان[2].

[1] انظر المادة6 من إعلان هلسنكي.

[2] المادة 9 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

أكدت المادة السابعة من الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان أنه "ينبغي أن تضمن وفقا للشروط التي يحددها القانون حماية سرية البيانات الوراثية الخاصة بشخص يمكن تحديد هويته والمحفوظة أو المعالجة لأغراض البحث أو لأي غرض آخر". هذا الالتزام باحترام السرية لا يجوز وضع أي قيود عليه إلا بحكم القانون ولأسباب قاهرة وفي حدود ما تبيحه أحكام القانون الدولي العام والقانون الدولي لحقوق الإنسان[1].

أكدت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي على مبدأ السرية، واحترام إرادة الشخص فيما كان يريد أن يعلم بنتاج البحوث أو لا يريد أن يعلم، كما اعتبر البروتوكول الإضافي الملحق بها والمتعلق بالأبحاث الطبية[2] "كل المعلومات الشخصية المتحصل عليها بمناسبة إجراء بحث طبي تعتبر سرية وتخضع للقواعد التي تحمي الحياة الخاصة.

تعتبر الكثير من التشريعات الوطنية أن إفشاء السر الطبي جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات[3]. ويقع الالتزام بالسر الطبي على الباحث القائم بالتجربة، وكل من يكون تحت إشرافه من مساعدين وممرضين، ويقع أيضا على أعضاء المؤسسة التي يجرى فيها البحث.

رابعا: تعويض المتضرر من التجربة

من حق الشخص الخاضع للتجربة أن يحصل على تعويض عادل ومنصف عن الأضرار التي تصيبه والناتجة عن خضوعه للتجربة أو البحث الطبي، دون أن يلتزم

---

[1] المادة 7 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[2] Art 25-1 du protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine، relatif à la recherche biomédicale.

[3] هذا ما نصت عليه المادة 301 ق.ع.ج، والمادة 226-13 قانون عقوبات فرنسي.

بإثبات خطأ في حق الباحث، لأن التجارب العلمية لا تحمل مصلحة مباشرة للشخص الخاضع لها وإنما تحمل مصلحة علمية أو اجتماعية.

تؤكد النصوص الدولية السالفة الذكر على سمو الفرد وتغليب مصلحته على مصلحة العلم أو المجتمع وحدها فيما يخص الأبحاث الطبية[1]، والشخص الخاضع للتجربة يعرض سلامته للخطر من أجل مصلحة العلم والمجتمع في التطور الطبي، فليس من العدل أن نرهقه بقواعد الإثبات إذا ما تعرض إلى أضرار بسبب التجربة.

تم التأكيد على المسؤولية الموضوعية للباحث في إعلان هلسنكي، حيث نص: "في مجال الدراسات التجريبية التي لا تتم لأجل مصلحة المريض يجب ضمان تعويض عادل في حالة وقوع أضرار، مهما كانت طريقة تغطية المسؤولية المدنية للباحث"[2].

قرر الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان، أنّ لكل فرد الحق وفقا لأحكام القانون الدولي والوطني، في أن يتلقى تعويضا منصفا عن الضرر الذي يلحق به ويكون سببه المباشر والحاسم عملية تصرف بمجينه[3].

جاء في الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجي وحقوق الإنسان أنه "ينبغي تمكين المرضى والمشاركين في البحوث وسائر الأفراد المتأثرين بها من الحصول على أقصى قدر من المنافع المباشرة وغير المباشرة[4]. هذه المنافع يمكن أن تتمثل في تقديم مساعدة خاصة ومستدامة للمشاركين في البحوث العلمية من أفراد وجماعات

---

[1] المادة 3-2 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجي وحقوق الإنسان، والمادة 10 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[2] أنظر المادة 3 من إعلان هلسنكي.

[3] المادة 8 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري و حقوق الإنسان.

[4] المادة 4 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

وإظهار التقدير لهم، لكن يجب أن لا تشكل هذه المنافع حوافز للحض بطريقة غير لائقة على المشاركة في البحوث[1].

أعطى البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والبيوطبي المتعلق بالأبحاث الطبية للشخص الخاضع للتجربة الحق في التعويض عن الأضرار التي أصابته من مشاركته في التجربة أو البحث، تعويضا عادلا حسب الطرق المنصوص عليها قانونا[2].

يلتزم القائم بالتجربة في القانون الفرنسي بتعويض الأضرار الناجمة عن التجربة والتي تلحق بالشخص الذي قبل الخضوع لها أو ورثته، إلاّ إذا أثبت أن هذه الأضرار غير ناجمة خطئه أو عن خطأ أي متدخل آخر في التجربة، دون أن يكون له الحق في التمسك بخطأ الغيير أو برجوع الذي قبل بصورة مسبقة الخضوع للتجربة عن رضاه[3].عندما تنتفي مسئولية القائم بالتجربة يمكن للمضرور الحصول على التعويض من الصندوق الوطني لتعويض الحوادث الطبية على أساس التضامن الوطني[4].

المشرع الجزائري بدوره جعل مسؤولية القائم بالتجربة موضوعية أي تقوم على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ فقد جاء في قانون حماية الصحة وترقيتها ما يلي: "لا يبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية"[5].

---

[1] المادة 15 من نفس الإعلان.

[2] Art 31 du protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale.

[3] Art L 1121-10 du c.s.p.

[4] Art L 1142-3 du c.s.p.

[5] انظر المادة 168-4 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

من خلال النصوص السابقة يتضح لنا حرص النصوص الدولية والوطنية على حماية الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية مهما كانت درجة إدراكهم أو الفئة التي ينتمون إليها، وإن كانت هذه الحماية تختلف في الدرجة من تشريع إلى آخر.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالتجربة

حرصت مختلف النصوص القانونية على وضع مجموعة من الشروط على التجربة أو مشروع البحث ذاته، وذلك زيادة في حماية الأشخاص الخاضعين لها، هذه الشروط منها ما هو شكلي يتمثل في الترخيص بإجراء التجربة **(أولا)**، ومنها ما هو موضوعي **(ثانيا)**.

أولا:الترخيص بإجراء التجربة

لا يكفي الترخيص بمزاولة الأعمال الطبية الذي يحصل عليه الطبيب عند التحاقه بمهنة الطب لإجراء تجارب طبية على الإنسان وإنما يجب أن يحصل الطبيب الباحث على ترخيص خاص بإجراء التجربة في حد ذاتها.

من أجل الحصول على هذا الترخيص فإنه يجب أن يعد الباحث "بروتوكول" تجريبي يوضح فيه كل مرحلة من مراحل التجربة ويعرض هذا البروتوكول على لجنة معينة خاصة للمراجعة والإرشاد[1]. لا يمكن البدء في إجراء التجربة إلا بعد موافقة هذه اللجان أو الهيئات التي تشكل حسب القوانين الداخلية للدول. وتكلف بتقدير المسائل الأخلاقية والقانونية والاجتماعية التي تثيرها البحوث"ا[2].

[1] أنظر المبدأ 2 من إعلان هلسنكي.

[2] أنظر المادة (م 16) من الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان.

تم التأكيد في الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان على ضرورة إنشاء لجان للأخلاقيات مستقلة وجامعة للتخصصات وتعددية، وضرورة تعزيز هذه اللجان ودعمها على المستوى المناسب، من مهام هذه اللجان: تقييم القضايا الأخلاقية والقانونية والعلمية والاجتماعية الهامة المتصلة بمشروعات البحوث التي تخص حياة البشر، وإبداء المشورة بشأن ما يطرح من مشكلات أخلاقية في الإطار الإكلينيكي، بالإضافة إلى تقييم التطورات العلمية والتكنولوجية وصياغة التوصيات والإسهام في إعداد مبادئ توجيهية بشأن القضايا التي تندرج في نطاق هذا الإعلان[1].

لا يجوز حسب الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والبيوطبي، إجراء أي بحث علمي على شخص إلاّ في حالة إقرار مشروع البحث من قبل الجهة المختصة، وذلك بعد أن تتم دراسته بصورة مستقلة فيما يتعلق بمدى ملاءمته من الناحية العلمية بما في ذلك تقييم أهمية الهدف من البحث، بالإضافة إلى إجراء دراسة متعددة الجوانب حول إمكانية قبول البحث من الناحية الأخلاقية[2].

لا يمكن إجراء أي بحث وفقا لما جاء في البروتوكول الإضافي الملحق باتفاقية حقوق الإنسان والبيوطبي والمتعلق بالأبحاث الطبية إلّا بعد إقراره من طرف جهة مختصة بعد دراسته بصفة مستقلة حول ملامته العلمية وأيضا تقييم أهمية الهدف من البحث وإمكانية قبول البحث من الناحية الأخلاقية[3].

نص البروتوكول السالف الذكر على إنشاء لجنة أخلاقية يتولى دراسة مشروع البحث ومدى قبوله من الناحية الأخلاقية في الدول التي تجري فيها البحوث وتكون

---

[1] أنظر المادة (19) من الإعلان العالمي للأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

[2] Article 16-3 de la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

[3] Art 7 de du protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine، relatif à la recherche biomédicale.

هذه اللجنة مكونة من أشخاص متخصصين ومستقلين في مهامهم وذلك من أجل حماية كرامة وحقوق الشخص الخاضع للتجربة[1].

أخضع المشرع الجزائري إجراء التجارب الطبية التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية[2]، هذا المجلس مكلف 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 البحث والتجريب[3].

ثانيا: الشروط الموضوعية لإجراء التجربة

هناك مجموعة من الشروط الموضوعية التي يجب مراعاتها عند إجراء أي بحث أو تجربة على الإنسان وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- شرط المؤهل والكفاءة العلمية في القائم بالتجربة: يجب أن يقوم بإجراء التجارب شخص متخصص وتحت إشراف طبيب مختص في هذا الفن[4] فالقائم بالتجربة يجب أن يتوافر الكفاءة العلمية اللازمة لإجرائها، ولا تعني الكفاءة هنا مجرد الحصول على المؤهل العلمي لممارسة مهنة الطب، وإنما تعني الحصول على الخبرة اللازمة من التدريب والتمرين على الوسائل الحديثة قبل تطبيقها على البشر وذلك بقصد المحافظة عليهم وحمايتهم من أي أخطار يحتمل حدوثها[5].

---

(1) Voir l'article 9 de même protocole.

(2) المادة 168-3 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري.

(3) أنظر المادة 168-1 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(4) المبدأ 2 من إعلان هلسنكي والمادة الثامنة من إعلان نورمبورغ.

(5) أنظر علاء علي حسن نصر، مرجع سابق، ص91

يتعين على الباحث والقائم بالتجربة أن يتوخى الدقة والحذر والأمانة الفكرية والنزاهة في إجراء البحث أو التجربة وفي عرض واستخدام نتائجها[1]، في إطار الممارسة الحرة لأنشطة البحوث ومراعاة احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والكرامة البشرية وحماية الصحة العامة، والالتزام بعدم استخدام نتائج هذه الأبحاث لأغراض غير سلمية[2].

ينبغي أن يسبق إجراء التجربة على الإنسان إجراء تجارب على الحيوان، وأن تكون النتائج المتوقعة كافية لتبرير إجرائها على الإنسان، وأن يكون ذلك في إطار الإلمام بكل ما نشر من قبل ذلك، وأن يتم احترام المبادئ والأصول العلمية[3].

2- ضرورة التناسب بين مخاطر التجربة والفوائد المرجوة منها: قبل إجراء أي تجربة أو بحث على الإنسان يجب أولا إجراء تقييم صارم ومسبق للأخطار والفوائد المحتملة وفقا للمعايير والتوجيهات الوطنية والدولية السارية ويشترط لإجرائها أن تكون الفوائد المرجوة منها تفوق المخاطر المحتملة[4].

نصت الاتفاقية الأوروبية حول حقوق الإنسان والبيوطبي على أنه "لا يجوز إجراء بحث علمي على شخص إلا إذا لم تكن هناك طرق بديلة لإجراء البحث على الإنسان وتكون ذات فاعلية مشابهة، ووجوب أن تكون الفوائد المرجوة من البحث أكبر لكثير من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الشخص"[5].

نص البروتوكول الإضافي الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي والمتعلق بالأبحاث الطبية على أنه " لا يمكن إجراء أي بحث على الإنسان إلا إذا لم

---

[1] أنظر المادة 13 من الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان.

[2] أنظر المادة 15 من نفس الإعلان.

[3] أنظر المادة 3 من إعلان نورمبورغ، م 1 من إعلان هلسنكي.

[4] المادة 5 من الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان.

[5] Article 16-2 de convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

توجد طرق بديلة لذلك وتكون ذات فاعلية مشابهة وأن لا تشكل الأبحاث أو التجارب على الإنسان مخاطر تفوق الفوائد المرجوة منها، وفيما يخص الأبحاث العلمية التي لا تحمل فائدة مباشرة للشخص الخاضع كما يجب أن لا تحمل له أي خطر أو أضرار غير مقبولة"[1].

نستنتج إذن أنه لا يمكن إجراء أي تجربة أو بحث على الإنسان إلا إذا كانت أهمية أهداف البحث تتناسب والخطر الذي يتعرض له الشخص الخاضع لها وإذا ما تبين أن المخاطر تفوق المصلحة المرجوة من البحث، يجب الامتناع عن إجراء التجربة، ذلك لأن الاهتمام بمصلحة الشخص يجب أن يسمو على مصلحة العلم والمجتمع وحدها[2]، فحرية البحث العلمي وإجراء التجارب على الإنسان يجب أن تكون من أجل تخفيف الآلام وتحسين صحة الفرد والبشرية جمعاء، وأن تحترم حقوق الإنسان وكرامة الشخص الخاضع لها، كما يجب احترام حياته وسلامته البدنية والعقلية[3].

3- تهيئة الظروف الفكرية والمادية لإجراء التجربة: حتى لا يتعرض الشخص الخاضع للتجربة للمخاطر على حياته وسلامته فإنه يجب على الدول أن توفر المرافق المناسبة لإجراء التجربة وحماية الخاضع لها من كل خطر محتمل ولو كان بسيطا[4]، أن تتخذ التدابير الملائمة لتهيئة الظروف المناسبة لممارسة البحوث والتجارب ومراعاة المتضمنات الأخلاقية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية لتلك البحوث[5].

---

(1) Article 5 et 6 de protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et de biomédecine، relatif à la recherche biomédical.

(2) المادة 4 من إعلان هلسنكي.

(3) المادة 10 و12 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

(4) المادة 7 من تقنين نورمبورغ.

(5) المادة14 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

إجراء البحوث والتجارب في بعض الأحيان يفوق القدرات المالية للباحث، لذا تقوم الدول والحكومات بتمويل هذه الأبحاث، بل إن إجراء الأبحاث العلمية يفوق قدرات الدول الفقيرة، التي تجد نفسها في كثير من الأحيان، حقلا للتجارب على شعوبها وأفرادها دون أن تستفيد من نتائج هذه البحوث نظرا لتكاليفها الباهظة التي تفوق قدراتها الاقتصادية.

يؤدي الضعف الاقتصادي للدول النامية خاصة في أفريقيا، وعدم وجود حماية قانونية فعالة للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية، إلى جلب الباحثين والممولين للتجارب الطبية لإجرائها على شعوب وفي إقليم هذه الدول دون مراعاة لأخلاقيات التجريب أو حماية الأشخاص الخاضعين لها، مستغلين بذلك فقرهم وعدم وعيهم، في غياب نصوص تشريعية أو هيئات وطنية لحمايتهم، وما حدث في الكمرون من تجارب بفيروس السيدا في الفترة 1996-1999 الذي أدى إلى إصابة 50% من المشاركين بهذا المرض[1] لخير دليل على ذلك.

تسعى الدول الفقيرة من خلال السماح بإجراء التجارب في أقاليمها وعلى شعوبها لتحقيق هدف لمواطنيها وهو الاستفادة من نتائج هذه التجارب كما هو منصوص عليه في النصوص الدولية[2]، لكن في الواقع تكلفة الدواء هو العرقلة الأساسية التي تحول دون حصول مرضى الدول الفقيرة على أدوية جرّبت في بلادهم، الطريقة الوحيدة التي يمكنهم الاستفادة بها من هذه النتائج هي إمّا صناعة ا لأدوية الهجينة أو استيرادها، وعليه فمشاركة فوائد التجربة تبقى معلقة على القدرة على هذه الصناعة أو هذا الاستيراد.

---

[1] Voir ADIOGO DIEUDONNE Dèsirè, "Ethique de la recherche et pays e développement ", journal international de bioéthique, vol 8, n^{0}4, p71.

[2] المبدأ 19 من إعلان هلسنكي تعديل سنة2000.

انطلاقا من مبدأ التضامن الدولي يجب أن تتعاون الدول على تنمية وتعزيز قدرات البلدان النامية على إجراء البحوث في مجال البيولوجيا وعلم الوراثة البشرية مع ضرورة تشاطر المنافع التي يسفر عنها أي بحث علمي وتطبيقاته مع المجتمع ككل، كما ينبغي تشاطرها في إطار المجتمع الدولي وبصفة خاصة مع البلدان النامية[1]. لكن تبقى الصعوبة في تطبيق المساواة في هذا التشاطر للمنافع، وكيف يمكن حماية طرف ضعيف ليس له سلطة اتخاذ القرار أو القدرة على الضغط، وكيف يمكن لهذه الدول أن تحمي مواطنيها في مواجهة تحالف الدول القوية؟.

نص للمشرع الجزائري على ضرورة احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسات الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي[2]، كما أنه وضع على عاتق المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته أثناء التجريب على الإنسان[3]، وبالتالي عدم قبول مشاريع البحوث التي تمس بكرامة الإنسان أو التي تهدد حياة وسلامة الشخص الخاضع لها.

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية عن إجراء التجارب الطبية

تضمنت النصوص الدولية المنظمة للتجارب الطبية على الإنسان إلزام الدول بضمان حماية قضائية خاصة من أجل منع أو وضع حد لكل انتهاك لحقوق

---

[1] المادة 19من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، والمادة 15 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

[2] المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3] المادة 168-1 من نفس القانون.

الأشخاص أثناء إجراء التجارب الطبية[1]، بما في ذلك وضع عقوبات جزائية مناسبة في حالة مخالفة الشروط اللازمة لإجراء التجربة[2]. وينتج عن عدم احترام الباحث للشروط اللازمة لإجراء التجربة أن تكون هذه الأخيرة غير مشروعة، وبالتالي تترتب مسؤوليته الجنائية عن كل مساس بالسلامة الجسدية للشخص الخاضع للتجربة.

بالرجوع إلى القوانين العقابية الوطنية نجدها تنص على الجرائم العمدية وهي التي تتم عن قصد جنائي، وجرائم غير عمديه تنتج عن خطأ ارتكبه الشخص أدى إلى حدوث النتيجة دون قصد إحداثها، وعليه فإن القائم بالتجربة قد يكون مسئولا مسؤولية عمديه عن إجراء التجربة(**المطلب الأول**)، وقد تكون مسئوليته غير عمدية ناتجة عن خطا ثابت في حقه(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

المسؤولية الجنائية العمدية عن إجراء التجارب الطبية

تخضع المسؤولية الجنائية للقائم بالتجربة أو الباحث للقواعد العامة في المسؤولية الجنائية الطبية، وهذه الأخيرة لا تتحقق إلاّ إذا ارتكب الطبيب جريمة معينة مع تحقيق العلم وحرية الاختيار أي أنه تسبب ماديا في حدوث النتيجة وكان متمتعا بالأهلية المطلوبة لتحمل التبعة والمتمثلة في عنصر الإدراك والتمييز[3]، وهناك حالات لا تقوم

---

[1] أنظر بهذا الخصوص المادة 30 من البروتوكول الملحق باتفاقية حقوق الإنسان والبيوطبي، المتعلق بالأبحاث الطبية، والمادة 22 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان.

[2] المادة 32 من البروتوكول الملحق باتفاقية حقوق الإنسان والبيوطبي، المتعلق بالأبحاث الطبية و المادة 22 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[3] محمد القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011م، ص02.

فيها المسؤولية رغم ارتكاب الجريمة وهي حالة الجنون[1]، أو صغر السن[2]، أو إذا أضطر الجاني لارتكاب الجريمة بسبب قوة لا قبل له بدفعها[3].

تعرف الجريمة بأنها كل فعل أو امتناع عن فعل صادر عن إرادة حرة ومخالف للقانون الجنائي ومعاقب عليه بعقوبة جزائية أو تدبير أمن[4]، ويترتب عن قيام جريمة في إطار التجارب الطبية مسؤولية جنائية يتحملها الباحث**(الفرع الأول)**، كما تتحملها مراكز البحوث **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: المسؤولية الجنائية العمدية للباحث

تقوم المسؤولية الجنائية العمدية للباحث عن إجراء التجارب الطبية عندما يخالف الشروط والضوابط القانونية والأخلاقية المنصوص عليها، والواجب إتباعها أثناء إجراء التجربة. تقوم المسؤولية العمدية للباحث عند تخلف الشروط الخاصة بالشخص الخاضع للتجربة **(أولا)** وكذلك عند تخلف الشروط المتعلقة بالتجربة ذاتها**(ثانيا)**.

أولا: في حالة تخلف الشروط الخاصة بالشخص الخاضع للتجربة

يسأل الباحث عمديا عن تخلف شرط الرضا، كما يسأل أيضا عن إفشاء السر الطبي.

1- المسؤولية الجنائية عن تخلف شرط الرضا: يعتبر الرضا أساس إباحة الأعمال الطبية بصفة عامة وشرطا من شروط إجراء التجربة على الإنسان بصفة خاصة، وقد اتفقت كل النصوص العالمية والوطنية[5]، المنظمة لإجراء التجارب الطبية

---

[1] المادة 47 ق.ع.ج. وتقابلها المادة 62 قانون عقوبات مصري وأضافت إلى الجنون حالة الغيبوبة الناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهرا عنه أو بغير علم منه بها.

[2] المادة 49ق.ع.ج. المشرع المصري لم يعتبر صغر السن من موانع المسؤولية.

[3] المادة 48ق.ع.ج. تقابلها المادة61 قانون عقوبات مصري، والمادة 122-2 قانون عقوبات فرنسي

[4] صفوان محمد شديقات، مرجع سابق، ص106.

[5] سبق الإشارة إلى هذه النصوص عند التحدث عن شرط الرضا بالتجربة.

على الإنسان على اعتبار رضا الشخص الخاضع للتجربة شرطا ضروريا لإجرائها وفي حالة عدم قدرة الشخص على إعطاء رضائه يتم الحصول على موافقة ممثله القانوني[1]، وعليه فإن تخلف هذا الرضا يترتب عليه عدم مشروعية التجربة.

يترتب على عدم مشروعية التجربة قيام المسؤولية الجنائية العمدية للباحث، ذلك أن المساس بجسم الإنسان هنا يكون مساسا غير مشروع، يرتب المسؤولية الجنائية للباحث الذي يتحمل تبعة كل المخاطر الناتجة عن التجربة حتى لو كانت هذه الأخيرة ناجحة[2]يسأل الباحث أيضا مسؤولية عمدية إذا كانت الموافقة غير سليمة لعدم توافر الإعلام الكافي أو لعدم توافر الإرادة الصحيحة نتيجة التهديد أو الإكراه أو وجود علاقة التبعية[3].

إذا كانت المواثيق الدولية قد أحالت إلى القوانين الداخلية لوضع العقوبات المناسبة واتخاذ التدابير التشريعية والإدارية والتنظيمية المناسبة لمنع مخالفة الشروط الخاصة بالتجربة، فإن الكثير من القوانين الداخلية قد نصت على عقوبات مناسبة نذكر في هذا الصدد قانون الصحة العامة الفرنسي الذي قرر عقوبة الحبس لمدة ثلاث سنوات وغرامة قدرها خمسة وأربعون ألف يورو إذا ما أجريت التجربة دون الحصول

---

[1] المادة 5 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، والمادة 6 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان والمادة168 -1 من قانون حماية الصحة وترقيتها. تقابلها المادة209-9من قانون الصحة العامة الفرنسي.

[2] مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، ط1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011، ص166.

منير رياض حنا، مرجع سابق، ص92.

[3] محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، مرجع سابق، ص216.

على رضاء المعني حسب الشروط المنصوص عليها أو أنها أجريت بعد سحب الموافقة، أو رغم معارضته لها[1].

لا يعفي الباحث من المسؤولية في حالة تخلف شرط الرضا المتبصر حتى لو كان الهدف من التجربة تحقيق منفعة مرجوة للغير أو تقدم العلوم وخير البشرية، فالغرض لا يبرر الوسيلة وليس في القانون ما يجيز حرمان شخص من حقه في الحياة وحقه في سلامة جسده من أجل إنقاذ حياة شخص آخر.

تقوم المسؤولية الجنائية أيضا في حالة الاستمرار في التجربة رغم العدول عن الرضا أو عدم إخبار الخاضع لها بحقه في العدول عن موافقته في أي وقت، وإذا كان العدول عن التجربة قد يترتب عليه وفاة أو حدوث أضرار جسيمة، فإننا نرى أن يستمر الباحث في التجربة بناء على حالة الضرورة والاستعجال لأن حياة الخاضع للتجربة في حالة خطر[2] وذلك بعد أن يبصره بعواقب توقفه عن التجربة، رغم أنه يمكن اعتبار رفض المريض في هذه الحالة من ضمن حالات رفض العلاج التي تعرض المريض لخطر جدي على حياته والتي اختلفت التشريعات الوطنية في موقف الطبيب من مواصلة العلاج أو عدمه[3].

---

(1) Art 223-8 du c.pèn stipule :<Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche mentionnée aux 1^0 ou2^0 de l'article l1121-1 du code de la santé publique sans avoir recueilli le consentement libre et éclairé et, le cas échéant, écrit de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou de tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par le code de la santé publique, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000^E d'amende.
Les même peines sont applicables lorsque la recherche interventionnelle est pratiqué alors que le consentement est retiré.
Les même peines sont applicables lorsque la recherche interventionnelle est pratiquée alors que la personne s'est opposée.
Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à son identification par ses empreintes génétiques effectués à des fins de recherches scientifique.>

(2) أنظر المادة 48 ق.ع.ج، والمادة61 قانون عقوبات مصري، والمادة122-2 قانون عقوبات فرنسي.

(3) سبق الإشارة إلى بعض التشريعات التي تنص على احترام إرادة المريض في هذه الحالة، والاكتفاء ببذل الطبيب قصارى جهده لإقناعه.

يقع عبء إثبات توافر الرضا من عدمه على عاتق القائم بالتجربة سواء كان طبيبا أو مركز أبحاث، لأنه ملزم بتبرير مساسه بسلامة جسم الخاضع للتجربة[1]، ولأنه ملزم بالحصول عل الرضا بالتالي يقع عليه عبء إثبات قيامه بهذا الالتزام[2].

لم يتضمن قانون العقوبات ولا قانون الصحة الجزائريي أي نص يجرم التجارب التي تتم دون موافقة الخاضع لها، ومن ذلك يتضح تقصير المشرع الجنائي الجزائري في توفير الحماية الجنائية للأشخاص الخاضعين للتجربة خصوصا العلمية منها، لذلك تقوم المسؤولية الجنائية للباحث في حالة تخلف شرط الرضا، حسب القواعد العامة في قانون العقوبات وحسب الضرر الناتج عن التجربة، فقد تكون عن جريمة قتل عمد[3]، أو عن جريمة ضرب وجرح عمدي[4]، أو عن جريمة إحداث عاهة مستديمة[5]، أو عن جريمة تقديم مواد ضارة بالصحة[6].

2- مسؤولية الباحث عن إفشاء السر الطبي: تتفق مختلف التشريعات على احترام الحق في الخصوصية والحفاظ على سرية المعلومات المتحصل عليها بمناسبة

---

[1] مرعي منصور، مرجع سابق، ص170.

[2] انظر المادة 323 ق.م.ج التي تنص: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، والدائن هنا هو الشخص الخاضع للتجربة أما المدين فهو القائم بها أو الباحث.

[3] تنص المادة 254 ق.ع.ج: " القتل هو إزهاق روح الإنسان عمدا".

[4] جاءت المادة 264-1 ق.ع.ج كما يلي: "كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، يعاقب بالحبس من سنة(1) إلى خمس(5) سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى500000دج إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد على خمسة عشر(15)يوما".

[5] تنص المادة264-3 على: "و إذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد أبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات".

[6] جاءت المادة275 ق.ع.ج على: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 دج إلى2000دج كل من سبب للغير مرضا أو عجزا عن العمل الشخصي وذلك بأن أعطاه عمدا وبأية طريقة كانت وبدون قصد إحداث الوفاة مواد ضارة بالصحة".

أي تدخل طبي على جسم الإنسان وبالأخص عند إجراء البحوث الطبية[1]، لأن حماية السرية والخصوصية ينبع من احترام الكرامة الإنسانية للشخص الخاضع للتجربة.

تضع مختلف التشريعات العقابية عقوبات جزائية على إفشاء السر الطبي، فالقانون الفرنسي مثلا يعاقب بالحبس لمدة سنة وغرامة تصل إلى 15000 يورو وذلك في للمادة (226-13) من قانون العقوبات الفرنسي[2]. أما المشرع المصري فنجده يعاقب على إفشاء السر الطبي في المادة 310 من قانون العقوبات التي جاءت كما يلي: "كل من الأطباء و الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها القانون تبليغ ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أ بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري، ولا تسري أحكام هذه المادة إلا في الأحوال التي لم يرخص فيها قانونا بإفشاء أمور معينة كالمقرر في المواد202 ،203 ،204 ،205 من قانون المرافعات المدنية و التجارية"[3].

يؤكد للمشرع الجزائري على ضرورة احترام شرف المريض وحماية شخصيه بكتمان السر الطبي الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيادلة، وجعل من كتمان السر الطبي التزاما عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض وجعل حماية

---

[1] تم الإشارة إلى النصوص القانونية التي تؤكد على حماية السرية في الأبحاث الطبية في المبحث الأول من هذا الفصل.

[2] Art 226-13 du c.pèn stipule : <La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de15000 euros d'amende>

[3] نشير إلى أن المواد من 202 إلى 205 المشار إليها في المادة 310 عقوبات مصري تم إلغاؤها وحلت محلها المادة 66 من قانون الإثبات المصري التي تنص: "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أوغيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو معلومة أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة. ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومة متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم".

الملفات الطبية من الأمور المتعلقة بالسر الطبي[1]، كما عاقب قانون العقوبات الجزائري الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة والوظيفة الدائمة أو المؤقتة على إفشاء المعلومات التي توصلوا إليها بحكم هذه الوظيفة أو المهنة بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 5000دج إلى 50000 دج[2].

بتطبيق النصوص السابقة على التجارب الطبية فإن القائم بالتجربة يكون ملزما بعدم إفشاء المعلومات التي يتوصل إليها بمناسبة إجراء التجربة أو أثنائها والتي تخص الشخص الخاضع للتجربة، وكل إخلال بهذا الالتزام يترتب عنه مسؤوليته الجنائية والمدنية، ماعدا الحالات التي أجاز فيها القانون إفشاء السر الطبي[3].

ثانيا: المسؤولية العمدية عن مخالفة الشروط المتعلقة بالتجربة

يسأل الباحث إذا ما خالف الشروط المتعلقة بالتجربة مسؤولية عمدية سواء تعلق الأمر بمخالفة شرط الترخيص لإجراء التجربة أوعن مخالفته شرط التناسب بين مخاطر التجربة وفوائدها.

1- مسؤولية الباحث عن مخالفة شرط الترخيص: يعتبر الترخيص بإجراء التجربة شرطا ضروريا لمشروعيتها ولا يكفي الحصول على الترخيص بممارسة مهنة الطب لإجراء التجارب على الإنسان، وإنما يجب الحصول على الترخيص لكل تجربة في حد ذاتها، وتنشئ التشريعات عادة هيئات خاصة لمنح التراخيص بإجراء التجربة،

---

[1] المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2] المادة 301 ق.ع.ج.

[3] تعرضنا إلى الاستثناءات على السر الطبي في الفصل الأول من هذا البحث.

ففي الجزائر تم إنشاء المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية الذي تشترط موافقته المسبقة لإجراء التجارب العلمية[1].

يُلزم الباحث بوضع بروتوكول يشمل جميع المعلومات المتعلقة بماهية التجربة، الهدف منها، قيمتها العلمية، المخاطر المحتملة، الفوائد المرجوة، المدة المحددة لإجرائها والوسائل المستعملة فيها، يقدم هذا البروتوكول إلى الهيئة المختصة لتبدي موافقتها ويكون ذلك ترخيصا بإجراء التجربة، أما في حالة عدم موافقتها فيعتبر إجراء التجربة بدون ترخيص، أي عملا غير مشروع ويمس بحق الشخص في سلامته البدنية حتى لو كان هذا الأخير قد أعطى موافقته على الخضوع للتجربة، ذلك أن حماية الحق في سلامة الجسم يعتبر من النظام العام وهو حق مشترك بين الفرد والمجتمع[2].

لذا نجد المشرع الفرنسي ينص على عقوبة الحبس لمدة سنة وغرامة قدرها خمسة وأربعين ألف يورو، لكل شخص يمارس أو قام بممارسة تجربة طبية حيوية دون الحصول على الترخيص بإجراء التجربة[3].

رغم أن المشرع الجزائري اشترط لترخيص لإجراء التجربة في المادة 3/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمادة 197 أيضا الخاصة بالترخيص بمزاولة مهنة الطب، واعتبر أن ممارسة أي عمل طبي بدون ترخيص هو من الممارسات غير المشروعة لمهنة الطب[4]، إلاّ أنه لم يضع عقوبة جزائية خاصة بمخالفة هذا الشرط، وعليه تطبق القواعد العامة في قانون العقوبات، حيث يسأل القائم بالتجربة أو الباحث عن جميع الأضرار التي تلحق بجسم الشخص الخاضع للتجربة مسؤولية جنائية عمدية لعدم مشروعية التجربة، وهذه المسؤولية قد تكون عن جريمة قتل عمد طبقا للمادة

---

(1) المادة 168-1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

(2) أنظر محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص184، منير رياض حنا، مرجع سابق، ص180.

(3) Art 223-8 du c.pèn.

(4) المادة 214 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

254 ق.ع.ج إذا حدثت الوفاة، وقد تكون عن إحداث عاهة مستديمة إذا فقد وظيفة أحد أعضاء جسمه حسب المادة264 -3ق.ع.ج كما قد تكون عن إعطاء مواد ضارة إذا نتج عن التجربة اعتلال في صحة الشخص الخاضع لها وفقا للمادة 275 ق.ع.ج.

2- المسؤولية العمدية عن مخالفة شرط التناسب بين مخاطر التجربة وفوائدها: من شروط إجراء التجربة أن تكون المخاطر التي يتعرض لها الشخص متناسبة مع الفوائد المرجوة منها،فمن واجب الباحث أن يعمل على تفادي جميع الأضرار المحتمل أن يتعرض لها الشخص أثناء إجراء التجربة، وأن يسبق إجراء هذه الأخيرة تهيئة جميع الظروف المادية والمعنوية اللازمة لنجاحها[1].

إذا قام الباحث بإجراء التجربة دون العمل على تحقيق التوازن بين فوائدها ومخاطرها، يسأل مسؤولية عمدية عن كل النتائج المضرة التي سوف تصيب الشخص الخاضع لها، ويكون عمله ذلك مساسا غير مشروع بجسم الخاضع، واعتداء على سلامته البدنية وتعريضا لحياته للخطر، حتى لو كان الباحث قد حصل على الموافقة المسبقة للشخص الخاضع للتجربة قبل البدء فيها.

ينبثق الالتزام بمراعاة التوازن بين مخاطر التجربة وفوائدها من الالتزام باحترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان[2]، فالهدف من التجربة يجب أن يكون من أجل تخفيف الآلام وتحسين صحة الفرد والبشرية جمعاء، لا من أجل الإضرار بالإنسان وتعريض حياته وسلامته للخطر[3].

---

[1] المادة 5 من الإعلان العالمي بشأن المخين البشري وحقوق الإنسان.

[2] المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3] أنظر المادة (12-ب) من الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية لمراكز ومؤسسات الأبحاث

القائم بالتجربة ليس دائما شخص طبيعي، فقد يكون شخصا معنويا في صورة مركز أو مؤسسات أبحاث. لمعرفة المسؤولية الجنائية لمراكز ومؤسسات الأبحاث نتناول ماهية هذه المراكز **(أولا)**، ثم شروط مساءلتها (ثانيا) والعقوبات التي تخضع لها **(ثالثا)**.

أولا: ماهية مراكز ومؤسسات الأبحاث

تعتبر مراكز الأبحاث أشخاص معنوية[1] تتكون من مجموعة أشخاص طبيعية يقومون بأعمال طبية محددة باسم المركز أو المؤسسة ولحسابها، ويجب أن يكونوا متخصصين في المجال الطبي ويعملون بمعدات متخصصة[2]، تتمتع هذه المراكز بالشخصية القانونية، والذمة المالية والأهلية في الحدود التي يعينها القانون، وموطن ونائب يعبر عن إرادتها وحق التقاضي[3].

تلتزم مراكز الأبحاث بشروط وضوابط إجراء الأبحاث الطبية على الإنسان، كما يلزم بها الباحث الشخص الطبيعي فهي ملزمة بالحصول على رضاء الشخص الخاضع للتجربة، التوقف عن إكمال التجربة متى سحب الشخص رضائه في أي مرحلة كانت، وتلتزم أيضا بتبصير الشخص الخاضع للتجربة بكل ما يتعلق بموضوعها، فوائدها، المخاطر المحتملة، مدة إجرائها وكل المعلومات الضرورية للحصول على رضاء حر ومستنير.

---

(1) حسب المادة 49 ق.م.ج يعتبر من الأشخاص المعنوية " **كل مجموعة أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية**"، وتقابلها المادة 52 من القانون المدني المصري.

(2) مرعي منصور عبد الرحيم ، مرجع سابق، ص219.

(3) المادة 50 ق.م ج، وتقابلها المادة 53 قانون مدني مصري.

تلتزم مراكز الأبحاث أيضا بمراعاة التناسب بين المخاطر المحتملة والفوائد المرجوة من التجربة، بضرورة حماية خصوصية للشخص موضوع التجريب، احترام كرامته وحقوقه الأساسية، وسمو مصلحة الفرد وسلامته البدنية على مصلحة العلم والمجتمع وحدها.

ثانيا: شروط مساءلة مراكز ومؤسسات الأبحاث

يشترط لمساءلة مراكز ومؤسسات الأبحاث أن ترتكب الجريمة لحسابها الخاص وبواسطة أحد أجهزتها أو ممثلها الشرعيين[1]، فلا يجوز أن تسأل مؤسسات الأبحاث الطبية عن الجريمة التي تقع من شخص آخر غير أحد أجهزتها أو ممثليها، إذا ارتكبها لحسابه الشخصي أو لحساب شخص آخر أو ارتكبها بهدف الإضرار بمصالح مؤسسة الأبحاث الطبية ذاتها[2]، كما أنها لا تسأل إلاّ عن الجرائم التي ينص فيها القانون على معاقبة الشخص المعنوي فيها، على خلاف الشخص الطبيعي الذي يسأل عن جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات[3].

يسأل الشخص المعنوي في قانون العقوبات الجزائري[4] عن الجرائم التالية: جرائم الاتجار بالأشخاص تطبيقا للمادة303 مكرر11 ق.ع.ج، جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية وفقا للمادة303 مكرر26 ق.ع.ج، جرائم تهريب المهاجرين حسب المادة 303 مكرر38ق.ع.ج، والجرائم التي من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل طبقا للمادة 321-4 ق.ع.ج وجرائم الأموال وفقا للمادة382 مكرر1 ق.ع.ج زيادة

---

(1) تنص المادة 51 مكرر من ق.ع.ج: "**باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك**"، تقابلها المادة 223-2 قانون عقوبات فرنسي.

(2) مفتاح مصباح البشير الغزال، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية، ط1، دار الكتب الوطنية بنغازي، 2005، ص279.

(3) المادة 51 مكرر ق.ع.ج.

(4) المادة 303 مكرر 3 ق.ع.ج، والمادة 303 مكرر 26 ق.ع.ج.

على هذه الجرائم نص قانون العقوبات الفرنسي على الجرائم ضد الإنسانية (م211-1، والمادة 212 -1)، وجريمة تعريض شخص للخطر (م223-1) .

ثالثا: العقوبات التي تقع على مراكز ومؤسسات الأبحاث الطبية

يطبق على الشخص المعنوي المعنوي (مراكز ومؤسسات الأبحاث) في مواد الجنايات والجنح عقوبة الغرامة كعقوبة أصلية وبعض العقوبات التكميلية[1] حسب الآتي:

1- الغرامة التي تساوي مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.

2- واحد أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص المعنوي.
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية مباشرة أو غير مباشرة نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.
- نشر وتعليق حكم الإدانة.
- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات وتنصب الحراسة القضائية على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته.

(1) المادة 18 مكرر ق.ع.ج. تقابلها المادة 131 -38 قانون عقوبات فرنسي.

أما العقوبات التي تطبق في حالة المخالفات فهي منصوص عليها في المادة 18 مكرر 1 وتتمثل في:

- الغرامة التي تساوي من مرة واحدة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.
- كما يمكن الحكم بمصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

وعندما لا ينص القانون على عقوبة الغرامة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين سواء في الجنايات أو الجنح وقامت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي طبقا بأحكام المادة 51 مكرر[1]، فإن الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص المعنوي يكون كالآتي:

- 2000000 د.ج عندما تكون الجناية معاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد.
- 1000000 د.ج عندما تكون الجناية معاقب عليها بالسجن المؤقت.
- 500000 د.ج بالنسبة للجنحة[2].

ويجب الإشارة هنا أن المسؤولية الجنائية لمراكز ومؤسسات الأبحاث، لا تحول دون معاقبة الأشخاص الطبيعيين أي الأطباء والباحثين القائمين بالتجارب كفاعلين أصليين أو شركاء في نفس الجريمة[3]، وذلك حتى لا يشكل إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية (مراكز ومؤسسات الأبحاث) ستارا يستخدم لحجب المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين الذين ارتكبوا الجريمة[4].

---

[1] المادة 51 مكرر ق.ع.ج، مرجع سابق.

[2] المادة 18 مكرر 2 ق.ع.ج.

[3] المادة 51 مكرر 2 ق.ع.ج.

[4] مصباح مفتاح البشير الغزال، مرجع سابق، ص276.

لا تختلف العقوبات المقررة للشخص المعنوي في القانون الفرنسي عن تلك المنصوص عليها في نظيره الجزائري، فقد تم النص علىها في المادة131-37 ، والمادة 131-38 وكذلك المادة 131-40.وتتمثل هذه العقوبات في ما يلي:

الغرامة التي تساوي خمس مرات تلك المقررة للشخص الطبيعي وفي بعض الحالات المشددة تصل إلى عشرة مرات تلك المقررة للشخص الطبيعي؛

المنع ولمدة سنة أو أكثر من إصدار شيكات أو استعمال بطاقات الدفع، ما عدا تلك التي تسمح بسحب الأموال من طرف الساحب لدى المسحوب عليه أو تلك المضمنة؛

مصادرة الشئ الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أ نتج عنها؛

حل الشخص المعنوي؛

الوضع تحت الحراسة القضائية

المنع من ممارسة مباشرة أو بشكل غير مباشر من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية لمدة خمس سنوات على الأكثر؛

الإقصاء من الصفقات العمومية.

يتحمل الشخص الطبيعي(الطبيب أو الباحث) القائم بالتجربة المسؤولية الجنائية عن إجراء التجارب الطبية على الإنسان، كما يتحملها الشخص المعنوي الذي تجري التجارب والأبحاث باسمه ولحسابه، وفي هذا ضمان وحماية للشخص الخاضع للتجربة في حياته وسلامته البدنية واحترام كرامته الإنسانية.

المطلب الثاني

المسؤولية غير العمدية عن إجراء التجارب الطبية

دراسة المسؤولية غير العمدية للقائم بالتجربة تستلزم منّا تعريف الخطأ الجنائي وصوره(**الفرع الأول**)، ثم تطبيق ذلك على التجارب الطبية (**الفرع الثاني**)، وهناك بعض التجارب التي مجرد القيام بها تنشأ عنه المسؤولية الجنائية لأنها محظورة قانونيا(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: تعريف الخطأ الجنائي وصوره

لم تعرف غالبية التشريعات الخطأ (**أولا**)، لكنها عددت لنا صوره (**ثانيا**).

أولا: تعريف الخطأ الجنائي

يقصد بالخطأ الجنائي "اتجاه الإرادة إلى السلوك الخطر دون قبولها بتحقيق النتيجة الإجرامية التي تنجم عن هذا السلوك مع عدم اتخاذ الحيطة والحذر لتلافي حدوثها"[1]، ويمثل الإخلال بواجبات الحيطة والحذر مساءلة من أخل بواجباته عن النتيجة الضارة كأثر عن إغفال تلك الواجبات عند إثبات سلوكه.

يعاقب القانون على السلوك الذي يفضي إلى نتيجة إجرامية معينة وهو ما يقتضي صلة نفسية بين إرادة صاحب السلوك والنتيجة التي تحققت هذه الصلة تتمثل في مدى إدراك المتهم لحدوث النتيجة إجرامية من جراء مخالفة الحيطة والحذر في نشاطه[2].

---

[1] محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص314.

[2] حسين فريحة، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الأشخاص والأموال، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006م، ص106.

يمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه عن القواعد والأصول التي يقضي بها العلم والمتعارف عليها نظريا وعلميا وقت تنفيذه للعمل الطبي[1]، والمعيار الذي يؤخذ به في الاعتبار لتحديد خطأ الطبيب هو المعيار الموضوعي أي قياس سلوك الطبيب المسؤول على سلوك طبيب آخر في نفس مستواه العلمي والفني ودرجته وتخصصه مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب أثناء تنفيذ العمل الطبي[2].

ثانيا: صور الخطأ

المشرع الجزائري لم يعرّف لنا الخطأ الطبي لكنه أورد لنا صوره في المادة 288 من قانون العقوبات المتعلقة بالقتل الخطأ وكذلك المادة 289 من نفس القانون والمتعلقة بالضرب والجرح الخطأ، والمادة 442 المتعلقة بمخالفات الضرب والجرح غير العمدية، وتتمثل هذه الصور في:

1- **الرّعونة:** ومعناها السلوك المشوب بسوء التقدير والذي ينطوي الخروج عن قواعد السلوك دون تبصر لقواعده، وتعني أيضا سوء التقدير ونقص المهارة الفنية، ومثالها قيام طبيب عام بإجراء جراحة متخصصة.

2- **عدم الاحتياط:** وهو الخطأ الذي يرتكبه الجاني بنشاطه والذي يدل على عدم تدبر واحتساب العواقب للأمور وعدم التبصر بها[3]، ومثاله قيام الطبيب بنقل دم لمريضه دون التأكد من الزمرة أو التأكد من عدم تلوثه.

3- **عدم الانتباه:** ويقصد به عدم اليقظة ومثاله الطبيب الذي يتحدث في الهاتف النقال أثناء السّياقة فيتسبب في حادث مرور.

---

[1] مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص196.

[2] مرعي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق، ص197.

[3] حسين فريحة، مرجع سابق، ص110.

4- **الإهمال:** ويعني عدم اتخاذ الحذر ومثاله عدم تعقيم الأدوات الطبية قبل إجراء عملية جراحية.

5- **عدم مراعاة الأنظمة:** مخالفة القواعد التنظيمية والتشريعية تعتبر خطأ في حد ذاته يترتب عليه المسؤولية الجنائية، فالطبيب الذي لا يراعي القواعد المنظمة لمهنة الطب وأعراف المهنة وأخلاقياتها يسأل عن خطأ غير عمدي، لما تسببه تلك المخالفة من أضرار.

في رأينا أن هذه الصور هي على سبيل المثال لا الحصر لأن الجريمة في تطور مستمر وبالتالي لا يمكن تصور كل صور الخطأ التي قد يسفر عليها التطور العلمي والتكنولوجي في المستقبل.

توافر الخطأ وحده لا يكفي لتحقيق المسؤولية الجنائية وإنما يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبه الجاني والنتيجة الضارة التي أصابت الضحية. تطبق على الأعمال الطبية القواعد العامة لإثبات عناصر المسؤولية الجنائية من خطأ ونتيجة وعلاقة سببية.

الفرع الثاني: تطبيق المسؤولية غير العمدية على التجارب الطبية

تقوم المسؤولية غير العمدية إذا أخل القائم بالتجربة بأحد التزاماته **(أولا)**، هناك مجموعة من الجرائم غير العمدية التي يمكن تصورها في المجال الطبي **(ثانيا)**، لكن في بعض الأحيان يمكن نفي المسؤولية الجنائية غير العمدية **(ثالثا)**.

أولا: إخلال القائم بالتجربة ببعض التزاماته

يجب على القائم بالتجربة أن يتوخي الحيطة والحذر أثناء القيام بالتجربة الطبية والحرص على الحفاظ على سلامة الشخص الخاضع لها البدنية والعقلية، وأن يتوخى

الدقة والنزاهة في إجراء التجربة وفي عرض واستخدام نتائجها[1]، واتخاذ الاحتياطات اللازمة لضمان احترام حقوق الشخص الخاضع لها وكرامته الإنسانية وحماية الصحة العامة[2].

كل خروج عن الأصول العلمية السائدة في مجال البحث والتجريب، أو عدم اتخاذ الحيطة والحذر أثناء إجراء التجربة، وكذلك كل إهمال أو عدم انتباه يؤدي إلى المسؤولية الجنائية للقائم بالتجربة، مسؤولية غير عمدية عن جميع الأضرار التي تلحق بالشخص الخاضع لها.

إذا كان الالتزام في الأعمال الطبية بصفة عامة هو التزام ببذل عناية وهو ما ينطبق أيضا على التجارب العلاجية التي تكون فيها مصلحة مباشرة للشخص، فإن الالتزام في التجارب العلمية هو التزام بتحقيق نتيجة ذلك أن هذه التجارب لا تحمل أي منفعة مباشرة للشخص الخاضع لها، وبالتالي يجب أن يكون التزام بالحفاظ على صحته وسلامته هو التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية[3].

هناك من يرى أن القائم بالتجربة يعاقب على الأخطاء التي يرتكبها أثناء قيامه بالتجربة حتى ولو لم يتسبب ذلك في أي ضرر للشخص القائم بها، لأنها من جرائم الخطر التي تقوم ولو لم تتحقق النتيجة وليست من جرائم الضرر[4].

لم يتضمن المشرع الجزائري نص خاص بالمسؤولية الجنائية للتجارب الطبية وبالتالي تطبق القواعد العامة، أي يسأل القائم بالتجربة الطبية مسؤولية غير عمدية متى ارتكب خطأ جنائيا، وتسبب ذلك في أضرار للشخص الخاضع لها كالوفاة أو

---

[1] المادة 13 من الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان.

[2] المادة 15 من نفس الإعلان.

[3] أنظر في هذا الرأي أيضا مفتاح مصباح بشير الغزال، مرجع سابق، ص394.

[4] مفتاح مصباح بشير الغزال، مرجع سابق، ص397.

الجرح أو إحداث عاهة دائمة أو مؤقتة أو حدوث اعتلال في الصحة، وتقوم المسؤولية المدنية عن ذلك حتى لو كانت التجربة تمت باحترام جميع الشروط الشكلية والموضوعية.

ثانيا: بعض الجرائم غير العمدية التي يمكن تصورها في نطاق التجارب الطبية

ومن الجرائم التي يسأل عليها الباحث مسؤولية غير عمدية نذكر: جريمة القتل الخطأ وجرائم الجرح والإصابة الخطأ.

1- جريمة القتل الخطأ: إذا ارتكب القائم بالتجربة، أي صورة من صور الخطأ المذكورة سابقا ونتج عنها وفاة الشخص الخاضع للتجربة وتم إثبات العلاقة السببية بين خطأ القائم بالتجربة وواقعة الوفاة، فإنه يكون مسئولا مسؤولية جزائية عن جريمة قتل الخطأ[1]، وإذا كانت هذه التجربة تمت باسم ولحساب مركز أو مؤسسة أبحاث تقوم إلى جانب المسؤولية غير العمدية للباحث، أيضا مسؤولية مركز أو مؤسسة الأبحاث، وذلك طبقا للمادة 51 مكرر السالفة الذكر، والمادة 303 مكرر3 من نفس القانون[2].

2- جرائم الجرح أو الإصابة الخطأ: إذا ارتكب القائم بالتجربة إحدى صور الخطأ المتمثلة في الرعونة أو عدم الاحتياط أو عدم الانتباه أو الإهمال أو عدم مراعاة قواعد مهنة الطب وأخلاقياتها، وأدى ذلك إلى إصابة الخاضع للتجربة بجروح

---

(1) تنص المادة 288 ق.ع.ج **"كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 دج إلى 20000دج".**

(2) تنص المادة 303 مكرر3 ق.ع.ج : **"يكون الشخص المعنوي مسؤلا جزائيا عن الجرائم المحددة في الأقسام3 و4 و5 من هذا الفصل، وذلك طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر.**

وتطبق على الشخص المعنوي عقوبة الغرامة حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة18 مكرر، وفي المادة 18 مكرر2 عند الإقتضاء.

ويتعرض أيضا لواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 18 مكرر."

أو مرض أو اعتلال في صحته،يتحمل القائم بالتجربة المسؤولية الجنائية عن هذه الأضرار،وحتى ولو كان قد احترم جميع الشروط الشكلية والموضوعية الأخرى[1].

يسأل الشخص المعنوي (مركز الأبحاث) عن جريمة الجرح والإصابة الخطأ إذا ما تمت من طرف أجهزته أو ممثليه ولحسابه وفقا للمادة 303 مكرر3 ق.ع.ج.

ثالثا: نفي المسؤولية الجنائية غير العمدية

ويمكن للباحث أو القائم بالتجربة أن ينفي مسؤوليته الجنائية إذا ما أثبت حالة توافر سبب من أسباب الإباحة وموانع العقاب[2]، وكذلك إذا تم نفي علاقة السببية.

1- أسباب الإباحة وموانع العقاب

أسباب الإباحة هي أسباب موضوعية تزيل عن الفعل صفة التجريم وتهدم بذلك الركن الشرعي للجريمة ويمتد أثارها إلى كل من ساهم فيها[3].

ويترتب عليها الآثار الآتية:

– أن أسباب الإباحة لا تتعلق إلا بالجرائم أي بالأعمال المنصوص على تجريمها؛

– أنها ترفع عن الفعل صفة الإجرام، ويعتبر مرتكبه قد ارتكب فعل مباحا أو قام بواجب؛

– تبرئ الفاعل من الناحية الجزائية وترفع عنه أية مسؤولية مدنية؛

---

[1] تنص المادة 289 ق.ع.ج : " **إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلى عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.**"

[2] تنص المادة 48 ق.ع.ج : "**لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها**".

[3] محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص146.

– وهي موضوعية تشمل كل من تتوافر فيه سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا[1].

وأسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري[2] وتتمثل فيما يلي:

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2- الضرورة الحالة للدفاع الشرعي عن النفس أو الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع مناسبا مع جسامة الاعتداء.

هناك من التشريعات من تجعل من رضاء المجني عليه أيضا سببا من أسباب الإباحة، إلاّ أن المشرع الجزائري لم يعتبره كذلك وإن كان في بعض الجرائم يربط ركنها المادي برضاء المجني عليه، فمثلا في جرائم القذف، جرائم السب، جرائم السرقات بين الأقارب وجريمة الزنا نص على أن صفح الضحية يضع حدا لأي متابعة[3].

حتى يكون لرضاء المجني عليه أثر في إباحة الفعل أو تحقق موانع العقاب، يجب أن يصدر عن إرادة حرة وأن يكون معاصرا للفعل الذي تقوم به الجريمة فإن كان بعدها فلا أثر له على اتخاذ الإجراءات[4].

يعتبر إجراء التجارب الطبية من الأفعال التي أذن بها القانون في التشريع الجزائري[5] لذا فهي من الأفعال المباحة متى تم احترام الشروط القانونية اللازم توافرها أثناء التجريب، فإذا خرج الباحث عن هذه الشروط قامت مسؤوليته الجنائية العمدية أو المسؤولية غير العمدية في حالة ارتكاب خطأ غير عمدي.

---

[1] عصام أحمد محمد ، مرجع سابق،ص ص823 -945.

[2] المادة 39 ق.ع.ج.

[3] محمد صبحي نجم ، مرجع سابق ،ص148.

[4] المواد168 -1 و168 -2 و168 -3 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[5] تنص المادة 48 من قانون العقوبات:"لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بها"

قد يدفع الباحث أو القائم بالتجربة المسؤولية عن نفسه إذا أثبت حالة الضرورة، كأن يكون الشخص الخاضع للتجربة في حالة استعجال ولم يتمكن الباحث من الحصول على موافقته أو موافقة ممثله القانوني.

بالنسبة للمشرع الجزائري نجده ينص في المادة 39 من قانون العقوبات على أن حالة الضرورة الحالة سببا من أسباب الإباحة التي تنفي صفة التجريم عن الفعل، ولكنه في المادة 48 من نفس القانون يجعلها مانعا من موانع العقاب، أي أن الفعل يظل مجرما لكن الجاني لا يخضع للعقوبة متى توافرت حالة الضرورة والتي عبرت عنها هذه المادة بالقوة التي لا قبل له بها.

2- نفي العلاقة السببية

يمكن استبعاد المسؤولية الجنائية أيضا إذا ما قام بنفي العلاقة السببية بين النشاط الذي قام به وبين النتيجة الضارة التي أصابت المجني عليه، لأن في نفي العلاقة السببية تهديم للركن المادي للجريمة وبذلك لا تقوم هذه الأخيرة.

إن إقرار المسؤولية الجنائية عن إجراء التجارب الطبية على الإنسان فيه ضمانة قانونية لحماية الأشخاص الخاضعين لهذه التجارب، واحترام كرامتهم وإنسانيتهم، وحقوقهم في سلامة أجسادهم خاصة مع تقرير مسؤولية القائم بالتجربة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وجعل مسؤولية الشخص المعنوي لا تعفى الشخص الطبيعي القائم بالتجربة من مسؤوليته الشخصية.

حتى لو كانت الحماية المدنية وحدها أشمل من الحماية الجنائية فيما يخص نطاق التعويض عن الأضرار لأنها تشمل كل ضرر يسببه الشخص بخطئه للغير[1]، إلا أن الحماية الجنائية تحقق حماية أكثر للأشخاص، وذلك بما تحمله من عنصر

[1] أنظر المادة 124 من ق.م.ج.

الزجر والردع مما يحول دون ارتكاب الجريمة في كثير من الأحيان، وذلك رغم تقيدها بمبدأ الشرعية الذي قد يؤدي إلى خروج بعض الاعتداءات على الجسم عن مجال التجريم.

إذا كان ضمان سلامة الجسم يستوجب تنظيم التجارب الطبية وتحديد مسؤولية القائم بها خاصة الجنائية منها، سواء كانت مسؤولية عمدية أو غير عمدية، فهناك تجارب تمس بكرامة الإنسان وتهدد بقاءه، لذا يجب أن تتدخل النصوص القانونية لتنظيمها وبيان مدى مشروعيتها، قبل أن تخرج نتائجها عن سيطرة العلماء ويحل الفناء بالبشرية جمعاء، من هذه التجارب تلك المتعلق بالاستنساخ البشري.

الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية عن تجارب الاستنساخ البشري

يعتبر الاستنساخ في تطور مستمر، فبعد أن نجحت تقنية الاستنساخ في النبات، انتقلت إلى الحيوانات حيث تم استنساخ أوّل حيوان ثدي في سنة 1996، بعدها تم الإعلان عن استنساخ النعجة دوللي في سنة1997، ثم استنساخ حيوانات عديدة بعدها، مما طرح إمكانية استنساخ البشر[1]الذي لا يزال في مرحلة التجارب وبالتالي فإن آثاره مازالت غير محددة.

يعتبر الاستنساخ البشري من أخطر التجارب الطبية في الوقت الحاضر وأكثرها تهديدا للمجتمع الإنساني كله، مما يدعو إلى التساؤل حول تعريفه وأنواعه **(أولا)**، الموقف القانوني والشرعي منه **(ثانيا)**، ومتى تقوم المسؤولية الجزائية عن هذا النوع من التجارب الطبية**(ثالثا)**.

---

[1]لمزيد من التفصيل حول تطور تقنية الاستنساخ أنظر: [1] سامح جابر البلتاجي، الاستنساخ البشري بين الحظر والإباحة، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي العاشر بعنوان الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات تقنيان الهندسة الوراثية، المنعقد بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، الفترة من 2-3 أبريل2006، سجل أعمال المؤتمر، ص ص617-618.

أولا: تعريف الاستنساخ البشري وأنواعه

لكي نفهم الموقف الدولي من الاستنساخ البشري علينا التطرق إلى تعريفه وبيان أنواعه.

1- **تعريف الاستنساخ البشري**: الاستنساخ من فعل نسخ أي الحصول على صورة طبق الأصل من النسخة الأصلية[1]، وفي المجال العلمي يقصد به "تشكيل كائن حي كنسخة مطابقة تماما من حيث الخصائص الوراثية والفزيولوجية والشكلية لكائن حي آخر" [2]، وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه "توليد كائن حي أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة وإما بتشطير بويضة في مرحلة تمايز الأنسجة والأعضاء[3].

عرّفت المادة الأولى من البروتوكول الملحق بالاتفاقية الأوروبية حول حقوق الإنسان والبيوطبي الاستنساخ البشري كما يلي:"كل تدخل طبي يكون هدفه إيجاد كائن بشري متطابق جينيا مع كائن بشري آخر حي أو ميت"[4]، وبينت الفقرة الثانية من هذه المادة معنى كلمة "متطابق جينيا" بأنه: "لهما نفس الخصائص الجينية."

عرّف البرلمان الأوروبي الاستنساخ بأنه "إيجاد جنين إنسان يملك نفس الخصائص الجينية لإنسان آخر حي أو ميت"[5].

---

[1] محمد يحي المحاسنة، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، الكويت، 2004، ص261.

[2] سامح جابر البلتاجي، مرجع سابق، ص620.

[3] قرار مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره العاشر المنعقد بجدة، في الفترة من 28-3 يوليو 1997م، بشأن الاستنساخ البشري.

[4] protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine، portant interdiction du clonage d'être humain، adopté par le comité des ministre du conseil de l'Europe، ouvert à la signature le 12 janvier 1998 et entre en vigueur le 1er mars 2001، Art 1 : « tout intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort ».

[5] Voir le parlement Européen résolution du 7 septembre 2000، sur le clonage d'être humain : « considérant qu'il définit le clonage humain comme la création d'embryons humains

نلاحظ عدم وجود اختلاف بين الفقه والقانون حول تعريف الاستنساخ البشري، لأن كلاهما يركز على الطريقة العلمية التي يتم بها الاستنساخ والنتيجة المتمثلة في إيجاد نسخ متطابقة من الكائن البشري المستنسخ.

2- أنواع الاستنساخ البشري: تتجه تجارب العلماء نحو نوعين من الاستنساخ هما الاستنساخ التكاثري والاستنساخ العلاجي.

أ-**الاستنساخ التكاثري:**الغاية منه مساعدة الأشخاص غير القادرين على الإنجاب وذلك باستنساخ أطفال لهم، حيث يسعى العلماء إلى استنساخ إنسان كامل عن طريق استنساخ أجنة بشرية وذلك بطريقتين: تسمى الطريقة الأولى بالاستنساخ الجنسي حيث يفصل الجنين الطبيعي في أيامه الأولى التي تنقسم فيها البويضة الملقحة إلى خليتين أو أربعة، حيث يتم فصل كل خليتين لتصبح كل خلية صالحة لأن تكون جنينا إذا ما تك زرعها في رحم المرأة، وبذلك يمكننا الحصول على عدة توائم متشابهة وكلها تنتمي إلى أب وأم معينين[1].

تدخل هذه الطريقة في نطاق التلقيح الصناعي وتخضع لشروطه وضوابطه، ويكون اللجوء إليه في حالة وجود أمراض وراثية يخشى انتقالها من الآباء إلى الأبناء إذ أن وجود أكثر من جنين يحملون نفس المخزون الوراثي يساعد على اكتشاف الإصابة بالمرض ومعالجتها، ولرفع نسبة النجاح في عمليات أطفال الأنابيب، وأيضا لتوفير أعضاء ملائمة للزرع وتجنب المشاكل التي تطرحها عمليات نقل وزرع الأعضاء، وقد تم هذا الأمر فعلا سنة 1993[2].

---

dotés de la même constitution génétique qu'un autre être humain، vivant ou décède à un stade quelconque de leur développement sans distinction possible concernant la méthode utilisée ». Disponible sur le site : www.europarl.europa.eu

[1] علاء علي حسين نصر، مرجع سابق، ص35.

[2] بن عيسى رشيدة، الاستنساخ البشري، رسالة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004، ص63

تسمى الطريقة الثانية بالاستنساخ الجسدي أو اللاجنسي والتي يستغني فيها عن الحيوانات المنوية للرجل، وإنما تم بنقل نواة من خلية جسمية لأحد الأشخاص، لتزرع في بويضة منزوعة النواة، ثم يعاد زرع البويضة من جديد في الرحم، تنمو ونحصل في الأخير على مولود صورة طبق الأصل للشخص صاحب الخلية الجسدية[1]، لاقت هذه الطريقة معارضة شديدة في الأوساط الدينية والقانونية لما فيه من إهدار للكرامة الإنسانية، وهدر لنظام الأسرة، وإخلال في توازن المجتمع[2]، لكن هناك من يقول بإباحته إذا تم بين الزوجين دون تدخل طرف ثالث، حيث تؤخذ خلية جسدية من الزوج لتزرع في بويضة زوجته المفرغة من النواة، ثم تغرس اللقيحة في رحم الزوجة ذاتها، فهي بذلك علاج للعقم وتحقيق للنسل[3]، يقول الأستاذ أيمن مصطفى الجمل "رغم أن الاستنساخ يتمتع بسمعة سيئة حاليا، لكن الناس سوف يغيرون التفكير كما حدث لأطفال الأنابيب ويغيرون من موقفهم عندما يرون أول طفل تم استنساخه من أب وأم كاد الحرمان من الإنجاب أن يقتلهما"[4].

في رأينا الاستنساخ لازال في طور التجريب ومن الصعب إبداء رأي نهائي بشأنه، فهو تجربة علمية يجب أن تخضع لقواعد و ضوابط التجارب العلمية على الإنسان مثله مثل تجارب زرع الأعضاء والتلقيح الصناعي، والتجارب الجينية وتجارب الهندسة الوراثية، التي ما هي إلاّ دليل على التطور المستمر للعلوم الطبية

---

[1] محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، 2009، ص296.

[2] لمزيد من التفصيل حول حجج المعارضين لهذه الطريقة أنظر: سماح جابر البلتاجي، مرجع سابق، ص ص 629-639.

[3] جاسم علي سالم الشامسي، الاستنساخ، بحث مقدم إلى ندوة "التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل"، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 20-22 ديسمبر 1997، مجلة الشريعة والقانون، العدد 67، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1997، ص 581، بن عيسى رشيدة، مرجع سابق، ص64.

[4] أيمن مصطفى الجمل، مرجع سابق، ص233.

ب - الاستنساخ العلاجي: "يقصد به استنساخ كائنات حية لأخذ خلايا جذعية ولا يسمح لها للوصول إل تخليق كائن حي كامل"[1]، فهو عملية تهدف إلى توظيف الاستنساخ كوسيلة علاج، من خلال استنساخ الأجنة، أو الأعضاء، أو الجينات البشرية.

