جامعة مولود معمري – تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص: القانون

إعداد الطالب
سايب عبد النور

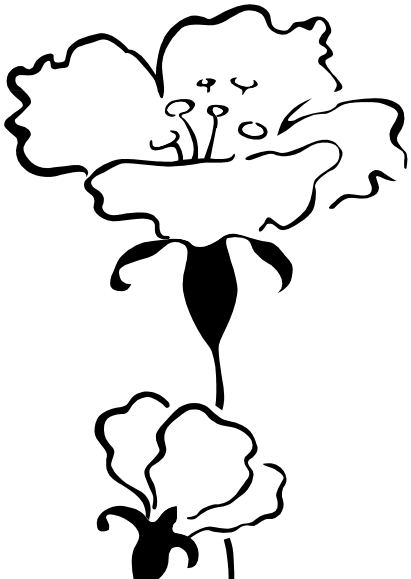
تحت إشراف
أ. د. تاجر محمد

لجنة المناقشة

أ. د. كتو محمد الشريف، أستاذ، جامعة تيزي وزو.....**رئيسًا**
أ. د. تاجر محمد، أستاذ، جامعة تيزي وزو.....**مشرفا ومقررًا**
أ. د. صبايحي ربيعة، أستاذ، جامعة تيزي وزو.....**ممتحنة**
أ. د. عمرو خليل، أستاذ، جامعة البليدة.....**ممتحنًا**
أ. د. بوسهوة نور الدين، أستاذ، جامعة البليدة.....**ممتحنًا**
د. بركاني أعمر، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية.....**ممتحنًا**

تاريخ المناقشة 14 ماي 2018

بسم الله الرحمن الرحيم



إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

أمي الغالية عرفانا بفضلها ووفاءً لعطائها، أطال الله في عمرها.

روح والدي رحمه الله وتغمده في فسيح جنانه.

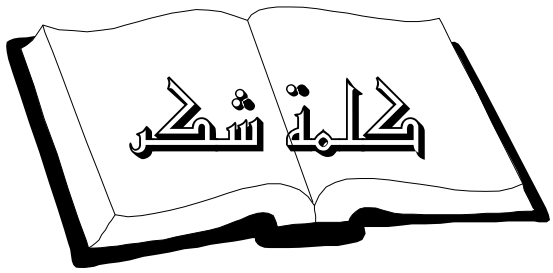
إخوتي وأخواتي.

كل أفراد العائلة.

كل أساتذتي الأفاضل.

كل من ساعدني ولو بكلمة تشجيع.

عبد النور



أشكر الله سبحانه وتعالى، ابتداءً، ثمّ أتقدم بخالص شكري

وامتناني إلى

الأستاذ الدكتور تاجر محمد

الذي قبل الإشراف على هذا العمل ومتابعته خلال مراحله، كما

ساندني بالنصيحة والإرشاد أثناء إنجازه.

نفع الله به العلم وطلاّبه، وجزاه الله عني كلّ خير.

ساجد عبد النور

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية:

د.س.ن:.....دون سنة النشر.

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

2- باللغة الفرنسية:

AMP : ……..…….Assistance Médicale à la procréation.
Art: ……Article.
CCNE : ……..Comité Consultatif National d'Ethique.
JORF: ……..……..……..……..Journal Officiel de la République Française.
LGDJ:..…..…….…….....Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
N°:…….…….…… Numéro.
OP. CIT:……..……...…….……Opus citatum.
P: ……Page .
PP: ……..……..……..……De la Page …à la Page.
PUF: ……..……..….Presses Universitaires de France.
RASJEP: ……...…Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques.
RGDM:…….……Revue Générale de Droit Médicale.
S : ……..……..Suivant.
Vol : …….……Volume.

مقدمة

يحتل الإنسان مكانة بارزة وهامة في علم القانون، فلهذا كان منذ القدم محور اهتمام الدراسات القانونية، برغم اختلاف اتجاهات البحث القانوني، إذ تفاوتت تلك الأهمية في نطاق الحماية التي قررتها المجتمعات البشرية للحق في سلامة الجسم واختلفت بحسب الزمان والمكان.

فقد كان جسم الإنسان في الأنظمة القانونية القديمة محلا لحق مالي يتم التعامل فيه من قبل دائنيه، حيث اعتبر جسم المدين كوسيلة للوفاء بالدين، كما استخدمت أداة القانون للمساس بالحق في سلامة الجسم بغية حماية أموال الأشخاص حتى هان هذا الحق مقابل الاهتمام بالملكية التي أصبحت جوهر اهتمام القواعد القانونية[1].

هذا يعني أن التشريعات القديمة لم تقتنع باحترام جسم الإنسان لأنها تهتم بالأموال أولا والإنسان ثانيا، كالقانون الروماني القديم الذي لم يكفل حماية قانونية كافية لجسم الإنسان، نظرا لما استحدثه من نظام الدعاوى التنفيذية، والتي كان بمقتضاها يمكن لمن يصدر الحكم لصالحه أن ينفذ على جسم المدين، بحيث أنه يجيز للدائن المحكوم له أن يلقي القبض على المدين ويحتفظ به لمدة ستين يوما وأن يصطحبه ثلاث مرات إلى السوق، ويعرضه موثقا بالأغلال مع بيان الحكم المحكوم به عليه، وإذا لم يتقدم أحد لدفع المبلغ بعد العرض الثالث جاز للدائن أن يقتل المدين أو يبيعه أو يسترقه[2].

والإنسان بمجموعه كان يمكن أن يكون محلا للتملك الخاص كالشيء، يدخل في مكونات الذمة المالية فالعبد يتبع سيده الذي يستطيع التصرف فيه ماديا وقانونيا، خاصة بيعه بالطريقة نفسها التي تباع بها العناصر الأخرى لممتلكاته[3]، فلهذا لا يتمتع العبيد بالشخصية القانونية رغم صفتهم الإنسانية فهم مجرد أشياء ذات قيمة كبيرة، هذا بالإضافة إلى أن هذا القانون كان يحد من حرية أعضاء الأسرة واستقلالهم، لأنه أسند الرئاسة

1 - عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الأول، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008، ص ص 63 – 64.

2 - حمدي عبد الرحمن، "معصومية الجسد"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، السنة الثانية والعشرون، مطبعة جامعة عين شمس، 1980، ص 58.

3 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps humain dans le commerce juridique, publications juridiques AL-HALABI, Beyrouth, 1999, pp 48, 49.

والشخصية القانونية الكاملة لرب الأسرة دون سائر أعضائها[1].

كما كانت أفعال التعذيب أمرا مشروعا لفترة طويلة من الزمن رغم أنها تشكّل انتهاكا خطيرا لحقوق الإنسان، خاصة الحق في سلامة الجسم ففي حدها الأدنى تنال من كرامة الإنسان وفي حدها الأقصى تحرمه من حقه في الحياة[2].

فالاعتراف بحماية جسم الإنسان – سواء من الناحية المدنية أو الجنائية – لم يكن بالأمر اليسير في الأنظمة القانونية المختلفة، ولكنها كانت تدور وجودا وعدما مع نظرة تلك الأنظمة لجسم الإنسان، فهناك أنظمة أنكرت كل حماية لهذا الجسم، وهناك أنظمة تقرها[3]. ولقد ساعدت الحركات التحررية وإعلانات حقوق الإنسان على تكريس هذه الحماية، بحيث نادت الثورة الفرنسية بكرامة الإنسان وفرضت احترامها وكرّست ذلك في تشريعاتها بإلغاء آثار العبودية وآثار التعذيب الجسدي[4]، وقد تم الوصول إلى هذا المستوى بفضل التأثير المزدوج للدين والمفاهيم الفلسفية السائدة خلال القرن الثامن عشر، فمع نضج الإحساس القانوني الذي هذبته الأخلاق ظهر واجب احترام التكامل الجسدي لجسم الإنسان، فأعلن الفقهاء القدامى استبعادهم لكل الاتفاقات المتعلقة بجسم الإنسان وأعلنوا بهذا الخصوص أن التأمين على الحياة غير مشروع لأنه يتضمن الموت[5].

وقد بدأ اهتمام القانون عموما بحماية جسم الإنسان من اعتداء الغير عليه من خلال

---

1 - HENNTTE-VAUCHEZ Stéphanie, Disposer de soi ?: Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps, l'Harmattan, Paris, 2004, pp 42, 43.

2 - هبة عبد العزيز المدور، الحماية من التعذيب في إطار الاتفاقيات الدولية والإقليمية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 12.

3 - عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 64.

4 - ألغت فرنسا نظام العبودية سنة 1848 ولم تلغِ نظام الموت المدني إلا في سنة 1854، وذلك بموجب قانون 31 ماي 1854، وترتب عن تطبيق هذا النظام إهدار الشخصية القانونية للإنسان المحكوم عليه بالسجن المؤبد والأشغال الشاقة المؤبدة والنفي وتجريده من الحقوق المدنية والسياسية إلا بالقدر اللازم للإبقاء على حياته وكأنه أصبح شيئا من الأشياء، إذ يعتبر بداية من تاريخ صدور الحكم ضده ميتا في نظر هذا القانون رغم بقائه حيا من حيث الواقع، وكان يترتب على ذلك انحلال علاقته بزوجته وتقسيم تركته على ورثته. راجع في ذلك:

MOUSNY Marie-Pierre, Le statut juridique du corps humain, thèse pour obtenir le grade de doctorat en droit, Faculté de droit et des sciences économiques et de gestion, Université de Nice Sophia-Anti Polis, 1998, pp 9, 10.

ARNOUX Irma, Les droits de l'être humain sur son corps, Presses universitaires de Bordeaux, 1994, p 51.

5 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 49, 50.

قانون العقوبات، أما القانون المدني فإنّه لم يهتم في السابق بجسم الإنسان[1]، لأنه في الأصل قانون المعاملات المالية وكان دائما في خدمة المال، والإنسان بحكم ما يحيط به من قدسية بمنأى عن الدخول في معاملات مالية[2].

لكن مع التطورات العلمية المعاصرة وما ترتب عنها من مخاطر تهدد الإنسان أصبح القانون المدني ينظر إلى الإنسان نظرة جديدة، ولم يعد ينظر إليه على أنه صاحب حق وإنما ينظر إليه من خلال نظرية قانونية للإنسان وذلك بإقرار فكرة الحقوق الملازمة للشخصية[3]، والتي ازدهرت في السنوات الأخيرة نتيجة لما يمكن تسميته تطور الإنسانية القانونية أو الطابع الإنساني للقانون، الذي نما بدوره لتوفير الحماية اللازمة للإنسان في مواجهة المخاطر التي يتعرض إليها نتيجة التطور العلمي والحضاري المعاصر[4].

ويعد الحق في سلامة الجسم[5] من بين أهم الحقوق الملازمة للشخصية، إذ تظهر أهميته بالنسبة للفرد باعتباره أهم حق يتمتع به بعد الحق في الحياة[6]، وهو بالنسبة للمجتمع

---

1 - إنّ الفقه المدني الفرنسي، ولاسيما الفقيه CARBONNIER والعميد SAVATIER والأستاذ ستارك STARK والأستاذ اسمان ESMEIN من أوائل الذين حملوا لواء مناصرة الاهتمام بسلامة الحياة وجسم الإنسان باعتباره أهم الحقوق العامة الأساسية التي تخص التكامل الجسدي للبشر وذهبوا إلى أن حياة الإنسان وأعضاءه وجميع أجزاء جسمه وحياة أسرته العامة والخاصة وضرورة المحافظة على سلامة الكيان الأدبي والحرية الشخصية والكيان الفكري هي في مقدمة موضوعات القانون المدني التي يجب بحثها ضمن حقوق البشر الثابتة، ويليها من بعد أحكام المعاملات المالية كحق الملكية وأحكام الاعتداء على المال كالعمل المستحق للتعويض وأحكام المسؤولية الأخرى وغيرها. راجع في ذلك: منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص 09.

2 - صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 13.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية"، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية، المجلد 17، العدد 01، مطبعة جامعة عين شمس، 1975، ص ص 3، 4.

4 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، عين شمس، 2005، ص 04.

5 - سوف نقتصر في بحثنا هذا على إيراد مصطلح (الجسم) من دون المصطلحات الأخرى (الجسد، البدن) وذلك لكون هذا المصطلح هو الأدق من الناحية اللغوية والقانونية لأنه يشمل الحماية التي أقرتها التشريعات لكل الأعضاء البشرية للإنسان. راجع في ذلك: ضياء الأسدي، حق السلامة في جسم المتهم، منشورات زين الحقوقية، عمان، 2009، ص ص 48، 49.

6 - إنّ الاعتداء على الحق في الحياة هو تعطيل لكل وظائف الجسم تعطيلا كاملا أما الاعتداء الذي يعطل الوظائف الجسدية تعطيلا جزئيا، فهو الذي يمثل المساس بالحق في سلامة الجسم. راجع في ذلك: سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 39.

حق أساسي من حقوقه، إذ لا يستطيع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطا بحماية كاملة[1].

والحق في سلامة الجسم هو مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي ترسمه القوانين الطبيعية، وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي وأن يتحرر من الآلام البدنية[2]، ومحله هو جسم الإنسان الحي، أما جسم الشخص الميت فإنّ حماية الجثة التي تعطلت وظائفها، إنما يخضع لاعتبارات اجتماعية في صون كرامة جسم الإنسان من العبث بالجثة ومراعاة لشعور أقارب الميت[3]. ويقصد بجسم الإنسان الكيان الذي يباشر وظائف الحياة، وهو محل الحق في سلامة الجسم أو هو الموضوع الذي تقع عليه أفعال الاعتداء على هذا الحق[4].

وعليه، يعتبر الحق في سلامة الجسم الركيزة الأساس من ركائز البقاء بالنسبة للإنسان في حد ذاته، وهذا ما يفسر المكانة السامية التي يحتلها هذا الحق في مختلف النصوص القانونية الدولية والداخلية.

فعلى المستوى الدولي تم النص على ضرورة حماية هذا الحق في العديد من النصوص الدولية الصادرة عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، وفي مقدمتها اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها الصادرة في 9 ديسمبر 1948[5]، إذ أقرت حماية لهذا الحق من الإبادة المادية المتمثلة في الاعتداء الجسماني وإعاقة النسل أو إخضاع أفراد الجماعات

1 - محمود نجيب حسني، "الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، 1959، ص 01.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، 2007، ص ص 20، 21.

ضياء الأسدي، حق السلامة...، مرجع سابق، ص 70.

3 - منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 26. ضياء الأسدي، حق السلامة...، مرجع سابق، ص 48.

4 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 18.

حمدي محمد، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والحظر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008، ص 7.

5 - اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها الصادرة في 9 ديسمبر 1948، انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 63-399 المؤرخ في 11 ديسمبر 1963، جريدة رسمية عدد 66، صادر في 14 ديسمبر 1963.

البشرية لظروف معيشية قاسية.

كما ورد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966[1] النص على عدم جواز أفعال التعذيب واشتراط الرضا في مجال التجارب الطبية والعلمية، وذلك في نص المادة السابعة منه، كما أكدت المادة التاسعة من هذا العهد على هذا الحق حينما نصت على ما يلي: « ***لكل فرد الحق في الحرية والسلامة الشخصية*** ... ».

لم يغفل العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية[2] النص كذلك على هذا الحق وذلك من خلال المادة الثانية عشر منه التي أكدت على حق كل فرد في الصحة والوقاية من الأمراض المعدية والمتفشية ومعالجتها، ونصت على عدة إجراءات تتخذها الدول منفردة أو عن طريق التضامن والتعاون الدولي من أجل تحقيق أعلى مستوى من الصحة البدنية والعقلية لكل فرد دون أي تمييز مهما كان نوعه، وفي ذلك تحقيق للحق في سلامة الجسم.

فيُلاحظ تأكيد العديد من النصوص الدولية لحقوق الإنسان على الحق في سلامة الجسم، والذي تم التأكيد عليه كذلك من خلال الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو المهينة لسنة 1984[3].

أما على المستوى الداخلي فنجد أن العديد من دساتير الدول نصت بدورها على الحق في سلامة الجسم كالدستور الجزائري لسنة 2016[4]، حيث نصت المادة (40) منه على

---

1 - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، جريدة رسمية عدد 20، صادر في 17 ماي 1989 والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، جريدة رسمية عدد 11، صادر في 26 فيفري 1997.

2 - العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، جريدة رسمية عدد 20، صادر في 17 ماي 1989 والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، جريدة رسمية عدد 11، صادر في 26 فيفري 1997.

3 - اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو المهينة المبرمة في 10 ديسمبر 1948، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، جريدة رسمية عدد 20، صادر في 17 ماي 1989 والنص الكامل لهذه الاتفاقية منشور في ملحق هذا المرسوم، جريدة رسمية عدد 11، صادر في 26 فيفري 1997.

4 - قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، صادر بتاريخ 07 مارس 2016.

أنه: « ***تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة...*** ». كما نصت المادة (41) منه على ما يلي: « ***يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية*** ».

هذا يعني أن الحماية المقررة للحق في سلامة الجسم لا تقتصر فقط على حماية الجانب المادي لجسم الإنسان بل تتضمن كذلك حماية الكيان المعنوي لهذا الجسم، كما تستوي كل أجزائه في نظر القانون، فلا فرق بين اعتداء ينال جزءا داخليا باطنيا كتمزيق يصيب الكبد، أو اضطراب يخل بسير الجهاز الهضمي أو التنفسي، ولا يقف القانون عند النظر إلى مادة الجسم في حد ذاتها، بل تعنيه فيها مقدرتها على أداء وظائفها الطبيعية ومن ثم كل مساس بهذه المقدرة تعتبر اعتداء على الحق في سلامة الجسم، ولو لم يخلف آثارا مادية تنال جزءا بعينه من مادة الجسم[1].

ولا يقتصر جسم الإنسان على الأعضاء الطبيعية الأصلية أي التي توجد في الإنسان منذ ولادته وإنما تشمل أيضا الأعضاء التي نقلت إليه من إنسان آخر بسبب الحاجة إليها، كالكلية التي تصبح بمجرد زرعها في جسم المتلقي جزءا من جسمه تتمتع بالحماية القانونية نفسها التي تتمتع بها الأعضاء الأصلية[2].

وعليه فإنّ القانون يحمي جسم الإنسان بجميع مكوناته، إلا أنه ظل مدة زمنية طويلة يحمي هذا الجسم، ولكن دائما باسم الشخص، فالقانون قسم الحقائق الأرضية إلى أشخاص وأشياء واستبعد بشدة أن يكون هذا الجسم مرتبطا مع الأشياء أو البضائع، فلهذا لم يعترف جانب كبير من الفقه والقضاء الفرنسي بحق الملكية الذي يمكن أن يمنح للشخص على جسمه[3]، لأن هذا المفهوم الذي يجعل من الشخص مالكا لجسمه يصطدم باستحالة تصوره على صعيد المنطق القانوني، فلا يمكن بأي حال تصور علاقة قانونية يختلط فيها هدف

1 - محمود نجيب حسني، الحق في سلامة...، مرجع سابق، ص ص 12، 13.

2 - ضياء الأسدي، حق السلامة...، مرجع سابق، ص 51.

3 - TISSIE Delphine, La protection du corps humain, L'Harmattan, Paris, 2013, pp 26, 27.
OIKAOUI Younes, Don, prélèvement et transplantation d'organes en droit marocain : étude prospective à partir du modèle français, thèse en vue de l'obtention du Doctorat de l'Université de Toulouse, 2010, p 31 et s.

القانون وهو الإنسان مع محل القانون وهو جسم الإنسان، وبالتالي فإنّ التمييز بين الإنسان والشخص سوف يؤدي إلى نتائج غير مقبولة[1].

ذهب في هذا الصدد الفقيه SAVATIER إلى القول: « لقد وضع هذا الشيء الجسدي فوق الأشياء الأخرى بسبب سمو ورفعة الإنسان، ولأنه لا يمكن فصل جسمنا عن شخصيتنا »[2].

كما يرى الفقيه CARBONNIER أن حرمة جسم الإنسان تبرر رفض أي مساس بسلامة الجسم أو الخضوع للتجارب الطبية أو العمليات الجراحية فهو حق من الحقوق الملازمة للشخصية[3].

فمن أهم المبادئ المستقرة لدى فقهاء القانون عامة وفقهاء القانون المدني خاصة هو مبدأ حرمة جسم الإنسان، فهو ليس بضاعة ومن ثم غير قابل للتصرف فيه لأنه ليس شيئا من الأشياء، تجسد هذا المبدأ في الواقع من خلال صورتين: الأولى؛ منع الغير من الاعتداء عليه والثانية؛ حظر التصرف في جسم الإنسان[4]. ومبدأ حرمة جسم الإنسان من المبادئ المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يمكن الاتفاق على المساس به أو التصرف فيه إلا لضرورة وفي أضيق الحدود وعلى سبيل الاستثناء، ومن ثم لا يمكن أن يكون جسم الإنسان محلا للعقود وخاصة الاتفاقات التجارية، ولا غير ذلك من الاتفاقات، فجسم الإنسان يخرج من نطاق دائرة المعاملات سواء كان التصرف بمقابل أو بغير مقابل[5].

والشيء خارج نطاق التعامل القانوني نعني بذلك أنه شيء لا يمكن أن يكون محلا لاتفاقية معينة[6]، استعمل المشرع الفرنسي هذا المصطلح في نص المادة (1128) من التقنين المدني الفرنسي التي نصت على أنه: « ***الأشياء هي فقط التي تدخل ضمن دائرة***

---

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 21.