يمثل استنساخ الأجنة أهم تطبيقات الاستنساخ البشري العلاجي، ويتم بأخذ خلية من شخص مريض وزرعها في بويضة منزوعة النواة، ويعاد زرع البويضة في الرحم لنحصل على جنين يوقف نموه في الأيام الأولى (7-8 أيام)، وتؤخذ منه الخلايا الجذعية التي بإمكانها التطور والتحول إلى أنواع مختلفة من الخلايا والأنسجة والأعضاء والعظام والعضلات لتستخدم في علاج الكثير من الأمراض المستعصية مثل السكري، الزهايمر والجهاز العصبي[2]، ثم تزرع في الشخص المريض الذي يحتاج إليها والذي تم أخذ الخلية الجسدية منه. وقد لا يتدخل العلماء في المختبر ليوقفوا نمو الجنين في أيامه الأولى، بل يزرعونه في رحم امرأة متطوعة، وعندما يقارب جهاز دماغه على اكتمال النمو يتدخلون بالحقن المجهرية ليخربوا الدماغ فيكون الناتج مولود مستنسخ لا دماغي تستخدم أعضاؤه في عمليات زرع الأعضاء[3].

يهدف استنساخ الأعضاء البشرية تسهيل عملية الحصول على الأعضاء دون حاجة إلى استنساخ جنين يدمر في مراحل تكوينه الأولى قصد الحصول على

---

[1] إيمان محمد أحمد النشار، الاستنساخ العلاجي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي العاشر، بعنوان الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، الفترة من 2-3 أفريل 2006، سجل أعمال المؤتمر، ص 659.

[2] لمزيد من التفصيل حول أهمية الخلايا الجذعية أنظر بلحاج العربي، الخلايا الجذعية ومدى مشروعية استخدامها من الوجهة الشرعية والأخلاقية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد2، جامعة الجزائر،2008، ص ص228-230.

[3] محمد واصل، "الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 18، العدد الثاني، ماي 2001م، ص35.

أعضائه، ويتم بأخذ خلايا العضو المحتاج إليه واستنساخها في المختبر ليتم زرعها في جسم المريض[1]، وبذلك يتجنب المشاكل التي أثارتها عمليات نقل الأعضاء خاصة فيما يتعلق بموت الدماغ[2]، والاتجار بالأعضاء البشرية، وقد حقق العلماء نجاح استنساخ الجلد البشري، والغضاريف والأوعية الدموية ووضعوا لها بنوكا خاصة، كما أنهم يصدد استنبات أعضاء القلب، الكبد، الكلى، البنكرياس، العظام، الأجهزة التناسلية، والخلايا العصبية[3].

يقصد باستنساخ الجينات قطع أجزاء من الجينات وإعادة استنساخها في المختبر لاستخدامها فيما يسمى بالعلاج الجيني الذي يستخدم في علاج الأمراض الوراثية والتشوهات الخلقية الناتجة عن عيب في الجينات، والتشخيص المبكر للأمراض الوراثية وكذا الوقاية منها[4]، وهو يقترب من الهندسة الوراثية لكن يختلف عنها في كونه يهدف إلى استنساخ أجنة أو أعضاء أو جينات طبق الأصل، أما الهندسة الوراثية فتهدف ألى التعرف على التسلسل الجيني للمورثات التي تمكننا من معرفة الأمراض الوراثية للحصول على أدوية جديدة.

يختلف الاستنساخ العلاجي عن الاستنساخ التكاثري في أنه لا يؤدي إلى الحصول على أجنة مكتملة النمو، ولا يمس الموروث الجيني للبشر أو يتلاعب في مورثاته، لذا فهو يجد قبولا كبيرا لدى العلماء وحتى رجال الدين لكن يؤخذ على

---

(1) للتعرف على دوافع استنساخ الأعضاء البشرية أنظر :دعاء تيسير خليل بكر، استنبات الأعضاء البشرية بوساطة الخلايا الجذعية والجينات وحكمه في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2008، ص ص32-33

(2) لمزيد من التفصيل عن حقيقة موت الماغ، أنظر: محمد سليمان الأشقر، نهاية الحياة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، 1987، ص-ص663-677.

(3) دعاء تيسير خليل بكر، مرجع سابق، ص ص60-67.

(4) لمعرفة ماهية العلاج الجيني، أهميته ومشروعيته أنظر: رنا عبد المنعم الصراف تقنيات العلاج الجيني في ضوء مبدا حرمة جسم الإنسان، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، العدد52، السنة17، العراق، 2012، ص ص 203-251.

الاستنساخ العلاجي انه يؤدي إلى تدمير جنين بالمختبر للحصول على خلاياه الجذعية، كما يشير بعض العلماء إلى وجود تشابه كبير بين الخلايا الجذعية والخلايا السرطانية مما يعني أن استعمالها قد يسبب إصابة الشخص بالسرطان.

ويؤكد العلماء أن الاستنساخ البشري بنوعيه أمر لا مفر منه، وأن القوانين والتجريم لا تمنع من المضي قدما في إجراء التجربة على الإنسان، خاصة وأن المحاولات المتكررة من العلماء في مجال الاستنساخ تسير في نفس الدرب[1].

ثانيا: الموقف القانوني والشرعي من الاستنساخ البشري

يفرق رجال القانون وفقهاء الشريعة بين الاستنساخ العلاجي الذي تتحقق فيه المصلحة العلاجية للإنسان، وبين الإستنساخ التكاثري الذي يكون بغرض إيجاد نسخ طبق الأصل لكائن بشري.

1-حكم الاستنساخ العلاجي

نظرا لما يحمله الاستنساخ العلاجي من فائدة علاجية فإن التشريعات اختلفت حول مشروعيته، إذ هناك دول نصت صراحة على إباحته مثلا في بريطانيا يجيز قانون الخصوبة وعلم الأجنة تخليق أجنة بشرية من أجل البحث العلمي[2]، وتبعتها فيما بعد اسرائيل وكوريا الجنوبية، أما ألمانيا فتسمح باستيراد أجنة بشرية ووضعها في خدمة البحث العلمي، وتسمح بلدان أخرى كاليابان باستخدام الأجنة الفائضة في عمليات أطفال الأنابيب وترفض تخصيب أجنة خصيصا لغرض العلاج، وهناك دول لم تنظمه لكنها في نفس الوقت لم تمنعه، وإن كان الاتجاه الغالب نحو إباحته، خاصة

---

[1] محمود أحمد طه محمود، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص202.

[2] أجاز البرلمان البريطاني سنة 2001 بغالبية 366 صوتا مقابل 174 صوتا على إجازة تخليق أجنة بشرية من أجل البحث العلمي.

بعد ظهور تقنيات تستغني عن استنساخ أجنة بشرية وتكتفي باستنساخ الأعضاء أو الجينات[1].

تجمع فتاوى فقهاء الشريعة الإسلامية على تحريم استنساخ الأجنة من أجل استخدام خلاياها الجذعية في العلاج وذلك لما تتمتع به اللقيحة المستنسخة من كرامة تتناسب مع عمرها، ونوع من الحياة يستوجب الاحترام، حتى دخل الاعتداء عليها في مسمى القتل بغير حق يقول الدكتور محمد علي البار: " إن استخلاص الخلايا الجذعية من اللّقيحة المستنسخة يعد قتلا لها بغير حق"[2]، ولما ستؤول إليه هذه اللّقيحة مستقبلا من إنسان كامل لولا الرغبة والأطماع التي حالت بينها وبين بلوغها مآلها[3]، وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي بعض النواحي الفقهية والأخلاقية لهذا الموضوع وقرر ما يلي:

- "الجنين الآدمي له حرمة، فلا يجوز إجهاضه من أجل استخدام خلاياه واستثمارها تجاريا، أو استخدامها في زرع الأعضاء واستخراج بعض العقاقير منها؛

- لا يجوز إحداث إجهاض من اجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر على الإجهاض الطبيعي غير المتعمد والإجهاض لعذر شرعي، ولا يلجأ لإجراء عملية جراحية لاستخراج الجنين إلاّ إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم؛

- يتم الاستفادة من أعضاء الأجنة في ثلاث حالات: حال الأجنة التي تسقط تلقائيان حالة الأجنة التي تسقط لعامل طبي أو جنائي، وحالة اللقائح المستنبة خارج الرحم .

---

[1] تمت الإشارة إلى قوانين هذه الدول في بلحاج العربي، الخلايا الجذعية، مرجع سابق.

[2] صرح بهذا في حصة تلفزيونية على قناة إقرأ الفضائية بعنوان" ندوة الأسبوع"، والتي كانت حول "الاستنساخ والإعجاز العلمي في القرآن"، بتاريخ 11 يوليو2002.

[3] أنظر يوسف القرضاوي، "استنساخ البشر لأغراض علاجية، جدل علمي جديد"، نشر بتاريخ 31مارس2001 على الموقع:www.islamoline.net

- لا يجوز التعرض للمولود اللادماغي طالما ولد حيا ولا فرق بينه وبين الأسوياء في هذا الموضوع، فإذا مات فإن الأخذ من أعضائه تراعى فيه أحكام وشروط النقل من أعضاء الموتى؛

- لا يجوز استنساخ الأجنة للحصول على الخلايا الجذعية الجنينية؛

- لا يجوز التبرع بالنطف المذكرة أو المؤنثة لإنتاج بويضات مخصبة، تتحول بعد ذلك إلى جنين بهدف الحصول على الخلايا الجذعية منه؛

- يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة تفاديا لوجود فائض من البويضات الملقحة، مع اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بمنع اختلاط الأنساب"[1].

لكنهم لم يغلقوا الأبواب تماما أمام استخدام الخلايا الجذعية مع ضرورة وضع الضوابط التي تحول دون تحول الاستنساخ العلاجي نحو الاستنساخ التكاثري، فقد قرر مجمع الفقه الإسلامي ما يلي:

- "يجوز الانتفاع بالخلايا الجذعية الجنينية من الأجنة الساقطة التي لم تنفخ فيها الروح بعد سواء في زراعة الأعضاء أو الأبحاث والتجارب العلمية والمعملية وفقا للضوابط الشرعية التي ترتكز أساسا على ضرورة الموازنة الشرعية بين المفاسد والمصالح.

- ليس هناك ما يمنع شرعا من الحصول على الخلايا الجذعية من خلال الحبل السري أو المشيمة؛

[1] أنظر قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي دورة مؤتمره الثالث بعمان بشأن أطفال الأنابيب سنة1986، أوالدورة السادسة بشان زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي، واستخدام الأجنة مصدرا للأعضاء سنة 1990، والدورة السابعة عشرة بشأن الاستفادة من الخلايا الجذعية سنة 2003.

- يجوز نقل الخلايا الجذعية من الجنين الميت، والانتفاع بها لعلاج الأمراض المستعصية، وفقا للضوابط الشرعية المعتبرة في نقل الأعضاء والأنسجة من جثث الموتى؛

- يجوز استخدام الخلايا الجذعية في الموجودة في إنسان بالغ إذا كان أخذها منه لا يشكل ضررا عليه، وأمكن تحويلها إلى خلايا للعلاج، وكان هذا الاستخدام يحقق مصلحة شرعية كزراعة الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا".[1]

خلاصة القول أن الفقه الإسلامي يمنع الاستنساخ العلاجي الذي يقوم على استنساخ أجنة من أجل الحصول على أعضائها أو خلاياها الجذعية واستخدامها في العلاج، لكنه يفتح الباب واسعا للاستفادة من الخلايا الجذعية المتحصل عليها من مصادر مباحة كما لو أخذت من أشخاص بالغين، أو المشيمة، أو الحبل السري، أو من الأجنة المجهضة تلقائيا أو لسبب علاجي وكذلك من اللقائح الفائضة في التلقيح الصناعي، لاستعمالها في العلاج والتجارب الطبية.

تقوم إباحة إجراء الأبحاث الطبية على أساس المصلحة العلاجية للمرضى، وعدم الحد من التقدم العلمي في المجالات الطبية، وضرورة البحث في البدائل الممكنة في المسائل التي بها محاذير فقهية وأخلاقية.

أما عن الاستنساخ العضوي فلا يوجد ما يمنعه لا في القوانين الوطنية ولا في الشريعة الإسلامية بشرط أن يتم وفق الشروط والضوابط القانونية والأخلاقية و الشرعية لأعمال الطبية ،الأبحاث العلمية وعمليات زرع الأعضاء البشرية، خاصة احترام الكرامة الإنسانية، وعدم جعل عمليات الاستنبات محلا للتجارة والربح، موافقة الشخص صاحب

[1] القرار الثالث بشأن الاستفادة من الخلايا الجذعية ، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره السابعة عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 19-24 شوال1424هـ/ 2003م.

الخلية المستنبة عند الانتفاع بها، وأن يكون مصدر الخلية المستنسخة مشروعا،[1] وذلك لما له من أهمية في توفير الأعضاء المطلوبة للزرع، تقليل تكاليف العلاج للمرضى المحتاجين للأعضاء، والقضاء على الاتجار بالأعضاء البشرية، يقول الشيخ يوسف القرضاوي:" إن إمكانية استنساخ أعضاء معينة من الجسد مثل القلب، أو الكبد، أو الكلية ليستفاد منها في علاج من يحتاج إليها أمر يرحب به الشرع ويثيب عليه الله تعالى لما فيه من منفعة للناس دون إضرار بأحد، أو الاعتداء على حرمة أحد، فهو مشروع مطلوب طلب استحباب، وربما طلب إيجاب بقدر الحاجة إليه والقدرة عليه"[2].

يقوم الحكم بجواز الاستنساخ العضوي على أساس أن القصد منه هو تحقيق مصلحة علاجية للمريض، وإزالة الضرر باستبدال العضو المريض بالعضو المستنسخ، وفي هذا مصلحة لا تخالف مقاصد الشرعة وهي حفظ النفس، ودفع الأذى عنه.

لا يختلف الحكم بالنسبة لاستنساخ الجينات كثيرا عن الحكم السابق، لأنهما يحققان نفس الغاية وهي تحقيق المصلحة العلاجية للمريض وحفظ النفس من الهلاك، فهو يتم بغرض عزل الجين المريض بجين مستنسخ سليم، دون اعتداء على حياة أحد أو كرامته، فهو من باب التداوي المباح شرعا وقانونا، ويخضع لضوابط العلاج الجيني، والمتمثلة في ما يلي:

-ألاّ يؤدي هذا النوع من العلاج إلى ضرر أعظم من الضرر الموجود أصلا؛

-أن يغلب الظن أن هذا العلاج يحقق مصلحة الشفاء أو تخفيف الآلام؛

---

[1] دعاء تيسير خليل بكر، استنبات الأعضاء البشرية بوساطة الخلايا الجذعية والجينات وحكمه في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان 2006، ص ص 88-90.

[2] القرضاوي يوسف، استنساخ البشر لأغراض علاجية، جدل علمي جديد، مرجع سابق.

-أن يتعذر وجود البديل؛

-أن تراعى شروط نقل الأعضاء في المتبرع والمتبرع له المعتبرة شرعا، وأن يجري عملية نقل الجين متخصصون ذوو خبرة عالية وإتقان وأمانة.

أما استخدام العلاج الجيني في اكتساب صفات معينة مثل الشكل فلا يجوز لما فيه من تغيير الخلقة المنهي عنه شرعا، ولما فيه من العبث وامتهان لكرامة الإنسان، فضلا عن عدم وجود الضرورة أو الحاجة المعتبرة شرعا[1].

إذن الاستنساخ البشري العلاجي وعلى الرغم مما يرمي إليه من توفير العلاج لكثير من الحالات المزمنة إلاّ أنه لا يعتبر جائز شرعا إلا في نوعيه العضوي والجيني وبقيود وضوابط، أما استنساخ الأجنة من أجل الحصول الأعضاء أو الخلايا الجذعية فهو غير جائز شرعا نظرا لما يفضي إليه من اعتداء على النفس البشرية في مختلف أطوار نموها.

2-- حكم *للاستنساخ التكاثري*

هناك إجماع دولي على حظر الاستنساخ البشري التكاثري تم تأكيده من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، فعلى إثر الإعلان عن استنساخ النعجة دوللي في فيفري1997م، أصدرت منظمة الصحة العالمية قرارا حول لاستنساخ التكاثري جاء فيه "إن أية محاولة لاستخدام تكنولوجيا الاستنساخ الجديدة في عمل نسخ متطابقة من البشر غير مقبول ولن نؤيد هذه التجارب لأنها تخالف المبادئ الأساسية

[1] قرار رقم203(9/21) بشأن الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري(المجين)، صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الواحد والعشرين، بمدينة الرياض(المملكة العربية السعودية)، في الفترة من 15 إلى19 محرم1435هـ، الموافق18-22 نوفمبر2013.

للإنجاب"، وأكدت المنظمة على "احترام كرامة الإنسان وسلامته البدنية، وطلبت من المدير العام للمنظمة أن يقيّم النتائج الأخلاقية والعلمية والاجتماعية للاستنساخ"[1].

ما يلاحظ على هذا القرار أنه مجمل جدا، فهو لم يعرف لنا الاستنساخ ولم يميز لنا بين أنواعه،كما أنه يشمل فقط حظر الاستنساخ البشري التكاثري ولم يحظر كل إجراءات الاستنساخ وأبحاثه كالاستنساخ العلاجي.

منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة(اليونسكو) بدورها أعلنت عن تخوفها من تأثير نتائج التطور الطبي السريع على حقوق الإنسان واحترام كرامته واعتبرت أن الاستنساخ البشري مخالف للكرامة الإنسانية، وذلك بإصدارها للإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان الذي أكد على سمو احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية والكرامة الإنسانية[2]، واعتبر الاستنساخ التكاثري يتنافى مع كرامة الإنسان ودعا الدول إلى الكشف عن هذه الممارسات واتخاذ التدابير اللازمة بشأنها على المستوى الدولي والوطني[3].

يلاحظ على هذا الإعلان أنه يدل على تخوف واضعيه من نتائج التقدم الطبي التي قد يسفر عنها المستقبل كما أنه لم يذكر الاستنساخ التكاثري إلا كمثال عن الممارسات المنافية للكرامة الإنسانية، وبالتالي فالحظر يشمل كل الممارسات المماثلة التي قد يؤدي إليها التطور العلمي السريع خاصة الأبحاث في مجالات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب بصفة عامة، أي الأبحاث على المجين البشري مثلا الهندسة الوراثية، والتلقيح الصناعي، والعلاج الجيني والأبحاث على الأجنة.

---

[1] تم اتخاذ هذا القرار من طرف منظمة الصحة العالمية، في اجتماع دورتها الخمسين المنعقدة في 1997/05/14م.

[2] المادة 10 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[3] المادة 11 من نفس الإعلان.

طرحت مسألة وضع اتفاقية دولية لحظر الاستنساخ البشري على الدورة السادسة للجمعية العامة للأمم المتحدة (لجنة الأعمال القانونية) في نوفمبر 2001م، حيث تم وضع لجنة خاصة مفتوحة لكل الدول الأعضاء ومنظمات الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة من أجل دراسة إمكانية وضع اتفاقية دولية ضد الاستنساخ البشري لغرض التكاثر، كذلك كلفت اليونسكو ومنظمة الصحة العالمية بالمشاركة كملاحظتين في أعمال هذه اللجنة[1]، لكن هذه اللجنة وجدت مشكلة فيما يخص تعارض الدول حول الاستنساخ العلاجي الذي اقترحت بعض الدول تنظيمه وإباحته[2]، لذلك قررت الجمعية العامة تأجيل الفصل في القضية إلى غاية 2005م.

تم اعتماد إعلان الأمم المتحدة حول الاستنساخ البشري[3]، في 8 مارس2005 الذي منع تجارب الاستنساخ البشري في جميع أشكاله التي تتعارض مع كرامة الإنسان وحماية حياته الإنسانية، ودعا الدول إلى أن تتخذ التدابير اللازمة لحظر تطبيق تقنيات الهندسة الوراثية التي قد تتنافى مع كرامة الإنسان، كما دعا الدول إلى حظر الاستنساخ البشري.

إذا كانت الدول لم تستطع وضع اتفاقية دولية عالمية لحظر الاستنساخ البشري التكاثري، فإن الأمر على المستوى الأوروبي قد تم بالفعل.

منعت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي[4] تخليق أجنة بشرية من أجل البحث العلمي، وبالتالي يمكن أن يستدل على ذلك بأنها تمنع الاستنساخ العلاجي، كما كان البروتوكول الملحق بهذه الاتفاقية والمتضمن حظر الاستنساخ

---

[1] تم وضع هذه اللجنة بناءا على التوصية56 -93 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، في اجتماع دورتها السادسة في نوفمبر 2001م.

[2] تعتبر بريطانيا وألمانيا من الدول التي أصرّت على تنظيمه، بينما عارضت فرنسا وأمريكا بشدة.

[3] اللائحة رقمA/RES/59/280، تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة59، بتاريخ 8مارس2005 تتضمن إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر، متاح عل الموقع: www.un.org>resolutions

[4] Art 18 du la convention sur les droit de l’homme et la biomédecine، op.cit.

البشري صريحا في حظر الاستنساخ البشري حيث نص عل "حظر كل تدخل طبي يكون هدفه تخليق كائن بشري متطابقا جينيا مع كائن بشري آخر حيا أو ميتا"[1] ، وبين معنى "متطابق جينيا بأنه يقصد بها "شخصان لهما نفس الصفات الجينية أو الوراثية". يمكن أن يفهم من هذا النص أنه يحظر كل تقنية للاستنساخ البشري سواء كان ذلك من أجل الاستنساخ التكاثري أو العلاجي، كما استعمل هذا البروتوكول كلمة "كائن بشري" وهذه العبارة تختلف عن مصطلح "الشخص"، فالشخص القانوني لا يبدأ إلا من لحظة الولادة، لكن الكائن البشري يشمل الجنين وعليه فإن البروتوكول يحظر تخليق الأجنة المتطابقة مع أجنة أخرى، أي كل أنواع الاستنساخ البشري سواء كان تكاثريا أو علاجيا.

حظر ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوروبي[2] صراحة الاستنساخ البشري التكاثري واعتبره من الممارسات المنافية للكرامة الإنسانية، لكنه سكت عن الاستنساخ العلاجي لاختلاف مواقف الدول الأوروبية بشأنه، فقانون الإخصاب والأجنة البشرية البريطاني يجيز استنساخ أجنة بشرية من أجل البحث العلمي، كذلك ألمانيا تسمح باستيراد أجنة بشرية ووضعها في خدمة العلاج، بينما تمنع فرنسا الاستنساخ البشري بنوعيه العلاجي والتكاثري.[3]

لم يتضمن القانون الجزائري نصا يجرم الاستنساخ البشري أو ينظمه، لكن وفقا للمبادئ العامة التي تحمي الكرامة الإنسانية والحق في سلامة الجسم، يمكن القول أن الاستنساخ البشري غير مشروع وفقا للقانون الجزائري.

---

(1) Art 1 du Protocole additionnel à la convention sur les droit de l'homme et la biomédecine portant interdiction du clonage d'êtres humains.

(2) Art 3-2 du la charte des droits fondamentaux de l'union européenne.

(3) تم الإشارة إلى هذه القوانين في محمد يحي المحاسنة، مرجع سابق، ص ص 288-289

قيام المسؤولية الجزائية عن الاستنساخ البشري

يعتبر الاستنساخ البشري التكاثري من الأعمال الطبية التي لا تزال في طور التجريب، فهو يعتبر من التجارب العلمية على جسم الإنسان التي تنبثق من حرية البحث العلمي، لكن نظرا لآثاره الخطيرة على نظام الأسرة والمجتمع وعلى حقوق الأفراد تولد إجماع دولي على رفضه والقول بعدم مشروعيته.

إن القول بعدم مشروعية تجارب الاستنساخ التكاثري يجعل مجرد القيام بها يعتبر خطأ في حد ذاته موجبا للمسؤولية، وبما أنها تقوم على جسم الإنسان فإن القائم بهذه التجارب يتحمل المسؤولية عن جميع الأضرار التي تلحق الشخص الخاضع للتجربة ولو لم يرتكب أي خطأ لأن حماية الحق في سلامة الجسم تعتبر من النظام العام.

رغم عدم وجود نص خاص في القانون الجزائري يعاقب على الاستنساخ التكاثري، فالقائم به يسأل جزائيا عن جميع الأضرار التي تصيب الشخص الذي تؤخذ منه الخلية الجسدية، أو المرأة التي تزرع في رحمها البويضة التي وضعت فيها نواة الخلية، سواء في حياتهما وتكون جرائم قتل عمد[1]، أو تكاملهما الجسدي وتكون جرائم الجرح العمدي[2]، أو في صحتهما وتكون جرائم الإضرار بالصحة[3]، كما يسأل عن إفشاء المعلومات الخاصة بهما[4]، وذلك وفقا للقواعد العامة للتجريم والعقاب.

وضع القانون الفرنسي نصوصا خاصة تمنع الاستنساخ البشري بنوعيه وتعاقب عليه، إذ نص في القانون المدني على منع الاعتداء على الجنس البشري، وحظر كل التدخلات الطبية التي يكون الهدف منها إيجاد طفل متطابق جينيا مع شخص آخر

---

[1] المادة 254 ق.ع.ج.

[2] المادة 264 ق.ع.ج.

[3] المادة 275 ق.ع.ج.

[4] المادة 301 ق.ع.ج.

حيا أو ميتا، كما منع كل تعديل في الخصائص الجينية للشخص التي قد تلحق فروعه، ما عدا تلك التي تهدف إلى الوقاية أو العلاج من أمراض وراثية.[1] كما منع قانون الصحة العامة تخليق أجنة بشرية لأغراض البحث العلمي[2] أو لأغراض الصناعة أو التجارة،[3] أو العلاج[4]. وضع قانون العقوبات الفرنسي عقوبة السجن لمدة ثلاثين سنة وغرامة مالية قدرها سبعة ملايين وخمس مئة ألف يورو، على كل تدخل بهدف ولادة طفل متطابق جينيا مع شخص آخر حيا كان أو ميتا[5]، كما قرر عقوبة الحبس لمدة عشرة سنوات وغرامة مائة وخمسون ألف يورو على كل نقل للخلايا أو النطف، بهدف ولادة طفل متطابق جينيا مع شخص آخر حيا أو ميتا[6].

تشير إحصائيات منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة إلى أنه لا توجد أي دولة تسمح بالاستنساخ التكاثري، وهناك حوالي ثلاثين دولة منعته صراحة في تشريعاتها، خمسة عشرة منها قرر عقوبات جزائية عليه[7].

---

(1) Art 16-4 du c.civ.

(2) L'a rt L2151-2 du c.s.p stipule : " La conception i vitro d'embryon ou la conception par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite.
La création d'embryons transgéniques ou chimiques est interdite"

(3) L'a rt L2151-3 du c.s.p stipule : " Un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, n i utilisé, à des fins commerciales ou industrielles".

(4) L'a rt L2151-4 du c.s.p stipule : " Est également interdite toute constitution par clonage d'un embryon humain à des fins thérapeutiques".

(5) L'a rt 214 du c.pèn stipule : " Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naitre un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7500 000euros d'amende ".

(6) L'a rt 511-1 du c.pèn stipule : " Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le bute de faire naitre un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décidée ".

(7) UNESCO, (SHS-2004/WS/17),Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique, paris, juillet 2004, pp 5-26 .

لا تمنع غالبية الدول تجارب الاستنساخ العلاجي، لذا يجب أن يتوافر فيها جميع شروط إجراء التجارب الطبية خاصة العلمية منها، من ترخيص ورضاء وتبصير مشددين وضرورة التناسب بين فوائد التجربة ومخاطرها، وسمو مصلحة الشخص الخاضع للتجربة على مصلحة العلم والمجتمع وحده، وضرورة احترام كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية وأن تهدف التجربة إلى تخفيف الآلام وتحسين صحة الفرد وحماية الصحة العامة والبشرية جمعاء[1].

وعليه لا تقوم المسؤولية الجزائية للقائم بالتجربة إلاّ إذا خالف أحد شروطها، أو ارتكب خطأ جنائيا أثناء القيام بها، كالإهمال وعدم الاحتياط أو عمل الانتباه، أو عدم مراعاة الأنظمة، ويمكن أن يأخذ هذا الخطأ صورة القتل الخطأ[2] إذا ما تسبب خطؤه في وفاة الشخص صاحب الخلية، أو المرأة التي تزرع فيها اللقيحة المستنسخة، أو جريمة الجرح الخطأ[3].

هناك دول قليلة فقط نظمت الاستنساخ العلاجي، منها خمسة عشر دولة تبنت تشريعات منعت تخليق أجنة بشرية من أجل البحث العلمي، ودول عدلت تشريعاتها لكي تسمح به، ولا زال الجدل قائم بشأنه[4]، وعليه يكون القائم بالتجربة مسئولا مسئولية عمدية عن مجرد القيام بهذه التجارب رغم أن الهدف منها إيجاد علاج جديد، وحتى لو لم يرتكب أي خطأ أثناء قيامه بالتجربة، أما في الدول التي تسمح به، فالتجربة هنا تعتبر مشروعة ولا يسأل القائم بالتجربة إلا إذا ارتكب خطأ أثناء القيام بها أو خالف أحد شروطها.

---

[1] تناولنا شروط إجراء التجارب الطبية على الإنسان في المبحث الأول من هذا الفصل.

[2] المادة 288 ق.ع.ج

[3] المادة 289 ق.ع.ج .

[4] UNESCO , op.cit, p3

يتحمل القائم بالتجربة سواء في الاستنساخ العلاجي أو التكاثري تعويض الأضرار التي تلحق الأشخاص الخاضعين لها، حتى ولو لم يرتكب أي خطأ، وتكون المسؤولية موضوعية في هذه الحالة[1].

إن حماية الحق في سلامة الجسم لا تتوقف عند ضمان سلامته فحسب، وإنما تشمل أيضا عدم إخضاعه للمعاملات التجارية التي تمتهن كرامته وتجعله مجرد سلعة تباع وتشترى.

(1) أنظر المادة 168-3 من قانون حماية الصحة وترقيتها، والمادة1142-3 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

الباب الثاني

استبعاد جسم الإنسان من التجارة

التجارة بالمفهوم اللغوي هي ممارسة البيع والشراء، أما التاجر فقد عرفته المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري"[1] بأنه "**كل شخص يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له**" ومما لا شك فيه أن فكرة الاتجار بعناصر الجسم ومنتجاته هي فكرة حديثة مقارنة بفكرة الاتجار بالبشر المعروفة من قديم الزمان بالرّق، والتي تم إلغاؤها بموجب القانون الدولي والقانون الداخلي "[2].

يعرف الاتجار بالبشر بأنه "تجنيد أو نقل أو إيواء أو استلام الأشخاص عن طريق التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استخدام 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 والخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء "[3].

---

[1] أمر رقم 75-59، مؤرخ في26 سبتمبر1975 يتضمن القانون التجاري الجزائري، ج ر ج ج عدد101، صادر بتاريخ19 ديسمبر1975، معدل ومتمم.

[2] أنظر المادة الرابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة الثامنة من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، المادة الرابعة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية المبرمة في نطاق مجلس أوروبا بتاريخ 4 نوفمبر1950، والمادة السادسة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المبرمة في نطاق منظمة الدول الأمريكية بسان خوسيه في 02 نوفمبر1969. والمادة11 من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام الذي اعتمده المؤتمر الإسلامي التاسع عشر لوزراء الخارجية(دورة الإسلام والتنمية)، المنعقد بالقاهرة، في الفترة من25 يوليو إلى 5 أوت 1990.

[3] المادة الثالثة من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار في الأشخاص، لاسيما النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، اعتمد وعرض للتوقيع والمصادقة والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 في الدورة 55 المؤرخ في 15 نوفمبر 2000م، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 03-418 بتحفظ، في 9 نوفمبر2003م، ج.ر.ج.ج عدد 69، الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 2003م.

فهذا النص يحظر الاتجار بجسم الإنسان كوحدة واحدة مثل الرق كما يمنع الاتجار بأعضاء الجسم المستقلة عنه، وذلك، تحت الإكراه والخداع والاحتيال، لكنها لم تتناول تصرف الشخص في عناصر جسمه ومكوناته إذا مأتم ذلك بإرادته الحرة وبموافقته.

أدى التطور الطبي إلى انتشار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وزيادة الحاجة إلى عناصر الجسم ومنتجاته من أجل الأبحاث والصناعات الدوائية، ممّ أنتج سوقا سوداء للاتجار بأعضاء الجسم ومنتجاته، فكان لابد من تدخل المشرع للتصدي لهذه التجارة التي تستغل بؤس الفقراء وتسلبهم أعضاءهم ومنتجات أجسامهم.

نصت القوانين الداخلية على عدم ملكية جسم الإنسان، وأكدت النصوص الدولية على حظر الاتجار في جسم الإنسان ومنتجاته، وكرس بذلك مبدأ جديد ذو أصل قديم وهو حظر الاتجار في جسم الإنسان، الذي يستبعد جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته من التجارة **(الفصل الأول)**.

نتيجة تطور الصناعات الدوائية والمواد ذات الأصل الإنساني، أصبحت العناصر والمنتجات الإنسانية محلا للتصرفات القانونية المختلفة، سواء كانت بعوض أو عن طريق التبرع، وازدادت بذلك الاستثناءات على مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان

أدى استعمال عناصر جسم الإنسان ومنتجاته في مجالات مختلفة، خاصة في العلاج وصناعة الأدوية وحتى في بعض مواد التجميل، إلى إمكانية أن يبرم الفرد بعض التصرفات على عناصر جسمه ومنتجاته سواء عن طريق التبرع[1] أو البيع[2] وحتى الإيجار (الحمل لفائدة الغير). [3] وحتى لا تصبح عناصر الجسم الإنساني بضاعة تباع وتشترى ظهر مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان الذي أكدت عليه مختلف النصوص القانونية المنظمة للتدخلات الطبية.

إنّ دراسة مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان يتطلب منا تناول الأساس الذي يقوم عليه، فهو ليس سوى نتيجة لتطور مبادئ حمت جسم الإنسان منذ القدم **(المبحث الأول).**

---

[1] أصبحت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأعمال الطبية العلاجية المنتشرة في كل أنحاء العالم، وهي تقوم على أساس التبرع بعضو من جسم شخص سليم ليزرع في جسم شخص مريض. لمزيد من التفصيل أنظر:يوسف بن عبد الله بن أحمد الأحمد، أحكام نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، كلية الشريعة، جامعة محمد بن سعود الإسلامية الإسلامية، الرياض، 2004، محمد سعيد رمضان البوطي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيّا أو ميّتا، بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، مجلة الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1988 م، محمد ديب، زراعة الأعضاء البشرية من خلال تجربتي الذاتية بين الأحياء والأموات والضوابط الشرعية، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، الأزهر الشريف، 10 مارس2009.

[2] تم إنشاء بنوك في كثير من الدول، مهمتها جمع وحفظ وتوزيع بعض عناصر جسم الإنسان مثلا تلك المتحصل عليها من بقايا العمليات الجراحية، عمليات الولادة وحليب الأمهات.

[3] الحمل لفائدة الغير يسمى أيضا بتأجير الأرحام أو الأم البديلة، ويتم باتفاق بين زوجين وإمرأة أخرى لتقوم هذه الأخيرة بحمل الجنين في رحمها طيلة مدة الحمل على أن تقوم بتسليمه عند تمام الولادة ،وذلك مقابل مبلغ من المال أو أي منفعة أخرى. لمزيد من التفصيل أنظر: تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، الجزء41، عدد2003/01، ص ص 44-48، حسن محمود إبراهيم عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، محمد سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص ص140-145، رنا عبد المنعم الصراف، مسؤولية الطبيب غير العمدية عن التلقيح الصناعي الخارجي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد12، العدد 47، 2011 م، ص ص241-243.

يترتب على تطبيق مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان مجموعة من النتائج الضرورية لتحقيق عدم الاتجار والتي نجدها في مختلف النصوص الولية والداخلية المنظمة للأعمال الطبية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

أساس مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان

يقوم مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان على مبدأ احترام الكرامة الإنسانية الذي نصت عليه جلُّ المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان **(المطلب الأول)**، كما يقوم على مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان الذي تضمنته القوانين الداخلية منذ زمن بعيد **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مبدأ الكرامة الإنسانية

يرجع مبدأ استبعاد جسم الإنسان من التجارة إلى الكرامة الإنسانية، لأنّها تعتبر أصل كل حقوق الإنسان المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية**(الفرع الأول)**، أساس مبدأ عدم تجارية عناصر جسم الإنسان في المجال الطبي **(الفرع الثاني)**، وهي أيضا مصدر الحقوق والحريات الأساسية في التشريعات الوطنية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: الكرامة الإنسانية في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان

تعتبر الكرامة الإنسانية قيمة متأصلة في الإنسان وليست حقا من حقوقه الأساسية فحسب، فقد كرم الله تعالى الإنسان بسجود الملائكة لآدم وبتفضيله على سائر المخلوقات يقول عزّ وجلّ: ﴿وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلۡنَٰهُمۡ فِي ٱلۡبَرِّ وَٱلۡبَحۡرِ وَرَزَقۡنَٰهُم مِّنَ

ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلۡنَٰهُمۡ عَلَىٰ كَثِيرٖ مِّمَّنۡ خَلَقۡنَا تَفۡضِيلٗا ﴿٧٠﴾[1]، وقد تم التأكيد على ذلك في مختلف النصوص الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان العالمية منها والإقليمية.

أولا: الكرامة الإنسانية في المواثيق العالمية

نذكر في هذا الخصوص ما جاء في ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[2] " أن الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام في العالم ".

كما نصت المادة الأولى منه على أنه "يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلا وضميرا، وعليهم أن يعامل بعضهم بعضا بروح الإخاء"، ومن أجل احترام الكرامة نص الإعلان على مجموعة من الحقوق مثل الحق في الحياة والحرية والسلامة الشخصية، ومنع الرق وتجارة الرقيق، كذلك مناهضة التعذيب أو المعاملة القاسية أو الوحشية أو الإحاطة بالكرامة، والحق في حماية الحياة الخاصة[3].

أشار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى مجموعة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي تنبع من احترام الكرامة الإنسانية مثل الحق في العمل والأجر العادل الذي يضمن للعامل وأسرته عيشة لائقة بكرامة الإنسان، والحق في مستوى معيشي كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته، يتضمن التغذية والملبس والمسكن والعناية الطبية وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة[4].

---

[1] سورة الإسراء، الآية: 70.

[2] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[3] المواد 3، 4، 5، 12 من نفس الإعلان.

[4] المادتين 23، 25 من نفس الإعلان.

لم تغفل الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية[1] النص على احترام الكرامة الإنسانية، فقد تبنت نفس ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وجاء في المادة العاشرة منهاأنّه "يعامل جميع الأشخاص المحرومين من حرياتهم معاملة إنسانية مع احترام الكرامة المتأصلة في الإنسان"، كما تضمنت هذه الاتفاقية مجموعة من الحقوق الأساسية للفرد التي تضمن احترام الكرامة الإنسانية مثل منع التعذيب أو العقوبة القاسية أو واللاإنسانية أو المهينة، وعدم إخضاع الفرد دون رضائه الحر، للتجارب الطبية أو العلمية، أيضا تحريم الرق والاتجار بالرقيق بجميع أشكالها، منع سجن شخص على أساس عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدي ، والحق في حماية الحياة الخاصة[2].

تبنت الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية[3]، نفس ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فنصت على الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة الدولية وحقوقهم المتساوية، وأقرّت بأن الحقوق الأساسية تنبع من الكرامة المتأصلة في الإنسان، كما تضمنت مجموعة من الحقوق التي ترمي إلى احترام الكرامة الإنسانية منها: ضمان لكل فرد شروط عمل صالحة وعادله تكفل معيشة شريفة له ولعائلته ومستوى معيشي مناسب، مع التحرر من الجوع، وحق كل فرد في التمتع بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والعقلية، كذلك جعلت هذه الاتفاقية الحق في التعليم وسيلة للإحساس بالكرامة، كما اعترفت بحق كل فرد في التمتع بمنافع التقدم العلمي وتطبيقاته والحرية التي لا يستغني عنها في البحث العلمي والنشاط الخلاق[4].

---

[1] الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، مرجع سابق.

[2] أنظر المواد 7، 8، 11، 17 من نفس الاتفاقية.

[3] الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مرجع سابق.

[4] لمواد 11، 12، 13 من الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

يتضح لنا اهتمام الاتفاقيات العالمية بالكرامة الإنسانية، واعتبارها أساس كل الحقوق الأساسية سواء كانت مدنية، سياسية أو اقتصادية واجتماعية وثقافية، ومن المؤكد أن هذه الكرامة المتأصلة في الإنسان، تنأى بالفرد أن يكون جسمه أو أحد عناصره ومنتجاته محلا للبيع والاتجار مثله مثل أي بضاعة أخرى في السوق.

ثانيا: الكرامة الإنسانية في المواثيق الإقليمية

تعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[1]، أهم النصوص الدولية التي تحمي حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي، ورغم أنها لم تنص صراحة على احترام الكرامة الإنسانية، إلاّ أنها نصت على مجموعة من الحقوق المنبثقة عنها مثل حظر التعذيب والمعاملة واللاإنسانية أو الحط من الكرامة، منع الرق والسخرة، حق كل فرد في الحرية والأمن الشخصي، والحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية والمسكن والمراسلات[2].

جاء في ديباجة ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي[3]، أنه "يتأسس الاتحاد على القيم العامة التي لا تتجزأ عن الكرامة الإنسانية والحرية والمساواة"، وتمّ النص على بقية الحقوق في ستة فصول تحت عنوان الكرامة، الحرية، المساواة، التضامن، المواطنة والعدالة، وذلك في أربعة وخمسين مادة، جاء في المادة الأولى منها أنّ الكرامة الإنسانية مقدسة ويجب احترامها وحمايتها. تضمنت المواد الأخرى من هذا الميثاق على مجموعة من الحقوق المنبثقة من الكرامة الإنسانية مثل الحق في الحياة، الحق في السلامة البدنية والعقلية، الحق في عدم التعرض للتعذيب والمعاملة القاسية والإنسانية أو المهينة، الحق في الحرية والأمن واحترام الحياة الخاصة والحياة العائلية، وكذا حماية البيانات الشخصية[4].

---

(1) Convention européenne des droits de l'homme, signé par les Etas membres de conseil de l'Europe, le 4 novembre 1950 et entré en vigueur le 3septembre1953

(2) Voir les articles 3, 4, 5, 8 du la même convention.

(3) La charte des droits fondamentaux de l'union européenne, op.cit

(4) Vor les articles 2, 3, 4, 5, 8, 14, du La charte des droits fondamentaux de l'union europèen.

أكد الميثاق السابق صراحة على أن جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته لا تكون مصدرا للكسب المالي، أي استبعاد جسم الإنسان من التجارة، حيث نص على ما يلي:

– في مجال الطب وعلم الأحياء يجب احترام ما يلي على وجه الخصوص:

– الموافقة الحرة للشخص المعني طبقا للإجراءات التي يضعها القانون؛

– حظر الممارسات التي تتعلق بتحسين النسل وخاصة تلك التي تهدف إلى انتقاء الأشخاص؛

-حظر جعل جسم الإنسان وأجزائه مصدرا للكسب المالي؛

– حظر الاستنساخ التناسلي البشري[1].

يلاحظ على هذا الميثاق اهتمامه باحترام الكرامة الإنسانية في مجال الطب وعلم الإحياء، لأن منع كل التصرفات التي تنافي معها مثل تحسين النسل أو الاستنساخ أو الاتجار بعناصر الجسم ومنتجاته.

أكدت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان[2] في ديباجتها على أنّ حقوق الإنسان لا تستمد من كونه مواطنا في دولة ما بل تستند إلى الصفات المميزة للشخصية البشرية، وأضافت في مادتها الأولى الفقرة الثانية أن كلمة "إنسان" أو "شخص" في هذه الاتفاقية تعني "كل كائن بشري"، فهذه المادة تشمل حماية الجنين أيضا لأنه يعتبر كائنا بشريا ولو أنه لا يتمتع بالشخصية القانونية. وقد تضمنت مجموعة من الحقوق المنبثقة من احترام الكرامة الإنسانية منها: منع التعذيب والمعاملة القاسية والمهينة، منع الرق وكل أشكال الاتجار بالرقيق، حق كل شخص في الحرية والأمان الشخصي، حق

(1) Article 3-2 du La charte des droits fondamentaux de l’union européen.

(2) الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، مرجع سابق.

كل شخص في أن تحترم شرفه وتصان كرامته، وأن تحترم حياته الخاصة ومسكنه ومراسلاته[1].

لم يغفل الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب[2]، اعتبار الكرامة الإنسانية من الصفات المتأصلة في الإنسان، فجاء في ديباجته أن الحرص على المساواة والعدالة والكرامة أهداف أساسية لتحقيق التطلعات المشروعة للشعوب الإفريقية، وأن حقوق الإنسان الأساسية ترتكز على خصائصها بين البشر مما يبرز حمايتها الوطنية والدوليةن، ونص صراحة على أنّ "لكل فرد الحق في احترام كرامته والاعتراف بشخصيته القانونية، وتحظر كافة أشكال استغلاله وامتهانه واستعباده خاصة الاسترقاق والتعذيب بكافة أنواعه والعقوبات والمعاملات الوحشية واللاإنسانية أو المذلة"[3]، بالإضافة إلى النص على مجموعة من الحقوق المرتبطة بالكرامة[4].

كذلك الميثاق العربي لحقوق الإنسان[5]، نصّ في ديباجته على إيمان الأمة العربية بكرامة الإنسان، وتضمن مجموعة من الحقوق المنبثقة عن هذه الكرامة مثل حق كل فرد في الحياة والحرية وسلامة شخصيته، منع التعذيب والمعاملة القاسية والإحاطة بالكرامة، منع الخضوع للتجارب الطبية أو العلمية دون الموافقة الحرة، تجريم المساس بالحياة الخاصة، وهي تشمل خصوصيات الأسرة وحرمة المسكن وسرية المراسلات وغيرها من وسائل الاتصالات الخاصة، والاعتراف بالشخصية القانونية كصفة ملازمة للإنسان[6].

---

[1] المواد5، 6، 7، 11 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

[2] الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، مرجع سابق.

[3] المادة 5، من نفس الميثاق.

[4] المواد 4، 6 15، 16، 17، 18 من نفس الميثاق.

[5] الميثاق العربي لحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[6] المواد 5، 13، 14، 17، 18 من نفس الميثاق.

من خلال هذه النصوص الدولية العالمية والإقليمية يظهر لنا جليا اعتراف المجتمع الدولي بالكرامة الإنسانية واعتبارها مبدأ قانونيا يجب حمايته دوليا ووطنيا، وأنّ هذه الكرامة ليست حقا من حقوق الإنسان وإنما هي صفة متأصلة في الإنسان، وهي أصل كل حقوقه وحرياته الأساسية.

احتراما للكرامة الإنسانية، فإنه يجب استبعاد جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته من مجال البيع والاتجار، فليس هناك أكثر امتهانا ومساسا بكرامة الإنسان من أن تعرض أعضاءه ومنتجات جسمه للبيع والاتجار مثلها مثل أي بضاعة في السوق تباع وتشترى.

الفرع الثاني: التأكيد على احترام الكرامة الإنسانية في المجال الطبي

تضمنت النصوص الدولية للأخلاقيات الطبية التأكيد على الكرامة الإنسانية سواء على المستوى العالمي أو الإقليمي أو الداخلي.

أولا: في النصوص العالمية

رغم عدم وجود اتفاقية دولية عالمية في مجال الأخلاقيات الطبية إلا أننا نجد أن الإعلانات التي تم تبنيها من طرف منظمات الأمم المتحدة أو جمعيتها العامة، تحوز على قيمة أدبية كبيرة وتعتبر قانونا للأخلاقيات الطبية، لأنها نتيجة مجهود مشترك لأعضاء المجتمع الدولي وحازت على قبول جماعي لنصوصها من طرف الدول، هذه الإعلانات رغم تعددها إلا أنها تتفق جميعا على أن الكرامة الإنسانية يعتبر الغاية من تقدم العلوم الطبية وأن كل بحث علمي أو اكتشاف علمي يجب أن يكون لمصلحة الإنسان وخير البشرية.

لا يمكننا في هذا المجال، ذكر جميع الإعلانات الدولية المتعلقة بالأخلاقيات الطبية، لكننا سنكتفي ببعضها، ونبدأ بالإعلان الخاص بالاستفادة من التقدم العلمي

والتكنولوجي لمصلحة السلم وخير البشرية[1]، الذي ينص على "التزام الدول بأن تتخذ تدابير فعالة، بما في ذلك التدابير التشريعية لمنع وتلافي استخدام المنجزات لعلمية والتكنولوجية للإضرار بحقوق لإنسان والحريات الأساسية وبكرامة الشخص البشري"[2]، فهذا الإعلان يمنع استخدام المنجزات العلمية التي في استعمالها مساسا بالكرامة الإنسانية، وليس أكثر امتهنا للكرامة من أن تصبح عناصر الجسم ومنتجاته بضائعا تباع حسب الطلب.

جاء في الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان[3] أنّ "المجين البشري هو قوام الوحدة الأساسية لجميع أعضاء الأسرة البشرية وقوام الاعتراف بكرامتهم الكاملة وتنوعهم، وهو بالمعنى الرمزي تراث للإنسانية"، وأن لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوق أيا كانت سماته الوراثية[4]، وقرّر عدم استخدام المجين البشري في حالته الطبيعية لتحقيق مكاسب مالية، ووضع مجموعة من الشروط لإجراء الأبحاث على المجين البشري مثل الرضاء الحر والمتبصر والحرص على المصلحة العليا للشخص المعني[5]، وتحظر جميع الممارسات التي تتنافى مع كرامة الإنسان مثل الإستنسال لأغراض إنتاج نسخ بشرية[6].

يتضح لنا من خلال النصوص السابقة أن الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان لا يسمح بأي نشاط أو بحث علمي ينتهك الكرامة الإنسانية أو يجعل من المجين البشري مصدرا للربح والمكاسب المالية.

---

[1] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3384(د-30)، المؤرخ في10 نوفمبر1975، يتضمن الإعلان الخاص باستخدام التقدم العلمي والتكنولوجي لصالح السلم وخير البشرية. متاح على الموقع :www.un.org

[2] البند 8 من نفس الإعلان.

[3] الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[4] المادتين 1،و2 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[5] المادتين 4، 5 من نفس الإعلان.

[6] المادة 11 من نفس الإعلان.

أقرّ الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان[1] في ديباجته أن القضايا الأخلاقية التي تطرحها التطورات العلمية السريعة وتطبيقاتها التكنولوجية ينبغي أن تدرس مع الاحترام لكرامة الإنسان ومع الاحترام الشامل والفعلي لحقوقه وحرياته الأساسية، كما أكد على أن التطورات العلمية والتكنولوجية ينبغي أن تسعى دائما إلى تحسين أحوال الأفراد والأسر والمجتمعات المحلية، والبشرية ككل، في ظل الاعتراف بالكرامة الإنسانية والاحترام الشامل والفعلي لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، كما جعل هذا الإعلان أهدافه تعزيز احترام الكرامة الإنسانية وحماية حقوق الإنسان مع الاعتراف بأهمية البحث العلمي وحرية الفكر، مع تغليب مصالح الفرد وسلامة حاله على مصلحة العلم والمجتمع وحدها[2]، والمساواة بين جميع البشر في الكرامة، واعتبار أي تمييز إزاء أي فرد أو جماعة انتهاكا للكرامة الإنسانية[3].

رغم حرص الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجي وحقوق الإنسان على تعزيز حماية الكرامة الإنسانية والحقوق والحريات الأساسية للإنسان في مجال البيولوجي والطب،فهو لم ينص صراحة على عدم تجارية جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته، ربما يرجع ذلك إلى اختلاف الدول حول هذا الموضوع، خاصة حول براءة الاختراع، لكن رغم ذلك يبقى هذا المبدأ قائما فإذا كان جسم الإنسان لا يشكل دخلا للشخص لا يمكن أن يكون مصدرا للربح بالنسبة للغير[4].

---

[1] الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[2] المادتين 2،و3 من نفس الإعلان.

[3] المواد 6، 7، 9، 10، 11 من نفس الإعلان.

[4] Salwa HAMROUNI, op-cit, p366.

أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديباجة إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر[1] تأييدها للإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، وإدراكها للشواغل الأخلاقية التي قد تثيرها بعض تطبيقات التطور السريع لعلوم الحياة فيما يتعلق بالكرامة البشرية وحقوق الإنسان والحريات الأساسية للأفراد، كما أشارت إلى إدراكها ما قد يترتب على استنساخ البشر من أخطار جسيمة طبية وبدنية ونفسانية واجتماعية على الأفراد المعنيين، واقتناعها بضرورة المسارعة إلى درء الأخطار التي قد يجلبها استنساخ البشر على الكرامة البشرية.

بناءا على ما سبق أعلنت الجمعية العامة ما يلي:

أ- دعوة الدول الأعضاء إلى اتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية الحياة البشرية بشكل ملائم في تطبيقات علوم الحياة؛

ب- دعوة الدول الأعضاء إلى حظر جميع أشكال استنساخ البشر بقدر ما تتنافى مع الكرامة البشرية وحماية الحياة الإنسانية؛

ج- دعوة الدول الأعضاء كذلك إلى أن تتخذ التدابير اللازمة لحظر تطبيق تقنيات الهندسة الوراثية التي قد تتنافى والكرامة البشرية؛

د- دعوة الدول الأعضاء إلى اتخاذ تدابير للحيلولة دون استغلال المرأة في تطبيقات علوم الحياة؛

هـ- دعوة الدول الأعضاء أيضا إلى أن تقوم دون إبطاء باعتماد وتطبيق تشريعات وطنية تدخل بموجبها الفقرات أ إلى د حيز النفاذ؛

---

[1] قرارا لجمعية العامة للأمم المتحدة رقم280 /A/RES/59 ، المؤرخ في 08 مارس 2005 يتضمن إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر، متاح على الموقع: www.un.org

و- دعوة الدول الأعضاء كذلك إلى أن تراعى في تمويلها للأبحاث الطبية بما في ذلك في مجال علوم الحياة القضايا العالمية الملحة مثل فيروس نقص المناعة البشرية/ متلازمة نقص المناعة المكتسب(الايدز) والسل والملاريا التي تؤثر بشكل خاص في البلدان النامية.

رغم أن الجمعية العامة فوتت فرصة لاعتماد معاهدة دولية تحظر الاستنساخ البشري، لأنها لم تستطع التوفيق بين مواقف الدول خاصة فيما يتعلق باستخدام الاستنساخ بغرض العلاج الطبي الذي كانت بعض الدول تريد القيام به[1]، ورغم أن الإعلان ليس له طبيعة إلزامية، إلاّ أن المؤيدون له يعتبرونه تعبيرا صريحا وواضحا عن المثل الأخلاقية التي يجب أن توجه البحوث العلمية[2]،

يمكن القول أن الإعلانات السالفة الذكر لا ترقى إلى مصاف الاتفاقيات الدولية، إلّا أن لها قيمة أدبية كبيرة، فهي نتيجة لمجهود دولي مشترك وفي إطار منظمات دولية عالمية، كما أنها لم تعرّف لنا الكرامة الإنسانية، رغم أنها جعلتها متأصلة في الإنسان ومنعت الممارسات الطبية والبحثية المنافية لها، بما في ذلك أن يكون الهدف من الممارسة الطبية، هو الكسب المالي وتحقيق الربح. هذه الإعلانات إذن تجعل مبدأ احترام الكرامة الإنسانية الأساس القانوني لاستبعاد جسم الإنسان من التجارة.

ثانيا: في النصوص الإقليمية

نجد على المستوى الإقليمي أوّل اتفاقية دولية ملزمة للأخلاقيات الطبية وهي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي[3]، التي جعلت من أهدافها حماية كرامة

---

(1) من بين الدول التي عارضت الاستنساخ البشري نذكر: بريطانيا، الاتحاد السوفييتي، الهند والصين وجنوب أفريقيا.

(2) اعتمد إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر بموافقة 84 دولة، ومعارضة 34 دولة أخرى، وامتنعت عن التصويت 37 دولة، وغياب 36 دولة عن الجلسة. القرار ونتائج التصويت عليه متاح على الموقع: www.un.org

(3) Conventions sure les droits de L'homme et la biomédecine, op-cit.

الكائن البشري وحقوق الإنسان في مواجهة البيولوجيا والطب، فهذه الاتفاقية تحمي الكرامة الإنسانية للكائن البشري وليس فقط للشخص بالمعنى القانوني، أي أنها تشمل حتى الجنين في جميع مراحل تكوينه. نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أن "الدول الأطراف تحمي الكائن البشري في كرامته وهويته، وتضمن لكل شخص دون تمييز احترام سلامته وحقوقه وحرياته الأساسية الأخرى، في مواجهة تطبيقات البيولوجيا والطب". كما جاء في المادة الثانية منها أنه "يجب أن يرجح خير الكائن البشري ومصلحته على مصلحة المجتمع أو مصلحة العلم وحدها". ومنعت المادة 21 الاتجار بجسم الإنسان وعناصره فنصت على أن "جسم الإنسان وعناصره لا يمكن أن تكون كما هي مصدرا للربح".

أكد البروتوكول الملحق باتفاقية حقوق الإنسان والبيوطبي والمتعلق بنقل الأعضاء والأنسجة البشرية[1]، في الفصل السادس منه على أنّ "جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته في حالتها الطبيعية لا تكون مصدرا لكسب مالي أو أي مقابل آخر"، كما منع البروتوكول الملحق بهذه الاتفاقية والمتعلق بحظر الاستنساخ البشري.[2] في مادته الأولى بعض الممارسات المنافية للكرامة الإنسانية مثل تخليق كائن بشري متطابق وراثيا مع كائن بشري آخر حي أو ميت".

تناول ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي حماية الكرامة الإنسانية في فصله الأول[3] الذي جاء تحت عنوان"الكرامة"، ومنع الاستنساخ البشري لغاية التكاثر،

---

(1) Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine relatif à transplantation d'organes et des tissus, op.cit.

(2) Protocole additionnel à la Convention sure les Droits de l'Homme et la Biomédecine ،portant l'interdiction du clonage d'êtres humains. Op.cit.

(3) يتكون هذا الميثاق من 54 مادة و ديباجة، وزعت هذه المواد على ستة فصول معنونة كما يلي: الكرامة، الحرية، المساواة، التضامن، المواطنة والعدالة.

كما منع في مادته الثالثة الممارسات لتحسين النسل وأيضا حظر استخدام عناصر الجسم ومنتجاته من أجل الكسب المالي أو الربح.

يتبين مما سبق أنّ مبدأ احترام الكرامة الإنسانية هو أساس استبعاد جسم الإنسان من التجارة، وهو مبدأ عالمي نصت عليه المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بصفة عامة، والنصوص المتعلقة بالأخلاقية الطبية بصفة خاصة، ذلك أن التقدم الطبي أدى إلى ازدياد الحاجة إلى عناصر الجسم ومشتقاته في مختلف الميادين سواء العلاجية أو البحثية، وهذا أدى إلى الخوف من أن يكون ذلك على حساب حرمة جسم الإنسان ومعصوميته، وإدخال عناصره ومنتجاته في مجال التجارة والربح.

الفرع الثالث: الكرامة الإنسانية في التشريعات الوطنية

لا يسعنا المجال لذكر كل التشريعات الداخلية التي تنص على احترام الكرامة الإنسانية لذا سوف نقتصر على التشريع الفرنسي باعتباره السبّاق في هذا الموضوع **(أولا)**، ثمّ التشريع الجزائري**(ثانيا)**.

أولا: الكرامة الإنسانية في التشريع الفرنسي

رغم عدم النص صراحة على احترام الكرامة الإنسانية في دستور 1946 كما في دستور 1958 إلاّ أن المجلس الدستوري الفرنسي اعتبرها مبدءا دستوريا في قراره الصادر بتاريخ 27 جويلية 1994[1] بمناسبة النظر في القوانين الأخلاقية لسنة 1994، حيث قرّر أنه يستخلص من مقدمة دستور 1946[2] أن حماية كرامة الكائن البشري ضد أي شكل من أشكال الرّق والعبودية المُذلة هو مبدأ ذو قيمة دستورية.

---

(1) Conseil constitutionnel, Décision n^0 94-343/344DC, du27 juillet1994, disponible sur le site : www.conseil-constitutionnel.fr

(2) Le préambule de la constitution de1946.

Proclame que :<Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés>

يحمي القانون المدني الفرنسي احترام الكرامة الإنسانية للشخص منذ بدء حياته ويشمل هذا الاحترام سمو الكائن البشري، عدم المساس بسلامته البدنية والنفسية، غياب مالية جسم الإنسان. وقد تم النص على هذه الحماية بمقتضى القوانين الأخلاقية لسنة 1994 التي أضافت المادة 16[1] وما بعدها، فقد جاء في المادة 16 أنّ القانون يضمن سمو الشخص ويمنع كل اعتداء على كرامته ويضمن احترام الكائن البشري منذ بدء حياته، وتم التأكيد في المادة 16-1[2] على احترام جسم الإنسان ومعصوميته وعدم مالية جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته، أمّا المادة 16-3[3] فهي تنص على أنه لا يمكن المساس بسلامة الجسم إلاّ لضرورة علاجية للشخص وبناءا على رضائه المسبق، ما عدا في الحالات الإستعجالية التي يكون فيها الشخص يحتاج تدخل علاجي على الفور ولا يمكن الحصول على موافقته.

تمّ النص على عدم مالية جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته في المادة 16-5[4] التي جاء فيها أن الاتفاقات التي يكون من أثارها إضفاء طابع مالي على جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته تكون باطلة. حتى لا يكون جسم الإنسان مصدرا للربح نصت المادة 16-6[5] على منع أي مقابل مادي للشخص الذي يتطوع لإجراء

---

(1) L'article 16 du code c.civ stipule :<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 des le commencement de sa vie>

(2) L'article 16 -1 du c.civ stipule :<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>

(3) L'article 16 -3 du c.civ 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.
Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas ou son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir>

(4) L'article 16 -5 du c.civ dispose :< Les conventions ayant pour effet de confère une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles>

(5) L'article 16-6 du c.civ stipule :< 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>

التجارب الطبية أو يتبرع ببعض عناصر جسمه ومنتجاته، كما اعتبرت المادة16-7[1] كل اتفاق موضوعه الإنجاب أو الحمل لفائدة الغير باطلا.

باعتبار الكرامة الإنسانية ملازمة للإنسان لمجرد كونه إنسان، دون أي تمييز بسبب الأصل أو الدين أو المعتقد أو أية فوارق أخرى، فهي تشمل إذن كل أفراد الجنس البشري، لذلك نصت المادة 16-4[2] من القانون المدني الفرنسي على ضمان سلامة الجنس البشري، ومنعت كل التطبيقات الجينية التي تؤدي إلى تصنيف الأشخاص بناءً على صفاتهم الوراثية، كما منعت كل التدخلات الطبية التي تهدف إلى الاستنساخ التكاثري، ومنعت أيضا التدخلات الجينية التي تهدف إلى تعديل الصفات الوراثية لفروع الشخص، وجعلت المادة 16-9[3] الأحكام المتعلقة باحترام جسم الإنسان من النظام العام.

يزداد الاهتمام بكرامة الإنسان في حالة ضعفه كحالة المرض أو الإنعاش أو المرحلة الأخيرة من الحياة، هذا ما اهتم قانون الصحة العامة الفرنسي حيث نص على أن الشخص المريض له الحق في احترام كرامته[4]، وانه لا يمكن أن يكون المريض موضوعا لأي تمييز في تلقي العلاج أو الوقاية[5]، كما نص على حق المريض في احترام حياته الخاصة وسرية المعلومات المتعلقة بها[6]، كل شخص له الحق في تلقي علاج يخفف آلامه في كل الظروف وأن موظفو الصحة عليم أن يعملوا على تطبيق

---

(1) L'article 16 -7 du c.civ stipule :<Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le conte d'autrui est nulle>

(2) L'article 16 -4 du c.civ stipule :< Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite .Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naitre un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décidée…aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dan le but de modifier la descendance de la personne.>.

(3) L'article 16 -9 du c.civ stipule :<Les disposition du présent chapitre sont d'ordre publique>.

(4) L'article 1110-2 du c.s.p stipule :<La personne malade a droit au respect de sa dignité>

(5) L'article 1110-3 du c.s.p stipule :<Aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins>

(6) Voir l'article 1110-4 du c.s.p.

كل الوسائل المتاحة كي يضمنوا لكل شخص حياة كريمة حتى الموت أي أن للمريض الحق في الموت بكرامة [1].

يترتب على احترام كرامة المريض اشتراط رضائه المسبق بأي تدخل طبي على جسده، ووجوب تبصيره بكل ما يتعلق بحالته الصحية، العلاج المقترح، المخاطر المحتملة والبدائل المتاحة، بالإضافة إلى احترام حق المريض في رفض العلاج أو سحب موافقته في أي وقت[2].

تضمن قانون الصحة العامة كذلك حماية الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية[3]. والأبحاث الجينية[4]، وكذلك إجراء التجارب على الأجنة واللّقائح والخلايا الجنينية[5]، نظرا لما في هذه الممارسات من مساس بالكرامة الإنسانية.

لم يكتف المشرع الفرنسي بالنص على احترام الكرامة الإنسانية ومنع الممارسات المنافية لها في القانون المدني وقانون الصحة العامة بل جرّم الأفعال التي تنتهك الكرامة الإنسانية في قانون العقوبات، حيث جاء الكتاب الثاني من قانون العقوبات الفرنسي تحت عنوان الجرائم ضد الأشخاص، وشمل مجموعة من الجرائم التي ترتبط بانتهاك الكرامة الإنسانية منها الجرائم ضد الإنسانية وضد الجنس البشري، حيث تشمل الجرائم ضد الإنسانية جرائم الإبادة الجماعية[6]، وجرائم أخرى ضد الإنسانية[7]، أما الجرائم ضد الجنس البشري فتشمل جرائم الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري[8]، وكذلك جرائم على الأشخاص منها جرائم القتل العمد[9]، والاعتداء على السلامة

(1) L’article 1110-5 du c.s.p.
(2) L’article L 1111-4du c.s.p.
(3) L’article L209-9 du c.s.p.
(4) Les articles L1131-1à L1131-7 du c.s.p.
(5) Les articles L2151-1àL2151-8 du c.s.p.
(6) Voir les articles 211-1à211-2 du c.pèn .
(7) Les articles 2121 à 212-3 du c. pén.
(8) Les articles2214- 1à 214-4 du c. pén.
(9) Les articles221-1à221-5 du c. pén.

الجسدية والنفسية مثل التعذيب والأعمال الوحشية[1]، أعمال العنف العمدية [2]، الإجهاض غير المشروع[3] والتجارب على الإنسان[4]. جاء الفصل السابع من الكتاب الثاني تحت عنوان " الاعتداءات على كرامة الشخص" ويشمل هذا الفصل جرائم التمييز[5] والرّق[6]، الاعتداء على الحياة الخاصة[7]، إفشاء الأسرار[8] وعدم احترام ضوابط إجراء الفحوصات الجينية[9].

يتضح لنا من هذه النصوص المختلفة اهتمام المشرع الفرنسي باحترام الكرامة الإنسانية لكل كائن بشري وأنّ هذا الاحترام يستبعد مالية جسم الإنسان والاتجار بعناصره ومنتجاته.

ثانيا: الكرامة الإنسانية في التشريع الجزائري

لا يوجد تعريف للكرامة الإنسانية في التشريع الجزائري، ولكنها تعتبر مبدءا دستوريا، وتجد تطبيقات لها في قوانين مختلفة مثل القانون المدني، قانون الأسرة، قانون حماية الصحة وترقيتها، مدونة أخلاقيات الطب وقانون العقوبات.

جاء في التعديل الدستوري لسنة 2016[10] ما يلي:" تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان؛

ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة؛

---

(1) Les articles 222-1à 222-6-1du c. pén.
(2) Les articles 222-7à222-16-3du c.pén.
(3) Les articles223-10à223-11 du c. pén.
(4) Les articles 223-8à 223-9du c. pén.
(5) Les articles225-1à 225-4 du c. pén.
(6) Les articles 225-4-1à 225-4-8 du c. pén.
(7) Les articles 226-1 à 226-7 du c.pén.
(8) L'article 226-15 du c. pén.
(9) Les articles 226-25 à 226-30 du c. pèn.

(10) القانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

المعاملة القاسية أو واللاإنسانية أو المهينة يقمعها القانون"[1].

كما نص هذا التعديل الدستوري على حقوق أخرى تنبثق من الكرامة الإنسانية مثل الحق في السلامة البدنية والمعنوية"[2]، حرمة الحياة الخاصة للمواطن وحرمة شرفه وسرية المراسلات والاتصالات[3]، و حرمة المسكن[4].