2 - أشار إلى ذلك: ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 39.

3 - أشار إلى ذلك: منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 27.

4 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 05.
OIKAOUI Younes, Don, prélèvement…, op.cit, p 58 et s.

5 - حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 78.

6 - MOINE Isabelle, Les choses hors commerce : Une approche de la personne humain juridique, LGDJ, 1997, p 11.

التعامل القانوني وهي التي يمكن أن تكون محلا للاتفاقات القانونية ».

فجسم الإنسان لا يمكن اعتباره شيئا بأي حال من الأحوال فهو خارج دائرة الأشياء، وذلك يرجع إلى الحرمة والكرامة التي يتمتع بها الكائن الإنساني عموما والجثة بشكل خاص، وبالرجوع إلى نص المادة (1128) من التقنين المدني الفرنسي يمكن القول أنها لا تعني خروج جسم الإنسان بمكوناته من دائرة التعاملات القانونية بصفة مطلقة، بل أنه من الواضح جدا أن المقصود هو أن التعامل بجسم الإنسان له طبيعة خاصة ومختلفة تماما عن طبيعة التعامل بالأشياء[1].

سعى الفقه الفرنسي من هذا المنطلق جاهدا للتأكيد على أن الجسم هو الشخص ذاته[2]، وذلك في محاولة منه للانتصار في معركة المادة التي طغت على فكرة المجتمع الغربي الصناعي[3]، وفي هذا الصدد يرى جانب من هذا الفقه[4] أن جسم الإنسان له بشكل ما طابعا مقدسا.

رغم هذا الاعتراف بوجود مبدأ حرمة جسم الإنسان إلا أنه أمام نجاح التطورات الطبية الحديثة تم وضع هذا المبدأ موضع الشك، إذ شهد منتصف القرن التاسع عشر تطورا كبيرا في مجال الطب الجراحي، حيث استطاع الأطباء إجراء عملية استبدال أعضاء بشرية لا تقوم بدورها الوظيفي بأعضاء بشرية سليمة.

فبهذا الإنجاز يكون الطب قد تجاوز الأعمال الطبية التقليدية، فأصبح أكثر فعالية في معالجة الأمراض المستعصية التي تؤدي بحياة الكثير إلى الموت، إذ تم إنقاذ الكثير من الأشخاص نتيجة ظهور تقنية نقل وزرع الأعضاء البشرية كطريقة علاجية جديدة، كما قام الطب حديثا بدور إيجابي بالنسبة لمن يرغب في الإنجاب ويحول دون تحقيق هذه الرغبة بعض الموانع المرضية والخلقية، وذلك عن طريق استخدام تقنية التلقيح الاصطناعي لمساعدة الأفراد على تحقيق أمنية الإنجاب، بالإضافة إلى ظهور عمليات تغيير الجنس وعمليات الاستنساخ البشري، وأساليب طبية أخرى في مواجهة بعض الأمراض الحديثة.

---

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 15.

2 - CORNU Gérard, Droit civil, les personnes, 13ème édition, Montchrestien, Paris, 2007, p 29.

3 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 30.

4 - CARBONIER Jean, Droit civil, Volume I, PUF, Paris, 2004, p 382.

من هنا تظهر أهمية موضوع الدراسة، فالتطورات الطبية الحديثة أصبحت واقعا لا رجعة فيه خاصة في مجال نقل الأعضاء والتلقيح الاصطناعي، ولا يمكن أن ننكر الدور الذي تلعبه هذه الأساليب الطبية في الحد من العديد من المشاكل الصحية، بل أن البعض منها يرتبط بحقوق جوهرية للفرد خاصة حقه في الرعاية الصحية وحقه في الإنجاب.

لذلك اخترنا هذا الموضوع حتى نبين هذا الدور، ونبيّن كذلك مختلف الجوانب والمحاور المتعلقة بهذه التطورات الطبية الحديثة: الطب، الفقه، التشريع.

للإلمام بذلك حاولنا الاعتماد على أكثر من منهج، إذ اعتمدنا على المنهج المقارن لعرض موقف التشريعات من هذه التطورات الطبية الحديثة واعتمدنا كذلك على المنهج الوصفي لعرض وتحليل مختلف المواقف الفقهية ذات الصلة بالموضوع.

أدت التطورات الطبية الحديثة إلى إحداث تغيير جذري في مضمون مبدأ حرمة جسم الإنسان، إذ مكنت من استخدام أعضاء ومنتجات جسم الإنسان في العلاج، فاستبعدت بالتالي أي تصور مطلق لهذا المبدأ وفرضت عليه عدة استثناءات، تبعا لذلك ارتأينا دراسة أهم الحالات المشروعة للمساس بجسم الإنسان في ظل هذه التطورات الطبية الحديثة، أي تلك التدخلات الطبية الحديثة التي تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للغير أو للشخص نفسه.

هذا ما سيتم تناوله على ضوء التشريعات البيوأخلاقية التي سعت إلى توطيد هذا النوع من التدخلات الطبية الحديثة، إذ أجازت اقتطاع الأعضاء البشرية تحقيقا لمصلحة علاجية للغير (الباب الأول).

وسمحت للأطباء باستخدام منتجات جسم الإنسان في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب أو ما يسمى بتقنية التلقيح الاصطناعي بقصد علاج مرض العقم (الباب الثاني).

الباب الأول

اقتطاع الأعضاء البشرية تحقيقا لمصلحة علاجية للغير

يعتبر مبدأ حرمة جسم الإنسان من المبادئ المستقرة لدى فقهاء القانون، لأن حماية جسم الإنسان أمر تقتضيه المصلحة العامة[1]، إلا أن الواقع يكذبه في كثير من الأحيان فهناك منذ القديم العديد من الاتفاقات التي يتم تنفيذها على جسم الإنسان ولم يكن الهدف من هذه الاتفاقات يثير أدنى نقاش حول مشروعيته[2]، وأمام هذا التعارض بين المبدأ والواقع ذهب بعض الفقه[3] إلى القول أن جسم الإنسان نزل من سموه الذي منحه إياه إعلان حقوق الإنسان والمواطن، فهو يمكن أن يكون محلا للاتفاقات القانونية ويمكن التعامل به، وأن يكون أحد عناصر الذمة المالية.

وهكذا أصبح المساس بجسم الإنسان ممكنا، مشروعا بل حتى أنه مطلوب[4]، حيث فرض الواقع وجود استثناءات كثيرة ترد على هذا المبدأ، وتزداد يوما بعد يوم، وذلك لعدة أسباب منها: علاج الشخص نفسه، تحقيق المصلحة العامة، والتضامن الاجتماعي[5].

فتقدم العلوم الطبية جعل من موضوع حرمة جسم الإنسان مادة للبحث المتجدد، فقد أدى هذا التطور إلى اقتراب مشرط الجراح وأجهزة الفحص الطبي من جسم الإنسان أكثر فأكثر، وقد اقتضيت هذا الاقتراب المشار إليه إما مقتضيات العلاج منذ وقت مبكر وإما في وقت حديث مقتضيات عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[6].

وقد أصبحت مثل هذه العمليات أمرا واقعا ومألوفا في المجال الطبي، بحيث عرفت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تطورا كبيرا بحيث بدأت بنقل جزء من جسم الإنسان إلى جزء آخر من جسمه، إلى أن أصبحت تتضمن نقل عضو من إنسان حي إلى إنسان آخر أو من شخص متوفي إلى إنسان حي، كما بدأت بعضو إلى أن أصبحت تشمل العديد من الأعضاء، فهذه العمليات لم تعد قاصرة على زرع الكلى، قرنية العين، القلب بل امتدت لتشمل كل أعضاء جسم الإنسان كالكبد، البنكرياس، النخاع الشوكي، وأصبح أهل

1 - صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية (دراسة مقارنة)، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 119.

2 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 37.

3 - JOSSERAND (L), La personne humain dans le commerce juridique, chronique, Dalloz, 1932, p 1.

4 - PAUVERT Bertrand, "Le droit des éléments et produits du corps-ou les enjeux d'une réification silencieuse-", les cahiers de droit de la santé du sud-est, N° 12, 2011, p 12.

5 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 5، 6.

6 - حمدي عبد الرحمن، "معصومية الجسد"، مرجع سابق، ص 59.

الاختصاص يتحدثون عن استخدام هذه العمليات[1] كوسيلة لعلاج الأمراض المستعصية خاصة بعد ظهور تجارب في مجال زراعة المخ والجهاز العصبي.

وإذا كان لا يمكننا إنكار أهمية اقتطاع الأعضاء لصحة الشخص المتلقي لها، فإنّه بالمقابل لا يمكننا كذلك إنكار المشاكل القانونية التي تثيرها هذه العمليات، إذ أثارت جدلا فقهيا حول مشروعيتها، إلا أنّ الرأي الراجح في الفقه ذهب إلى الإقرار بمشروعية هذه العمليات، كما أن العديد من التشريعات الوضعية أقرتها (الفصل الأول).

غير أن إجازة مختلف التشريعات لاقتطاع الأعضاء سواء من الأحياء أو من جثث الموتى مرتبطة بمراعاة عدة شروط في هذا المجال (الفصل الثاني).

1 - يقصد بزرع الأعضاء أو كما يسميه البعض غرس الأعضاء: « نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة والخلايا من شخص متبرع إلى شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف لدى هذا الأخير » أو هي: « نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من شخص متبرع وزراعتها في جسم شخص آخر لتقوم مقام العضو أو الأنسجة التالفة في جسمه ».

يتضح من خلال ذلك أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتضمن ثلاث عمليات مرتبطة ببعضها البعض أسبابا وأهدافا وهي:

- العملية الأولى: وفي هذه المرحلة يتم استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسم المتبرع وحفظه تمهيدا لزراعته في جسم المريض المتلقي.
- العملية الثانية: وهي عملية استئصال العضو التالف من المنقول إليه (المريض أو المستفيد أو المتلقي).
- العملية الثالثة: وهي عملية زرع العضو السليم محل العضو التالف، وتكون النتيجة النهائية لهذه العمليات الثلاث المترابطة استبدال عضو أو نسيج مصاب بآخر سليم.راجع في ذلك: إقروفة زبيدة، "نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 358.

إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 46.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 36.

سمير عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 7.

الفصل الأول

مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تثير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية العديد من الصعوبات، والعديد من المشاكل على المستوى الأخلاقي والديني والطبي والقانوني، إذ تنطوي هذه العمليات على جوانب متعددة؛ قانونية، طبية، دينية واجتماعية.

ولكن ما يهمنا في هذا المجال هو الجانب القانوني لهذه العمليات فنقل الأعضاء البشرية له علاقة مباشرة بحماية جسم الإنسان، حيث أن استئصال أي عضو من أعضاء الجسم يتضمن في حد ذاته اعتداء على سلامة الجسم لما يؤدي إلى الإخلال بوظائفه إضافة إلى إحداث الجرح والقطع في الجسم المنقول منه للعضو البشري[1].

وبرغم ما ينال عناصر الحق في سلامة الجسم من مساس في هذه الحالة، فقد أثبتت التجارب الطبية نجاحها في هذا المجال، بحيث أصبحت هذه الوسيلة ضرورة علاجية لبعض المرضى الذين يلجئون لاستبدال أعضاء تالفة في جسمهم بأعضاء بديلة يحصلون عليها من أجسام الغير ولا يمكن للباحث القانوني أن ينكر أهمية هذه الوسيلة وأن يتخلف عن مسايرة ركب الحضارة الحديثة، والتي استخدمت الوسائل الطبية الحديثة لتحقيق مصلحة وسلامة الإنسان[2]، ولهذا تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية استثناءً يرد على مبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان[3]، وتستند إلى أساس في مشروعيتها سواء من الناحية الفقهية أو من الناحية التشريعية (المبحث الأول).

ومادام أن القانون يكفل حماية كافية لشخص الإنسان وجسمه، ولا يمكن اعتبار التقدم الطبي سببا لإهدار حرمة جسم الإنسان، فالهدف الطبي هو تدعيم صحة الفرد وبالتالي

---

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 27.

حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 32.

2 - عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الثاني، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008، ص 1052.

3 - OIKAOUI Younes, Don, prélèvement…, op.cit, p 88.

يجب أن يتوافق العمل الطبي مع مبدأ حرمة جسم الإنسان، ومن ثم يجوز المساس بجسم الإنسان للاعتبارات الصحية[1]، وعمليات نقل الأعضاء البشرية تعتبر من الحالات المشروعة للمساس بجسم الإنسان ولكن في ظل توافر ضوابط معينة، تتعلق أساسا بعدم مخالفة هذه العمليات للنظام العام وبضرورة احترام مجموعة من الشروط الطبية والإدارية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تستوجب دراسة مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية معرفة أصل المشكلة، وهي أن هذه العمليات تمس حقا من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، وهو حقه في الحياة وفي تكامله الجسدي، وتتولد هذه المشكلة في حالة شخص مصاب في أحد أعضائه إصابة خطيرة، وهذا ما يعرضه للخطر سواء في حياته أو صحته، ولا تجدي معه وسائل العلاج والجراحة التقليدية ولا سبيل لإنقاذ حياته أو تخليصه من آلام المرض إلا عن طريق استبدال العضو التالف بعضو سليم[2]، فيبدأ البحث عن طرف ثانٍ يقدم له هذا العضو، وهذا الشخص يسمى المتبرع أو المانح أو المتنازل.

من ناحية المريض فإنّ زرع عضو في جسمه لا يثير أدنى مشكلة من الناحية القانونية فهو يدخل في عداد الأعمال الطبية والجراحية لتوافر الهدف العلاجي وهو إنقاذ حياته، ولكن المشكلة الحقيقية تثور بالنسبة للشخص المتبرع أي الشخص السليم الذي تنازل عن عضو من جسمه لزرعه في جسم آخر مريض فهذا التنازل لا يحقق له أية مصلحة علاجية، فتخلف شرط المصلحة العلاجية من جانب المتبرع بالعضو يشكّل العقبة الرئيسية أمام فقهاء القانون في محاولتهم لإيجاد أساس قانوني ترتكز عليه عمليات اقتطاع عضو من جسم إنسان سليم لا يشتكي من أية علة تبرر القيام بأي نوع من أنواع التدخل الجراحي.

وعليه لا بدّ من البحث عن الأساس القانوني الذي يمكن بمقتضاه تبرير المساس بالتكامل الجسدي لشخص ما دون أن تكون هناك مصلحة علاجية تعود عليه من جراء

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 131.

2 - CHARAF ELDINE Ahmed, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, thèse pour le Doctorat D'Etat, Université de droit, d'économie et de sciences sociales, Paris II, 1975, p 6.

ذلك، وهناك عدة اتجاهات فقهية حاولت إيجاد تبرير لذلك (المطلب الأول).

كما أن العديد من التشريعات أباحت إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فبالتالي أصبح لهذه العمليات أساس تشريعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأساس الفقهي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

ظهرت عدة اتجاهات فقهية تحاول رد أساس مشروعية التصرف بالأعضاء البشرية إلى أحد القوالب القانونية المستقرة في القوانين المدنية والجنائية بعيدا عن القواعد التي تحكم الأعمال الطبية، والتي لا تجدي نفعا في هذا المجال، فلهذا اعتمد جانب من الفقه على نظرية السبب المشروع لتبرير ذلك (الفرع الأول)، والبعض الآخر على نظرية الضرورة (الفرع الثاني)، أما الاتجاه الثالث فإنّه برر مشروعية التصرف بالأعضاء البشرية استنادا إلى نظرية المصلحة الاجتماعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

نظرية السبب المشروع

يعتبر الفقيه ديكوك Décoq من الفقهاء الفرنسيين الأوائل الذين استندوا إلى فكرة السبب المشروع للقول بمشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية[1]، ويجب أن نتعرض إلى مضمونه نظرية السبب المشروع (أولا)، ثم النقد الموجه إليها (ثانيا).

أولا – مضمون نظرية السبب المشروع:

يرجع الفضل فيما توصل إليه الفقيه ديكوك إلى جهود سلفه من الفقه الفرنسي، والذي أزاح عقبة قانونية كانت تعوق الإقرار بمشروعية هذه العمليات، فقد ظل مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان إبان فترة زمنية طويلة أحد المبادئ الأساسية التي تهيمن على القانون المدني الفرنسي وما يترتب عنه من عدم جواز إخضاع جسم الإنسان إلى أي اتفاق قانوني[2]، وأن

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 419.

2 - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1986، ص 648.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 79

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 419.

حرمة جسم الإنسان تعني استحالة المساس به وأن الجسم ليس محلا لأي التزامات مشروعة لأنه يخرج من دائرة التعامل ولا يدخل في الذمة المالية للشخص وإنما في إطار الحقوق اللصيقة بالشخصية[1]، ولكن الواقع أثبت زيف مبدأ حرمة جسم الإنسان بصفة مطلقة فقد تقهقر أمام متطلبات الحياة العملية للإنسان حتى غدت بعض حقوقه الشخصية كالاتفاقات المتعلقة بحضانة الطفل وتعليمه وعقود العمل داخلة في نطاق التعامل، ففي هذا الصدد يرى بعض الفقه أنه لا يمكن مثلا نفي مشروعية الاتفاقات المتعلقة بقص الشعر أو تلك المتعلقة بممارسة الألعاب الرياضية بسبب ما تحققه هذه الاتفاقات من نفع لأصحابها[2].

ونقطة البداية عند الفقيه ديكوك، قوله « مادمنا قد سلمنا بإجازة الاتفاقات التي يكون محلها جسم الإنسان فكيف يمكن التفرقة بين عمليات نقل الأعضاء المشروعة وتلك غير المشروعة؟ »[3].

حسب الفقيه ديكوك فإنّ الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة إلا بالنظر إلى سبب التصرف، ويقصد بالسبب هنا، الباعث الدافع إلى التعاقد، فيجب البحث عن الهدف من التصرف ودوافعه لمعرفة ما إذا كان التصرف مشروعا من عدمه[4].

فلا يجوز الحكم على تصرف ما بأنه غير مشروع، لمجرد أنه يتعلق بجسم الإنسان وإلا لأدى ذلك إلى التسليم أن عقد العلاج الطبي، والذي بمقتضاه يتدخل الطبيب بجسم المريض، عقد غير مشروع، لأن هذا التدخل يشكّل مساسا بجسم الإنسان، ولكن في الواقع يعد هذا التدخل مشروعا، لأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للمريض[5].

---

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 137.
حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 38.

2 - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 649.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 419.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 79.

4 - شعلان سليمان محمد السيد، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2002، ص 273.
محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد (دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 115.

5 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، شركة تاس للطباعة، القاهرة، 2006، ص 111.

وذهب الفقيه ديكوك أيضا إلى أنه من غير المقبول التصرف في كامل الجسم أو في جزء لازم لبقاء الإنسان حيا كالقلب مثلا. إلا أنه من الجائز التصرف بأحد الأعضاء التي لا تؤدي إلى وفاته أو تعرض حياته لخطر جسيم، وأن يكون الهدف من هذا التصرف تحقيق مصلحة مشروعة، ويكون التصرف بالعضو مشروعا متى كان الهدف من المساس بالجسم هو تحقيق مصلحة علاجية لشخص ما، ويجب أن يفهم السبب كذلك على أنه تحقيق مصلحة واجبة الاحترام للغير أيضا[1].

ولما كان نقل عضو من إنسان إلى إنسان آخر يهدف إلى إنقاذ حياة الغير أي الشخص المريض أو على الأقل يدفع عنه ضررا أكبر، يتجاوز الضرر الذي يلحق بالمتبرع نتيجة استئصال عضو من جسمه فإنّ ذلك يعد من المصالح المشروعة[2]، وبناءً على ذلك لا يجوز المساس بجسم الإنسان، إلا إذا كانت المزايا والمنافع التي تترتب على ذلك تفوق الأضرار الناشئة عنه وإذا اختل هذا الميزان فيصير المساس بجسم الإنسان غير مشروع ومنافيا للأخلاق[3].

فمصلحة الغير هي التي تبرر فاعلية رضا الشخص فيما يتعلق بالحقوق التي ترد على جسم الإنسان، ففي مواجهة مبدأ حرمة جسم الإنسان يوجد مبدأ هام آخر هو مبدأ التضامن الإنساني، فمتى كانت الحقوق التي تترتب على الجسم تستهدف تحقيق مصلحة أشخاص آخرين وتنطوي على أداء لواجب التضامن الإنساني، فإنّ ذلك يؤدي لفاعلية ومشروعية التصرفات التي ترد على جسم الإنسان[4].

ففي مقام حرمة جسم الإنسان قد تتعارض مصلحة الفرد مع مصلحة أفراد المجتمع الآخرين، وهذا التعارض لا ينتفي إلا إذا نظرنا للأمر من منطلق التضامن الإنساني،

---

1 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 42.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 111.
محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 115.

2 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 112.

3 - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية، مرجع سابق، ص 650.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 421.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 80.

4 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 42، 43.

ويسمح هذا التضامن بتجويز الاتفاقات التي تمثل مساسا بجسم الإنسان في حالات كثيرة[1].