من خلال هذه النصوص يتضح لنا أن احترام الكرامة الإنسانية يعتبر مبدءا دستوريا في القانون الجزائري.

تضمن القانون المدني الجزائري[5]. بعض المواد المرتبطة بالكرامة الإنسانية في تطبيقاتها منها المواد المنظمة للشخصية القانونية[6]. وقواعد الأهلية[7]، وعدم التنازل عن الحرية الشخصية[8]، والحق في التعويض عن الأضرار الناتجة عن الاعتداءات الواقعة على الحقوق الملازمة للشخصية[9].

يرتبط احترام الكرامة الإنسانية أيضا بالمواد المنظمة للمسؤولية المدنية عن الأفعال التي تمس بحق الشخص في سلامته البدنية[10] والتزام الدولة بتعويض

---

(1) المادة 40 من نفس التعديل الدستوري.

(2) المادة41 من نفس التعديل الدستوري.

(3) المادة 46 من نفس التعديل الدستوري.

(4) المادة 47 من نفس التعديل الدستوري.

(5) القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(6) المواد من 25-27 ق.م.ج.

(7) المواد من40-45 ق.م.ج.

(8) المادة46 ق.م.ج.

(9) المادة47 ق.م.ج.

(10) تنص المادة 124 ق.م.ج:" **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.**"

الأضرار الجسمانية في حالة انعدام المسؤول المدني[1] أو المساس بحقوقه المعنوية كالسمعة والشرف[2]. نجد أيضا أن القانون المدني عند تناوله للحقوق الشخصية و العينية فإنه جعل الشخص الطبيعي دائما صاحب الحق وليس موضوعا للحق[3]، كما قرر أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه[4]، وأن التنفيذ الجبري يكون على أموال المدين فقط لا على شخصه[5].

يتضح لنا إذن أن القانون المدني الجزائري، حتى وإن لم يتضمن نص صريح باحترام الكرامة الإنسانية، فإن نصوصه مرتبطة في تطبيقها ارتباطا وثيقا بكرامة الشخص وسموه.

لا يخلو قانون الأسرة الجزائري[6]. من نصوص ترتبط باحترام الكرامة الإنسانية، إذ أنه حدد العلاقة بين الزوجين وبين حقوق كل منهما والتزاماته تجاه الآخر بما يضمن كرامتهما[7] ، كما أجاز اللجوء إلى التلقيح الصناعي لكن بشروط تضمن احترام كرامة الزوجين و الطفل الناتج عن هذه العملية [8]، وبين قواعد النفقة[9] و كيفية قسمة التركات[10]، رغم أنه لم ينص صراحة على الكرامة الإنسانية.

---

[1] جاءت المادة 140 ق.م.ج كما يلي: "**إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر**".

[2] تضمنت المادة 182 مكرر ما يلي : " **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**".

[3] المواد من682 -989 ق.م.ج.

[4] المادة 92-2 ق.م.ج.

[5] المواد من 188-199 ق.م.ج.

[6] قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[7] المادتين 36 ،و37 ق.أ.ج.

[8] المادة 45 مكرر ق.أ.ج.

[9] المواد من 74-80 ق.أ.ج.

[10] المواد من 180 -183 ق.أ.ج.

يرتبط مبدأ احترام الكرامة الإنسانية بتطبيق بعض القوانين المهنية، خاصة قوانين الصحة، لأن المريض في حالة ضعف بسبب حالته الصحية، و هذا المبدأ يحميه من بعض الممارسات واللاإنسانية أو المهينة من طرف ممارسي الصحة، هذا ما أكدته قانون حماية الصحة وترقيتها[1]، عندما نص على أنّه يجب أن تكون الهياكل الصحية في متناول جميع السكان مع توفير أكبر درجة من الفعالية و السهولة واحترام كرامة الإنسان، و أن تمارس أعمال التكوين والبحث العلمي التي تجرى في الهياكل الصحية مع الاحترام الكامل للمريض[2]، ولأن حالة الضعف والحساسية تزداد عند الشخص المعوق، أوجب هذا القانون أن تتسم الأعمال التي تكون في فائدة المعوقين باحترام شخصيتهم الإنسانية ومراعاة كرامتهم وحساسيتهم الخاصة[3].

احتراما لكرامة المريض، اشترط المشرع لتقديم العلاج موافقة المريض المتبصرة ما عدا في الحالات الإستعجالية[4]، كما منع جمع الدم ونقل الأعضاء من القصر والمحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية أو مالية [5]، وألزم كل الممارسين الطبيين باحترام الحياة الخاصة للمريض وعدم إفشاء السر الطبي[6]، كما منع ممارسة مهنة الطب ممارسة تجارية[7]، و منع الطبيب من المشاركة أو المساعدة أو قبول أعمال التعذيب أو المعاملة القاسية وغير الإنسانية أو المهينة أو استعمال مهاراته ومعرفته لتسهيل هذه الأفعال [8].

---

[1] قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير1985 ، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، مرجع سابق.

[2] المادتين11، 13 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3] المادة 91 من نفس القانون.

[4] المادة 154 من نفس القانون.

[5] المادة 158 و161 من نفس القانون.

[6] المادة165 من نفس القانون، والمواد من36-41 من مدونة أخلاقيات الطب.

[7] المادة20 من مدونة أخلاقيات الطب.

[8] المادة12 من مدونة أخلاقيات الطب.

أوكل المشرع الجزائري مهمة جعل التطور الطبي متوافقا مع الكرامة الإنسانية إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، الذي يكلف بتقديم الآراء والتوصيات حول كل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية و كرامته[1]. بالرّغم من أن أراء هذا المجلس استشارية فهو يساعد المشرع في منع بعض الممارسات الطبية التي تمس كرامة الإنسان.

يحمي قانون العقوبات حقوق وحريات الأفراد عن طريق تجريم أفعال الاعتداء عليها ووضع عقوبات لها، وقد شمل الباب الثاني منه فصلا للجنايات والجنح ضد الأشخاص جرّم فيه الاعتداء على الحياة وعلى السلامة الجسدية، فنص على جرائم القتل، جرائم العنف، التعذيب، جرائم الاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص، جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة وجريمة إفشاء الأسرار[2]. بما أن الإجهاض يعتبر اعتداء على حياة وكرامة الجنين فقد تم تجريمه لكن تحت فصل بعنوان الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة والذي تشمل أيضا جرائم الاغتصاب والفعل العلني المخل بالحياء والدعارة. [3].

تتنافى الكرامة الإنسانية مع معاملة الشخص كشيء أو سلعة، لذا تم إضافة فصل خامس مكرر في سنة 2009، يشمل جريمة الاتجار بالأشخاص[4]، الاتجار بالأعضاء البشرية[5]و جريمة تهريب المهاجرين[6].

---

(1) المادة168 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(2) المواد254 ،263 مكرر،296،264 ،301 ق.ع.ج.

(3) المواد،304، 332 ،342 ق.ع.ج.

(4) المواد من 303 مكرر4 -303 مكرر16 ق.ع.ج.

(5) المواد من 303 مكرر16 -303 مكرر29 ق.ع.ج.

(6) المواد من 303 مكرر30 -303 مكرر41 ق.ع.ج.

نلاحظ أن قانون العقوبات الجزائري رغم أنه جرّم الكثير من الأعمال التي تمس بالكرامة إلاّ أنه لم يخصص فصلا أو قسما خاصا بالجرائم ضد الكرامة الإنسانية، كما أنّ الكثير من الممارسات التي منعتها القوانين الأخرى كمنع اللجوء إلى الأم البديلة في قانون الأسرة، أو الممارسات الماسة بالكرامة والتي منعها قانون الصحة العامة، لم يقم قانون العقوبات بتجريمها أو وضع عقوبات لها، ممّا يجعل هذه النصوص غير فعالة وتبقى مجرد مبادئ توجيهية.

من خلال النصوص السالفة الذكر يتضح لنا أن احترام الكرامة الإنسانية يعني أن يكون الإنسان دائما غاية و صاحب حق، لا أن يعامل كشيء أو وسيلة، وبالتالي لا يجوز طبقا لمبدأ الكرامة الإنسانية أن يعامل الإنسان أو جسم الإنسان معاملة البضائع فيباع ويشترى.

المطلب الثاني

مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان

يعتبر مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان من المبادئ القانونية الراسخة في علم القانون و المرتبطة بالكرامة الإنسانية، وهو يعني خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل القانوني أي الحظر المطلق للتصرف في جسم الإنسان سواء كان بمقابل أو عن طريق التبرع.

يقوم مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان على فكرتين الأولى تتمثل في اعتبار جسم الإنسان هو الشخص ذاته**(الفرع الأول)**، أما الثانية فتقرر أنّ جسم الإنسان شيء خارج نطاق التعامل القانوني**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: جسم الإنسان مندمج مع الشخص

لم تهتم النصوص القانونية الدولية منها و الداخلية بتعريف جسم الإنسان، ولكن الفقه أورد بعض التعريفات(**أولا**)، و الشخص في القانون يكتسب الشخصية القانونية بالميلاد(**ثانيا**)، و يفقدها بالوفاة(**ثالثا**).

أولا: تعريف جسم الإنسان

لم نعثر على تعريف لجسم الإنسان في النصوص القانونية، ولكن الفقه أورد مجموعة من التعريفات، فالأستاذ حسين إبراهيم هيكل يعرّفه بأنه:" الوعاء الذي تنصب فيه الرّوح، وباجتماع الرّوح والجسد يكون الإنسان، لأنّ الجسم بلا روح هو مجرد جثة، أما الرّوح فلا يمكن أن نراها أو نشاهد آثارها إلاّ في الجسد"[1]، هذا التعريف يجعل الجسم ملازما للشخص ولا يمكن فصل أي منهما عن لآخر، وبالتالي لا يمكن اعتبار جسم الإنسان شيء وفق هذا التعريف، ولا يخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها الأشياء.

أمّا الأستاذ أحمد فتحي العزة فيرى أنّ جسم الإنسان "هو الكيان الذي يتكون من مجموعة متناغمة من الأنسجة و الخلايا و المكونات المختلفة التي تشكل في مجموعها الأعضاء الخارجية و الداخلية و كافة المشتقات و المنتجات الآدمية، بشرط وجوب سريان الحياة فيه على نحو يتيح لكافة أجزائه القيام بوظائفها الطبيعية و الحيوية المنوطة بها"[2]. هذا التعريف يتماشى مع التطورات الطبية التي أصبحت تستلزم التمييز بين مكونات الجسم من الأعضاء و المنتجات، فالاعتداء على هذه الأخيرة يرتب آثارا قانونية تختلف عن تلك تترتب عن المساس بالأعضاء، كما أن

(1) حسين إبراهيم أحمد إبراهيم هيكل، مرجع سابق، ص 90.

(2) مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 23.

العقوبات المقررة على الاعتداء على الأعضاء تختلف عن العقوبات المقررة على الاعتداء على المنتجات"[1].

هناك من يرى أنّ "جسم الإنسان هو الجزء المادي في الإنسان الحي"[2]، فجسم الإنسان قبل كل شيء هو مادة وبالتالي فهو شيء، لكنه ليس كباقي الأشياء فهو ليس محلا للتصرفات القانونية أو التعامل القانوني، فقد نصت القوانين المدنية بطريق غير مباشر على إخراج جسم الإنسان من دائرة التعامل."[3]

نلاحظ أن غالبية الفقه تتفق على أن جسم الإنسان هو الشخص لاندماجهما وعدم الفصل بينهما فالإنسان يتكون من المادة(الجسم) والرّوح، و الجسم هو غطاء الرّوح وهو يندمج مع الشخص ولا يمكن أن يعتبر كالشيء المادي."[4]

يميز القانون المدني بين الأشخاص و الأشياء، فالشخص هو صاحب الحق ويتمتع بالشخصية القانونية و الكرامة الإنسانية"[5]، أمّا الشيء فهو محل الحق وعليه ترد مختلف التصرفات القانونية، وعليه لا يمكن أن يكون الشخص محلا للاتفاقيات القانونية لأنه لا يمكن أن يكون صاحب الحق ومحلا للحق في نفس الوقت.

ثانيا - إكتساب الشخصية القانونية:

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حيا، إلاّ أن القانون قد اعترف للجنين ببعض الحقوق.

---

[1] هذا ما تشير إليه المواد من 303 مكرر16 إلى303 مكرر29 ق.ع.ج .

[2]Mme LAMARA-Mohamed Malika née SALMI ,Les droits de l'être humain sur son corps dans le droits Algérien, thèse de d'doctorat en science, spécialité droit, faculté de droit , université d'Alger, 2016, p 57.

[3] أنظر المادة81 من القانون المدني المصري، والمادة682 من القانون المدني الجزائري.

[4] أحمد عبد الدايم، مرجع سابق، ص288.

[5] نشير هنا إلى أن القانون المدني يعرف نوعين من الأشخاص: الشخص الطبيعي وهو مرادف للإنسان، أو الفرد أو الكائن البشري، و الشخص الاعتباري وهو مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية قانونية، ويتمتع بجميع الحقوق إلّا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان (المادتين 49 ،50 ق.م.ج).

1- إكتساب الشخصية القانونية بالميلاد

أكدت القوانين المدنية أنّ شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته[1]، ويعتبر الطفل قد ولد حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامات ظاهرة بالحياة"[2].

لا يميز القانون المدني بين وجود الجسم ووجود الشخص القانوني فهما يوجدان معا وينتهيان معا، فمتى انفصل الجنين عن بطن أمه انفصالا تاما وهو حي يعتبر شخصا قانونيا ولو مات لحظات بعد ذلك"[3]، وبالعكس فالجنين لا يعتبر شخصا قانونيا إذا مات أثناء عملية الولادة أو قبلها. يضيف القانون الفرنسي إلى ذلك شرطا آخر وهو أن يكون الطفل المولود قابلا للحياة بمعنى أن واقعة الميلاد ليست كافية لوحدها لاكتساب الشخصية القانونية، بل يجب أن يكون الجنين حيا و قابلا للحياة".[4]

بما أن الولادة واقعة مادية فإنه يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات لكن نظرا لأهميتها وما يترتب عليها من آثار، ألزمت القوانين التبليغ على المواليد لدى المكاتب المختصة وتحرير شهادة ميلاد للطفل المولود، هذا ما نصت عليه المادة 62 من قانون الحالة المدنية الجزائري"[5] بقولها: "يصرّح بولادة الطفل الأب أو الأم أو الأطباء أو القابلات أو أي شخص آخر يحضر الولادة...، ويجب أن يكون التبليغ خلال

(1) المادة 25 ق.م.ج وتقابلها المادة 29 قانون مدني مصري.

(2) المادة 134 ق.أ.ج.

(3) محمد سعيد جعفور، مرجع السابق، ص300.

(4) Jean CARBONIER, droit civil, introduction, les personnes, p.u.f, Paris, 1974, p220

(5) أمر رقم 70-20 ،مؤرخ في 7 فبراير1970 ، يتعلق بقانون الحالة المدنية، ج.ر.ج.ج عدد13، صادر بتاريخ10 فبراير1970.

خمسة أيام من الولادة ".[1]، وتتضمن شهادة الميلاد بيانات عن الساعة واليوم والشهر والسنة التي ولد فيها الطفل وجنسه واسمه ولقبه وعنوانه واسم الوالدين ووضعيتهما".[2]

تعطي شهادة الميلاد هوية قانونية للطفل لأن الحياة البيولوجية لا تكفي من أجل وجود الشخص، فالفرد الذي ليس له هوية لا يستطيع أن يندمج في المجتمع، إذن الشخصية القانونية تعتبر هبة من الولادة، وحق طبيعي لكل إنسان يولد حيا".[3]

القانون المدني لا يميز بين الشخص والجسم"[4]، بل يميز فقط بين الشخص صاحب الحق والشيء محل الحق، فالشخص والجسم لا يمكن تجزئتهما، وإذا كان مبدأ كرامة الإنسان وسموه يترتب عليه عدم اعتبار الشخص كشيء أو وسيلة، وبالتالي يخرج عن نطاق المعاملات والتصرفات القانونية، فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى جعل جسم الإنسان غير قابل للتملك أو الدخول ضمن التعامل القانوني، لأن الأشياء فقط هي التي تدخل ضمن التعامل القانوني والتي يمكن أن تكون محل للاتفاقيات القانونية، و بشرط أن لا تكون خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون."[5] أو كما جاء في القانون المدني الفرنسي فقط الأشياء التي تدخل في التجارة هي التي تكون محل للاتفاقيات."[6]

---

[1] المادة61-4 من نفس القانون.

[2] المادة63 من نفس القانون.

[3] Mme LAMARA-Mohamed Malika, née SALMI, op.cit, p62.

[4] لا يظهر مصطلح الجسم في القانون المدني إلا في المادة 140 مكرر1 التي تنص: " **إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني، و لم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر.**"

[5] جاءت المادة 682 ق.م.ج كما يلي: " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها و أمّا الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية" وهي تقابل المادة 81 من القانون المدني المصري.

[6] L'art 1128 du c.civ dispose : < Il n'ya que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet de conventions.>

جسم الإنسان إذن لا يمكن أن يكون محلا لأي اتفاق قانوني، لأنه ليس شيئا وغير داخل في التجارة، وقد اتفق الفقه على بطلان أي تصرف في جسم الإنسان لأنه ليس من الأشياء وليس محلا للاتفاقات، خاصة بعد تجريم الرّق[1]، فالله عز وجل يخبرنا في القرآن الكريم أنه خلق الإنسان من طين ثم نفخ فيه من روحه، يقول تعالى: ﴿ ٱلَّذِىٓ أَحۡسَنَ كُلَّ شَىۡءٍ خَلَقَهُۥۖ وَبَدَأَ خَلۡقَ ٱلۡإِنسَٰنِ مِن طِينٍ ۝٧ ثُمَّ جَعَلَ نَسۡلَهُۥ مِن سُلَٰلَةٖ مِّن مَّآءٖ مَّهِينٖ ۝٨ ثُمَّ سَوَّىٰهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِن رُّوحِهِۦۖ وَجَعَلَ لَكُمُ ٱلسَّمۡعَ وَٱلۡأَبۡصَٰرَ وَٱلۡأَفۡـِٔدَةَۚ قَلِيلٗا مَّا تَشۡكُرُونَ ۝٩ ﴾[2]. لذا فإن جسم الإنسان لا يعتبر من الأشياء ولا يمكن تشبيهه بها لا في العقل ولا في الشّرع[3].

إذا كانت الشخصية القانونية لا تكتسب إلا بتمام الولادة حيا، فما هو المركز القانوني للجنين الذي هو حقيقة بيولوجية، يتكون من جسم وروح، وهو شخص قانوني مستقبلي ؟

2- المركز القانوني للجنين

يرى بعض الفقهاء[4] أن الجنين يتمتع بالشخصية القانونية منذ بداية الإخصاب لكن هذه الشخصية لا تثبت له إلاّ بتمام ولادته حيا، ذلك لأن القانون يعترف للجنين ببعض الحقوق بشرط أن يولد حيا[5]، وهذا يستلزم تمتعه بالشخصية القانونية لكون هذه الأخيرة كاملة ولا تقبل التجزئة، فلا يمكن القول بوجود شخصية قانونية ناقصة.

---

[1] أنظر المادة الرابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مرجع سابق، والمادة الثامنة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، مرجع سابق، والمادة الرابعة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[2] سورة السجدة، الآيات: 7-8-9.

[3] أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص95.

[4] من هؤلاء نذكر: حسن كيرة، المرجع السابق، ص226، إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص218 .

[5] جاء في المادة 25-2 ق.م.ج: " **على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا** ".

يعترف القانون للجنين بمجموعة من الحقوق بعضها مالية والبعض الآخر غير مالي، فمن الحقوق المالية نجد الحق في الميراث حيث يشترط القانون لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة[1]، فإذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان يوقف له الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها[2]، غير أنه لا يرث إلاّ إذا ولد حيا[3].يتمتع الجنين أيضا بالحق في تلقي الوصايا[4]. و الهبات[5] بشرط أن يولد حيا.

يكرّس القانون بعض الحقوق غير المالية للجنين و أولها الحق في الحياة، الذي يبدأ منذ لحظة الحمل[6]، فالاعتداء على حياة الجنين يعتبر جريمة تعاقب عليها الكثير من التشريعات وتسمى جريمة الإجهاض[7]، وتعاقب هذه التشريعات كل من يقوم بقتل

---

[1] تنص المادة 128 ق.أ.ج : "**يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث**".

[2] المادة 173ق.أ.ج.

[3] تنص المادة 134 ق.أ.ج : "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، و يعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة باالحياة". تقابلها المادة 01 من قانون المواريث المصري.

[4] جاءت المادة 187 ق.أ.ج كما يلي:" تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس". وتقابلها المادة 64 من قانون الأحوال الشخصية المصري.

[5] المادة 209 ق.أ.ج تقرر: " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا". وتقابلها المادة 487-1 من قانون الأحوال الشخصية المصري.

[6] جاءت المادة 4-1 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان كما يلي: "لكل إنسان الحق في أن تكون حياته محترمة، هذا الحق يحميه القانون، وبشكل عام منذ لحظة الحمل، ولا يجوز أن يحرم أحد من حياته بصورة تعسفية". كما نصت المادة16 من القانون المدني الفرنسي المشار إليه سابقا على أن: "القانون يضمن سمو الشخص، ويمنع كل اعتداء على كرامته ، ويضمن احترام الكائن البشري منذ بدء حياته".

[7] نشير إلى أن بعض القوانين تبيح الإجهاض في المراحل الأولى من الحمل(12 أسبوعا في التشريع الفرنسي)، كذلك اختلف فقهاء الشريعة في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح في الجنين.

لمزيد من التفصيل أنظر : ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2013 ،ص ص43 – 74، نعوم مراد، بعض أنواع الأعمال الطبية

الجنين أو إسقاطه قبل الموعد المحدد للولادة حتى لو كانت الأم الحامل ذاتها[1]، ما عدا في حالة الإجهاض العلاجي أو من أجل إنقاذ حياة الأم[2]، كذلك تنص القوانين على عدم تنفيذ عقوبة الإعدام على المرأة الحامل حفاظا على حياة الجنين، ففي الجزائر مثلا نجد قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين[3] ينص على أنّ عقوبة الإعدام لا تطبق على المرأة إذا كانت حاملا أو أم لطفل لم يبلغ 24 شهرا[4]، كما يتمتع الجنين بالحق في النسب متى كان الحمل في إطار زواج شرعي أو خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو وفاة الأب[5].

تؤكد العلوم الطبية اليوم أنّ الجنين يتمتع بالحياة منذ لحظة الإخصاب و الدليل على ذلك أنه يتطور وينمو، وأنّ اللّقيحة البشرية تحمل جميع الصفات الوراثية للطفل الذي سوف يولد فيما بعد.

اعتمدت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الثانية حول" الحياة الإنسانية"[6]، ما أكدته العلوم الطبية، إذ توصلت إلى ما يلي:

أولا: " بداية الحياة الإنسانية تكون منذ التحام حيوان منوي ببويضة ليكونا البويضة الملقحة التي تحتوي الحقيقة الوراثية الكاملة للجنس البشري عامة والفرد بذاته

والجراحة المستحدثة في الشريعة الإسلامية بين الإباحة والتحريم، موسوعة الفكر القانوني، العدد الخامس، دار الهلال للخدمات الإعلامية، وهران، 1224،ص-ص5-21.

[1] المواد من304 إلى313 ق.ع.ج.

[2] المادة 308 ق.ع.ج. وكذلك جميع التشريعات العربية تبيح الاجهاض لإنقاذ حياة الأم.

[3] قانون رقم 05-04 مؤرخ في 06 فبراير2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر.ج.ج، عدد 12، صادر بتاريخ 13 فبراير 2005.

[4] المادة 155من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمسجونين، مرجع سابق.

[5] المادة 40 و46 من ق.أ.ج ، وتقابلها المادة 50 و51 من قانون الأحوال الشخصية المصري.

[6] المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الندوة الإسلامية الثانية حول" الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي"، المنعقدة بالكويت في الفترة من 24 إلى 26 ربيع الثاني1405 هـ، الموافق للفترة من15 ألى17 يناير1985 م. متاحة على الموقع: Islamset.net>arabic>abioethics>hayat

المتميز عن كل كائن آخر على مدى الأزمنة، وتشرع في الانقسام لتعطي الجنين النامي المتطور المتجه خلال مراحل الحمل إلى الميلاد.

ثانيا: منذ أن يستقر الحمل في بدن المرأة فله احترام متفق عليه ويترتب عليه أحكام شرعية معلومة.

ثالثا: إذا بلغ الجنين مرحلة نفخ الروح تعاظمت حرمته بالاتفاق وترتبت على ذلك أحكام شرعية أخرى.

إنّ تنوع صور الاعتداء على الجنين نتيجة التطورات الطبية الحديثة من إنجاب صناعي، تخليق أجنة من أجل البحوث الطبية، العلاج الجيني والاستنساخ، يتطلب تدخل المشرع لتنظيم هذه الممارسات وتوسيع الحماية القانونية له منذ لحظة الإخصاب، سواء كان التلقيح طبيعيا أو صناعيا، فالجنين كائن بشري يتمتع بالحياة وبكرامة إنسانية تتنافى مع معاملته كشيء أو موضوع للأعمال الطبية.

يتضح لنا ممّا سبق أن الجنين يعتبر شخصا قانونيا يتمتع بالكرامة الإنسانية منذ بداية الحمل، فهو يتمتع بمجموعة من الحقوق المالية وغير المالية ممّا يدل على تمتعه بالشخصية القانونية لكن هذه الأخيرة لا تثبت له إلا بتمام الولادة حيا، وإذا كان القانون قد اشترط لتنفيذ هذه الحقوق ولادته حيا فالقيد هنا يلحق تنفيذ الحقوق وليس اكتسابه للشخصية القانونية[1]. اعتبار الجنين شخص يعني أنه ليس شيئا و بالتالي خروجه من دائرة المعاملات القانونية سواء كانت مالية أو غير مالية، لكن هذه الشخصية القانونية تنتهي بالوفاة.

[1] Même LAMARA- Mohamed – Malika née SALMI, op.cit,p 71.

ثالثا -نهاية الشخصية القانونية بالوفاة

الوفاة هي مفارقة الرّوح للجسد[1]، وهي واقعة مادية تعرف في غالبية الحالات بالتوقف النهائي للدورة الدموية والتنفس، ولكنها أيضا واقعة قانونية لأنها تؤدي إلى نهاية الشخصية القانونية[2]. لم يكن تحديد لحظة الوفاة بالأمر الصعب، فتوقف القلب عن النبض وتوقف الدورة الدموية بالإضافة إلى توقف التنفس يدل على الوفاة، لكن تطور العلوم الطبية وخاصة أجهزة الإنعاش و الحاجة إلى نقل الأعضاء من جثث الموتى لزرعها في أجسام المرضى استلزم إيجاد معيار آخر لتحديد لحظة الوفاة وهو معيار الموت الدماغي الذي أثار جدلا بين فقهاء الشريعة والقانون[3].

يعتمد معيار الموت الدماغي على موت الدماغ لتحديد لحظة الوفاة حتى لو كان القلب ينبض و الشخص يتنفس بواسطة التنفس الصناعي ودائما يأتي العمل به في القوانين المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء، لأنه لا يجوز قانونا انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة من قبل لجنة طبية وحسب المقاييس العلمية المحددة قانونا[4].

لم يعرف لنا القانون الوفاة ولا لحظة الوفاة، بل ترك ذلك لأهل الاختصاص من الأطباء، ولكنه اشترط لتحرير شهادة الوفاة ودفن الجثة أن يكون بناءا على شهادة

---

(1) أنور أبو بكر هواني الجاف، مدى شرعية تشريح جثة الإنسان (دراسة قانونية مقارنة)، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010، ص 293.

(2) Jean CARBONNIER, op.cit, p33.

(3) أنظر بهذا الخصوص محمد علي البار، الموت الاكلينيكي والموت الشرعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة التاسعة، العدد الحادي عشر، رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، 1998 م، ص ص 131-165، مسعود صبري إبراهيم، موت الدماغ في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات الشرعية ، العدد الأول، الكويت، 2012، ص ص9-46، عبد العزيز الشويرخ، موت الدماغ، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الحادي عشر، السعودية، 2011 م، ص ص241 -350.

(4) المادة 164 -1 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

طبية من طرف طبيب عاين الوفاة.[1]كما نصت بعض التشريعات على معايير علمية يتبعها الأطباء عند تحديد لحظة الوفاة سواء في حالة توقف القلب و الدورة الدموية و التنفس.[2] أو في حالة الموت الدماغي،[3] ففي التشريع الجزائري مثلا نجد أن المعايير العلمية للموت الدماغي حددت بقرار وزاري سنة 2002[4] وهو يخص عمليات انتزاع الأعضاء و الأنسجة من المتوفين ، وهذه المعايير هي:

- الفقدان الكلي للوعي ولأي حركة مع انعدام ردود الأفعال العصبية.
- توقف عملية التنفس الطبيعي كلية.
- كشف تخطيط للقلب مرتين وتتم القراءة و التحليل من طرف طبيبين مختلفين.
- بالإضافة إلى تخطيطين" ECG " والإيزوالكتريك.

ولا يمكن للطبيب الذي عاين و أثبت الوفاة أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع[5].

نظرا لأهمية الوفاة و ارتباطها بالنظام العام يجب التصريح بها لضابط الحالة المدنية في خلال أربعة وعشرين ساعة من الوفاة من قبل الأشخاص الذين حصلت عندهم الوفاة أو أقارب المتوفى أو أي شخص توجد في حالته المدنية المعلومات الموثوق بها وعلى الوجه الأكمل بقدر الإمكان.[6]و ذلك تحت طائلة عقوبة جزائية[7].

---

[1] المادة 78 من قانون الحالة المدنية.

[2] Art 1232 -1 du csp.

[3] Art 1232 -2 du csp.

[4] قرار وزاري رقم 34، صادر عن وزير الصحة بتاريخ 19 نوفمبر2000، يحدد المعايير العلمية التي تسمح بالمعاينة الطبية والشرعية للوفاة بقصد انتزاع الأعضاء والأنسجة.

[5] المادة 165-3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

[6] المادة 79 من قانون الحالة المدنية.

[7] أنظر المادة 441-1 ق.ع.ج .

لا يمكن أن يتم الدفن دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية مكتوب على ورقة عادية ودون نفقة، ولا يمكن أن يسلم هذا الترخيص إلا بعد تقديم شهادة طبية من قبل طبيب أو من قبل ضابط الشرطة القضائية الذي كلف بالتحقيق في الوفاة[1]. يحرر عقد الوفاة ضابط الحالة المدنية التي وقعت فيها الوفاة، بناءا على التصريح السالف ذكره، ويبين في عقود الوفيات:- اليوم و الساعة ومكان الوفاة

اسم ولقب المتوفى وتاريخ ومكان ولادته ومهنته ومسكنه

ألقاب و أسماء ومهنة أبويه ومسكنهما

اسم ولقب وعمر ومهنة و مسكن المصرّح، وإذا أمكن درجة قرابته مع الشخص المتوفى[2].

يترتب على الوفاة عدة آثار قانونية منها: فقدان الشخصية القانونية[3]فالأموات لا يمكنهم اكتساب الحقوق أو التحمل بالالتزامات، استحقاق الإرث،[4] انحلال الرابطة الزوجية،[5] عدم القدرة على الإنجاب بواسطة التقنيات الحديثة التي تعتمد على تجميد النطف والأجنة وإمكانية استعمالها طبيا حتى بعد الوفاة فغالبية التشريعات تنص على عدم جواز إجراء التلقيح الصناعي بعد الوفاة[6]، السماح بنقل الأعضاء والأنسجة من جثة المتوفى إذا لم يعارض أثناء حياته[7].

---

[1] المادة 78 من قانون الحالة المدنية.

[2] المادة 80 من قانون الحالة المدنية، مرجع سابق.

[3] المادة 25 ق.م.ج، مرجع سابق.

[4] تنص المادة 127 ق.أ.ج: " **يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي". تقابلها المادة1 من القانون المصري رقم77 لسنة 1943 بشأن المواريث.**

[5] تنص المادة 47 ق.أ.ج: "**تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة**".

[6] **مثلا المادة 45 مكرر ق.أ.ج و الفصل4 من القانون رقم93 المؤرخ** في07 أوت 2001 يتعلق بالطب الإنجابي التونسي.

[7] المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، مرجع سابق.

يعترف القانون بإرادة الشخص قبل الوفاة فتنفذ وصاياه بعد مماته وتسدد ديونه ومصاريف تجهيزه و دفنه،[1]و تحترم أسراره فلا يلغى السر المهني بوفاته[2]، ولا يتم نزع الأعضاء من جثته إذا عبر قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك[3] واحتراما لكرامة الميت لا يذكر إلا بأحسن صفاته وأفعاله يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " اذكروا محاسن موتاكم وكفوا عن مساوئهم "[4].

يكاد يتفق الفقه الإسلامي والفقه القانوني على أن جسم الإنسان في مجمله لا يعتبر من قبيل الأموال لأن ذلك يقتضي أن يكون الجسم خارج الإنسان في حين أن جسم الإنسان ليس خارجا عنه[5]، وإذا كانت بعض العلوم تعامل الإنسان على أنه شيء من الأشياء فلا يمكن لها مع ذلك أن تنكر أن في ألإنسان جوهرا خاصا يمنع من محاولة الخوض في تشبيهه بالأشياء إلى منتهاها[6].

حتى لو كانت القوانين تعامل جسم الإنسان مدمجا بالشخص ذاته في بعض الأحيان، فهناك من يرى أن جسم الإنسان شيء ولكنه شيء خارج نطاق التعامل القانوني.

الفرع الثاني: جسم الإنسان شيء خارج نطاق التعامل القانوني

تميز القوانين منذ العهد الروماني بين الأشياء القابلة للتعامل وبين الأشياء خارج نطاق التعامل، وتخرج جسم الإنسان من دائرة التعامل بطريق غير مباشر، فهذه

---

(1) المادة 180 ق.أ.ج يقابلها المادة 4 من القانون المصري رقم 77 لسنة 1943 بشأن المواريث .

(2) جاءت المادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب كما يلي: " **لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق الحقوق**".

(3) المادة 165 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(4) رواه أبو داوود (كتاب الأدب) و الترمذي (كتاب الجنائز).

(5) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص96.

(6) أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص95.

القوانين تعتبر جسم الإنسان شيء**(أولا)**، ولكنه يخرج عن المعاملات القانونية **(ثانيا)**، وإذا كان جسم الإنسان شيء فهذا يعني أن الشخص له حقوق على جسده**(ثالثا)**، لكن التطور الطبي أدى إلى إباحة التصرف في جسم الإنسان**(رابعا)**.

أولا : جسم الإنسان شيء

اعتبار الجسم شيء هذا يعني تمييزه عن الشخص، ويظهر هذا التمييز من خلال ما يلي:

1- التعويض عن الأضرار الجسمانية: يترتب عن قواعد المسؤولية المدنية أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض[1] سواء كان الضرر ماديا أو معنويا،[2] ماليا أو جسمانيا. لم يتم النص على الضرر الجسماني صراحة في القانون المدني الجزائري حتى سنة 2005 [3] حيث أضيفت المادة 140 مكرر التي تنص: " إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر"، فالاعتداء على الحياة و على السلامة الجسدية معاقب عليه في قانون العقوبات بعقوبات جزائية، ويرتب أيضا المسؤولية المدنية التي تعطي للمتضرر الحق في التعويض.

القوانين المتعلقة بحوادث المرور، تحدد قيمة التعويض حسب العضو المصاب في جسم الإنسان أو وظيفة هذا العضو، ففي الجزائر مثلا نجد القانون المتعلق بإلزامية

---

[1] المادة 124 ق.م.ج، المادة 163 قانون مدني مصري، و المادتين 1240 و 1241 من القانون المدني الفرنسي.

[2] جاءت المادة 182 مكرر ق.م.ج كما يلي: " **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**".

[3] وذلك بمقتضى قانون رقم 05 -10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج.ر.ج.ج عدد43 ،صادر بتاريخ20 يوليو2005.

التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار،[1] ينص على أن التعويض عن الأضرار الجسمانية الناجمة عن حوادث المرور يكون بالاتفاق أو عن طريق القضاء، ويتم تحديد التعويض حسب الجدول المرفق،[2] ويتم حساب التعويض على أساس العجز المؤقت عن العمل، و العجز الدائم الكلي أو الجزئي، المصاريف الطبية والصيدلانية، وكذلك يحسب الضرر الجمالي، ضرر التألم و الضرر المعنوي.[3]

مما يعني أن أعضاء الجسم لها قيمة مالية، و إن كان البعض يرى أن هذا التعويض لا يمثل قيمة العضو المصاب وإنما هو جبر للضرر اللاحق عن فقدانه أو تعطيل وظيفته.[4]

2– أحكام المفقود والغائب: تقرر الكثير من التشريعات الحكم بموت المفقود،[5] والغائب،[6] إذا مضى على الحكم بالفقدان أو الغياب مدة زمنية محددة، في القانون الجزائري أربع سنوات في الحروب و الحالات الاستثنائية و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات،[7]ويصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة[8]، بصدور هذا لحكم يعتبر المفقود أو الغائب ميتا من

---

(1) قانون رقم 88 -31 مؤرخ في 19 يوليو 1988، يعدل و يتمم للأمر رقم 74 -15 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.ج عدد29، صادر بتاريخ 20 يوليو1988.

(2) المادة 16 من نفس القانون.

(3) المادة 10 مكرر من نفس القانون.

(4) احمد شرف الدين، مرجع سابق، ص95.

(5) عرفت المادة 109 ق.أ.ج المفقود كما يلي:" **المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم**".

(6) عرفت المادة 110 ق.أ.ج الغائب بقولها: " **الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود**".

(7) المادة 113 من ق.أ.ج.

(8) المادة 114 ق.أ.ج.

الناحية القانونية حيث تستخرج له شهادة وفاة، تنحل الرابطة الزوجية وتقسم تركته[1]، أي أنه ترتب على الحكم بموت المفقود كل الآثار القانونية للوفاة ماعدا معاينة الجثة ودفنها.

لكن الحكم بموت المفقود أو الغائب لا يعني بالضرورة موته البيولوجي فقد يكون لا يزال حيا ويعود بعد ذلك وفي هذه الحالة يكون ميتا من الناحية القانونية ولكنه حيا بيولوجيا مما يعني أن الجسم في هذه الحالة يكون متميزا عن الشخص،[2] كما قد يكون المفقود أو الغائب قد توفي قبل مدة من صدور الحكم بموته وفي تلك الفترة كان لا يزال يتمتع بالشخصية القانونية رغم أنه قد توفي من الناحية البيولوجية، وهذا أيضا يدل على عدم تطابق الجسم مع الشخص، فالجسم ليس هو الشخص وإنما الجزء المادي فيه فهو إذن شيء.

3-الوضع القانوني للجثة: يتحوّل الجسم إلى جثة بعد أن تفارقه الحياة ليدفن في القبر ويتحلل بعد فترة من الزمان ويصبح ترابا بعد ذلك ﴿ مِنْهَا خَلَقْنَاكُمْ وَفِيهَا نُعِيدُكُمْ وَمِنْهَا نُخْرِجُكُمْ تَارَةً أُخْرَىٰ ﴿٥٥﴾ ﴾[3] وإذا كان القانون لا يعرف سوى التقسيم إلى أشخاص وأموال فهذا يعني أن الجثة تدخل في نطاق الأشياء، لكن الجثة ليست شيء مادي كبقية الأشياء فهي شيء مقدس يجب احترامها، ويعاقب القانون على الانتهاكات التي تكون بهدف المساس بالجثة أو المدافن أو بكرامة الأموات واحترامهم وجعل هذه الأفعال جنحة معاقب عليها بالحبس الذي قد يصل غلى خمس سنوات و غرامة مالية

---

[1] المادة 115 ق.أ.ج .

[2] افترض المشرع هذه الحالة في المادة 115 ق.أ.ج التي جاءت كما يلي: " **لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها**".

[3] سورة طه، الآية: 55.

قد تصل إلى 5000 دج[1] و لو كان الجسم هو الشخص لفقدت الجثة احترامها في اللحظة التي يفقد فيها هذا الأخير الشخصية القانونية.

تجيز الكثير من القوانين،[2] تشريح الجثة لأغراض طبية أو علمية أو من أجل الإثبات الجنائي كما تجيز للشخص التبرع بجثته من أجل استقطاع الأعضاء، و تعطي للورثة الحق في الإذن بهذه التصرفات، وهو ما يجيزه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتبار أن مصلحة الأمة في سلامة أفرادها أعظم من المفسدة التي يمكن أن تلحق بالميت من التصرف في جثته.[3]وهذا يدل على أن جسم الإنسان ليس هو الشخص ذاته بل هو من الأشياء لكن ليس كأي شيء مادي وإنما شيء له احترام وقدسية نابعة من احترام الشخص صاحب الجسم وكرامته.

4-الجنين الناتج عن التلقيح الصناعي: أدى التطور الطبي ظهور طرق جديدة للحصول على الأجنة البشرية دون حاجة إلى الاتصال الجنسي بين الرجل و المرأة وتتمثل هذه الطرق في التلقيح الصناعي. الذي يتم بتخصيب بويضة المرأة بمني الرجل في أنبوب اختبار ثم زرعها بعد ذلك في رحم المرأة لتستقر هناك حتى موعد الولادة، هذه الطريقة تحتاج إلى تخصيب عدد من البويضات حوالي خمسة عشر بويضة، يتم زرع ثلاثة منها ويحتفظ بالباقي لوقت الحاجة.

لا تتمتع الأجنة الفائضة في التلقيح الصناعي بنفس الحماية التي يتمتع بها الجنين الناتج عن التلقيح الطبيعي، فهي لا تشملها جريمة الإجهاض المنصوص عليها

---

(1) المواد من 150 إلى 154 ق.ع ج، والمادة 255 -17 قانون عقوبات فرنسي.

(2) أنظر المواد 164، 165، 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(3) لمزيد من التفصيل حول موقف فقهاء الشريعة من تشريح الجثة أنظر: بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص ص150-179، وأنور أبو بكر كريم هواني الجاف، مدى شرعية تشريح جثة الإنسان، مرجع سابق، ص ص122 -229.

في قوانين العقوبات.[1] كما يتم حفظها و تجميدها لوقت الحاجة و لمدة قد تصل إلى ثلاثة سنوات[2]، ويمكن التبرع بها بل وحتى تخليقها من أجل البحث العلمي[3]، ويمكن إعدامها أو تركها دون عناية حتى تموت[4]، كما توصل الطب إلى إمكانية استنساخ أجنة بشرية من خلايا جسدية لاستخدامها كقطع غيار بشرية في زراعة الأعضاء أو في التجارب الطبية[5].

نلاحظ أن الجنين الناتج عن التلقيح الصناعي لا يعامل كشخص في القوانين الوضعية، وليس له الحماية التي يتمتع بها الجنين الناتج من حمل طبيعي فيما يخص حياته أو حقه في النمو، كما نجده يخضع لمختلف المعاملات القانونية من أجل حفظه وتجميده والتبرع بهو حتى التخلي عنه في إطار الإنجاب المساعد أو البحث العلمي، مما يجعله يقترب من طائفة الأشياء أكثر من طائفة الأشخاص، لكننا نرى أنه باعتبار الحياة الإنسانية تبدأ من لحظة الإخصاب فحتى الجنين خارج الرحم ولو كان مجمدا يستحق الحماية القانونية و احترام كرامته الإنسانية.

---

(1) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص ص131-148، سميرة أقرورو، الحماية الشرعية والتشريعية للأجنة البشرية وإشكالية حماية الأجنة المخصبة خارج الرحم، مجلة القصر للدراسات والوثائق القانونية، العدد25، المغرب، 2010، ص ص110-121.

(2) هذا ما نصت عليه التعليمة الوزارية رقم 300 الصادرة عن وزير الصحة في 12 ماي2003 والمتعلقة بالطرق الإكلينكية والبيولوجية في المساعدة الطبية للإنجاب.

(3) أجاز البرلمان البريطاني في سنة 2001 تخليق أجنة بشرية من أجل البحث العلمي، وعلى عكس ذلك ينص قانون العقوبات الفرنسي في المادة 511-18 على توقيع عقوبة الحبس سبع سنوات وغرامة مالية على تخليق أجنة بشرية من أجل البحث العلمي.

(4) قرار رقم 6/6/57 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره السادسة بجدة، في الفترة من 17-23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 مارس1990م، حول موضوع البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة.

(5) رغم الحظر الدولي للاستنساخ البشري التكاثري فإنّ الدول لا تزال تختلف حول الاستنساخ البشري العلاجي بين مؤيد ومعارض، لمزيد من التفصيل أنظر فايز عبدالله الكندري، مشروعية الإستنساخ الجينيي البشري من لوجهة القانونية، مجلة الحقوق، السنة22، العدد2، الكويت 1998، ص ص783-829.

ثانيا: الأشياء خارج نطاق التعامل القانوني

يقصد بالشيء كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص سواء كان شيئا ماديا كالبناء أو كان شيئا معنويا كالإنتاج الفكري. والأشياء في القانون نوعان، أشياء قابلة للتعامل فيها وهي الأشياء التي يمكن أن تكون محلا للحقوق المالية أي يمكن أن تكون محلا لإجراء التصرفات الحقوقية عليها كالبيع والقرض والتجارة، وأشياء تخرج عن التعامل أي لا تصلح لأن تكون محلا للحقوق المالية فلا يمكن التصرف فيها ولا تدخل في التجارة القانونية هذا ما نصت عليه المادة 682 ق.م.ج [1] والمادة 1128 قانون مدني فرنسي[2]، وهذه الأخيرة إما أن تخرج عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يمكن للإنسان أن يستأثر بحيازتها مثل الشمس والهواء ومياه البحر حيث ينتفع بها جميع الناس دون أن يستأثر أحد بها، لكن إذا تم فصل أجزاء من هذه الأشياء عن أصلها وأمكن الاستئثار بها فان هذه الأجزاء التي أمكنت حيازتها تدخل في دائرة التعامل وتصلح لأن تكون محلا للحق العيني مثال ذلك الاستيلاء على كمية من الهواء المضغوط لأغراض صناعية أو الاستيلاء على كمية من ماء المطر لاستعماله في ماء الشرب أو ماء البحر لصناعة الملح[3].

الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق العينية فهذه الأشياء يمكن الاستئثار بحيازتها ولكن القانون يمنع التعامل

---

[1] تنص المادة 682-1 ق.م.ج: " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية"، وتقابلها المادة 81-1 قانون مدني مصري.

[2] Art 1128 du c.civ dispose : < Il n'ya que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions>

[3] جاءت الفقرة 682-2 ق.م.ج كما يلي: "**الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها و أما الأشياء الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية** " وتقابلها المادة 81-2 قانون مدني مصري.

فيها لأسباب يراها المشرع كحماية الصحة العامة و حماية المصالح الاقتصادية و الاجتماعية أو لحماية مصلحة إنسانية ومثالها الأشياء غير المشروعة كالمخدرات والمؤثرات العقلية،[1]و الأموال العامة[2].

يستند غالبية الفقه المدني على هذا التقسيم للقول بان جسم الإنسان يخرج عن نطاق التعامل القانوني، وبالتالي لا يمكن معاملته كالبضائع التي تعرض في الأسواق، لكن أليس القول بأن جسم الإنسان شيء خارج نطاق التعامل القانوني يتضمن في حدّ ذاته الاعتراف بأن جسم الإنسان شيء؟

يرى بعض الفقه[3] أنه من الخطأ القول أنّ جسم الإنسان ليس شيئا، ثم يحتج بمادة في القانون الروماني تميز بين الأشياء الداخلة في التعامل القانوني وبين الأشياء الخارجة عن نطاق التعامل القانوني، ويؤكد هؤلاء على أن اعتبار جسم الإنسان شيء هو الذي يحقق حماية أكثر لعناصره ومنتجاته في الوقت الراهن، حيث أن القوانين نفسها أباحت التصرف فيها بشروط معينة، فالقول بأن هذه العناصر ليست أشياء يعني أن الشخص الذي أخذت منه هذه العناصر لا يعتبر مالكا لها، وبالتالي ليس له حق المطالبة بها إذا أصبحت عند الغير، و يضرب لنا مثالا على ذلك قصة اليد المقطوعة في حادث فإذا كانت هذه الأخيرة لا تصبح شيئا إلاّ في لحظة قطعها وانفصالها عن الجسم فإنه يمكن تملكها من قبل أوّل شخص يستولي عليها، وهذا الشخص لا يمكن أن يتهم بالسرقة لأنه باعتباره الحائز الأول سيصبح مالكا لشيء بدون مالك[4].

يجب القبول أولا أنّ جسم الإنسان شيئا من أجل التأكيد بعد ذلك أنه شيء خارج التعامل القانوني أو أنه ذو تعامل محدود، حيث أن القوانين تعترف بمجموعة من

---

(1) تنص المادة 97 ق.م.ج " **إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا** ".

(2) جاءت المادة 689 ق.م.ج: " **لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم...**".

(3)Jean- Pierre BAUD, L'affaire de la main volée- Une histoire juridique du corps, Ed du Seuil, Paris, 1993,p16.

(4)Jean-Pierre BAUD, op.cit, p16.

التصرفات الواردة على عناصر الجسم و منتجاته لكن هذه العناصر المفصولة عن الجسم حتى لو كانت تأخذ صفة الشيء، فلا يعني ذلك اكتسابها صفة البضاعة بالتبعية وخضوعها للتداول الاقتصادي كباقي الأشياء، وإنما التنازل عنها يكون مجرد استثناء و بشرط أن ينسجم مع كرامة الإنسان ورسالته، وان لا يهدّد النصيب الاجتماعي في الجسم[1].

القول بأن جسم الإنسان شيء يدفعنا إلى التساؤل حول طبيعة حق الإنسان على جسده

ثالثا: طبيعة حق الإنسان على جسده

هناك اتجاهان حول طبيعة حق الشخص على جسده، الأول يرى أن الشخص له حق ملكية على جسده، أما الاتجاه الآخر فيعتبر أن الشخص ليس له سوى حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية.

1-جسم الإنسان محل حق ملكية: هناك من يرى أنه و باستبعاد الرّق فإن حق الإنسان على جسمه يطرح بالنسبة للأجزاء المنفصلة عنه (العناصر والمنتجات)، فإذا كنا قد قبلنا بالتبرع بهذه الأجزاء، فهذا يعني أننا نعتبرها أشياء ذلك أن التبرع هو تصرف قانوني يكون محله شيئا مملوكا للمتبرع، وبالتالي حتى لو كان من الضروري استبعاد جسم الإنسان من التجارة، فإنه بالمقابل من الضروري القبول بأن هذه العناصر أشياء للشخص حق ملكية عليها[2].

يترتب على هذه النظرية أن الإنسان يجوز له أن يتصرف في أعضاء جسمه بكافة التصرفات لأنه مالكها ملكية مطلقة، ما لم يحدث إخلال في القيام بالتكاليف الاجتماعية المفروضة عليه، فيمكن للشخص أن ينقل جزءا من جسمه أو عضوا من

[1] رجاء ناجي مكاوي، مرجع سابق، ص211.

[2] لمزيد من التفصيل حول حجج هذا الرأي راجع حسيني هيكل، مرجع سابق، ص83.

أعضاء جسمه لفائدة شخص آخر سواء بمقابل أو بدون مقابل، كما يترتب عنها أيضا صلاحية أعضاء الجسم لأن تكون محل للسرقة ليس فقط في حالة انفصالها عن الجسم ولكن في حالة استقطاعها بدون رضاء الشخص سواء في حياته أو بعد مماته.

انتقدت هذه النظرية لأن جسم الإنسان ليس شيئا ماديا، فهو لا يقبل التداول بين الأفراد ولا يمكن الحجز عليه أو انتقاله إلى الورثة، وإنما هو الإنسان نفسه فالجسم هو الإنسان منه يتجسد وبه يكون، لأن بدون جسد لا يمكن للإنسان أن يتمثل بروحه ولا يوجد بعقله فقط، لابد من الجسم الذي تدب فيه الحياة فلا روح بلا جسد، والجسد بلا روح يعتبر جثة[1].

2- حق الإنسان على جسده من الحقوق اللصيقة بالشخصية: يذهب الرأي الغالب في الفقه[2] إلى أن حق الإنسان على جسمه يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية، والتي تدور مع شخصية الإنسان وجودا وعدما، والتي من أهم خصائصها أنّها حقوق غير مالية، ولا يمكن التصرف فيها سواء بمقابل أو بدون مقابل، وأنها لا تخضع للتقادم المكسب أو المسقط لأنها خارجة عن نطاق التعامل، وهي حقوق لا تنقل إلى الورثة وأخيرا فهي حقوق عامة يحميها القانون ويحتج بها على الكافة[3].

قبلت الأغلبية بأن الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية وهذه الحقوق رغم أن لها آثار مالية إلا أنه من المستحيل تقديرها بالمال وبالتالي فهي خارج نطاق التعامل القانوني ومن البديهي إذن أنه لا يمكن أن تكون محلا لأي اتفاق قانوني سواء كان بشكل مجاني أو بعوض[4].

---

[1] طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص78.

[2] أنظر حجج هذا الاتجاه: خالد بن النوى، مرجع سابق، ص34.

[3] أنظر خصائص الحقوق اللصيقة بالشخصية، حسن كيرة، مرجع سابق، ص456.

[4] رجاء ناجي مكاوي، مرجع سابق، ص210.

أخذت القوانين الطبية الحديثة بالنظريتين السالفتين كلتيهما، فهي من جهة تجعل عناصر جسم الإنسان ومنتجاته لا تكون محلا للحقوق المالية، ولكنها في نفس الوقت تعطي للشخص الحق في التصرف في هذه العناصر والمنتجات لفائدة الغير ولكن بشكل مجاني أي بدون مقابل[1].

أدى التطور الطبي و الاستعمال المزايد لعناصر الجسم لبشري و منتجاته إلى تطور مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان.

رابعا: تطور مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان

يعني مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان أنه لا يمكن أن يكون محلا لأي اتفاق قانوني سواء بمقابل أو بدون مقابل هذا ما أخذ به القانون المدني الفرنسي عندما قرر بطلان الاتفاقات المتعلقة بالإنجاب أو الحمل لفائدة الغير[2]، لكن هذا القانون لم يقرر البطلان على جميع التصرفات الواردة على جسم الإنسان و إنّما جعله فقط على التصرفات التي تهدف إلى إضفاء طابع مالي عليه[3]، هذا يعني أن المشرّع لا يمنع التصرفات التي ترد على جسم الإنسان وتكون بشكل مجاني وتحترم الشروط المنصوص عليها قانونا، و يرجع ذلك إلى أنه بسبب التطور الطبي أصبح بإمكان الشخص أن يتنازل عن بعض عناصر جسمه أو منتجاته للغير دون أن تسبب ضررا فعليا له ولا تمتهن كرامته، و في نفس الوقت تحقق فائدة كبيرة للطب و للمرضى لذلك تم تنظيمها و إباحتها بشرط أن تتم بصفة مجانية.

---

[1] الكثير من التشريعات تبيح التبرع بالأعضاء البشرية، وكذلك التبرع بالنطف البشرية، وأيضا الخضوع للتجارب الطبية، بشرط الاّ يكون ذلك بقصد الحصول على مقابل مالي.

[2] Art 16-7 du c.civ dispose :< Toute convention portant sur la procréation ou la gi station pour le compte d'autrui est nulle>.

[3] Art 16-5 du c.civ dispose :<Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulle>.

أكد قانون الصحة العامة الفرنسي على مبدأ عدم مالية جسم الإنسان فنظم مجموعة من التصرفات الواردة على عناصر الجسم ومنتجاته نذكر منها: عمليات التبرع بالأعضاء بين الأحياء[1]، التبرع بالأعضاء من جثث الموتى[2]، المساعدة الطبية للإنجاب[3]، التجارب الطبية على الإنسان[4]، التجارب الطبية على اللّقائح البشرية[5].

اخذ المشرع المصري بمبدأ عدم مالية جسم الإنسان في قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية[6] حيث اشترط أن يكون التعامل في الأعضاء أو الأنسجة البشرية عن طريق التبرع أو الوصية فقط[7] و منع أن يتم ذلك عن طريق البيع أو الشراء بمقابل أيا كانت طبيعته، أو أن يكتسب المتبرع أو ورثته أية منفعة أو فائدة مادية أو عينية من المنقول إليه أو من ذويه بسب النقل أو بمناسبته، كما منع هذا القانون الطبيب المختص من البدء في إجراء العملية عند علمه بحصول المتبرع أو ورثته على مقابل مهما كانت طبيعته[8].

لم ينظم القانون المدني الجزائري التصرفات على جسم الإنسان، لكن قانون حماية الصحة وترقيتها نظم بعضها واشترط أن يتم ذلك بشكل مجاني، وهي عمليات نقل وزرع الأعضاء[9]، كذلك عمليات التبرع بالدم[10] والخضوع للتجارب

---

(1) Les articles du l1231-1 à 1231-4du c.s.p.
(2) Les articles l 1232-1 à1232-6du c.s.p.
(3) Les articles 1273-1 à 1273-6 du c.s.p.
(4) Les articles du l 2141-1 à2141-12 du c.s.p.
(5) Les articles du l2151-1à l02151-8 du c.s.p.

(6) قانون رقم 5 ، مؤرخ في 5 مارس2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، عدد9 مكرر، صادر في 06 مارس2010 متاح على الموقع:
http://www.groups.google.com>forum

(7) المادتين 4 و8 من نفس القانون.

(8) المادة 6 من نفس القانون.

(9) أنظر المواد من161 إلى167 من قانون حماية الصحة وترقيتها، مرجع سابق.

(10) الموادمن158الى160من نفس القانون.

الطبية،[1]كما أجاز قانون الأسرة الجزائري اللجوء إلى التلقيح الصناعي بشروط محددة، ومنع الحمل لفائدة الغير بصفة مطلقة،[2]مما يدل على أن المشرع لجزائري يأخذ بمبدأ عدم مالية جسم الإنسان، على غرار ما هو منصوص عليه في غالبية التشريعات الطبية الحديثة.

تبيح القوانين إذن التصرف في عناصر الجسم ومنتجاته إذا تم ذلك بصفة مجانية واحترمت الشروط القانونية من أجل مصلحة المرضى والطب، وبذلك تكون قد تحولت من الأخذ بمبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان الذي يمنع كافة التصرفات بصفة مطلقة إلى مبدأ أضيق منه وهو مبدأ عدم مالية جسم الإنسان.

أخذت المواثيق الدولية بهذا المبدأ ولكنها ضيقت من مجاله أكثر حينما نصت على عدم الربح أو منع الكسب المالي[3]، فعدم الربح هو أضيق من المجانية لأن التصرف قد يكون بمقابل ولكن لا يقصد منه الربح وهو ما يكون في التصرفات المدنية أمّا قصد الربح فيكون في الأعمال التجارية، وهذه النصوص تتفق مع بعض الفقه الذي يرى أنه ليس هناك مانعا من أن يتم التنازل عن عناصر جسم الإنسان أو منتجاته بمقابل لأن امتهان الكرامة يكمن في البيع بهدف الربح أما إذا كان البيع من أجل إنقاذ حياة إنسان فلا تعارض في ذلك مع الكرامة الإنسانية والقول بالمجانية ما هو إلاّ تدرج في الانتقال من تجريم التصرف في جسم الإنسان إلى مشروعية التصرف فيه[4].

---

[1] المادة 168،من نفس القانون .

[2] المادة 45 مكرر ق.أ.ج .

[3] أنظر المادة الرابعة من الإعلان العالمي حول المجين البشري وحقوق الإنسان، مرجع سابق، والمادة 21 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي، مرجع سابق، والمادة الثانية من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لسنة 2000، مرجع سابق.

[4] أنظر في هذا الرأي ونقده إيهاب يسر أنور علي، مرجع سابق، ص494.

يُستفاد مما سبق أن مبدأ عدم الاتجار بجسم الإنسان وعناصره ومنتجاته أصبح مبدأ مستقرا في المواثيق الدولية والقوانين الوطنية، وإن كان هناك بعض الاختلاف في نطاق الحماية المقررة، إذ تحمي المواثيق الدولية جسم الإنسان من الاتجار وغرض الربح، أما القوانين الوطنية فهي تمنع جميع التصرفات المالية على جسم الإنسان حتى ولو تمت بدون قصد الربح والاتجار.

المبحث الثاني

نتائج تطبيق مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان

إن مبدأ عدم الاتجار في جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته أدى إلى تطبيق مجموعة من القواعد، أهمها أن تكون التصرفات الواردة على الجسم البشري وعناصره ومنتجاته مجانية أي بدون مقابل **(المطلب الأول)** مع احترام رضاء المتبرع والمحافظة على خصوصيته**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

قاعدة المجانية

أباحت غالبية التشريعات التصرف في جسم الإنسان بشرط أن يتم ذلك تبرعا ودون قصد الربح**(الفرع الأوّل)**، لكن قاعدة المجانية لا تتناقض مع الحق في التعويض**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: المجانية في النصوص المنظمة للأعمال الطبية

تم تكريس قاعدة مجانية التصرف في عناصر الجسم ومنتجاته في غالبية النصوص المنظمة للأعمال الطبية الدولية منها**(أولا)** أو الوطنية**(ثانيا)**.

أولا: قاعدة المجانية في النصوص الدولية

أكد الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان على قاعدة المجانية عندما نص على أنه: "لا يمكن استخدام المجين البشري في حالته الطبيعية لتحقيق مكاسب مالية"[1]، وإن كنّا نلاحظ على هذا النص أنه يمنع الكسب المالى فقط على التعاملات التي تتم على المجين البشري في حالته الطبيعية، أي أنه يسمح بالكسب المالي في الحالات التي لا يكون فيها المجين في حالته الطبيعية ، ثم إنّ عبارة الكسب المالي قد تدل على التجارة والربح وليس مجرد تلقي مقابل مالي نظير تبرع شخص بمجينه.

لم يتعرض إعلان أخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان إلى مسألة الاتجار بعناصر الجسم البشري ومنتجاته واكتفى بالنص على أنه "لا ينبغي أن تشكل المنافع حوافز للشخص بطريقة غير لائقة على المشاركة في البحوث"[2]، هذا الإعلان يسمح بتقديم حوافز و مساعدات للأشخاص الخاضعين للأبحاث العلمية لكنه يمنع أن تستعمل هذه الحوافز كمقابل مادي أو ثمن نظير خضوع الشخص للأبحاث، لأن هذا يعني الاتجار بأجسادهم وامتهانا لكرامتهم.

أشارت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي إلى قاعدة المجانية عندما نصت على أنه: "جسم الإنسان وأعضاؤه وعناصره لا يمكن أن تكون، كما هي مصدرا للربح[3]، وهو ما أكده أيضا البروتوكول الإضافي الملحق بهذه الاتفاقية في

---

[1] أنظر المادة الرابعة من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[2] أنظر المادة 15 من إعلان أخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[3] Art 21 du la convention sur les droits du l'homme et la biomédecine stipule : < Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit >

المادة 21 التي جاءت تحت عنوان منع الربح[1]، نلاحظ أن هذين النصين منعا الحصول على الربح وليس مجرد المقابل المادي.

لم يغفل الميثاق العربي لحقوق الإنسان تناول مسألة الاتجار بجسم الإنسان وعناصره فنص على أنه "**لا يجوز بأي حال من الأحوال الاتجار بالأعضاء البشرية**"[2]، وعاقب على الرق والاستعباد والسخرة كما منع أيضا الاتجار بالبشر في جميع صوره"[3].

نلاحظ أنّ النصوص الدولية تتجه نحو مبدأ عدم الاتجار بعناصر الجسم ومنتجاته وليس مجرد منع المقابل المادي إرساء في التصرفات الواردة عليها.

استقرت الفتاوى"[4]، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي في دوراته المختلفة على الأخذ بمبدأ المجانية، فقد جاء في أحد قراراته أنه "ينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما أمّا بذل المال من

---

(1) Art 21-1 du protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine stipule : < Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit ou d'avantages comparables.>.

(2) المادة 09 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

(3) المادة 10 من نفس الميثاق.

(4) نذكر على سبيل المثال محمد نعيم ياسين، حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الأولى، العدد الثاني، جامعة الكويت، 1987، ص-ص 1-25 ، الشيخ محمد سعيد رمضان البوطي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مرجع سابق، ص ص 198-204، فتوى الشيخ علي جمعة، مفتي الديار المصرية، حول حكم بيع الأعضاء الآدمية، منشورة بجريدة الأهرام، بتاريخ 13 أفريل2007.

المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريما فمحل اجتهاد ونظر"[1].

ثانيا: قاعدة المجانية في التشريعات الوطنية

أخذت غالبية التشريعات الوطنية بقاعدة المجانية عند تنظيمها للتنازل عن عناصر الجسم ومنتجاته، فامثلا القانون الفرنسي اعتمد هذه القاعدة في التصرفات الواردة على عناصر الجسم ومنتجاته وربطها بالنظام العام، حيث نجد القانون المدني الفرنسي ينص على أن جسم الإنسان عناصر ومنتجاته لا يمكن أن تكون محلا لاتفاق مالي[2]،كما نص على بطلان التصرفات التي تضفى قيمة مالية على جسم الإنسان أو عناصره ومنتجاته[3]، وحتى لا يكون المقابل المادي هو الهدف من قبول الأشخاص الخضوع للتجارب الطبية أو التنازل عن بعض عناصر أجسامهم أو منتجاتها، منعت المادة 16-6 [4] إعطاء أي مقابل مهما كان شكله عن هذه التصرفات.

تطبيقا لقاعدة المجانية نصت المادة 1211-13، من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه "لا يجوز منح أي مقابل مالي أيا كان شكله وطبيعته للشخص الذي تبرع بأحد أعضاء جسده أو منتجاته[5]، كما منعت المادة 1121-8من نفس القانون الدعاية التي تهدف إلى تشجيع التبرع بأعضاء الجسم البشري أو منتجاته لمصلحة

---

[1] مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة، المملكة العربية السعودية، في الفترة من 18-23 جمادى الأخيرة1408هـ، الموافق من 6 الى11 فبراير 1988م، قرار رقم 1 د88/08/4 " بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان أخر حيا أو ميتا".

[2] Article 16-1 du code civil Français، stipule : le corps humain ; ses éléments et ses produits ne peuvent faire l ; objet d ; un droit patrimoniale.

[3] Art 16-5 c.civ stipule :« Les convention ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain، à ses élément ou à ses produits sont nulles »

[4] l، article 16-6 du code civil، Français ;op.cit.

[5] Article 16-6 du c.civ stipule : « Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui ce prête à une expérimentation sur sa personne، au prélèvement d'éléments du son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ».

شخص معين أو لمصلحة مؤسسة أو منظمة محددة، لكن هذا المنع لا يشمل توعية الرأي العام وتشجيعه على التبرع بالأعضاء بشكل عام، بشرط أن يتم بهذه التوعية تحت إشراف وزير الصحة.

حتى لا يستغل الأطباء عمليات نقل وزرع الأعضاء من أجل الكسب والثراء نص القانون السالف الذكر على أن لا تتم هذه العمليات إلا في المستشفيات والعيادات المعتمدة والمرخص لها بذلك، وأن لا يتلقى الأطباء الذين يقومون بعملية النقل أو الزرع أي مقابل على ذلك لأنها تدخل في إطار أعمالهم العلاجية، وحتى لا يكون النقص والحاجة الكبيرة إلى الأعضاء لأجل الزرع سببا للاتجار بها جعل المشرع الفرنسي اللجوء إلى التبرع بالأعضاء من الأحياء لا يتم إلا في حالة عدم الحصول على عضو من جثة متوفي كما حصر عملية التبرع بين الأقارب فقط.

أرسى المشرع الفرنسي مجموعة من القواعد في مجال التلقيح الصناعي أو المساعدة الطبية للإنجاب تضمن تطبيق قاعدة المجانية، فنص على أن تدخل الغير في عملية التلقيح الصناعي لا يأتي إلا بعد ثبوت استحالة إجراء العملية بين الزوجين لأن الغاية من هذه العملية هي التغلب على مشكلة العقم بين الزوجين، كما حصر عملية التبرع بالنطف والأجنة البشرية في إطار الإنجاب المساعد طبيا وبشروط تقترب من تلك الواجب توافرها في عملية التبني كما منع تخليق أجنة بشرية لغرض البحث والتجريب أو لأهداف صناعية وتجارية[1]، كما اشترط في الهيئات التي تقوم بجمع وحفظ الأمشاج البشرية أن تكون مؤسسات صحية عامة أو خاصة، وألاّ تهدف إلى الربح باستثناء الرسوم التي تحصل عليها نظير ما تقوم به من خدمات ووفقا لما حدده مرسوم مجلس الدولة[2].

---

(1) l'article L152- 2، 4، 6، 8 du c.s.p.

(2) Le décret N°99-925du 2 novembre 1999 ; relatif à l'accueil de l'embryon ; et modifiant le code de la santé publique.

حتى لا يستغل الأطباء عمليات التلقيح الصناعي لأجل الربح والكسب غير المشروع فإن القانون السالف الذكر يحظر على الأطباء والممارسين لهذه العمليات تقاض أي أجر مقابل قيامهم بإجراء أي من عملتي النقل أو الزرع[1]، وذلك حتى لا يقوم هؤلاء بإجراء أكبر قدر ممكن من عمليات النقل والزرع بهدف الثراء، كما نص المشرع على بطلان الاتفاقات حول الحمل لفائدة الغير سواء كان بمقابل أو بدون مقابل واعتبر ذلك من النظام العام[2].

نتيجة الحاجة المتزايدة للنطف والأجنة البشرية من أجل البحث والتجريب، الذي يعتبر ضرورة حتمية لتقدم الطب والوصول إلى علاجات جديدة ومتطورة، أباح المشرع الفرنسي في سنة 2004 استيراد هذه المنتجات من أجل إجراء الأبحاث والتجارب عليها[3].وتجدر الإشارة إلى أن الجمعية البرلمانية لمجلس الإتحاد الأوروبي في توصيتها رقم100 بتاريخ1989/2/2 أعلنت أن شراء وبيع الأجنة وكذلك استرادها أو تصديرها يجب أن يكون ممنوعا منعا باتا.

حتى يحترم قاعدة المجانية نص المشرع الفرنسي على جزاءات على من يخالفها سواء في قانون الصحة العامة أو قانون العقوبات، وتشمل هذه الجزاءات الحبس من خمس وسبع سنوات وأيضا الغرامة ما بين خمسمائة ألف وسبعمائة ألف يورو[4]، لكن رغم السبق الذي أحرزه القانون الفرنسي في تنظيم عمليات التلقيح الصناعي ،فلا تزالا هناك بعض المسائل المرتبطة به والتي تجعل الحماية القانونية للجنين قاصرة وغير

(1) L’article 671-13 du c.s.p
(2) L’article 16/7، 9 du c.civ.
(3) La loi N°2004-800 du 6 Aout 2004 relative à la bioéthique، Jorf N°82 du 7 Aout 2004.Article (L2151-6), disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr.
(4) Art L1272-1, 2, 3 du c.s.p.

شاملة، وأهم هذه المسائل تحديد المركز القانوني للجنين، وعدد البويضات التي يجب تلقيحها أو زرعها[1] .

تعتبر بريطانيا أول دولة تجيز صراحة في تشريعها استنساخ أجنة بشرية لغرض العلاج، كما تسمح بتخليق أجنة بشرية من أجل البحث والتجريب شريطة ألاّ تستخدم إلاّ للغرض الذي خلقت من أجله، ومنعت تخليق أجنة بشرية لأغراض صناعية أو تجارية[2]، لكن المشرع البريطاني اشترط المجانية في التصرفات الواردة على النطف والأجنة سواء من أجل الإنجاب المساعد أو من أجل الحصول على أجنة لأجل البحث والتجريب، بل ويعاقب جنائيا على من يقوم بدفع مبالغ مالية أو أي منافع أخرى من أجل الحصول أو تلقي أو تسليم لقائح بشرية، كما أنه اشترط التبرع أيضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء[3].

يعتبر القانون التونسي للطب الإنجابي[4] ذو سبق على الدول العربية في مجال التلقيح الصناعي حيث نظمه في مجموعة من الشروط واشترط أن تتم هذه العمليات في كنف احترام كرامة الإنسان وصون حرمته الجسدية تحت طائلة أحكام جزائية، وقصرها على معالجة عدم الخصوبة بين الزوجين، لأجل ذلك منع مجموعة من التصرفات كتكوين جنين بشري واستعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقاء النسل (الفصل السابع)، اللجوء إلى عمليات الاستنساخ (الفصل الثاني)، إجراء تلقيح صناعي خارجي قصد الدراسة والبحث، اللجوء إلى الغير للتبرع بالأمشاج في إطار التلقيح الصناعي (فصل1)، استعمال رحم امرأة لحمل الجنين (فصل 15)، ووضع في

---

(1) BAKERY Youssef, BAKERY Mohamed , La procréation artificielle :Limites morales et juridiques et responsabilité médicale, Thèse d'doctorat en droit, discipline droit pénal, Faculté de droit, université Paris xii Val-de Marne,2006,.P52.

(2) Humann fertilisation and embryologie، Act1990 (c.37)1st novembre 1990 op.cit.

(3) Human Organ Transplants Act 98 (1989C.31), op.cit.

(4) قانون رقم 93 مؤرخ في 7أوت2001 يتعلق بالطب الإنجابي التونسي، مرجع سابق.

الفصل 31 أحكاما جزائية لمن يخالفه هذه النصوص، بالإضافة إلى العقوبات الإدارية، قد تصل هذه الجزاءات في السجن لمدة خمس سنوات وغرامة عشر ألاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

لم يغفل المشرع التونسي أيضا تكريس مبدأ المجانية في مجال عمليات نقل الأعضاء البشرية إذ جاء الفصل6 من قانون أخذ الأعضاء البشرية وزرعها[1] كما يلي: "يحجر مطلقا أخذ الأعضاء بمقابل مالي أو بأي صفة من صفات التعامل في الحالات المشار إليها بالفصلين2و3 بقطع النظر عن إرجاع المصاريف التي قد تستلزمها عمليات الأخذ والزرع""، نشير فقط إلى أنّ الفصل2 بأخذ عضو من متبرع حي قصد زرعه لشخص آخر مريض، أما الفصل3 فيتعلق بأخذ عضو من جثة متوفى لأغراض علاجية أو علمية، كما قرر هذا القانون عقوبات جزائية لكل من يخالف قاعدة المجانية تتمثل في السجن من عامين إلى خمسة أعوام وبخطية(غرامة) تتراوح بين ألفي دينار وخمسة آلاف دينار[2] مع إمكانية حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المدنية ومن بعض الوظائف والمهن لمدة تتراوح بين شهر وستة أشهر[3].

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ المجانية بالنسبة للتصرفات الواردة على عناصر الجسم ومنتجاته، فنص على أن مهنة الطب يجب ألا تمارس ممارسة تجارية[4]، كما أكد على أن عمليات انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها لا تكون إلاّ لأغراض علاجية أو تشخيصية ولا يجوز أن يكون موضوع معاملة مالية[5]. جاء التأكيد على

---

[1] القانون التونسي عدد22 لسنة1991 ، مؤرخ في 25 مارس1991 يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

[2] الفصل18 من القانون التونسي المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

[3] الفصل19من نفس القانون.

[4] أنظر المادة 20 من مدونة أخلاقيات الطب.

[5] أنظر م 161من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

هذا المبدأ في القرار الوزاري المتعلق بالتجارب الطبية على الإنسان[1] وذلك في المادة 16 منه التي تنص "لا يمنح أي مقابل مالي بشكل مباشر أو غير مباشر لكل من قبل الخضوع للتجارب الطبية إلا فيما يخص المصاريف التي يتحملها الخاضع لهذه التجارب".

تطبق قاعدة المجانية أيضا فيما يخص العلاج بالدم والبلازما ومشتقاته، فقانون حماية الصحة وترقيتها ينص على أن التبرع بالدم وتحضير مصل الدم "البلازما" ومشتقاته والمحافظة على ذلك يتم في الوحدات الصحية المتخصصة ولأغراض علاجية[2]، كما يمنع جمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية[3].

منع المشرع الجزائري كل صور التلقيح الاصطناعي التي تتم بتدخل الغير، سواء بواسطة امرأة أخرى غير الزوجة أو مني رجل آخر غير الزوج أو رحم امرأة أخرى[4]، وهذا تماشيا مع الفتاوى الإسلامية بهذا الخصوص والتي نذكر منها قرارات مجمع الفقه الإسلامي التي نصت عدة مرات على تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث

---

[1] قرار وزاري رقم 387 صادر عن وزير الصحة بتاريخ 31 جويلية 2006، يتعلق بالتجارب الطبية على الإنسان.

[2] المادة 158-1 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3] المادة 158-3 من نفس القانون.

[4] تنص المادة 45 مكرر ق.أ.ج على: " **يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:**

- **أن يكون الزواج شرعيا؛**
- **أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما؛**
- **أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما؛**
- **لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة."**

على العلاقة الزوجية سواء كان رحم أم بويضة أو حيوان منوي، أو خلية جسدية[1]. ممّا لا شك فيه أن استبعاد أي طرف آخر غير الزوجين في عمليات التلقيح الاصطناعي يخرج هذه العمليات من نطاق الاستغلال المالي ويبقيها تحت غطاء المجانية.

يمكن القول إذن أن القانون الوضعي يتفق مع الشريعة الإسلامية في منع بيع الأعضاء البشرية وتجريم الاتجار بها لما في ذلك من امتهان للكرامة الإنسانية، ولا يسعنا سوى أن يؤيد هذا الرأي احتراما للكرامة الإنسانية التي تأبى أن يعامل جسم الإنسان مثل البضائع.

إذا كانت المجّانية تهدف إلى حماية كرامة المتبرع حتى لا تصبح أعضاء جسمه ومنتجاته تباع وتشترى، فهي لا تتناقض إذن مع تعويضه عن التكاليف والأخطار التي يتكبدها بسبب عملية التبرع بعنصر من عناصر جسمه.

الفرع الثاني: حق المتبرع في التعويض

قاعدة المجانية لا تعني عدم تعويض المتبرع عن النفقات التي يتحملها من أجل عملية التبرع، كتوقفه عن العمل لمدة وتكاليف السفر والإقامة والطعام وإجراء التحاليل والأشعة والأدوية وغيرها(**أولا**)، بل التطور الطبي جعل النصوص القانونية تقبل حتى بالمقابل المالي عن عنصر من جسم الإنسان أو أحد منتجاته بشرط ألاّ يكون ذلك بقصد الكسب المالي وتحقيق الربح(**ثانيا**).

[1] أنظر قرارات مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة المملكة العربية السعودية، من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 ماي 1990م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث،1990

أولا: عدم تناقض الحق في التعويض مع قاعدة المجانية

تعتبر مجانية التنازل عن عناصر الجسم ومنتجاته ضمانا للحماية القانونية والأخلاقية للجسم البشري وإبعاده عن دائرة الاتجار، فالتبرع هو الذي يحفظ لجسم الإنسان كرامته لأنه يجعله خارجا عن دائرة المعاملات المالية[1]، لكن مبدأ المجانية يحقق مصلحة المتلقي الذي يستفيد من عضو يحتاج إليه لإنقاذ حياته ومن دون أن يدفع أي مقابل لذلك بينما لا يحقق أي مصلحة بالنسبة للمتبرع الذي يكون عرضة للمخاطر أثناء وبعد عملية نقل العضو، فمن الإنصاف إذن أن يستفيد من تعويض يغطي له تكاليف العملية والمخاطر التي يتعرض لها أو على الأقل التأمين عليه لضمان عدم معاناته في المستقبل[2].

أقرت مختلف النصوص القانونية للمتبرع بالحق في تعويض منصف وعادل، فنص الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان[3]في مادته الثامنة على "حق كل فرد في أن يتلقى تعويضا منصفا عن الضرر الذي قد يكون سببه المباشر والحاسم عملية تصرف بمجينه". فبعد أن أقر هذا الإعلان في مادته الرابعة أنه لا يمكن استخدام المجين البشري في حالته الطبيعية لتحقيق مكاسب مالية، أعطى للشخص المتبرع الحق في التعويض المنصف عن كل الأضرار التي تلحقه نتيجة هذا التبرع، والضرر هنا قد يكون ماديا وقد يكون معنويا.

بما أن التجارب والأبحاث على الأشخاص قد تؤدي إلى منافع كثيرة، فمن حق المشاركين فيها أن يتمتعوا ببعض منها، هذا ما جاء في المادة الرابعة من الإعلان

---

[1] أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2010، ص224.

[2] أحمد عمراني، مرجع سابق، ص225.

[3] الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

العالمي لأخلاقيات البيولوجي وحقوق الإنسان"[1] التي تنص: "ينبغي الحرص على تطبيق وتطوير المعارف العلمية والممارسات الطبية والتكنولوجية المرتبطة بها على تمكين المرضى والمشاركين في البحوث وسائر الأفراد المتأثرين بها من الحصول على أقصى قدر من المنافع المباشرة وغير المباشرة وعلى حصر أي ضرر يحتمل أن يتعرض له هؤلاء الأفراد ضمن أضيق الحدود"، وأكدته المادة الخامسة عشرة فقرة أولى من نفس الإعلان"[2].

جاء في المادة واحد وثلاثون(31) من البروتوكول الإضافي الملحق باتفاقية حقوق الإنسان والبيوطبي والمتعلق بالأبحاث الطبية[3]، النص على أن "كل شخص تعرض لضرر نتيجة مشاركته في تجربة طبية له الحق في تعويض منصف بالشروط والكيفية المحددة قانونا"، كذلك أكدت المادة 21 -1 من البروتوكول الإضافي الملحق بنفس الاتفاقية والمتعلق بزرع الأعضاء البشرية[4]أن قاعدة المجانية لا تمنع المتبرع من الحصول ليس على الربح التجاري المكسب ولكن تعويضه عن الخسائر المالية أو أي خسائر أخرى تكبدها بسبب نزع العضو أو الفحوصات الطبية المرتبطة بها، وأيضا تعويضه عن كل النفقات التي يدفعها لإجراء الأعمال الطبية و التقنية التابعة لها في

---

[1] الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[2] تنص المادة 15 -1 من نفس الإعلان على: " **ينبغي تشاطر المنافع التي يسفر عنها أي بحث علمي وتطبيقاته مع المجتمع ككل، وينبغي تشاطرها كذلك في إطار المجتمع الدولي وبصفة خاصة مع البلدان النامية، وقد تتخذ المنافع التي يمكن تشاطرها عملا بهذا المبدأ أي شكل من الأشكال التالية:**

أ: تقديم مساعدة خاصة ومستدامة للمشاركين في البحوث العلمية من أفراد وجماعات وإظهار التقدير لهم...

(ز): أشكال الانتفاع الأخرى التي تتفق مع المبادئ المبينة في هذا الإعلان."

[3] Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de L'homme et la Biomédecine relatif à la recherche biomédical, op.ct.

[4] Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de L'homme et la Biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, op.ct.

إطار عملية نقل العضو، وتعويضه أيضا عن جميع الأضرار التي قد تلحق به نتيجة عملية التبرع بعضو أو نسيج من جسمه.

نستنتج مما سبق أن النصوص الدولية تعترف للشخص المتبرع في أن يتلقى تعويضا منصفا وأن يستفيد من المنافع المادية الناجمة عنها لكن بشرط ألاّ تكون الغاية من تطوعه هو الحصول على تلك المنافع والحوافز، لأن ذلك يؤدي إلى الاتجار بجسم الإنسان الذي يعد امتهانا للكرامة الإنسانية.

لم تغفل التشريعات الوطنية النص على حق المشرع في التعويض، فقانون الصحة العامة الفرنسي يلزم القائم بالتجربة أن يدفع للخاضعين لها تعويضا عن الضغوطات التي يتحملونها[1]، و قد تم تحديد المبلغ الإجمالي الذي يمكن أن يحصل عليه الشخص في خلال سنة مقابل مشاركته في الأبحاث و التجارب ب25000 فرنك فرنسي[2]، ولا يخضع هذا المبلغ للضريبة"[3]، كذلك في عمليات نقل الأعضاء البشرية أكد قانون الصحة العامة على أنه لا يمكن دفع أي مقابل تحت أي شكل للأشخاص الذين يتبرعون بعناصر أو منتجات الجسم غير أن مصاريف نزع العضو أو جمع منتجات الجسم تتحملها المؤسسة التي تقوم بالعملية[4]، كما تستمر المؤسسة التي يعمل عندها المتبرع في دفع أجرته له طيلة الفترة التي تستغرقها عملية التبرع بالعضو

(1) l'article L1124-2-1 du c.s.p. stipule : <Dans le cas d'une recherche sans bénéfice individuel direct à l'égard des personnes qui s'y prêtent, le promoteur peut verser à ces personnes une indemnité en compensation des contraintes subie. Le montant totale des indemnités qu'une personne peut percevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre de la santé.>

(2) Arrêté ministérielle du 21/2/1994 déclare :<Le montant totale des indemnités qu'une personne peut percevoir, au cours d''une période de douze mois consécutifs, pour sa participation à des recherches biomédicales sans bénéfice direct est limité à un maximum de 25000f.>

(3) Art 81-14 du code général des impôts stipule:< Ces indemnités sont affranchies de l'impôt>

(4) Article L1211-4 du c.s.p.

أو منتوج الجسم وتشمل أيضا فترة غيابه من أجل الذهاب لإجراء الفحوصات والإياب، وفترة الراحة التي يقررها له الطبيب بعد العملية[1].

المشرع التونسي لم ينص صراحة على حق المتبرع في التعويض ولكنه نص على حق المتبرع بعضو أو نسيج من جسمه في إرجاع المصاريف التي تستلزمها عمليات الأخذ والزرع[2]، وهذه المصاريف تشمل ثمن الفحوصات الطبية والأشعة والتحاليل والإقامة في المستشفي ومصاريف النقل والإطعام ومصاريف العملية.

سار المشرع المغربي عل نفس النهج الذي اتخذه المشرع التونسي، حيث نصت المادة الخامسة من قانون التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها[3] على ما يلي: "يعتبر التبرع بعضو بشري أو الإيصاء به عملا مجانيا لا يمكن بأي حال من الأحوال وبأي شكل من الأشكال أن يؤدى عنه أجر أو أن يكون محل معاملة تجارية، ولا تعتبر مستحقة سوى المصاريف المتصلة بالعمليات الواجب إجراؤها من أجل أخذ وزرع الأعضاء ومصاريف الاستشفاء المتعلقة بهذه العمليات"، فالتبرع بالعضو يكون بدون مقابل لكن ليس من المنطق أن نلزم المتبرع بعضو من جسمه بأن يتحمل مصاريف العمليات والاستشفاء ومصاريف الأشعة والتحاليل وغيرها لأن هذا سوف يؤدي إلى الإحجام عن التبرع.

بالنسبة للمشرع الجزائري لم ينص صراحة على الحق في التعويض بمجرد التبرع أو الخضوع للتجربة، ولكنه نص على أن كل من يتعرض للضرر نتيجة خطأ يكون له

---

(1) Article D 1221-2du c.s.p.

(2). الفصل6(المادة 6) من القانون التونسي لأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

(3). قانون رقم 98-16، صادر في25 أوت1998 يتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد4726، صادر بتاريخ16 سبتمبر1999، معدل بالقانون13.109 مؤرخ في20 ماي2014 ، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد6263، صادر بتاريخ 9يونيو2014

الحق في التعويض على أساس المسؤولية المدنية[1]، كما أنه جعل المسؤولية في حالة التجارب الطبية مسؤولية موضوعية أي يتم تعويض المتضرر عن الأضرار التي لحقت به ولو لم يرتكب القائم بالتجربة أي خطأ، ونحن نعلم أن التعويض يشمل ما قد لحق الشخص من كسب وما فاته من خسارة.

يكاد الفقه القانوني يجمع على أن منع أخذ مقابل عن عضو أو منتج من جسم الإنسان لا يمنع تعويض المتبرع عما فاته من كسب وتحمله من خسارة بحجة ضرورة الاعتراف بالواقع ومواجهته دون أن يكون ذلك ثمنا للعضو المتبرع به[2]. هذه المبالغ التي تمنح للمتبرع هي ليست تعويضا بالمعنى القانوني، وإنما يمكن اعتبارها من آثار الناتجة عن التبرع أو أن المتبرع له أراد تقديم هدية للمتبرع ، فليس هناك ما يمنع من ذلك بشرط أن يكون من أجل الاعتراف بالجميل وليس ثمنا للعضو المتبرع به.

أجاز مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع المشار إليه سابقا تلقي المتبرع مالا كمكافأة حينما نص"ينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بوساطة بيع العضو إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما، أما بذل المال من المستفيد ابتغاء **الحصول** على العضو المطلوب، عند الضرورة أو مكافأة أو تكريما فمحل اجتهاد ونظر"[3].

ما نلاحظه من خلال هذه النصوص هو أنها لم تستطع التمسك بمبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان الذي يقوم على أساس عدم مالية جسم الإنسان، فكما رأينا أن القوانين الحديثة تتجه غالبيتها نحو إباحة التصرف في جسم الإنسان لكنها تشترط

---

[1] أنظر المادة 168-4 من قانون حماية الصحة وترقيتها، مرجع سابق.

[2] أنظر خالد مصطفى فهمي ، مرجع سابق، ص121.

[3] قرار مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الرابعة، بجدة من 18الى23جمادة الأخيرة الموافق 11 إلى 16 فبراير 1988م، حول موضوع زرع الأعضاء، مشار إليه سابقا.

أن يكون هذا التصرف تبرعا أو بدون قصد الربح، و"القول بأن الشخص يستطيع أن يتبرع بأحد عناصر جسمه أو منتجاته هذا يعني أننا اعترفنا بمالية هذه العناصر" [1].

ثانيا: الاتجاه نحو قبول المقابل المادي بشرط عدم الاتجار

يرى البعض[2] أن التنازل عن عضو من الجسم يبقى دائما عملا نبيلا ولا يغير من ذلك وجود المقابل المادي، فالأحكام القضائية في الجرائم الماسة بسلامة الجسم والتي تقضي بالتعويض عند فقد منفعة عضو معين أو انفصاله كليا، وكذلك ما تتضمنه قوانين التأمينات من تحديد مقدار التعويض عن العجز الكلي أو الجزئي لخير دليل على التقويم المالي للعضو دون أن بتعارض ذلك مع الكرامة الإنسانية.

إن منع بيع أعضاء الجسم وعناصره، مع ثبوت عدم كفاية التبرع بها لسد الحاجات المتزايدة إليها، هو الذي قد يؤدي إلى ظهور الأسواق السوداء للاتجار بها، وهذا ما تخبر به وسائل الإعلام دوريا عن انتشار عمليات خطف الأطفال وظهور العصابات الدولية للاتجار بالأعضاء البشرية [3]، ولكن لو قبلنا بالتنازل بمقابل فإن الشخص لن يلجأ إلى هذه العصابات للتنازل عن عضو من أعضائه.

ظهر رأي حديث لبعض فقهاء الشريعة المعاصرين[4] الذين يرون أنه لا مانع من بيع الآدمي لعضو من أعضائه لضرورة إنقاذ آدمي آخر يحتاج إليه، وليس في ذلك

---

[1] رجاء ناجي مكاوي، مرجع سابق، ص ص 209-211.

[2] مهند صلاح، أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص153.

[3] خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص280.

(4) تم الإشارة إليه في: محمود محمد حسن، "بيع الأعضاء الآدمية في الفقه الإسلامي"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس جامعة المنصورة، يناير1989، ص ص104-105، و بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد3، جامعة الجزائر،1993، ص ص581-585.

امتهان للكرامة لتوافر حالة الضرورة وانتفاء غرض التجارة وتحقيق الربح ويشترطون لذلك عدة شروط وهي:

1- ألاّ تكون الغاية منها هي تحقيق الربح والتجارة؛
2- أن يكون بيع الأعضاء من أجل الانتفاع بتا في مثل ما خلقت له، وألاّ تباع إلاّ لمن يعلم أنّه يستعملها في ذلك؛
3- ألاّ يتعارض بيع الأعضاء مع نص شرعي خاص كبيع الشعر وبيع السائل المنوي؛
4- أن تكون الغاية من بيع العضو هي دفع مفسدة فقد العضو نفسه؛
5- ألاّ يكون هناك بدائل صناعية تقوم مقام العضو المراد بيعه؛
6- أن يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة موثوقة للتحقق من الشروط السابق.

تلك هي الشروط التي يرى أنصار الرأي القائل بجواز بيع الأعضاء الآدمية، وحسب رأينا لن يكون هناك امتهان للكرامة الإنسانية إذا ما احترمت جميعها، فغالبية فقهاء الشريعة المعاصرين يجيزون دفع مكافأة أو هدية للمتبرع، فلا مانع إذن من قبول المقابل المادي إذا لم يكن الهدف منه هو التجارة وتحقيق الربح، كما أنّ المقابل المادي هو الذي يحقق التوازن بين مصلحة المتلقي في الحصول على عضو ضروري لعلاجه، ومصلحة المتبرع في الحصول على مقابل يسد به حاجاته ونفقاته.

يبدو أن النصوص الدولية تداركت هذا المشكل، لذا نجدها قد قررت منع الكسب المالي أو الربح من التنازل عن عناصر جسم الإنسان ولكنها لا تضع أي مانع على التصرف في هذه العناصر مدنيا سواء بعوض أو بدون عوض، أما التشريعات الداخلية فلا زالت محرجة من وجود المقابل المالي، لذا فإنها تحاول تغطيته بمسميات أخرى مثل التعويض أو المكافأة أو الهدية.

المطلب الثاني

الرضا والسرية

ينتج عن مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان ألاّ يتم التنازل عن عضو أو عنصر من عناصر الجسم إلاّ بعد الموافقة الحرة والمستنيرة للشخص المتبرع أو من يمثله قانونا**(الفرع الأول)**، كما أن عدم الاتجار بهذه العناصر يستلزم أيضا احترام مبدأ السرية وعدم معرفة المتبرع والمستفيد لبعضهما البعض **(الفرع الثاني)**

الفرع الأول: رضاء المتبرع

يعرف التبرع بأنه "بذل المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المآل، بلا عوض بقصد البر والمعروف في معظم الأحوال وهو يشمل الهبة والوصية والوقف"[1]، ويرى جانب من الفقه المصري أن التبرع ليس تصرفا وإنما هو وصف يلحق التصرفات القانونية[2].

إن وظيفة الرضا في التصرفات الواردة على جسم الإنسان، أوسع من أن تكون مجرد تعبير عن الإرادة للتحمل بالالتزام ما، بل هي منع أن تكون عناصر جسم الإنسان محل للعلاقات التعاقدية، وحماية للمتبرع والمستفيد من استغلال أحدهما للآخر[3]، كما أن الالتزام باحترام رضاء المتبرع والمستفيد في هذه التصرفات يذكر الطبيب أو الباحث أنه يتعامل مع أشخاص وليس مجرد عناصر بيولوجية، أو أشياء

---

[1] فايز الظفيري، "نقل وزراعة الأعضاء من منظور جنائي (محاولة لدراسة تحليلية نقدية للقانون رقم 55 لسنة 1987م الخاص بنقل وزراعة الأعضاء)" ، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الخامسة والعشرون، يونيو 2001، ص114.

[2] منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص33.

[3] Annick BATTEUR ، Le consentement sur le corps en matière médical ،BRUYLANT ،PARIS، 2009.P57

من جسم الإنسان، فهذه العناصر لها حرمتها المستمدة من حرمة جسم الإنسان[1] لهذا يجب أن تعطي الأولوية لحقوق الشخص وحرمته وكرامته[2].

نظرا لأهمية الرضا في التبرع بعناصر الجسم ومنتجاته، تمّ النّص عليه في مختلف التشريعات الدولية والوطنية المنظمة لهذه التصرفات، وقد سبقت الإشارة إلى النصوص الدولية في الباب الأول من هذا البحث، لذا سوف نقتصر على بعض النصوص الوطنية المتعلقة بالتبرع بأعضاء الجسم ومنتجاته.

أولا: شرط الرضا في القانون الفرنسي

وضع القانون الفرنسي فيما يخص التبرع بأعضاء الجسم ومنتجاته مبدأ عاما للرضا في المادة 16-3 من القانون المدني الفرنسي كما نص في قانون الصحة العامة على الرضاء الحر والمتبصر والمسبق كقاعدة عامة[3]، ثم بعد ذلك أكد عليه في كل تصرف على حدى (نقل الأعضاء والأنسجة، الإنجاب المساعد، الفحوصات الجينية ونقل الدم).

أشترط القانون الفرنسي في التبرع بالأعضاء الرضاء الحر والمتبصر والمسبق وأضاف إلى ذلك أن تتم الموافقة أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو أمام قاضي مفوض منه، وفي حالة الاستعجال يكتفي بإشهاد وكيل الجمهورية على موافقة المانح، كما نص على أنه يمكن للمانح أن يتراجع عن موافقته في أي لحظة بدون أي شكل محدد[4]، وإذا ما تخلف شرط الرضا فإن المشرع الفرنسي قرر لذلك عقوبات جزائية

---

(1) ibid ، p59.

(2) أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، مرجع سابق، ص217.

(3) l' article 1111-4 du c.s.p.

(4) Art L1231-1à L1231-4 du c.s.p

منصوص عليها في قانون العقوبات والتي قد تصل إلى الحبس سبع سنوات وغرامة قيمها 100.000 يورو[1].

بالنسبة للتجارب الطبية فقد سبق الإشارة في الباب الأول من هذه الرسالة إلى أن القانون الفرنسي يشترط رضاء الشخص الخاضع للتجربة رضاء حرا ومستنيرا وأن يكون رضاءه مسبقا لإجراء التجربة وله حق العدول في أي لحظة دون أدنى مسؤولية[2]، كذلك فيما يخص الأبحاث الجينية اشتراط الرضا في الشخص الذي تؤخذ منه العينة جينية، وأن يكون هذا الرضاء أيضا حرا وصريحا وصادرا عن ذي أهلية، وأن يتم الموافقة أمام جهة قضائية، وبالنسبة للقاصر فتشترط موافقة ممثله القانوني بالإضافة إلى موافقة مجلس العائلة مع الأخذ بعين الاعتبار موافقة أو رفض القاصر أو عديم الأهلية لإجراء البحث.[3]

ميز المشرع الفرنسي فيما يتعلق بأخذ العينات الجينية الملتقطة بأمر من القضاء الدعوى المدنية والدعوى الجنائية، إذ يجوز في الدعوى الجنائية أخذ عينة ذات خصائص جينية من الشخص دون رضاه، إذا كان الغرض من ذلك هو البحث عن الفاعلين في الجريمة، لا يعتبر الرضاء شرطا ضروريا لدراسة الخصائص الجينية لأحد الأشخاص في إطار الدعوى الجنائية، أما في الدعوى المدنية فإنه يتطلب الرضاء الصريح من الشخص، خاصة فيما يتعلق بإثبات البنوة[4].

أجاز المشرع الفرنسي للتبرع بالنطف واللّقائح البشرية، لكنه قيد ذلك بمجموعة من الشروط ،أهمها أن يتم التبرع في إطار الإنجاب المساعد وأن يكون من أسرة إلى أسرة وأن يتم الموافقة الخطية أمام القاضي بالإضافة إلى اشتراط المجانية والسرية[5]،

---

(1) Art 511-3 du c. pén .
(2) Art L1122-1à L1122-2 du c.s.p
(3) Art L1131-1à L1131-7du c.s.p.
(4) Art 16-11 du c.civ.
(5) Bakery Yourself, Bakery Mohamed, op.cit, pp66-125

كما منع المشرع الفرنسي تخليق أجنة لأغراض البحث والتجريب ووضع لها عقوبات جزائية، ومنع أيضا تكوين أجنة بشرية بغرض الاستنساخ أو الاستعمالات التجارية أو الصناعية[1]، أما التبرع بالرحم أو ما يسمى بالحمل لفائدة الغير، فإنه يعتبر مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وباطلا كل اتفاق حوله[2].

حتى لا تكون البذرة الإنسانية كأي سلعة تباع وتشترى اشترط المشرع الفرنسي أن يكون طالب مقدم من زوجين يعانيان من العقم، وأن يكون المتبرع بالنطفة من الأزواج الذي سبق لهم الإنجاب، وأن يتم رضاء الزوجين والمتبرع، كتابة وأن يكون صحيحا ومعتبرا قانونا، مع مراعاة السرية التامة بحيث لا يعلم الزوجين هوية المتبرع ولا يعلم هذا الأخير هوية الزوجين، وأن تتوافر الرضاء الحر والمتبصر لكلا من الزوجين والمتبرع وأهمها الموافقة على نسب الطفل إلى الزوجين وعدم مطالبة المتبرع بحقوق أبوته في المستقبل[3].

لم يكتفي المشرع الفرنسي إذن بمجرد الرضاء في التصرفات الواردة على عناصر الجسم ومنتجاته، بل اشترط أن يكون حرا وصريحا وصادرا عن ذي أهلية وأن يتم أمام القضاء، وذلك من أجل حماية كل من المتبرع والمستفيد من أي استغلال كل منهما للآخر، وحتى لا تمتهن هذه العناصر والمنتجات عن طريق الاتجار بها كأي سلعة أو بضاعة من البضائع.

سارت غالبية التشريعات الوطنية المنظمة للتصرفات الواردة على جسم الإنسان، على نفس المنوال واشترطت الرضاء الصريح والأهلية لأي تبرع لعنصر من عناصر

(1) Art 511-26 à 511-28 du c.pén.
(2) Art 16-7 du c.civ.
(3) Art L1244-1 àL1244-9du c.s.p.

الجسم ومنتجاته[1] وإن كانت تختلف فيما بينها حول إباحة بعض التصرفات من حظرها[2]، وفيما يلي نتناول الرضا في التشريع الجزائري

ثانيا: اشتراط الرضا في القانون الجزائري

يشترط قانون حماية الصحة وترقيتها الموافقة الكتابية في عمليات التبرع بالأعضاء البشرية وأن تتم هذه الكتابة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، وأن لا تصدر هذه الموافقة، إلا بعد أن يتم تبصير المتبرع بالأخطار الطبية المحتملة التي قد بينت فيها عملية الاختزاع وأنه بإمكان المتبرع أن يتراجع عن موافقته في أي وقت، ويمنع 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[3].

فيما يخص نزع الأعضاء من جثث الموتى، نص على عدم جواز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين،إلاّ إذا عبر المتوفين أثناء حياته على قبوله لذلك، وإذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، والولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة، ومنع الانتزاع من جثة المتوفى إذا ما عبر أثناء حياته عن عدم موافقته على ذلك كتابة[4]، أي أنه في هذه

---

[1] أنظر على سبيل المثال: القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 الصادر في 20 ديسمبر 1987 بشأن زراعة الأعضاء، المواد (2، 4، 7، 10) التي تستوجب الرضاء المكتوب المتبصر، والقانون المغربي رقم 98-16 الصادر في 25 أوت 1998 يتعلق بنزع الأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، المعدل بقانون رقم 26 سنة 2005م المواد (4، 5، 7، 8، 10)، والقانون المصري رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بزراعة الأعضاء، المواد (5، 4، 7).

[2] فمثلا الدول الإسلامية، تمنع التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير، في حين تبيحه بعض الدول الغربية.

[3] أنظر المواد161، 163، 164، 165 من قانون حماية الصحة وترقيتها، مرجع سابق.

[4] المادة 165 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

حالة لا يمكن انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من جثة المتوفى، حتى لو وافق أقاربه على ذلك بعد وفاته.

أجاز قانون الأسرة الجزائري أيضا إجراء التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، واشتراط لذلك الموافقة الصريحة لهما، بالإضافة إلى أن يكون ذلك أثناء حياتهما وأن تتم العملية بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة، وألا يتم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة[1]، وهو بذلك يكون قد ساير الفقه الإسلامي، الذي اتفق على أن التلقيح الاصطناعي لا يكون مشروعا إلا في حالة واحدة فقط وهي التي يتم فيها تلقيح بويضة امرأة بماء زوجها، وأن تتم العملية أثناء حياتهما وبموافقتهما، وتحرم جميع الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء أكان رحما أم بويضة أم حيوانا منويا أم خلية جسدية للاستنساخ[2] .

نلاحظ أن القانون السالف الذكر جاء مجملا ولم يتناول الكثير من الحالات التي تشملها عمليات التلقيح الاصطناعي عكس ما هو عليه في التشريعات الأخرى[3]، كما التبرع بالنطف واللّقائح البشرية لا يمكن تصوره حسب النصوص السابقة لأن المشرع أباح فقط التلقيح الصناعي بين الزوجين وأثناء حياتهما، كما أن المشرع لم يتطرق إلى تخليق أجنة من أجل البحث العلمي أو الاستنساخ من أجل العلاج، أو تخليق أجنة لأغراض صناعية وتجارية، وفيما يخص الرضا لم يشترط الموافقة الكتابية أو الرسمية

---

[1] المادة 45 مكرر ق.أ.ج.

[2] مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره العاشر بجدة المملكة العربية السعودية من 28 إلى 3 جويلية 1997 ، قرار بشأن الاستنساخ البشري.

[3] نذكر على سبيل المثال القانون التونسي المتعلق بالطب الإنجابي والمشار إليه سابقا، الذي عالج بالتفصيل عمليات التلقيح الصناعي حيث اشترط أن يتم فيما بين الزوجين وأثناء حياتهما، ومنع تخليق أجنة من أجل البحث والتجريب أو لأغراض صناعية أو تجارية، كما منع اللجوء إلى عمليات الاستنساخ، ومنع صراحة التبرع بالنطف والأمشاج، وأيضا حظر اللجوء إلى الأم البديلة، ووضع عقوبات جزائية بخصوص مخالفة هذه النصوص.

في هذه العمليات عكس ما هو في التبرع بالأعضاء حيث اشترط الموافقة الكتابية بحضور شاهدين[1].

اعتبر قانون حماية الصحة وترقيتها أن عمليات نقل الدم تتم عن طريق التبرع فقط، وتتم في وحدات صحية متخصصة ومن طرف أطباء وتحت مسؤوليتهم ومنع جمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما منع جمع الدم لأغراض استغلالية [2]، ولكنه لم يشترط الشكلية في الموافقة على التبرع إذ يكتفي بالموافقة الشفوية في هذه الحالة.

إذا كانت التشريعات المختلفة قد اتفقت على اشتراط الرضا في التصرفات الواردة على عناصر إنسان ومنتجاته، فيجب أن لا يكون ذلك مجرد ورقة يوقع عليها الشخص ليبعد عنها المسؤولية عن الطبيب، بل يجب أن تفرض رقابة من أجهزة الدولة على جميع أنواع هذه التصرفات ذات الجسامة والخطورة على الكائن البشري، والتأكد من حقيقة وجود الرضا وتوافر شروطه، وذلك حتى لا يدخل جسم الإنسان في التجارة القانونية التي تحط كرامته، ونحافظ على الكائن البشري نفسه حتى لا يصبح التقدم العلمي عامل من عوامل تهديد البشرية[3].

الفرع الثاني: قاعدة السرية

تعتبر قاعدة السرية من نتائج مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان ونظرا لأهميتها نصت عليها مختلف النصوص الدولية**(أولا)**، وكرستها التشريعات الوطنية**(ثانيا)**.

---

[1] المادة 162-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2] المادة158 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3] فايز الظفيري، مرجع سابق، ص128.

أولا: أهمية السرية والتأكيد عليها في النصوص الدولية

يساهم مبدأ السرية في تكريس مبدأ المجانية ويساعد على بقاء الجسم البشري خارج نطاق الصفقات التجارية من حيث المبدأ، وهذا أمر منطقي لأن الصفقة لا تنعقد إلا إذا عرفت هوية البائع والمشتري، وبما أن المشرع أحاط هوية كل منهما بالسرية من حيث المبدأ فلا يمكن لهما أن يكتسبا صفة البائع والمشتري[1].

تعتبر السرية مبدأ عام يجب تطبيقه على التصرف بأجزاء أو منتجات جسم الإنسان، ومفادها أن المتبرع لا يمكنه معرفة شخصية المستفيد وكذلك المستفيد لا يمكنه معرفة شخصية المتبرع، فقد أوجده المشرع ليكون وسيلة للوقاية من الاتفاقيات المتعلقة بجسم الإنسان، لأنه يستطيع منع أي اتجار بالأعضاء وكذلك منع أي ابتزاز مادي قد يقع على المرضى الذين ينتظرون الزرع أو على ذويهم فهو ينفي بشكل قاطع أي مفهوم تجاري لنقل الأعضاء.

السرية شرط لممارسة الأعمال الطبية بصفة عامة وهي تطبق بصفة خاصة على التصرفات الواردة على جسم الإنسان، نظرا لأهمية قاعدة السرية أكدت عليها معظم النصوص القانونية المتعلقة بالأخلاقيات الطبية، فالإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان ينص على أنه "يجب حماية سرية المعلومات الوراثية الخاصة بشخص يمكن تحديد هويته والمحفوظة أو المعالجة لأغراض البحث أو لأي غرض آخر"[2].

أكد الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان على ضرورة احترام حرمة الحياة الخاصة للأشخاص المعنيين وسرية المعلومات الشخصية المتعلقة بهم،

---

[1] فواز صالح، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والعشرون، يناير 2005م، ص177.

[2] المادة 7 من الإعلان العالمي بشأن المخين البشري وحقوق الإنسان.

ووجوب الحرص إلى أقصى حد ممكن على ألا تستخدم هذه المعلومات أو تفشى لأغراض غير الأغراض التي جمعت من أجلها أو التي قبل بها، بما يتفق مع القوانين الدولية ولاسيما القانون الدولي لحقوق الإنسان[1].

على المستوى الإقليمي نجد اتفاقية حقوق الإنسان والبيوطبي تؤكد على حق الفرد في احترام حياته الخاصة بالنسبة للمعلومات المتعلقة بصحته، فنصت على أنه كل شخص له الحق في معرفة أية معلومة تم الحصول عليها حول صحته، وأنه يجب احترام إرادة الشخص الذي لا يريد أن يعلم بمثل تلك المعلومات[2].

جاءت المادة من25 في البروتوكول الإضافي الملحق بهذه الاتفاقية والذي يتعلق بالأبحاث الطبية[3]، بعنوان السرية ونصت على:

1- كل معلومة ذات طبيعة شخصية تم الحصول عليها بمناسبة بحث طبي تعتبر سرية وتعامل مثل القواعد المرتبطة بحماية الحياة الخاصة.

2- القانون يحمي الأشخاص من إفشاء كل معلومة تتعلق بمشروع بحث عرض على لجنة أخلاقيات وفق هذا البروتوكول.

كما نجد البرتوكول الإضافي لهذه الاتفاقية والمتعلق بالفحوصات الجينية لأغراض طبية لسنة 2008[4]، ينص في المادة 16 التي وردت بعنوان احترام الحياة الخاصة والحق في الإعلان على:

---

[1] المادة 9 من الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجي وحقوق الإنسان.

[2] Art 10 du la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

[3] Protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédical, op.cit

[4] Protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine، relatif aux tests génétiques à des fins médicales, op.cit.

1- كل شخص له الحق في احترام حياته الخاصة، وخاصة حماية المعلومات ذات الطابع الشخصي التي تخصه والتي تم الحصول عليها عن طريق بحث (فحص) جيني.

2- كل شخص كان محل اختبار جيني له الحق في معرفة كل المعلومات المتعلقة بصحته والمرتبطة بهذا الفحص الجيني ونتائج هذا البحث تكون متاحة للشخص المعني بطريقة مفهومة.

3- رغبة الشخص في عدم معرفة نتائج البحث يجب احترامها.

قاعدة السرية ليست مطلقة فالإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان يجيز وضع قيود على مبدأ السرية بحكم القانون ولأسباب قاهرة وفي حدود ما تتيحه أحكام القانون الدولي العام والقانون الدولي لحقوق الإنسان[1]، كذلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي تسمح بأن تفرض على الحقوق المذكورة فيها قيودا تفرضها حماية الأمن العام، أو الوقاية من الجرائم أو حماية الصحة العامة، وحماية حقوق الآخرين[2]، نص البروتوكول الإضافي الملحق بهذه الاتفاقية والمتعلق بالفحوصات الجينية لأغراض طبية على أنه في الحالات الاستثنائية القانون يمكنه ولمصلحة الشخص المعني وضع قيود حق الفرد في معرفة كل المعلومات المتعلقة بصحته والمرتبطة بفحص جيني، وكذلك وضع قيود على رغبته في عدم معرفة تلك المعلومات[3].

ثانيا: تكريس قاعدة السرية في التشريعات الوطنية

لم تغفل التشريعات الوطنية النص على قاعدة السرية في التصرفات المتعلقة بجسم الإنسان وعناصره ومنتجاته، إذ لا يخلو تشريع وطني منظم للتصرفات الواردة

(1) المادة 9 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

(2) Art 26 du la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

(3) Art 16-3 du protocole additionnel la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales.

على عناصر الجسم ومنتجاته من التأكيد على ضرورة المحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بهوية المتبرع والمستفيد، لا نستطيع التطرق إلى كل التشريعات الوطنية في هذا الخصوص، لذا سوف نكتفي بالتشريع الفرنسي والقانون الجزائري.

1- في التشريع الفرنسي

جعل القانون المدني الفرنسي السرية مبدأ في التصرفات الواردة على جسم الإنسان حيث نص على أنه لا يمكن إفشاء أي معلومة يمكن من خلالها تحديد هوية المتبرع بأحد عناصر جسمه أو منتج من منتجات جسمه وأن المتبرع يجب ألاّ يعلم بهوية المستفيد والمستفيد لا يعلم بهوية المتبرع. [1]

أجاز المشرع الفرنسي في نطاق التبرع بالأعضاء وفي حالة الضرورة العلاجية، للطبيب والمتبرع والمستفيد فقط الاطلاع على المعلومات التي تسمح بالتعرف عليهما وذلك في الفقرة الثانية من المادة 8-16[2] من القانون المدني الفرنسي والمادة 1211 فقرة 5من قانون الصحة العامة[3].

يجيز القانون الفرنسي التبرع بالنطف والأمشاج البشرية في إطار الإنجاب المساعد طبيا، ويضع له نفس الشروط المتعلقة بالتبني تقريبا، وحفاظا على استقرار الأسرة المستقبلة فإنه ينص على ضرورة الحفاظ على سرية هوية المتبرع أيضا والأسرة

---

(1) Article 16-8 du code civil stipule :< Aucune information permettant d'identifier à la fois ce lui qui à fait dont d'un élément ou d'un produit de son corps et ce lui qui la reçu ne peut être divulguée le donneur ne peut connaitre l'identité ni le receveur celle du donneur>.

(2) Article 16-8 -2 c.cv stipule: <En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent voir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci.>

(3) Article L1211-5 du c.s.p. stipule :<Le donneur ne peut connaitre l'identité du receveur, ni le receveur celle de donneur. Aucun information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'in élément ou d'un produit de sont corps et celui qui a l'a reçu ne peut être divulguée.
Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'on cas de nécessité thérapeutique.>

المستقبلة، حيث يجهل المتبرع هوية الأسرة المستقبلة كما أن هذه الأخيرة تجهل هوية المتبرع بالنطفة أو اللّقيحة[1].

في مجال التبرع بالدم نجد المادة L1221-7[2] من قانون الصحة العامة الفرنسي تنص على أنه" لا يمكن تقديم أي معلومة تسمح بمعرفة هوية المتبرع بالدم أو هوية المستفيد منه، ولا يتم الخروج عن هذا المبدأ إلا لضرورة علاجية" وللحفاظ على السرية نص المشرع على عقوبات جزائية على من يقوم بكشف هوية المتبرع بالدم أو المستفيد منه تقدر بسنة حبس وغرامة قدرها خمسون ألف فرنك فرنسي.[3]

تعتبر السرية من الأمور بالغة الأهمية التي يجب الحفاظ عليها في كل البحوث الطبية التشخيصية والعلاجية، خاصة التحاليل الجينية لأن المعلومات الجينية لا يقتصر تأثيرها على الفرد فقط وإنما يمتد ليشمل الأشخاص الآخرين الذين يتشاركون معه في نوع الجينات، لذا يجب المحافظة على المعلومات والبيانات وعدم إفشائها سواء أثناء إجراء الأبحاث أو عند إعلان النتائج[4].

---

(1) Article L1244-7 du c.s.p. stipule :<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.
La donneuse d'ovocytes doit être particulièrement informée des conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaire, des risques et des contraintes liés à cette technique, lors des entretiens avec l'équipe médicale pluridisplinaire. Elle est informée des conditions légales du don, notamment du principe d'anonymat et de principe de gratuité. Elle bénéficie du remboursement des frais engagés pour le don.>

(2) Article L1221-7du c.s.p. dispose :<Le receveur ne peut connaitre l'identité du donneur, ni le donneur celle de receveur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don de sang et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.
Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique.>

(3) Article L1271-6du c.s.p. stipule:<La divulgation d'informations permettant d'identifier à la fois le donneur et le receveur de sang, en violation de l'articleL1221-7, est punie d'un an d'emprisonnement et de 50000f d'amende.

(4) أنظر عبد العزيز السويلم، الأسس الأخلاقية للبنوك الحيوية البنوك الحيوية البحثية ضوابطها الأخلاقية والشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني،قضايا طبية معاصرة، المجلد الثالث، الرياض، 1413هـ، ص2298 .

نظرا لخطورة الأبحاث الجينية فقد نص القانون المدني على أنه "لا يمكن اللجوء إلى تحديد الهوية عن طريق البصمات الوراثية إلا في نطاق دعوى قضائية كإجراء إجراءات البحث والتحري أو التحقيق، أو لأغراض طبية أو أبحاث علمية، أو لمعرفة هوية شخص متوفى مجهول الهوية"[1]، كما قرر أنه "في القضايا المدنية لا يمكن البحث عن هذه الهوية إلا تنفيذا لإجراء تحقيق أمر به القاضي الذي ينظر في دعوى تهدف إلى إثبات علاقة النسب أو نفيها، أو تهدف إلى الحصول على النفقة من أجل الطفل أو إلغائها ويجب الحصول على الموافقة الحرة للمعني مسبقا، ولا يمكن إجراء هذا البحث على شخص متوفى إلاّ إذا عبر عن موافقته على ذلك أثناء حياته "[2].

هناك حالات يمنع فيها اختبار البصمة الوراثية، وهي تتعلق أيضا بالسرية وهي:

1- عندما تمارس الأم حقها في أن تطلب عند الولادة أن يبقى أمر قبولها في المستشفى سرا، وحقها في أن لا يكشف هويتها، طبقا لنص المادة 1/341 من القانون المدني الفرنسي"[3]، فهذه السرية تمنع سماع الدعوى التي تهدف إلى إثبات الأمومة وبالتالي لا يحق لأي أحد أن يطالب بإجراء اختبارات البصمة الوراثية لإثبات الأمومة في هذه الحالة.

---

(1) Art 16-11-1 c.civ stipule :<L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :
1- Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instructions diligentées lors d'une procédure judiciaire ;
2-A des fins médicales ou de recherche scientifique ;
3-Aux fins d'établir, lorsqu'elle est un connue, l'identité des personnes décédées
4-Dans les conditions prévues à l'article l2381-1 du code de la défense.>

(2)Art 16-11-2 c.civ dispose :<En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli, Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétique ne peut être réalisée après sa mort.>

(3)Art 341-1du c.civ dispose :<Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.>

2- **في حالة الإنجاب المساعد طبيا:** عندما يكون بتدخل شخص ثالث رجل أو امرأة للتبرع بالنطف ففي هذه الحالة يمنع القانون المدني الفرنسي إقامة النسب للطفل الذي يولد من هذه العملية والشخص الذي يتبرع بالنطفة أو البويضة (الأب أو الأم البيولوجية)، وبالتالي لا يمكن إثبات النسب البيولوجي للطفل بإجراء اختبارات البصمة الوراثية، كما لا يمكن للأبويين اللذين لجآ إلى الإنجاب المساعد بتدخل الغير أن ينكرا نسب هذا الطفل في المستقبل[1] ، ويتم إبداء الموافقة على هذا الأمر أمام القاضي أو كاتب العدل قبل البدء في عملية التلقيح[2]، وتمنع هذه الموافقة كل دعوى إنكار النسب إلا إذا ثبت أن الطفل لم يولد نتيجة هذه العملية أو أن الرضا كان غير منتج لأثاره[3] كما لو توفي الزوجين قبل إجراء العملية أو حصل طلاق بينهما[4].

وتعتبر المعلومات المتحصل عليها من إجراء الاختبارات البصمة الوراثية من قبل عناصر الحياة الخاصة[5] للشخص لأن هذه الفحوص قد تؤدي إلى تحديد هويته أو كذلك كشف المعلومات متعلقة بأبويه، واستنادا إلى ذلك لا يستطيع الطبيب الشرعي الذي يجري فحص البصمات الوراثية أو الشخص الذي يعمل في مخبر التحاليل الطبية أن يفشي محتوى المعلومات الوراثية التي تحصل عليها في نطاق دعوى قضائية

---

(1) Art 311-19 c.civ dispose :<En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre de donneur>

(2) Art 311-20 -1 du c.civ stipule :< Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation>.

(3) Art 311-20-2 duc.civ stipule :< Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assise ou que le consentement a été privé d'effet.>

(4) Art 311-20-3 duc.civ stipule :< Le consent est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistè,auprès de médecin chargé de mettra n œuvre cette assistance>.

(5) فواز صالح، "حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب (دراسة قانونية مقارنة)"، المجلة العربية للطب الشرعي والعلوم الجنائية، الرابطة السورية للطب الشرعي، المجلد4 ، العدد 14، سبتمبر2004، ص54.

جزائية أو مدنية، فمهمته تنحصر في تبيان التطابق أو عدم التطابق بين العينات التي أجرى عليها الاختبارات الوراثية، وأن يوضح ذلك في تقريره الذي يقدمه إلى المحكمة التي كلفته بهذه المهمة، ولا يحق له إفشاء نتائج هذه الاختبارات خارج نطاق القضاء.

يعاقب قانون العقوبات الفرنسي عن كل خروج عن مبدأ السرية في مجال الأبحاث الجينية كنشر معلومات متعلقة بتحديد هوية شخص عن طريق بصماته الوراثية بالحبس لمدة سنة وبغرامة قدرها 15000 يورو[1].

2- موقف المشرع الجزائري

أخذ المشرع الجزائري، على غرار التشريعات العربية، بمبدأ السرية في المجال الطبي وجعلها التزاما على كل طبيب أو جراح أسنان، هذا ما نصت عليه مدونة أخلاقيات الطب بقولها: "يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض أو المجموعة إلا إذا نص القانون على ذلك"[2]، والسر المهني يشمل كل ما يراه الطبيب أو يسمعه أو يفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته"[3]، كما يشمل السر المهني أيضا البطاقات السريرية ووثائق المرضى والملفات الطبية"[4]، ويعتبر كتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصه المريض الذي يكون حرا في كشف ما يتعلق بصحته"[5].

---

(1) l'article 226-28 du c.pèn stipule :< Le fait de rechercher l'identification par ses empreintes génétiques d'une personne en dehors des cas prévus à l'article 16-11 du code civil ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure de vérification d'un acte de l'état civil entreprise par les autorités d'diplomatiques ou consulaires dans le cadre des disposition de l'article l111-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est puni d'un an d'emprisonnement ou de 15000 euros d'amande…>

(2) المادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب.

(3) المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب.

(4) المادة 39 من نفس المدونة.

(5) المادة 206-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

يتبين لنا من النصوص السابقة أن مبدأ السرية يجب احترامه في جميع التصرفات الواردة على عناصر الجسم ومنتجاته سواء كان التبرع بالأعضاء البشرية"[1]. أو إجراء التجارب الطبية، أو التبرع بالدم، أمّا فيما يخص التلقيح الصناعي فقد سبق الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يحصر هذه العمليات بين الزوجين فقط وأثناء قيامهما وبموافقتهما وعليه لا يمكن تصور تلقيح صناعي بتدخل الغير[2] وبالتالي لا مجال للحديث عن السرية.

يظهر لنا جليا أن المشرع الجزائري تناول مبدأ السرية كمبدأ عام في الأعمال الطبية بصفة عامة والتي تدخل في نطاقها عمليات التبرع بعناصر الجسم ومنتجاته، على خلاف المشرع الفرنسي الذي أكد على قاعدة السرية في كل عملية على حدة، كذلك نجد بعض التشريعات العربية التي نصت على قاعدة السرية بنصوص خاصة في القوانين المنظمة للتبرع بعناصر الجسم ومشتقاته مثل القانون المغربي المتعلق بالتبرع بالأعضاء ولأنسجة البشرية وأخذها وزرعها[3].

هكذا يتضح لنا أن مبدأ عدم الاتجار بجسم الإنسان، ما هو في الحقيقة سوى نتيجة للتطور الذي لحق بمبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان ومبدأ عدم مالية

---

[1] تنص المادة 165-2 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمتعلقة بانتزاع الأعضاء من جثث الموتى على: " **يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية المستفيد للعائلة المتبرع** ".

[2] أنظر المادة 45 مكرر ق.أ.ج.

[3] تنص المادة 7 من القانون المغربي للتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها المشار إليه سابقا على: "**لا يجوز للمتبرع ولا لأسرته التعرف على هوية المتبرع له، كما لا يجوز كشف أي معلومات من شأنها أن تمكن من التعرف على هوية المتبرع والمتبرع له، باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة 9 أو إذا كان ذلك ضروريا لأغراض العلاج** "، ونصت المادة 9 من نفس القانون على: " **لا يجوز أخذ عضو بشري من شخص حي للتبرع به إلا من أجل المصلحة العلاجية لمتبرع له معين يكون إما أصول المتبرع أو فروعه أو إخوانه أو أخواته أو أعمامه أو عماته أو أخواله أو خالاته أو أبناءهم .**

كما يمكن أن يكون الأخذ لفائدة زوج أو زوجة المتبرع شريطة مرور سنة على زواجهما

يجب إثبات علاقة القرابة بين المتبرع والمتبرع له المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة."

جسم الإنسان اللذين حما جسم الإنسان لعصور طويلة،كما يجد أساسه أيضا في مبدأ احترام الكرامة الإنسانية المعترف بها للكائن البشري ككل.

إن مبدأ عدم الاتجار بجسم الإنسان ليس مطلقا، بل ترد عليه بعض الاستثناءات.

الفصل الثانـي

الاستثناءات الواردة على مبدأ

عدم الاتجار بجسم الإنسان

أدى التقدم المستمر والحاجة المتزايدة إلى عناصر جسم الإنسان ومنتجاته من أجل إجراء الأبحاث الضرورية للتقدم الطبي، وكذلك إدخال عناصر الجسم في مجالات فيه مختلفة كزراعة الأعضاء والصناعات الدوائية وحتى صناعة مواد التجميل، إلى دخول هذه العناصر إلى الدائرة الاقتصادية، خاصة تلك التي لا يؤدي التصرف بها إلى المساس بجسم الإنسان وسلامته **(المبحث الأول)**.

يلاحظ أن النصوص الدولية التي نظمت التصرفات الواردة على عناصر الجسم البشري ومنتجاته اشترطا أن يكون حظر الاتجار بهذه العناصر في حالتها الطبيعية أي بمفهوم المخالفة أنه يمكن التصرف في هذه العناصر والمنتجات بعد تحويلها وتصنيعها **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

استثناء بعض عناصر الجسم ومنتجاته في حالتها الطبيعية

هناك بعض عناصر الجسم التي اعتبرت أشياء منذ زمن، ولم يعترض أحد على ذلك مثل الشعر، والأظافر والأسنان المخلوعة،[1] بل هناك من التشريعات من تنص صراحة على استبعاد هذه العناصر من مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان مثلما جاء في قانون الصحة العامة الفرنسي،[2]ونتيجة تطور صناعة المواد ذات الأصل الإنساني دخلت عناصر أخرى من جسم الإنسان في نطاق الاتجار.

اكتشف العلم الحديث أهمية بعض عناصر الجسم التي تخلف عن العمليات الإستشفائية وعمليات الولادة، مما أدى إلى زيادة الطلب عليها وإنشاء البنوك لحفظها **(المطلب الأول)**، كما أن بعض منتجات الجسم مثل حليب الأمهات،[3] لا يؤثر التنازل عنها في وظائف الجسم وسلامته ولا يسبب الحصول عليها أي ألم لأصاحبها، مما أدى إلى سهولة التنازل عنها والتصرف فيها **(المطلب الثاني)**.

---

[1] فقد اعتبرت منذ القدم، الاتفاقيات المتعلقة بالشعر مشروعة سواء كانت تهدف للقص، العلاج، للعناية به أو حتى للبيع.

(2) L'Art L1211-49 du c.c.p. stipule : < Ne sont pas soumis aux dispositions du présent titre les produits du corps humain désignés ci-après :
1^0 les cheveux ;
2^0 les ongles ;
3^0 les poils ;
4^0 les dents>

[3] اعتبر عقد الإرضاع عند العرب مشروعا قبل وبعد بعثة النبي (ص)، وفي الغرب منذ العهد الروماني، ونظمته بعض التشريعات الحديثة مثلا القانون الفرنسي الذي نص عليه في المواد 1770 إلى 1775 من قانون الصحة العامة.

للمزيد أنظر أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص ص62-63.

المطلب الأول

بقايا ومخلفات العمليات الجراحية والاستشفائية

يقصد ببقايا ومخلفات العمليات الجراحية والاستشفائية تلك العناصر والأجزاء البشرية التي تخلف بعد الانتهاء من العمليات الجراحية أو التدخلات الطبية، مثل الدم المتبقي بعد التحاليل الطبية، أو الأورام أو اللوزتين بعد استئصالهما **(الفرع الأول)**، أو بقايا عمليات الولادة مثل المشيمة والحبل السري، هذه البقايا ظهرت إمكانية الاستفادة منها في أغراض شتى بفضل تقدم الأبحاث العلمية والطبية**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:النفايات الطبية

يعتبر التصرف في النفايات الطبية من الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان، لذا سوف نتعرض إلى ماهيتها**(أولا)**، ثم إلى حكم إنشاء بنوك خاصة بها **(ثانيا)**.

أولا: ماهية النفايات الطبية

تعتبر نفايات طبية، تلك العناصر المتبقية من التدخلات الطبية، والتي لم تعد مفيدة للجسم الذي أُخذت منه، مثل اللّوزتين أو الأورام بعد استئصالها، أو الدم المتبقي بعد إجراء التحاليل الطبية، "هذه العناصر تفقد قدسيتها بانفصالها عن الجسم وتتحول إلى مجرد شيء يجوز التصرف فيه نظرا لعدم فائدتها بالنسبة للجسم المأخوذة منه ولأنها لا تؤثر على بقائه"[1]، لذلك يستعمل البعض منها في مجال البحث العلمي، و يستخدم البعض الآخر في صنع بعض المنتجات الصيدلانية والطبية وحتى في صناعة مواد التجميل.

[1] حسيني هيكل، مرجع سابق، ص248.

يعتبر بعض الفقهاء[1] هذه البقايا أشياء متروكة أو أشياء متخلى عنها أو متنازل عنها، وباعتبارها لم تعد متصلة بجسم الإنسان فإنها تصبح قابلة للتملك من قبل الذي يستولى عليها بدون الحاجة لدفع ثمنها أو لطلب موافقة صاحب الشأن، كما أن التشريعات تعتبرها مجرد نفايات طبية تجمع في أكياس ويتم التخلص منها بطرق معينة، أو تصدر لمراكز البحوث والمصانع الدوائية من هذه التشريعات نذكر التشريع الفرنسي[2] والتشريع الجزائري[3].

صنف المشرع الجزائري نفايات النشاطات العلاجية إلى ثلاثة أصناف:

- النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية؛
- النفايات المعدية؛
- والنفايات السامة [4].

تشمل النفايات السامة البقايا والمواد التي انتهت مدة صلاحيتها من الصيدلانية والكيمائية والمخبرية، إلى جانب النفايات التي تحتوي على تركيزات عالية من المعادن الثقيلة، بالإضافة إلى الأحماض والزيوت المستعملة والمذيبات[5]. تجمع هذه النفايات في أكياس بلاستكية من لون احمر تستعمل مرة واحدة وتكون

---

[1] أحمد عبد الدايم، مرجع السابق، ص61.

[2] Voir décret n^{0}97-1048 du 6 novembre 1997relatif à l'élimination des déchets d'activités de soins à risques infectieux et assimilés et des pièces anatomiques et modifiant le code de la santé publique(deuxième partie : Décrets en Conseil d'état), jorf n^{0}267,du 18 novembre 1997.

[3] أنظر مرسوم تنفيذي رقم 478/03 مؤرخ في 09 ديسمبر 2003 يحدد كيفيات تسير نفايات النشاطات العلاجية، جريدة رسمية عدد78 صادر في 14 ديسمبر 2003.

[4] المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

[5] المادة 10 من نفس المرسوم التنفيذي.

مقاومة وصلبة ولا يتسرب منها غاز الكلور عند ترميدها[1]، ويتم معالجتها بنفس الشروط التي تعالج بها النفايات الخاصة من نفس النوع[2].

يقصد بالنفايات المعدية تلك النفايات التي تحتوي على جسيمات دقيقة أو على سُمياتها التي قد تضر بالصحة البشرية[3]. يجب أن تجمع هذه النفايات في أكياس بلاستكية يبلغ سمكها 1.0 ملم على الأقل تستعمل مرة واحدة ذات لون أصفر مقاومة وصلبة ولا يتسرب منها الكلور عند ترميدها[4]، ويجب أن ترمد هذه النفايات داخل المؤسسة الصحية إذا كانت هذه الأخيرة تملك مرمدا، أو خارجها سواء في مرمد يخدم عدة مؤسسات صحية، أو في منشأة ترميد لمؤسسة متخصصة في معالجة النفايات[5].

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. هذه النفايات يجب أن تجمع في أكياس بلاستيكية ذات لون أخضر وتستعمل مرة واحدة، وترسل إلى محل التجميع، حتى يتم معالجتها وإعدامها، أو تصديرها، إذ لا يوجد أي نص قانوني يمنع التعامل في هذه البقايا التي تأخذ حكم الأشياء المتروكة أو المتنازل عنها.

نظرا لمصدر هذه العناصر المتمثل في جسم الإنسان بما له من حرمة وقدسية يجعل من غير الأخلاقي إعدامها كأي بقايا سامة، لذلك نص المشرع الجزائري على أن كيفية معالجة النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية تحدد بقرار مشترك بين

---

[1] المادة 11من المرسوم التنفيذي رقم 448/03 ، مؤرخ في 9 سبتمبر2003 يحدد كيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، مرجع سابق.

[2] المادة 23 من نفس المرسوم التنفيذي.

[3] المادة 7 من نفس المرسوم التنفيذي.

[4] المادة 9 من نفس المرسوم التنفيذي.

[5] المادة 25 من نفس المرسوم التنفيذي.

الوزراء المكلفين بالبيئة والصحة والشؤون الدينية[1]، وبذلك يتم التخلص من أضرارها على البيئة والصحة العامة، وفي نفس الوقت يُحترم مصدرها الإنساني[2].

إذا تقرر تخصيص استعمالات العناصر السالف ذكرها في تدخل طبي آخر، كأن يعاد زرع بعضها في جسم مريض آخر من أجل علاجه، أو إجراء تجارب عليها، فإن بعض التشريعات تشترط أن يتم إعلام الشخص باستعمالات العناصر المنزوعة منه والمنتجات المتحصل عليها، وتعطيه الحق في أن يعترض على الاستعمالات المؤقتة لهذه العناصر[3].

ثانيا: حكم إنشاء بنوك للنفايات الطبية

نظرا لأهمية هذه العناصر المتزايدة، تم إنشاء بنوك[4] لجمعها وحفظها، منها البنوك الحيوية التي تم فيها تجميع بقايا العمليات الجراحية مثل الدم والأورام السرطانية أو اللوزتين بعد استئصالهما ومختلف العناصر والمنتجات المتحصل عليها من الجسم بعد العمليات الجراحية، وذلك من أجل استعمالها وقت الحاجة في أغراض علاجية أو تشخيصية، وبذلك يسهل على الباحثين الحصول عليها للقيام بتجاربهم وأبحاثهم.