وينتهي الفقيه ديكوك إلى القول بمشروعية الاتفاقات التي تنطوي على المساس بالجسم للإصلاح مثل استئصال جزء من جلد الشخص لترقيعه لآخر متى اقتضت ذلك المصلحة العلاجية لهذا الأخير، بل ويقرر أيضا صحة التصرفات التي ترد على جسم الإنسان وتؤدي إلى مساس مستديم به بشرط أن تستهدف تحقيق مصلحة علاجية للغير كما يجب أن تكون المزايا التي تعود على الغير أكثر من الأضرار التي سيتحملها الشخص المتصرف في جزء من جسمه[2].

فحسب أنصار هذا الاتجاه لا تقتصر الإباحة على التصرفات التي تمس الجسم بضرر يسير كعمليات نقل الدم مثلا، إنما تشمل كافة التصرفات التي يترتب عنها مساس مستديم بالجسم وغير قابل للإصلاح[3]، ومثال ذلك تنازل الشخص عن أحد كليته لشخص آخر مصاب بفشل كلوي حاد، وذلك بقصد إنقاذ حياة هذا المريض المهددة حياته بالانتهاء فلا توجد هناك غاية أسمى وأفضل من أن يساعد الإنسان أخاه عند الحاجة إليه، خاصة إذا أثبت العلم أن المتبرع يستطيع أن يعيش حياة عادية لا تختلف عن حياة غيره من الأفراد[4].

---

1 - حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 134.

2 - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 650 – 651.
حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 45.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 80، 81.

3 - وهذا بخلاف ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي على رأسهم SAVATIER و AUPY، الذين قالوا بمشروعية عمليات نقل الأعضاء التي لا تخلف سوى ضررا يسيرا، وبناء على ذلك فإنّ تنازل شخص عن طبقة سطحية من جلده لعلاج شخص آخر مصاب بحروق يعد تصرفا مشروعا، وبصير غير مشروع إن كان محل التنازل إحدى كليتيه حتى ولو كان ذلك برضا المتبرع، فقد رفض الفقيه Décoq هذه التفرقة على أساس أن قانون العقوبات الفرنسي يجرم كل مساس بسلامة الجسم سواء كان يسيرا أو جسيما، ومن ثم فلا وجه للاحتجاج بمدى جسامة النتيجة المترتبة على عمليات نقل الأعضاء للاعتراف بمشروعيتها، وبالتالي فلا مناص من أن يعتد القاضي بالسبب الدافع للتعاقد وهو بصدد هذه المسألة. راجع في ذلك:
محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 649 – 650.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 420، 421.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 79، 80.

4 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 67، 68.

يستخلص مما سبق أن التصرفات التي ترد على جسم الإنسان تكون مشروعة متى كان السبب مشروعا، ويكون السبب مشروعا، متى كان يستهدف تحقيق مصلحة علاجية للمتبرع نفسه أو بالنسبة للغير بشرط أن تكون المزايا التي سوف تتحقق بالنسبة للغير أكبر من الأضرار التي سوف تصيب المتبرع، فلا يجب من ثم النظر فقط إلى المزايا التي تعود على المتبرع نفسه، وإنما يجب أن تشمل المزايا والمنافع التي تعود على الغير، والقاضي يقدر المشروعية من عدمها على أساس الموازنة بين الأضرار المترتبة عن المساس بجسم المتبرع والنتيجة المترتبة على ذلك.

ثانيا – تقدير نظرية السبب المشروع:

وجهت عدة انتقادات لنظرية السبب المشروع كأساس لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وقد أخذ على هذه النظرية ما يلي:

- عدم انضباط المعيار الذي تقوم عليه بالقدر اللازم فهي تقوم على أساس الموازنة بين المصالح المختلفة دون اشتراط توافر حالة الضرورة[1].

- أهم ما يميز هذا الاتجاه هو التركيز على ضرورة توافر الهدف العلاجي للغير، وأن جسم الإنسان في حد ذاته يصلح لأن يكون محلا للاتفاقات القانونية[2]، إلا أن التحليل المقدم سابقا من أصحاب هذه النظرية غير مقنع، فلا يجوز قياس المساس بالجسم عموما على بعض صور التعامل في حقوق الشخصية، فقياس المساس المذكور على مسائل الحضانة والتعليم هو قياس مع الفارق أما مسألة تقدير الهدف أو الباعث، فإنّها تستند إلى مفهوم خاطئ[3]، ولو وضعت المسألة في إطارها الصحيح، قد نفهم أن يتبرع شخص بأحد أعضائه إذا لم يترتب على الاستئصال أية أضرار، أما أن توضع المسألة في إطار الموازنة بين ما يلحق المتبرع من ضرر وما يصيب الغير من فائدة، فهو منطق مرفوض[4].

---

1 - معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية – دراسة مقارنة – مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2014 – 2015، ص 84.

افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 112.

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 421.

2 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 60.

3 - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 651.

محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 116.

4 - حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 135.

- نظرية السبب المشروع وإن كانت تصلح سندا لإبراز الحكمة من إباحة نقل الأعضاء البشرية، إلا أنها لا تصلح كأساس لهذه الإباحة[1]، كما أن السبب المشروع وإن كان يصلح كأساس لإباحة الأعمال الطبية[2]. بصفة عامة والتي تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للمريض، إلا أنه لا يصلح أساسا لمشروعية نقل العضو من المتبرع لأنه في هذه الحالة ليس له مصلحة من جراء ممارسة العمل الطبي على جسمه فضلا عن أن القانون لا يعتد في جرائم المساس بالحياة وسلامة الجسم بالبواعث الدافعة إلى القيام بها سواء كانت شريفة أم لا، وبناء على ما تقدم فعلى الرغم من كون الباعث شريفا في مجال نقل وزراعة الأعضاء إلا أنه لا يقوى أن يكون سببا لإباحتها[3].

كما أن هذه النظرية وإن كانت تقوم على أساس الموازنة بين المصالح المختلفة إلا أنها لا تقتضي حتما أن يتم ذلك في نطاق الضرورة، ولذلك فقط اضطر أنصارها إلى إضافة شرط مؤداه أن يكون الاستئصال هو الوسيلة الاحتياطية أو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض، ومن ثم فقد أحدثوا تداخلا مع النظريات الأخرى[4].

---

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 421.

2 - نلاحظ في مجال تحديد الأساس القانوني الذي تستند إليه إباحة الأعمال الطبية بصفة عامة في الأنظمة القانونية الوضعية أن الفقه والقضاء والتشريعات نفسها، قد انقسمت لعدة آراء في هذا الصدد، فذهب رأي إلى أن سند الإباحة هو رضا المريض بالعمل الطبي أو الجراحي، ولكن يعيب هذا الرأي أن حق المريض في سلامة جسمه ليس حقا خالصا له، ولكنه ذو طبيعة اجتماعية، فإذا رضي المريض بالاعتداء على حقه في سلامة جسمه، فإنّ هذا الرضا ينصرف إلى الجانب الفردي من هذا الحق دون الجانب الاجتماعي، ولذا يبقى حق المجتمع في الدفاع عن هذا الجانب قائما ويظل فعل الاعتداء خاضعا للتجريم، وذهب رأي آخر إلى أن أساس هذه الإباحة هو انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب، وهذا الرأي بدوره معيب إذ ينطوي على تحديد غير صحيح ويخلط بين عناصر القصد والباعث، فالباعث ليس ركنا من أركان الجريمة ولا عنصرا من عناصرها، فلهذا فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يذهب إلى أن إباحة الأعمال الطبية، إنما يستند إلى ترخيص القانون للأطباء بمباشرة العمل الطبي أي أن إذن القانون هو الذي يبيح عمل الطبيب الذي يمس بجسم المريض، راجع في ذلك:

أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 25، 32.

3 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 68.

4 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 60.

محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 651.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 141.

الفرع الثاني

نظرية الضرورة كأساس لإباحة نقل الأعضاء البشرية

يرى جانب من الفقه أن المشاكل القانونية المترتبة على عمليات نقل الأعضاء البشرية لا تثير أكثر من مسألة المقارنة والتدرج في القيم المختلفة والتي يحتاج حسمها إلى تعاون رجال القانون والطب على صعيد واحد، فمن الناحية القانونية يمكن معالجة هذا التدرج في إطار نظرية الضرورة[1]، فعلى ضوء شروط هذه النظرية يستطيع القضاء أن يرتب الأوضاع الخاصة بالمسؤولية عن عمليات نقل الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء[2]، ويجب تحديد مضمون نظرية الضرورة (أولا)، ثم التعرض إلى تقديرها (ثانيا).

أولا – مضمون نظرية الضرورة:

لقد ظهر الاتجاه الذي ينادي باعتبار حالة الضرورة أساسا لمشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية في ستينيات القرن الماضي، وذلك في ظل الفراغ التشريعي الذي كان سائدا حتى عام 1976، حيث ظهر أول تشريع ينظم هذه العمليات في فرنسا[3].

وحالة الضرورة عند بعض الشراح هي الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث تعتبر الأساس القانوني الوحيد بحسب رأيهم لاقتطاع العضو من جسم المتبرع ونقله لجسم المريض متى توافرت شروطها وضوابطها[4].

وذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مشكلة عمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء تثير مسألة الموازنة بين القيم المختلفة التي توجد في الحياة وهي تدخل أساسا في إطار نظرية الضرورة[5]، في مجال العمل الطبي بصفة عامة فإن أي طبيب يقوم على الموازنة بين الخطر وفرصة الشفاء (1) أما في مجال نقل الأعضاء البشرية فإن هذه الموازنة تتخذ طابعا مميزا (2).

---

1 - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 653.

2 - حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 130.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 63.

4 - CHARAF ELDINE Ahmed, Droit de la transplantation… op.cit, p 44 et s.

5 - CHROQUI Loubna, La transplantation d'organes humains à la lumière de la chariâa islamique et de la réglementation juridique au Maroc, thèse pour le Doctorat en droit, Faculté internationale de droit comparé des Etats francophones, 2006, p 105.

1 – حالة الضرورة في الأعمال الطبية بصفة عامة:

يقصد بحالة الضرورة، حالة الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل إلى تفاديه إلا بارتكاب فعل محظور طبقا لأحكام قانون العقوبات[1].

ويعرّف الفقيه سفاتييه حالة الضرورة بأنها: « حالة الشخص الذي يتبين له بوضوح أن الوسيلة الوحيدة ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره أن يسبب ضررا أقل للغير »[2].

كما أن الضرورة[3] هي أن يجد الإنسان نفسه أو غيره أو ماله أو حال غيره معرض لخطر جسيم على وشك الوقوع، وليس هناك من سبيل للخلاص من هذا الخطر سوى بارتكاب فعل يعد جريمة[4].

أما عن حالة الضرورة في الأعمال الطبية بصفة عامة فإنه يجب في كل عمل طبي القيام بعملية الموازنة بين الخطر والأمل أو فرصة الشفاء، وتكون تلك الموازنة بالنظر إلى المستقبل ومن ثم تتسم بقدر من الاحتمال أي عدم التأكد، فالطبيب والمريض يجريان مقارنة بين المخاطر التي قد يتعرض لها المريض إذا لم يعالج ومخاطر إجراء عمل طبي معين من جهة، وبين فرص وآفاق الشفاء من جهة أخرى فحساب الاحتمالات يلعب دورا كبيرا في الاختيار الذي يقوم به الطبيب من حيث العلاج والوسيلة، ويكون حساب الاحتمالات على أساس ما يسمى قانون الكثرة أي أن تقدير مدى خطورة العمل الجراحي يقوم على أساس المتوسط العام لنجاح أو فشل الجراحة وليس على أساس التدخل الجراحي في حالة معينة[5].

---

1 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 68.

2 - أشار إلى ذلك: أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 33.

3 - نشير إلى انتفاء المسؤولية الجنائية على أساس حالة الضرورة هي من المسلمات منذ أقدم العصور، وقال بها الرومان، فكانوا يربطون بين الضرورة والخوف الذي يفسد عقودهم وينقص دور الإرادة كشرط للعقاب، وفكرة الضرورة معروفة كذلك في الشريعة الإسلامية، والضرورة عند أصحاب المذهب المالكي هي الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا. حول هذا الموضوع انظر:

موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 36.

4 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 27.

5 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء الناشئة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في الطب، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 198.

محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 654.

أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 33.

ولم يعد جوهر العمل الطبي فن الشفاء، وإنما أصبح يعرف بالعمل الذي يعطي للطبيب ميزة العمل على جسم الإنسان، فالطبيب يتمتع بامتياز خاص لا يتمتع به غيره من أصحاب المهن الحرة فهو يمارس عمله على جسم الإنسان، بمعنى أنه لم يعد دور الطبيب شفاء المريض فقط أو وقايته من الأمراض وإنما أصبح يقوم بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان، وأصبح الطبيب هو الذي يقود عمليات الاحتمالات عن طريق العلاج الذي يقدمه، فدوره أساسي وإيجابي في الشفاء والأمل، ويسعى جاهدا لزيادة فرص النجاح على احتمالات الفشل[1].

2 – حالة الضرورة في عمليات نقل الأعضاء البشرية:

يقوم الطبيب في العمل الطبي العادي بعملية حساب المخاطر والآمال بالنسبة لنفس الشخص أي بالنسبة لمريض واحد أمامه، فالمريض يتحمل خطرا ضئيلا في سبيل تفادي الكثير من المخاطر[2].

أما في مجال زرع الأعضاء البشرية فإن عملية الموازنة أو المقارنة المذكورة لا تكون متعلقة بشخص واحد، وإنما بأكثر من شخص أي أن نطاق حالة الضرورة في مثل هذا العمل يتسع عن أي عمل طبي آخر فعملية تقدير الأضرار والفوائد يكون بالنسبة للشخص المتبرع والمتلقي المريض في آن واحد[3].

وينطلق الفقه الذي يرى في حالة الضرورة أساسا صالحا لإسباغ صفة المشروعية على عملية نقل الأعضاء البشرية من نقطة مفادها أن الطبيب الذي يقوم بإجراء تلك العملية إنما يدفع خطرا جسيما يهدد الغير (المريض) وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على الشخص الذي ينتزع منه العضو، والطبيب هو المرجع في الموازنة بين الخطر الذي يهدد المريض والضرر الذي يلحق بالمتبرع، وهو إذ يفعل ذلك إنما يكون داخلا في نطاق حالة الضرورة، فلا مسؤولية على الطبيب لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية[4].

---

1 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 48.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 199.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 70.

3 - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 654.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 83، 84.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 117.

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 63، 64.
CHARAF ELDINE Ahmed, Droit de la transplantation… op.cit, p 44 et s.

فحسب هذا الاتجاه يتعين على الطبيب أن يجري حسابا دقيقا للاحتمالات الخاصة بالمخاطر والمزايا التي تترتب على العملية ثم يقدرها في جانب كل من طرفي العلاقة، لكي يرجح مزايا العملية فيجري الجراحتين، أو يرجح على العكس مضارها فيمتنع عن إجرائهما[1].

وقد شهدت حالة الضرورة تطبيقا لها في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في فرنسا عام 1961، وذلك حينما أراد أحد الأطباء انتزاع أحد كليتي فتاة تبلغ من العمر 14 سنة بغرض نقلها لأختها التوأم والتي كانت تعاني من فشل كلوي كامل، بالتالي فإنّها مهددة بخطر جسيم، وقد ثار التساؤل بصدد هذه الحالة عن مسؤولية الجراح الجنائية وما إذا كانت حالة الضرورة تبرر قيامه بعملية انتزاع الكلية وزراعتها في جسم المريضة، وقد خلص الرأي لدى رجال القضاء الذين تمت استشارتهم من قبل المجلس القومي للأطباء إلا أنه يجوز للطبيب القيام بإجراء هذه العملية، وذلك قياسا على ما يقوم به الأطباء من إجراء عمليات الإجهاض في حالات الضرورة الطبية، إذ أن هناك خطر يهدد شخص ما (المريضة) قد يؤدي بحياته خلال مدة قصيرة ولا سبيل لتلافي ذلك الخطر إلا بانتزاع العضو من شخص آخر (الأخت المانحة)، لذلك كان إجراء العملية أمرا جائزا لا يرتب مسؤولية جنائية للطبيب[2].

يرى جانب من الفقه في هذا الصدد أن اعتبار حالة الضرورة أساسا قانونيا لعمليات زرع الأعضاء البشرية يجب أن تتوافر معها عدة شروط[3] وهي:

---

1 - علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005، ص 12.
حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 131.

2 - حول هذه القضية انظر:
مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 64.
أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 36، 37.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 149، 150.

3 - راجع في ذلك:
CHARAF EL DINE Ahmed, Droit de la transplantation…, op.cit, p 49 et s.
CHROQUI Loubna, La transplantation…, op.cit, p 106 et s.
محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 655.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 71، 72.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 117، 118.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 200.

- يجب أن يكون هناك خطر محدق بالمريض، بحيث يترتب على عدم نقل عضو جديد له وفاته، فلا يشترط أن يكون الخطر محدقا بالشخص نفسه، بل يكفي أن يكون محدقا بالغير مثل حالة الدفاع الشرعي.

- يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من ذلك الضرر الذي سيلحق المتبرع.

- أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذ المتلقي، وأن يهيأ لها كافة العناصر اللازمة لنجاحها من حيث مراعاة صلاحية العضو المنقول وخلوه من الأمراض، ومراعاة ألا يترتب على عملية الاستئصال وفاة المتنازل أو إصابته بنقص خطير ومستديم في وظائف جسمه.

- يجب أن يشترك أكثر من فريق طبي في تقدير الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له المريض والضرر الذي يتعرض له المتبرع، ولهذا يجب أن يكون الفريق الطبي الذي يجري عملية الاستئصال غير الفريق الطبي الذي يقوم بعملية الزرع.

كما يرى جانب من الفقه الانجلو-الأمريكي أن عمليات نقل الأعضاء البشرية تجسد نموذجا مثاليا لتطبيق حالة الضرورة بكافة أركانها، وتبرير ذلك أن الطبيب الذي يقوم بانتزاع عضو من جسم شخص ما لإنقاذ المريض إنما يتسم عمله بالنبل والشهامة، إذ أن مقصده دائما هو دفع الخطر عن المتلقي وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على المتبرع، فمن كان مثله يجب اعتباره بمثابة المنقذ أو رجل الإطفاء الذي يوقع ضرر أقل ليدفع خطر أكبر، لذلك يرى أصحاب هذا الرأي أن عمل الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يعد من قبيل أعمال الإغاثة[1].

وإذا كانت غالبية الفقه الفرنسي قد استحسنت نظرية الضرورة، إلا أنهم يرون مع ذلك عدم كفايتها وحدها للقول بمشروعية عمليات نقل الأعضاء، فمسايرة منطق هذه النظرية إلى نهايته يؤدي إلى تحكم الطبيب وإجباره مثلا على إخضاع أي شخص لعملية استئصال إحدى كليته لمجرد تطابق أنسجته مع أنسجة شخص مريض مصاب بفشل كلوي[2].

1 - أشار إلى ذلك: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 65.

2 - محمد السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 655.

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 424، 425.

وإدراكا لما ترتبه هذه النتيجة من انتهاك واضح لحق المتبرع في سلامة وتكامل كيانه الجسدي، وهو ما يتعارض وكافة المبادئ القانونية والأخلاقية، فقد عمد أنصار نظرية حالة الضرورة إلى اشتراط اقترانها بالرضا الحر والمستنير للمتبرع حتى يمكن إجراء نقل العضو منه، فإذا توافر هذان الشرطان (حالة الضرورة، والرضا المستنير) قام الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء[1].

ولقد اختلف فقهاء القانون حول ما إذا كانت حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة أو مانعا من موانع المسؤولية[2]، إلا أن البعض[3] يرى أن هذا الجدال الفقهي غير مهم في هذا المجال، ومن ثم يمكن القول بأنه متى توافرت شروط حالة الضرورة في مجال نقل وزرع الأعضاء لا يسأل الطبيب عن عملية استئصال العضو من جسم المتبرع طالما لم يصدر منه خطأ بغض النظر عما إذا كان تدخله عملا غير مشروع وفقا للاتجاه الذي يكيف حالة الضرورة ضمن موانع المسؤولية، أو ارتفعت عنه الصفة الإجرامية وفقا للاتجاه الذي يدرج حالة الضرورة ضمن أسباب الإباحة.

ثانيا – تقدير نظرية الضرورة:

لقد انتقد جانب من الفقه تأسيس عمل الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية على حالة الضرورة سواء كانت سبب إباحة أو مانع مسؤولية[4]، وبالتالي لا تصلح سندا قانونيا لإباحة هذه العمليات، وأخذ على هذه النظرية ما يلي:

---

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 67، 68.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 85.

2 - لمزيد من المعلومات حول هذا الجدال الفقهي والطبيعة القانونية لحالة الضرورة، راجع:
رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2006، ص ص 46، 50.
أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 39، 42.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص ص 75، 76.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 425، 426.

4 - ومع ذلك نؤيد الاتجاه الفقهي الذي يرى أن حالة الضرورة هي أقرب إلى أسباب الإباحة منه إلى موانع المسؤولية في المجال الطبي، لأن عمل الطبيب يحتاج إلى حرية كاملة لأداء عمله، والقول بأنه معرض للمسؤولية يحد من هذه الحرية. راجع في ذلك:
طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 148.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 426.