المراد بالبنك هنا هي المؤسسات التي تجمع فيها عناصر جسم الإنسان المتحصل عليها من العمليات الجراحية والتدخلات الطبية إلى حين استعمالها في

---

[1] المادة 22 من مرسوم تنفيذي رقم 448/03 مؤرخ في 9 سبتمبر 2003، يحدد كيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، مرجع سابق.

[2] نشير هنا إلى أن الراجح في الفقه الإسلامي، أن أعضاء الجسد المبتورة تلف في خرقة ثم تدفن. انظر: فتوى المجلس الإسلامي للإفتاء بشأن دفن الأعضاء المقطوعة، بتاريخ 30 رجب 1430هـ الموافق 2009/7/22 ، والتي جاء فيها: " وقد بلغنا أن بعض المستشفيات تلقي الأعضاء المبتورة والسقط(وهو ما رمته المرأة من الأجنة) في القمامة والزبالة، لذا نهيب بمن ابتلي بقطع أو بتر أو سقط أن يهتم بدفنها، ولا يتركها تلقى في القمامة أو تعبث بها أيدي العابثين". الفتوى متاحة على الموقع:www.fatwah.net>fatwah

[3] Voir l'article L 1245-2 du c.s.p.

[4] يعرف البنك بأنه مؤسسة تقوم بعمليات الائتمان بالإقراض وغير ذلك وهي أنواع: منها المصارف التجارية والمصارف العقارية والمصارف الصناعية.

الأبحاث والتجارب الطبية والعلمية، فهذه البنوك تم استحداثها في البداية لتجميع العينات الإنسانية لغايات طبية تشخيصية كما هو الحال في العينات الورمية والأمراض الأخرى، ثمّ توسعت بعد ذلك وأصبحت تخصص لغايات بحثية وللصناعات الدوائية[1].

يجب أن يلتزم البنك البحثي بعدم استخدام عينات المرضى وبياناتهم لغايات تجارية، فلا يحق له بيعها أو الاتجار بها، وأي رسوم يمكن أن يتقاضاها إن وجدت فهي فقط لتغطية نفقات الجمع والحفظ ولا يقصد بها تحقيق الربح[2]،هذا ما أكده قانون الصحة العامة الفرنسي عندما اشترط على هذه البنوك الحصول على رخصة مسبقة من الوكالة البيوطبية والوكالة الوطنية لضمان الدواء ومواد الصحة، وأن يتم جمع هذه المواد وحفظها وتوزيعها دون قصد الربح[3].

الفرع الثاني: بقايا عمليات الولادة

بالإضافة إلى بقايا العمليات الجراحية، هناك مخلفات عمليات الولادة، حيث اكتشف العلم الحديث فوائد كثيرة للأغشية التي تحيط بالجنين**(أولا)**، وللجنين المجهض**(ثانيا)**.

أولا: حكم التصرف في الأغشية المحيطة بالجنين

يحيط بالجنين مجموعة من الأغشية التي أصبحت لها أهمية كبيرة في العلاج وأصبحت تستعمل في الصناعات الدوائية و حتى في مواد التجميل، وهي: المشيمة، والحبل السري والسائل السلوي.

---

[1] عبد العزيز السويلم، مرجع سابق،ص،2284.

[2] منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط، الدلائل الإرشادية لعمل لجان الأخلاقيات المعنية بمراجعة البحوث الطبية. 2003م، ص56

متاح على الموقع http://w.ww .who.int

(3) Voir les articles l1243-1 et l1243-2 du c.s.p

المشيمة عبارة عن كتلة تشبه القرص، وظيفتها تأمين كل ما يحتاجه الجنين من غذاء وتنفس وطرح الفضلات، أثناء وجوده في الرحم، وهي تتصل بالجنين عن طريق الحبل السري، ويتم خروج المشيمة بعد تمام الولادة[1]، أمّا الحبل السري فهو عبارة عن تكون نسيجي يشبه الحبل يصل بين الجنين داخل الرحم والمشيمة، فهو ينقل الغذاء والأكسجين من المشيمة إلى الجنين كما ينقل الفضلات من الجنين إلى المشيمة[2]، بالإضافة إلى ذلك هناك السائل السلوي ويسمى أيضا بالسائل الأمينوسي وهو يتكون من ماء بنسبة 98% وبعض الأملاح المعدنية وبعض المواد العضوية، وهو سائل معقم، و ضروري لحركة الجنين وحفظ درجة الحرارة في الرحم، كما يسهل انزلاق الجنين أثناء عملية الولادة[3].

يحتوي السائل الأمينوسي على نسبة 1% من الخلايا الجذعية المتميزة بالقدرة على التحول إلى أي نوع من الخلايا الوظيفية وأيضا القدرة على التجدد، كما يتميز بعدة مزايا أخرى منها:

أ- أنه مضاد للبكتيريا ويقلل الإحساس بالألم؛

ب- يحارب المكروبات ويرفع المناعة ويساعد على التئام الجروح؛

ج- يتخلل ويتفاعل في الخلايا والأنسجة بعد أسبوعين أو ثلاثة من استخدامه في الجراحة دون أن يترك أثرا لوجوده؛

د- جسم المتلقي لا يرفض السائل الأمينوسي لعدم وجود أجسام مضادة له وبالتالي لا توجد حاجة لاستخدام الأدوية المثبطة للمناعة؛

---

[1] إيمان مختار مختار مصطفى، الخلايا الجذعية وأثرها على الأعمال الطبية والجراحية من منظور إسلامي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014، ص36.

[2] حسام الدين فاضل، بنوك دم الحبل السري والاعتبارات الخلقية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص2317.

[3] المرجع نفسه، ص2317.

هـ- أثبت نجاعة كبيرة في علاج خلايا القرينة وإنقاذ الأبصار في الحالات التي تعرضت لحروق حدقة العين[1].

تعد الأغشية المحيطة بالجنين(المشيمة، الحبل السري والسائل السلوي) من النفايات الطبية التي يتم التخلص منها بعد الولادة مباشرة، ولكن تقدم الطب بين أنها تحتوي على الملايين من الخلايا التي يمكنها معالجة أزيد من ثمانين مرضا من أمراض الدم وأمراض المناعة والسرطان خصوصا سرطان الدم، كما يمكن الاستفادة منها في علاج الكثير من الأمراض المزمنة مثل أمراض القلب والكبد والسكري والزهايمر، حيث تحتوي هذه الأغشية على العديد من الخلايا الجذعية التي لها القدرة على التحول إلى أي نوع من أنواع خلايا الجسم المتخصصة[2].

بالإضافة إلى الفوائد الطبية لبقايا عمليات الولادة، اكتشف الباحثون أهميتها في مجال التجميل كمادة فعالة لما لها من تأثيرات علاجية على البشرة، فقد تم استخدام السائل الأمينوسي والمشيمة في مواد تجميلية من قبل مختبرات عالمية للتجميل حيث استعملت كقاعدة أساسية للمواد التجميلية الحديثة التي تساهم في استعادة نظرة الوجه ومقاومة آثار الشيخوخة.

أثبتت الدراسات العلمية أنه يمكن تخزين الأغشية المحيطة بالجنين والاحتفاظ بها لفترة تصل إلى خمسة وعشرين سنة، حيث تبقى صالحة لعلاج الطفل نفسه أو إخوته، كما يمكن للأهل والأقارب وحتى الغرباء الاستفادة منها في حال كان التبرع مفتوحا للغير، ذلك أدى إلى إنشاء بنوك لجمعها وحفظها بغرض استعمالها عند الحاجة.

هناك نوعان من بنوك دم الحبل السري والمشيمة : بنوك عامة تتبع مؤسسات حكومية أو بحثية أو جامعات، تقوم بجمع هذه العناصر وحفظها وجعلها جاهزة

---

[1] إيمان مختار مختار مصطفى، مرجع سابق، ص37.

[2] المرجع نفسه، ص21.

لاستعمال أي شخص هو في حاجة إليها، أو تستخدمها في الأبحاث، وبعد التبرع بها لا يستطيع الأهل الحصول عليها مستقبلا أو استعمالها للعلاج الشخصي، وهذه البنوك تكون مجانية، ولا تكلف المتبرع أي شيء من أجل تخزينها، وقد بدأت تنتشر في الدول العربية في الفترة الأخيرة. [1]

هناك أيضا بنوك خاصة تخزن هذه العناصر لصالح المتبرع نفسه أو افراد عائلته، وتكلفة التخزين في هذه البنوك كبيرة، حيث يتم دفع تكلفة لمعالجة الخلايا وأخرى للتخزين وهي موجودة في كثير من الدول منها دول عربية[2].

خلاصة القول أن الأغشية المحيطة بالجنين والمتمثلة في الحبل السري والمشيمة والسائل الأمينوسي أصبحت محل اهتمام الباحثين ومصانع الأدوية ومصانع مواد

---

[1] ففي سنة 2016 تم إنشاء أكبر بنك دم الحبل السري على المستوى الوطني بالمؤسسة الاستشفائية الجامعية لوهران بهدف استخدام دم الحبل السري في العلاج البيولوجي الذي ينطوي على استخدام الخلايا الجذعية من دم الحبل السري لتحل محل الخلايا الميتة.للمزيد من التفصيل انظر: المؤسسة الاستشفائية الجامعية بوهران: 2016 سنة كل التحديات، متاح على الموقع: www.Oran-aps.dz بتاريخ 5-جانفي2017. كذلك تم افتتاح أول بنك لدم الحبل السري في المغرب بمركز الأبحاث السريرية التابع للمركز الاستشفائي محمد السادس، بمدينة مراكش، في 23 شهر جويلية من سنة 2017 .

[2] نذكر على سبيل المثال مركز الحبل السري في مستشفى لطيفة للنساء والولادة، بمدينة دبي، الإمارات العربية المتحدة ، حيث تبلغ قيمة الاحتفاظ الخاص لجميع المسجلين لدى المركز تسعة آلاف درهم(9000 درهم) شاملة رسوم التسجيل والتخزين مستوجبة الدفع وقت التسجيل، وفيما لو تم طلب العينة للزراعة يستوجب دفع مبلغ ألفي درهم(2000) لرسوم فحص التطابق النسيجي بين وحدة دم الحبل السري والمريض.

للمزيد من التفصيل انظر عماد عبد الحميد، دم الحبل السري صلاحية تخزين مرهونة بقانون، جريدة البيان، دبي، بتاريخ 24 يناير 2017.

كذلك تم إنشاء بنك للحبل السري في مستشفى الأسد الجامعي في دمشق سنة2011 ومهمته جمع الخلايا الجذعية من المشيمة والحبل السري لحظة الولادة ،ويتم الحصول على العينات إما بالتبرع او الإيداع وهذا الأخير هو المعتمد حتى الآن، حيث يتم الاحتفاظ بالعين مقابل مبلغ مالي قدره مليون ليرة، ليتم سحبه وقت الحاجة إذ يبقى المتبرع مالكا لهذه العينات.

للمزيد من التفصيل زر الموقع:www.innlebanon.com تم الاطلاع عليه يوم 5جوان2017.

التجميل، مما أدى إلى ظهور تجارة عالمية بهذا الخصوص، الأمر الذي استدعى التطرق إلى بيان حكم استعمالها في المستحضرات الطبية والتجميلية شرعا وقانونا.

يرى الفقه الإسلامي أنه لا مانع شرعا من الاستفادة من ماء الحبل السري أو المشيمة أو السائل السلوي، وإنشاء بنوك خاصة لحفظها ما دامت تستخدم في العلاج البشري، مع أخذ موافقة الزوجين على ذلك و أخذ الاحتياطات اللازمة في التخزين، فبما أن هذه العناصر يتم التخلص منها بعد الولادة، لا يوجد في استعمالها ما يحمل الاعتداء على كرامة الجنين وانتهاك حرمته، حيث لم يعطي أحد من العلماء لهذه الأشياء حق الآدمي من حيث الغسل والصلاة عليه وإنما تلف في خرقه وتوارى التراب، لأنها جزء من منفصل عن الآدمي[1].

أكد مجلس مجمع الفقه الإسلامي على أهمية العناصر السابقة في دورته الثالثة عشرة عندما قرر أنه "لا مانع من الانتفاع بها في الأغراض الطبية، بينما الأدوية التي تستخرج من المشيمة وتؤخذ عن طريق الفم والحقن، فلا تجوز إلاّ للضرورة"[2].

تناولت الندوة العالمية حول الخلايا الجذعية التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية[3] بالقاهرة سنة2007 مسالة الاستفادة من دم الحبل السري والمشيمة في المجال الطبي وفي مجال التجميل، وتوصلت إلى ما يلي:

---

[1] محمد علي البار، إجراء التجارب على الأجنة المجهضة والأجنة الميتة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1410هـ الموافق 1990م، ص1811.

[2] مجمع الفقه الإسلامي، دورة مؤتمره الثالثة عشر، المنعقد بمكة المكرمة، في الفترة من 8 إلى 13 فيفري 1992م، قرار بشأن الاستفادة من الأجنة المجهضة والأجنة الميتة.

[3] الندوة العالمية التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالتعاون مع المكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية بالقاهرة، ومنظمة اليونسكو ومجمع الفقه الإسلامي ، بالقاهرة ، في الفترة من23-25 شوال1428هـ الموافق3-5 نوفمبر2007 م، حول الخلايا الجذعية، الأبحاث، المستقبل، الأخلاقيات والتحديات.

- لا مانع شرعا من إجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية لإنتاج أنسجة بهدف استخدامها لعلاج الأمراض إذا كانت مباحة؛

- لا يجوز استخدام الخلايا الجذعية إلاّ في المجالات الطبية فقط ويحرم استخدامها في أغراض التجميل أو اللهو أو تغيير فطرة الله؛

-لا مانع شرعا من الاستفادة من دم المشيمة أو الحبل السري.

وتوصي الندوة بمواصلة الأبحاث الهادفة إلى التوسع في استخدامه لعدم وجود موانع أخلاقية تمنع منه، على أنه لابد من موافقة الزوجين على ذلك، بعد توضيح مجالات الاستخدام بهما، وضمان حماية المتبرعين من التعرف على شخصياتهم عن طريق الدنا (DNA).

كما أوصت الندوة بإنشاء بنوك لجمع تلك المواد، مع أخذ الاحتياطات اللازمة في التخزين والتعهدات المطلوبة من المتبرعين، وغير ذلك من أمور يجب وضعها بعين الاعتبار.

جاء في فتوى لدار الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية[1]حول حكم استعمال مشيمة الجنين البشري في المستحضرات الطبية والتجميلية ما يلي:

- الأصل أن يحرم استعمال مشيمة الجنين البشري في الأغراض التجميلية والطبية لأن المشيمة جزء من كائن محترم، وقد كرّم الله تعالى وصانه عن كل ما يخل به، فقال سبحانه: (ولقد كرّمنا بني آدم)/الإسراء الاية70،فإن فقدت البدائل، وتعين استعمال المشيمة البشرية، جاز استعمالها في الأغراض الطبية

[1] دار الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، فتوى رقم 2796 حول حكم إستعمال مشيمة الجنين البشري في المستحضرات الطبية والتجميلية، بتاريخ 2013/4/15.

لا التجميلية للضرورة، سواء كان الاستعمال خارجيا كالمراهم أو داخليا كالحبوب والحقن؛

- ومع ذلك فلا بد من التنبيه إلى حرمة بيعها والتجارة بها ولو لأغراض طبية، لأنها أجزاء إنسان، وبيعها فيه امتهان لإنسانية الإنسان، وينافي التكريم الإلهي له، والبديل هو التبرع بها للجهات الطبية المعتمدة المخولة بالإشراف على هذا الموضوع، مع فرض الرقابة المستمرة، كي لا يصبح الأمر غطاء لتجارة محرمة. والله أعلم.

نستنتج من الفتوى السابقة أنها تتفق جميعها حول جواز استخدام دم الحبل السري والمشيمة للأغراض الطبية لا التجميلية، وجواز إنشاء بنوك لجمعها وتخزينها بشرط أن يتم التنازل عنها تبرعا ، لا بيعا وتجارة.

يعتبر الفقه القانوني هذه العناصر مجرد أشياء متروكة أو تنازل عنها أصحابها، لذا فإن استعمالها لا يثير أي مشكلة لأنها تعتبر مجرد عناصر تنتهي وظيفتها بتمام عملية الولادة، ولا يحتاج إليها إلى مصلحة الأم ولا لمصلحة الجنين، وبالرجوع إلى مبدأ عدم مالية جسم الإنسان فإنّ هذا يجعل التصرف في بقايا عمليات الولادة مصحوبا بمبدأ المجانية، لأنه ليس من المعقول أن تصبح عناصر من جسم الإنسان مجرد بضائع تخضع لقانون العرض والطلب.

لكن من جهة أخرى لا يمكن لصاحب هذه العناصر أيضا أن يقبل بسهولة حصول الغير على عناصر ومنتجات جسمه بدون أدنى مقابل في حين نستغلها الغير من أجل تحقيق أرباح هائلة، لذا فإننا نرى ضرورة تنظيم التعامل في هذه العناصر، بحيث يتدخل المشرع بتحديد شروط الحصول عليها واستخداماتها، مع ضمان تحقيق نوع من التوازن بين مصلحة الشخص صاحب هذه العناصر ومصلحة الجهات التي تحصل عليها وتستخدمها في المجالات المختلفة.

لم تضع المواثيق الدولية المنظمة للأعمال الطبية نصوصا خاصة بتخزين دم الحبل السري أو المشيمة، ولكنها أكدت على عدم تجارية جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته حيث لا تكون هذه الأخيرة مصدرا للربح[1] وأنّ الجينوم البشري كما هو في حالته الطبيعية لا يعتبر مصدرا للكسب[2]، وباعتبار الحبل السري والمشيمة من عناصر جسم الإنسان فلا يمكن الاتجار بها، لكن هذا لا يمنع من الاستفادة منها في المجالات المختلفة إذا تم التعامل فيها عن طريق التبرع دون قصد الربح.

نظمت بعض التشريعات الوطنية طرق الحصول على الأغشية المحيطة بالجنين، ووضعت قواعد تنظم عمل مراكز الحبل السري والمشيمة، من هذه التشريعات نجد قانون الصحة العامة الفرنسي الذي أجاز إنشاء بنوك لحفظ هذه العناصر وتخزينها وتوزيعها، لكنه اشترط أن يتم جمعها عن طريق التبرع ، وبعد الحصول على رضاء المرأة أثناء الحمل ، وأن يكون الرضاء كتابة، بعد تبصيرها بمصير هذه العناصر ومجالات استعمالها، مع إمكانية استعمالها للطفل الذي سوف يولد أو إخوته وأخواته[3].

لا تتضمن غالبية التشريعات العربية نصوصا خاصة باستعمال الحبل السري والمشيمة، فهي تعتبر من النفايات الطبية التي يتم التخلص منها بعد الولادة، لكن في الآونة الأخيرة وبعد إبراز أهمية هذه العناصر في الاستخدامات الطبية وحتى التجميلية، تم إنشاء بنوك لجمعها وحفظها إما عن طريق التبرع أو الإيداع، كل ذلك في غياب نصوص قانونية تنظم عمل هذه البنوك[4].

---

(1) Art 21 du la convention sur les droit de l'homme et la biomédecine, op.cit

(2) المادة 4 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

(3) Voir l'art L1241-1 du c.sp.

(4) سبق الإشارة إلى بعض هذه المراكز في كل من دبي، ودمشق ومراكش.

لم يتضمن التشريع الجزائري نصوصا خاصة بجمع دم الحبل السري والمشيمة، حيث اعتبرت حتى وقت قريب من النفايات الطبية، لكن مؤخرا تم إنشاء عددا من البنوك لجمعها وتخزينها واستعمالها في العلاجات والأبحاث الطبية. هذه البنوك تم إنشاؤها في المراكز الإستشفائية الجامعية وتخضع للقواعد المنظمة للعلاج بالدم التي تمنع جمع الدم لأغراض تجارية أو استغلالية[1].

إنّ غياب الإطار القانوني لتخزين دم الحبل السري والمشيمة يفتح المجال إلى ممارسات قد تضر بالصحة العامة و بحقوق الآخرين، لذا فإنه من الضروري تنظيم هذه العمليات وتحديد شروط منح التراخيص للمنشآت الصحية التي تعتزم إنشاء بنوك في هذا المجال، وقواعد تقييم أداء هذه الأخيرة ومراقبتها، فضلا عن تحديد مجال استخدامات هذه المنتجات البشرية وتحديد قواعد المسؤولية، لما في ذلك من حماية للمتبرعين، المستفيدين والمجتمع ككل.

إذا كان هذا الأمر بالنسبة إلى الأغشية المحيطة بالجنين فما مدى الاستفادة من الجنين المجهض؟.

ثانيا: حكم التصرف في الجنين المجهض

تحتوي الأجنة المجهضة في أي مرحلة من مراحل الحمل، على العديد من الخلايا الجذعية الموجودة في العديد من أنسجة الجنين مثل النخاع العظمي، الجلد، الكبد، الجهاز التنفسي، وغيرها من الأنسجة والأعضاء. تتميز الخلايا الجذعية بقدرتها على الانقسام والتحول إلى أي نوع من خلايا الجسم المتخصصة، مما أعطاها فعالية في علاج الكثير من الأمراض المستعصية خاصة الأمراض السرطانية والأمراض الوراثية، هذا ما أدى إلى ازدياد الطلب على الأجنة المجهضة باعتبارها مصدرا لها.

[1] أنظر المادة 158 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

قبل التطرق إلى حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة نشير إلى أنّ الإجهاض يعرّف بأنه "إسقاط المرأة جنينها قبل أن تكتمل مدة الحمل"[1]. هذا التعريف لا يميز بين فترات الحمل المختلفة، إذ يعتبر إجهاض إسقاط الجنين قبل اكتمال مدة الحمل سواء تم ذلك في الأسبوع الأوّل من الحمل أو الأسبوع الثامن والعشرون.

عرفت منظمة الصحة العالمية الإجهاض بأنّه "خروج محتويات الرحم قبل عشرين أسبوعا من لحظة تلقيح البويضة بالحيوان المنوي، ويعتبر نزول محتويات الرحم في الفترة ما بين عشرين إلى ثمانية وعشرين أسبوعا ولادة قبل الأوان"[2]. هذا التعريف لا يعتبر إسقاط الجنين إجهاضا إلاّ إذا تم قبل عشرين أسبوعا من تلقيح البويضة أما بعد ذلك فيعتبر ولادة قبل الأوان، ويترتب عن ذلك اختلاف أيضا فيما يخص المسؤولية عن الإجهاض.

هناك ثلاثة أنواع للإجهاض[3] إجهاض تلقائي، وإجهاض بسبب طبي، وإجهاض حسب الطلب:

- **الإجهاض التلقائي:** هو إجهاض يحدث بدون تدخل أحد سواء الأم أو الطبيب أو الغير، ويكون لأسباب مرضية عادة تخص الأم أو الجنين.

- **الإجهاض الطبي:** وهو الإجهاض الذي يتم بقصد تحقيق غاية طبية إمّا لإنقاذ حياة الأم أو صحتها من الخطر، أو لأسباب طبية تتعلق بالجنين، هذا النوع من الإجهاض تتفق جميع التشريعات على إباحته.

- **الإجهاض حسب الطلب:** وهو ما يتم الحمل فيه أصلا من أجل الإجهاض، مقابل أداء مبلغ من المال للأم الحامل قد يزيد أو ينقص حسب عمر الجنين

---

[1] أيمن مصطفى الجمل، مرجع سابق، ص82.

[2] هذا التعريف متاح على موقع منظمة الصحة العالميةhttp://www.who.int

[3] إيمان مختار مختار مصطفى، مرجع سابق، ص38.

ومواصفاته. هذا النوع محرم شرعا وتجرمه غالبية التشريعات بالخصوص في الدول الإسلامية والعربية، لكنه أصبح معروفا في أوروبا وأمريكا وبعض الدول الآسيوية، وتعتبر اليابان أوّل دولة آسيوية تبيح الإجهاض حسب الطلب حيث يصل عدد حالات الإجهاض هناك إلى أكثر من ثلاثة ملايين حالة سنويا[1].

لا يوجد نص قانوني دولي يجرم الإجهاض أو ينظمه، بل تم ترك الأمر لكل دولة تقرره وفق تقاليدها ومبادئها الدينية والاجتماعية السائدة فيها، لذا هناك من الدول من منعت الإجهاض مطلقا إلاّ إذا كان من أجل إنقاذ حياة الأم وغالبيتها دول إسلامية منها الجزائر[2]، وهناك دول أباحت الإجهاض كقاعدة عامة ولكن بشروط محددة، منها التشريع الإنجليزي[3] والفرنسي[4].

وفقا للتشريع الإنجليزي فإنّ الإجهاض يكون مباحا إذا توافرت الشروط الآتية:

- أن يتم الإجهاض بمعرفة طبيب متخصص ويؤيده في ذلك طبيبان معتمدان؛
- أن يتم الإجهاض خلال 24 أسبوع الأولى من الحمل؛
- أن يتم الإجهاض في مستشفى حكومي أو مستشفى خاص مرخص له من قبل وزير الصحة بإجراء عمليات الإجهاض؛
- في حالة حمل المرأة أكثر من جنين، فإن إجهاض الأجنة الزائدة عن جنين واحد يجوز إجهاضها بطلب من الأم.

ميز القانون الإنجليزي بين مرحلتين من حياة الجنين: حيث تبدأ المرحلة الأولى من بداية التلقيح حتى بلوغ الجنين مرحلة القابلية للحياة وهو بلوغه الأسبوع الثامن

---

(1) أيمن مصطفى الجمل، مرجع سابق، ص1143.

(2) حيث تم تجريم الإجهاض في المادة 304 ق.ع.ج، ويباح فقط لإنقاذ حياة الأم طبقا للمادة 308 من نفس القانون.

(3) The human fertilization and embryology 1990.op.cit

(4) Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001, relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, jorf n^{0}156 du 7 juillet 2001, modifiant le code de la santé publique.

والعشرون، حيث يعتبر الاعتداء عليه يشكل جريمة إجهاض. بينما تبدأ المرحلة الثانية من بلوغه الأسبوع الثامن والعشرون حتى تمام ولادته، ويشكل الاعتداء عليه خلال هذه المرحلة جريمة خاصة يسمى جريمة تدمير الطفل[1].

يبيح القانون الفرنسي الإجهاض بطلب من المرأة قبل تمام 12 أسبوعا الأولى من الحمل مع توافر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية. مع ملاحظة أن المشرع الفرنسي في قانون 588-2001 [2] الذي ألحق بقانون الصحة العامة لم يستعمل عبارة الإجهاض (Avortement) وإنما استبدلها بعبارة إنهاء الحمل (l'interruption de la grossesse)[3]، وتتمثل الشروط الموضوعية لإنهاء الحمل في:

- يجب أن يتم إنهاء الحمل قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر؛
- يجب أن يقوم بإنهاء الحمل طبيب متخصص في علم التوليد؛
- يجب أن يتم إنهاء الحمل في مستشفى عام، أو مستشفى خاص مرخص له بذلك؛
- إذا كانت المرأة قاصرا يجب الحصول على موافقة الممثل القانوني لها؛
- يجوز إنهاء الحمل في أي مرحلة من مراحل الحمل، إذا كان استمرار الحمل يعرض حياة الأم أي صحتها للخطر، أو كان هناك احتمال قوي بأن الجنين سيولد مصابا بتشوه أو بمرض وراثي خطير[4].

أما الشروط الشكلية فتتمثل في:

- تقديم المرأة طلب كتابي تطلب فيه إنهاء الحمل؛

---

(1) Smith and Hogan, criminal law Grad Britain, Butter worth's, lexis 2002, tenth Edition, p398. مشار إليه في عبد النبي محمد محمود، مرجع سابق، ص63.

(2) La loi N°2001-588 du 4 juillet 2001.relative à l،interruption de grossesse, op.cit

(3) voir l'art 1 de la même loi stipule : <L'intitulé du chapitre II du titre I^{er} du livre II de la deuxième partie du code de la santé publique est ainsi rédigé :<Interruption pratiqué avant la fin de la douzième semaine de la grossesse>

(4) L'article 162/1 à 162/ 13 du c.s.p.

- يجب على الطبيب التأكد من عمر الجنين وكذلك إخطار المرأة بجميع الأخطار التي قد تتعرض لها بسبب عملية إنهاء الحمل؛

- يجب على المرأة إعادة تقديم الطلب بعد ثمانية أيام من الزيارة الأولى بحيث تكون قد عقدت العزم على إنهاء الحمل؛

- بالنسبة للقاصر يجب موافقة الممثل القانوني لها، كذلك المرأة الأجنبية يجب أن تقدم شهادة إقامة لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر.

في حالة مخالفة الشروط السابقة، تطبق العقوبات المنصوص عليها في قانون الصحة العامة، حيث يعاقب على إنهاء الحمل بالحبس لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها خمسة وسبعون ألف يورو في حالة إنهاء الحمل من طرف الغير دون موافقة المعنية[1]، وبالحبس لمدة عامين وبغرامة قدرها ثلاثون ألف يورو، في حالة تخلف الشروط الأخرى مثل إجرائه بعد المدة المحددة قانونا،أو أجراه شخص ليس له صفة الطبيب أو قابلة، أو تم إجراءه في غير مؤسسة استشفائية عامة أو خاصة تتوافر على الشروط القانونية، وتشدد العقوبة إلى الحبس لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها خمسة وسبعون ألف يورو، في حالة العود، كما يعاقب على الشروع في هذه الجرائم بنفس عقوبة الجريمة التامة[2].

يعاقب القانون الفرنسي أيضا كل من أعطى المرأة الوسائل المادية لإنهاء الحمل بنفسها بعقوبة الحبس لمدة ثلاث سنوات و غرامة قدرها خمسة وأربعين ألف يورو، تشدد هذه العقوبات لتصبح الحبس لمدة خمس سنوات وخمسة وسبعين ألف يورو في حالة العود[3].

---

(1) L'article 2222-1 du c.s.p. stipule :<L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amande>.

(2) Voir l'article 2222-2 du c.s.p.

(3) Voir l'article 2222-4 du c.s.p.

يعتبر القانون الجزائري الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر والحفاظ على توازنها الفزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ ، ويشترط أن يتم في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجرى بمعاينة طبيب اختصاصي[1]، تطبيقا لذلك فإن قانون العقوبات لا يعاقب على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطات الإدارية [2].

يعاقب وفقا للقانون الجزائري كل من يقوم بإجهاض امرأة حامل، في غير الحالة السالفة الذكر، مهما كانت الوسيلة المستعملة، سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من ألفين إلى عشرين ألف دينار، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة[3]، ويجوز الحكم علاوة على ذلك بالحرمان من ممارسة المهنة والمنع من الإقامة إذا كان الجاني ينتمي إلى إحدى الفئات المذكورة في المادة 306 ق.ع.ج مثل الأطباء والصيادلة والممرضين و القابلات...الخ.

تضاعف في حالة العود عقوبة الحبس إذا لم تحدث الوفاة و ترفع عقوبة السجن المؤقت إلى حدها الأقصى إذا أفضى إلى الموت، ويجوز الحكم بالمنع من الإقامة[4]، كما تعاقب الأم التي تجهض نفسها عمدا أو توافق على الطرق التي أُرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية[5].

---

[1] المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[2] المادة 308 ق.ع.ج.

[3] المادة 304 ق.ع.ج.

[4] المادة 305 ق.ع.ج.

[5] المادة 309 ق.ع.ج.

يتبين لنا مما سبق أن المشرع الجزائري يمنع الإجهاض ويجرّمه في جميع مراحل الحمل منذ تخصيب البويضة سواء تم بموافقة المرأة أو بدون موافقتها، بل هو يعاقب حتى المرأة التي تجهض نفسها أو توافق على إجهاضها من طرف الغير، ولا يسمح به إلاّ في حالة وجود ضرورة لإنقاذ حياة الأم من الخطر. ولابد من الإشارة هنا إلى أن قانون العقوبات لم ينص على إباحة الإجهاض من أجل الحفاظ على توازن المرأة الفيزيولوجي والعقلي، على خلاف ما هو عليه الحال في قانون حماية الصحة وترقيتها[1].

يتفق فقهاء الشريعة القدامى على تحريم الإجهاض بعد نفخ الرّوح في الجنين أي بعد مائة وعشرون يوما (120) يوما[2] إلاّ لعذر شرعي، ولكنهم اختلفوا حول الإجهاض قبل نفخ الرّوح في الجنين بين محرّم له ومجيز[3] ، ويعتبر المذهب المالكي أكثر المذاهب تشددا في هذا الموضوع حيث يرى تحريم الإجهاض في جميع مراحل الحمل وأطواره، سواء قبل نفخ الرّوح أم بعده[4].

---

[1] أنظر المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها، مشار إليها سابقا.

[2] قرر فقهاء الشريعة أن الرّوح تنفخ في الجنين بعد مائة وعشرين يوما استنادا إلى حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه الذي يقول فيه حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلّم: " إنّ خلق أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما وأربعين ليلة ثم يكون علقة مثله ثم يكون مضغة مثله ثم يبعث إليه الملك فيؤذن بأربع كلمات فيكتب رزقه واجله وعمله وشقي أم سعيد ثم ينفخ فيه الروح". أنظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج13، حديث 449، كتاب التوحيد، باب قوله تعالى" ولقد سبقت كلمتنا لعبادنا المرسلين".

[3] لمزيد من التفصيل حول موقف المذاهب الفقهية من مسألة إجهاض الجنين قبل نفخ الروح فيه أنظر: أوان عبد الله الفيض، حقوق الجنين بين الشريعة والقانون(دراسة مقارنة)، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد الخامس، العدد العاشر، العراق، 2010، ص ص 84-86، ثابت بن عزة مليكة، أسباب الإباحة وموانع المسؤولية في جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون الجنائي الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، جامعة الإسكندرية، 2012، ص ص 827-335.

[4] للإطلاع على أقوال فقهاء المالكية وحججهم في هذا الموضوع أنظر عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص ص95-98، ثابت بن عزة مليكة، المرجع سابق، ص ص 828-829.

يتبين لنا أن رأي المذهب المالكي هو الذي ينطوي على حماية أكثر للجنين، خاصة في الوقت الرّاهن الذي تعددت فيه صور الاعتداء على الأجنة البشرية لاستعمالها في أغراض مختلفة، كالبحث العلمي، والصناعات الدوائية و حتى مواد التجميل ، والقول بإباحة الإجهاض قبل نفخ الرّوح في الجنين، قد يؤدي إلى ازدياد الاعتداءات على الجنين وامتهان كرامته، ويؤدي أيضا إلى كثرة الإجهاض تحت الطلب والاتجار بالأجنة البشرية، لذا نجد غالبية التشريعات في الدول الإسلامية تجرم الإجهاض منذ لحظة الإخصاب دون تمييز لمرحلة نفخ الروح أو بعدها.

تأثرت فتاوى الفقهاء المعاصرين بما أثبته التطور العلمي وخاصة في علم الأجنة، بأن الجنين يتمتع بالحياة منذ بداية وجوده، والدليل على ذلك أنه في تطور مستمر حتى لحظة الولادة، لذلك جاءت آراء معظمهم محرمة للإجهاض في جميع مراحل الحمل دون تمييز إلاّ إذا كان في استمرار الحمل خطر على حياة الأم.

نذكر من الفتاوى المعاصرة في مسألة الإجهاض قول الشيخ يوسف القرضاوي: "إذا كان الإسلام قد أباح للمسلم أن يمنع الحمل لضرورات تقتضي ذلك، فلم يبح له أن يجني على هذا الحمل بعد أن يوجد فعلا، ولو جاء هذا الحمل من طريق حرام، فالرسول صلى الله عليه وسلّم لم يقبل أن يقيم الحد على امرأة حملت من زنا حتى تضع جنينها وتتم رضاعه، إذ لا ذنب له" [1]، وهو يتفق مع قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية حول مسالة الإجهاض[2] حيث جاء فيه:

- "لا يجوز إسقاط الحمل في مختلف مراحله إلاّ لمبرر شرعي وفي حدود ضيقة جدا؛

---

[1] القرضاوي يوسف، الحلال و الحرام في الإسلام، ط1، المكتب الإسلامي، القاهرة، 1978، ص166.

[2] مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، قرار رقم140، صادر بتاريخ 20 جوان1987.

- لا يجوز إسقاط الحمل في الطور الأول وفي مدة الأربعين إلاّ إذا كان في إسقاطه مصلحة شرعية أو دفع ضرر متوقع؛

- لا يجوز إسقاط الحمل إذا كان علقة أو مضغة حتى تقرر لجنة طبية موثوقة أن استمراره خطر على سلامة أمه بأن يضفي عليها الهلاك من استمراره، بعد استنفاذ كافة الوسائل لتفادي تلك الأخطار؛

- بعد الطور الثالث وبعد إكمال أربعة أشهر من الحمل لا يحل إسقاطه، حتى يقرر جمع من الأطباء المتخصصين الموثوقين أنّ بقاء الجنين في بطن أمه يسبب موتها وذلك بعد نفاذ كافة الوسائل لإنقاذ حياته، وإنّما رخّص الإقدام على إسقاطه في هذه المرحلة من الحمل وبهذه الشروط دفعا لأعظم الضررين وجلبا لعظمى المصلحتين".

مع تقدم العلوم الطبية أصبح بالإمكان استعمال أعضاء الجنين في عمليات نقل وزرع الأعضاء، وفي الأبحاث العلمية و التجارب الطبية، كما غدت الأجنة البشرية مصدرا للخلايا الجذعية التي تعتبر ثورة في مجال العلاج، مما أدى إلى ازدياد الطلب المتزايد على الأجنة المجهضة وانتشار الاتجار بها على نطاق واسع، بل وصل الأمر إلى إنتاج أجنة بشرية من أجل الأبحاث[1] ، كما نصت بعض الدول في تشريعاتها على جواز استيراد وتصدير اللّقائح البشرية[2].

لا يوجد نص دولي على المستوى العالمي ينظم استخدام الأجنة المجهضة، ما عدا تلك النصوص التي تؤكد على عدم مالية جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته، أو تلك التي تنص على أن عناصر جسم الإنسان ومنتجاته كما هي لا تكون

---

[1] فمثلا القانون الإنجليزي (قانون الخصوية وعلم الأجنة البشرية سنة 1990) المشار إليه سابقا، يجيز تخليق أجنة بشرية لأجل البحث العلمي.

[2] نذكر على سبيل المثال القانون الفرنسي والقانون الألماني الذي يجيز إجراء الأبحاث العلمية على الأجنة المستوردة.

مصدرا للربح، بالإضافة إلى تأكيد جل النصوص العالمية لحقوق الإنسان على احترام الكرامة الإنسانية[1].

نجد على المستوى الإقليمي، البرلمان الأوروبي يقرر أن استخدام الأجنة المبكرة (قبل الأسبوع العشرين) مباح في كل وقت، أما استخدام الأجنة المتقدمة في العمر (بعد الأسبوع العشرين) فلا يمكن استخدامها لهذه الأغراض إلا بعد موتها، وذلك لأن الجنين الآدمي يجب أن يتمتع في جميع الظروف باحترام الكرامة الإنسانية[2].

اختلفت القوانين الوطنية في مسألة الإجهاض حسب انتماءاتها الحضارية، ومعتقداتها الدينية، وثقافاتها، إلى جانب مصالحها الاقتصادية، فهناك من يمنع الإجهاض في جميع مراحل الحمل إلا في حالة الضرورة العلاجية لإنقاذ حياة الأم[3]، وهناك من تبيحه في بعض مراحل الحمل، وتمنعه بعد مدة معينة من الحمل إلا للضرورة مثل فرنسا ولكنها تسمح باسترداد وتصدير الأجنة حسب الحاجة[4]، وهناك من تسمح بتخليق الأجنة لاستعمالها في أغراض بحثية[5].

إذا لم يخصص الجنين المجهض للاستعمالات الطبية، فكثير من المراكز الصحية تعتبره إذا كان وزنه أقل من 500غ، كنفايات طبية تجمع في أكياس خاصة وترسل إلى مراكز التجميع للتخلص منها[6]، إلاّ أن هناك من يرفض معاملة الأجنة البشرية كمجرد نفايات طبية، ويصر على احترام كرامتها باعتبارها من أصل إنساني، هذا ما أخذ به المجلس الوطني للأخلاقيات الطبية في تونس في رأيه حول تسيير أنسجة الأجنة أو الأجنة المجهضة أو جثة الجنين المولود ميتا، حيث قال: "أنه من

---

(1) تم الإشارة إلى هذه النصوص في الفصل الأوّل من هذا الباب.

(2) Recommandation de l'assemblée parlementaire du conseil de l'Europe n°1046 du 24 Septembre 1986، http://assembly.coe.int/Documents/Adoptedtext/Ta86/FREC1046.html

(3) غالبيتها من الدول الإسلامية.

(4) مثلا فرنسا.

(5) منها بريطانيا.

(6) Salwa HAMROUNI، op-cit، p364.

غير المقبول أن الجنين المولود الميت يجمع كبقايا علاجية أو مواد أو نفايات إنسانية"[1].

بالنسبة للقانون الجزائري فإن الجنين المجهض إذا كان وزنه أقل من 500غ فإنه يعتبر من النفايات المتكونة من الأعضاء الحيوية حسب المادة الخامسة من مرسوم 03-478 مشار إليه سابقا، إلا أن هذه النفايات لا تعالج بنفس الطريقة التي تعالج بها النفايات الأخرى، وإنما تخضع لقرار مشترك بين الوزراء، المكلفين بالبيئة والصحة والشؤون الدينية[2].

ليس هناك أي خلاف حول جواز الاستفادة من الجنين المجهض في مختلف العمليات الطبية، كعمليات نقل الأعضاء، واستنبات الخلايا الخدعية والصناعات الدوائية[3]، لكن هناك خوف من إحداث الإجهاض عمدا من أجل الحصول على أعضائه وخلاياه لاستعمالها في الأغراض الطبية المختلفة، ذلك أنه لكي يتم الاستفادة من الجنين المجهض يجب أن يكون خلاياه وأنسجته حية، ويتحقق ذلك إذا نزل الجنين حيا أو أنه لم يمضي على وفاته إلا دقائق معدودة[4].

---

(1) C.N.E.M، avis N°6 du 20 Septembre 2007 relatif à la gestion de tissus d'embryons، de fœtus et de corps d'enfant mort-nés ou décédés au cours de la période néonatale, disponible sur le site : http://www.comitéethique/msitur/ethique/avis/mortspdf

(2) أنظر المادة 22 من مرسوم تنفيذي رقم 03-478 مؤرخ في 9 ديسمبر 2003 يحدد كيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية ، مرجع سابق.

(3) لمزيد من التفصيل حول طرق الحصول على الخلايا الجذعية وأهميتها أنظر تمام اللودعمي أحكام الجينات البشرية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه ومذاهبه، كلية الشريعة، جامعة دمشق،2006، ص ص20-25، يوسف وهابي، تحاليل البصمة الوراثية ودورها في أثبات أو نفي النسب(دراسة مقارنة)، مجلة الملف، العدد الثامن، الرباط، 2006، ابراهيم بن ناصر الحمود، العلامات الوراثية وحجيتها في الإثبات، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي العاشر، بعنوان الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية المنعقد بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، في الفترة من2-3 أفريا 2006، ص ص513-515.

(4) محمد نعيم ياسين، "حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1470هـ-1990م، ص1865.

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الجنين إذا ما تم إجهاضه بعد نفخ الروح فيه فهو يعتبر إنسان ويجب أن يغسل ويدفن ويصلى عليه، أما إذا كان قد أجهض قبل نفخ الروح فيه ففي هذه الحالة يلّف في قطعة قماش ويدفن دون أن يغسل أو يصلي عليه[1]، بناء على ذلك اتفقت آراء فقهاء الشريعة على منع الإجهاض الإرادي، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي ما يلي: " – "لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الزراعة أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر على الإجهاض التلقائي أو الإجهاض لعذر شرعي؛

- إذا كان الجنين قابل لاستمرار الحياة، فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها، لا إلى استثماره في زراعة الأعضاء؛

- وإذا كان غير قابل لاستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته ووفقا لضوابط نقل الأعضاء من جثث الموتى؛

- لا يجوز أن تخضع عمليات نقل الأعضاء لأغراض تجارية على الإطلاق.

وعليه فإنه يجوز التبرع بالجنين المجهض تلقائيا أو لعذر شرعي لاستخدامه في الأبحاث الطبية أو في عمليات نقل الأعضاء ومختلف الاستعمالات الطبية إذا ما سقط ميتا، مع مراعاة ضوابط نقل الأعضاء من الموتى، أما إذا تم خروج الجنين حيا أو قابلا للحياة، فلا يجوز التصرف فيه أو في أعضاء جسمه ومنتجاته إلا بعد فشل محاولة إنعاشه واستمرار حياته"[2]، وهو ما أكدته أيضا الندوة الفقهية الطبية الخامسة"[3].

---

[1] محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص1865.

[2] مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره السادس بجدة، المملكة العربية السعودية في الفترة من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق 14 إلى 20 مارس 1990م، القرار رقم (6/7/58) بشأن استخدام الأجنة مصدر الزراعة الأعضاء.

[3] توصيات الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي، والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنعقدة بالكويت، حول زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي، في الفترة من 23 إلى 26 أكتوبر 1989م.

إذا كان ذلك هو الحال بالنسبة لبقايا العمليات الاستشفائية وعمليات الولادة فهذا يدعونا للتساؤل حول منتجات الجسم ومشتقاته ؟.

المطلب الثاني

منتجات الجسم المتجددة

يستثنى من مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان، منتجات الجسم المتجددة، أي تلك المنتجات التي لديها القدرة على التجدد تلقائيا بطريقة طبيعية، لذا فإنه يجوز التصرف في مثل هذه المنتجات دون أن تكون محلا للاعتراض عليها بدعوى مساسها بسلامة الجسد الإنساني وتكامله[1].

يعتبر حليب المرضعات من أهم منتجات الجسم التي تم التعامل فيها عبر العصور في مختلف المجتمعات والحضارات(**الفرع الأول**)، أما الدم البشري فلم تظهر أهمية التعامل فيه إلاّ أثناء الحرب العالمية الثانية حيث كانت الحاجة إلى الدم تتزايد مع عدد الجرحى والمصابين في المعارك (**الفرع الثاني**)، كما أن تطور عمليات التلقيح الصناعي والهندسة الوراثة جعل بالإمكان التصرف في النطف البشرية (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: حليب المرضعات

يكاد يكون هناك إجماع على إباحة التصرف في حليب المرضعات عن طريق عقد الإرضاع(**أولا**)، لكن التساؤل يثور حول إنشاء بنوك لحليب الأمهات(**ثانيا**).

أولا: إباحة عقد الإرضاع

ينتج حليب الأم من غدد ذات إفراز خارجي، يهدف لاستخدامه من قبل الغير، وباعتباره كذلك يمكن أن يكون محل لعقد الإرضاع، يعتبر هذا العقد مشروعا لأنه لا يؤثر على التكامل الجسدي لجسم للأم من ناحية، ومن ناحية أخرى فهو يحافظ على

[1] حسيني هيكل، المرجع السابق، ص298.

صحة وحياة الطفل الرضيع لاحتوائه على عناصر بيولوجية مفيدة للمناعة والهضم وتقوية الذكاء، هذه العناصر لا يمكن أن توجد في أي حليب اصطناعي لذلك توصي منظمة الصحة العالمية بضرورة الرضاعة الطبيعية لمدة ستة أشهر، والحليب مع التغذية لستة أشهر أخرى[1].

أصبح حليب الأم في الآونة الأخيرة يباع ويشترى ويتبرع به مثل أي سلعة أخرى، بل أُنشئت بنوك ومصارف لجمعه وبيعه لمن هم في حاجة إليه[2]، وأصبح بيعه تجارة مربحة تتم حتى عن طريق الأنترنت.

قبل الفقه القانوني منذ زمن بعيد دخول حليب الأمهات ضمن التعامل القانوني ولم يعترض أحد على ذلك، فرغم وجود المبدأ الذي ينص على أنّ عناصر جسم الإنسان لا يمكن أن تشكل محلا مشروعا لأي اتفاق، فقد بيع حليب الأمهات منذ العهد الروماني[3] وأصبح تجارة مربحة في وقتنا الراهن ولم يعترض الفقه القانوني على ذلك، بل اعتبره من الغذاء لذا يجوز فيه البيع والشراء ، كذلك عند العرب فقد كان عقد الإرضاع سائدا قبل مجيء الإسلام واستمر إلى يومنا هذا، دون اعتراض الفقه على ذلك، لكنهم اختلفوا بشأن إنشاء بنوك الحليب وبيعه.

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجده يميز في التصرفات الواردة على لبن المرضعات من "إجاره الظئر" والذي بمقتضاه تستأجر مرضعة لإرضاع طفل من ثديها مقابل مبلغ من المال، وبين بيع لبن المرضعة بدون رضاعة، فبالنسبة لإجارة الظئر أجمع الفقهاء على جواز الانتفاع به وذلك بإرضاع طفل من ثدي امرأة أخرى غير

---

[1] توصيات منظمة الصحة العالمية حول مدة إرضاع الأطفال متاحة على الموقع : www.who.int

[2] ففي و.م.أ يوجد بورصات للحليب منذ ما يزيد عن عشر سنوات، وفي ألمانيا هناك ثلاثة عشر(13) بنكا لحليب الأم والعدد قابل للارتفاع، كما أُنشأت في عام 2010 شبكة أوروبية لبنوك حليب الأم، وهناك العديد من بنوك الحليب في دول مختلفة مثل الصين واليابان والهند والكامرون وغيرها.

[3] أنظر أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص62.

أمه، مقابل أجر استنادا لقوله تعالى: ﴿... فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ وَأۡتَمِرُواْ بَيۡنَكُم بِمَعۡرُوفٖۖ وَإِن تَعَاسَرۡتُمۡ فَسَتُرۡضِعُ لَهُۥٓ أُخۡرَىٰ﴾[1]، فكان الأجر مقابل الإرضاع.

اختلف الفقه في حكم بيع لبن المرضعة بدون رضاعة من الثدي مباشرة، فالإمام الشافعي رحمه الله يجيز بيع حليب الأم في إناء لأنه شراب طاهر، بينما الإمام مالك وأبو حنيفة فيقولان بمنع بيعه في القدح لأن الحليب جزء من الآدمي وهذا محترم ومكرم في جميع أجزائه وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع والشراء، أما الإمام أحمد فيرى أن ذلك مكروها ولا يصل إلى درجة التحريم[2]، هذا الخلاف اشتد في وقتنا الحاضر بعد انتشار التجارة بحليب الأمهات في كثير من الدول، بين مجيز لها ومحرّم.

الرأي الراجح عند الفقهاء المعاصرين هو جواز بيع حليب الأم بشرط ضبطه وتنظيمه، بحيث تكون كل من المرضعة والطفل الرضيع معلوما للآخر، كأن تقوم المرضعة بوضع لبن في كوب مثلا وبيعه للطفل الذي يحتاجه، فكما أباح الله عز وجل أخذ الأجر على الانتفاع به إذا أخذ عن طريق الرضاعة بالثدي فكذلك يباح أخذ ثمنه عن أي طريق آخر غير الثدي لأن العبرة بالغاية وليس بالوسيلة[3].

اتفق الفقهاء على أنه لا يوجد مانع من استخدام لبن المرضعات كعلاج للكبار لأن التحريم يكون فقط خلال الحولين[4]، أما بعد الحولين فحتى ولو رضع الطفل أو

---

[1] سورة الطلاق، الآية: 6.

[2] الكاساني، بدائع الصنائع،ج7، ص ص145-146 ،مشار إليه في عبد الرحمان بن حسن النفيسة، لبن الأمهات وما إذا كان من الجائز حفظه وبيعه كأي سلعة أخرى، مقال متاح على الموقع: http://www.fiqh.islammessag.com

[3] محمود محمد حسن، مرجع سابق، ص93.

(4) وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " لا رضاع بعد الفصال" ، أخرجه الترمذي عن أمّ سلمة، كتاب الرضاع، ما جاء من ذكر أن الرضاع لا يحرّم إلاّ في الصغر دون الحولين، ج458/3.

شخص بالغ من لبن امرأة، فإنها لا تعتبر أمه من الرضاع ولا يصبح ذلك مانعا من موانع الزواج بينه وبينها أو بين فروعها.

انتشرت في الدول الأوروبية والأمريكية وحتى بعض الدول الآسيوية عمليات بيع حليب المرضعات وإنشاء بنوك تقوم بجمعه شراء أو تبرعا ثم تقوم ببيعه لمن يحتاج إليه، دون أي تدخل من طرف قوانين هذه الدول لمنع ذلك، ودون أي مساءلة من طرف السلطات، مما يعني أن التصرف في حليب المرضعات يعتبر مشروعا في هذه الدول، حيث يعتبره المجتمع غذاء للأطفال مثله مثل أي غذاء آخر.

بالنسبة للتشريعات الدول العربية والإسلامية، فرغم أنها لم تنص صراحة على عقد الإرضاع، لكن لا يوجد ما يمنع من التعامل عليه، ذلك أن العرف قد سار في هذه الدول خاصة في المشرق العربي، على صحة إبرام هذه العقود، كما أن هذه الدول تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون المدني فيها، بل هي تعتبر المصدر الأول في بعض الدول مثل المملكة العربية السعودية، والشريعة الإسلامية أقرت عقد الإرضاع بالكتاب والسنة والإجماع[1]، لكن الخلاف كما رأينا يدور حول بيع الحليب منفصلا عن ثدي المرضعة وذلك لما له من تأثير على تحريم الزواج، حيث يعتبر الرضاع مانع من موانع الزواج المؤبدة.

لم ينظم المشرع الجزائري عقد الإرضاع في القانون المدني، لكن من خلال نصوص قانون الأسرة يعتبر الرضاع مانعا من موانع النكاح المؤبدة وأنه" يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"[2]، كما حدد الفترة التي تعتبر فيها الرضاع من أسباب

---

[1] تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

[2] المادتين24 و27 ق.أ.ج.

التحريم فنص على: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا"[1].

يعتبر عقد الإرضاع إذن مشروعا في القانون الجزائري، ولا مانع من أن تبيع المرضعة لبنها لطفل هو في حاجة إليه سواء كان ذلك بإرضاعه من ثديها مباشرة أو بوضعه في إناء ثم إطعامه له، لكن لا يجوز بيع لبن المرضعة في محل تجاري بحيث لا تعلم من سوف يشرب هذا اللبن، كما أنها لا تكون معلومة هي أيضا للطفل أو أوليائه، نظرا لما يرتبه ذلك من فساد للأنكحة.

ثانيا: حكم إنشاء بنوك لحليب الأمهات

انتشرت مؤخرا في الدول الغربية ما يسمى ببنوك لحليب الأمهات، حيث تقوم هذه المؤسسات بشراء الحليب من النساء أو الحصول عليه تبرعا، ثم تقوم بفحصه وحفظه ثم بيعه لمن يحتاج إليه، ولا يطرح ذلك إشكالا قانونيا حول مشروعيتها، لأن قوانين تلك الدول تعتبر الحليب من المواد الغذائية التي يجوز بيعها وشراءها، لذا فتدخل القوانين هناك يكون فقط لحماية الصحة العامة ووضع شروط وضوابط لفحص الحليب وحفظه وتوزيعه حتى لا يسبب أضرارا لمن يتناوله. لكن في الدول الإسلامية ، كما سبق بيانه، يعتبر الرضاع من موانع الزواج المؤبدة حيث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، لذلك يثار التساؤل حول مشروعية إنشاء مثل هذه البنوك.

اختلفت فتاوى الفقهاء حول حكم إنشاء بنوك حليب الأمهات بين معارض ومؤيد، فمن المعارضين نذكر الدكتور محمود محمد حسن الذي يقول في هذا الموضوع ما يلي: " لا شك أن هذا العمل الجماعي لا يجوز لأن شرب اللبن في سن معينة يترتب عليه حرمة المصاهرة بين من رضع وفروعه وبين المرأة التي شرب لبنها وأقاربها، ففي

[1] المادة 29 ق.أ.ج.

إشاعة بيعه بهذه الطريقة فتح لباب فساد الأنكحة، إذ لا يمكن معرفة بائعات اللبن و الأطفال الذين شربوا من لبنهن، فيؤدي ذلك إلى فساد كبير وضرر عظيم وهذا لا يجوز[1].

يعتبر الشيخ محمد بن صالح العثيمن من المعارضين أيضا لإنشاء بنوك لحليب الأمهات، حيث سئل عن حكم شراء الحليب من هذه البنوك فأجاب: "حرام، ولا يجوز أن يوضع بنك على هذا الوجه ما دام أنه حليب آدميات، لأنه ستختلط الأمهات، ولا يدري من الأم، والشريعة الإسلامية يحرم فيها بالرضاع ما يحرم بالنسب، أما إذا كان اللبن من غير الآدميات فلا بأس. والله أعلم"[2].

عُرض على مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي دراسة فقهية ودراسة طبية حول بنوك الحليب شملت مختلف جوانب الموضوع، قرر بعدها ما يلي: " القول مع التأصيل والتقعيد هو القول بالمنع من إنشاء هذه البنوك لما يترتب على إنشائها و والرضاع منها من المفاسد العظيمة، مع العلم أن القاعدة الشرعية الكبرى تقول: الشرائع جاءت لتقرير المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها"[3].

يتبين لنا أن موقف المعارضين لإنشاء هذه البنوك يقوم على فساد الأنكحة واختلاط الأنساب.

هناك من الفقهاء المعاصرين من يجيز إنشاء بنوك الحليب من أجل إشباع حاجة الطفل للغذاء، لما في حليب الأم من فوائد عظيمة ، من هؤلاء الفقهاء نذكر الشيخ يوسف القرضاوي، ودار الإفتاء المصرية، والدكتور عبد الرحمان بن النفيسة.

---

[1] محمود محمد حسن، مرجع سابق، ص98.

[2] الشيخ محمد بن صالح العثيمن، فتاوى الإسلام-سؤال وجواب 4119/1 ، فتوى حول حكم بنوك الحليب، نشرت بتاريخ 12-12-2000 على الموقع:www.islamq.info

[3] قرار رقم6(5/2) بشان بنوك الحليب، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثاني، بجدة ،في الفترة من 10-16 ربيع الثاني1406 هجري ا لموافق22-28 ديسمبر 1985م.

توصل الشيخ القرضاوي في بحث له بعنوان" بنوك الحليب"[1] إلى مشروعية بنك الحليب، وإباحة ما يترتب على آثارها، أي أن الإرضاع منها لا يقع به تحريم الزواج بين كل فتى رضع منها، وفتاة ابنة المرأة التي أعطت اللبن، وذلك لانتفاء الأمومة المرضعة، ووجود الشك في الرضاع.

يقول القرضاوي أن الأمومة المرضعة التي تحدث القرآن الكريم لا تتكون من مجرد أخذ اللبن بل من الامتصاص، والالتصاق الذي يتجلى فيه حنان الأمومة، وتعلق البنوة ، وعن هذه الأمومة تتفرع الأخوة من الرضاع، فهي الأصل والباقي تبع لها، واستدل في ذلك بقول ابن حزم" ولا يسمى إرضاعا إلا ما وضعته المرأة المرضعة من ثديها في فم الرضيع، يقال أرضعته، ترضعه، إرضاعا، ولا يسمى رضاعة، ولا إرضاعا إلا أخذ المرضع أو الرضيع بفيه الثدي وامتصاصه إياه"[2].

استدل القرضاوي في حكمه أيضا بقول بن قدامى المقدسي بان" اللبن المشوب المختلط لا يأخذ حكم اللبن الخالص، وأن لبن المرأة إذا اختلط بلبن امرأة أخرى فالحكم للغالب منهما، لأن منفعة المغلوب لا تظهر في مقابلة الغالب، فإذا وقع شك في وجود الرضاع أو في عدد الرضاع المحرم لم يثبت التحريم، لأن الأصل عدمه، فلا نزول عن اليقين بالشك كما لو شك في وقوع الطلاق وعدده"[3].

---

[1] يوسف القرضاوي، بنوك الحليب، بحث مقدم إلى الندوة العلمية المنعقدة بدولة الكويت بتاريخ 24 مايو1983 م، بعنوان " الإنجاب في ضوء الإسلام"، وهو متاح على الموقع:lugaza.edu.ps>files>2017/01 ، تم الاطلاع عليه يوم10 أفريل2018.

[2] الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي، المتوفى سنة456 هجرية، أعلام الموقعين، ج7/10، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون طبعة ولا سنة النشر، متاح على الموقع: http://www.kutub.pdf.com لوحظ يوم 10 أفريل2018 على الساعة15h02.

[3] أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة 620 هجرية، المغنى، ط9، دار الفكر بيروت،1405 هجري(1984 م)،ص 137 ، متاح على موقع المكتبة الوقفية <wakfeya.com book، شوهد يوم10 أفريل2018 على الساعة15h23.

وختم بحثه بالخلاصة التالية: "اننا لا نجد هنا ما يمنع من إقامة هذا النوع من "بنوك الحليب"، ما دام يحقق مصلحة شرعية معتبرة، ويدفع حاجة يجب دفعها، آخذين بقول من ذكرنا من الفقهاء، مؤيدا بما ذكر من أدلة وترجيحات.

وقد يقول بعض الناس: ولماذا لا نأخذ بالأحوط، ونخرج عن الخلاف، والأخذ بالأحوط هو الأورع والأبعد عن الشبهات.

وأقول:

عندما يعمل المرء في خاصة نفسه، فلا بأس أن يأخذ بالأحوط والأورع، بل قد يرتقي فيدع ما لا بأس حذرا مما به بأس.

ولكن عندما يتعلق الأمر بالعموم، وبمصلحة اجتماعية معتبرة، فالأولى بأهل الفتوى أن ييسروا ولا يعسروا، دون تجاوز للنصوص المحكمة، أو القواعد الثابتة.

ولهذا جعل الفقهاء من موجبات التخفيف: عموم البلوى بالشيء مراعاة لحال الناس ورفقا بهم، هذا بالإضافة إلى أن عصرنا الحاضر خاصة أحوج ما يكون إلى التيسير والرفق بأهله.

على أن مما ينبغي التنبيه عليه هنا هو الاتجاه في كل أمر إلى الأخذ بالأحوط دون الأيسر أو الأوفق أو الأعدل، قد ينتهي بنا إلى جعل أحكام الدين مجموعة "أحوطيات" تجافي روح اليسر والسماحة التي قام عليها هذا الدين، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم(بعثت بحنيفة سمحة)، (إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين)، والمنهج الذي نختاره في هذه الأمور هو التوسط والاعتدال بين الملتزمين والمتهاونين " وكذلك جعلناكم أمة وسطا". والله يقول الحق وهو يهدي السبيل".

أكد القرضاوي النتيجة التي توصل إليها في بحثه، في فتوى أذيعت على إحدى القنوات الفضائية في رمضان 2009، حيث قال فيها ما يلي: "لا حرج من إقامة بنوك

للحليب إذا احتاج الناس إليها، لأن الخطر الذي يخاف الناس منه، وهو أن يتزوج الفتى من فتاة رضعت معه هو احتمال بعيد، وحتى لو حصل هذا فالتحريم لا يقوم لأنني مع الفقهاء الذين قالوا أن كلمة الرضاعة في القرآن والسنة تعني إلتقام الطفل الثدي بفمه وامتصاص اللبن من ثدي المرأة، وابن حزم يقول لا رضاعة إلا ما أُلتقم بفم، وبغير هذا لا يسمى رضاعا، خصوصا إذا أضفنا قوله تعالى" وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة"، فالآية أثبتت الأمومة، فهل هذا البنك حدثت فيه الأمومة، وأنا في رأيي أن عملية الرضاعة لماذا حرمت؟ حرمت لأن الطفل حينما تأخذه المرأة وتضمه إلى صدرها وتلقمه ثديها، ليس فقط تطعمه اللبن، وإنما تطعمه مع اللبن الحنان، والعاطفة، والحب ، وهذه المعاني هي التي أثبتت الأمومة، وليس مجرد رضعة." [1].

لا يختلف موقف دار الإفتاء المصرية عن الفتوى السابقة للشيخ القرضاوي، فقد أرسلت وزارة الصحة المصرية إلى دار الإفتاء تسأل: هل إنشاء بنك لألبان الأمهات حلا ل أم حرام؟ وفيما لو رضع طفل وطفلة من هذا اللبن ثم كبرا وأراد الزواج: هل تقف مسالة الأمهات في الرضاعة عقبة في زواجهما؟.

أجابت دار الإفتاء المصرية أن "لا يحرم زواج الولد الذي رضع من هذا اللبن من ابنة الأم التي أعطت هذا اللبن"، واستندت دار الإفتاء في هذا إلى أن مذهب أبي حنيفة قد نص على أن الرضاع لا يحرم إلاّ إذا تحققت شروطه ومنها أن يكون اللبن الذي يتناوله الطفل لبن امرأة، وأن يصل إلى جوفه عن طريق الفم ولا يكون مخلوطا بغيره كالماء أو الدواء، أو لبن الشاة، أو بجامد من الطعام، أو بلبن امرأة أخرى، ولو

[1] الفتوى قدمها في برنامج فقه الحياة الذي أذيع على قناة "أنا" الفضائية، بتاريخ 25سبتمبر2009، وهي متاحة على موقع:fiqh islammessage.com، شوهد يوم 6أفريل2018.

خلط لبن امرأتين فإن العبرة للغلبة أيهما كان أكثر فإنه يثبت التحريم دون الآخر، وإن استويا ثبت التحريم بهما، والرضاع لا يثبت بالشك.

وختمت فتواها بما يلي: "فالنصوص الفقهية واضحة في أنه لا مانع من الزواج بين الصغيرين اللذين تناولا هذا اللبن من الوجهة الشرعية، لعدم إمكان إثبات التحريم في حالة عدم تعيين السيدة، أو السيدات اللائي ينسب إليها أو ينسب إليهن لبن الرضاعة". أما في حالة تبريد اللبن وبقائه من شهرين أو ثلاثة صالحا للتناول و إعطائه للأطفال بحالته الطبيعية فإن عامل الجهالة يبقى دائنا أيضا، ومن ثم لا يكون هناك مانع من الزواج بين أبناء الرضاع"[1].

جاء في فتوى للدكتور عبد الرحمان بن النفيسة حول لبن الأمهات وما إذا كان من الجائز حفظه وبيعه كأي سلعة أخرى ما يلي:" و خلاصة المسألة أن الأصل في تغذية الأطفال في السنتين الأوليين من حياتهم إ رضاعهم من أمهاتهم، ولكن هذا قد لا يتيسر فيصبح اللجوء إلى البدائل أمرا تقتضيه الضرورة ومن هذه البدائل لبن المرضعات من غير الأمهات بدليل قوله تعالى" وان تعاسرتم فسترضع له أخرى"، أما فيما يتعلق بحفظ هذا اللبن وبيعه فأمر يتعلق بعرف المكان والزمان، فإذا وجد فليس في تغذية الأطفال به حرج- إن شاء الله- لأن ما أجاز بيعه أجاز أكله أو شربه فإذا فرض صحة ما قيل عن إمكانية بيعه في الأسواق فله حالتان: الأولى إذا عرف مصدره من أم بعينها فتطبق الأحكام الشرعية في مسائل الرضاعة، والثانية إن لم

[1] الفتوى منشورة بجريدة الأهرام المصرية، بتاريخ 1983/08/23. ومتاحة على الموقع:www.dar.alifta.org شوهد يوم 10 أفريل2018. على الساعة 16h47.

يعرف مصدره من امرأة بعينها فنكون عندئذ أمام جهالة الأم التي تولد عنها الحليب، والجهالة في هذه الحالة ترفع التحريم في مسائل الرضاعة"[1].

من خلال الموازنة بين الآراء السابقة، فإننا نميل إلى الآراء التي تقول بتحليل بنوك الحليب، إذا توافرت فيها مناط الجهل والشك في الرضاع مع ضرورة الشرعية لإرضاع الأطفال الخُدج، ونقترح تدوين أسماء المتبرعات على قارورات الحليب، أو عمل سجل خاص بكل أم إن أمكن، والإشارة إلى ذلك في شهادة ميلاد الطفل، ليتحرى عن ذلك في المستقبل، أما في الظروف الاستثنائية كالحروب والكوارث الطبيعية،أو تعذر استعمال الحليب الاصطناعي فيجمع اللبن مختلطا دون تدوين من أجل إنقاذا أرواح الأطفال الرضع، والله أعلم.

لا يتعلق يقتصر الخلاف حول التصرف في حليب الأمهات فقط، بل نجده يشتد فيما يخص الدم البشري.

الفرع الثاني: التصرف بالدم البشري

يشكل الدم عنصرا ضروريا لحياة الإنسان، وفقدان كمية كبيرة منه تؤدي إلى إضعاف في الحالة الصحية للشخص لذلك اختلفت النصوص القانونية في تنظيم التصرف به **(أولا)**، كذلك اختلف الفقه الإسلامي حول حكم التصرف به**(ثانيا)**.

أولا: تنظيم التصرف بالدم في التشريعات الوطنية

نظرا لأهمية الدم المزدوجة بالنسبة لجسم المتبرع من جهة والشخص المريض أو الجريح من جهة أخرى، اختلفت التشريعات في تنظيمه ومدى جواز التصرف فيه بالبيع والشراء، فمنها ما تسمح ببيعه مثل القانون النمساوي و القانون الألماني

[1] عبد الرحمان بن النفيسة، لبن الأمهات وما إذا كان يجوز حفظه وبيعه كأي سلعة أخرى، فتوى متاحة على موقع الملتقى الفكري:fiqh.islammessage.com ، تم الاطلاع عليه يوم 10 أفريل2018 على الساعة45 9h.

والسويدي، وغالبية التشريعات في دول أوروبا الشرقية، والبعض الآخر يمنع بيع الدم ولكنه يسمح ببيع البلازما، وهناك من يسمح بالحصول على الدم عن طريق التبرع فقط ولكنها تمنع التصرف في الدم بالبيع أو الاتجار مثل القانون الفرنسي و القوانين بعض الدول العربية[1].

يصف المبدأ التوجيهي رقم 89-381[2] ، الصادر عن المجلس الأوروبي الدم والبلازما بأنها مواد أولية لصناعة الأدوية وهي تخضع لمبدأ حرية التنقل للسلع، كما سمح باستيرادها من دول أخرى، وهذا يعني أنه قبل البيع التجاري لهذه المواد و المواد المحضرة منها[3]، رغم أنه ينص على خروج الدم ككل، والبلازما، وخلايا الدم من مجال تطبيقه[4]، واقتصاره على الأدوية المصنعة منها.

أُعتبر قبول شراء الدم والبلازما كمواد أولية وقبول البيع التجاري للمنتجات المتفرعة عنهما، خرقا بمبدأ أساسي في القانون الفرنسي، وهو عدم تجارية جسم الإنسان، وتصدعا في القاعدة التي تضمن حماية الكرامة الإنسانية[5]، لذلك تم وضع تشريعات خاصة تتعلق بطريقة جمع الدم وحفظه وتوزيعه.

نظم قانون الصحة العامة[6] الفرنسي جمع وتحضير وحفظ الدم، حيث اشترط أن تكون الاستفادة من دم الإنسان ومصله ومشتقاته لمصلحة المستفيد، ووفقا لمبدأ

---

(1)HAMROUNI Salwa, op.cit, p363.

(2) Directive 89/381/CEE du conseil du 14 juin1989èlargissant le champ d'application des directives65/65/CEE et 75/319/CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, règlementaire et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques, et prévoyant des dispositions spéciales pour les médicaments dérivés du sang ou du plasma humains, journal officiel n^0 L181 du 28 juin1989,p0044-0046

(3) Art 3 du Directive 89/381/CEE du conseil, du 14juin1989, op.cit

(4) Art 1 du Directive 89/381/CEE du conseil stipule :< La présente directive ne s'applique pas au sang total, au plasma, ni aux cellules sanguines d'origine humaine>.

(5) CCNE, Avis n°28 du 2 décembre 1991, sur la transfusion sanguine au regard de la nom commercialisation du corps humain، htpp://www.ccne-ethique.fr/ français/ start/ htm

(6) Code de la santé publique, Version en vigueur au 11 avril 2018, Livre II : Don et utilisation des éléments et produits du corps humain, Titre II : Sang humain(Articles L1221-1àL 1221-14)

المجانية والسرية ومع غياب الربح[1] ، وألا يتم الحصول عليه إلاّ مع موافقة المتبرع، وبواسطة طبيب وتحت إشرافه ومسؤوليته، كما منع إعطاء أي مقابل للمتبرع، ما عدا تعويض التكاليف الذي يحدد بمرسوم[2].

وحماية للشخص المتبرع بالدم، ومنع أخذ الدم من القصر والأشخاص تحت الحماية، ما عدا في حالة الضرورة الإستعجالية، مع أخذ موافقة ممثليه القانونيين كتابة، وإذا رفض المعني لا تتم عملية أخذ الدم منه[3].

كما نص على أن المؤسسات المرخص لها بنقل الدم، تتحمل المسؤولية الناجمة عن الأخطار المحتملة للمتبرعين نتيجة إجراء تعديلات طبية على مواصفات دمهم، حتى ولو لم يوجد أي خطأ في جانبها، ومن أجل ذلك تلتزم هذه المؤسسات بعقد تأمين غير محدد المبلغ لضمان هذه الأخطار[4].

يتضح لنا من خلال النصوص السابقة أنه وفقا للقانون الفرنسي، فإنّ الدم في حالته الطبيعية، ليس بضاعة ولا يمكن أن يخضع لأي من أشكال البيع أو الاتجار، إذ لا يمكن الحصول عليه إلا عن طريق التبرع وبصفة مجانية ودون أن يعرف المتبرع هوية المستفيد، ولا المستفيد يعلم هوية المتبرع، كمالا يتم التبرع به إلا للمراكز الإستشفائية ومراكز نقل الدم المرخص لها بذلك. لكن الأمر يختلف بالنسبة للأدوية المصنعة من مواد الدم ومشتقاته، حيث يمكن تصديرها واستيرادها، كما يتم بيعها وشراءها، لكن مع توافر مجموعة من الشروط والإجراءات القانونية الضرورية لحماية الصحة العامة[5].

(1) Art L1221-1 du c.s.p.
(2) Art 1221-3 du c.s.p.
(3) Art 1221-5 du c.s.p.
(4) Art 1221-14 du c.s.p.
(5) Voir les articles L1222-1 à L1222-16 du c.s.p

نظم المشرع المصري التصرف بالدم بقوانين وقرارات عديدة أهمها قانون رقم 78 لسنة 1960[1]، الذي ركز على الحصول على الدم عن طريق التطوع مع إعطاء مكافأة للمتبرع، والقرار الوزاري رقم 151 سنة 1961م الذي وضع قواعد تحديد وصرف مكافآت المتطوعين بالدم، تتدرج حسب الكمية المتبرع بها ونوع الدم، وقد أصدر وزير الصحة المصري قرار وزاري في 7 أفريل2017 برفع أسعار الدم من 900جنيه إلى450 جنيه للكيس الواحد[2].

يقول البعض بأن المشرع المصري اعترف ببيع الدم البشري، و"أنه في الواقع أن الدم البشري يباع ويشترى تحت سمع وبصر القانون في ظل مشروعية يضفيها عليه، والدليل على ذلك أسعاره الملتهبة في مراكز الدم الخاصة والمستشفيات الاستثمارية التي تتلقى مبالغ باهظة من المرضى مقابل ما يحصلون عليه من كميات الدم، خاصة إذا كانوا في حاجة إليه لمدة طويلة"[3].

اعتمد المشرع الجزائري طريق التبرع في الحصول على الدم البشري ولم ينص على أي تعويض أو مكافأة للمتبرع، وحتى لا يتم أي استغلال اتجاري في الدم أوكل مهمة جمع الدم وحفظه للوحدات الصحية المتخصصة، المتمثلة في مراكز نقل الدم التي تلحق بالقطاع الصحي بما فيها المؤسسات الإستشفائية العامة والخاصة، وهي

---

[1] قانون رقم 78 سنة 1960 الخاص بتنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته ومشتقاته في مصر.

[2] القرار متاح على الموقع:.www.mohp.gov.eg> publicationsCategor تم زيارته بتاريخ 11 أفريل2018 على الساعة15h23.

[3] عادل عبد الحميد محمد الفجال، أحكام التصرف في الدم البشري، في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009م، ص301.

تحت وصاية الوكالة الوطنية للدم[1]، وهي تضطلع بمهام تجميع الدم وحفظه وتوزيعه، وتحضير منتجات الدم ومعالجتها، بالإضافة إلى تجنيد المتبرعين بالدم وتوعيتهم"[2].

يتولى الأطباء أو المستخدمون الذين تحت مسؤوليتهم جمع الدم وتحصينه وتحليله وكذلك العلاج به[3]، ولا يسمح القانون الجزائري بجمع الدم إلاّ لأغراض علاجية، ويمنع أي حصول على الدم لأغراض استغلالية، وحماية المتبرعين بالدم فقد اشترط الأهلية القانونية للتبرع به، ومنع جمع الدم من القصر وعديمي الأهلية أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز[4].

ثانيا: حكم التصرف بالدم في الفقه الإسلامي

يكاد يتفق فقهاء الشريعة المعاصرين على جواز التبرع بالدم، بل ويعتبره البعض منهم من أفضل الصدقات لأنه يؤدي إلى إحياء النفس البشرية، فقد جاء في فتوى للشيخ القرضاوي ما يلي: " إذا كانت الصدقة بالمال منزلتها في الدين، وثوابها عند الله تعالى يتقبلها بيمينه، ويضاعفها أضعافا كثيرة إلى سبعمائة ضعف، إلى ما شاء الله، فإن الصدقة بالدم أعلى منزلة وأعظم أجرا، لأنه سبب الحياة، وهو جزء من الإنسان، والإنسان أغلى من المال، وكأن المتبرع بالدم يجود بجزء من كيانه المادي حبا وإيثارا[5]." وقد جاء في كتاب الفتاوى، للشيخ محمد متولي الشعراوي "أن مجرد التبرع

---

(1) أنظر مرسوم تنفيذي رقم95-108، مؤرخ في 09 أفريل1995 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم، وتنظيمها وعملها، ج.ر.ج.ج عدد21، صادر بتاريخ 19 أفريل1989.

(2) قرار وزاري رقم198، صادر بتاريخ 15 فيفري2006، يتضمن إنشاء وتنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم، متاح على الموقع:http://www.santè.gov.dz

(3) أنظر المادة 158 من قانون حماية الصحة وترقيتها، مرجع سابق.

(4) أنظر المادة 3/158 من قانون حماية الصحة وترقيتها، مرجع سابق.

(5) القرضاوي يوسف، فتوى التبرع بالدم من أعظم القربات وأفضل الصدقات، متاحة على الموقع: http:/www.al-qaradawi.net شوهد يوم 12 أفريل2018 على الساعة15h5.

بالدم ولو أخذ عليه أجر، يوجب الثواب، وإن تنازل المتبرع عن أجره، فيكون له بذلك ثوابان، ثواب التبرع بالدم وثواب التبرع بالأجر والله تعالى أعلم"[1].

بينما ثار خلاف شديد حول جواز بيعه بين من يرى جواز أخذ العوض عن الدم البشري كثمن أو هبة أو هدية، قياسا على جواز بيع المرضع للبنها، "فإذا كان جمهور الفقهاء قد أجاز بيع لبن المرضعة لأنه من الأعضاء المتجددة وتمس الحاجة إليه، فإنه يجوز بيع الدم أيضا، فالمصلحة التي أباحت الانتفاع باللبن وهي ضرورة الإحياء تتيح أيضا الانتفاع بالدم"[2].

يضيف أنصار هذا الرأي أن الحاجة إلى الدم البشري تستدعي تأمينه مسبقا، وخاصة في حالات الحروب والكوارث والحوادث، فإذا لم يتهيأ الدم تبرعا ولم يتهيأ شراءً لمنع بيعه، فمن أين تأتي به لتدارك هذه النكبات والحوادث المفاجئة؟، لذلك يرى هذا الاتجاه، وعلى خلاف بنوك اللبن التي لا يجوز إنشائها، لما ترتبه من حرمة المصاهرة، فإنه يجوز إنشاء بنوك للدم تقوم بجمعه وحفظه بمقابل أو بدون مقابل، من أجل تأمينه لمن يحتاج إليه وقت الضرورة[3].

بينما يذهب جمهور الفقهاء إلى أن تنازل الشخص عن جزء من دمه لغيره، من أجل الحصول على المقابل المادي، هو أمر غير جائز شرعا لما فيه من انتهاك لحرمة وكرامة هذا الدم البشري[4]، ولأن الله عز وجل حرم على المسلم الميتة والدم ولحم الخنزير، يقول عز وجل" إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أُهل لغير الله به، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم"[5]، ولقوله صلى الله

---

[1] الشيخ محمد متولي الشعراوي، فتاوى، ط1، مكتبة القرآن، القاهرة، 1982م، ص351.

[2] أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص118.

[3] من الذين يقولون بهذا الرأي محمود محمد حسن، مرجع سابق، ص99.

[4] من أنصار هذا الرأي عادل عبد الحميد محمد الفجال، مرجع سابق، ص293.

[5] سورة النحل الآية 115.

عليه وسلم: " إن الله إذا حرم شيئا أو حرم أكل شيء حرم ثمنه"[1]، فهذه النصوص تؤكد أن ثمن الدم حرام.

بناء على ما سبق قرر مجمع الفقه الإسلامي[2] "أن أخذ العوض عن الدم، أو بيعه لا يجوز، لأنه من المحرمات المنصوص عليها في القرآن مع الميتة ولحم الخنزير، فلا يجوز بيعه واخذ عوض عنه، واستثنوا من ذلك حالة الضرورة إليه للأغراض الطبية ولا يوجد من يتبرع إلاّ بعوض، فإن الضرورات تبيح المحظورات، بقدر ما ترفع الضرورة، وعندئذ يحل للمشتري دفع العوض، ويكون الإثم على الآخذ.

ولا مانع من إعطاء المال على سبيل الهبة أو المكافأة تشجيعا على القيام بهذا العمل الإنساني الخيري لأنه يكون من باب التبرعات لا من باب المعاوضات".

ونحن نرى أنه نظرا لحرمة الجسم البشري، فإن التبرع بالدم يجب أن يكون بدون مقابل في الأصل، لكن إذا تحققت الحاجة إليه، ولم يمكن الحصول عليه عن الطريق التبرع، ففي هذه الحالة يمكن دفع مقابل للدم من أجل إنقاذ حياة المريض الذي هو في حاجة إليه، فالضرورات تبيح المحظورات، مع احترام قاعدة أن عناصر جسم الإنسان ومنتجاته لا يمكن أن تكون مصدرا للربح.

الفرع الثالث: التصرف في النطف البشرية

يقصد بالنطف البشرية كل من الحيوان المنوي للرجل، بويضة المرأة، والنطفة الأمشاج أي البويضة الملقحة[3]، وتتميز هذه النطف البشرية بأنها من منتجات الجسم البشري القابلة للتجدد تلقائيان مثلها مثل الدم ولبن المرضعات، وقد ازدادت أهيمتها في

---

[1] رواه البخاري ومسلم.

[2] قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في دورة مؤتمره الحادية عشرة، بمكة المكرمة في الفترة13-20 رجب1409 هجري، بشأن بيع الدم.

[3] نشوان زكي سليمان، ماهية التصرف بالنطف والأجنة البشرية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد15، العدد52، السنة17، العراق2011، ص13.

الوقت الحاضر نتيجة تطور عمليات التلقيح الصناعي الذي يسمح بإدخال طرف ثالث في عملية الإنجاب، وإنشاء بنوك لجمعها وحفظها وتجميدها لمدة زمنية محددة، وهذه البنوك قد تحصل على النطف البشرية عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء[1]. اختلف في حكم هذه البنوك كل من الفقه(**أولا**)، والقانون(**ثانيا**).

أولا: موقف الفقه من التصرف في النطف البشرية

لا تختلف النطف البشرية عن بقية منتجات الجسم الإنساني كالدم ولبن المرضعات، إلاّ أنها تتميز عنها بكونها تنقل الصفات الوراثية للأفراد وللجنس البشري، وهذا ما أدى إلى جدل حول طبيعتها، إذ يرى الاتجاه الأول "أنّها مجرد أشياء يجوز التصرف فيها سواء بمقابل أو بدون مقابل، فهي لا تتمتع بالحماية القانونية لذاتها، لكن باعتبارها تحمل الصفات الوراثية للإنسان يجب وضع قواعد خاصة تحكم التعامل عليها، وذلك من منطلق أن ليست جميع الأشياء من طبيعة واحدة، ممّا يستلزم التفريق في المعاملة القانونية بينها وبين الأشياء الأخرى"[2].

يترتب على اعتبار هذه النطف مجرد أشياء، إمكانية استخدامها في الصناعات الدوائية ومستحضرات التجميل، وفي الأبحاث الطبية وكافة صور الهندسية الوراثية. وأيضا إمكانية التصرف فيها بعوض، وحتى الاتجار فيها، وحسب رأينا هذا يعتبر مخالف للكرامة الإنسانية وللنظام العام والآداب العامة.

يعتبر اتجاه آخر هذه النطف مرحلة وسطى بين نظام الأشخاص و نظام الأشياء، لكنها تقترب من الأولى وتبتعد من مضمون الثانية لاحتوائها على سر الحياة وكونها مصدرا لبقاء الإنسانية، فهذا يحول دون وصفها بما قد وصفت به منتجات

[1] عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص101.

[2] طارق عبد الله محمد أبو حوة، مرجع، سابق، ص285.

الجسم الأخرى مثل الحليب والشعر أو الدم، ومن جهة أخرى لا يجوز إطلاق وصف الأشخاص على هذه النطف، لأن ذلك يشكل تجاوزا للوصف، وبالتالي فهي مرحلة وسطى بين الأشياء والأشخاص، وتستلزم وضع قواعد قانونية خاصة تتناسب مع الطبيعة المتميزة لها، باعتبارها حاملة الصفات الوراثية للإنسان[1].

أُنتقد هذا الرأي باعتبار أنّ القانون لا يعرف سوى تقسيمين عتيدين لا ثالث لهما، وهما الأشخاص أصحاب الحق، والأشياء محل الحق، والقول بإفراد قواعد خاصة لهذه النطف لا يحدد الطبيعة القانونية لها[2]، كما أنه حتى ولو اعتبرت هذه النطف البشرية أشياء ذات طبيعة خاصة، أو مرحلة وسطى بين الأشخاص والأشياء، فيجب ألاّ يسمح بالتصرف فيها أو التنازل عنها للغير بمقابل أو بدون مقابل، لأن التصرف في هذه النطف يؤدي إلى تدهور القيم الأخلاقية وتدمير كيان المجتمع، فضلا عن اختلاط الأنساب وشيوع الأمراض الوراثية، وهذا يجعل التصرف فيها باطلا لعدم مشروعية المحل والسبب[3].

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على تحريم التلقيح الصناعي بتدخل طرف ثالث غير الزوجين، أي عن طريق الاستعانة بنطفة شخص ثالث من أجل عملية الإنجاب سواء تم الحصول على هذه النطفة تبرعا أو بمقابل، ذلك أن الإنجاب في الشريعة الإسلامية لا يتم إلا في إطار العلاقة الزوجية وكل تخصيب بين بويضة امرأة بمني رجل آخر غير زوجها يعتبر محرما شرعا، لذلك اشترطت كل الفتاوى وقرارات المجامع الفقهية في التلقيح الصناعي أن يكون بماء الزوجين (مني الزوج وبويضة الزوجة)، وبموافقتهما، وأثناء حياتهما، وأنّه يحرم تدخل أي طرف ثالث في الإنجاب سواء كان

---

[1] محمد مرسي الزهرة، مرجع سابق، ص401.

[2] طارق عبد الله محمد أبو حوة، مرجع سابق، 286.

[3] ممدوح محمد خيري هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر1996، ص314، نشوان زكي سليمان، مرجع سابق،ص22.

نطفة أو بويضة، أو خلية جسدية[1]، كما قرّرت أنّ البويضات الزائدة عن الحاجة في الإنجاب الصناعي، تترك لحالها حتى تموت بطريقة طبيعية[2].

لم يتطرق أحد من الفقهاء القدامى لحكم إنشاء بنوك النطف والأجنة[3]،أو مشروعيتها، لكن بعض الفقهاء المعاصرين تطرقوا للموضوع وأصدروا فتاوى بشأنها، فقد جاء في فتوى للشيخ القرضاوي- رئيس الإتحاد العالمي للعلماء المسلمين- :" أنّ الأصل في بنوك المني هو المنع، لكن يباح أن يحتفظ بمني الرجل أو بويضة المرأة لضرورة طبية، من أجل إتمام عملية التخصيب، على أن يتم التخلص من المني أو البويضات المتبقية فور انقضاء الحاجة إليها"[4].

كما جاء في فتوى للدكتور أحمد طه ريان- أستاذ الفقه بجامعة الأزهر- :فكرة البيع والشراء للمني يرفضها الإسلام لأن بنوك الأجنة تعيش فوضى عارمة في تضييع الأنساب وهي من الضرورات التي عظمتها الشريعة الإسلامية. ففي الغرب بنوك الأجنة تستخدم مني رجل واحد لتلقح منه أكثر من إمرأة، وفي بعض الحالات قد تكون أم الطفل جدته وأخته في وقت واحد. وعن ابن عمر قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله من شيء ولن يدخلها الله جنته". وأضاف الدكتور قائلا : " أن اختيار المرأة أن تلقح نفسها بمني معين ذي خصائص معينة يقوم مقام نكاح الاستبضاع الذي كان في الجاهلية وجاء الإسلام بتحريمه، ومعناه أن الرجل يقول لامرأته إذا طهرت: فأرسلي إلى فلان

---

(1) نذكر قرار رقم 4 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث، المنعقد بعمان، في الفترة من 18 إلى 13 صفر 1407هـ الموافق من 11 إلى 16 أكتوبر 1986م، بشأن أطفال الأنابيب.

(2) قرار رقم 6/6/57 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس بجدة من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق 14 إلى 20 مارس 1990، بشأن البيضات الملحقة الزائدة عن الحاجة.

(3) بنوك النطف و الأجنة هي مؤسسات ومراكز تقوم بحفظ وتجميد النطف والأجنة البشرية لمدة محددة.

(4) الفتوى قدمها في برنامج " فقه الحياة" الذي أذيع على قناة "أناّ الفضائية في 25 سبتمبر2009، وهي متاحة على االموقع:fiqh islammessage.com ،شوهد يوم 6 أفريل2018.

فاستبضعي منه، فيعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها رغبة في إنجابه الولد، كما أكد أن بنوك المني تتعارض مع أصول الشريعة ومبادئ الفطرة حيث يولد أبناء بلا آباء نتيجة العبث بماء الرجل والمرأة وإحداث مسائل معقدة"[1].

صدر عن دار الإفتاء المصرية فتوى في حكم بنوك النطف البشرية جاء فيها: "فإذا نحن انطلقنا في مجال التلقيح الصناعي في الإنسان وأنشأنا مستودعا(بنكا) تستجلب فيه نطف الرجال الأذكياء أو ذوي الأجسام الأقوياء لتلقح بها أنثى رشيقة القوام سريعة الفهم لإثراء الصفات في الجنس البشري، كان هذا شرا مستطيرا على نظام الأسرة ونذير انتهاء الحياة الأسرية كما أرادها الله، فمن باب سد الذرائع وحفظا لروابط الأسرة وصونا للأنساب يحرم الإسلام الانطلاق في التلقيح الصناعي لتوالد الإنسان ولا يجيزه-كما سبق-إلا بين الزوجين، بالشروط المتقدم بيانها. وبديلا لهذه البنوك وجه الإسلام الإنسان إلى المحافظة على قوة نسله وسلامة نفسه وجسده وذلك بحسن اختيار كل من الزوجين للآخر"[2].

أكد مجلس المجمع الفقهي الإسلامي- التابع لرابطة العالم الإسلامي- في دورته الثامنة على تحريم طرق التلقيح الصناعي بتدخل الغير، حيث جاءت الفقرة الخامسة من البند الثاني كما يلي:" وأما الأساليب الأخرى من أساليب التلقيح الصناعي في الطريقتين الداخلي والخارجي مما سبق بيانه فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي لا مجال لإباحة شيء منها، لأن البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأن

---

[1] أحمد طه ريان، فتوى حول حكم الشرع في بنوك النطف، نشرت على الموقع: www.alittihad.ae بتاريخ 4جوان2006، شوهد يوم 16 أفريل2018 على الساعة13h47.

[2] فتوى رقم1980/63، صادرة عن دار الإفتاء المصرية، بتاريخ 2 مارس 1980، ونشرت بمجموعة الفتاوى الإسلامية، من دار الإفتاء المصرية مجلد9، 1983، ص ص 3213-3228.

المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين"[1]. كما أوصى المجلس الحريصين على دينهم أن لا يلجئوا إليه إلاّ في حالة الضرورة القصوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح.

على الرغم من الاعتراضات التي تلقتها فكرة إنشاء بنوك النطف، هناك من يؤيد فكرة إنشائها مبررا ذلك بمجموعة من الاعتبارات العملية تتمثل في:

- "إمكانية تخزين البويضة الملقحة بغرض استخدامها في عمليات زرع أخرى مستقبلية إذا فشل العلوق في المرة الأولى؛
- تسمح للطبيب باختيار اللحظة المناسبة طبيا لإجراء عملية الزرع حى يضمن أعلى فرص لنجاح العلوق ؛
- وأخيرا فإنها تسمح للمرأة التي تخشى **عقما** مستقبلا بأن تحتفظ بإمكانية أن تصبح بعد ذلك في الوقت الذي تختاره.

على أن يتدخل المشرع لوضع الضوابط الازمة والتي تكفل عدم الشطط في استخدام هذه البنوك ومن أهم الضوابط التي يرونها:

- يجب أن تكون الجهة القائمة على أمر الحفظ منظمة تنظيما دقيقا فنيا وإداريا، على أن يتعرض البنك أو المركز المخالف لسحب الترخيص نهائيا أو وقفه لمدة معينة؛
- ضرورة تدخل المشرع لتجريم سلوك الأطباء في المراكز أو البنوك المشار إليها في حالة ارتكاب أي من الأفعال التي تؤدي إلى هلاك النطفة كليا أو جزئيا أو اختلاطها بغيرها أو إساءة استعمالها أو الاتجار فيها.
- ضرورة إنشاء هيئة رقابية تتضمن عناصر قانونية وطبية وإدارية؛

---

[1] القرار رقم2(8/ 2)، بشأن أطفال الأنابيب، صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة 19-28 يناير1985م.

- ضرورة تحديد مدة قصوى لحفظ النطف المجمدة دون استخدام على أن يتم التصرف فيها بالإعدام أو بإجراء الأبحاث والتجارب الطبية عند انتهاء هذه المدة؛
- فرض عقوبات جنائية على البنك وموظفوه في حالة مخالفة هذه الضوابط."[1].

نلاحظ اتفاق الفقه العربي والإسلامي حول عدم مشروعية التصرف في النطف البشرية بين غير الزوجين، سواء أكان ذلك عن طريق التبرع بالنطفة للغير، أو تأجير الرحم، أو البيع والاتجار، لما في ذلك من امتهان للكرامة الإنسانية، وحتى لا تهدر القيم والأخلاق، ولأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب وشيوع الأمراض، وهذا يخرجها عن دائرة الاتجار.

ثانيا: تنظيم التصرف في النطف البشرية في القوانين الوضعية

تباينت مواقف القوانين الوضعية حول الحماية القانونية الواجبة للنطف البشرية، وحكم التصرف فيها سواء على المستوى الدولي أو الوطني.

1- موقف النصوص الدولية من التصرف في النطف البشرية

حاول إعلان هلسنكي حول الإخصاب المعملي وزرع الأجنة[2]، وضع مجموعة من الضوابط للإخصاب المعملي أي عمليات التلقيح الصناعي، ولكن ما يلاحظ على نصوصه بالإضافة إلى أنها غير ملزمة قانونا للدول، أنها مخالفة لمبادئ الشريعة

---

[1] شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة 2001، ص ص145-146.

[2] إعلان هلسنكي حول الإخصاب المعملي وزرع الأجنة، تم اعتماده من طرف المؤتمر العالمي الثالث عن الإخصاب المعملي وزرع الأجنة، بهلسنكي، ماي 1984، منشور أعماله في:

Annals of the New York Académie of sciences ،Vol 442 ،1985.

الإسلامية في كثير من المسائل أهمها: إباحة الإنجاب الصناعي بتدخل الغير[1]، كذلك إباحة الحمل لفائدة الغير[2]، إلى جانب إباحة الأبحاث الطبية على الأجنة [3]، كما أنه لم يفصل في المركز القانوني للجنين[4]، و لا في مصير البويضات الفائضة أو الزائدة عن الحاجة[5]، كما أنه لم يفصل أيضا في بداية الحياة الإنسانية[6].

يظهر لنا أن مبادئ إعلان هلسنكي حول الإخصاب المعملي وزرع الأجنة، تأخذ كقاعدة عامة بإباحة جميع طرق التلقيح الصناعي التي أفرزها التطور الطبي، مع تقييد ممارستها ببعض القيود التي يحددها التشريع حسب القواعد الاجتماعية في كل دولة، كما أكد على ضرورة إنشاء سلطة أخلاقية على المستوى الدولي يكون من مهامها وضع أسس الإطار الأخلاقي والعلمي والطبي للإخصاب المعملي.

أصدرت منظمة الصحة العالمية العديد من المبادئ التوجيهية بشأن الخلية البشرية والأنسجة وزرع الأعضاء، ومنها على سبيل المثال المبادئ التي أصدرتها في سنة2010 [7] حيث جاء في المبدأ التوجيهي الخامس :" ينبغي أن يكون التبرع

---

[1] ينص المبدأ الثالث من هذا الإعلان على : "من الجائز استخدام عناصر الإنجاب (ماء الرجل وبويضة المرأة) أو البويضة الملقحة من مصدر أجنبي عن الزوجين لعلاجهما من العقم، وذلك إذا لم تنجح الطرق الأخرى، خصوصا إذا اتضح أن استخدام عناصر الإنجاب الخاصة بالزوجين غير كاف لتحقيق هذا الغرض.

[3]جاء المبدأ الخامس من الإعلان السابق كما يلي: " ما زالت الحاجة قائمة لمواصلة البحث في مسألة استخدام الرحم المؤجر في ضوء توجيهات قانونية، لمواجهة العقم لدى زوجين لا يستطيعان الإنجاب ذاتيا".

[4] أكد المبدأ الثامن على أن: " هناك حاجة لممارسة الأبحاث على الجنين داخل رحم أمه شريطة أن يكون ذلك لأغراض طبية بحتة وفي حدود ما يقتضيه المركز القانوني للجنين"

[1] نص المبدأ السابع من نفس الإعلان على: " يطلب من الجهات المختصة في كل بلد إصدار التشريعات المحددة للمركز القانوني للجنين وحقوقه في المراحل المختلفة لنموه".

[2] جاء في المبدأ الرابع من نفس الإعلان ما يلي: " يحدد التشريع مصير اللقائح غير المرغوب فيها، وواجبات الجهاز الطبي إزاء الأجنة المجمدة".

[3] نص المبدأ السادس من نفس الإعلان على: " الحياة سلسلة متصلة ومستمرة من الحلقات تتغير خلالها حقوق الإنسان ولا يوجد مرحلة محددة في نمو الجنين تبدأ فيها الحياة".

[4] قرار رقم ج. ص. ع 63/22، يتضمن المبادئ التوجيهية بشأن الخلية البشرية والأنسجة وزرع الأعضاء، صادقت عليه الجمعية الصحية العالمية الثالثة والستون، التابعة لمنظمة الصحة العالمية، في ماي 2010.

بالخلايا والنسج والأعضاء مجانا فقط ودون دفع أي أموال أو مكافآت أخرى لها قيمة مالية، وينبغي أن يحظر شراء الخلايا أو النسج أو الأعضاء أو عرض شرائها بغرض الزرع أو بيعها من قبل أشخاص أحياء أو من قبل أقرباء الموتى، ولا يحول حظر بيع أو شراء الخلايا والنسج والأعضاء دون استرداد المصاريف المعقولة التي يمكن التحقق منها والتي يتكبدها المتبرع، من ذلك خسارة الدخل، ولا دون سداد تكاليف الإبقاء على حيوية الخلايا أو النسج أو الأعضاء البشرية، أو معاينتها، أو الحفاظ عليها ،أو المداد بها بغرض الزرع.[1]

ذاك الحظر للبيع والشراء في النطف البشرية لا ينطبق على النطف والأنسجة البشرية، فقد ورد في ديباجة القرار السالف الذكر لمنظمة الصحة العالمية ما يلي: "لا تنطبق هذه المبادئ التوجيهية على زرع الأغراس، ولا نسج المبيض ولا نسج الخصية ولا المضغ لأغراض إنجابية، ولا على الدم أو مكوناته المجموعة لأغراض نقل الدم).

نذكّر في هذا الخصوص بنص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي، والبروتوكول الملحق بها والمتعلق بزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، الذي يؤكد على أن "جسم الإنسان وعناصره كما هي لا يمكن أن تكون مصدرا للربح"،[2] وكذلك نص الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، الذي يؤكد على أنه "لا يمكن استخدام المجين البشري في حالته الطبيعية لتحقيق مكاسب مالية"[3]، وإعلان الحقوق

---

[1] المبدأ التوجيهي الخامس من مبادئ منظمة الصحة العالمية بشأن الخلية البشرية والأنسجة وزرع الأعضاء البشرية، المشار إليها سابقا.

[2] المادة 21 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي، والمادة21 من البروتوكول الملحق بهذه الاتفاقية المتعلق بزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، مشار إليهما سابقا.

[3] المادة 4 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، مشار إليها سابقا.

الأساسية للإتحاد الأوروبي الذي ينص على حظر جعل جسم الإنسان وعناصره مصدرا للربح"[1].

يمكن القول أن النصوص الدولية تمنع الاتجار في النطف البشرية باعتبارها من منتجات الجسم البشري، ولكنها لا تمنع التبرع بها، أو بيعها دون قصد الاتجار.

2- حكم التصرف بالنطف البشرية في القوانين الداخلية

اختلفت القوانين الوطنية بدورها في تنظيم التصرف بالنطف والأجنة البشرية فالدول الغربية معظمها نظم التصرف في النطف والأجنة، وأباح التنازل عنها بطريق التبرع، وأجاز إنشاء بنوك لتجميدها وحفظها، مع منع الاتجار بها، بينما قوانين الدول العربية والإسلامية نجد بعضها نظم عمليات التلقيح الصناعي وسار وفق ما أقره الفقه الإسلامي، حيث حصر التلقيح الصناعي بين الزوجين فقط، وفي حالة الضرورة، ومع أقصى الحذر والاحتياط من اختلاط النطف الذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب، ومنعت كل التصرفات على النطف والأجنة البشرية سواء بالتبرع أو البيع أو الاتجار.

تناول قانون الصحة العامة الفرنسي التبرع بالنطف البشرية في الكتاب الثاني، العنوان الخامس، الفصل الرابع، بعنوان "التبرع واستعمال النطف".[2]حيث نص على أن التبرع بالنطف يعني " التبرع من شخص غير الزوجين ببويضة أو حيوان منوي من اجل المساعدة الطبية للإنجاب"[3]، واشترط لذلك الرضاء الكتابي للمتبرع و للزوجين المستفيدين، مع الحق في الرجوع عنه في أي لحظة حتى يتم استعمال النطف[4]، وحدد عدد الأطفال الذين يمكن أن يولدوا عن طريق نفس المتبرعة بالبويضات بعشرة

[4]Art 3-2 du la charte des droits fondamentaux de l'union européen, op.cit.

[2] Chapitre IV : Don et utilisation de gamètes (Articles L1244-1 à L1244-9).
[3] L'article 1244-1 du c.s.p. stipule :<Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation>.
[4] Voir l'art L1244-2 du c.s.p.

أطفال[1]، بالإضافة إلى التأكيد على سرية البيانات المتعلقة بالمتبرعين والمستفدين ، وكذلك تبصير المتبرعين بجميع مخاطر العملية وآثارها القانونية فيما يخص نسب الطفل الذي سوف يولد[2].

من أجل استبعاد النطف البشرية من الاتجار بها، وضع المشرع الفرنسي عقوبات تتمثل في الحبس لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها خمس وسبعون ألف يورو، لكل من يحصل على نطف بشرية بمقابل مادي مهما كان شكله ما عدا الرسوم التي يدفعها للمؤسسات المرخص لها بتجميد وحفظ وتحضير النطف، وتطبق نفس العقوبة على من يتوسط أو يسهل الحصول على نطف بشرية بمقابل مادي، أو يسلم نظير مقابل مادي، نطف تم الحصول عليها عن طريق التبرع[3].

وضع قانون الخصوبة وعلم الأجنة البريطاني[4]. مجموعة من الشروط والضوابط لإجراء عمليات الإنجاب الصناعي سواء بين الزوجين أو بتدخل الغير[5]، كما نظم عمليات حفظها وتخزينها، ومنع هذا القانون تخليق أجنة لأغراض صناعية أو وتجارية[6]، كما وضع عقوبات جنائية لكل من يدفع أو يتلقى مبالغ مالية أو أية منافع مادية أخرى لقاء التسليم أو الحصول على لقائح آدمية[7].

---

(1) L'article 1244-4 du c.s.p. stipule : <Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de dix enfants

(2) Voir les articles L1244-5 à L1244-7 du c.s.p.

(3) Voir les articles L1273-1 à1273-6 du c.s.p, et les articles 511-6 à511-13 du c.pèn.

(4) Human fertilization and Embryology Act,1990, ch37(Eng), op.cit.

(5) المادة 13-6 من قانون الخصوبة وعلم الأجنة البريطاني، مشار إليه سابقا.

(6) المادة 14 من نفس القانون.

(7) نصت المادة 41-2-4 من نفس القانون على عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ستة أشهر مع غرامة بحد أقصى لا تتجاوز المستوى الخامس وفقا للتقدير القانوني، أو بإحدى هاتين العقوبتين، على كل من يتلقى مبالغ مالية أو منافع مادية مقابل التسليم أو الحصول على لقائح آدمية.

نلاحظ أن القانون البريطاني رغم أنه يسمح بالتبرع بالنطف البشرية، ويسمح أيضا بتخليقها من أجل البحث العلمي، أو استنساخها من أجل العلاج، فهو يمنع استعمالها لأغراض صناعية أو تجارية.

لم تنظم الكثير من القوانين في الدول العربية والإسلامية عمليات التلقيح الصناعي، وبالتالي تطبق عليها المبادئ العامة في القوانين المدنية التي تخرج جسم الإنسان وعناصره من دائرة المعاملات المالية، مما يترتب عليه أن التصرفات الواردة على النطف والأجنة تكون جميعها باطلة بطلانا مطلقا لعدم مشروعية المحل.

سبق الإشارة إلى أن القانون التونسي المتعلق بالطب الإنجابي[1] يعتبر من القوانين الرائدة في هذا المجال بالنسبة للدول العربية، وأنه تضمن جملة من الضوابط والشروط التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، ومنع مجموعة من الممارسات التي يمكن أن تتم بمناسبة إجراء هذه العمليات، تحت طائلة العقوبات جزائية.

أكد القانون التونسي السالف الذكر على ضمان احترام كرامة الإنسان وصون حرمته الجسدية عند ممارسة المساعدة الطبية للإنجاب[2]، وتحقيقا لذلك منع تكوين الجنين البشري، أو استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقاء النسل[3]، كما منع تخليق أجنة بشرية قصد الدراسة والبحث[4]، ومنع اللجوء إلى الغير للتبرع بالأمشاج في إطار الطب الإنجابي، بالإضافة منع التبرع بالأجنة[5]، أو استعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين[6]، كما حصر عملية تجميد الأمشاج والأجنة للغايات

---

[1] قانون عدد93 لسنة 2001، المؤرخ في 7 أوت 2001 يتعلق بالطب الإنجابي التونسي، مشار إليه سابقا.

[2] المادة الأولى(الفصل1) من نفس القانون.

[3] المادة 7(الفصل7) من نفس القانون.

[4] المادة 9(الفصل9) من نفس القانون.

[5] المادة 14(الفصل14) من نفس القانون.

[6] المادة 15(الفصل15) من نفس القانون.

العلاجية فقط ومن أجل مساعدة الزوجين على الإنجاب[1]، على ألا تتجاوز مدة حفظها خمس سنوات، حيث يتم إتلافها بعد ذلك تلقائيا.

قرر القانون التونسي المذكور أعلاه، عقوبات جزائية تتمثل في عقوبة الحبس لمدة خمس سنوات، وبغرامة(خطية) قدرها عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين على كل من يخالف الشروط السابق ذكرها[2].

تمّ النص على إباحة التلقيح الصناعي في قانون الأسرة الجزائري بشكل مختصر حيث اشترط لذلك ما يلي:

1- أن يكون الزواج شرعيا؛
2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما؛
3- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما؛
4- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة[3].

رغم أن هذا النص جاء موجزا ولم يشر إلى كثير من مسائل التلقيح الصناعي، خاصة فيما يتعلق بشروط المؤسسات التي تقوم به، ومسألة تجميد الأجنة، ومدة التجميد، والمسؤولية في حالة فشل عملية التلقيح، أو اختلاط الأمشاج، وتخليق أجنة من أجل البحث العلمي وغيرها، إلا أنه يمكن أن نستنتج منه أن المشرع قد منع كل صور التصرف في النطف البشرية سواء عن طريق التبرع أو البيع والشراء، وذلك بحصر هذه العمليات في نطاق العلاقة الزوجية فقط.

في غياب الضمانات القانونية الحقيقة لمنع اختلاط النطف وسوء استخدامها، فإننا نؤيد بعض الفقه، الذي يرى بدل اللجوء إلى التلقيح الصناعي، فإن البديل هو نظام الكفالة

---

[1] المادة 11(الفصل11) من نفس القانون.

[2] المادة31(الفصل31) من القانون السابق.

[3] المادة 45 مكرر من ق.أ.ج.

الذي نصت عليه الشريعة الإسلامية ففيه حفظ للأنساب واحترام للكرامة الإنسانية، وتحقق لرغبة الزوجين في تربية طفل، هذا فضلا لما له من أجر عظيم عند الله عز وجل.

أدى التلقيح الصناعي بتدخل الغير[1]وإنشاء بنوك للنطف والأجنة، إلى ظهور تجارة مزدهرة في هذه النطف البشرية، وأصبحت هذه البنوك تقدم قوائم حسب الطلب، بل إن العروض والمعاملات أصبحت تتم عبر الأنترنت[2]، ويستطيع المشتري من خلال المراسلة اختيار النطف التي يريد من بين نطف مئات المتبرعين، وذلك حسب الصفات الشكلية والقدرات العلمية للمتبرع، وما عليه سوى دفع النفقات المحددة مسبقا على الموقع، والأخطر من ذلك أن بعض هذه البنوك شرعت في فتح فروع لها في بعض الدول العربية مثل لبنان ومصر.

انعقدت في لبنان سنة211، ندوة علمية بعنوان " تجارة الأجنة وعولمة الأنساب"، أشار فيها بعض المشاركين إلى وجود تجارة فعلية بالنطف والأجنة في لبنان، حيث يوجد ثمانية عشر مخبرا للإخصاب الصناعي تقدم لوائح لبيع البويضات والحيوانات المنوية تتروح الأسعار حسب العرض والطلب بين 2000و50000 دولار أمريكي، وذلك في غياب قوانين أ وضوابط تنظم مراكز الإخصاب الصناعي.[3]

---

[1] على سبيل المثال القانون الفرنسي والإنجليزي, والألماني.

[2] فمثلا هناك موقع: www.mannotincluded.com الذي مقره في لندن يبيع الحيوانات المنوية للسيدات ويضمن توصيل الطلبات على المنازل، كما تستطيع السيدات عن طريق الموقع اختيار مواصفات الجنين الذي ترغب في إنجابه بالتعرف على مواصفات المتبرع الشكلية وكذلك التعرف على خلفياته التعليمية.

[3] ندوة "تجارة الأجنة وعولمة الأنساب"، انعقدت ببيروت، بتاريخ 29 سبتمبر2011، متاحة على الموقع: files<rasit.org

نشرت صحيفة "المصريون"[1]أن طبيبا مصريا متخصصا في أمراض الذكورة والعقم ومؤسس مؤسسة الطب الجنيني بمركز<eMbio> الطبي الأمريكي، انتهى من إنشاء أول بنك للحيوانات المنوية بمصر تحت اسم مركز"EmBIO" وذلك بعد حصوله على رخصة من وزارة الصحة تحت رقم4523 لسنة2011، وتم الإشارة إلى أن الطبيب يمتلك نفس البنك في واشنطن وحقق من ورائه أرباحا طائلة، وأنه عاد لتطبيقها في مصر، مشيرا إلى أن الطبيب قام بتدشين موقع على الانترنت لتداول والتبرع بالحيوانات المنوية في مصر.[2]

بناء على ماسبق نرى أنه أصبح من الضروري تدخل المشرعين في الدول العربية والإسلامية، بوضع إطار قانوني لعمليات التلقيح الصناعي يحدد مسؤولية مراكز الإنجاب المساعد ، ويضمن احترام الكرامة الإنسانية، ومبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك مع وجوب اجتهاد فقهاء الشريعة لاستنباط حكم الشّرع فيها، " فإذا كان من المقبول الاستفادة من التقدم العلمي المحرز في هذا الصدد في كل ما هو موافق للأحكام الواردة في مصادر الشريعة وتلك المستخلصة من مبادئها، فإنه من غير المعقول أن يترك استنباط الأحكام الشرعية لهذه الأساليب لغير المسلمين، وإلاّ داخلها الغلط وربما التزوير"[3].

---

[1] "أول بنك للحيوانات المنوية في مصر تخفيضات هائلة للصعايدة"، مقال منشور في صحيفة "المصريون" الإلكترونية، بتاريخ 28 ديسمبر2013، متاح على الموقع: http:// m.almesryoon.com

[2] فعلا هذا الموقع هو: http://www.ivf.embryo.gr/ar/ حيث وضع في أعلى الصفحة على اليمين اسم البنك EmBIO، وعلى اليسار رقمين هاتفيين ، ثم حددت قائمة أسعار الخدمات التي يقدمها باليورو، ويُعلم الموقع زواره بأنه يمكنهم اختيار البويضات أو الحيوانات المنوية من خلال 180 مانح لديه، ويعدهم بتقديم خدمات بأحدث المعايير العلمية والطبية و الوراثية.

[3] أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، ط1، المكتبة الأكاديمية، القاهرة،2001، ص155.

بالاضافة إلى ما أفرزه التقدم الطبي من إمكانية التصرف في بعض عناصر الجسم ومنتجاته، فإن الدول المتقدمة في هذا المجال تسعى إلى حماية اكتشافاتها لبعض عناصر الجسم البشري عن طريق براءة الاختراع التي وجدت في الأصل لحماية الملكية الصناعية.

المبحث الثاني

تسجيل براءة الاختراع على الجينوم البشري

تتطلب الأبحاث المتعلقة بالبحث العلمي خاصة تلك المتعلقة بالهندسة الوراثية[1] تمويلا كبيرا ممّا أدى إلى خصخصة الكثير من أنشطتها، وما يشجع الشركات البيوتكنلوجية[2] على تمويلها هو حجم ما تتوقعه من أرباح خاصة فيما يتعلق بالمعلومات الجينية والأدوية والمستحضرات الصيدلانية، ولهذا سارعت إلى طلب براءات الاختراعات عن كل ما توصلت إليه من نتائج في كثير من الدول وذلك وفقا للقواعد العامة لبراءة الاختراع.

---

[1] يقصد بالهندسة الوراثية نقل مقاطع من الحمض النووي (ADN) لكائن حي وايلاجها في حمض كائن آخر لإنتاج جزيئ هجين، وذلك من أجل استخدامه في نطاق كبير في شتى المجالات الطبية والعلاجية والصناعية والاقتصادية، أنظر: إياد أحمد محمد إبراهيم، الهندسة الوراثية بين المعطيات العلمية والضوابط الشرعية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، 2001م، ص26.

[2] البيوتكنلوجيا، مصطلح يشير إلى تقنيات البيولوجيا الجزئية لتحضير منتجات تستخدم في الطب والزراعة وصناعات أخرى، ويقصد بالبيولوجيا: ذلك العلم الذي يهدف إلى كشف الأسرار المخبأة في المادة الوراثية، لمزيد من التفصيل أنظر: فيليب فروسادرد، الهندسة الوراثية وأمراض الإنسان (الوراثة الحديثة ومستقبل البشرية)، ترجمة الدكتور أحمد مستجير، ط1، مركز النشر لجامعة القاهرة، مصر، 1994م، ص09.

أدّى التطور العلمي في المجال الطبي إلى توسع نطاق براءات الاختراع ليشمل الأدوية البيولوجية ذات الأصل الإنساني، طرق العلاج الحديثة مثل العلاج الجيني، بل وتشمل أيضا حتى الجنات البشرية، ولمعرفة مدى جواز تسجيل براءة الاختراع على هذه الأخيرة علينا أولا تحديد مفهومها **(المطلب الأول)**.

تتفق غالبية النصوص المنظمة لبراءة الاختراع على مجموعة من الشروط الموضوعية لمنح براءة الاختراع وهي أن تكون هناك اختراع ، وأن يكون جديدا، وأن يكون قابلا للتطبيق الصناعي، لذا يثور التساؤل حول إمكانية تطبيق هذه الشروط على الجينوم البشري **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مفهوم الجينوم البشري

لم تتناول الاتفاقيات الدولية المنظمة لبراءة الاختراع أو الملكية الفكرية تعريفا للجينوم البشري ولم تورد نصوصا خاصة به**(الفرع الأول)**، كذلك فإنّ الإعلان العالمي بشأن الجينوم البشري وحقوق الإنسان لم يعطي لنا تعريفا للجينوم البشري سوى أنه بالمعنى الرمزي تراث للإنسانية[1]، وهذا تحديدا لطبيعته **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تعريف الجينوم البشري

لم تتضمن النصوص القانونية تعريف الجينوم البشري**(أولا)**، لذا سوف نلجأ إلى التعريف العلمي **(ثانيا)**.

أولا: غياب تعريف قانوني للجينوم البشري

لم تتضمن النصوص القانونية، الدولية منها أو الوطنية، تعريفا للجينوم البشري، بما في ذلك الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان الذي جعله تراثا

[1] المادة 1 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

للإنسانية بالمعنى الرمزي، حيث جاء فيه: "أن الجينوم البشري هو قوام الوحدة الأساسية لجميع أعضاء الأسرة البشرية، وقوام الاعتراف بكرامتهم الكاملة وتنوعهم، وهو بالمعنى الرمزي تراث للإنسانية"[1]. ربما كان ذلك من أجل تجنيب إعطاء تعريف علمي قد يتغير بسرعة، أو حتى لا يعرّف الفرد على عناصره البيولوجية فقط[2].

في غياب التعريف القانوني سوف نتناول التعريف العلمي للجينوم البشري.

ثانيا: التعريف العلمي للجينوم البشري

الجينوم البشري مصطلح مكون من كلمتين "جين" (gene) وكروموزوم (chromosome):

1- الجين(gene): يقصد بالجين (gene) المورث، وهي الوحدة الوظيفية الأساسية للوراثة وهو جزئي مجهري، يوجد في موضع معين على كروموزوم معين على طول شريط المتوالية (DNA)، حسب دوره في حمل الصفات الوراثية[3]، وهو يتكون من سلسلة من العناصر الفرعية التي تتكون من ثلاث قواعد نيتروجينية منها الأحماض الأمنية المسؤولة عن صنع البروتين في الجسم[4].

كل جين مسؤول عن صفة من صفات الإنسان كالشعر، لون العين والبشرة...الخ ويعتقد أن عدد الجينات في كل خلية بشرية حوالي مائة ألف جين موزعة على 46 كروموزوما، وقد لاحظ العلماء أن عددا محدودا فقط من الجينات الموجودة داخل

---

(1) المادة نفسها.

(2) أنظر في هذا الرأي: Salwa HAMROUNI, op-cit, p375.

(3) محمد بن يحي حسن النجيمي، "التحليلي البيولوجي وحجته في الإثبات"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد السابع والثلاثون، الرياض، مارس 2003، ص70.

(4) معتز محي عبد الحميد القيسي، "الأحكام القانونية لاستخدام الجين البشري"، مجلة بحوث ودراسات، العدد 26، السنة 19، دمشق، جانفي 2002، ص163.

الخلية هو الذي يعمل حسب حاجة الخلية وتركيبها، كما وجد العلماء أن 20% من الجينات تقريبا تعمل في كل خلايا الجسم لأنها تقوم بالوظائف الحيوية المهمة للخلية، فيما تختلف النسبة الباقية (80%) بحسب الوظيفة والموقع والزمن[1].

2- كروموزوم(chromosome): الكروموزومات(الصبغيات) أجسام شبه خيطية داخل نواة الخلية تحمل المورثات (الجينات)، وهي أجسام دقيقة لذا تسمى بالكروموزومات، من خواصها التلون عند الصبغ لذا تسمى بالصبغيات أيضا، عددها في كل خلية 46 كروموزوما تظهر في شكل أزواج (23 زوجا) فردا من الأب و 23فردا من الأم، وتقسم إلى مجموعتين كروموزومات جسدية وعددها (22) زوجا تؤثر في الصفات الجسدية، (طول القامة، العين، الشعر...) والمجموعة الثانية لتكون من زوج واحد وهي كروموزومات جنسية، مسؤولة عن الجنس (ذكر أو أنثى)[2].

الكروموزومات هي التي تحمل الجينات في تتابع معين على سلم المتوالية (DNA)[3]، ووحدة بناء هذه الكروموزومات هو الحمض النووي الرايبوزي (DNA)، هذا الأخير عبارة عن سلم ذو جانبي متقابلين ومتعاكسين ملتصقين حول نفسهما بشكل حلزوني، يتكون جانبا السلم من السكر والفوسفات بينما تتكون كل درجة من السلم من زوج من قواعد نيتروجينية أربع بشكل متسلسل ومتقابل ومنسجم وهي:

1- الأدينين (Adinine) ويرمز لها بالرمز (A).

2- الثيامين (tyamine) ويرمز لها بالرمز (T).

---

[1] صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، صيدا (لبنان)، 2013م، ص77.

[2] صفاء عادل سامي، المرجع السابق، ص80.

[3] "DNA" هي اختصار لكلمة "Deoxy Ribonu cheic Acid" تأخذ الحروف الأولى منها، ويعني الحمض النووي الرايبوزي منقوص الأوكسجين.

3- السيتوسين (sytosine) ويرمز لها بالرمز (C).

4- الجواتين (Gwatin) ويرمز لها بالرمز (G).

هذه القواعد الأربعة تشكل ما يسمى بالمتوالية، والتركيب الكيميائي لهذه القواعد يقتضي أن تتحد كل قاعدتين مع بعض (الأدينين مع الثيامين) و(الجواتين مع السيتوسين) ومن المستحيل أن توجد توافقات غير تلك[1].

كل ثلاثة من القواعد الأربع تكون حامضا أمنيا، والحوامض الأمنية هي التي تتكون منها البروتين الذي تتحدد به ومنه الوظائف الحيوية وتتوزع الجينات على طول المتوالية حسب دور كل منها في الصفات الوراثية وهذه القواعد الأربع هي التي تكتب لنا لغة الحياة بشكل مشفر ومعقد (الشفرة الوراثية)، تتكون هذه الشفرة من ستة آلاف مليون حرف، على أن كل قاعدة تمثل حرف واحدا، وكل كلمة مكونة من ثلاثة أحرف، وتسمى هذه الشفرة اصطلاحا لغة الجينات[2]، وفك هذه الشفرة هو الذي يعطي للجين هويته الحقيقية لأنها تحدد لنا طبيعة البروتين الذي تتناسب المعلومات التي يحملها هذا الجين، وبالتالي يمكن استخدامه في مجالات مختلفة كالتشخيص للأمراض الوراثية، وعلاجاتها وصناعات الأدوية واللقاحات وغيرها[3].

إن تتابع القواعد النيتروجينية على جزيئ المتوالية (DNA) يختلف من شخص لآخر ولا يمكن تصور تطابق إلا بين التوائم المتماثلة لذا فإن كل فرد يملك بطاقة هوية وراثية خاصة به تميزه عن غيره من الأفراد، فرغم تشابه البشر في الجينوم إلاّ أن

---

[1] ناصر عبد الله الميمان، "البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب البشري والنسب"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن عشر، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يناير 2003، ص174.

[2] ناصر عبد الله الميمات، مرجع سابق، ص175.

[3] دانييل كيفلين وليروي هود، الشفرة الوراثية للإنسان (القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري، ترجمة د. أحمد مستجير، عالم المعرفة، سلسلة المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، جانفي، 1997، ص176).

كل واحد منهم يتميز بذاته عن سائر الخلق[1]. الجينوم البشري إذن هو الذخيرة الوراثية التي توضع في كل خلية من خلايا الإنسان، وتحدد صفاته العضوية وغير العضوية، إنّه الهوية الحقيقية للإنسان لأنه يضم في مجموعه كل الجينات الموجودة في خلايا البشر[2].

إنّ إدراك الجينات ومعرفة عددها وموقعها على الخريطة الجينومية يحقق مصالح كبيرة للبشرية كتشخيص الأمراض الوراثية ومعالجتها بتقنيات الهندسة الوراثية، إيجاد أدوية ولقاحات جديدة فعالة للأمراض المستعصية كالسرطان والسكر والقلب، كما يؤدي إلى تحسين النسل وتحديد مواصفات الإنسان قبل أن يولد، الاستنساخ العلاجي، هذا فضلا تحديد نسب الأشخاص ومعرفة هويتهم. لذلك تم انجاز ما يسمى بخريطة الجينوم البشري التي تحدد موقع كل جين منها ومواصفاته والوظيفة التي يؤديها[3].

رغم أهمية التعامل في الجينوم البشري وفوائده، إلاّ أنّ عدم تنظيم التعامل فيه قد يؤدي إلى التلاعب في الجينات وإهدار الكرامة الإنسانية، بل وإلى تدمير الإنسانية ككل، وهذا ما يدعو إلى التساؤل حول طبيعته؟.

الفرع الثاني: طبيعة الجينوم البشري

إذا كان الجينوم البشري كما سبق الإشارة هو مجموعة الثروة الجينية في الخلية البشرية أو مجموع الجينات داخل نواة الخلية التي تحمل الصفات الوراثية للشخص وتحدد هويته الجينية وحالته الصحية، فهو إذن أحد مكونات جسم الإنسان ويخضع للحماية المقررة لجسم الإنسان**(أولا)**.

---

(1) Salwa HAMROUNI, op-cit, p376.

(2) أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص36.

(3) معتز محي عبد الحميد القيسي، مرجع سابق، ص162

يحمل الجينوم البشري أيضا المعلومات الجينية التي تنتقل من جيل إلى جيل وتميز الكائن البشري عن بقية أجناس الكائنات الحية الأخرى، لذا فإنه يعتبر تراثا للإنسانية**(ثانيا)**.

أولا: الجينوم البشري أهم مكونات جسم الإنسان

يتكون الجينوم البشري من مجموع الجينات (مائة ألف جين) الموزعة على مجموع الكروموزومات (46 كروموزوما) على طول شريط المتوالية (DNA). هذا التركيب الدقيق والمعقد للجينوم البشري هو أساس تكوين جسم الإنسان، فهو الذي يحدّد صفاته الوراثية (طول القامة، لون العين، الشعر، البشرة،...)، وحالته الصحية أيضا (فأي عيب في أحد الجينات يكون سببا في مرض وراثي معين)، فمن البديهي إذن أن يخضع للحماية المقررة لجسم الإنسان من حرمته وعدم جواز الاتجار به.

أكد الإعلان العالمي بشأن الجينوم البشري وحقوق الإنسان على حماية الجينوم البشري، فنص على وجوب أن تتوخى تطبيقات البحوث الخاصة بالمجين البشري ولاسيما تطبيقاتها في مجالات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب تخفيف الآلام وتحسين صحة الفرد والبشرية جمعاء[1] ، وأن تحظر الممارسات التي تتنافى مع كرامة الإنسان[2] ، مع ضرورة التماس القبول المسبق والحر والواعي من الشخص المعني أو من يمثله قانونا عند إجراء أي بحث أو القيام بأي معالجة أو تشخيص يتعلق بمجين شخص ما، وأن تحترم حق كل شخص في أن يقرر إذا كان يريد أو لا يريد أن يحاط علما بنتائج فحص وراثي أو بعواقبه [3]، كما أكد على احترام سرية البيانات الوراثية

[1] المادة 11- ب من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[2] المادة 10 من نفس الإعلان .

[3] المادة 5 (أ. ب. ج) من نفس الإعلان.

الخاصة بشخص ما والمحفوظة بغرض البحث أو لغرض[1] آخر، بالإضافة إلى التأكيد على عدم استخدام المجين البشري في حالته الطبيعية لتحقيق مكاسب مالية[2].

نلاحظ أن الإعلان السابق يحمي المجين البشري فقط في حالته الطبيعية وبالتالي فهذه الحماية لا تشمل استعمال المعلومات الجينية في إنتاج مواد جديدة ذات استعمال طبي أي التطبيق الصناعي للمعلومات الجينية، فهو يهدف إلى إقامة التوازن بين الحقوق الأساسية للفرد والمصلحة الجماعية للإنسانية: فهو يمنع استخدام الجينوم البشري في حالته الطبيعية لتحقيق مكاسب مادية، ولكن لا يمنع من استخدام جزء من الجينوم البشري لأغراض علاجية أو تشخيصية أو وقائية واستغلاله صناعيا وتجاريا، إذا ما تم تحويله بطرق فنية (أصبح في حالة غير طبيعية).

تتمتع جميع عناصر جسم الإنسان بما فيها الجينوم البشري بنفس الحماية التي لجسم الإنسان فلا يمكن الاعتداء عليها أو الاتجار بها ما دامت في حالتها الطبيعية، فالتعامل في الجينوم البشري بما فيه براءة الاختراع يجب أن يكون في إطار احترام المبادئ الأساسية التي تضمن كرامة وسلامة الإنسان.

تحمي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي بدورها عناصر جسم الإنسان ومنتجاته بما في ذلك الجينوم البشري، فهي تلزم في حالة نقل عضو أو عنصر متجدد من جسم الإنسان أن يتم تبصيره والحصول على رضائه ليس فقط بنقل هذا العضو أو العنصر من جسمه، وإنما أيضا على حفظه واستعمالاته[3] ، كذلك تؤكد أن جسم الإنسان وعناصره لا يمكن أن تكون كما هي مصدرا للربح. [4]

---

[1] المادة السابعة من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان .

[2] المادة 4 من نفس الإعلان.

(3) Voir les articles : 19-20-22 du la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

(4) L'article 21 du la même convention.

تؤكد الاتفاقية السابقة أيضا على أنّ أي تدخل طبي يكون موضوعه تعديل جينوم بشري لا يمكن أن يتخذ إلا من أجل أغراض وقائية أو تشخيصية أو علاجية، وفقط إذا لم يكن له هدف تعديل على العناصر الوراثية لنسب أو أصل الإنسان[1]، كما لا يجوز إجراء التنبؤ بالأمراض الوراثية أو تلك التي تسمح إمّا بتحديد هوية الإنسان كحامل للعنصر الوراثي المتسبب في المرض أو بالكشف عن الاستعداد أو القابلية الوراثية للإصابة بالمرض إلاّ لأغراض طبية أو بحثية[2]، كما منع البروتوكول الملحق بهذه الاتفاقية كل تدخل يهدف إلى تخليق إنسان متطابق وراثيا مع إنسان آخر سواء كان حيا أو ميتا.[3]

يظهر لنا جليّا أنّ نصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي تنص على حماية الإنسان كإنسان وأيضا كجنس بشري، وتؤكد على سمو وسيادة الإنسان وترجيح مصلحته على مصلحة المجتمع والعلم[4]، وضرورة حماية كرامته وهويته في مواجهة تقدم البيولوجيا والطب[5]، وبالتالي لا يمكن أن يكون الجينوم البشري في حالته الطبيعية حسب هذه الاتفاقية محلا لبراءة اختراع، لأنه عنصر من عناصر جسم الإنسان، بل أهم عنصر في الجسم لأنه يحدد الصفات الوراثية للشخص وللجنس البشري كله، والاتجار به يعتبر امتهانا لكرامة الفرد والإنسانية جميعا.

نستنتج من خلال النصين السابقين أنّ الجينوم البشري عنصر من عناصر جسم الإنسان له نفس الحماية التي لهذا الأخير، فلا يمكن الاعتداء عليه أو الاتجار به ما دام في حالته الطبيعية، لكن هذه الحماية لا تشمل الاختراعات التي يشترك فيها عنصر طبيعي مع طريقة تقنية تسمح بإبعاده أو إعادة إنتاجه من أجل تطبيق

(1) L'article 13 du la même convention.
(2) L'article 12 du la même convention.
(3) L'article 1 du protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine portant l'interdiction du clonage du l'être humain, op.cit..
(4) L'article 2 du la convention sur les droit de l'homme et la biomédecine.
(5) L'article 1 du la même convention.

صناعي، وعليه فالتعامل في الجينوم البشري بما فيه براءة الاختراع يجب أن يكون في إطار احترام المبادئ الأساسية التي تضمن كرامة وسلامة الإنسان.

نظرا لخطورة التعامل في الجين البشري على الجنس البشري ككل فقد اعتبرته النصوص الدولية تراثا للإنسانية.

ثانيا: المجين البشري تراث للإنسانية

نص الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان على أنّ "المجين البشري هو قوام الوحدة الأساسية لجميع أعضاء الأسرة البشرية، وقوام الاعتراف بكرامتهم الكاملة وتنوعهم وأنه بالمعنى الرمزي تراث للإنسانية"[1].

يلاحظ أن الإعلان استعمل لفظ تراث للإنسانية وليس التراث المشترك للإنسانية، كما هو منصوص عليه في الاتفاقيات الخاصة بحماية الموارد الطبيعية والثقافية، والتي لها تطبيقات عدة في نصوص القانون الدولي يمكن إجمالها في التراث المشترك للإنسانية في كل من قانون البحار، وقانون الفضاء، وأعمال منظمة اليونيسكو، وهناك من يضيف منطقة القطب الجنوبي، وسوف نكتفي فيما يلي بالإشارة إلى التطبيقين الأوليين.

تم النص على للتراث المشترك للإنسانية في قانون البحار لأول مرّة في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار[2]، حيث نجد المادة الأولى من هذه الاتفاقية تعرّف لنا مجموعة من المصطلحات الواردة في الاتفاقية، منها مصطلح "المنطقة" والتي تم

---

[1] المادة 1 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

[2] اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، اعتمدت في جمايكا في10 ديسمبر1982م، ودخلت حيز التنفيذ في16 نوفمبر 1994م، في سنة 2012م بلغ عدد الدول المصادقة عليها 164 دولة بما فيها دول الإتحاد الأوروبي التي انضمت إليها سنة 1994م.

تعريفها كما يلي: "منها قاع البحار والمحيطات وباطن أرضها خارج حدود الولاية الوطنية".

جاء الجزء الحادي عشر من الاتفاقية السالفة الذكر[1]، بعنوان "المنطقة" وتناول الأحكام الخاصة بها، والمبادئ التي تحكمها، ومن أهم هذه المبادئ أنها اعتبرت جميع الحقوق في موارد هذه المنطقة تراثا للبشرية جمعاء[2]، وأنه ليس لأي دولة أن تدعي أو تمارس السيادة أو الحقوق السيادية على أي جزء من المنطقة أو مواردها، وليس لأي شخص طبيعي أو اعتباري الاستيلاء على ملكية أي جزء منها، وتجري الأنشطة فيها لصالح الإنسانية ويتم تقاسم الفوائد المالية وغيرها من الفوائد الاقتصادية المستمدة من المنطقة تقاسما منصفا بين جميع الدول، وأن تجرى الأبحاث العلمية في المنطقة لأغراض سلمية ولصالح الإنسانية جمعاء[3]، وأن تنشر نتائج الأبحاث والتحليلات عند توافرها نشرا فعالا[4]، وكذلك النهوض بنقل التكنولوجيا للدول النامية وتشجيعه [5].