1 – إنّ استخدام حالة الضرورة للتخلص من عبء المسؤولية المدنية أو الجنائية، إنما يفترض ظرفا يتعرض فيه شخص ما لخطر معين، فيدفعه لإلحاق ضرر أقل بالغير، ومن الصعب أن يتوافر هذا المنطق بالنسبة للطبيب في ممارسته لعمليات نقل وزرع الأعضاء باعتبار أنه محترف يمارس مهنته في حدود الأصول القانونية، والتي تفرض عليه أن يحمي الطرفين المتبرع والمريض على حد سواء، وليس له أن يدعي التعرض لضغط أخلاقي أو أدبي ولدته ضرورة إنقاذ شخص مريض على حساب صحة شخص سليم، ولا يهم في هذا المقام أن تثار بساطة التضحية من جانب المتبرع وضخامة الفائدة من جانب المريض، كما أن الوضع الطبيعي هو أن الطبيب حين يمارس مهنة الطب إنما يمارسها بقدر من حرية التفكير والاختيار يمكنه من اتخاذ القرار المناسب بالنسبة للحالة المعروضة عليه بما لا يدع مجالا للشك بوقوعه في حالة خطر محدق على نفس غيره[1].

2 – أنه وإن كان صحيحا أن حالة الضرورة قد تتوافر بشروطها في جانب المريض، إلا أنها لا تجد لها تطبيقا بالنسبة للمنقول منه العضو وذلك لكونه شخص سليم ولا يتهدده أي خطر، وبالتالي فإن حالة الضرورة لا تغطي أطراف عملية نقل وزرع الأعضاء جميعهم بل أنها تنطبق على طرف واحد فقط وهو الشخص المريض (المتلقي)، وعلى ذلك لا يمكن للطبيب التعلل بهذه النظرية لدرء المسؤولية عن نفسه إزاء المتبرع الذي وقع عليه ضرر تمثل في نقص تكامله الجسماني واستئصال جزء من أجزاء جسمه دون مسوغ قانوني[2].

3 – إن من شروط حالة الضرورة[3] أن يكون الخطر حالا ومحدقا ولا توجد وسيلة

---

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 118، 119.
علي أحمد بيومي، أضواء على نقل...، مرجع سابق، ص 13.
حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 132.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 66.
إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 74.
أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 43.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 153.

3 - الجدير بالذكر أن مؤتمر بيروجيا والذي انعقد من (3 إلى 17) سبتمبر 1969 بيوغسلافيا والخاص بزراعة القلب والتصرف بالأعضاء، قد تبنى معيار حالة الضرورة كأساس لمشروعية نقل الأعضاء البشرية، حيث أكدت توصيات هذا المؤتمر أنه لا بدّ وأن تكون عملية زراعة العضو هي الوسيلة الوحيدة المتاحة لإنقاذ حياة المريض، وأن تكون احتمالات النجاح تفوق بشكل مؤكد ما قد يصيب المتبرع من أضرار مستقبلة، راجع في ذلك: =

أخرى يمكن عن طريقها دفع هذا الخطر وهذا الشرط لا يمكن القول بتوافره في بعض عمليات نقل وزرع الأعضاء وبصفة خاصة في عمليات زراعة الكلى، إذ نجد أن مريض الفشل الكلوي وإن كان مهددا بخطر جسيم وحال بالفعل إلا أن هناك وسيلة أخرى يمكن اللجوء إليها وهي عملية الغسيل الكلوي ومن ثم لا توجد حالة الضرورة لوجود البديل، وكذلك في مجال نقل القرنية فحالة الضرورة تفترض بذاتها وجود قيمة حقيقية مهددة بخطر وشيك الوقوع فلا يترتب على عدم نقل القرنية هلاك المريض[1].

4 – أن عمليات نقل الأعضاء البشرية لا تخلو من المخاطر، وليس من المؤكد أن الحسابات التي يقوم بها الطبيب للموازنة بين المزايا والمضار صحيحة ومؤكدة، فهناك احتمال للخطأ بمعنى أن نجاح نقل العضو ليس مؤكدا دائما وبالتالي لا يمكن تقبل تدخل الطبيب لتجنب خطر حال خاصة وأن عمليات نقل الأعضاء تواجه مشكلة رفض الجسم الغريب[2].

5 – أن إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بناء على حالة الضرورة هدر لحماية الحق في سلامة الجسم، حيث يصبح حين ذاك استئصال أعضاء الناس جبرا خصوصا وأن رضا المتبرع ليس عنصرا في حالة الضرورة وإنما هو شرط يمكن الطبيب من استخدامها والتعلل بها لذلك فإنه لا يتصور أن تُنزل فعل الطبيب الذي يقوم بانتزاع كلية من شخص سليم على سبيل المثال منزلة فعل رجل الإطفاء الذي يهدم حائطا لإنقاذ من يتهدده خطر الحريق[3].

فهذه النظرية تجاهلت إرادة المتبرع بالعضو ذلك أنها ترتكز فقط على حالة الضرورة، ولا تشترط الحصول على رضا المتبرع، وهذا يتعارض مع حق الإنسان في قبول أو رفض المساس بجسمه[4].

بناء على ما تقدم فإن حالة الضرورة لا تتوافر في كافة حالات نقل الأعضاء، وهو ما

=رياض الخاني، "المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري"، المجلة الجنائية القومية، مجلد 14، العدد 1، 1971، ص 26.

مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 65، 66.

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 119.

2 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 118.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 70، 71.

4 - افتكار ميهوب دبوان المخلافي، حدود التصرف..، مرجع سابق، ص 118.

يجعلها غير صالحة كأساس لمشروعية التدخل الطبي في هذا المجال، إذ يجب أن يكون لهذا الأساس صفة العمومية بحيث يصلح ليواجه مختلف الحالات وعدم الاقتصار على بعضها فقط[1].

الفرع الثالث

نظرية المصلحة الاجتماعية

ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس مشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية يقوم على أساس فكرة المصلحة الاجتماعية[2]، ويجب التعرض إلى مضمون هذه النظرية (أولا)، ثم التعرض إلى تقدير هذه النظرية لمعرفة مدى صلاحيتها لإصباغ صفة المشروعية على هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة على جسم الإنسان (ثانيا).

أولا - مضمون نظرية المصلحة الاجتماعية:

تقوم هذه النظرية على فكرة أساسية مضمونها أن الحق في الحياة وسلامة الجسم من الحقوق التي يعترف بها القانون لكل فرد، ومن مصلحة الفرد أن يحتفظ بسلامة جسمه وأن يتحرر من الآلام البدنية وأن تؤدي أعضاؤه وظائفها أداء طبيعيا، وكل اعتداء يحول دون السير العادي والطبيعي لأحد وظائف الجسم هو مساس بالحق في سلامة الجسم وهو ما يجرمه القانون[3].

والحق في سلامة الجسم لدى أنصار هذه النظرية يتنازعه اعتبارين:

الاعتبار الأول: الجانب الفردي لهذا الحق ويتمثل في كافة المزايا التي تعود على الفرد من خلال تكامله الجسدي.

الاعتبار الثاني: يتمثل في حق المجتمع في سلامة أفراده بوجه عام كي يؤدوا الوظيفة

---

1 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994، ص 462.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 428.

2 - الجدير بالذكر أن المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي الذي عقد بالقاهرة عام 1987 تبنى معيار المصلحة الاجتماعية كأساس لإباحة التصرف بالأعضاء البشرية، كما أكدت عليه التوصيات الصادرة عن الندوة العلمية حول الأساليب الطبية والقانون الجنائي التي عقدت بكلية الحقوق، جامعة القاهرة عام 1993، راجع في ذلك: افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 112.

3 - أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 43، 44.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 111، 112.
محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 118.

الاجتماعية[1]، ويعني ذلك أن عدد من المزايا التي يتضمنها هذا الحق هي للمجتمع، فلا يستطيع الفرد أن يحرمه منها إذ هو غير ذي صفة في ذلك، فإن تصرف في هذا الحق يعتبر تصرف فيما لا يملك، بمعنى آخر إذا كان للفرد حق التصرف فيما يتعلق بالجانب الفردي إلا أنه لا يستطيع أن يتصرف في هذا الحق إذا كان هذا التصرف يتضمنه مساسا بالوظيفة الاجتماعية للجسم[2].

والصفة الاجتماعية للحق في سلامة الجسم لا تجرده من أصله الفردي، إذ أن الفرد صاحب مصلحة مباشرة في سلامة جسمه فيهمه كل المزايا المرتبطة بهذه السلامة ويحرص على المحافظة عليها.

كما أن المجتمع لا يعنيه من هذه المزايا بالقدر الذي يمثل أهمية اجتماعية فحق المجتمع لا يعدو أن يكون حق ارتفاق على سلامة جسم الفرد[3].

إذا كان الجانب الاجتماعي[4] للحق في سلامة الجسم يهدف إلى تكامل الأفراد والرقي بالمجتمع كوحدة واحدة فإنه يجب النظر دائما إلى المحصلة النهائية لسلامة الأفراد ككل من غير التعويل على تقييم كل فرد على حدة، فالمعيار إذن هو الحاصل النهائي للمصلحة الاجتماعية وما تؤديه للمجتمع بشكل عام[5] وعلى ذلك فإن أي اعتداء يمس سلامة الجسم ويؤدي إلى عدم قدرة الفرد على القيام بأداء وظيفته الاجتماعية يعد إهدارا لارتفاقات المجتمع، حتى ولو كان برضا المجني عليه، فإن هذا الرضا لا يكون له أية قيمة قانونية في إباحة الفعل لأنه غير ذي صفة إذ يتصرف في ارتفاق مقرر للمجتمع، فيظل حق المجتمع قائما ويظل هذا الاعتداء بالتالي خاضعا للتجريم، أما إذا تجاوزنا هذه الحدود فيتحرر الحق

---

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 113.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 158.

2 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص ص 118، 119.
ضياء الأسدي، حق السلامة...، مرجع سابق، ص 61.

3 - محمد حامد الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 45.
أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 44.

4 - تظهر الطبيعة الاجتماعية للحق في سلامة الجسم في التشريعات الوضعية حين يقضي القانون المساس بالحق في سلامة الجسم رعاية للنظام العام، الأمن العام، والصحة العامة كإلزام الفرد الخضوع للتطعيم الإجباري، راجع في:
ROBERT Jacques, DUFFAR Jean, Droits de l'homme et libertés fondamentales, 7e édition, Montchrestien, Paris, 1999, pp 361, 365.

5 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 75.

في سلامة الجسم من هذا الارتفاق، فلا يخضع فعل الاعتداء لتجريم القانون، إلا إذا كان بغير رضا المجني عليه، وبناء على ذلك فإن رضا المجني عليه بأي اعتداء لا يؤدي إلى الانتقاص من صلاحيته لأداء الوظيفة الاجتماعية يكون له أثر في إباحة الفعل[1].

بتطبيق نظرية المصلحة الاجتماعية على نقل الأعضاء البشرية نجد أن رضا المتبرع سوف تكون له قيمة قانونية تبيح نقل عضو من أعضائه إذا كانت المحصلة التي سوف تنتجها عملية استئصال العضو وزراعته أكبر من حاصل المنفعة الاجتماعية قبل إجراء هذه العملية[2]، فالذي يهم المجتمع هو الحصول على مجموع المنفعة ومتى تحقق له ذلك فإن الأطراف يكون لها حرية التصرف، وهذا يعني أنه إذا كان التصرف لا يستهدف الانتقاص من الارتفاق المقرر للمجتمع على الجسم، بل يستهدف الزيادة في المجموع النهائي للمنفعة الاجتماعية فإنه لا مفر من الاعتراف للشخص بسلطة التصرف في جسمه[3].

بناء على ذلك فإذا كان استئصال أحد الأعضاء البشرية لا يترتب عليه تهديد للوظيفة الاجتماعية للجسم أو يترتب عليه مساس محدود فإنه لا مانع من الاستئصال لأن هذا الفعل يترتب عليه زيادة المنافع الاجتماعية، وذلك بإنقاذ حياة شخص كان سيفقده المجتمع ولمعرفة ذلك يجب أن ننظر إلى مجموع المنفعة التي تعود على المجتمع وذلك على مستوى شخصين وليس شخص واحد[4].

لتوضيح ذلك نقدم المثال التالي، إذا كنا أمام شخص سليم، وشخص مريض وقدرت المنفعة التي تعود على المجتمع من هذا الشخص السليم بـ 100% ومن المريض بـ 10%، فإذا أخذنا عضو من الشخص السليم ونقل إلى المريض فإنه بعد إجراء العملية قد يصاب الشخص المتبرع بنقص محدود فإن ذلك سيخفض انتفاع المجتمع به إلى حد 70% مثلا في حين سترتفع منفعة المريض إلى 60% فإذا نظرنا إلى مجموع المنفعة بعد العملية على مستوى الشخصين المتبرع والمريض نجد أنها أكبر من مجموع المنفعة قبل العملية وهذا

1 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 44، 45.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 55.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 55.

أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 48، 49.

محمد حماد الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي...، مرجع سابق، ص 46.

4 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 119.

يخدم المجتمع[1]، وعليه فرغم تعرض جسم المتبرع لعاهة مستديمة من جراء استئصال أحد أعضائه إلا أن ذلك يبقى مقبولا مقارنة بالنفع الكبير الذي استفاد منه المريض المستقبل للعضو وهو النجاة من الموت[2].

كما يعتبر أصحاب هذا الاتجاه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حدثا يتجاوز الجانب الشخصي للممارسات الطبية العلاجية فهو حادث اجتماعي جليل يعد تعبيرا صادقا عن التكافل الاجتماعي والتضامن الإنساني بين أفراد المجتمع الواحد[3].

والمقصود بالتكافل الاجتماعي مساعدة أفراد المجتمع لبعضهم البعض، كل على قدر إمكانياته واستطاعته، ومن أمثلة ذلك تكافل الأغنياء مع الفقراء والأقوياء مع الضعفاء والكبار مع الصغار إلى جانب تكافل الأصحاء مع المرضى فكلما قويت روابط التضامن بين الأفراد كلما زادت قوة ذلك المجتمع في التصدي لكل ما يهدد أمنه واستقراره[4].

باستعراض ما تقدم حول معيار المصلحة الاجتماعية يتضح بأنه يحمل بين جوانبه مبدأً أساسيا مضمونه أن الفرد جزء من المجتمع وعليه أعباء تجاه مجتمعه وأي عمل ينقص من قدراته على القيام بمثل هذه الأعباء يعد خروجا عن المصلحة العامة[5].

يُستخلص مما سبق أنه إذا كانت المحصلة النهائية لاستئصال عضو من جسم المتبرع لزرعه في جسم المريض هي حماية مصلحة اجتماعية، فإن المساس بالتكامل الجسدي للمتبرع يكون مباحا قانونا، فالفرد يستطيع أن يتصرف في أحد أعضائه ما دام أن

---

1 - في عرض هذا الاتجاه راجع: حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 57. راجع أيضا: إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، ص 466. سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 57. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 119.

2 - نشير إلى أن الشريعة الإسلامية تنادي كذلك بالتضامن الإنساني فقد وجدت هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية منذ عهد بعيد، فإذا كانت الكرامة الإنسانية تقضي عدم المساس بجسم الإنسان حيا كان أو ميتا، فإنّ الفقهاء أجازوا المساس بالجسم إذا كان ذلك ينطوي على تعاون على البر والتقوى من أجل تحقيق مصلحة الإنسانية. راجع في ذلك: حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 43.

عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 1062.

BEN AMMAR Mohammed Salah, Islam et transplantations d'organes, éd. Springer, Paris, 2009, pp 83, 86.

3 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 115.

4 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 428.

5 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 83.

ذلك لا يترتب عنه إنقاص من صلاحياته لأداء وظيفته الاجتماعية.

وإن كان هذا لا يعني أن المتبرع بالعضو لا تلحقه أية أضرار في صحته العامة، إلا أنّ هذه الأضرار سوف يقابلها زيادة أكبر في السلامة الجسمانية للمتلقي، وهذا يعني أن المحصلة النهائية للمنفعة الاجتماعية لطرفي العملية سوف تكون أكبر لو احتفظ المتبرع بكامل صحته، وظل في المقابل المريض عاجزا عن أداء وظيفته الاجتماعية.

ثانيا - تقدير نظرية المصلحة الاجتماعية:

الفرق بين نظرية الضرورة ونظرية المصلحة الاجتماعية[1] فرق واضح فالفقه الفرنسي يرى أن الأصل هو عدم جواز التصرف في جسم الإنسان وحالة الضرورة هي التي ترفع صفة الخطأ عن السلوك الذي ارتكبه الشخص، أما أصحاب الاتجاه الثاني فهو يبيح للشخص التصرف في جسمه طالما أن ذلك لا يمس ارتفاق المجتمع على الجسم، حيث يكون حاصل المنفعة الاجتماعية بعد الزرع أكبر منه من قبلها، فالإباحة تقوم على أساس رضا المجني عليه في المجال الذي يعترف به بفعالية الرضا بشرط الموازنة بين المنافع الاجتماعية، إلا أن هناك اتفاق بين النظريتين حول نقطة أساسية تتمثل في فكرة الموازنة بين المصالح والأضرار، فحالة الضرورة تقوم على فكرة الموازنة بين الضرر المسبب والضرر المتفادى، أما النظرية الثانية تقوم على فكرة الموازنة بين المنافع الاجتماعية[2].

على الرغم من اجتهاد أنصار نظرية المصلحة الاجتماعية في إيجاد الحجج المنطقية والتمسك بالقيم الإنسانية وفكرة التكافل الاجتماعي لإثبات سلامة منطقهم، إلا أن هذه النظرية لم تنجُ من الانتقادات، والتي يمكن تلخيصها على النحو التالي:

---

1 - يرى البعض أن فكرة المصلحة الاجتماعية تتميز بعدة مزايا تفتقر إليها أي من النظريات السابقة لعدة أسباب منها:

- أن المصلحة الاجتماعية تصلح أساسا لمشروعية بعض الأعمال الطبية التي لا يتوافر فيها شرط قصد الشفاء أو العلاج.
- تفرض على الجميع واجب احترام القوانين واللوائح السائدة في المجتمع.
- تفرض المصلحة الاجتماعية على الكافة واجبا عاما يخلص في مراعاة احترام حق الإنسان في الحياة وفي التعبير عن إرادته. راجع في ذلك: أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1987، ص ص 141، 142، راجع كذلك: سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص ص 81، 82.

2 - لمزيد من المعلومات حول المقارنة بين نظرية الضرورة ونظرية المصلحة الاجتماعية انظر:

حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 58، 60.

1 – إن معيار المصلحة الاجتماعية معيار غامض ومطاط، كما أنه لا يوجد معيار فاصل بين جوانب الحق في سلامة الجسم التي تكون محلا لارتفاق المجتمع وتلك التي تكون محلا لحق الفرد، فمتى ينتهي حق المجتمع، حتى يبدأ حق الفرد[1]، وما هو المعيار الذي يفصل بين ما يعتبر حقا للمجتمع وما يعتبر حقا للفرد؟

2 – كما أن معيار المصلحة الاجتماعية يصعب اعتباره معيارا منضبطا، ذلك أن القول بأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تحقق المصلحة الاجتماعية يبدو أمرا غير مفهوم وغير دقيق[2]، إذ أنه إن كان صحيحا أن عملية زرع العضو سوف تعود بالمنفعة على المريض (المتلقي) وترفع من كفاءة أداء جسمه لوظائفه، وبالتالي سوف تزيد من العائد الاجتماعي المنتظر منه، إلا أن الأمر لا يبدو كذلك بالنسبة للمتبرع الذي لن يجني أية فائدة من جراء تنازله عن جزء من جسمه، بل بالعكس سوف يلحقه ضرر وانتقاص في سلامته الجسمانية وبالتالي انخفاض ملموس في أدائه[3].

3 – يمكن أن يترتب عن نظرية المصلحة الاجتماعية آثار خطيرة، والتي تتجلى في إمكانية إجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية عنوة تحت شعار المصلحة الاجتماعية، وقد تؤدي إلى هدر الحقوق الفردية خاصة في الأنظمة الاستبدادية[4].

4 – إنّ الأخذ بمعيار المصلحة الاجتماعية في مجال نقل الأعضاء سوف يؤدي إلى نتائج ربما تتناقض وبعض القيم الإنسانية وذلك لأن الموازنة في هذا الصدد سوف يكون مناطها دائما الفائدة والمنفعة التي سوف تعود على المجتمع بغض النظر عن الاعتبارات الفردية الإنسانية، وهذا ما يعني أن تقدير المنفعة سوف يكون منوطا دائما بالأهمية

---

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 116.
محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 119.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 127.

2 - ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2013، ص 285.

3 - بن صغير مراد، "معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء البشرية، دراسة تأصيلية نقدية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد الأول، العدد 2، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص 182.

4 - محمد حماد الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي...، مرجع سابق، ص 48.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 431.

الاجتماعية للشخص وما يشغله من مركز علمي أو قيادي، بحيث يصبح تنازل عالم معين عن أحد أعضائه لعامل بسيط مثلا أمرا لا ينطوي على أية فائدة اجتماعية أما في الحالة العكسية فاستئصال جزء من جسم صاحب مهنة متواضعة لمصلحة أحد العلماء سوف تحقق فائدة ومنفعة اجتماعية كبيرة، ولاشك أن هذه الحسابات سوف تتجاوز البعد الإنساني وتطغى عليه تحت ستار المصلحة العامة[1].

5 – نظرية المصلحة الاجتماعية[2] تقوم على فكرة حساب الاحتمالات، وهذه لا تخلو من مخاطر فليس من المؤكد أن الحسابات التي يقوم بها الطبيب للموازنة بين مجموع المنافع قبل وبعد العملية صحيحة فهناك احتمال للخطأ[3].