وتعود أهمية منطقة التراث المشترك للإنسانية لما تحويه من معادن كالمينغانيز والنحاس والنيكل إضافة إلى إمكانية استغلال المنطقة في زراعة العشب البحري أو زراعة المحار أو إنتاج اللؤلؤ وغيرها من النشاطات[6].

---

[1] يتضمن هذا الجزء المواد من 133-191.

[2] أنظر المادة 136 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، التي جاءت تحت عنوان التراث المشترك للإنسانية والتي جاء فقرتها الثانية: "جميع الحقوق في موارد هذه المنطقة ثابتة للبشرية جمعاء، والتي تعمل السلطة بالنيابة عنها...".

[3] وهو ما جاء في المادة 140 من نفس الاتفاقية والتي جاءت تحت عنوان صالح الإنسانية حيث نصت فقرتها الأولى: "تجرى الأنشطة في المنطقة كما هو منصوص عليه بصورة محددة في هذا الجزء لصالح الإنسانية جمعاء بغض النظر عن الموقع الجغرافي للدول، ساحلية كانت أو غير ساحلية".

[4] أنظر المادة 141 من نفس الاتفاقية التي جاءت تحت عنوان البحث العلمي البحري.

[5] المواد 144، 145، 148 نفس من الاتفاقية.

[6] الموسوعة العربية http://www.arab-lmc.com

هناك مجموعة من الاتفاقيات والإعلانات المهمة التي تنص على للتراث المشترك للإنسانية في الفضاء الخارجي والتي لا تسمح بإدعاء السيادة على الفضاء الخارجي بالاحتلال أو بغيره نذكر منها:

1- اتفاقية المبادئ المنظمة لأنشطة الدول في ميدان استكشاف الفضاء الخارجي واستخدامه بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى[1] حيث نصت على أنه "يباشر استكشاف استخدام الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى لتحقيق فائدة ومصالح جميع البلدان أيا كانت درجة نمائها الاقتصادي والعلمي ويكونان ميدانا للبشرية قاطبة"[2]، كما نصت على "عدم جواز التملك القومي للفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى بدعوى السيادة أو بطريق الاستخدام أو الاحتلال أو غيره"[3]، وإن كانت لم تنص صراحة على اعتبار الفضاء الخارجي تراثا مشتركا للإنسانية، وإنما نصت على أن الاستخدام يكون لمصلحة البشرية.

2-الاتفاقية المنظمة لأنشطة الدول على سطح القمر والأجرام السماوية الأخرى[4] على اعتبار كل ما يدور في القمر وغيره من الأجرام السماوية بكل ما فيها من مصادر طبيعية تراثا مشتركا للإنسانية، لا يجوز إخضاعه للتملك الوطني بدعوى السيادة أو

---

[1] إتفاقية المبادئ المنظمة لأنشطة الدول في ميدان استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى، تم اعتمادها في19 ديسمبر1966م، ودخلت حيز التنفيذ في10 أكتوبر 1967م.

[2] المادة1 من نفس الاتفاقية.

[3] المادة2 من نفس الاتفاقية.

[4] الاتفاقية المنظمة لأنشطة الدول على سطح القمر والأجرام السماوية الأخرى، تم اعتمادها في 5 ديسمبر1979م ودخلت حيز التنفيذ في 11 جويلية 1984م.

عن طريق الاستخدام أو الاحتلال وغيره، كما أكدت أن وضع العاملين والمركبات على سطح القمر لا ينشئ حق ملكية على القمر أو ما تحت سطحه.

يترتب على اعتبار الفضاء الخارجي تراثا مشتركا للإنسانية ما يلي:

- حرية استكشاف الفضاء الخارجي واستخدامه بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى لتحقيق فائدة جميع البلدان ومصالحها أيا كانت درجة نمائها.

– استكشاف الفضاء واستخدامه لجميع الدول دون تمييز وعلى قدم المساواة.

– حرية الفضاء الخارجي في إجراء الأبحاث العلمية وتراعي فيه الدول تسهيل التعاون في مثل هذه الأبحاث وتشجيعها، ويكون استخدام الفضاء الخارجي للأغراض السلمية فقط، بحيث لا يجوز وضع أي أجسام تحمل أسلحة نووية أو أسلحة تدمير شامل في أي مدار حول الأرض أو على القمر أو على الأجرام السماوية الأخرى[1].

إنّ اعتبار الجينوم البشري تراثا للإنسانية لا يعني تشبيهه بأعالي البحار والقمر والفضاء الخارجي والآثار الطبيعية، فهو أسمى وأرقى من ذلك، إذ يمثل أصل الكائن البشري وهويته الحقيقية التي تميزه عن الكائنات الحية الأخرى، ربما لذلك نصت المادة الأولى من إعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان على أنه تراث للإنسانية بالمعنى الرمزي.

قبل أن يكون الجينوم البشري تراثا للإنسانية فهو خاص بالفرد، فكل فرد له طاقمه الوراثي الذي يحدد له صفاته الشخصية وحالته الصحية، و كل تدخل على عناصره الوراثية لا يمكن تطبيقه بدون موافقته الحرة والمستنيرة، لكن المعلومات الجينية المتحصل عليها من الطاقم الوراثي يمكن أن تكون مفيدة للإنسانية ككل وهذه المعلومات يمكن مشاركتها، ومن هنا يمكننا الحديث عن تراث الإنسانية[2]. فالمعرفة الجينية هي تراث إنساني وملك للبشرية ويجب التحكم فيها وتوجيهها لخدمة

---

[1] الموسوعة العربية، مرجع سابق.

[2] Salwa HAMROUNI, op-cit, p382.

الإنسانية[1]، ومتابعة الشفرة الوراثية (ADN) لا يمكن أن تكون محل براءة اختراع وإنما يجب أن يعتبر كمعلومة في بنك المعلومات تتاح للجماعة العلمية الاطلاع عليها[2]، أي حرية الاطلاع على المعلومات الجينية مع عدم الاتجار بالجينوم البشري.

جاء الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان ليؤكد المعنى السابق، حيث نص على أن للجميع الحق في انتفاع بمنجزات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب فيما يخص المجين البشري، كما نص على ضرورة الحرص على تشجيع نشر المعارف العلمية بشأن المجين البشري مع اتخاذ التدابير الملائمة لضمان عدم استخدام هذه البحوث لأغراض غير سلمية، وتشجيع في هذا الصدد التعاون العلمي والثقافي ولاسيما بين البلدان الصناعية والبلدان النامية، وتشجيع التبادل الحر للمعارف والمعلومات في مجالات البيولوجيا وعلم الوراثة والطب[3].

نصل من خلال ما سبق إلى أنّ الجينوم البشري هو أحد مكونات جسم الإنسان ولكنه لا يخص الفرد لذاته بل يميز الجنس البشري ككل لذا اعتبر تراثا للإنسانية لا يمكن الاتجار به أو إخضاعه لبراءة الاختراع ، لكن رغم ذلك فالتطور الطبي الذي سمح باستعمال المعلومات الجينية في الصناعات المختلفة جعل الدول تتسابق إلى تسجيل براءة الاختراع على كل جين يتم اكتشافه، ففي أمريكا من سنة 1980 إلى سنة 2000 كان حوالي 20000 جين بشري موضوع براءة اختراع حسب مكتب الولايات المتحدة لبراءة الاختراع والعلامات التجارية[4]

المطلب الثاني

---

[1] محمد الحسيني بلخوخة، حقوق الإنسان والعمليات الجينية أو التصرف في الجينات، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية (سلسلة الدورات)، الدورة الثانية، حقوق الإنسان والتصرف في الجينات، الرباط من24-26 نوفمبر1997، ص125.

[2] CCNE, Avis N°27 du 02 décembre 1991 sur la nom commercialisation du génome humain, disponible sur internet: http://www.ccne-ethique.org

[3] المواد 12، 18، 15، و19 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، مرجع سابق.

[4] United States patent and Trademark Office, disponible sure le site : https://www.uspto.gov.

الشروط الموضوعية لبراءة الاختراع على الجينوم البشري وحدودها

أشار الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان في ديباجته إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الملكية الفكرية وخاصة الاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية[1]، والاتفاق الخاص بجوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة والملحق باتفاق إنشاء المنظمة العالمية للتجارة[2]، هذين النصين وضعا شروطا موضوعية لمنح براءة الاختراع **(الفرع الأول)**، كما نصا على مجموعة من الاستثناءات أو الحدود **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لبراءة الإختراع على الجينوم البشري

لم تشر اتفاقية باريس أو اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية إلى وضع قواعد خاصة براءة الاختراع على الجينوم البشري، لكن نشير هنا إلى أنّه على المستوى الأوروبي هناك نصوصا خاصة تتعلق ببراءة الاختراع على المواد ذات الأصل الإنساني بما فيها الجينوم البشري، وهو ما تناوله التوجيه الأوروبي لحماية البيوتكنولوجي ببراءة الاختراع[3]، بالإضافة إلى الاتفاقية الأوروبية لبراءة

---

(1) اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية تم إبرامها في باريس بتاريخ 20 مارس 1883 وعدلت عدة مرات أخراها في ستوكهولم في14، جويلية 1967م، وتم تنقيحها في 02 أكتوبر 1979م، صادقت عليها الجزائر بمقتضى الأمر رقم 66-48، مؤرخ في25 فيفري1969م، يتضمن تصديق الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية الصادرة في 02 مارس1883م، الجريدة الرسمية عدد16، صادر بتاريخ 25 فيفري 1966م

(2)الاتفاق الخاص بجوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة المسمى "تربس"، الملحق باتفاق إنشاء المنظمة العالمية للتجارة والذي أصبح نافذا في 1 يناير1995م.

(3) Directive 98/44/CE du parlement Européen et du conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologique. JOCE L213 du 30 juillet1998, p13.

الاختراع[1]. المشرع الجزائري أيضا لم يضع نصوصا خاصة ببراءة الاختراع على الجينوم البشري، لكنه نظم براءة الاختراع بصفة عامة[2].

تتفق غالبية النصوص الدولية والوطنية على أنه لكي تمنح براءة الاختراع يجب أن يكون هناك اختراع، وأن يكون هذا الاختراع جديدا، ويتضمن نشاطا إبتكاريا وأن يكون قابلا للتطبيق الصناعي.

أولا- أن يكون هناك اختراع

تمنح براءة الاختراع عن الاختراعات وليس على مجرد الاكتشافات العلمية[3]، لذا علينا أن نميز بين الاكتشاف والاختراع:

الاكتشاف لغة هو من فعل كشف بمعنى أظهر وأزال الغطاء وهو يدل على معرفة الشيء بطبيعيته التي وجد عليها إذ يكون بترصد الظواهر الطبيعية وملاحظتها دون أي تدخل في حدوثها، أمّا الاختراع فهو فكرة إبداعية يتوصل إليها المخترع في أي من مجالات التقنية ويتعلق بمنتج أو بطريقة صنع أو بكليهما يؤدي عمليا إلى حل مشكلة معينة في أي من هذه المجالات[4].

الاكتشاف إذن هو إدراك عن طريق الملاحظة لظاهرة طبيعية توجد قبل أي تدخل للإنسان، في حين أن الاختراع هو خلق شيء جديد نتيجة التدخل الإرادي

---

(2) convention de Munich sur le brevet Européen, a été signé à Munich par certain nombre de pays Européen le 05 octobre1973. et entré en vigueur le 07 octobre 1977, modifié le 29 novembre 2000,et le 13 dècembre2007 , disponible sur le site : www.epo.org>lega-texts>epc-fr

(2) أمر رقم 03 -07، مؤرخ في 19 يوليو2003 م، يتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر.ج.ج عدد44، صادر في23 يوليو 2003م.

(3) المادة52 من الاتفاقية الأوروبية لبراءة الاختراع، والمادة 1/27 من اتفاقية "تربس"، المادة 7 من الأمر03 -07 المتعلق ببراءة الاختراع، مرجع سابق.

(4) أنظر المادة 2 من أمر 07/03 مؤرخ في 19 يوليو يتعلق براءة الاختراع في الجزائر، مرجع سابق، والمادة 2 من القانون الأردني، رقم 32 لسنة 1999، المنظم لبراءة الاختراع.

للإنسان بوسائل مادية فتدخل الإنسان هو الذي يسمح هنا بالتمييز بينهما ويعطي لنا إمكانية الحصول على البراءة[1]، هذا ما يدفعنا إلى التساؤل عماّ إذا كان الجينوم البشري اكتشاف أم اختراع؟.

الجينوم البشري باعتباره أحد مكونات جسم الإنسان فهو يوجد في الطبيعة بطريقة بيولوجية خالصة دون أي تدخل للإنسان، والتعرف عليه ليس سوى اكتشاف لا يخضع لبراءة الاختراع، لأن مجرد إيجاد مادة في الطبيعة لا يمثل سوى مجرد اكتشاف وموضوعه ليس محلا للبراءة حسبما جاء في الاتفاقية الأوروبية لبراءة الاختراع[2].

أخذ التوجيه الأوروبي لبراءة الاختراع بالنتيجة السابقة حيث نص على أنّ مجرد اكتشاف جين معين أو متتابعة (DNA)لا يعد اختراعا موضوع براءة اختراع[3]، لكن إذا ما تم عزل هذا الجين أو تم إنتاجه بطريقة تقنية يمكن أن يكون اختراعا ومحل موضوع براءة اختراع، حتى لو كانت تركيبة هذا العنصر متطابقة مع تركيبة العنصر الطبيعي[4].

أثار النص السابق معارضة لهذا التوجيه الأوروبي، إذ كيف يكون نفس الجين البشري أو المورثة غير خاضع لبراءة الاختراع إذا كان في الجسم، ولكن بمجرد عزله أو استبعاده يصبح محل براءة الاختراع[5]، إلا أنّ هذا التناقض يزول بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من هذا التوجيه، والتي تنص على أن التطبيق

---

(1) Voir MARION Pascal, op-cit, p43.

(2) l'article 52 du C.B.E stipule : « ne sont pas considérées comme invention les découvertes aussi que les théories scientifique.

(3) L'article 5-1 du directive Européen 98/44/CE stipule : « le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables ».

(4)Articla 5-2 du directive Européen 98/44/CE stipule : « un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique، y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ».

(5) HAMROUNI Salwa, op-cit, p387.

الصناعي للجين أو متتالية جينية يجب أن يبين بوضوح في طلب البراءة، مما يفهم منه أنه لا يكفي استبعاد الجين أو المورثة وإنما يجب أن يكون لها تطبيقا صناعيا، وكذلك بالرجوع إلى حيثيات التوجيه[1]، التي تؤكد أن تحديد جين أو متتالية جينية دون توضيح مهامها لا يتضمن سوى معلومة تقنية ولا يمكن أن يكون محلا لبراءة اختراع.

يجب أن تبين وظائف الجين، وكذلك تطبيقاته الصناعية حتى يكون محل براءة اختراع، كما يشترط أيضا عدم الاستعمال الصناعي أو التجاري للجين البشري إلاّ لأغراض تشخيصية أو علاجية أو وقائية والتي تكون مفيدة للجنس البشري، هذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في و.م.أ في قرارها الصادر في قضية "ميرياد" سنة 2010[2]، حيث جاء فيه: "باعتبارها منتجات طبيعية، الجينات البشرية لا يمكن أن تكون محلا لبراءة اختراع"[3]، وكذلك ما أشارت إليه بعض القوانين الوطنية نذكر على سبيل المثال القانون المصري لحماية الملكية الفكرية الذي ينص على أنه "لا تمنح براءة الاختراع على الأعضاء البشرية والأنسجة والخلايا الحية والمواد البيولوجية الطبيعية والحمض النووي والجينوم"[4].

يستنتج إذن أنه ليس الجينوم البشري أو المتتالية الجينية (DNA) هي التي تكون موضوع البراءة وإنما تكون هذه الأخيرة على طريقة عزله أو كونه خارج بيئة الطبيعية، حيث تكون البراءة على منتجاتها أو استعمالها وفوائدها، بشرط اقترانها بتوافر الشروط الأخرى المتمثلة في الجدة والقابلية للتطبيق الصناعي.

---

(1) Voir les considérants 22, 23, 24 du directive 98/44/CE.

(2) القرار صدر في دعوى رفعت ضد شركة Myriade الأمريكية للأبحاث الجينية التي حصلت سنة 1998 على براءة اختراع للجين BRCA1 و BRCA2 المسؤولان عن مرض سرطان الثدي، حيث احتكرت هذه الشركة جميع الفحوص الوراثية للكشف عن هذا المرض، مما أدى إلى ارتفاع تكلفة هذه الفحوص، بالإضافة إلى عرقلة البحوث العلمية لإيجاد دواء أو مصل جديد لهذا المرض.

(3) القرار مشار إليه في: سلوى حمروني، مرجع سابق، ص389.

(4) أنظر المادة2-5 من القانون المصري، رقم 82 لسنة 2002م، المتعلق بحماية الملكية الفكرية، مرجع سابق.

تتماشى النصوص السابقة مع ما أشار إليه الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان عندما نص: "لا يمكن استخدام المجين البشري في حالته الطبيعية لتحقيق مكاسب مالية"[1]، أي أنه لا يمكن أن يكون الجينوم البشري وهو في حالته الطبيعية محلا لبراءة اختراع، ولكن يفهم من هذه المادة أيضا إذا ما تم استبعاد هذا الجينوم من بيئته الطبيعة أو أخضع لعمليات تحويل أو تصنيع فهنا يمكن استخدامه لتحقيق مكاسب مالية بما فيها استغلاله عن طريق براءة الاختراع.

ثانيا - أن يكون الاختراع جديدا (الجدة)

يكون الاختراع جديد، إذ لم يكن مدرجا في حالة التقنية وتتضمن هذه الحالة كل ما وضع في متناول الجمهور عن طريق وصف كتابي أو شفوي أو استعمال وسيلة أخرى عبر العالم وذلك قبل إيداع طلب البراءة أو تاريخ المطالبة بالأولوية بها[2].

لا يتوافر الجينوم البشري في حالته الطبيعة على عنصر الجدة، لأنه ليس سوى اكتشاف وهو ليس جديدا، فهو كان موجودا من قبل، أما الجين المعزول أو المستبعد عن الجسم بواسطة التقنية أو المتحصل عليه صناعيا ومطابقا للجينات الموجودة في الطبيعة يمكن اعتبارها جينا جديدا، إذا كانت تتضمن نشاطا ابتكاريا قابل للتطبيق الصناعي.

ثالثا: أن ينطوي الاختراع على نشاط إبتكاري

---

[1] المادة 4 من الإعلان العالمي للمجين البشري وحقوق الإنسان، مشار إليه سابقا.

[2] أنظر المواد 27 من اتفاقية "تريبس"، والمادة 54 من الاتفاقية الأوروبية لبراءة الاختراع، وأيضا المادة الثالثة من أمر 07/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءة الاختراع في الجزائر، والمادة 3 من قانون الملكية الفكرية المصري مرجع سابق، والمادة 3-1من قانون براءة الاختراع الأردني، مراجع سابقة.

يكون النشاط إبتكاريا إذا لم يكن التوصل إليه بديهيا لرجل المهنة العادي، المطلع على حالة التقنية الصناعية السابقة لموضوع الاختراع"[1]، هذا الشرط مستقل عن الجدة لأن التأكد منه يستلزم مقارنته بمقدار معرفة رجل المهنة، أي أن هذا الاختراع لا يخطر على باله دون بذل أي مجهود فكري ويعبر عن هذا الشرط أيضا "بعدم الوضوح لذاته"، أو "بعدم البديهية" وهو ما أشارت إليه إتفاقية "تربس" حيث جاء فيها أنه "يجوز للبلدان الأعضاء استعمال اصطلاحي "خطوة إبداعية " وقابل للاستعمال في الصناعة مرادفين لاصطلاحي "غير واضح أو تلقائي لذاته" و"مفيد" على التوالي"[2].

نستنتج إذن أن اختراع طريقة تقنية لعزل جين بشري أو متتالية جينية من(DNA)،أو اكتشاف وظيفته أو استعماله في اختراع دواء، أو مصل جديد يعتبر نشاطا ابتكاري، ولكن لا يعتبر كذلك اكتشاف جين طبيعي في حد ذاته. كما أن شرط النشاط الإبتكاري صعب التحقيق منه، لأنه يتعلق بعدم البديهية لرجل المهنة، وهذا يعني تقييم نوعية النشاط ومقارنته بمعلومات رجل المهنة، ويكون النشاط بديهيا لرجل المهنة إذ أمكنه تصوره في حياته دون أي مجهود من جهته.

رابعا: القابلية للتطبيق في الصناعة

نلاحظ أن النصوص المتعلقة ببراءة الاختراع لم تنص على التطبيق في الصناعة وإنما على القابلية للتطبيق في الصناعة، وهذه القابلية للتصنيع هي التي تميز لنا الاكتشاف عن الاختراع، ويقصد بالصناعة هنا بأوسع معانيها فلا تقتصر تطبيقها على الصناعة والتجارة بمعناها الحرفي وإنما تطبق كذلك على الصناعات الزراعية الاستخراجية وعلى جميع المجالات المصنعة أو الطبيعية مثل الأنبذة

---

[1] أنظر المادة56 من اتفاقية الأوروبية براءة الاختراع، والمادة 5 من الأمر 03-07 مؤرخ في 19 يوليو2003 يتعلق براءة الاختراع في الجزائر، والمادة3/ب من القانون الأردني براءة الاختراع، مراجع سابقة.

[2] المادة27-1 من اتفاقية تربس.

والحبوب وأوراق التبغ والفواكه والمواشي والمعادن والمياه المعدنية والبيرة والزهور والدقيق[1]، وهو ما نص عليه أيضا التوجيه الأ وروبي لسنة1998 عندما نص على أن التطبيق الصناعي للجين أو مقطع جزئي من الجين يجب أن يوصف بدقة في طلب البراءة[2].

أصبح للجينوم البشري ونتائج الأبحاث الجينية تطبيقات صناعية مختلفة، فهي تستخدم في الأبحاث الجينية لتشخيص الأمراض كاستخدام جين(CRA1) و(CRA2) التي تستخدم لتشخيص سرطان الثدي، وكذلك في صنع لقاحات مثل استخدام الجينات البشرية لصنع لقاح ضد مرض الإيدز، كما تستخدم الجينات البشرية في العلاج الجيني للأمراض الوراثية سواء للجنين في المراحل الأولى من الحمل، أو للأشخاص البالغين، هذا فضلا عن استخدامها في صنع الكثير من الأدوية والعلاجات، بفضل تطور نتائج الهندسة الوراثية وهذا يستدعي حماية هذه الاختراعات ببراءة اختراع لتشجيع الباحثين والمخترعين في هذا المجال[3].

رغم أن هناك الكثير من المعارضين لجعل الجينوم البشري موضوعا لبراءة الاختراع، إلا أنه يلاحظ أن مكاتب براءة الاختراع خاصة في و.م.أ واليابان قد منحت الكثير من براءة الاختراع للجينات البشرية إلى درجة أنه اليوم هناك أكثر من 20% من الجينوم البشري قد تم منح عليه براءة الاختراع، أما في أوروبا فإن الأمر يسير

---

(1) أنظر المادة1-3 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، والمادة6 من الأمر رقم 03-07، المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق ببراءة الاختراع، والمادة 3-2 من القانون الأردني، رقم 22 لسنة 1999 المتعلق ببراءة الاختراع.

(2) Article 5/3 du directive 98/44/CE stipule : « l'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un géne doit être concrètement exposé dans la demande de brevet>. et l'article 57 du C.B.E stipule : < Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture>

(3) سعيد سالم جويلي، العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من5 – 7ماي 2002م، ص ص1296-1298.

بنوع من الاحتشام، ولا يكاد يطرح في الدول العربية لعدم توافرها على التقنية اللازمة للبحث في هذا المجال[1].

تلك هي إذن الشروط الموضوعية لبراءة الاختراع على الجينوم البشري، فهل تمنح هذه الأخيرة بمجرد توافرها ، أم هناك قيود تحد من منح البراءة؟.

الفرع الثاني: القيود الواردة على منح براءة الاختراع على الجينوم البشري

لا يكفي توافر الشروط الموضوعية لمنح براءة الاختراع، وإنما يجب احترام بعض القيود الأخرى وهي: احترام الكرامة الإنسانية **(أولا)**، والنظام العام والآداب العامة **(ثانيا)** والمحافظة على الصحة العامة **(ثالثا)**.

أولا: احترام الكرامة الإنسانية

سبق الإشارة إلى أنّ الكرامة الإنسانية هي مصدر جميع حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وأنها الأساس الذي يقوم عليه مبدأ عدم الاتجار بجسم الإنسان، لذلك فإن النصوص المتعلقة بالتطورات الطبية وتقدم البيولوجيا لا يكاد يخلو نص منها من الإشارة إلى ضرورة احترام الكرامة الإنسانية في جميع الأبحاث والممارسات الطبية.

أكد الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان أن المجين البشري هو قوام الوحدة الأساسية لجميع أعضاء الأسرة البشرية، وقوام الاعتراف بكرامتهم الكاملة وتنوعهم[2]، ومن أجل ذلك قرر أن احترام حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية

---

[1] المرجع نفسه، ص ص 1299.

[2] المادة 1 من الإعلان العالمي بشأن المخين البشري وحقوق الإنسان.

لأي فرد أو مجموعة أفراد يعلو عن أي بحث يتعلق بالمجين البشري[1]، كما أكد على عدم جواز السماح بممارسات تتنافي مع كرامة الإنسان مثل الاستنسال لأغراض إنتاج نسخ بشرية[2]، وأن يكون الهدف من البحوث الخاصة بالمجين البشري تخفيف الآلام وتحسين صحة الفرد والبشرية جمعاء[3]، وبالنتيجة لا يمكن منح براءة اختراع على الجينوم البشري في حالته الطبيعية، لأن في ذلك امتهان للكرامة الإنسانية.

جعلت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي، من أهدافها حماية الكائن البشري وكرامته من نتائج التقدم البيوطبي[4]، وتمنع أن تكون عناصر جسم الإنسان كما هي مصدرا للربح[5]، وعليه لا يمكن أيضا منح براءة اختراع على الجينوم البشري، لأنه من أهم عناصر جسم الإنسان من جهة، ولأن في ذلك امتهان لكرامة الفرد والإنسانية جمعاء.

نص التوجيه الأوروبي للحماية القانونية الاختراعات البيوتكنلوجية ببراءة الاختراع على أنّ حق البراءة يمارس في إطار احترام المبادئ الأساسية التي تضمن كرامة وسلامة الإنسان[6]، لذلك نص على استبعاد جسم الإنسان في مراحل تكوينه المختلفة من براءة الاختراع، وكذلك مجرد اكتشاف أحد عناصره، بما في ذلك الجينات[7]. كذلك

---

(1) المادة 10 من نفس الإعلان.

(2) المادة 11 من الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان.

(3) المادة 12 من نفس الإعلان.

(4) Article 1 du la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

(5) Article 21 du la même convention.

(6) Voir le considérant 16 du directive 98/44/CE.

(7) L'article 5-1 du directive 98/44/CE stipule : <Le corps humain, au différent stade de sa constitution et de sont développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables>.

استثنت اتفاقية تربس من براءة الاختراع طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر[1].

لم تغفل القوانين الداخلية بدورها استثناء من براءات الاختراعات تلك التي يكون فيها مساسا بكرامة الإنسان، فاستبعدت طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر، وكذلك الاختراعات التي يكون منع استغلالها ضروريا لحماية الحياة أو الصحة البشرية [2]، كما نص بعضها صراحة على أنه لا تمنح براءة الاختراع على أعضاء جسم الإنسان، وأنسجته، وخلاياه، والحمض النووي والجينوم البشري[3]، لما في ذلك من امتهان للكرامة الإنسانية

لا تعتبر براءة الاختراع على الجينوم البشري إذن خروجا عن القواعد التي تحمي الجسم البشري أو عن مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان فحسب وإنما هي تستبعد على أساس مبدأ أكبر وهو احترام الكرامة الإنسانية.

إلى جانب احترام الكرامة الإنسانية، فإن الاختراع يجب أن تكون في إطار النظام العام والآداب العامة.

ثانيا: النظام العام والآداب العامة

أشارت كل من اتفاقية تريبس[4]، والاتفاقية الأوروبية لبراءة الاختراع[1]، وكذلك التوجيه الأوربي للحماية القانونية للاختراعات البيوتكنلوجيا[2]، إلى ضرورة أن يتوافق

---

[1] المادة 27-3 من اتفاقية تربس.

[2] نذكر على سبيل المثال المادة 8-2 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، والمادة 4 من القانون الأردني لبراءة الاختراع

[3] حيث جاء في المادة1 -5من القانون المصري رقم82 سنة 2000 المتعلق بحماية الملكية الصناعية :" لا تمنح براءة الاختراع للأعضاء والأنسجة و الخلايا الحية والمواد البيولوجية الطبيعية والحمض النووي والجينوم"

[4]أنظر المادة 2/27 من اتفاقية تريبس، التي جاءت كما يلي:" يجوز للبلدان الأعضاء أن تستثني من قابلية الحصول على براءات الاختراعات التي يكون منع استغلالها تجاريا في أراضيها ضروريا لحماية النظام العام أو

الاختراع مع النظام العام والآداب العامة حتى يمكن أن يكون موضوعا لبراءة الاختراع، حيث استبعدت من نطاق براءة الاختراع، جميع الاختراعات التي يكون في استغلالها التجاري مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فمثلا استبعدت الفقرة الثانية من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي[3]، من براءة الاختراع لمخالفته للنظام العام والآداب العامة ما يلي:

- طرق استنساخ الكائن البشري؛
- طرق التعديل الوراثي (الجين) للخلايا التناسلية البشرية؛
- واستعمال الجنين البشري لأغراض صناعية أو تجارية؛
- وطرق التعديل الوراثي للهوية الجينية للحيوانات التي تسبب لها ألما لا تبرره الضرورة الطبية للإنسان أو الحيوان وكذلك الحيوانات الصادرة عن هذه الطرق؛

فكما تعتبر هذه القواعد مخالفة للكرامة الإنسانية فهي تعتبر أيضا مخالفة للنظام العام والآداب العامة لأنها تمس بالأعراف والقيم الإنسانية والأخلاقية المتعارف عليها في المجمع الأوروبي بصفة خاصة والمجتمع الإنسانية بصفة عامة.

الأخلاق الفاضلة، بما في ذلك لحماية الحياة أو الصحة البشرية أو الحيوانية أو النباتية أو لتجنب الإضرار الشديد بالبيئة، شريطة ألاّ يكون ذلك الاستثناء ناجما فقط بحظر قوانينها لذلك الاستغلال"

(1) Voir l'article 53 de la convention sur le brevet européen.

(2) L'article 6-1 du directive 98/44/CE stipule :<Les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont exclues de la brevetabilité l'exploitation ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou règlementaire>.

(3) L'article 6-2 du directive 98/44/CE stipule :<Au titre du paragraphe 1 ne sont notamment pas brevetable :

a) Les procédés de clonage des êtres humains ;
b) Les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain ;
c) Les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ;
d) Procèdes de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme pu l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés.

أكدت غالبية القوانين الداخلية على عدم منح براءات للاختراعات التي يكون استغلالها التجاري مخالفا للنظام العام والآداب العامة على إقليمها، فمثلا أكد القانون الجزائري لبراءة الاختراع على أنه لا يمكن الحصول على البراءة للاختراعات التي يكون استغلالها على الإقليم الجزائري مخلا للنظام العام والآداب العامة[1]، وهو ما قرّره أيضا القانون المصري لحماية الملكية الصناعية[2]، وكذلك القانون الأردني لبراءة الاختراع[3].

تجدر الإشارة هنا إلى أن النظام العام له مفهوم واسع ويتغير حسب الزمان والمكان، فما هو مخالف للنظام العام في أوروبا، لا يعتبر كذلك في أمريكا، وما هو مخالف للنظام العام في الدول الإسلامية، لا يعتبر كذلك في الدول العلمانية، لذا فإن تقدير هذا القيد يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي وأيضا لمكاتب براءات الاختراع، فهناك من يعتبر مثلا براءة الجينوم البشري مخالفة للنظام العام والآداب العامة لأنها تتعلق بعنصر من جسم الإنسان (في غالبية الدول الأوروبية)، فيما يرى آخرون أنّ براءة الاختراع للاكتشاف الجينية ضروري لتقدم التكنلوجيا وتشجيع المخترعين (في و.م.أ)

ثالثا: حماية الصحة العامة

تستبعد غالبية التشريعات من براءات الاختراع تلك الاختراعات التي يكون في تطبيقها إضرارا بالصحة العامة أو البيئة، فقد نصت اتفاقية تريبس على أنه "يجوز للبلدان أن تستثني من قابلية الحصول على براءة الاختراع أن يكون منع استغلالها تجاريا في أراضيها ضروريا لحماية النظام العام أو الأخلاق الفاضلة، بما في ذلك حماية الحياة أو الصحة البشرية أو الحيوانية أو النباتية أو لتجنيب الأضرار الشديد

---

[1] جاءت المادة 8-2 من المر 03-07 المشار إليه سابقا، كما يلي:"لا يمكن الحصول على براءات للاختراعات التي يكون استغلالها على الإقليم الجزائري مخلا بالنظام العام والآداب العامة".

[2]حيث نصت المادة2-1 من القانون المصري المتعلق بحماية الملكية الصناعية على: "لا تمنح براءة الاختراع للاختراعات التي يكون من شأن استغلالها المساس بالأمن القومي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة أو الإضرار الجسيم بالبيئة أو الإضرار بحياة أو صحة الإنسان أو الحيوان و النبات".

[3] جاءت المادة4-أ من القانون الأردني لبراءة الاختراع كما يلي:"لا تمنح براءة الاختراع للاختراعات التي يترتب على استغلالها إخلال بالآداب العامة أو بالنظام العام".

بالبيئة"[1]، وهو ما نصت عليه أيضا مختلف النصوص الدولية والوطنية المنظمة لبراءة الاختراع"[2].

يمكن فهم تأثير براءة الجينوم البشري على الصحة العامة من خلال معرفة الحقوق التي تمنحها البراءة صاحبها، والتي هي في الواقع تقترب كثير لتلك الحقوق التي يمنحها حق الملكية فقط تختلف عنها في كونها محددة بفترة زمنية معينة، وتنصب على موضوع غير مالي وإن كانت تمنح صاحبها حقا ماليا واحتكارا تجاريا لموضوع الاختراع، فحسب النصوص السابقة[3] فإن البراءة تمنح لصاحبها الحقوق الآتية:

أ-حين يكون موضوع البراءة منتجا ماديا، حق منع أطراف ثالثة لم تحصل على موافقته من صنع أو استخدام أو عرض للبيع أو البيع أو استيراد ذلك المنتج لهذه الأغراض؛

ب- حين يكون موضوع البراءة عملية صناعية، حق منع أطراف ثالثة لم تحصل على موافقته من الاستخدام الفعلي للطريقة مع استخدام أو عرض للبيع وبيع أو استيراد على الأقل المنتج الذي تم الحصول على مباشرة بهذه الطريقة لهذه الأغراض؛

ج- لأصحاب براءات أيضا حق التنازل عنها للغير أو تحويلها للغير بالأيلولة أو بالتعاقب أو إبرام عقود منح التراخيص.

---

[1] أنظر المادة2/27 من اتفاقية تريبس "، والمادة 53/أ من الاتفاقية الأوروبية لبراءة الاختراع، والمادة 6 من التوجيه الأوروبي للحماية القانونية للابتكارات التكنولوجية، والمادة 3/8 من الأمر المتعلق براءة الاختراع الجزائري، والمادة 4 من القانون الأردني لبراءة الاختراع، مراجع سابقة.

[2] أنظر المادة 53/أ من الاتفاقية الأوروبية لبراءة الاختراع، والمادة 6 من التوجيه الأوروبي للحماية القانونية للابتكارات التكنولوجية، والمادة 3/8 من الأمر المتعلق براءة الاختراع الجزائري، والمادة 4 من القانون الأردني لبراءة الاختراع، مراجع سابقة.

[3] أنظر المادة 28 من اتفاقية تريبس، والمادة الأولى من التوجيه الأوروبي للحماية القانونية للاختراعات البيوتكنولوجية، الذي نص على التزام الدول باحترام التزاماتها المنصوص عليها في اتفاقية تريبس، المادة64 من الاتفاقية الأوروبية لبراءة الاختراع، والمادة 11 من الأمر 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003م، مراجع سابقة.

إن منح براءة لاختراع يكون له تأثير كبير على الصحة العامة، خاصة في الدول غير المتقدمة والتي هي تعاني من افتقارها إلى التكنولوجيا، وإلى الأبحاث في هذه المجالات فضلا عن احتياجها الدائم للدول المصنعة من أجل التطبيق الصناعي للاختراعات، فإذا كان تصنيف الاختراع له علاقة بفحوصات جينية مثلا أو بصنع أدوية ولقاحات لأمراض وراثية، فإن أصحاب براءة الاختراع سوف يحصلون على احتكار الاستغلال التجاري بجميع صوره لهذه الاختراعات، مما يؤدي إلى ارتفاع الأسعار، وعجز الدول غير المتقدمة على توفير الفحوصات والعلاجات لمواطنيها بأسعار مناسبة.

أصبح الحق في الصحة حقا من حقوق الإنسان، والتزاما على المجتمع الدولي نصت عليه الكثير من النصوص الدولية[1]، لذا فإن اتفاقية تريبس وضعت بعض الميكانيزمات التي تمكّن الدول غير المتقدمة من الوصول إلى الدواء أو العلاج رغم كونه موضوعا لبراءة الاختراع، وتتمثل هذه الميكانيزمات فيما ورد في المادة 30 والمادة 31 منها[2]، حيث تعطي هاتين المادتين للبلدان المتعاقد حق إصدار تراخيص

---

[1] نذكر على سبيل المثال المادة 15 من الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.،مرجع سابق.

[2] تنص المادة 30 "يجوز للبلدان الأعضاء منح استثناءات محدودة من الحقوق المطلقة الممنوحة بموجب براءة الاختراع، شريطة ألا تتعارض هذه الاستثناءات بصورة غير معقولة مع الاستخدام العادي للبراءة وأن لا تخل بالمصالح المشروعة لصاحب البراءة مع مراعاة المصالح المشروعة للأطراف الثالثة".

المادة 31: الاستخدامات الأخرى بدون الحصول على موافقة صاحب الحق.

"حين يسمح قانون أي من البلدان الأعضاء باستخدامات أخرى للاختراع موضوع البراءة الممنوحة، دون الحصول على موافقة صاحب الحق في البراءة بما في ذلك الاستخدام من قبل الحكومة أو أطراف ثالثة مخولة من قبل الحكومة، على البلدان الأعضاء احترام الأحكام التالية:

أ- دراسة كل ترخيص بالاستخدام في ضوء حداثته الذاتية.

ب- لا يجوز السماح بهذا الاستخدام إلا إذا كان من ينوي الاستخدام قد بذل جهدا قبل هذا الاستخدام للحصول على ترخيص صاحب حق البراءة بأسعار وشروط تجارية معقولة، وأن هذه الجهود لم تكلل بالنجاح في غضون فترة زمنية معقولة..."

وقد نصت المواد 38 - 50 على التراخيص الإجبارية.

إجبارية دون موافقة صاحب البراءة إلى جانب إعطائها الحق في الاستيراد الموازي خاصة للمواد الصيدلانية.

رغم الميكانيزمات السالفة فإن هذه الدول لا تستفيد من هذه الميكانيزمات في كثير من الأحيان وذلك أن المادتين (30) و(31) تضع شروطا تقريبا تعجيزية لتنفيذها. كما أنّ الدول المتقدمة تمارس ضغوطا كبيرة عليها بهذا الخصوص مما يجبر الدول الضعيفة على عدم استخدامها، خوفا من فقدانها للاستثمارات الأجنبية على أراضيها، وأيضا لارتفاع تكلفة القضايا في هذا المجال.

كان يجب أن يعامل الجينوم البشري بطريقة خاصة، لأنه تراث للإنسانية ومن حق الجميع أن يستفيد من التقدم العلمي والتكنولوجي في الأبحاث الخاصة به، لكن للأسف باسم الملكية الفكرية وبراءة الاختراع تم احتكار المعرفة، والحق في الصحة أهمل وباسم حرية التجارة التنوع البيولوجي أهدر[1].

منذ الثمانينات إلى الآن منحت الآلاف من براءة الاختراع على الجينات البشرية، وتحول الجين البشري إلى مادة أولية، وظهرت تجارة مربحة جدا هي تجارة الجينوم البشري التي تزيد من ثراء الدول المتقدمة صناعيا وتكنولوجيا مما جعلها تحرص على حماية حقوقها بشتى الوسائل بما فيها براءة الاختراع، لذا على الدول غير المتقدمة أن تضع قواعد تناسبها وخاصة في مجال براءة الاختراع، وأن تعمل على تشجيع الأبحاث العلمية في هذا المجال.

يتبين لنا من خلال هذا الباب أنّ مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان لا يشمل سوى عناصر الجسم في حالتها الطبيعية، أما العناصر التي تم تحويلها وتصنيعها فإنها تكون محلا للتصرفات القانونية المختلفة بما فيها الربح والاتجار، ولا يطبق عليها شرط المجانية إلاّ في مرحلة جمع هذه العناصر من المتبرعين.

---

(1) Pascale MARION، op-cit، p103.

لم يتوقف الأمر عند التعامل المالي في بعض عناصر الجسم ومنتجاته من طرف الأفراد، بل أصبح مفروضا من طرف بعض الدول، وذلك بإخضاع الاكتشافات المتعلقة بالجينوم البشري لبراءة الاختراع مما يعطيها حق احتكار كل الأبحاث والعلاجات المرتبطة بالجينات محل البراءة.

خاتمة

أوجد التقدم العلمي والتقني في المجال العلمي، العديد من المشاكل التي تواجه النشاط الطبي خاصة وأنه يمس أحد الحقوق المقدسة للإنسان، وهو الحق في سلامة الجسم، هذا ما جعلنا نبحث عن نطاق الحماية المقررة لهذا الحق في ظل هذا التقدم الهائل والسريع للأعمال الطبية.

ومن خلال دراستنا توصلنا إلى النتائج التالية:

- يتمثل نطاق الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم في ضمان سلامة الجسم وحفظه وذلك من خلال تأطير الأعمال الطبية وتنظيمها قانونا، واستبعاد جسم الإنسان وأعضائه ومنتجاته من نطاق التجارة عن طريق تكريس مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته.

- يعني الحق في سلامة الجسم حمايته من الغير بمنع المساس بجسم الإنسان إلّا في الحدود التي حددها القانون، وحمايته من الشخص ذاته بحظر التصرف بجسم الإنسان سواء بصفة كلية أو ببعض عناصره ومنتجاته.

- الحق في سلامة الجسم ليس حقا خالصا للفرد بل للمجتمع نصيب فيه.

- رغم أنّ الأعمال الطبية تقع على جسم الإنسان مباشرة، وتمس بحقه في سلامة جسمه إلا أنه هناك إجماع قانوني وشرعي على إباحتها، لأن الغاية منها هو تعزيز الحق في سلامة الجسم وحمايته من الأمراض، على أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط وهي الترخيص القانوني، والرضاء المستنير وقصد العلاج وحماية السر الطبي.

- أدى التطور العلمي والتكنولوجي في المجال الطبي إلى تطور المبادئ التي تحمي الحق في سلامة الجسم وظهور بعض المرونة في الأخذ بها، فبعد أن كان المبدأ هو عدم جواز المساس بجسم الإنسان مطلقا أصبح يجوز المساس بجسم

الإنسان ولكن برضاه، وبعدما كان الأصل هو عدم جواز التصرف في جسم الإنسان مطلقا أصبح يجوز التعامل في عناصر الجسم ومنتجاته ولكن بشكل مجاني.

- شروط ممارسة العمل الطبي أيضا تأثرت بالتطور الطبي والتكنولوجي، إذ أدخلت عليها الكثير من الاستثناءات خاصة فيما يتعلق بشرط الرضا، توافر قصد العلاج، والسر الطبي.

- يعتبر رضاء المريض شرطا أساسيا يجب توافره في جميع مراحل العمل الطبي، ويشترط فيه أن يكون حرا ومتبصرا، وصادرا عن ذي أهلية، وأن يكون مكتوبا كلما كان التدخل الطبي خطرا.

- يجب تبصير المريض تبصيرا كافيا وواضحا بكل ما يتعلق بحالته الصحية، ومخاطر المرض وأخطار العلاج، ونسبة نجاحه والبدائل الممكنة.

- يمكن للطبيب أن يجري تدخلا طبيا على جسم المريض دون الحصول على رضاء هذا الأخير أو من يمثله قانونا في الحالات الإستعجالية، وحالات التدخل الطبي الإجباري.

- يجب احترام إرادة المريض عند رفضه العلاج، لكن إذا كان ذلك العلاج ضروريا لبقائه على قيد الحياة، فقد توصلنا إلى ضرورة إجباره على العلاج لأن حياته ليست ملكا له.

- رضاء المريض لا يبرر قتل الرحمة، فهذا الأخير مجرّم قانونيا ومحرم شرعا لأنه إزهاق لروح إنسان، و الطبيب الذي يقدم عليه قد يعاقب بتهمة القتل العمد.

- يمكن إعفاء الطبيب من واجب تبصير المريض إذا كانت حالة هذا الأخير تستدعي ذلك، أو تنازل عن حقه في الإعلام، وفي الحالات الإستعجالية.

- يعتبر الالتزام بالحصول على رضاء المريض وتبصيره التزاما بتحقيق نتيجة، وبالتالي يقع على الطبيب عبء إثبات وجودهما.

- رغم أن مهنة الطب مهنة حرة إلاّ أنه لا يجوز للطبيب الامتناع عن علاج المريض في بعض الحالات كالعمل في المستشفيات العمومية، والتعاقد مع المؤسسات، وعدم وجود طبيب آخر، وفي الحالات الطارئة والحالات الإستعجالية.

- يسأل الطبيب في حالة امتناعه عن العلاج عن الأضرار التي تلحق المريض جنائيا ومدنيا.

- يعتبر قصد العلاج أساس إباحة الأعمال الطبية وشرطا من شروط ممارستها، حيث تقوم مسؤولية الطبيب إذا قصد غرضا آخر غير العلاج حتى ولو تم ذلك برضاء المريض.

- لقد تم التوسع في مفهوم العلاج حتى أصبح يشمل الكثير من الأعمال الطبية التي لم تكن مباحة من قبل: مثل الجراحة التجميلية، عمليات تغيير الجنس وعمليات زرع الأعضاء وغيرها، وأصبحت الكثير من التشريعات تشترط "الضرورة الطبية" بدلا من قصد العلاج.

- إتفق فقهاء الشريعة على أنه تعتبر عمليات تغيير الجنس لمجرد الرغبة دون دواعي مرضية محرمة شرعا، وأنّ كل نشاط جنسي من نفس الجنس يعتبر خطيئة تستوجب العقاب.

- تعتبر عمليات تغيير الجنس التي لا تستدعيها الضرورة العلاجية غير مشروعة في القانون الجزائري لعدم توافر قصد العلاج من جهة، ولمخالفتها للنظام العام والآداب العامة من جهة أخرى، ويمكن إدخالها في نطاق جرائم منصوص عليها في قانون العقوبات مثل الشذوذ الجنسي، جناية الخصاء، وإحداث عاهة مستديمة.

- ليس هناك خلاف بين فقهاء الشريعة والقانون حول مشروعية جراحة التجميل التقويمية أو التعويضية، لكن الخلاف قائم حول جراحة التجميل التحسينية.

- لا يزال القانون الجزائري خاليا من أي نص ينظم عمليات التجميل، رغم انتشار استعمالها على نطاق واسع، لذا تطبق عليها شروط ممارسة الأعمال الطبية والجراحية بصفة عامة، وتعتبر مخالفة للنظام العام إذا كانت تنطوي على تغيير في الخلقة.

- احترام خصوصية المريض وحياته الخاصة مرتبط باحترام كرامته الإنسانية، وهو التزام أخلاقي وقانوني على عاتق الطبيب، ويعتبر إفشاء السر الطبي جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات.

- أدّى تدخل التكنولوجيا في المجال الطبي إلى التوسيع في مفهوم شرط السر الطبي، إذ أصبحت المعلومات الطبية غير محصورة في الطبيب المعالج أو الفريق الطبي، وإنما أصبح الملف الطبي يحفظ في أجهزة الكمبيوتر وأحيانا يسجل في بنك للمعلومات الطبية (مثلا المعلومات الجينية)، أو البنوك الحيوية التي قد تتصرف فيه لمراكز الأبحاث.

- لم يعد قيام المسؤولية الطبية على أساس الخطأ يتناسب مع تطور الأجهزة الطبية ووسائل التشخيص والعلاج الحديثة، والتي يصعب معها إثبات الخطأ في جانب الطبيب، لذا من الضروري التوجه نحو المسؤولية الموضوعية التي تقوم على أساس الضرر.

- يشمل الضرر الطبي الأضرار الجسدية إلى جانب الأضرار المادية والمعنوية، ولم تعد قاعدة التعويض عما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة مناسبة في تقدير التعويض من الأضرار الطبية.

- من أجل تمكين المريض من الحصول على التعويض لابد من اللجوء إلى الآليات الجديدة التي تسهل الحصول على التعويض وتحمي المريض من إعسار

الطبيب وهي التأمين من المسؤولية المدنية، التأمين المباشر للمرضى، وصناديق التعويضات، وقد توصلنا إلى أنّ التأمين المباشر للمرضى هو من أنسب الأنظمة التأمينية في المجال الطبي لتعويض الأضرار التي تصيب المريض.

- التقدم الطبي يقوم على التجارب الطبية والعلمية، وهذه الأخيرة نتيجة حتمية لحرية البحث العلمي ولا يمكن الاستغناء عنها.

- من أجل حماية كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية تم تنظيم الأبحاث والتجارب الطبية لتتماشى مع الحقوق الأساسية للشخص وتوفق بين حق الشخص الخاضع للتجربة في سلامته البدنية، وبين حق المجتمع في التقدم العلمي.

- يشترط لإجراء التجارب الطبية على الإنسان الحصول مسبقا على الرضاء الحر والواعي للشخص الخاضع لها، احترام كرامته الإنسانية، الحرص على سلامته الشخصية، احترام حياته الخاصة، ضرورة التناسب بين مخاطر التجربة وفوائدها، وحقه في الانسحاب منها في أي وقت، إلى جانب الحصول على الترخيص بإجرائها من الجهات المختصة.

- لا يمكن الاعتماد على موافقة الممثل القانوني وحدها لإجراء التجارب الطبية والعلمية على القصر وعديمي الأهلية، لأن هذه التجارب تحمل مخاطر كبيرة على الشخص الخاضع لها ، ومن واجب الممثل القانوني أن يعمل لمصلحة من ينوب عنه وليس العكس، كما أنه ليس له التصرف في حق الغير في سلامة أجسادهم.

- يتحمل القائم بالتجربة المسؤولية المدنية عن جميع الأضرار التي تصيب الشخص الخاضع لها حتى ولو لم يرتكب أي خطا أثناء إجرائها.

- تقوم المسؤولية الجنائية العمدية للباحث ولمراكز الأبحاث عن مخالفتهم لأي شرط من شروط إجرائها.

- تقوم المسؤولية الجنائية غير العمددية للقائم بالتجربة عن جميع الأخطاء التي يرتكبها أثناء قيامه بالتجربة.

- يعتبر الاستنساخ البشري من أخطر التجارب الطبية على الإنسان، وعلى الجنس البشري ككل، وهو نوعان استنساخ علاجي واستنساخ تكاثري.

- يقوم الاستنساخ العلاجي على استنساخ الأجنة، أو الأعضاء البشرية أو الجينات من أجل استخدامها في الأبحاث العلمية والعلاجات الحديثة لكثير من الأمراض، وقد توصلنا إلى عدم مشروعية استنساخ الأجنة لأجل استخدامها في البحث العلمي أو العلاج، مع إباحة استنساخ الأعضاء البشرية والجينات للضرورة العلاجية.

- هناك إجماع حول حظر الاستنساخ البشري التكاثري شرعا وقانونا، لما فيه من مخالفة لقواعد الفطرة وامتهان للكرامة الإنسانية.

- تجارب تحسين النسل ولا سيّما تلك التي تكون من أجل التحكم في التطور الجسمي أو العقلي أو النفسي للإنسان من أجل الانتقاء المسبق بين الأشخاص محرمة شرعا وممنوعة قانونا .

- تجارب الجينات والخلايا الجذعية مباحة إذا ما احترمت كرامة الإنسان وحرمة الجنين البشري.

- استخدام المعلومات الجينية في أغراض غير العلاج الجيني، بل استخدامها لتصنيف الأفراد و الشعوب بناءا على صفاتهم الوراثية غير مسموح به شرعا وقانونا.

- إن نطاق الحماية المقررة للحق في سلامة الجسم في ظل هذا التطور الهائل في نوع الأعمال الطبية وفي وسائل تطبيقها، لم يقف عند ضمان سلامة الجسم، وإنما يمتد لضمان عدم الاتجار بجسم الإنسان وعناصره ومنتجاته.

- يتمثل الأساس القانوني لمبدأ عدم الاتجار بجسم الإنسان في مبدأ الكرامة الإنسانية، ومبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان.

- الكرامة الإنسانية قيمة متأصلة في الإنسان وليست حقا من حقوقه، بل هي مصدر كل حقوق الإنسان.

- احترام الكرامة الإنسانية يعني أن يعامل الإنسان دائما كغاية لا كوسيلة، فهو دائما صاحب حق لا موضوع للحق، و بالتالي لا يجوز طبقا لمبدأ الكرامة الإنسانية أن يعامل جسم الإنسان أو أعضاءه أو منتجاته كبضائع تباع وتشترى.

- يعني مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل القانوني أي الحظر المطلق للتصرف في جسم الإنسان سراء كان بمقابل أو بدون مقابل.

- يقوم مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان على فكرتين الأولى تتمثل في اعتبار الجسم و الشخص ذاته، لاندماجهما وعدم الفصل بينما، فالإنسان يتكون من روح وجسم هو غطاء الروح. أما الثانية فتعتبر الجسم شيء لكن خارج نطاق التعامل القانوني والدليل على ذلك التعويض عن الأضرار الجسمانية وكذلك الوضع القانوني للجثة.

- حق الإنسان عل جسده هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وبالتالي فهو حق غير مالي و خارج نطاق التعامل القانوني.

- حق الشخص على أعضاء الجسم المنفصلة عنه هو حق ملكية في القوانين الطبية الحديثة بدليل إباحتها للتبرع بالأعضاء، لكن رغم ذلك فهي لا تعتبر شيئا كبقية الأشياء الأخرى.

- تطور مبدأ عدم جواز التصرف في جسم إلى مبدأ عدم مالية جسم الإنسان الذي يسمح بالتصرف في أعضاء الجسم ومنتجاته لكن بدون مقابل مادي أي تبرعا.

- يجوز التبرع بعضو من الجسم أو أحد عناصره أثناء الحياة مع احترام مجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية، خاصة شرط الموافقة الحرة والمستنيرة وشرط السرية والمجانية وعدم تعريض حياة وسلامة المتبرع للخطر.

- يجوز نقل عضو من جثة شخص متوفى إذا أوصى بذلك أثناء الحياة مع احترام الضوابط الشرعية.

- علامات الموت عند الأطباء هي: توقف القلب، توقف التنفس، والدورة الدموية

- المراد بموت الدماغ هو تعطل جميع وظائف الدماغ تعطلا دائما.

- أن الراجح في موت الدماغ أنه لا يعد إنهاء للحياة، بل هو إنباء عن دخول الإنسان في مرحلة الموت بما يشبه السكرات، وأن جسده لن تبقى فيه الروح كثيرا.

- التبرع بعناصر الجسم ومنتجاته لا يتعارض مع تلقي المتبرع لتعويض عن التكاليف والمخاطر التي يتعرض لها بمناسبة تبرعه، كما لا يتعارض مع منحه هدية أو مكافأة مقابل عمله النبيل وتشجيع لعملية التبرع.

- يتجه الفقه و القوانين الطبية نحو قبول المقابل المادي في التنازل عن أعضاء الجسم ومنتجاته، خاصة مع تطور شركات الأدوية والمواد الصيدلانية التي تجني أرباحا هائلة من استخدام هذه العناصر.

- تحول مبدأ عدم مالية جسم الإنسان إلى مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان الذي يمنع جعل عناصر جسم الإنسان ومنتجاته مصدرا للربح، لكن لا يمنع البيع المدني دون قصد الربح.

- يترتب على مبدأ عدم الاتجار بجسم الإنسان مجموعة من القواعد للتصرف في عناصر الجسم ومنتجاته وهي الرضاء والسرية والمجانية في مرحلة التبرع.

- لا يشمل مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان سوى مرحلة التبرع بأحد عناصر الجسم أو منتجاته، إذ يشترط في التبرع أن يكون مجانا، لكن بعد هذه المرحلة وبعد

خروج هذه العناصر من حالتها الطبيعية، وتحويلها إلى مواد صيدلانية أو علاجية، فإن مبدأ المجانية يختفي وتصبح هذه العناصر خضع لقواعد التجارة.

- هناك الكثير من عناصر الجسم ومنتجاته التي لا تشملها مبدأ المجانية مثل الشعر والأظافر وبقايا العمليات الجراحية وبقايا عمليات الولادة، هذه العناصر أصبح لها أهمية كبيرة في المجال الطبي خاصة الأبحاث والعلاج، لذا تم إنشاء بنوك لجمعها وحفظها والتعامل بها.

- تمّ على مختلف دول العالم إنشاء بنوك حيوية وبنوك للحبل السري والمشيمة، وبنوك الدم وبنوك للنطف والأجنة البشرية، وأصبحت هناك شركات عالمية تقوم بجمع هذه العناصر من المتبرعين، لتقوم فيما بعد بتحويلها ثم التصرف فيها بأموال طائلة وذلك في ظل قواعد قانونية تمنع الاتجار في هذه العناصر "في حالتها الطبيعية" ومتى خرجت من هذا النطاق تعتبر عرضة للمتاجرة بها.

- اتفق فقهاء الشريعة المعاصرون على إباحة إنشاء بنوك للمشيمة والحبل السري لاستعمالها في المجالات الطبية المختلفة، كذلك تعتبر هذه العناصر من الناحية القانونية نفايات طبية و أشياء متروكة يجوز الاستيلاء عليها واستعمالها، وبالتالي يجوز إنشاء بنوك لها.

- ليس هناك خلاف على جواز الاستفادة من الجنين المجهض في مختلف العمليات الطبية، كعمليات نقل الأعضاء، واستنبات الخلايا الجذعية، والصناعات الدوائية.

- لا يجوز إجهاض الجنين عمدا من أجل الحصول على أعضائه وخلاياه لاستعمالها في الأغراض الطبية المختلفة، بل يقتصر على الإجهاض التلقائي أو الإجهاض لعذر شرعي.

- أقرّ فقهاء الشريعة الإسلامية أن الجنين المجهض بعد نفخ الروح فيه يعتبر إنسان ويجب أن يغسل ويصلى عليه ثم يدفن، أما إذا كان قد أجهض قبل نفخ الروح فيه ففي هذه الحالة يلف في قطعة قماش ويدفن دون أن يغسل أو يصلى عليه.

- يجوز التبرع بالدم بدون مقابل لاستعماله في العلاج، ويجوز إعطاء مقابل مادي للحصول عليه في حالة الضرورة الإستعجالية، ولكن لا يجوز الاتجار به.

- يجوز إنشاء بنوك للدم لاستعماله في العلاج عند الضرورة والحالات الطارئة و الحالات الإستعجالية.

- لا يجوز عند غالبة فقهاء الشريعة المعاصرين إنشاء بنوك لحليب الأمهات، لما فيه من شبهة تحريم النكاح عن طريق الرضاع.

- لا يجوز عند غالبية فقهاء الشريعة المعاصرين إنشاء بنوك للنطف و الأجنة لما في ذلك من اختلاط في الأنساب، وامتهان للكرامة الإنسانية.

- اتفق فقهاء الشريعة على عدم جواز التبرع بالنطف البشرية (الحيوان المنوي، والبويضة) لما في ذلك من مفسدة للأنكحة والأسرة والمجتمع، وتحريم أي إنجاب بتدخل طرف ثالث سواء بحيوان منوي أو بويضة أو رحم أو خلية جسدية.

- لا يجوز في القانون الجزائري إجراء التلقيح الصناعي إلا فيما بين الزوجين وبموافقتهما، وأثناء حياتهما، وبالتالي لا يجوز التبرع بالنطف البشرية.

- الحمل لفائدة الغير محرم في الشريعة الإسلامية باتفاق الفقهاء وممنوعا في غالبية قوانين الدول الإسلامية والعربية بما فيها القانون الجزائري.

- بداية الحياة الإنسانية تبدأ من لحظة التخصيب وبالتالي يجب أن تخضع الأجنة المخصبة خارج الرحمة إلى نفس الحماية التي تتمتع بها الأجنة الناتجة عن حمل طبيعي.

- الجينوم البشري هو أهم مكونات جسم الإنسان، لأنه يحمل الصفات الوراثية للشخص ويحدد هويته الجينية وحالته الصحية، كما أنه يحدد الصفات الوراثية للجنس البشري ككل التي تميزه عن أجناس الكائنات الحية الأخرى.

- تعتبر النصوص الدولية الجينوم البشري تراثا للإنسانية لذا تمنع أن يكون في حالته الطبيعية مصدرا للربح، كما تلزم القائمين بالأبحاث الجينية أن يراعوا مصلحة الأجيال القادمة عند تقييم البحوث.

- أدى انتشار الأبحاث الجينية إلى ظهور العديد من مراكز الأبحاث العامة والخاصة، وظهور شركات كبرى تقوم بتمويل الأبحاث الجينية لاستخدام نتائجها مستقبلا.

- أصبحت مراكز الأبحاث تتسابق إلى حماية نتائج أبحاثها عن طريق براءة الاختراع، التي تعطيها حق احتكار الاستغلال التجاري لنتائج هذه الأبحاث في غياب نصوص دولية أو وطنية تنظم الحصول على براءة الاختراع على الجينوم البشري، كان هناك اختلاف في المواقف بين مؤيد ومعارض.

- يضع المؤيدون لبراءة الاختراع على الجينوم البشري مجموعة من الشروط الموضوعية تتمثل في توافر الشروط العامة لبراءة الاختراع (أن يكون هناك اختراع، وأن يكون هذا الإخترع جديدا، ويتضمن نشاطا إبتكاريا، وأن يكون قابلا للتطبيق الصناعي)، بالإضافة إلى احترام الكرامة الإنسانية و الحفاظ على الصحة العامة.

- منح براءة الاختراع على الجينوم البشري أصبح أمرا واقعا في كثير من الدول كالولايات المتحدة الأمريكية، واليابان، وبعض الدول الأوروبية ، وقد تم منح براءة الاختراع على آلاف الجينات منذ التسعينات.

ما زال الطب في تطور مستمر، وما زالت نتائجه تبهرنا في كل مرة، ولا زالت الجهود مستمرة من رجال الدين والقانون والأخلاق لتنظيمها ووضع الضوابط القانونية

والأخلاقية حتى يتاح للجميع الاستفادة من مزاياها، ويتجنبوا مخاطرها التي قد تقضي على البشرية جمعاء.

تلك هي أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال بحثنا هذا وفيما يلي بعض الاقتراحات التي نراها مناسبة في هذا المجال:

- بذل المزيد من الجهود من أجل وضع اتفاقية دولية، ملزمة لجميع الدول لتنظيم الأعمال الطبية والبيولوجية وتحمي كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية في هذا المجال.

- ضرورة التعاون الدولي من أجل التصدي لمافيا تجارة الأعضاء.

- تنظيم التعاون الدولي في مجال البيولوجيا بين الدول المتقدمة والدول الفقيرة، بحيث لا تبقى هذه الأخيرة مجرد حقل للتجارب والأبحاث، دون أن تستفيد من نتائجها.

- إبرام اتفاقية دولية بين الدول الإسلامية على غرار ما هو موجود على المستوى الأوروبي، لتنظيم الأعمال الطبية وتحديد ما هو جائز شرعا، وما هو مخالف للشريعة الإسلامية، فليس كل ما يتوصل إليه العلم هو مقبول شرعا، كما أنه ليس من المعقول أن نرفض كل النتائج والاكتشافات الطبية الحديثة، بحجة أنه لم تكن موجودة في عصر النبوة والصحابة.

- ضرورة أن ينمي المسلمون قدراتهم العلمية والطبية خاصة في مجال الوراثة والجينات حتى لا تبقى هذه الأخيرة حكرا على غيرهم.

- أما على المستوى الداخلي فإننا نقترح على المشرع الجزائري ما يلي:

- إصدار تشريعات تسد النقض والثغرات الموجودة في النصوص الحالية، بما يتماشى مع التطور الطبي ومبادئ الشريعة الإسلامية وقيم وأخلاق المجمع الجزائري، خاصة وأن الكثير من هذه الأعمال أصبحت موجودة على أرض الواقع مع عجز النصوص العامة في القانون المدني وقانون العقوبات على احتوائها.

- وضع نصوص قانونية عامة تنشئ ما يسمى بالنظام القانوني لجسم الإنسان على غرار ما هو موجود في القانون الفرنسي، بحيث يكون هذا النظام صالح للتطبيق على كل الأعمال التي تقع على جسم الإنسان بما فيها الأعمال الطبية.
- وضع قانون للمسؤولية الطبية لما لهذه الأخيرة من خصوصية تقتضي وضع قواعد خاصة بها تناسب مهنة الطب والتطور الطبي.
- إضافة نصوص تنظم عمليات التلقيح الصناعي في قانون حماية الصحة وترقيتها، مع تنظيم عمليات جمع وحفظ وتجميد النطف البشرية المخصبة وغير المخصبة، ووضع ضوابط لبنوك النطف والأجنة، وبيان عدد عمليات التلقيح الصناعي التي يمكن اللجوء إليها.
- تجريم كافة طرق التلقيح الصناعي بتدخل طرف آخر غير الزوجين.
- تنظيم التجارب الطبية على بعض الفئات الخاصة مثل الأجنة، والمساجين، والمحكوم عليهم بالإعدام.
- تجريم تجارب الاستنساخ البشري التكاثري، واستنساخ الأجنة لأجل البحث العلمي، أو لأغراض صناعية أو تجارية.
- إضفاء الحماية الجنائية للبويضات المخصبة خارج الرحم.
- ضرورة تشديد المراقبة على الأطباء وعلى المنشآت الطبية لمنع الاتجار بالأعضاء البشرية.
- توسيع المجلس الوطني لأخلاقيات الطب ليشمل أعضاء من فقهاء الشريعة، ورجال القانون إلى جانب رجال الطب.
- تشجيع الباحثين في المجال الطبي وتشجيع الصناعات الدوائية من أجل ضمان حق الوصول إلى الدواء بسعر مناسب للجميع الأفراد.

وفي الأخير نقول: إن العلم ليس خطرا على الإنسان وإنما يكمن الخطر في سوء استخدام نتائجه، كما أنّه ليس بالنصوص وحدها تكرس الحقوق وإنما بالعمل على تطبيق هذه النصوص بإخلاص وضمير ونزاهة، ونختم بحثنا هذا بقوله تعالى:" سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق أو لم يكف بربك أنه على كل شيء شهيد" سورة فصلت، آية 53.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية

*القرآن الكريم

I – المصادر والمراجع الشرعية

1- ابن القيم الجوزية(شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي)، زاد المعاد في هدى خير العباد، حقق نصوصه وخرّج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، ط6، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية الكويت، 1984.

2- الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب)، الأحكام السلطانية للماوردي، ط1، مطبعة السعادة، القاهرة، 1977.

3- الترميذي (أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة)، سنن الترميذي، دار الفكر بيروت، بدون طبعة ولا سنة النشر.

4- المقدسي (أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة)، المغنى، ط9، دار الفكر، بيروت، 1405ه الموافق1984م.

5- الأندلسي (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم)، المتوفي سنة456ه، المحلى، ج7/10، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون طبعة ولا سنة النشر.

6- النووي (أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف)، شرح رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، شرحه وأملاه فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمن، طبعة مخرجة الأحاديث على كتب الشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، مع تعليقات العلاّمة عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ج3، ط1، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، 2009.

7- البخاري(أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم)، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى البغا، ط3، دار ابن كثير، بيروت،1987.

8- احمد بن حنبل، المسند، تحقيق أحمد معبد عبد الكريم، دار المنهاج 2008.

9- السجستاني (سليمان بن الأشعث أبو داوود السجستان)، سنن أبي داوود، تحقيق محمد عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، 1999.

10- القرشي (عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير)، تفسير القرآن الكريم، ط2، دار الخير، بيروت، 1991.

11- النيسابوري (مسلم بن الحجاج)، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بدون طبعة ولا سنة النشر.

12- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، القاهرة، 1987.

13- _____،هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، ط1،المكتبة الأكادمية، القاهرة،2001.

14- القرضاوي يوسف، الحلال والحرام في الإسلام، ط1، المكتب الإسلامي،القاهرة، 1978.

15- _____، زراعة الأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2006.

16- شوقي عبد الساهي، الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، بدون طبعة ولا سنة النشر.

17- علي محي الدين العزة داني، يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، مكتب دار البشائر الإسلامي، بيروت، 2004.

18- محمد متولي الشعراوي، فتاوى، ط1، مكتبة القرن، القاهرة، 1982

II-المعاجم والموسوعات

1-إبن منظور(أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صادر، بيروت، 1992.

2-الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء، ط2، لجنة النشر بوزارة التعليم العالي لجمهورية مصر العربية، القاهرة، 1970.

3-الموسوعة العربية العالمية، مؤسسة أعمال الموسوعة، الرياض، 1966.

III المراجع القانونية

أولا-الكتب

أ -الكتب العامة

1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009م.

2- أكرم نشأة إبراهيم، علم النفس الجنائي، ط1، دار الثقافة، عمان، 2011م.

3- بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010م.

4- بوشمة خالد، الشخص الحقيقي من منظور الفقه الإسلامي، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009م.

5- جعفور محمد سعيد، مدخل للعلوم القانونية،ج2، ط1، دار هومة، الجزائر، 2011م

6- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975م.

7- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني،ج2، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964م.

8- فريحة حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري، (جرائم الأشخاص والأموال)، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006م.

9- محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، ط1، دار الثقافة، عمان، 2012م.

10- محمود الأمين، شريعة حمورابي، ط1، شركة دار الوراق المحدودة، لندن، 2007

11- محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م.

12- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، ط1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، بدون سنة النشر.

13- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ط1، دار الهدى، الجزائر، 2009م.

ب: الكتب المتخصصة

1- أحمد حسام طه تمام، المسؤولية الجنائية للهندسة الوراثية في الجين البشري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.

2- أحمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008م.

3- أحمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، منشورات زين الحقوقية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2012م.

4- ـــــــــــــــــــ، هندسة الإنجاب والوراثة (في ضوء الأخلاق والشرائع)، ط1، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2001م.

5- أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010م.

6- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.

7- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.

8- أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م.

9- أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008م.

10- أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م.

11- أسعد عبيد اجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية، ط2، دار الثقافة، عمان، 2011م.

12- أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل الشرعية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.

13- أقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ط1، دار الهدى، الجزائر، 2010م.

14- أماني علي متولي، ضوابط استخدام الهندسة الوراثية والتلقيح الصناعي في الفقه والقانون، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012م.

15- أنس عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2013م.

16- أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2013م.

17- أنور أبو بكر كريم هواني الجاف، مدى شرعية تشريح جثة الإنسان (دراسة قانونية مقارنة)، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010م.

18- أنور أبو بكر هواني الجاف، مدى شرعية جراحة التجميل، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010.

19- إيمان مختار مختار مصطفى، الخلايا الجذعية وأثرها على الأعمال الطبية والجراحية من منظور إسلامي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 20014م.

20- أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية (بين الحظر والإباحة)، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م.

21- إيهاب مصطفى عبد الغني، نقل وزراعة الأعضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2011م.

22- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية في التبعات الطبية (دراسة مقارنة في القانون الجزائري والمقارن)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م.

23- بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009

24- _____، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان، في ضوء القانون الطبي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011م

25- بلخوخة محمد الحني، حقوق الإنسان والعمليات الجينية أو التصرف بالجينات، أكاديمية المملكة المغربية، الرباط، 1997م.

26- بوساق محمد المدني، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2004م.

27- ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

28- جعفور محمد سعيد، مدخل للعلوم القانونية، ج2، ط1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

29- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، في القانون الجزائري والمقارن، ط1، دار هومة، الجزائر، 2008م.

30- حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.

31- حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2001م.

32- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة النشر.

33- حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م.

34- حسين نوارة، الملكية الصناعية في القانون الجزائري، ط1، دار الأمل، تيزي وزو، 2015م.

35- خالد بن النوى، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010م.

36- خالد بوشمة، الشخص الحقيقي من منظور الفقه الإسلامي، ط1، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009.

37- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل قانون 5 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013م

38- خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج1، ط1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

39- دانييل كيفلين وليروي هود، الشفرة الوراثية للإنسان،(القضايا العلمية والإجتماعية لمشروع الجينوم البشري، ترجمة أحمد مستجير، عالم المعرفة، الكويت،1997م.

40- ديزموند. س. ت. نيكول، مقدمة في الهندسة الوراثية، ترجمة عبد القادر الرؤوف المالح، الهيئة العلمية للبحث العلمي، طرابلس، ليبيا، 2002م.

41- ذنون يونس صالح المحمدي، تعويض الأضرار الواقعة على حياة الإنسان وسلامة جسده، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013م.

42- رأفت أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، ط1 عالم الكتب الحديث، عمان، 2005م.

43- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 2007م.

44- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011م.

45- سلامة عبد الفتاح، أحكام عقد العلاج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1 دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م.

46- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، ط1 ، دار الثقافة، عمان، 1999م.

47- سينوت حليم دوس، استنساخ الإنسان حيا أو ميتا، ط1، المكتبة الأكاديمية القاهرة، 1999م.

48- شعبان الكومي أحمد قايد، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006م.

49- صفاء حسن العجيلي، الأهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة، ط1، دار الجامعة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2010 م

50- صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، صيدا، لبنان، 2013م.

51- صفوان محمد شديقات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، ط1، دار الثقافة عمان 2011م.

52- صفوان محمد غضبان، الفحص الطبي قبل الزواج، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009م.

53- طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.

54- عادل عبد الحميد الفجال، أحكام التصرف في الدم البشري، في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009م.

55- عبد الكريم مأمون، الحق في الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م.

56- عبد النباوي محمد، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2005م.

57- عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

58- عبد النبي محمود، الاعتداء على الجنين ووسيلة حمايته بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011م.

59- عبد الهادي مصباح، العلاج واستنساخ الأعضاء البشرية، ط1، الدار المصرية، القاهرة، 1969م.

60- عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2005م.

61- عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.

62- علاء علي حسين نصر، النظام القانوني لاستنساخ البشري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.

63- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط2، منشورات زين الحقوقية، صيدا، لبنان، 2010م.

64- علي محي الدين العزة، علي محي الدين العزة داني، فقه القضايا الطبية المعاصرة، مكتب دار البشائر الإسلامي، بيروت، 2004 م.

65- فيليب فروسارد، الهندسة الوراثية وأمراض الإنسان (الوراثة الحديثة ومستقبل البشرية)، ترجمة أحمد مستجير، مركز النشر لجامعة القاهرة، القاهرة، 1994م.

66- لقمان فاروق حسن نانه كه لي، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013م.

67- محمد قرماز نادية، الجراحة التجميلية –الجوانب القانونية والشرعية-، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

68- مجبل لازم مسلم المالكي، براءات الاختراع وأهمية استثمارها مصدرا للمعلومات العلمية والتقنية، مؤسسة الوراق، عمان، 2006م.

69- محمد إبراهيم سعد النادي، موت الدماغ وموقف الفقه الإسلامي منه، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2010م.

70- محمد حسين قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، ط1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012م.

71- محمد حسين منصور، نظرية الحق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

72- _____، المسؤولية الطبية، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،2005

73- محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية (رسالة دكتوراه)، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983م.

74- محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، ط1 دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010م.

75- محمد مرسي الزهرة، الإنجاب الصناعي (أحكامه القانونية وحدوده الشرعية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

76- محمود أمين، شريعة حمورابي، ط1، دار الوراق للنشر المحدودة، لندن، 2007.

77- محمود أحمد طه محمود، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003م.

78- مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011م.

79- مفتاح مصباح بشير الغزال، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية، المكتب الوطني للبحث والتطوير، طرابلس، ليبيا، بدون سنة النشر.

80- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الثقافة، عمان، 2002.

81- _____، المسؤولية الطبية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

82- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008م.

83- منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2010م.

84- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001م.

ثانيا : الرسائل الجامعية

أ-رسائل الدكتوراه

1- أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارة، جامعة روبير شومان في ستراسبورغ، 1995 (منشورة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999م.

2- أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010م.

3- أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، رسالة دكتوراه منشورة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م.

4- إياد أحمد محمد إبراهيم، الهندسة الوراثية بين المعطيات العلمية والضوابط الشرعية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2001م.

5- إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994م.

6- شعلان سليمان، نطاق الحماية الجنائية الأعمال الطبية الفنية الحديثة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2002م.

7- شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001م.

8- عبد العال صدقي السيد محمد الزيني، الاستنساخ من منظور حرية الإنسان في كيانه البشري، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001م.

9- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010م.

10- فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز، الحماية الجنائية لسلامة الجسم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1990م.

11- محمد أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء(دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.

12- محمد أمين متولي عبد الحميد، المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2002م.

13- محمد سامي السيد الشوّال، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1986م.

14- محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية رسالة دكتوراه منشورة، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983م.

15- محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء الناشئة عن الأساليب العلمية الحديثة في الطب، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997م.

16- محمد فائق الجوهري، المسئولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1951.

17- ممدوح محمد خيري هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1996.

18- مكرلوف وهيبة، الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

19- ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، رسالة دكتوراه منشورة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م.

20- ناجي رجاء، نقل وزرع الأعضاء، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط، أكدال، 1997م.

21- وائل محمود أبو الفتوح أحمد العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005م.

22- يوسف بن عبد الله بن أحمد الأحمد، أحكام نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2004.

ب -رسائل الماجستير

23- أبو مطر ناريمان محمد وفيق، التجارب العلمية على الإنسان، رسالة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2011.

24- بن عيسى رشيدة، الاستنساخ البشري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004

25- تمام اللودعمي، أحكام الجينات البشرية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه ومذاهبه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2006.

26- دعاء تيسير خليل بكر، استنبات الأعضاء البشرية بوساطة الخلايا الجذعية والجينات، وحكمه في الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2008.

ثالثا: البحوث والمقالات

أ -بحوث المؤتمرات العلمية

1- إبراهيم بن ناصر الحمود، العلامات الوراثية وحجيتها في الإثبات، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي العاشر، بعنوان "الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، في الفترة من 2-3 أبريل2006، أعمال المؤتمر، ص ص511-535.

2- البار محمد علي، الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية، بحث مقدم في مؤتمر "الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون"، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 5 إلى 7 مايو 2002م، أعمال المؤتمر، ص ص1177-1202.

3- السيد محمد أحمد الدّيب ، زراعة الأعضاء البشرية من خلال تجربتي الذاتية بين الأحياء والأموات والضوابط الشرعية، بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث عشر، لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، "بعنوان زراعة ونقل الأعضاء"، بتاريخ 10 مارس2009، أعمال المؤتمر، ص ص 2-11.

4- إيمان محمد أحمد النشار، الاستنساخ العلاجي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي العاشر، بعنوان "الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، في الفترة من2-3 أفريل2006، أعمال المؤتمر ص ص654-685.

5- أوسكين عبد الحفيظ وعمراني أحمد، النظام القانوني للأجنة الزائدة، بحث مقدم في مؤتمرة الفقه الإسلامي الثاني، بعنوان "قضايا طبية معاصرة"، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، في الفترة من 25-27 ربيع الثاني 1431هـ، المملكة العربية السعودية، 2010م، السجل العلمي للمؤتمر، المجلد الثالث، ص ص2149-2190.

6- حسام الدين فاضل، بنوك دم الحبل السري والاعتبارات الخلقية، بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي الدولي الثاني، بعنوان "قضايا طبية معاصرة"، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، في الفترة من 25-27 ربيع الثاني 1431هـ، المملكة العربية السعودية، 2010، السجل العلمي للمؤتمر، المجلد الرابع، ص ص 2317-2360.

7- جاسم علي سالم الشامسي، التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل، بحث مقدم إلى ندوة " التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 20-22 ديسمبر 1997، سجل أعمال الندوة، ص ص565-582.

8- سامح جابر البلتاجي، الاستنساخ البشري بين الحظر والإباحة، بحث مقدم في المؤتمر العلمي السنوي العاشر بعنوان الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات الهندسة الوراثية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، من 2 إلى 3 أفريل 2006م، أعمال المؤتمر، ص ص617-651 .

9- سعيد سالم جويلي، العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان، بحث مقدم في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 5 إلى 7 مايو 2002م، أعمال المؤتمر، ص ص 1285- 1324.

10- عبد الستار أبو غدة، المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج من فقه الطبيب وأخلاقيات الطب ومدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة، بحث مقدم لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الثامن ، ببندر سير باجوان، عاصمة بروناي من 1-7 محرم 1414 الموافق21-27 يونيو1997، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، دورة مؤتمره الثامن، الجزء الثالث، العدد الثامن،1414هـ الموافق1993م، ص ص129-178.

11- عبد العزيز السويلم، الأسس الأخلاقية للبنوك الحيوية، بحث مقدم في مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني بعنوان "قضايا طبية معاصرة"، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2010م، السجل العلمي للمؤتمر، المجلد الرابع، ص ص2273-2313 .

12- فايز عبد الله الكندري، الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات الهندسة الوراثية، بحث مقدم في المؤتمر العلمي العاشر بعنوان الجوانب القانونية والاقتصادية والشرعية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، من 2 الى 3 مايو 2006م، السجل العلمي للمؤتمر، ص ص433-456.

13- محمد سعيد رمضان البوطي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيّا أو ميّتا، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، في دورته الرابعة، المنعقدة بجدة، في الفترة من 6-11 فبراير1988، تحت عنوان انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميّتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الأوّل، الجزء الأول،1988، ص ص188-213.

14- محمد سليمان الأشقر، نهاية الحياة، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، في دورته الثالثة، المنعقدة بعمان في الفترة من 11-16 أكتوبر1986 حول أجهزة الإنعاش، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، 1987، ص 660-677.

15- _____إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الثامن، ببندر سير باجوان، عاصمة سلطنة بروناي، في الفترة من1-7 محرم1414هـ الموافق21-27 يونيو1993م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، عدد59، 1414هالموافق1993م، ص ص 22-39.

ب-المقالات

16- أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي، مجلة الحقوق والشريعة، العدد1، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981، ص ص103-119.

17- أحمد محمد خلف المومني، القتل المريح بين الشريعة والقانون، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد4، العدد3، جامعة آل البيت، الأردن، 2008، ص ص71-88.

18- أقرورو سميرة، امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة والعلاج لشخص في خطر بين التكييف القانوني، التأصيل الفقهي والتطبيق القضائي، مجلة القصر، العدد21، المغرب 2008، ص ص71-81.

19- أوان عبد الله الفيضي، حقوق الجنين بين الشريعة والقانون، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد5، العدد10، جامعة الموصل،2010، ص ص71-116.

20- إبراهيم بحماني، الحماية الجنائية لنقل الأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، مجلة القضاء والقانون، العدد151، وزارة العدل، المغرب، 2009، ص ص 49-73.

21- الجوهري أحمد جلال الدين، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد1، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981، ص ص121-130.

22- القيسي معتز محي عبد الحميد، الأحكام القانونية لاستخدام الجين البشري، مجلة شؤون اجتماعية، السنة11، العدد76، الجامعة المستنصرية، العراق، 2002، ص ص 161-177.

23- بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 3، جامعة الجزائر،1993، ص ص564-606.

24- _____الخلايا الجذعية ومدى مشروعية استخدامها من الوجهة الشرعية والأخلاقية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد2، جامعة الجزائر، 2008، ص ص215-242.

25- بن عزة ثابت مليكة، أسباب الإباحة وموانع المسؤولية في جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون الجنائي الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،2012، ص ص 821-874.

26- بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم(دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد9، عدد33، السنة الثانية عشر، العراق، 2007، ص ص1-43.

27- تشوار جيلالي، الجنس، الزواج والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء33، عدد4، جامعة الجزائر، 1995، ص ص788-828.

28- _____ الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، عدد 4، ج36، جامعة الجزائر، 1999.

29- تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج41، عدد1، جامعة الجزائر، 2003، ص ص 23-53.

30- جابر إسماعيل الحجاحجة، القتل بدافع الشفقة، دراسة مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد5، العدد3/أ، جامعة آل البيت، 2009، ص ص223-233.

31- جابر علي مهران، "حكم الاستنساخ والتلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي"، مجلة الدراسات القانونية، العدد21، جامعة أسيوط، 1998م، ص ص144-213.

32- جميل صبحي برسوم، التحول الجنسي وما يثيره من مشاكل قانونية، مجلة الميادين، العدد7، جامعة محمد الأول، وجدة، 1991، ص ص47-67.

33- حاج عزام سليمان، جنحة إفشاء السر الطبي وحالات انتفائها، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد3، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2010، ص ص139-146.

34- حمد فخري عزام، الضوابط الشرعية العامة للأعمال الطبية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد20، العدد 9، جامعة مؤتة، الأردن، 2005، ص ص90-119

35- حمدي فخري، معصومية الجسد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد29، جامعة عين شمس، 2016 ، ص ص 1-109.

36- رجاء ناجي المكاوي، الجوانب القانونية لنقل وغرس الأعضاء، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد37، جامعة الرباط-أكدال-2006 .

37- رنا عبد عبد المنعم الصراف، مسؤولية الطبيب غير العمدية عن التلقيح الصناعي الخارجي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد12، العدد47، العراق، 2011، ص ص237-270.

38- سعد بن عبد العزيز الشويرخ، موت الدماغ، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد11، المملكة العربية السعودية، 2011، ص ص241-350.

39- سميرة أقرورو،امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة/ العلاج لشخص في خطر بين التكييف القانوني، التأصيل الفقهي، والتطبيق القضائي، مجلة القصر للدراسات والوثائق القانونية، العدد21، المغرب 2008، ص ص 71-81.

40- _____، الحماية الشرعية والتشريعية للأجنة البشرية وإشكالية حماية الأجنة المخصبة خارج الرحم، مجلة القصر للدراسات والوثائق القانونية، العدد25، المغرب، 2010، ص ص111-121.

41- عبد الله بن إبراهيم الموسى، امتناع الطبيب عن العلاج بين الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، السنة الرابعة والعشرون، العدد44، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2010، ص ص 271-339.

42- عبد الله محمد الجبوري، فقه الطبيب وأدبه في المنظور الإسلامي، مجلة الحكمة، العدد25، الجمعية الفقهية السعودية، المدينة المنورة، 2008، ص ص23-60.

43- عبد الله محمد علي الزبيدي، الإشكالية القانونية التي تثيرها المسؤولية العقدية للطبيب في جراحة التجميل، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد2، العدد4، جامعة مؤتة، الأردن، 2011، ص ص 234-274.

44- علي خطار شطناوي، حق الزوجين في الإنجاب، مجلة الشريعة والقانون، العدد 15، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2001، ص ص467-541.

45- علي علي سليمان، تعليق على حكم في قضية تغيير الجنس، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 34، عدد4، جامعة الجزائر، 1996، ص ص 615-622.

46- علي محمد يوسف المحمدي، "الاستنساخ من الناحية العلمية والشرعية"، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون، الجزء2، العدد10، جامعة طنطا، 1999، ص ص173- 211.

47- فايز عبد الله الكندري، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية، مجلة الحقوق، العدد2، السنة 22، جامعة الكويت، 1998، ص ص783-829.

48- فرهاد سعيد سعدي، "الحق في الصحة وحماية حقوق الملكية الفكرية"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة الخامسة، المجلد5، العدد18، جامعة تكريت، العراق، 2014، ص ص119-170.

49- فواز صالح، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، دراسة قانونية مقارنة، المجلة العربية للطب الشرعي والعلوم الجنائية، المجلد4، العدد14، سوريا، 2004، ص ص36-57.

50- _____،ا لمبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية، مجلة الشريعة والقانون، العدد 22، جامعة دمشق، 2005م، ص ص151 -237.

51- _____المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد22، العدد1، جامعة دمشق، 2006، ص ص121-153.

52- فايز الظفيري، "نقل وزراعة الأعضاء من منظور جنائي، محاولة لدراسة تحليلية نقدية للقانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية"، مجلة الحقوق، العدد2، السنة الخامسة والعشرون، جامعة الكويت، جوان 2001، ص ص101-201 .

53- قليش أحمد، القتل بدافع الشفقة وموقف القانون الفقه والدين، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد20، مراكش، 2016، ص ص157-293.

54- قندلي رمضان، الحق في الصحة في القانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد6، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص ص217-247.

55- محمد بن يحي حسن النجيمي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، العدد 37، الرياض، 2004م، ص ص96-203.

56- محمد حسين الحمداني، رنا عبد المنعم الصراف، "تقنيات العلاج الجيني في ضوء مبدأ حرمة جسم الإنسان"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، العدد 52، السنة السابعة عشرة، العراق، 2012م، ص ص203-251.

57- محمد علي البار، الموت الإكلينيكي والموت الشرعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد11، السنة التاسعة، مكة المكرمة،1998 ، ص ص 131-165.

58- محمد نجيب عوضين المغربي، حكم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد68، جامعة القاهرة، 1998م، ص ص239-291.

59- محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الجزء3، العدد6، المملكة العربية السعودية، 1470هـ الموافق 1990م، ص ص1861- 1937.

60- محمد يحي المحاسنة، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية، مجلة الحقوق، العدد3، السنة الثامنة والعشرون، جامعة الكويت، 2004، ص ص 261-311.

61- محمد واصل، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد18، العدد2، جامعة دمشق، 2002، ص ص31-45.

62- محمود حسن، لنظام القانوني للطب الإنجابي في التشريع التونسي، مجلة المحاكم المغربية، عدد 102، هيئة المحامين، الدار البيضاء، 2006م، ص ص68-90.

63- محمود محمد حسن، بيع الأعضاء الآدمية في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد5، جامعة المنصورة، 1989م، ص ص57- 109.

64- مسعود صبري ابراهيم، موت الدماغ في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، العدد الأول، جامعة الكويت، 2012، ص ص9-46.

65- معتز محي عبد الحميد القسي، "لأحكام القانونية لاستخدام الجين البشري، مجلة بحوث ودراسات، العدد72، السنة التاسعة عشرة، الجامعة المعتزية، العراق 2002م، ص ص161- 204.

66- منال بنت سليم رويفد الصلعدي، الجراحة التجميلية أحكامها وضوابطها، مجلة أبحاث، العدد31، جامعة القاهرة، 2017، ص ص581-624.

67- ناصر عبد الله الميمات، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، العدد18، جامعة الإمارات العربية المتحدة،2003م، ص ص167- 229.

68- نشوان زكي سليمان، ماهية التصرف بالنطف والأجنة البشرية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد15، العدد52، السنة 17، العراق،2011، ص ص1-52.

69- نعوم مراد، بعض أنواع الأعمال الطبية والجراحة المستخدمة في الشريعة الإسلامية بين الإباحة والتحريم، موسوعة الفكر القانوني، العدد5، مركز الدراسات والبحوث القانونية، وهران، 2004، ص ص 5-25.

70- هالة بنت محمد بن حسين جستنية، الامتناع عن إسعاف المريض، مجلة العدل، العدد52، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، 1432هـ الموافق2011م، ص ص104-156.

71- يوسف وهابي، تحاليل البصمة الوراثية ودورها في إثبات أو نفي النسب، مجلة الملف، العدد8، جمعية هيئات المحامين، الرباط، 2006، ص ص 10-37.

رابعا: النصوص القانونية

أ-الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر

1- اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، تم إبرامها في باريس بتاريخ 20 مارس 1883م وعدلت في بروكسل في 04 ديسمبر 1900، وبواشنطن في 02 جوان 1911، وفي لاهاي في 06 نوفمبر1925م، ولندن في 02 جوان 1934م ولشبونة

في31 أكتوبر1953م، وستوكهولم في14 جويلية1967م، وتم تنقيحها في 02 أكتوبر 1979م. صادقت عليها الجزائر بمقتضى الأمر رقم 66 -48، مؤرخ في 25 فيفري 1966، يتضمن تصديق الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية الصادرة في 02 مارس 1883م، الجريدة الرسمية عدد 16، صادر بتاريخ 25 فيفري 1966م.

2- اللائحة رقم217أ (د-3)، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر1948م المتضمنة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي دسترها المشرع الجزائري في المادة 11 من دستور 1963م. الإعلان متاح على الموقع: www.un.org>universal.declaration.hm

3- اللائحة رقم217أ (د-3)، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر1948م المتضمنة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي دسترها المشرع الجزائري في المادة 11 من دستور 1963م. الإعلان متاح على الموقع: www.un.org>universal.declaration.hm

4- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د-21) الصادر في 16 ديسمبر 1966م المتضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والنافذ في 23 مارس 1976م، صادقت عليه الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989م، وافق عليه المجلس الشعبي الوطني بالقانون رقم 89-17 مؤرخ في 25 أفريل 1989م، ج.رج ج عدد 17 صادر بتاريخ 26 أفريل 1989م، االعهد متاح على الموقع: www.un.org

5- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف(د-21)، الصادر في 16 ديسمبر1966م يتضمن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، دخل حيز التنفيذ في 03 جانفي 1976، صادقت عليه الجمهورية الجزائرية

الديمقراطية الشعبية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-80 مؤرخ في16 ماي 1989م، بعد أن وافق عليه المجلس الشعبي الوطني بالقانون رقم 89-08، مؤرخ في25 أفريل1989م، ج.رج ج عدد 17 الصادر بتاريخ 26 أفريل 1989م، العهد متاح على الموقع: www.un.org

6- ميثاق نيروبي المؤرخ في 28 جويلية 1981م، يتضمن الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، دخل حيز التنفيذ في26 أكتوبر 1986م، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-37، مؤرخ في 03 فيفري1987م، ج.رج ج عدد 06 لسنة 1987م.

7- بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، ولاسيما النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، الصادر بمقتضى قرار الجمعية العامة لالأمم المتحدة رقم 25(د-55)، مؤرخ في 15 نوفمبر 2000 ،صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-418 بتحفظ، في 09 نوفمبر2003م، ج.رج ج عدد 69، الصادر بتاريخ 12 نوفمبر2003م.

ب الدساتير الجزائرية

1- دستور1963 الذي تم عرضه على الاستفتاء الشعبي في08 سبتمبر1963، ثم صودق عليه من طرف المجلس الوطني التأسيسي ونشر بالجريدة الرسمية، عدد 64، صادر بتاريخ 10 سبتمبر 1963، تم إلغاؤه بموجب أمر رقم182-65 الصادر في10 جويلية1965 .

2- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996، الموافق عليه بالاستفتاء في 28 نوفمبر 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مورخ في 7 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76، صادر بتاريخ 8 ديسمبر1996، متمم بموجب

القانون رقم02-03 مؤرخ في 10 أفريل2002 ،ج ر ج ج عدد25، الصادر في 14 أفريل2002 ، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم08-19، مؤرخ في15 نوفمبر2008 ، ج رج ج،عدد63، الصادر في 16 نوفمبر2008 ،معدل ومتمم بموجب القانون رقم16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، ج.ر.ج.ج، عدد 14، صادر بتاريخ 7 مارس 2016.

ج: النصوص التشريعية

1- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 جوان 1966م، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر.ج.ج، عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966م، معدل ومتمم.
2- أمر رقم 70-20 مؤرخ في07 فبراير1970م، يتضمن قانون الحالة المدنية، ج.ر عدد 13، صادر بتاريخ 10 فبراير1970م.
3- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج، عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975م معدل ومتمم.
4- أمر رقم 75-59، مؤرخ في26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري الجزائري، ج. ر عدد 101، صادر بتاريخ 19 ديسمبر1975م، معدل ومتمم.
5- قانون رقم 83-13، مؤرخ في20 جويلية 1983 يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر.ج.ج، عدد 28، الصادر بتاريخ 25 جويلية 1983 .
6- قانون رقم 84-11، مؤرخ في09 جوان 1984م، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.رج.ج، عدد 24 الصادر بتاريخ 12 جوان 1984م، معدل ومتمم.
7- قانون رقم 85-05، مؤرخ في 16 فبراير1985م، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج، عدد08، الصادر في 18 فيفري1985م، معدل ومتمم.

8- قانون رقم 88-31، مؤرخ في 19 يوليو1988، يعدل ويتمم الأمر رقم74-15، المؤرخ في30 يناير1974 المتعلق بلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.ج، عدد29، صادر بتاريخ20 يوليو1988.

9- أمر رقم 95-07، مؤرخ في25 يناير1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، عدد 13، صادر بتاريخ 08 مارس1995م، معدل ومتمم.

10- أمر 03-07، مؤرخ في 19 يوليو 2003م، يتعلق ببراءة الاختراع، ج. ر. ج. ج. عدد 44، صادر بتاريخ 23 جويلية 2003م.

11- قانون رقم05-04، مؤرخ في6فبراير2005 يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر.ج.ج، عدد12، صادر بتاريخ13 فبراير2005، معدل ومتمم.

12- قانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58، المؤرخ في26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد43، صادر بتاريخ20 يونيو2005.

13- قانون رقم 16-03، مؤرخ في19 جوان 2016 يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج. ر. ج. ج عدد 37، صادر بتاريخ 22 جوان 2016.

د- النصوص التنظيمية

1- مرسوم رقم 88-204، مؤرخ في18 أكتوبر1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها، ج. ر. ج. ج، عدد 42، صادر بتاريخ 1988/10/19 معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 02-69، مؤرخ في06 فبراير2002م، ج. ر. ج. ج عدد 42، صادر بتاريخ 19 أكتوبر 2002م.

2- مرسوم تنفيذي رقم92-276، مؤرخ في 06 جويلية 1992م، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر. ج. ج، عدد 52، صادر بتاريخ 08 جويلية 1992م.

3- مرسوم تنفيذي رقم95-108، مؤرخ في9 أفريل1995 يتضمن انشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، ج.ر.ج.ج، عدد21، صادر بتاريخ 19 أفريا 1995.

4- مرسوم تنفيذي رقم 03-478، مؤرخ في09 ديسمبر 2003م، يحدد كيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 19 ديسمبر 2003م.

5- مرسوم تنفيذي رقم 05-275، مؤرخ في 02 أوت 2005 يحدد كيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها، ج. ر عدد 54، صادر بتاريخ 07 أوت 2005م.

هـ - القرارات واللوائح

1- قرار وزاري رقم 34، صادر في2002/11/19، يحدد المعايير العلمية التي تسمح بالمعاينة الطبية والشرعية للوفاة بهدف نزع الأعضاء والأنسجة البشرية. متاح على الموقع: www.santè.gov.dz

2- قرار وزاري رقم 87، مؤرخ في 31 جويلية 2006، يتعلق بالتجارب الكلينكية على الإنسان، متاح على الموقع: www.santè.gov.dz

3- قرار وزاري رقم198، مؤرخ في15 فيفري2006، يتضمن إنشاء وتنظيم وصلاحيات هياكل نقل الدم، متاح على الموقع: : www.santè.gov.dz

4- التعليمة الوزارية رقم300، الصادرة عن وزير الصحة في 12 ماي 2003، والتي حددت التطبيقات الكلينكية والبيولوجية في الطب الإنجابي. متاح على الموقع: www.santè.gov.dz

و: تشريعات بعض الدول

1- القانون السويدي الصادر في 21 أفريل 1972 المنظم لعمليات تغيير الجنس، متاح على الموقع: http://www.net.ris.com

2- القانون الألماني الصادر في 10 سبتمبر 1980، ودخل حيز التنفيذ في 1 جانفي 1981، يتعلق بعمليات تغيير الجنس، متاح على الموقع:
http://germanynarabic.com

3- مرسوم اشتراعي لبناني رقم109، صادر في 16 سبتمبر 1983م، يتعلق بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجيات طبية وعلمية، متاح على الموقع: ccnle.org.lb

4- القانون التونسي رقم22 لسنة 1991، مؤرخ في 25 مارس 1991، يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها. الموقع: www.legislation.tn>detailtext>loi

5- القانون الأردني رقم 92 لسنة 1999م يتعلق ببراءة الاختراع. متاح على الموقع: https://jordan.gov.jo

6- القانون اللبناني رقم 288 مؤرخ في 22 /02 /1994، يتضمن قانون الآداب الطبية اللبناني، معدل بالقانون رقم 240 مؤرخ في2012/10/22، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية عدد45، صادر في 2012/10/25 ، متاح على الموقع:
Ar.jurispedia.org>index.php>

7- القانون اللبناني رقم 574 مؤرخ في 11 شباط 2004، يتضمن حقوق المرضى والموافقة المستنيرة، ج. ر للجمهورية اللبنانية عدد 9، صادر، بتاريخ 2/12/ 2004 متاح على الموقع: القوانين والقرارات... <الأنشطة<ccnle.org.lb

8- القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987م، الصادر في 20 ديسمبر1987م بشأن زراعة الأعضاء البشرية. متاح على الموقع: Transplant.org.kw

9- الظهير المغربي رقم 98-16، الصادر في 25 أوت 1998م، يتعلق بنزع الأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، ج. ر رقم 4726 صادر في16 سبتمبر 1999 المعدل بالقانون رقم 26 لسنة 2005م. متاح على الموقع: www.sgg.gov.ma>BultinsOffcielsAns.ljhp

10- القانون المصري رقم 82 لسنة 2000م، يتعلق بحماية الملكية الصناعية، متاح الموقع: www.wipo.int

11- القانون التونسي رقم 93 لسنة 2001 مؤرخ في 7 أوت 2001 والمتعلق بالطب الإنجابي. متاح على الموقع: www.legislation.tn>detailtext>loi

12- القانون المدني المصري، مرفق بتعديل 2017 متاح على الموقع: www.eastlaws.com>al-kanoun-el-madani

13- القانون المصري رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، متاح على الموقع: www.mfa.gov

14- القانون السوري رقم 148 لعام 1949 يتضمن قانون العقوبات السوري، معدل ومتمم. متاح على الموقع: https://elawpedia.com>view

15- قانون جستنيان الروماني أو مجموعة القوانين المدنية التي تم وضعها في عهد الإمبراطور البيزنطي جستنيان الأول(527 م-565 م)، متاح على الموقع: https://marefa.org

16- قوانين حمورابي أو شريعة حمورابي، في بلاد الرافدين (1790 ق.م)، متاح على الموقع: https://marefa.org

ي: المواثيق والإعلانات الدولية التي لم تصادق عليها الجزائر

1- تقنين نورمبورغ، الصادر عن محكمة نورمبورغ العسكرية لمحاكمة مجرمي الحرب، في 1947/5/08م. متاح على الموقع:
http://www.cr.p.org/library/ethics.nuremberg

2- إعلان هلسنكي، بشأن إجراء التجارب الطبية على الإنسان، الصادر عن الجمعية الطبية العالمية، في دورة مؤتمرها الثامن عشر بهلسنكي، سنة 1964، عدل عدة مرات أهمها في طوكيو سنة 1975م. متاح على الموقع:
http://www.cir.org/library/ethics/helsinki

3- اتفاقية منظمة الدول الأمريكية- سان خوسيه- في 22 نوفمبر 1969م، تتضمن الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، دخلت حيز التنفيذ في 18 جويلية 1978م. متاح على الموقع: Hrlibrary.umn.edu>arab

4- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3384 (د-30)، مؤرخ في 10 نوفمبر 1975 يتضمن الإعلان الخاص باستخدام التقدم العلمي والتكنولوجي لصالح السلم وخير البشرية. متاح على الموقع: www.ohchr.org

5- الاتفاق الخاص بالجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية(TRIPS)، الملحق باتفاق إنشاء المنظمة العالمية للتجارة، الذي أصبح نافذا في01 يناير 1995م. متاح على الموقع: https://www.wto.org>trips-f>t-agmo-f

6- قرار جامعة الدول العربية رقم5427، مؤرخ في 15 ديسمبر1997، المتضمن الميثاق العربي لحقوق الإنسان، وقعت عليه الجزائر في 15 ديسمبر1997، لم نعثر على النص المتضمن تصديق الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عليه.

7- الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، الصادر عن منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو)، في دورته التاسعة والعشرون، بتاريخ 11 نوفمبر1997م، تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب اللائحة

رقم 53-152، المؤرخة في09 ديسمبر 1998م. متاح على الموقع:
www.unesco.org

8- نظام المحكمة الجنائية الدولية تم التوقيع عليه في روما بتاريخ 17 جويلية 1998، ودخل حيز التنفيذ في01 جويلية 2002 . متاح على الموقع:
Rome-statute<basic<www.un0org

9- الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان الصادر عن المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو)، في دورته الثالثة والثلاثين بتاريخ 19 أكتوبر 2005م. متاح على الموقع: www.unesco.org.

10- اللائحة رقم A/RES/59/280، تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة 59، بتاريخ 08 مارس 2005، تتضمن إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر. متاح على الموقع: www.un.org>resolutions

11- الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية، المعد من قبل المكتب الإقليمي بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة، والمكتب التنفيذي لمجلس وزارة الصحة لمجلس التعاون الخليجي، الميثاق اعتمد من طرف منظمة الصحة العالمية (OMS) في سبتمبر 2005م. متاح على الموقع: Hrlibrary.umn.edu>arabic>Islamic-cod

12- إعلان جنيف للقسم الطبي، تبنته الجمعية الطبية العالمية في جنيف في سبتمبر 1948، عدل عدة مرات آخرها سنة 2006. متاح على الموقع:
www.wikipedia.org/niki/declarationofgenova.co

13- قرار جمعية منظمة الصحة العالمية رقم ج 24/53، مؤرخ في 25 مارس 2010م، يتضمن مبادئ منظمة الصحة العالمية التوجيهية بشأن زرع الخلايا والنسج والأعضاء البشرية. متاح على الموقع:
www.who.int>transplantation>guiding

14- قرار رقم 17/19، صادر عن مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، الدورة 17، بتاريخ 17 جوان 2011، يتضمن إعلان الأمم المتحدة حول المثليين جنسيا. متاح على الموقع: https://arm.wikipedia.org

IV- الوثائق

1- فتاوى واجتهادات فقهية إسلامية

أ: الفتاوى الشرعية

1- فتوى رقم1980/63، صادرة في2 مارس1980 عن دار الإفتاء المصرية، بشأن بنوك الحليب، مجموعة الفتاوى الإسلامية، مجلد9، دار الإفتاء المصرية، 1983، ص ص3213-3228.

2- قرار رقم140، صادر بتاريخ20 جوان1987 عن مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، حول مسألة الإجهاض، متاح على الموقع:Fiqh.islammessage.com

3- قرار رقم 176، صادر عن هيئة كبار علماء المسلمين في السعودية، الدورة التاسعة والثلاثين، في مدينة الطائف، سنة1413هـ، الموافق 1993م بشأن تغيير الجنس.

4- فتوى رقم1998/168، صادرة في2 نوفمبر1998 عن دار الإفتاء المصرية، بشأن تحويل الذكر إلى أنثى والعكس، متاحة على الموقع: Fiqh.islammessage.com

5- فتوى المجلس الإسلامي الأعلى للإفتاء بشأن دفن الأعضاء المقطوعة، صادرة *بتاريخ 22 يوليو 2009، متاحة على الموقع:* www.fatwah.net>fatwa

6- فتوى رقم2796، صادرة في 15-4-2013 عن دار الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، حول حكم استعمال مشيمة الجنين البشري في المستحضرات الطبية التجميلية، متاحة على الموقع:Fiqh.islammessage.com

7- فتوى الشيخ أحمد طه ريان حول حكم الشريعة في بنوك النطف، بتاريخ 4 جوان2006، متاحة على الموقع:www.alittihad.ae

8- فتوى الدكتور عبد الرحمان بن نفيسة حول لبن الأمهات وما إذا كان يجوز حفظه وبيعه كأي سلعة أخرى، متاحة على الموقع:Fiqh.islammessage.com

9- فتوى الشيخ محمد بن صالح العثيمن، حول بنوك الحليب، متاحة على الموقع: www.islamiq.in

10- فتوى الشيخ يوسف القرضاوي حول حكم بنوك الحليب وبنوك النطف والأجنة، قدمها في قناة " أنا" الفضائية، بتاريخ25 سبتمبر2009، متاحة على الموقع: http://www.alquaradawi.net

11- فتوى الشيخ يوسف القرضاوي حول التبرع بالدم، متاحة على الموقع:

http:// www.alkaradawi.neT

ب:توصيات الندوات الفقهية

1- توصيات ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي، التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت،في الفترة 15-17 يناير1985م. متاح على الموقع: Islamset.net>arabic>abiothics> hayat

2- توصيات الندوة العالمية التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بالتعاون مع منظمة اليونسكو، والإيسيسكو ومجمع الفقه الإسلامي، حول الخلايا الجذعية (الأبحاث، المستقبل والأخلاقيات)، بالقاهرة، في الفترة من 23-25

شوال 1428هـ، الموافق3-5 نوفمبر 2007م. متاحة على الموقع:
Islamset.net>arabic>abiothics>abhath

3- توصيات الندوة العلمية بعنوان" تجارة الأجنة وعولمة الأنساب"، المنعقد ببيروت بتاريخ29 سبتمبر2011، متاحة على الموقع:Filles<rasit.org

ج: قرارات مجمع الفقه الإسلامي

1- قرار رقم6(2/6) بشأن بنوك الحليب، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الثاني، بجدة، في الفترة من10-16 ربيع الثاني1406هـ الموافق22-28ديسمبر1985م.

2- قرار رقم 16(3/4) بشأن أطفال الأنابيب، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الثالث بعمان، المملكة الأردنية الهاشمية، في الفترة من 8-13 صفر1407ه الموافق11-16 أكتوبر1986م.

3- قرار رقم17(3/5) بشأن أجهزة الإنعاش، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الثالثة بعمان، في الفترة من 8-13 صفر1407هـ الموافق11-16 أكتوبر1986م.

4- قراررقم26(4/1) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا ، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره الرابعة بجدة، في الفترة 18-23 جمادى الآخرة 1408هـ، الموافق 6-11 فبراير 1988م.

5- قرار رقم 54(6/5) بشأن زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس، بجدة، في الفترة من 17-23 شعبان1410هـ الموافق14-20 مارس1990م.

6- قرار رقم 55(6/6) بشأن البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس، بجدة، في الفترة من 17-23 شعبان1410هـ الموافق1990م.

7- قرار رقم 56(6/7) بشأن استخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس، بجدة، في الفترة من 17-23 شعبان1410هـ الموافق1990م.

8- قرار رقم 58(6/7) بشأن الاستفادة من الجنين المجهض، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس، بجدة، في الفترة من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 1990م.

9- قرار رقم 67(7/5) بشأن العلاج الطبي، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي، في دورة مؤتمره السابع، بجدة، في الفترة من7-12 ذي القعدة1412هـ الموافق 9-14 مايو1992م

10- قرار رقم 79(8/10) بشأن السر في المهن الطبية، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد قي دورة مؤتمره الثامن، ببندر سير بيجوان، عاصمة سلطنة بروناي، في الفترة من 1-7محرم1414هـ الموافق21-27 يونيو1993م.

11- قرار رقم 94(10/2) بشأن الاستنساخ البشري، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره العاشر، بجدة، في الفترة من 23-28 صفر1418ه. الموافق 28 يونيو -3 يوليو1997م.

12- قرار رقم 104(11/6) بشأن تحول الذكر إلى أنثى وبالعكس، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الحادي عشرة، المنعقد بمكة المكرمة، في الفترة من 25-30 رجب1419هـ الموافق14-19 نوفمبر1998 م.

13- قرار رقم105(11/8) بشأن الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم الشري، الصادر عن مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الحادي عشر، المنعقد بمكة المكرمة في الفترة من 25-30 رجب 1419هـ الموافق14-19 نوفمبر1998م.

14- قرار رقم173(18/11) بشأن الجراحة التجميلية وأحكامها، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في دورة مؤتمره الثامن عشرة، بماليزيا، في الفترة من 24-29 جمادى الآخرة1428هـ الموافق 9-14 يوليو2007م.

2- وثائق أخرى

أ- قرار محكمة النقض المصرية، صادر بتاريخ 26 /6 /1969 يتعلق بطبيعة المسؤولية المدنية للطبيب. متاح على الموقع:

cc.gou.eg.Ahkam-nakd-Madany-hay

ب- قرار محكمة النقض المصرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 28 أفريل 1983، يتعلق بطبيعة التزام جراح التجميل. متاح على الموقع:

cc.gou.eg.Ahkam-nakd-Madani-hay

ت- قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا،بتاريخ 23 جانفي 2008، ملف رقم 399828 (ع ع ق) ضد (ع ب)، يتعلق بطبيعة المسؤولية الطبية، منشور بمجلة المحكمة العليا عدد2 /2008 ،ص9175 . متاح على الموقع:

www.coursupreme.mr

المراجع باللغة الأجنبية

I-Ouvrages :

1- AOUIDJ-MRAD Amel, Santé, argent et éthique: une indispensable conciliation ?, L'harmattan, Paris, 2005.

2- BAUD Jean-Pierre, L'affaire de la main volée une histoire juridique du corps ; Ed du Seuil, paris, 1993

3- CARBONNIER Jean, Droit civil, Introduction, Les personnes, Persée universitaire de France, Paris, 1974.

4- LELEU Yves-Henri, Penicaut Gilles, Le droit médical, Aspects juridiques de la relation médecin-patient, 1er édition, Decock université, Bruxelles, 2001.

5- MUZNY Petr, La liberté de la personne sur son corps, 1er édition, DALLOZE, Paris, 2010.

6- TARBY André, la bioéthique: ce qu'elle est, ce que dit le droit, édition du puits fleuri, Hericy, France, 2008.

7- VIALLA François, les grandes décisions du droit médical, édition ALPHA, Paris 2010

II- Thèses et Mémoires :

8- BAkRY Youssef BAkRY Mohamed, La procréation artificielle: Limites morales et juridiques et responsabilité médicale (Etude comparée entre les lois : Françaises, égyptienne et islamique), Thèse de doctorat en droit, discipline droit pénal, Faculté de droit, université Paris xii Val-de-Marne, 2006

9- HAMROUNI Salwa, Le droit international à l'épreuve de la bioéthique, Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit et de science politique, université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, 2008.

10-SALMI Malika, les droits de l'être humain sur son corps dans le droit Algérien, thèse de doctorat en science spécialité droit, faculté de droit, université d'Alger, 2016.

11-BERRI Noureddine, La protection juridique des inventions biotechnologiques, Mémoire de magistère en Droit, Faculté de droit, université, Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2006.

12-MARION Pascal, Le brevet de vivant et le génome humain, DESS en droit de biotechnologie, université de Saint Quentin-Yvelines, Paris, 2002.

III-Articles

13-ADIOGO DIEUDONNE Dèsirè, "Ethique de recherche et pays en développement", journal international de bioéthique, vol18, n04, ESKA, 2007, pp 69-73.

14-BAYK Christian, "Le droit français et la recherche biomédical : l'épreuve de la pratique", Les cahiers de droit, vol37, n^{0}4, 1996, pp995-1014.

15-DOMINGUEZ Cécile Roche, "Le secret médical chez les patients mineurs", journal du droit des jeunes, n^{0}313, Association jeunesse et droit, 2012, pp25-29.

16-DUCRUET Jean, "L'éthique des décisions de fin de vie en réanimation néonatale", Laennec, n^{0}3,tome50, Centre Laennec, 2002, pp 8-25.

17-DUCRUET Jean, "Protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales", Laennec, n^{0}3, tome56, Centre Laennec, 2008, pp 6-24.

18-DUVAL ARNOULD Domitille, "Le médecin confronté au juge civil", Laennec, n^{0}1, tome59, Centre Laennec,211, pp 7-21.

19-ESPER Claudine Bergoignan, "Le consentement médicale en droit français", Laennec, n^{0}4, tome 59, Centre Laennec, 2011, pp 15-23.

20-HORN R, "Le débat sur l'euthanasie et ses répercussions sur les pratiques médicales en fins de vie. Un regard comparatif : France-Allemagne", pratiques et organisation des soins, vol41, n^{0}4, CNAMTS, 2010, pp323-330.

21-KENTISH-BARNES Nancy, "Mourir à l'heure du médecin", revue française de sociologie, vol48, n^{0}3, presses de Sciences po, 2007, pp 449-475.

22-MARTIN J, "Assistance au suicide- La situation suisse aux plans légal et mèdico-éthique", pratique et organisation des soins, vol42, n^{0}4,CNAMTS, 2011, pp 277-281.

23-MAYAUD Charles, "Le médecin devant le malade qui refuse le traitement proposé", Laennec, n^{0}4, tome59, Centre Laennec, 2011, pp31-37.

24-PATRICK Verspieren, "Consentir à l'acte médical: Un principe simple d'application d'élicate", Laennec, n^{0}4, tome59, Centre Laennec, 2011, pp 56-62.

25-PELICIER Nicol, "Un consentement pleinement libre et éclairé", Laennec, n^{0}4, tome59, Centre Laennec, 2011, p p24-309-**14** -RAUX Mathieu, "Consentir à l'acte médical : questions d'un jeune médecin", Laennec, n^{0}4, tome59, Centre Laennec, 2011, pp10-14.

26-RUDE –ANTOINE Edwige, "Le droit de patient mineur", journal du droit des jeunes, n^{0}313, Association jeunesse et droit, 2012, pp 19-24.

27-SCHWERING Karl-Leo, "La mort n'est plus ce qu'elle était", champ psy, n^{0}55, L'Esprit du temps, 2009, pp 145-161.

IV- Textes juridiques étrangers

A-Conventions.

28-Convention de Munich sur le brevet européen, signée à Munich par certain nombre de pays européen le 05 Octobre1973, entrée en vigueur le07 octobre1977. Publiée sur le site www.epo.org>texts>epc-fr

29- Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Oviedo, 04 Avril, 1997. publiée sur le site: https://www.coe.int> web> èthics.

30- Le protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, portant l'interdiction du clonage d'être humain, adopté par le comité des ministères de l'Europ, ouvert à la signature à Paris le 12 Janvier1998, entré en vigueur le 01mars 2001, publié sur le site https://www.coe.int>web>èthics.

31- Directive 98-44CE, du parlement européen et du conseil, du06 Juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions

biotechnologiques, publiée sur le site www.wipo.int>mdocs>wipo-grtk-ic-1.

32- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée et proclamée par les présidents du parlement européen, du conseil et de la commission lors du conseil européen de Nice le 27 décembre 2000, journal officiel des communautés européenne(2000/c364/01) du 18/12/2000), acquis la même valeur que les traités depuis 1er décembre 2009, publiée sur le site www.europarl.europa.eu>pdf>text-fr.

33- Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, signé à Strasbourg, le 24 /1/2002, entré en vigueur le 1er mai 2006 publié sur le site https://www.coe.int>web>èthics.

34- Le protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine, relatif à la recherche biomédicale, signé à Strasbourg le25 Janvier2005, entré en vigueur le1er septembre 2007. Publié sur le site https://www.coe.int>web>èthics.

35- Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, Strasbourg le 27 novembre2008,pas encore entré en vigueur, publié sur le site : https://www.coe.int>web>bioèthics.

36- Recommandation de l'assemblée parlementaire européenne, n01046 du 24 septembre1986, relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales, publié sur le cite: https://www.coe.int>web>bioèthics

B-Textes législatifs et règlementaires Français

37-Loi n°88-1138 du20 dècemre1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, Jorf du 22 dècembre1988 p16032, publiée sur le site www.legifrançe.gouv.fr.

38- loi n°94-653 du 29juillet1994 relative au respect du corps humain, Jorf n0175 du 30 juillet 1994 p11056, publiée sur le site: www.legifrançe.gouv.fr.

39- loi n°94-654 du 29 juillet1994 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^{0}175 du 30 juillet1994 p11060, publiée sur le site www.legifrançe.gouv.fr

40- Loi n^{0}2001-588 du 4 juillet 2001, relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, j.o.r.f n^{0}156 du 7juillet 2001, publiée sur le site :www.legifrançe.gouv.fr

41- Loi n^{0} 2002-303du 04 mars2002 relative au droits des malades et à la qualité du système de santé, Jorf du 5mars2002 p4118, publiée sur le site www.legifrançe.gouv.fr

42- loi n°2004-800 du 06 Aout2004 relative à la bioéthique, Jorf n^{0}182 du 7Aout2004, p14051, publiée sur le site www.legifrançe.gouv.fr

43- loi n^{0}2011-814 du 7juillet 2011 relative à la bioéthique, Jorf du08 juillet2011, publiée sur le site www.legifrançe.gouv.fr.

44- Décret du conseil d'Etat, n°99-925 du 02 Novembre 1999, relatif à l'accueil de l'embryon, et modifiant le code de la santé publique, Jorf du 06 novembre1999, p 16598, publiée disponible sur site:
www.legifrançe.gouv.fr

Décret n^{0}97-1048 du 6 novembre 1997, relatif à l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieuse et assimilés, et des pièces anatomiques, et modifiant le code de la santé publique, Jorf, n^{0}267, du 18 novembre 1997.

45- Décret n°2000-156 du 23 Fèvrier2000, relatif à l'importation et à l'exportation d'organes, de tissus et de leurs dérivés, de cellules du corps humain, à l'exception des gamètes, et de produits de thérapie génétique et cellulaire, et modifiant le code de la santé publique, Jorf n^{0}49 du27 fèvrier2000 p3077,publié sur le site www.legifrance.gouv.fr

V-Documents

46-Cour de cassation, civ, 20 mai 1936, Mercier, disponible sur le site : www.revuegeneraledudroit.eu

47- Cour de cassation, chambre civile 1, du 25 février 1997, 94-19.685, Hédruel c/cousin, publié au site : http://www.legifrance.gouv.fr

48- CCNE, Avis n°21 du 13 décembre 1990 sur la commercialisation du cops humain, publié sur le site http://www.ccne.èthique.org.

49- CCNE, Avis n°27 du 02 dècembre1991, sur la commercialisation du génome humain, publié sur le site http://www.ccne.èthique.org.

50- CCNE, Avis n°28 du 02 dècembre1991, sur la transfusion sanguine à l'égard de nom commercialisation du cops humain, publié sur le site http://www.ccne.Fr/français/start.htm.

51- CNEM , Avis n^{0}6 du 20 septembre 2007, relatif à la gestion de tissus d'embryons mort-nés ou décidés au cour de la période néonatale, disponible sur le site : http://www.comitèèthique/avis/morts.pdf

52- Code civil francais, publié sur le site : http://www.legifrance.gouv.fr/affich Code Article.do.

53- Code français de la santé publique publié sur le site www.legifrance.gouv.fr/affich Code Article.do.

54- Code pénal français, publié sur le site http://www.legifrance.gouv.fr/affich Code Article.do.

55- Human organ transplat,27 july1989,web : http://www.orgo.net.com.

56- Human fertilization and Embryology, Act1990(c37)^{sty}, Novembre1990 web: http://www.hnso,gov.uk/acts1990/ukpga.

الفهرس

كلمة شكر	/
إهداء	/
قائمة المختصرات	01
مقدمة	03
الباب الأول: ضمان سلامة الجسم في ظل التقدم الطبي	13
الفصل الأول: تأطير الأعمال الطبية	16
المبحث الأول: ضوابط التدخل الطبي في جسم الإنسان	18
المطلب الأول: احترام الحقوق الإنسانية للمريض	19
الفرع الأول: الحصول على رضا المريض	19
أولا: شروط صحة الرضا بالأعمال الطبية	20
ثانيا: الاستثناءات على شرط الرضا	34
ثالثا: جزاء الإخلال بشرط الرضا	36
الفرع الثاني: الحق في التبصير	37
أولا: مضمون الحق في التبصير	37
ثانيا: حدود الالتزام بالتبصير	39
ثالثا: حالات تشديد الالتزام بالتبصير	42
رابعا: جزاء الإخلال بواجب التبصير	43
الفرع الثالث: احترام الحياة الخاصة للمريض	44
أولا: الالتزام باحترام خصوصية	44
ثانيا: الاستثناءات على احترام الحياة الخاصة للمريض	51
المطلب الثاني: توافر قصد العلاج (ضرورة التدخل)	56
الفرع الأول: قصد العلاج في النصوص القانونية	56
الفرع الثاني: بعض الأعمال الطبية التي أثارت جدلا حول توافر قصد العلاج	64
أولا: عمليات تغيير الجنس	64

ثانيا: جراحة التجميل	73
المبحث الثاني: حق المتضرر من الأعمال الطبية في التعويض	83
المطلب الأول: قيام المسؤولية الطبية	84
الفرع الأول: الخطأ الطبي	84
أولا: ماهية الخطأ الطبي	84
ثانيا: إثبات الخطأ الطبي	88
الفرع الثاني: ركن الضرر	91
أولا: تعريف الضرر الطبي	91
ثانيا: صور الضرر	92
الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر	98
أولا: نظريات تحديد العلاقة السببية	98
ثانيا: إثبات علاقة السببية	99
ثالثا: نفي العلاقة السببية	101
المطلب الثاني: أحكام التعويض عن الضرر الطبي	103
الفرع الأول: المقصود بالتعويض وصوره	103
أولا: المقصود بالتعويض	103
ثانيا: صور التعويض	104
الفرع الثاني: تقدير التعويض	105
أولا: التعويض عن الضرر المادي	106
ثانيا: تقدير التعويض عن الضرر المعنوي	107
الفرع الثالث: التأمين من المسؤولية المدنية الطبية	108
أولا: تعريف عقد التأمين	108
ثانيا: التأمين عن المسؤولية المدنية	110
ثالثا: أحكام عقد التأمين من المسؤولية الطبية	111

رابعا: التأمين المباشر للمرضى	116
الفصل الثاني: تنظيم إجراء التجارب الطبية على الإنسان	119
المبحث الأول: مشروعية التجارب الطبية	121
المطلب الأول: مبدأ حرية البحث العلمي أساس إباحة التجارب الطبية	121
الفرع الأول: مبدأ حرية البحث العلمي	121
أولا: الاعتراف بحرية البحث العلمي	122
ثانيا: حدود حرية البحث العلمي	125
الفرع الثاني: التجارب الطبية نتيجة حتمية لحرية البحوث الطبية	127
أولا: مفهوم التجربة	127
ثانيا: إباحة التجارب الطبية في النصوص الدولية	130
ثالثا: موقف القوانين الوطنية من التجارب الطبية على الإنسان	136
المطلب الثاني: شروط إجراء التجارب الطبية على الإنسان	140
الفرع الأول: الشروط الخاصة بالشخص الخاضع للتجربة	140
أولا: النص على احترام كرامة الشخص وسموه	141
ثانيا: شرط الرضا بالخضوع للتجربة	143
ثالثا: الحفاظ على السرية وخصوصية الشخص الخاضع للتجربة	149
رابعا: تعويض المتضرر من التجربة	150
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالتجربة	153
أولا: الشروط الشكلية لإجراء التجربة الطبية (الترخيص بإجراء التجربة)	153
ثانيا: الشروط الموضوعية لإجراء التجربة	155
المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية عن إجراء التجارب الطبية	159
المطلب الأول: المسؤولية الجنائية العمدية عن إجراء التجارب الطبية	160
الفرع الأول: المسؤولية الجنائية العمدية للباحث	161
أولا: المسؤولية الجنائية عن تخلف الشروط الخاصة بالشخص الخاضع للتجربة	161

ثانيا: المسؤولية العمدية عن مخالفة الشروط المتعلقة بالتجربة	166
الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية لمراكز ومؤسسات الأبحاث	169
أولا: ماهية مراكز ومؤسسات الأبحاث	169
ثانيا: شروط مساءلة مراكز ومؤسسات الأبحاث	170
ثالثا: العقوبات التي تقع على مراكز ومؤسسات الأبحاث الطبية	171
المطلب الثاني: المسؤولية غير العمدية عن إجراء التجارب الطبية	174
الفرع الأول: تعريف الخطأ الجنائي وصوره	174
أولا: تعريف الخطأ الجنائي	174
ثانيا: صور الخطأ	175
الفرع الثاني: تطبيق المسؤولية غير العمدية على التجارب الطبية	176
أولا: إخلال القائم بالتجربة ببعض التزاماته	176
ثانيا: بعض الجرائم غير العمدية التي يمكن تصورها في نطاق التجارب الطبية	178
ثالثا: نفي المسؤولية الجنائية غير العمدية	179
الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية عن تجارب الاستنساخ البشري التكاثري	182
أولا: تعريف الاستنساخ البشري وأنواعه	183
ثانيا: الموقف القانوني والشرعي من الاستنساخ البشري	188
الباب الثاني: استبعاد جسم الإنسان من التجارة	201
الفصل الأول: مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان	204
المبحث الأول: أساس مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان	206
المطلب الأول: مبدأ الكرامة الإنسانية	206
الفرع الأول: الكرامة الإنسانية في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان	206
أولا: الكرامة الإنسانية في المواثيق العالمية	207
ثانيا: الكرامة الإنسانية في المواثيق الاقليمية	209
الفرع الثاني: التأكيد على احترام الكرامة الإنسانية في المجال الطبي	212

أولا: في النصوص العالمية	212
ثانيا: في النصوص الإقليمية	216
الفرع الثالث: الكرامة الإنسانية في بعض التشريعات الوطنية	218
أولا: الكرامة الإنسانية في التشريع الفرنسي	218
ثانيا: الكرامة الإنسانية في التشريع الجزائري	222
المطلب الثاني: مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان	227
الفرع الأول: جسم الإنسان مندمج مع الشخص	228
أولا: تعريف جسم الإنسان	228
ثانيا: اكتساب الشخصية القانونية	229
ثالثا: نهاية الشخصية القانونية بالوفاة	236
الفرع الثاني: جسم الإنسان شيء خارج نطاق التعامل القانوني	239
أولا: جسم الإنسان شيء	240
ثانيا: الأشياء خارج نطاق التعامل القانوني	245
ثالثا: طبيعة حق الإنسان على جسده	247
رابعا: تطور مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان	249
المبحث الثاني: نتائج تطبيق مبدأ عدم تجارية جسم الإنسان	252
المطلب الأول: قاعدة المجانية	252
الفرع الأول: المجانية في النصوص المنظمة للأعمال الطبية	252
أولا: قاعدة المجانية في النصوص الدولية	253
ثانيا: قاعدة المجانية في التشريعات الوطنية	255
الفرع الثاني: حق المتبرع في التعويض	261
أولا: عدم تناقض الحق في التعويض مع قاعدة المجانية	264
ثانيا: الاتجاه نحو قبول المقابل المادي بشرط عدم الاتجار	267
المطلب الثاني: الرضا والسرية	269

الفرع الأول: رضاء المتبرع	269
أولا: شرط الرضا في القانون الفرنسي	270
ثانيا: اشتراط الرضا في القانون الجزائري	273
الفرع الثاني: قاعدة السرية	275
أولا: أهمية السرية والتأكيد عليها في النصوص الدولية	276
ثانيا: تكريس قاعدة السرية في التشريعات الوطنية	278
الفصل الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الاتجار بجسم الإنسان	286
المبحث الأول: استثناء بعض عناصر الجسم ومنتجاته في حالتها الطبيعية	288
المطلب الأول: بقايا ومخلفات العمليات الجراحية والاستشفائية	289
الفرع الأول: النفايات الطبية	289
أولا: ماهية النفايات الطبية	289
ثانيا: حكم إنشاء بنوك للنفايات الطبية	292
الفرع الثاني: بقايا عمليات الولادة	293
أولا: حكم التصرف في الأغشية المحيطة بالجنين	293
ثانيا: حكم التصرف في الجنين المجهض	301
المطلب الثاني: منتجات الجسم المتجددة	313
الفرع الأول: حليب المرضعات	313
أولا: إباحة عقد الإرضاع	313
ثانيا: حكم إنشاء بنوك لحليب الأمهات	317
الفرع الثاني: االدم البشري	323
أولا: تنظيم التصرف بالدم في التشريعات الوطنية	323
ثانيا: حكم التصرف بالدم في الفقه الإسلامي	327
الفرع الثالث: النطف البشرية	329
أولا: موقف الفقه من التصرف في النطف البشرية	330

ثانيا: تنظيم التصرف في النطف البشرية في القوانين الوضعية	335
المبحث الثاني: تسجيل براءة الاختراع على الجينوم البشري	344
المطلب الأول: مفهوم الجينوم البشري	345
الفرع الأول: تعريف الجينوم البشري	345
أولا غياب تعريف قانوني للجينوم البشري	345
ثانيا: التعريف العلمي للجينوم البشري	346
الفرع الثاني: طبيعة الجينوم البشري	349
أولا: الجينوم البشري أهم مكونات جسم الإنسان	350
ثانيا: المجين البشري تراث للإنسانية	353
المطلب الثاني : الشروط الموضوعية لبراءة الاختراع على الجينوم البشري وحدودها	357
الفرع الأول: الشروط الموضوعية لبراءة الاختراع على الجينوم البشري	358
أولا: أن يكون هناك اختراع	359
ثانيا: أن يكون الاختراع جديدا(الجدة)	362
ثالثا: أن ينطوي الاختراع على نشاط ابتكاري	362
رابعا: القابلية للتطبيق في الصناعة	363
الفرع الثاني: القيود الواردة على منح براءة الاختراع على الجينوم البشري	365
أولا: احترام الكرامة الإنسانية	365
ثانيا: النظام العام والآداب العامة	367
ثالثا: حماية الصحة العامة	369
خاتمة	374
قائمة المراجع	389
الفهرس	436

ملخص

عرف الطب في الآونة الأخيرة تطورا سريعا حمل معه آمالا كبيرة، ولكنه خرج عن القواعد التقليدية والمبادئ التي كانت تحمي جسم الإنسان.

جعلت الممارسات الطبية الحديثة من عناصر جسم الإنسان ومنتجاته موضوعا لها، مما أدى إلى المساس بجسم الإنسان وبكرامته بحجة تطور العلوم وحرية البحث العلمي.

بذلت الكثير من الجهود الدولية على المستوى العالمي والإقليمي والوطني، من أجل حماية الحق في سلامة الجسم من الممارسات الطبية الحديثة، وتم وضع مجموعة من الضوابط والشروط للتدخلات الطبية على جسم الإنسان أو إجراء البحوث الطبية. كما تضافرت الجهود من أجل استبعاد جسم الإنسان من التجارة، حتى لا تصبح عناصر الجسم البشري ومنتجاته بضائع. كما تم التأكيد على أن مصلحة الفرد تسمو على مصلحة العلم أو المجتمع وحدها في أي من البحوث الطبية.

RESUME

La médecine a connu ces dernières années un développement très rapide et a porté de grands espoirP، mais elle a dépassé les règles traditionnelles et les principes qui protègent le corps humain.

Les pratiques médicales modernes ont pris les éléments du corps humain et ses produits comme sujeP، ce qui a entrainé des préjudices accrus au corps humain et à sa dignité. Sous prétexte de liberté de la recherche scientifique et de développement de la science.

Beaucoup d'efforts internationaux aux niveaux mondial، régional et national، ont été fourni afin de protéger le droit à un corps sain des pratiques médicales modernes. On a mis en place un ensemble de règles à respecter dans toute intervention médicale sur le corps humain.

Ces efforts visent aussi à exclure le corps humain de toute activité commerciale؛ pour que les éléments du corps humain et ses produits ne deviennent pas des marchandises.

Il a été souligné que l'intérêt de l'individu transcende l'intérêt de la science ou de la société dans toute recherche médicale.