6 – إنّ نظرية المصلحة الاجتماعية تحمل في طياتها بذور ما يمكن تسميته الشيوع في الصحة، إذ نأخذ جزء من صحة فرد معين في المجتمع ونضيفه إلى صحة فرد آخر بحجة أن الحصيلة النهائية اجتماعيا إيجابية[4].

لذلك يؤكد البعض على ضرورة التفرقة بين معيار المصلحة الاجتماعية وفكرة التضامن الإنساني التي يجب أن تحكم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهي فكرة أعم وأشمل وترتكز على أسس إنسانية وعلى ما لدى كل فرد من روح التعاون والتكافل الإنساني، وتحقق في الوقت نفسه النفع الاجتماعي المنشود، واشتراط الرضا من جانب المتبرع يؤكد على عدم إغفال الجانب الشخصي وضرورة أن يكون التنازل قد تم عن قناعة وروح عالية من جانبه[5].

إلا أن هذه البدائل التي يقترحها جانب من الفقه كمحاولة لتوطيد أركان نظرية

---

1 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 79، 80.
محمد حماد الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي...، مرجع سابق، ص 48.

2 - يرى الأستاذ حسام الدين كامل الأهواني أن نظرية الضرورة هي الأجدر بالتأييد لأن الإنسان في حد ذاته قيمة يجب الحفاظ عليها ولا يجوز أن تخضع قيمته لمركز اجتماعي أو علمي، وأن نظرية الضرورة تضع حدودا معقولة لعمليات نقل الأعضاء، باختصار فإنّه يرى أن فكرة حالة الضرورة أوضح وأكثر انضباطا من فكرة المصلحة الاجتماعية، راجع في ذلك: حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 60.

3 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 119.
بن صغير مراد، معالم القصور...، مرجع سابق، ص 182.

4 - حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 133.

5 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 80، 81.

المصلحة الاجتماعية تبدو في مجملها مجرد مترادفات لفظية ليس من شأنها تغيير وجه المسألة، بل بالعكس ربما زادت الأمر غموضا، فالتضامن الإنساني والتكافل الاجتماعي والتعاون وروح الجماعة تبدو كلها أوجه عديدة لعملة واحدة ألا وهي المصلحة الاجتماعية[1].

وعليه فرغم أهمية مبدأ التكافل أو التضامن الاجتماعي إلا أنه لا يكفي لاعتباره سندا لمشروعية عمليات نقل الأعضاء، لأن هذه العمليات تنطوي على خطورة تختلف من حالة إلى أخرى وفيها مساس بالسلامة الجسدية للفرد والأصل في أغلبية الأنظمة القانونية هو عدم جواز المساس بسلامة الجسم، لأن في ذلك اعتداء على مصالح فردية واجتماعية جديرة بالرعاية[2].

المطلب الثاني

الأساس التشريعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

بعد التطور الذي حصل في مجال نقل الأعضاء البشرية[3] كان لزاما على التشريعات الوضعية ألاّ تقف موقفا سلبيا اتجاه ذلك، وتتخلف عن ركب الحضارة الحديثة، إلا أن هذه المعالجة لم تكن على وتيرة واحدة بحيث ذهبت بعض التشريعات إلى إباحة نقل الأعضاء البشرية بشكل عام، دون تحديد لنوع الأعضاء التي يجوز نقلها، في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى معالجة جزئية، فأجازت نقل أنواع محددة من الأعضاء وكانت التشريعات الغربية هي السباقة إلى تنظيم مثل هذه العمليات (الفرع الأول).

---

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 84.

2 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 468.

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 433.

3 - استعرض أهم مراحل تطور عمليات نقل الأعضاء وزرع الأعضاء البشرية على النحو التالي:

أول عملية لنقل القرنية بين البشر تمت عام 1905، أول عملية زرع كلية من إنسان لإنسان تمت سنة 1952، قام بها الجراح الأوكراني (يورنوف)، أول عملية زرع كبد في إنسان تمت سنة 1957، أول عملية زرع للنخاع العظمي تمت سنة 1958، أول عملية لزرع البنكرياس تمت سنة 1966، وأول عملية نقل قلب من إنسان لإنسان تمت في 3 ديسمبر 1967 عن طريق الجراح (برنارد)، راجع في ذلك:

PONCHON François, Les prélèvements d'organes et de tissus humain, Berger – Levrault, 1997, p 15 et s, PAUVERT Bertrand, Le droit des éléments…, op.cit, p 14.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 43.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص ص 12، 13.

كما أباحت التشريعات العربية عمليات نقل الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، وذلك وفقا للضوابط والشروط التي حددتها الشريعة الإسلامية، فحاولت هذه التشريعات العربية بدورها مسايرة ركب الحضارة الحديثة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التنظيم التشريعي لعمليات نقل الأعضاء في الدول الغربية

رغم ما شهده علم القانون من طفرة تشريعية في الربع الأخير من القرن العشرين في مجال أخلاقيات العلوم الإحيائية[1] بوجه عام، وعمليات نقل الأعضاء بشكل خاص، إلا أنّ أيا من هذه التشريعات التي تنظم هذه الممارسات لم يرد في طياتها ما يمكن اعتباره معيارا واضحا محددا لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية[2]، وسوف نتعرض إلى التنظيم التشريعي لهذه العمليات في بعض الدول الغربية، وخاصة فرنسا باعتبارها كانت من الدول السباقة في هذا المجال (أولا)، ثم تنظيمها في التشريع الإنجليزي (ثانيا)، وكذلك في التشريع الأمريكي (ثانيا).

أولا – نقل الأعضاء البشرية في التشريع الفرنسي:

إنّ أول قانون أصدره المشرع الفرنسي في مجال استئصال الأعضاء البشرية بقصد زرعها هو القانون الصادر في 07 جويلية 1949 والمعروف بتسمية قانون Lafay، وهذا القانون ركز على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الشخص المتوفى لاستقطاع القرنية[3].

وعند دراسة مسألة تنظيم المشرع الفرنسي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب عرض هذا التطور التشريعي الذي حصل في هذا المجال، بمعنى دراسة هذا التطور منذ صدور القانون رقم 76-1181 في 22 ديسمبر سنة 1976 إلى غاية صدور قوانين

1 - مصطلح الأخلاقيات الحيوية أو أخلاقيات البيولوجيا يقصد به مجموعة القواعد التي يقوم المجتمع بوضعها لنفسه لمواجهة المشكلات الناجمة عن التقدم العلمي السريع الناجم عن الثورة البيولوجية في مجال الطب والوراثة وعلم الأحياء لتوجيه هذا التقدم بما يحافظ على كرامة الإنسان المتأصلة فيه، ويعرف علم أخلاقيات العلوم الإحيائية باسم "La Bioéthique" راجع في ذلك:

MATHIEU Bertrand, La bioéthique, Dalloz, 2009, pp 09, 10.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 116.

3 - HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Disposer de Soi. ?, op.cit, p 200.
PAUVERT Bertrand, Le droit des éléments…, op.cit, pp 14, 15.

أخلاقيات العلوم الإحيائية في سنة 1994[1]، بالإضافة إلى التطور الذي حصل في هذا المجال عند تعديل هذه القوانين في 06 أوت 2004[2].

1 – القانون رقم 76-1181 الصادر في 22 ديسمبر 1976 (قانون Caillavet):

تظهر أهمية هذا التشريع باعتباره أول تشريع ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بصفة عامة، وهذا القانون دخل حيز التنفيذ بالمرسوم التنفيذي رقم 78-501 الصادر بتاريخ 31 مارس 1978، وعند دراسة قانون Caillavet نلاحظ أن المشرع الفرنسي ركز على الهدف من هذه العمليات وهو الهدف العلاجي المباشر للمستفيد، كما اشترط ضرورة صدور الرضا من المتبرع في مجال نقل الأعضاء بين الأحياء[3]، فيتضح إذن أن المشرع الفرنسي في هذا القانون يتطلب توافر المصلحة العلاجية من خلال عمليات نقل وزرع الأعضاء، وذلك بقصد تجنيب هذه العمليات الدخول في دائرة الاتجار ولا يمكن بأي حال اعتبار ذلك أساسا لمشروعية هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة على جسم الإنسان[4].

بعد ذلك فإنّه يمكن ملاحظة ما أقره القانون رقم 76-1181 من أحكام تتعلق برضا المتبرع سواء كان بالغا أو قاصرا، فبالنسبة لكامل الأهلية فإنّه لا يمكن إجراء عمليات اقتطاع أحد أعضاؤه من حيث المبدأ إلا بعد أن يبدي موافقته النابعة من رضاءه الحر والمستنير.

أما بالنسبة للقاصر فيمنع إجراء عملية اقتطاع عضو من أعضائه إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيق أو شقيقة، وفي هذه الحالة لا بدّ من موافقة ممثله القانوني، كما يشترط قانون Caillavet[5] أن تكون هذه الموافقة محل تقييم من طرف لجنة من الخبراء، ثم يذهب

---

1 - OIKAOUI Younes, Don, prélèvement…, op.cit, pp 129, 141.

2 - BINET Jean-René, Le nouveau droit de la bioéthique, éditions LexisNexis, Paris, 2005, pp 33, 51. ELSHOUD Stéphane, L'essentiel du droit de la santé et droit médical, éditions Ellipses, Paris, 2010, pp 116, 118.

3 - PAUVERT Bertrand, Le droit des éléments…, op.cit, pp 15, 16.

4 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 102.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 86.
مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 118.

5 - نشير إلى أن المشرع الفرنسي في القانون رقم 76-1181 لم يحدد المقصود بمصطلح العضو البشري، كما أن نصوص هذا القانون تناولت عمليات نقل الأعضاء دون تحديد لعضو معين، غير أن الأعمال التحضيرية أشارت بوضوح إلى أن هذا القانون قد تناول بصفة أساسية عمليات نقل الكلى، وذلك لنجاح هذا النوع من العمليات، كما يلاحظ أن هذا القانون لم يذكر كلمة "Organes" إلا في عنوانه فقط. راجع في ذلك: =

المشرع الفرنسي بفاعلية الرضا إلى أقصى مدى لها، إذ يجعل من رفض القاصر حائلا دون إجراء العملية.

وعليه يمكن القول بأن رضا المتبرع يعد الأساس القانوني الذي تبناه المشرع الفرنسي في قانون Caillavet لإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء[1].

2 – قوانين 29 جويلية لسنة 1994 المتعلقة بأخلاقيات العلوم الإحيائية:

أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 94-653 بتاريخ 29 جويلية 1994 المتعلق باحترام جسم الإنسان وهذا القانون ضمن القانون المدني الفرنسي معظم النصوص المحددة للمبادئ العامة التي تضمن احترام جسم الإنسان، كما أن هذا القانون تضمن عقوبات في هذا المجال[2].

كما أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 94-654 المتعلق باستعمال عناصر ومنتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية على الإنجاب[3]، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد وضع نظاما تشريعيا يتضمن عدة مبادئ تتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وأخلاقيات العلوم الإحيائية.

ومن المبادئ القانونية والأخلاقية التي كرّستها القوانين المتعلقة بأخلاقيات العلوم الإحيائية لسنة 1994 أذكر منها: مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلا بناء على الرضا الحر والمستنير للشخص وأن يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للشخص نفسه أو للغير، مبدأ عدم مالية جسم الإنسان، مبدأ السرية بين المتبرع والمستفيد.

أكد جانب من الفقه في هذا الصدد على أن هذه القوانين تعمل على تحقيق عدة

= محمد صلاح الدين إبراهيم، حكم نقل وزرع أعضاء الإنسان بين الإباحة والتجريم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 166.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 86.

إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 102.

أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 50.

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 118.

2 - Loi N° 94-653 du 29 Juillet 1994, relative au respect du corps humain, JORF du 30 Juillet 1994, p 11060.

3 - Loi N° 94-654 du 29 Juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatale, JORF du 30 Juillet 1994, p 11060.

أهداف منها: إبعاد عمليات نقل الأعضاء البشرية عن الصفقات التجارية غير الأخلاقية وأن تتم في إطار قانوني متكامل، تسهيل التعبير عن الرضا الحر والمتبصر الصادر من المتبرع، ضمان الأمن الصحي لهذه الممارسات في مواجهة العدوى وانتقال الأمراض[1].

وأكد المشرع الفرنسي في هذه القوانين على ضرورة توافر الرضا لدى المتبرع والتعبير الصريح من جانبه عن موافقته على إجراء عملية الاقتطاع، فالرضا الصادر من المتبرع يعد العنصر الرئيسي في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية وإصباغ صفة المشروعية عليها، ولعل الرخصة التي أعطاها المشرع الفرنسي للمتبرع والمتمثلة في مكنة الرجوع عن إجراء عمليات الاقتطاع وما يرتبه ذلك من أثر يتمثل في إلغاء أو عدم جواز إجراء العملية ولو توافرت كافة شروطها قرينة تؤكد على فعالية الرضا وكونه يشكل الأساس القانوني لهذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة ودائما بما لا يخالف النظام العام والآداب العامة[2].

وعند دراسة تنظيم المشرع الفرنسي لعمليات نقل الأعضاء البشرية يجب الإشارة إلى التعديلات التي قام بها المشرع الفرنسي لقوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية وذلك بموجب القانون رقم 2004-800 المؤرخ في 6 أوت 2004.

ومن الأحكام الجديدة التي يتضمنها هذا القانون في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء نجد أن هناك توسيع من دائرة الأشخاص الذين يسمح لهم التبرع بالأعضاء البشرية[3]، مع إرسائه في الوقت ذاته نظاما له حدود معروفة للتغلب على المجالات المخالفة لقانون نقل الأعضاء البشرية، وسبب ذلك يرجع إلى أن نسبة عدد المتبرعين

1 - طارق سرور، نقل الأعضاء...، مرجع سابق، ص 122.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 449، 450.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 55.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 120، 121.

3 - حيث أن القانون الفرنسي اشترط لنقل الأعضاء بين الأحياء أن تكون هناك علاقة قرابة بين المتبرع والمتلقي، وهذا الشرط نصت عليه المادة (L1231-1) من قانون الصحة العامة الفرنسي واشترطت كقاعدة عامة أن يكون المتبرع له صفة الأب أو الأم بالنسبة للمتلقي، إلا أن المشرع سمح في نص هذه المادة وعلى سبيل الاستثناء اقتطاع الأعضاء إذا كان في ذلك مصلحة علاجية مباشرة للمستفيد من زوجه، إخوته أو أخواته، أبنائه أو بناته، جده أو جدته، عمه أو عمته، أولاد الأعمام والعمات وكذلك زوجة الأب وزوج الأم، كما سمح أن يكون المتبرع أي شخص يأتي بإثبات عن وجود حياة مشتركة مع المتلقي لمدة عامين على الأقل.

الأحياء قليلة جدا[1]، وأكد المشرع الفرنسي مرة أخرى على أن الغرض من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء هو الغرض العلاجي أو العلمي، أما في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، فإن المشرع الفرنسي حدد الغرض من هذه العمليات إما لأغراض علاجية أو علمية وأضاف أغراض تشريح الجثة[2].

ثانيا – نقل الأعضاء البشرية في القانون الإنجليزي:

عرف التشريع الإنجليزي تطورا مهما في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية منذ صدور قانون الأنسجة البشرية سنة 1961 ثم قانون زرع الأعضاء البشرية الصادر في سنة 1989 والذي استبدل بقانون الأنسجة البشرية لسنة 2004. وأدرس ذلك على النحو التالي:

1 – قانون الأنسجة البشرية 27 جويلية 1961:

في عام 1961 أصدر المشرع الإنجليزي قانون الأنسجة البشرية، وحل محل القانون الخاص بالقرنية الصادر عام 1952[3]، وقانون الأنسجة البشرية هو أول تشريع عام وشامل ينظم نقل الأعضاء من الجثث وعن أساس إباحة اقتطاع جزء من جثة الشخص في هذا القانون فإنه يتمثل في الرضا الصادر من الشخص قبل وفاته سواء كان ذلك لغرض علاجي أو غرض علمي، وهذا ما يظهر من خلال نص المادة الأولى من هذا القانون والتي بينت أن تعبير الشخص كتابة أو حتى شفاهة أمام شاهدين أو أكثر عن موافقته على تسخير جسمه للأغراض العلمية أو العلاجية، يعد كافيا بذاته وسببا لمشروعية اقتطاع جزء أو أكثر من جثته للاستفادة منه في هذه المجالات، مع وجود استثناء يؤكد على فعالية الرضا ويتمثل في إثبات من له السلطة القانونية على جثة المتوفى من أقاربه أنه قد تم الرجوع عن هذه الرغبة من جانب الشخص قبل وفاته فإذا ثبت ذلك امتنع على الغير المساس بالجثة[4].

فهذا القانون جاء لتنظيم عملية اقتطاع الأعضاء البشرية من المتوفين فقط في حالة عدم وجود اعتراض سابق وصريح من الشخص حال حياته أو اعتراض الزوج والزوجة أو أحد الأقارب الأحياء، كما وضع هذا القانون نصوصا خاصة تتعلق باستخدام جثث الموتى

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 230.

2 - BINET Jean-René, Le nouveau…, op.cit, p 38 et s.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 162.

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 122.

في أغراض علاجية وكذلك أغراض التعليم الطبي والبحث[1].

وهذا القانون هو الذي وضع قاعدة مغايرة تماما للقاعدة التي كانت مستقرة في الشريعة العامة (Common Law)، فالقانون الإنجليزي كان يكرس بصفة عامة مبدأ أن الجثة الإنسان لا يمكن أن تكون موضوعا لحق ملكية[2]، فالشخص لا يملك جسمه وبالتالي لا يملك الإذن بالتصرف فيه بعد وفاته والاستثناء هو حق الشخص في تحديد طريقة دفنه وفي مرحلة لاحقة منح الفرد الحق في أن يأذن بتشريح جثته، أما فيما عدا ذلك فليس للشخص على جثته أية سلطة[3].

2 – قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية 27 جوان 1989:

بعد قانون 1961 جاء قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية ليكمله بحيث أصبح هذين القانونين يشكلان الشريعة العامة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في إنجلترا، وقانون 1961 كان ينظم نقل الأعضاء من الموتى فقط أما قانون 1989 تطرق إلى العديد من المسائل في مجال نقل الأعضاء البشرية[4]، وأول ما يمكن ملاحظته على قانون 1989 هو تجريمه للعديد من الأفعال في هذا المجال، فقد تناول القسم الأول من هذا القانون تجريم عمليات الاتجار بالأعضاء البشرية من حيث المقابل المادي المدفوع للمتبرع، والإعلانات ذات الصبغة التجارية والداعية للتبرع بالأعضاء، بالإضافة إلى تجريم أعمال الوساطة في هذا المجال[5].

---

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 56، 57.

2 - انظر في مناقشة حق الملكية المطبق على جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته في القوانين الأنجلوسكسونية.
HAOULIA Naima, "Le droit anglo-saxon de la propriété appliqué au statut du corps humain, de ses éléments et de ses produits", les cahiers de droit de la santé du sud-est, N° 12, 2011, pp 141, 157.

3 - منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص ص 72، 73.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 234.
حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 162.

4 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 56، 57.

5 - إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص ص 41، 42.
مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 123.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 57.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 193.

ثم جاء القسم الثاني من هذا القانون ليفرض عقوبة الحبس مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر، أو الغرامة أو كلتا العقوبتين على نقل وزراعة الأعضاء بين أشخاص لا تربطهم صلة قرابة جينية أو وراثية، وقد حدد المشرع المقصود بصلة القرابة الجينية في كونها: القرابة بين الفروع والأصول حتى الدرجة الأولى (الابن وأبويه) وقرابة الحواشي حتى الدرجة الثالثة (الإخوة وأبناؤهم، والأخوة لأحد الأبوين)، وقد اشترط المشرع أن تكون علاقة الفروع بالأصول بين هؤلاء الأقارب علاقة شرعية، كما أنه يستوي في نظر القانون أن يكون إخوة الشخص أو أحد الأبوين أشقاء أو غير أشقاء[1].

كما اشترط هذا القانون توافر موافقة الشخص المتبرع ونص على ضرورة إعلام المتبرع بكل مخاطر العملية[2].

وتؤكد اللوائح المنظمة لقانون 27 جوان 1989 على حظر تعرض المتبرع لأي ضغط أو إكراه، ويجب أن يدرك المخاطر التي قد يتعرض لها بسبب إجراء هذه العمليات، كما أكدت على حق المتبرع في العدول عن موافقته في أي مرحلة تسبق إجراء العملية[3].

والجدير بالذكر أن قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية لسنة 1989 قد خلت نصوصه مما يمكن اعتباره أساس الإباحة الذي تقوم عليه عمليات نقل الأعضاء، وذلك راجع إلى أن القانون الأنجلو-أمريكي بوجه عام يعطي للرضا القيمة القانونية الكاملة في إباحة الأفعال الماسة بسلامة الجسم، لذلك لم يرَ المشرع الإنجليزي ضرورة لإفراد نص يعالج فيه هذه المسألة في قانون 1989[4].

3 – قانون الأنسجة البشرية (15نوفمبر 2004):

استبدل المشرع الإنجليزي قانون الأنسجة البشرية لسنة 1961، وقانون نقل وزرع الأعضاء البشرية لسنة 1989 بقانون الأنسجة البشرية لسنة 2004[5]، والصادر في 15 نوفمبر 2004.

---

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 124.

2 - راجع في ذلك: مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 442، 444.

3 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 57.

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 124.

5 - أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2014، ص 122.

صدور هذا القانون جاء بعد إجراء عدة تحقيقات واحتجاجات نتيجة الفضائح التي حدثت في بعض مستشفيات المملكة المتحدة، خاصة في مستشفى برستول الملكي ومستشفى ليفربول للأطفال، وأصبح هذا القانون ينظم اقتطاع وتخزين واستخدام الأعضاء والأنسجة البشرية، ومن الأحكام الجديدة التي تضمنها هذا القانون السماح بإجراء التبرع الهجين[1]، والتوسيع من دائرة الأشخاص الذين يسمح لهم بالتبرع بالأعضاء البشرية، كما نص على إنشاء هيئة الأنسجة البشرية (Humain Tissus Authority) وأسند إليها اختصاص تأطير اقتطاع الأعضاء البشرية وتخزين واستعمال عناصر جسم الإنسان.

وتم تطبيق هذا القانون الذي ينظم نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء والأموات في إنجلترا وويلز وشمال إيرلندا واسكتلندا[2].

ثالثا – نقل الأعضاء البشرية في التشريع الأمريكي:

قامت الحكومة الأمريكية على غرار غيرها من الحكومات بوضع نصوص قانونية لتنظيم نقل الأعضاء البشرية، ورغم تمتع الولايات الداخلية باستقلالية في تنظيم هذا المجال، إلا إنّ الحكومة الفدرالية بادرت بوضع عدة قوانين لتوحيد الأحكام العامة التي يجب أن تحكم هذه العمليات[3].

وتم وضع أول تشريع شامل ينظم نقل الأعضاء من الجثث سنة 1968، ومع شيوع ونجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء، واكب المشرع الأمريكي ذلك بإصداره القانون القومي لنقل وزراعة الأعضاء البشرية سنة 1984[4]. وأدرس هذين القانونين على النحو التالي:

---

1 - يقصد بالتبرع الهجين وجود فوجين (أ و ب) يحتوي كل فوج على متبرع ومستفيد، لكن لا يوجد تجانس بين المتبرع والمستفيد في كلا الفوجين، لعدة أسباب كعدم وجود تتطابق بين فصيلة دم المتبرع وفصيلة دم المستفيد، فلهذا يقوم المتبرع من الفوج أ بالتبرع بأحد أعضائه للمستفيد من الفوج ب، وبالمقابل يقوم المتبرع من الفوج ب بالتبرع بأحد أعضائه للمستفيد من الفوج أ، وتساعد هذه الطريقة على مواجهة نقص الأعضاء، خاصة في مجال زرع الكلى، وتمت إجازته في العديد من الدول: ألمانيا، النمسا، بلجيكا، فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية. راجع في ذلك:
Agence de la biomédecine : Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, 2016, p 21.

2 - أشار إلى ذلك: خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 57، 58.
أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 122.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 444.

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 125.

1 – قانون الهبة التشريحية الاتحادي (1968):

تضمن هذا القانون نصوصا واضحة الدلالة في صياغتها وشاملة في وضع الأحكام والقواعد التي تتعلق بعمليات نقل الأعضاء من الجثث، فبعد أن حدد القسم الأول من هذا القانون مختلف المصطلحات المستخدمة فيه، جاء القسم الثاني منه ليبين من له حق التبرع بجسمه أو جزء منه بعد الوفاة[1].

إذ سمح قانون الهبة التشريحية لسنة 1968 للشخص البالغ من العمر 18 سنة فأكثر أن يهب كل جثته أو جزء منها بعد وفاته لغرض من الأغراض المحددة في القانون، والهبة لا تنفذ إلا بعد الموت أي أن التصرف يكون بالإيصاء، وفقا للشكل القانوني المحدد للوصية[2]، وكذلك فإنّه من الممكن إفراغ الرضا في وثيقة مكتوبة يتم التوقيع عليها من جانب المتبرع وشاهدين على أن يكون ذلك في مجلس واحد، كما رخص لأبناء المتوفى وإخوته أو أحد الزوجين أو من له سلطة أو يقع عليه التزام التصرف بالجثة ودفنها، بالتبرع بجزء من الجثة أو كلها طالما لم يثبت تحديد المتبرع لمتلقي بعينه أو لغرض استخدام محدد أو اعتراضه على التبرع جملة وتفصيلا أثناء حياته[3]. وهذا يوضح أن قوانين الولايات المتحدة الأمريكية أصبحت تجيز للشخص التصرف في جثته بعد وفاته باحترام وصيته، بعد أن كان المبدأ السائد هو أن جثة الإنسان لا يمكن أن تكون موضوعا للملكية، والقانون الأمريكي لم يسمح فقط للشخص بالتصرف في جثته، وإنما اعترف أيضا بهذا الحق لأقاربه من بعده على الرغم من أن الجثة لا تعد جزءا من التركة للمطالبة بكل ما من شأنه المساس بها أو تشريحها إلى غير ذلك من الحقوق[4].

ولقد حدد قانون 1968 الأغراض التي يتم التبرع من أجلها في قسمه الثالث ولم يحصرها في نطاق المصلحة العلاجية فقط، بل أضاف إلى ذلك أغراض التعليم الأكاديمي،

---

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 125، 126.

2 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 85.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 235.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 444.
إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 42.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 126، 127.
إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 511.

4 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 235.

والبحث العلمي وكل ما من شأنه الإسهام في تطوير عمليات نقل وزراعة الأعضاء وسائر الوسائل العلاجية بشكل عام، وإذا كان الرضا يشكّل الركيزة القانونية لإباحة عملية نقل الأعضاء البشرية في هذا القانون، فإنّه من الطبيعي منح المتبرع الحق في الرجوع عن التبرع والتعديل فيه سواء من حيث المتلقي أو من حيث الغرض[1].

2 – قانون زراعة الأعضاء الفيدرالي (1984):

صدر قانون زراعة الأعضاء الفيدرالي تحت رقم 98-507 بتاريخ 19 أكتوبر 1984، وتضمن هذا القانون العديد من المسائل والنقاط المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ونص على مجموعة من الضوابط التي يجب احترامها في هذا المجال، خاصة ما يتعلق منها بمنع الاتجار بالأعضاء[2]. وقد نص هذا القانون الفيدرالي على إنشاء فريق عمل خاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يتولى القيام بدراسة هذه الممارسات من كل الجوانب الطبية والقانونية والأخلاقية والاقتصادية وآثارها الاجتماعية، وكذلك يجب على هذا الفريق دراسة آثار هذه العمليات على المتلقي من حيث استخدام مثبطات المناعة والتعويضات والتأمينات... الخ، وبعبارة أخرى يستوجب هذا القانون تقييم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وفقا لما تتناوله قواعد ومبادئ أخلاقيات العلوم الإحيائية[3].

ويمكن ملاحظة اتساع نطاق الحماية القانونية للجسم في هذا القانون وذلك عند استقراء النصوص القانونية التي تحظر الاتجار بالأعضاء البشرية[4]، وذلك بفرض عقوبات على مرتكبي هذه الجرائم حسب ما هو منصوص عليه في القسم الثاني من هذا القانون،

---

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 126، 128.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 444.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 58.
محمد حماد الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي...، مرجع سابق، ص ص 90، 91.

3 - يرى البعض أن الهدف من إصدار هذه القوانين الفيدرالية هو توفير الحماية لعمليات التبرع بالأعضاء البشرية أو توزيعها، وكذلك زيادة أعداد المتبرعين وبالتالي زيادة أعداد الأعضاء المتاحة للزرع، راجع في ذلك:
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 58.
أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 123.

4 - على الرغم من وجود هذا المنع الواضح في تجريم بيع الأعضاء البشرية إلا ن جسم الإنسان ظل مادة تجارية رابحة بيد السماسرة والمهربين الأمريكيين يبيعون الأعضاء البشرية كأية سلعة تجارية تحقق لهم الأرباح الكثيرة، راجع في ذلك:
منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 72.

والمتمثلة في عقوبة الحبس مدة خمسة سنوات أو غرامة مالية لا تزيد عن خمسين ألف دولار أمريكي أو كلتا العقوبتين معا في حالة ارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية داخل الولاية الواحدة أو بين الولايات، ويسري التجريم حتى في حالة بيع أعضاء الموتى، سواء كان الاتفاق قبل وفاة المتبرع أو بعده من طرف أقاربه أو ممثله القانوني[1].

يمكن كذلك ملاحظة اتساع نطاق الحماية المقررة للجسم في هذا القانون من خلال تحديد المشرع الأمريكي للمقصود بالعضو البشري في نطاق تطبيق القانون، فيشمل هذا الاصطلاح غالبية مشتقات وعناصر الجسم البشري بما في ذلك النخاع العظمي والذي خصص له قسم كامل يعالج فيه عمليات التبرع به وزراعته[2]، أما الأعضاء الأخرى التي يشملها تطبيق هذا القانون هي: الكلية، الكبد، القلب، الرئة، البنكرياس، القرنية والعين، العظم والجلد وكل ما تضفي عليه اللوائح الصادرة من وزارة الصحة هذا الوصف[3].

وينعقد الإجماع لدى الفقه والقضاء الأمريكي على أن الأساس القانوني الوحيد لإباحة اقتطاع جزء من جسم شخص على قيد الحياة هو الرضا الحر والمستنير لهذا الشخص[4].

الفرع الثاني

نقل الأعضاء البشرية في التشريعات العربية

حاولت العديد من التشريعات العربية إيجاد إطار تنظيمي شامل يحمل في طياته كافة الجوانب القانونية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وفيما يلي نحاول دراسة نماذج عن هذه التشريعات[5] كالتشريع المصري (أولا)، وبعض تشريعات دول المغرب

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 444، 445.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 129، 130.

3 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 38.

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 130.

5 - تعتبر دولة الكويت أول دولة عربية تصدر قانونا تتعرض فيه لموضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ أصدرت القانون رقم 07 لسنة 1983 والمتعلق بنقل وزرع الكلى، ثم أصدرت المرسوم رقم 55 لسنة 1997 يتعلق بزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، حيث تناول في المادة الأولى منه مشروعية التنازل عن الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، وجعل المصلحة العلاجية هي الغاية من إجراء تلك العمليات، ومنع في المادة السابعة منه بيع وشراء الأعضاء البشرية، وحدد أماكن إجراء هذه العمليات في المنشآت التي تحددها وزارة الصحة طبقا لنص المادة الثامنة منه وفي المادة العاشرة منه تناول الجانب الجزائي لمخالفة أحكام هذا القانون. راجع في ذلك:
مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 89.

العربي كتونس (ثانيا)، والمغرب (ثالثا)، بالإضافة إلى دراسة كيفية تنظيم هذه العمليات في التشريع الجزائري (رابعا).

أولا – نقل الأعضاء البشرية في التشريع المصري:

عند التعرض إلى مسألة نقل الأعضاء البشرية في التشريع المصري، يجب التمييز بين مرحلتين: مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 05 لسنة 2010، أين ظهر هناك نقاش فقهي في مصر حول مدى جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية (1)، ثم مرحلة ما بعد صدور هذا القانون الذي ذهب إلى إباحة هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة على جسم الإنسان (2).

1 – مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 05 لسنة 2010:

لم يكن في هذه المرحلة تنظيم قانوني شامل لنقل الأعضاء البشرية في التشريع المصري، ومع ذلك كانت هناك بعض النصوص القانونية المتفرقة والخاصة بمسائل معينة، وهذه القوانين تتمثل أساسا في القانون رقم 178 لسنة 1960، والقانون رقم 103 لسنة 1962 بشأن إعادة تنظيم بنوك العيون[1].

ونظم القانون رقم 178 لسنة 1960 عمليات جمع الدم وتخزينه وكذلك توزيعه، فأجاز لبنوك الدم الحصول عليه عن طريق التبرع أو الشراء بمقابل رمزي[2].

وقد استند جانب من الفقه المصري إلى هذا القانون للقول بإباحة التبرع بالأعضاء البشرية قياسا على إباحة التبرع بالدم، وأن المشرع يبيح بذلك التعامل في جزء من جسم الإنسان[3].

غير أن جانبا من الفقه المصري قد اعترض على هذا الرأي، ذلك لأن الدم على خلاف الأعضاء من العناصر التي تتجدد تلقائيا في الجسم بحيث لا يترتب على نقل جزء منه إصابة الجسم بضرر جسيم[4].

---

1 - حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص ص 135، 140.

2 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 121.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 138.

4 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 60.
محمد صلاح الدين إبراهيم، حكم نقل...، مرجع سابق، ص 179.

كما نظم المشرع المصري التنازل عن القرنيات في القانون رقم 103 لسنة 1962، ونص هذا القانون في مادته الثانية على أنه: « ***تحصل هذه البنوك على العيون من المصادر التالية:***

- عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها.

- عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبيا ».

جانب من الفقه المصري اعتمد على نص هذه المادة قبل تعديلها كأساس لإباحة نقل الأعضاء مستندا إلى أن المشرع استعمل في النص المذكور أعلاه تعبير يوصون أو يتبرعون بها، وكما هو معلوم أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت والهبة حال الحياة[1].

غير أن جانبا من الفقه المصري رأى غير ذلك لأن هذا القانون يمثل استثناءً على الأصل العام وهو عدم جواز التعامل على جسم الإنسان ولا يجوز القياس عليه، كما أنه لا ينشئ سبب إباحة، بل يقرر مجرد مانع مسؤولية[2]، وتم تعديل القانون رقم 103 لسنة 1962 بالقانون رقم 79 لسنة 2003، وأصبحت المادة الثانية منه تنص على ما يلي: « ***تحصل هذه البنوك على قرنيات العيون من المصادر التالية:***

قرنيات عيون الأشخاص الذين يوافقون موافقة كتابية على نقلها بغير مقابل... ».

وبذلك يكون المشرع المصري قد رجع إلى الأصل بشأن التوصية بالعين، ومن ثمّ فإنّ الجدال الفقهي الذي أثير حول جواز تبرع شخص سليم العينين بإحدى قرنيتيه ليس له معنى بعد هذا التعديل[3].

---

1 - عمرون شهرزاد، أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 84.

حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 66، 80.

إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 473، 476.

افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 122.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 66.

حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص ص 138، 140.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 204، 205.

3 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 67.

2 – قانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية:

حاول المشرع المصري بدوره إيجاد تنظيم شامل يعالج في طياته مختلف الجوانب القانونية الخاصة بعمليات نقل الأعضاء ضمن القانون رقم 05 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية [1].

وتضمن هذا القانون (28) مادة موزعة على أربعة فصول، الفصل الأول؛ تضمن أحكاما عامة حول هذه العمليات، الفصل الثاني: يتعلق بإنشاء اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، الفصل الثالث: يتعلق بإجراءات زرع الأعضاء البشرية ومن الأحكام التي تضمنها هذا القانون[2] تأكيده على أنه لا يجوز نقل أي عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم وأن تكون عملية النقل هي الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته، كما أن هذا القانون منع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وأن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة، خالية من عيوب الرضا وثابتة بالكتابة، كما نص على منع التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته، وهذا ضمانا لإبقاء جسم الإنسان بعيدا عن دائرة المعاملات المالية[3].

كما نص هذا القانون على إنشاء اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية والمختصة بالإشراف والرقابة على المستشفيات والمراكز الطبية المعنية بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهذه اللجنة منح لها المشرع المصري الشخصية المعنوية، ويتولى وزير الصحة

---

1 - قانون مصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، مؤرخ في 05 مارس 2010، الجريدة الرسمية عدد 9 مكرر، صادر في 2010/03/16.

2 - يرى البعض أن الغرض من وضع هذا القانون رقم 05 لسنة 2010 في مصر يتلخص في عدة أمور:
- معالجة ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية.
- كثرة المرضى الذين يحتاجون إلى أعضاء بشرية.
- الدولة كانت تتكفل بالعديد من النفقات لإجراء تلك العمليات في الخارج، حول هذا الموضوع انظر:
أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 132، 133.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 69، 70.

3 - راجع في ذلك: عمرون شهرزاد، أحكام نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 95، 98.
محمد صلاح الدين إبراهيم، حكم ونقل...، مرجع سابق، ص ص 187، 191.

رئاسة هذه اللجنة ويعين أمانة فنية لها، والجدير بالذكر أن القانون رقم 05 لسنة 2010 لم يقم بإلغاء القانون رقم 178 لسنة 1960 بشأن تنظيم عمليات جمع وتخزين الدم ومركباته، والقانون رقم 103 لسنة 1962 بشأن إعادة تنظيم بنوك العيون[1].

ثانيا – نقل الأعضاء البشرية في التشريع التونسي:

تعتبر تونس من بين الدول العربية التي أصدرت تشريعا ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهذا عن طريق القانون رقم 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزراعتها[2]، ويتضمن هذا القانون الحديث نسبيا[3] في العالم العربي 21 مادة موزعة في بابين، وفي هذا القانون بين المشرع التونسي أساس إباحة هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة على جسم الإنسان، كما وضع الشروط الواجب توافرها لهذه العمليات، وأوضح ذلك على النحو التالي:

1 – أساس إباحة نقل الأعضاء في التشريع التونسي:

تناول المشرع التونسي[4] أساس إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى في الفصلين الثاني والثالث من الباب الأول من القانون رقم 22 لسنة 1991.

---

1 - تنص المادة (26) من القانون 05 لسنة 2010 والمتعلق زرع الأعضاء البشرية على ما يلي: « ***تلغى الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة (240) من قانون العقوبات ويلغى كل حكم آخر يخالف أحكام هذا القانون فيما عدا الأحكام الخاصة بالقانونيين رقم 178 لسنة 1960 بشأن تنظيم عمليات جمع وتوزيع الدم ومركباته و103 لسنة 1962 في شأن تنظيم بنوك العيون والتي تظل سارية*** ».

2 - قانون تونسي رقم 22 لسنة 1991 مؤرخ في 25 مارس 1991، يتعلق بأخذ الأعضاء وزرعها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة 134، العدد 22، صادر في 29 مارس 1991.

3 - نشير إلى أن القانون الذي كان ينظم نقل وزرع الأعضاء في تونس قبل صدور القانون رقم 22 لسنة 1991 هو المرسوم الصادر في 19 جويلية 1951، الذي سمح باستئصال الأعضاء في المستشفيات من جثث الموتى لأغراض علمية أو علاجية، راجع في ذلك:

GLOULOU Fatma, LOUHICHI Ramzi et autres, "Prélèvements et transplantations d'organes en Tunisie, situation actuelle et perspectives d'avenir", in DUGUET Anne-Marie (Sous la coordination de) accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, 2009, p 291.

4 - نشير كذلك إلى أن المشرع التونسي أصدر قانون يتعلق بالاستخدام العلاجي للدم البشري، وهو القانون رقم 82-26 المؤرخ في 17 مارس 1982، وكرس فيه المشرع التونسي مبدأين مهمين في مجال نقل الدم البشري: المبدأ الأول؛ يتعلق بمجانية التصرف، والمبدأ الثاني؛ يتعلق بمنع الاتجار بالدم البشري. راجع في ذلك:

MRAD Amel Aouij, "Le régime juridique du sang en Tunisie", les cahiers de droit de la santé du Sud-est, N° 12, 2011, pp 241, 250.

إذ تناول في الفصل الثاني الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، وأكد على ضرورة توافر القصد العلاجي من وراء نقل العضو، كما أكد على ضرورة توافر رضا المتبرع، فنص هذا الفصل على ما يلي: « ***يجوز لغاية العلاج أخذ عضو من شخص متبرع قصد زرعه لشخص آخر في المتبرع ويشترط أن يكون رشيدا سليم المدارك العقلية متمتعا بالأهلية القانونية الكاملة وأن يكون رضاه صريحا وصادرا عن اختيار*** »، ولقد منح المشرع التونسي للمتبرع حق التراجع عن قراره هذا في كل وقت وقبل إجراء أية عملية.

وفي الفصل الثالث نص على نقل الأعضاء من جثث الموتى بالقول: « ***يجوز أخذ عضو من جثة شخص ميت لغاية علاجية أو علمية ما لم تحصل ممانعة من الهالك في قائم حياته أو بعد وفاته من الأشخاص كاملي الأهلية الآتي ذكرهم حسب الترتيب التالي: الأبناء، الأب، الأم، الزوج، الإخوة والأخوات والولي الشرعي، ولا يجوز أخذ الأعضاء ولو برضاء أحد هؤلاء إذا عارض في ذلك شخص من بينهم يحتل مرتبة اقرب أو يكون الأكبر سنا بالنسبة للأبناء أو الإخوة أو الأخوات***... ».

2 – شروط عمليات نقل الأعضاء في التشريع التونسي:

وضع المشرع التونسي في القانون رقم 22 لسنة 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية، الشروط الواجب توافرها لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[1]، وهناك شروط عامة مشتركة وشروط خاصة، وأوضح ذلك على النحو التالي:

أ – الشروط العامة المشتركة:

وهذه الشروط تخضع لها جميع عمليات نقل الأعضاء سواء كان النقل بين الأحياء أو من جثث الموتى وأوضح ذلك على النحو التالي:

- مجانية التصرف: فالمشرع التونسي يشترط أن تكون عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مجانية لا مقابل مالي لها باستثناء إرجاع المصاريف التي تتطلبها عمليات الأخذ

1 - حول هذه الشروط راجع:

أكرور مريام، "التجربة التونسية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية"، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون"، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، خميس مليانة، أيام 20، 21، 22 أفريل 2009، ص ص 1 – 12.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 108، 112.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 63، 64.

والزرع[1]. كما يمنع التجارة بالأعضاء البشرية[2]، من الناحية الفقهية هناك أساسين لمبدأ عدم مالية جسم الإنسان، الأساس التقليدي لهذا المبدأ هو حظر التصرف في جسم الإنسان والأساس الثاني مرتبط بالعلوم الأخلاقية وهو الكرامة الإنسانية[3]، وفي التشريع التونسي نجد أن أساس مبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان هو نص المادة (62) من قانون الالتزامات والعقود[4].

- منع نقل أعضاء الإنجاب: منع المشرع التونسي في القانون رقم 22 لسنة 1991 نقل أعضاء الإنجاب، لأن في ذلك اختلاط للأنساب الذي منعته الشريعة الإسلامية[5]، ونص المشرع التونسي على ذلك في الفصل الخامس من هذا القانون بالقول: « **يحجر** ***مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء والأموات قصد زرعها*** ».

- مكان إجراء عمليات نقل الأعضاء: أجاز المشرع التونسي إجراء هذه العمليات في المستشفيات العمومية كقاعدة عامة، بشرط الحصول على ترخيص بذلك بموجب قرار صادر من وزير الصحة العامة[6]، إلا أنه يجوز استثناء إجراء عمليات زراعة قرنيات العيون في العيادات الخاصة المرخص لها بذلك[7].

والجدير بالذكر أن القانون رقم 82-26 المؤرخ في 17 مارس 1982 والمتعلق باستخدام العلاجي للدم البشري، كرس احتكار وزارة الصحة والمؤسسات الاستشفائية في مجال نقل الدم دون القطاع الخاص وكاستثناء لذلك يرخص للهلال الأحمر التونسي التدخل في هذا المجال[8].

---

1 - راجع الفصل السادس من القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 64.
GLOULOU Fatma, LOUHICHI Ramzi et autres, Prélèvements et transplantations…, op.cit, p 293.

3 - يأتي مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في قمة هرم المبادئ التوجيهية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية على اعتبار أن الكرامة الإنسانية متأصلة في الكائن البشري، وفقا لما ذهبت إليه المواثيق الدولية، راجع في ذلك: فواز صالح، "مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاق الحيوية (دراسة قانونية مقارنة)"، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 1، 2011، ص ص 247، 276.

4 - MRAD Amel Aouij, Le régime juridique…, op.cit, p 245.

5 - عمرون شهرزاد، أحكام نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 96.

6 - GLOULOU Fatma, LOUHICHI Ramzi et autres, Prélèvements et transplantations…, op.cit, p 293.

7 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 110.

8 - MRAD Amel Aouij, Le régime juridique…, op.cit, p 244.

ب – الشروط الخاصة:

وهذه الشروط تختلف بحسب ما إذا كان نقل الأعضاء من إنسان حي أو من جثة متوفي.

- شروط نقل الأعضاء بين الأحياء في التشريع التونسي:

أخضع المشرع التونسي عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء لثلاثة شروط أساسية: الأول يتعلق بالأعضاء الجائز نقلها والثاني يتعلق بالغاية من هذه العمليات والثالث يتعلق برضا المتبرع.

بالنسبة لشرط الأعضاء الجائز نقلها؛ نص عليه المشرع التونسي في الفصل الرابع من القانون رقم 22 لسنة 1991 بالقول: « ***يحجر مطلقا أخذ كامل العضو الضروري للحياة من الأحياء لزرعه...*** »[1]، ويترتب عن ذلك أنه لا يجوز للشخص أن يتنازل عن عضو لازم لأداء الجسم لوظائفه الحيوية، فالتصرف في القلب أو في الكبد كلها تصرفات محظورة وتقع باطلة بطلانا مطلقا وتعرض الطبيب القائم بها للمسؤولية المدنية والجنائية[2].

أما بالنسبة لشرط الغاية من هذه العمليات؛ فالقانون رقم 22 لسنة 1991 يشترط أن تكون لأغراض علاجية، وهذا يعني أن المشرع التونسي يمنع أخذ الأعضاء لأغراض علمية[3].

أما بالنسبة لرضا المتبرع فإنّ المشرع التونسي اشترط صدور هذا الرضا أمام جهة رسمية (رئيس المحكمة الابتدائية) [4]، إلا أنه يمكن الرجوع عن هذا الرضا قبل البدء في إجراء العملية دون أية شكلية.

- شروط نقل الأعضاء من الأموات في التشريع التونسي:

تنفرد عملية اقتطاع عضو من جثة المتوفى بشروط خاصة[5] تتعلق بضرورة أن يكون

---

1 - ونشير إلى أن القانون التونسي رقم 22 لسنة 1991 عرف المقصود بالعضو الضروري للحياة في الفصل الرابع من هذا القانون بالقول: « ***يعتبر عضوا ضروريا للحياة العضو الذي بأخذه تحصل وفاة الشخص الذي أخذ منه*** ».

2 - حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص ص 128.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 112.

4 - وهذا ما نص عليه الفصل الثامن من قانون رقم 22 لسنة 1991، المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزراعتها.

5 - حول هذه الشروط راجع:

GLOULOU Fatma, LOUHICHI Ramzi et autres, Prélèvements et transplantations…, op.cit, p 293.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 109، 112.

الغرض تحقيق هدف علاجي أو علمي، كما لا يجوز استئصال الأعضاء من جثث القصر إلا بعد الحصول على موافقة الولي الشرعي، ويمكن استئصال الأعضاء بناء على الموافقة المفترضة في حالة تعذر الاتصال بأسرة المتوفي، إلا أنه لا يجوز أخذ عضو من جثة المتوفي إلا بعد التحقق من الوفاة.

والملاحظ في تونس هو قلة عدد حالات التبرع وقد أرجعت إحدى الدراسات محدودية عدد المتطوعين للتبرع إلى انعدام الثقة، ولأسباب شخصية ودينية[1].

ثالثا - نقل الأعضاء البشرية في التشريع المغربي:

نظم المشرع المغربي الإجراءات والشروط الواجب توافرها من أجل استئصال الأعضاء بقصد زرعها في القانون رقم 16-98 لسنة 1998 المتعلق بالتبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها.

وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه: « ***لا يجوز التبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها إلا وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي النصوص الصادرة لتطبيقه*** »، وعليه أصدر المشرع المغربي ظهير رقم 1.99.208، يتعلق بتنفيذ هذا القانون[2]. وحدد فيه الشروط الواجب توافرها لنقل وزراعة الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى[3]، وأوضح ذلك على النحو التالي:

---

1 - أشار إلى ذلك: خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 64.

والجدير بالذكر أن الرأي الغالب في الفقه الإسلامي المعاصر اتجه إلى القول بجواز التبرع بأعضاء من جسم إنسان حي لإنقاذ حياة أو صحة إنسان آخر. راجع في ذلك:

رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 27.

الأمين شريط، "نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، عدد خاص، ديسمبر 2003، ص ص 132 – 159.

عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا وميتا في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص ص 105، 157.

2 - ظهير شريف رقم 1-99-208، صادر في 1999/08/25، بتنفيذ قانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية رقم 4726، الصادرة في 1999/09/16.

3 - نشير إلى أن المشرع قبل أن يصدر القانون رقم 16-98 لسنة 1998، أصدر قانون آخر هو ظهير 1952 المؤرخ في 25 جويلية 1952، وهذا القانون ينظم نقل الأعضاء من جثث الموتى، راجع في ذلك:

CHROQUI Loubna, La transplantation…, op.cit, p 38 et s.

رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل...، مرجع سابق، ص 96.

1 – الشروط الواجب توافرها في نقل الأعضاء بين الأحياء:

نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون المغربي يخضع لعدة شروط أهمها الهدف العلاجي أو العلمي، شرط رضا المتبرع، مكان إجراء عمليات نقل الأعضاء ومجانية التصرف، وشرط السرية.

– الهدف العلاجي أو العلمي:

حدد المشرع المغربي في نص المادة (3) من القانون رقم 16-98 لسنة 1998 الغرض من أخذ الأعضاء البشرية التي نصت على أنه: « ***لا يجوز التبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وغرسها إلا لغرض علاجي أو علمي*** »، وهذا يعني أن المشرع المغربي لا يحظر التبرع بالأعضاء من أجل التجارب الطبية والعلمية، ويرى البعض[1] أن ذلك يعتبر سهوا من المشرع المغربي وأنه لم يقصد إجازة أخذ الأعضاء بين الأحياء لغرض علمي وإنما ذلك مقصور فقط على أخذ الأعضاء من الأموات فقط لأن هذه المادة قد وردت في الأحكام العامة وبالرجوع إلى جميع المواد في الفصل الأول من الباب الثاني الخاص بالتبرع بالأعضاء من الأحياء لا يوجد نص صريح يجيز التبرع بالعضو لغرض علمي ويؤكد ذلك ما ورد في الفصل الثالث الخاص بأخذ الأعضاء من الأموات في بعض المستشفيات العمومية في المادة (16) حيث أجاز إجراء عمليات أخذ الأعضاء لغرض علاجي أو علمي من أشخاص متوفين.

- شرط رضا المتبرع:

نص المشرع المغربي على هذا الشرط في نص المادة الرابعة من القانون رقم 16-98 بالقول « ***لا يجوز أخذ الأعضاء إلا بعد أن يوافق المتبرع مسبقا على ذلك، ويمكن للمتبرع إلغاء هذه الموافقة في جميع الحالات*** »[2]. وهذا الشرط يعد في الحقيقة من قبيل الضمانات الممنوحة للمتبرع حتى لا يكره على نقل أعضائه[3].

---

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 251.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 278.

3 - خلفي عبد الرحمن، "الحماية الجنائية للأعضاء البشرية (في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء)"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 438.

– مجانية التصرف:

ورد هذا الشرط في نص المادة الخامسة من القانون رقم 16-98 والتي نصت على أن: « ***التبرع بعضو بشري أو الإيصاء به عمل مجاني، لا يمكن بأي حال من الأحوال وبأي شكل من الأشكال أن يؤدي عنه أجر أو أن يكون محل معاملة تجارية، ولا تعتبر مستحقة سوى المصاريف المتصلة بالعمليات الواجب إجرائها من أخذ وزرع الأعضاء ومصاريف الاستشفاء المتعلقة بهذه العمليات*** »[1]. وهذا شرط لصحة رضا الشخص المتبرع بعضو من أعضائه[2].

– مكان إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

اشترط القانون رقم 16-98 لسنة 1998 أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من خلال المستشفيات الحكومية المعتمدة مع الالتزام بالحفاظ على سرية البيانات الخاصة وفقا لما نصت عليه المادة السادسة من هذا القانون[3]، واشتراط إجراء هذه العمليات بمستشفى متخصص خاضع لرقابة الدولة يعتبر من الضمانات الطبية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

– عدم جواز ذكر هوية الطرفين:

اشترط القانون رقم 16-98 لسنة 1998 عدم جواز ذكر هوية المتبرع للمستفيد ولا لأسرته والعكس صحيح، وهذا حسب نص المادة السابعة منه، ولاشك أن مبدأ السرية يمثل وسيلة للوقاية من إبرام اتفاقيات تتعلق بجسم الإنسان، تجعل منه محلا للعرض والطلب، وهذا يؤكد حرص المشرع المغربي على درء شبهة الاتجار بالأعضاء البشرية[4]. والجدير بالذكر أن هذا القانون قصر دائرة التبرع بين الأقارب فقط وهذا حسب نص المادة (9) منه[5].

---

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 322.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 118.

3 - وحسب القرار قم 1638-03 المؤرخ في 10 نوفمبر 2003 الصادر عن وزير الصحة المغربي، فإنّ المستشفيات العمومية المعتمدة لإجراء عمل نقل وزرع الأعضاء البشرية هي: المركز الاستشفائي ابن سينا بالرباط، المركز الاستشفائي ابن رشد الدار البيضاء، المستشفى العسكري محمد السادس بالرباط، أشار إلى ذلك:

OIKAOUI Younes, "La transplantation d'organes en droit marocain : Quelles perspective", RGDM, N° 36, 2010, p 228.

4 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 27، 28.

5 - فقصرت المادة (9) من هذا القانون دائرة التبرع بين الأصول والفروع وإخوانه وأخواته وأعمامه وعماته أو أخواله أو خالاته وأبنائهم، كما سمحت بأخذ الأعضاء من الزوج لزوجته، والعكس شريطة مرور سنة على زواجهما، كما تتطلب إثبات علاقة القرابة بين المتبرع والمستفيد.

2 - الشروط الواجب توافرها في نقل الأعضاء من جثث:

حدد المشرع المغربي في القانون رقم 16-98 لسنة 1998 الشروط الواجب توافرها في نقل الأعضاء من جثث الموتى، وأوضحها على التالي:

- التحقق من الوفاة:

اشترط المشرع المغربي كغيره من القوانين المقارنة لاقتطاع عضو من جثة شخص متوفي التحقق من الوفاة، ويتم التحقق من الوفاة في إطار القانون المغربي طبقا لمعيار موت الدماغ[1]، وهذا المعيار هو المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة[2].

- التفرقة الطبية:

اشترط القانون رقم 16-98 لسنة 1998 أن يكون الأطباء الذين عاينوا الوفاة من غير الأطباء الذين يقومون بعملية أخذ الأعضاء من جثة المتوفى وذلك في نص المادة 21 الفقرة الأخيرة منه، وهذه ضمانة تشريعية الهدف منها استبعاد أي تلاعب في مجال عمليات نقل الأعضاء البشرية[3].

– الموافقة على الاقتطاع من الجثة:

يتطلب القانون رقم 16-98 لسنة 1998 طريقة معينة للتعبير عن إرادة الشخص في حالة رفض الاقتطاع من جثته وهذا في نص المادة 15 منه، أو في حالة قبول ذلك حسب ما ورد في نص المادة 16 منه، وسنأتي على تفاصيلها لاحقا.

والجدير بالذكر أن هناك إقبال ضعيف على التبرع بالأعضاء البشرية في المغرب، لأن المواطنين ما زالوا يبدون بعض التخوفات والتحفظات بشان التبرع بأعضائهم[4]. ويرى البعض[5] أن تطور هذه العمليات في المغرب متوقف على توعية السكان، فهذه العمليات هي وسيلة علاجية تستوجب مشاركة فعلية من طرف المجتمع قصد تطويرها، ولهذا يجب القيام

---

1 - OIKAOUI Younes, La transplantation d’organes.., op.cit, p 226.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 119.

2 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 246.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 120.

4 - دكداك صلاح الدين، "قراءة مواطنة للقانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها"، مجلة الفقه والقانون، العدد 39، يناير 2016، ص ص 06، 12.

5 - OIKAOUI Younes, La transplantation d’organes…, op.cit, pp 230, 231.

بعدة أنشطة للتشجيع على التبرع منها توعية التلاميذ في المدارس والثانويات. كما أنه يمكن الاعتماد على نقل الأعضاء من جثث الموتى للاستجابة للطلبات المتزايدة في هذا المجال.

رابعا – نقل الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري:

لم يصدر المشرع الجزائري تشريعا مستقلا ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وإنما اكتفى بتنظيم هذه العمليات في القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[1]، وتحديدا في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان "انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها".

ونبين فيما يلي الأساس القانوني لهذه العمليات بين الأحياء أو من جثث الموتى:

1 - الأساس القانوني لنقل الأعضاء بين الأحياء:

لم تنظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر في إطار تشريعي إلا في منتصف الثمانينيات، بينما أصدرت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى فتوى قبل ذلك بحوالي ثلاثة عشرة سنة كاملة وهذه الفتوى أجازت نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أو من جثث الموتى[2].

وهي الفتوى التي استند إليها الأطباء قبل صدور القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية[3]، وهذه الفتوى صدرت بتاريخ 20 أفريل 1972[4].

---

1 - قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فيفري 1985، يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 8، صادر في 17 فبراير 1985، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 ماي 1990، جريدة رسمية عدد 35، صادر في 15 غشت 1990.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 126.

3 - مواسي العلجة، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2008، ص 326.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 453.

4 - ولقد جاء في مضمون فتوى لجنة الفتوى للمجلس الإسلامي الأعلى أن هذا العمل يعد من جانب المتنازل نوعا من إيثار الغير على النفس، والإيثار من الصفات التي يحض عليها المشرع الإسلامي ويحبذها لأن سبب هذه العمليات هي العطاء الإنساني والتضامن فلهذا لا مانع من ذلك، حيث أنه إذا كان إعطاء إنسان عضو من أعضائه لإنسان آخر مريض يترتب عليه إنقاذ حياته من الهلاك دون أن يؤدي ذلك إلى هلاك المتنازل فإن ذلك يعد عملا متميزا للتضامن الإنساني. راجع في ذلك:
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 127، 128.

أما عن الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري فيتمثل في نص المادة (162) فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها التي جاء فيها: « ***لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، ويستطيع المتبرع في أي وقت أن يتراجع عن موافقته السابقة*** ».

يلاحظ على هذا النص بداية أنه لم يكتفِ بإجازة عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء فحسب، بل نص كذلك على بعض الشروط الواجب توافرها لإباحة التبرع بالعضو خاصة فيما يتعلق بكيفية موافقة المتبرع[1].

نخلص مما سبق إلى أن الفتوى الصادرة عن لجنة الفتوى للمجلس الإسلامي الأعلى شكلت في الفترة السابقة عن صدور التشريع المنظم لهذا المجال الأساس التشريعي لإباحة نقل الأعضاء البشرية، وبصدور قانون حماية الصحة وترقيتها اكتمل الأساس القانوني لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر.

2 – الأساس القانوني لنقل الأعضاء من جثث الموتى:

من التشريعات التي أباحت استئصال الأعضاء من جثث الموتى نجد التشريع الجزائري وأساس هذه الإباحة ترتكز على الناحية الشرعية والناحية القانونية.

من الناحية الشرعية[2]، فإن اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى تناولته الفتوى الصادرة عن لجنة الإفتاء للمجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 20 أفريل 1972 ومن خلال نص هذه الفتوى يتضح أن لجنة الإفتاء أجازت صراحة استئصال الأعضاء من جثث المتوفين لزرعها

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 453، 455.
مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 327.

2 - من الناحية الشرعية هناك عدة فتاوى وقرارات تؤيد جواز نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء أو من جثث الموتى، راجع في ذلك: بويزري سعيد، "نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 405، 413.

لأشخاص أحياء هم في حاجة إليها وهذا الاستئصال لا يتم هكذا بصفة مطلقة بل هناك شروط لابد من توافرها منها أن تتحقق وفاة المتبرع، ومن هذا المنطلق ذهبت اللجنة إلى القول بعدم جواز الاستئصال في حالة ما إذا كان الشخص مازال حيا أو به رمق من الحياة[1].

أما من الناحية القانونية فإن أساس الاستقطاع من الجثة هو إذن القانون الذي تولى تنظيم هذه المسألة بنصوص تشريعية صريحة[2]، وهذا الأساس في التشريع الجزائري إنما يتمثل في نص المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها: « ***لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زراعتها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة (167) من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة، وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته لقبوله لذلك***... ».

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أجاز صراحة استئصال الأعضاء من جثث الموتى قصد زرعها لأشخاص أحياء إلا أن هذا الاستئصال لا يتم إلا بعد التحقق من الوفاة، والحصول على موافقة الشخص أثناء حياته أو موافقة أفراد أسرته بعد وفاته.

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 391.

2 - مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 345.

المبحث الثاني

الشروط العامة لمشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية

تقتضي حرمة جسم الإنسان المتأتية من حقه في سلامة جسمه أن يحظر أي مساس بجسم الإنسان كقاعدة عامة، غير أن لهذه القاعدة استثناء مفاده أنه إذا كان التصرف في الحق في سلامة الجسم لا يمس مصلحة المجتمع فإنّه يعتبر مشروعا ولا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة ما دام أنه يستهدف غرض علاجي، وعليه فلكي لا يتعارض تنازل الفرد عن أحد أعضائه مع مصلحة المجتمع وبالتالي مع فكرة النظام العام يجب أن يكون محل التنازل والغرض من هذه العمليات مشروعا (المطلب الأول)، بالإضافة إلى ضرورة احترام الشروط المتعلقة بالحالة الصحية للمتبرع والمتلقي ومدى توافق أنسجتهما والشروط المتعلقة بمكان إجراء هذه العمليات، وقيود خاصة بالأطباء المسموح لهم بتنفيذها، وهذا يقتضي بالضرورة احترام مجموعة من الشروط الطبية والإدارية في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول

عدم مخالفة عمليات نقل الأعضاء للنظام العام

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مسألة معقدة، نظرا لوجود عدة اعتبارات تحكم هذه المسألة، فمن ناحية هناك مبدأ حرمة جسم الإنسان ومن ناحية أخرى هناك الاعتبارات الإنسانية التي تقتضي كذلك إنقاذ حياة شخص مريض من موت محقق، والتوفيق بين هذين الاعتبارين يؤدي بالضرورة إلى فرض استثناءات على مبدأ حرمة جسم الإنسان، وإباحة المساس بجسم المتبرع بقصد إنقاذ حياة المتلقي، إلا أنه يجب توفير أقصى حماية للشخص المتبرع بعدم تعريض حياته للخطر، فبالتالي يجب أن يكون محل التبرع في هذه العمليات مشروعا (الفرع الأول)، إضافة إلى ذلك يجب أن يكون هذا التنازل لغرض علاج المريض المراد إنقاذه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مشروعية محل التبرع في عمليات نقل الأعضاء

لا تتضمن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أية فائدة للشخص المتبرع، بل بالعكس فإنها تتضمن عدة مخاطر على حياته وصحته، فيجب أن لا يترتب عن تنازله عن أحد أعضائه ضرر جسيم يمنعه من أداء واجباته الاجتماعية، ويجب في البداية أن نحدد مفهوم

الأعضاء البشرية (أولا) ثم تحديد الأعضاء التي يجوز التنازل عنها (ثانيا)، بالإضافة إلى الأعضاء التي لا يجوز التنازل عنها (ثالثا).

أولا – مفهوم الأعضاء البشرية:

على الرغم من أن رجال القانون هم الأكثر احتياجا من رجال الطب لوضع تعريف محدد للعضو البشري[1]، وذلك لما يتيحه هذا التعريف من سهولة في تكييف المسؤولية الجنائية عن أفعال الاعتداء التي تقع على أحد أعضاء جسم الإنسان ومع ذلك فإن الكتابات التي تعرضت إلى ذلك قليلة، كما أن العديد من التشريعات لم تهتم بمسألة تعريف العضو البشري[2]، فبالتالي يجب التعرض إلى التعريف الفقهي للعضو البشري (1) ثم التعريف التشريعي (2).

1 – التعريف الفقهي للعضو البشري:

يذهب جانب من الفقه إلى تعريف العضو البشري من الناحية المادية وجانب آخر من الفقه يعرفه من الناحية الطبية، أما الاتجاه الثالث فيعرفه من الناحية البيولوجية البحتة[3]. ويعرف البعض العضو البشري بأنه: « كل جزء من جسم الإنسان يتكون من مجموعة من الأنسجة والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي وغير متجدد إذا ما تم استئصاله بالكامل أو جزء منه مما يؤدي إلى انتقاص في الجسم »[4].

كما يعرّف البعض العضو البشري بأنه: « جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء أكان متصلا به أم منفصل عنه وأن الدم يعتبر من أعضاء الإنسان المتجددة »[5].

وهذا التعريف يعتبر الدم عضوا بشريا على الرغم من أن البعض لا يرى في ذلك صوابا فلا يمكن اعتبار الدم البشري من الأعضاء مستنيرا بالتعريف اللغوي للعضو البشري

---

1 - كلمة العضو يرجع أصلها البيولوجي إلى القرن الخامس عشر وهي مشتقة من كلمة Organon ومعناها الأداة أو الآلة التي تستخدم في العمل. راجع في ذلك:

صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات...، مرجع سابق، ص 9.

2 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 35، 36.

3 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 26.

4 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 41، 42.

5 - منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص ص 16، 17.

فالدم ليس عظما يغطيه اللحم[1].

أما جانب آخر من الفقه فذهب في تحديده للمقصود بالعضو البشري إلى القول أنه مع تقدم العلوم الحديثة والاكتشافات الطبية والبيولوجية الحديثة، يمكن القول بأن العضو لا يقتصر فقط على القلب والكلى والرئة والكبد والأعضاء التناسلية وإنما أصبح يشمل أيضا الدم، المني، قرنية العين والجين أو أجزاء من العضو مثل الجينات والهرمونات[2].

إلا أنه يُلاحظ عدم دقة بعض التعريفات المقدمة للعضو البشري لأنها لا تميز بين الأعضاء البشرية، والمشتقات والمنتجات البشرية، فالدم لا يمكن اعتباره من الأعضاء البشرية ولا يخضع للأحكام المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية لأن يخضع لنظام قانوني خاص.

فمن الناحية البيولوجية يمكن تعريف العضو بأنه: « مجموعة من الأنسجة، وهذه الأنسجة بدورها تتكون من الخلايا المخصصة للقيام بوظيفة ضرورية للحياة »[3].

وعليه فإن أي جزء من الجسم يؤدي وظيفة خاصة فهو عضو، ولذلك فالعيون أعضاء لأنها تؤدي وظيفة الرؤية والكبد عضو لأن وظيفته أن يخلص الدم من الفضلات الموجودة به وإذا كان معيار أداء وظيفة حيوية يسمح بتكييف القلب، الرئتين، الكبد، البنكرياس على أنها أعضاء بشرية إلا أن هذا المعيار لا ينطبق على أجزاء أخرى من جسم الإنسان كالجلد مثلا إذ أنه يعتبر من الأنسجة بالرغم من أنه لا يمكن تصور حياة الإنسان

---

1 - ظهر خلاف بين الأستاذ منذر الفضل والأستاذ حسن علي الذنون حول مسألة اعتبار الدم من أعضاء جسم الإنسان، فالأستاذ منذر الفضل يرى أن الدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان، أما الأستاذ حسن علي الذنون لا يرى صوابا في ذلك، ويسترشد للدلالة على رأيه بالقاموس المحيط الذي يعرّف العضو بأنه: « كل لحم وافر بعظمه ». وبالمعجم الوسيط أن العضو جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف. حول هذا الموضوع انظر:

حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 50.

منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 17.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 51.

عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 34.

مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1997/1996، ص 15.

3 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 225، الهامش رقم 1.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 27.

من دونه، وبالمقابل فإن الأذن عضو إلا أن هذا لا يمنع إنسان أصم من الحياة[1]، فهناك صعوبة في مجال إجراء التمييز بين الأعضاء والأنسجة فمثلا أن يمكن أن نصنف النخاع العظمي ضمن فئة الأعضاء البشرية أو ضمن الأنسجة؟ حول هذه النقطة هناك شك[2].

فمسألة تعريف العضو البشري مسألة دقيقة وهامة ويجب على التشريعات أن تتصدى لهذه المسألة لتسهيل تكييف المسؤولية الجنائية عن أفعال الاعتداء على الأعضاء البشرية وتحديد الأعضاء البشرية التي تخضع للشروط الصارمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

2 – التعريف التشريعي للعضو البشري:

يُلاحظ أن معظم التشريعات التي أباحت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لم تقدم أي تعريف للعضو البشري، كالتشريع الفرنسي والتشريع الجزائري، والقلة من هذه التشريعات وضعت تعريفا لهذا المصطلح كالتشريع الإنجليزي[3].

استعمل المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة عدة مصطلحات وهي الأعضاء، الأنسجة، الخلايا ومنتجات جسم الإنسان، ويجب أن نعلم أن في التشريع الفرنسي هناك أنظمة قانونية تميز بين الأعضاء البشرية من جهة، وبين الأنسجة والخلايا ومنتجات الجسم من جهة ثانية، ومع ذلك فإنّ المشرع الفرنسي لم يقدم أي تعريف لهذه المصطلحات[4].

والجدير بالذكر أن عناصر جسم الإنسان تشمل الأعضاء، الأنسجة والخلايا أما بالنسبة للمنتجات البشرية فهي فئة ثانية تشمل الإفرازات الناتجة عن نشاط جسم الإنسان وهي قابلة للتجدد المستمر[5].

ويعد القانون البريطاني الخاص بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية لسنة 1989 من التشريعات الرائدة في وضع تعريف منضبط للمقصود بالعضو البشري، إذ نصت المادة 7 – 2 منه على أنه: « ***يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم***

1 - MOUSNY Marie-Pierre, Le statut juridique…, op.cit, p 82.

2 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 101, 102.

3 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 37.

4 - LE GROS Berengère, Droit de la bioéthique, éditions les études hospitalière, 2013, pp 194, 195.

5 - MOUSNY Marie-Pierre, Le statut juridique…, op.cit, p 81.

يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل »[1].

وقد حاولت بعض التشريعات العربية تعريف مصطلح العضو البشري[2] كالتشريع الأردني والتشريع المغربي.

- فالمادة (2) من القانون الأردني رقم 23 لسنة 1977 بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان عرّفت العضو البشري بأنه: « ***أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه*** ».

- ويعرّف القانون المغربي رقم 16-98 لسنة 1998 المتعلق بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها العضو البشري في المادة 2/ب بأنه: « ***كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلا للخلفة أم لا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد*** ».

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنّه لم يعرّف العضو البشري سواء في قانون العقوبات أو في قانون حماية الصحة، فعليه تدارك هذا الفراغ التشريعي خاصة وأن القضاء الجزائري لم يبين بدقة المقصود بالعضو البشري، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا أن: « كل جزء من الجسم هو عضو منه، وفي قضية الحال فـ"البنكرياس" هو عضو من الجسم وفقدانه يؤدي إلى فقدان التوازن في التركيبة الجسمية، ذلك أن غرفة الاتهام للمجلس عندما اعتبرت "البنكرياس" جهازا وليس عضوا قد أخطأت في تقدير الوقائع »[3].

واضح إذن مدى أهمية تحديد المقصود بالعضو البشري وضرورة تمييزه عن مكونات الجسم، الذي يشمل بالإضافة إلى الأعضاء كافة العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة ولا يترتب عن استئصالها فقدانها للأبد بل يمكن للجسم استبدالها

---

1 - يرى البعض أن فائدة تعريف العضو وفقا لهذه المادة لا تقتصر على سهولة تحديد وتكييف الآثار القانونية الناشئة عن أفعال الاعتداء وانتهاك أحد أعضاء الجسم فحسب، بل تمتد إلى بحث الجوانب القانونية للممارسات الطبية المستحدثة والمنصبة على الأعضاء البشرية وعلى رأسها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. راجع في ذلك:
مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 15.
إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 41.

2 - حول تعريف العضو البشري في إطار التشريعات العربية انظر: خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 29، 30.

3 - قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الرابع، ملف رقم 254258 بتاريخ 25 ديسمبر 2001، المجلة القضائية، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2002، ص 546 وما بعدها.

وتعويضها من تلقاء نفسه دونما حاجة إلى زراعتها كما هو في الأعضاء وهي مشتقات ومنتجات جسم الإنسان[1].

ومن أمثلة هذه المشتقات بعض المواد السائلة الداخلية في تكوين الجسم كالدم، حيث لا يخفى ما يتمتع به الدم من خاصية التجدد المستمر مما يتيح التبرع بكميات معينة منه بصفة دورية دون أن يكون لذلك ثمة أثر لاستمرار الحياة وأداء الجسم لوظائفه الطبيعية وما يصدق على الدم يصدق كذلك على كامل السوائل الأخرى التي تفرزها الغدد على اختلاف أنواعها داخل الجسم كما هو الحال في اللعاب والسائل المنوي والهرمونات والبويضات من المرأة... الخ[2].

ويجب التمييز كذلك بين منتجات الجسم وبين مخلفات العمليات الجراحية التي ذكرها المشرع الجزائري في نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 03-478 المؤرخ في 09 ديسمبر 2003[3]، والذي يحدد كيفية تسيير نفايات النشاطات العلاجية على النحو التالي: « ***توصف بالنفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية كل النفايات المتكونة من الأعضاء الجسدية والنفايات الناجمة من عملية الخطيفة البشرية الناتجة عن قاعات العمليات الجراحية وقاعات الولادة*** ».

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على الأحكام التي تنظم هذه المخلفات من حيث جواز التبرع بها وإجراء التجارب العلمية عليها[4].

---

1 - جبيري ياسين، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 62.

مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 16، 17.

إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 43.

2 - علاء علي حسين نصر، عملية الاستنساخ البشري والهندسة الوراثية من الناحية القانونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص ص 52، 53.

مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 17.

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

4 - حول هذا الموضوع راجع:

مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص ص 33، 35.

برني نذير، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الطبي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011 – 2012، ص ص 21 – 22.

ثانيا – تحديد الأعضاء البشرية الجائز استئصالها:

يقصد بمحل التنازل بيان العضو المراد استئصاله من جسم المتبرع لزرعه في جسم المتلقي، ذلك أن التشريعات التي أباحت عمليات نقل الأعضاء اختلفت بشأن هذه المسألة الهامة والدقيقة اختلافا واضحا[1]، إلا أن العديد من التشريعات أجازت استئصال الأعضاء المزدوجة (1) واستئصال الأعضاء الأحادية المتجددة (2).

1 – إجازة استئصال الأعضاء المزدوجة:

يجب أن يكون العضو المتبرع به من الأعضاء المزدوجة في الجسم، وأن يثبت أن العضو المتبقي قادرا على القيام بالوظيفة التشريحية للعضو المستأصل[2].

وتأتي عمليات زرع الكلى في مقدمة قائمة اللائحة نظرا لنسبة نجاحها ومدة بقائها حية[3]، ويشترط في مجال التبرع بالأعضاء المزدوجة أن يتبرع الشخص بأحد أعضائه فقط، فلا يجوز التبرع بهما معا لما يترتب على ذلك من تعريض صحة المتبرع للخطر أو تعطله عن القيام بواجباته، بل يبطل التبرع ولو ورد على عضو واحد من الأعضاء المزدوجة إذا كان من شأن استئصال العضو المتبرع به التأثير على قدرة العضو المتبقي على القيام بالوظائف التشريحية[4]، فلا يجوز التبرع باليد، الرجل، العين، والأذن لأنها أعضاء مزدوجة لها وظائف متكاملة لا يمكن استغناء الواحدة عن الأخرى واستئصالها يؤدي إلى تعطيل المتبرع[5].

2 – إجازة استئصال الأعضاء الأحادية المتجددة:

يتكون جسم الإنسان من عدة أعضاء، البعض منها غير قابل للتجدد، وبعضها قابل للتجدد ومن الأعضاء التي لا تقبل التجدد في جسم الإنسان نجد الكبد، الرئتين، البنكرياس وبالمقابل هناك أعضاء قابلة للتجدد وأبرز مثال على ذلك النخاع العظمي، وفي مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لابد من إخضاع كل فئة من هذه الأعضاء لأحكام

---

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 198.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 211، 212.

3 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 153.

4 - صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات...، مرجع سابق، ص 180.

5 - معاشو نبالي فطة، "إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 27.

خاصة بها فهذا التمييز أساسي في هذا المجال[1]. ومن الأعضاء المتجددة كذلك في جسم الإنسان الخلايا الجذعية وهي خلايا لها القدرة على الانقسام والتكاثر لتعطي أنواعا مختلفة من الخلايا المتخصصة وتكون أنسجة الجسم المختلفة ويمكن الحصول على هذه الخلايا من عدة مصادر: الجنين، الأشخاص البالغين، الحبل السري... الخ[2].

ويجوز استئصال هذه الأعضاء المتجددة في جسم الإنسان لأن المتبرع في هذه الحالة لا يحرم من وظائفها فهي متجددة طبيعيا، فالعضو المتجدد هو ذلك العضو الذي له قابلية للتجدد بصورة تلقائية إذا تم فصل جزء منه، أما إذا تم فصله نهائيا فلا يمكن أن يتجدد[3].

ونلاحظ أن تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسية لسنة 1994 اهتمت بالأعضاء المتجددة في جسم الإنسان كما هو الحال بالنسبة للنخاع العظمي، والذي دفعت أهميته الكبرى لكونه العنصر المسؤول عن إنتاج خلايا الدم في الجسم بالمشرع الفرنسي إلى إنزاله منزلة العضو البشري في تطبيق الأحكام الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهو ما لم يكن ليتأتى إلا بنص خاص وذلك لكون النخاع العظمي يعد واحدا من منتجات الجسم وليس أحد أعضائه[4].

ثالثا – تحديد الأعضاء البشرية التي لا يجوز استئصالها:

إن التشريعات التي أباحت التعامل في الأعضاء البشرية عن طريق التبرع بغرض تحقيق مصلحة علاجية للغير استثنت أعضاء معينة من دائرة التعامل، فيكون التبرع بها باطلا ولو تم ذلك بموافقة المتبرع إذ لا يكون لهذه الموافقة أية قيمة قانونية[5]، فلا يجوز نقل عضو حيوي من جسم المتبرع (1) كذلك لا يجوز نقل الأعضاء التناسلية (2).

---

1 - DUVAL-ARNOULD Domittille, Le corps de l'enfant : Sous le regard du droit, Bibliotéque de droit privé, Paris, 1999, pp 56, 57.

2 - راجع في ذلك: محمد علي البار، "الخلايا الجذعية والقضايا الفقهية والأخلاقية"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الثالث، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص ص 911 – 972.
نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا النشر، الإسكندرية، 2008، ص 101.

3 - حسني عود زعال، التصرف غير مشروع...، مرجع سابق، ص 55.

4 - راجع في ذلك: PONCHON François, Les prélèvements d'organes..., op.cit, p 41.
مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 15.

5 - افتكار مهيوب دبوان مخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 226.

1 – عدم جواز نقل عضو حيوي:

لا يجوز نقل الأعضاء الأساسية التي تتوقف عليها الحياة وكذلك الأعضاء التي يؤدي التنازل عنها إلى إعاقة ممارسة الحياة بشكل طبيعي.

أ – الأعضاء الأساسية التي تتوقف عليها الحياة:

لا يجوز إقرار المتبرع أو الطبيب على نقل عضو حيوي يترتب على نقله حدوث الوفاة مباشرة حتى ولو وافق المتبرع على ذلك مثل نقل القلب أو الكبد أو المخ، ويرجع سبب ذلك إلى أن تلك الأعضاء الأحادية يتوقف على وجودها حياة الإنسان واستئصالها يؤدي إلى الوفاة مباشرة[1].

فالشخص لا يملك حق التصرف في حياته دون إذن القانون، والقانون لا يسمح بقتل شخص لإحياء شخص آخر فالمتلقي ليس أولى بالحق في الحياة من المتبرع[2].

لهذا نصت بعض القوانين صراحة على منع التصرف بهذه الأعضاء كالقانون الكويتي[3] والقانون الإماراتي[4]، واعتبرت الموافقة الصادرة من المتبرع لا قيمة لها قانونا، إلا أن هناك بعض القوانين لم تنص على هذا المنع صراحة لأن هذا الشرط يمكن أن نعتبره بديهي على أساس أن التصرف في الحق في الحياة يخالف النظام العام والآداب العامة[5].

وعليه لا يمكن أن يقبل النظام الاجتماعي التبرع بعضو ضروري لاستمرار الحياة لأنه يعادل التبرع الانتحاري "Don-suicide" أو الموت حسب الطلب " Une mort sur demande"[6].

---

1 - ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية...، مرجع سابق، ص 276.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 89.

وفي هذا الصدد كتب الفقيه SAVATIER بالقول: « من الواضح أن هم إنقاذ حياة شخص لا يبرر قتل شخص آخر فلا يمكن أن نقبل إلا التبرع العقلاني ». أشار إلى ذلك:

ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 346.

3 - راجع نص المادة (3) من القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987.

4 - راجع نص المادة (3) من القانون الإماراتي رقم 15 لسنة 1993.

5 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 227.

6 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 346.

حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 499.

إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 64.

ب – الأعضاء التي يؤدي التنازل عنها إلى اختلال أو إعاقة في ممارسة الحياة بشكل طبيعي:

إنّ الشخص ليس له حق التنازل عن أي عضو من أعضائه لأن هذا التنازل مشروط بحق ارتفاق المجتمع، فإذا كان مثل هذا التنازل يؤدي إلى عدم تأدية الجسم لوظيفته الاجتماعية بالشكل المطلوب كان التنازل غير مشروع[1]، وذلك كالتبرع بأحد الأرجل أو اليدين.

ولا شك أن هذا المسلك يتماشى مع مقتضى العقل والمنطق، لأن الغرض من التبرع بالعضو هو إنقاذ حياة شخص، ومن ثم لا يمكن القبول بجواز التبرع إذا كان ذلك سوف يؤدي إلى إعاقة المتبرع عن ممارسة حياته الطبيعية ويمنعه عن أداء واجباته اليومية، ويجد هذا المنع أساسه القانوني في كرامة الإنسان التي تعلو وتسمو على كافة المصالح والحقوق[2].

2 – الأعضاء التناسلية:

يقصد بالأعضاء التناسلية تلك الأجهزة المسؤولة عن عملية الإنجاب، ويتكون الجهاز التناسلي في الرجل والمرأة من أعضاء وظيفتها إفراز الهرمونات اللازمة للتخصيب سواء الحيوانات المنوية بالنسبة للذكر أو البويضات بالنسبة للأنثى[3].

والأعضاء التناسلية تختلف من الناحية البيولوجية عن سائر أعضاء الجسم لأنها منتجة للعناصر الحاملة للصفات الوراثية، فمهمة هذه الأعضاء أعمق من سائر أعضاء الجسم وهي أشد علاقة بصاحبها[4]، والسؤال الذي يثور هنا: هل يجوز نقل الأعضاء التناسلية كالخصية عند الرجل والمبيض بالنسبة للمرأة من شخص لآخر؟

---

1 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 226.

2 - الظفيري فايز، "نقل وزراعة الأعضاء من منظور جنائي، محاولة لدراسة نقدية للقانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 25، جامعة الكويت، 2001، ص 136.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 227، 228.

3 - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، "الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية في التشريعات العربية"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية، 1998، ص 375.
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 318.
نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع...، مرجع سابق، ص 92.

4 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 110.

ذهبت بعض القوانين العربية إلى النص صراحة على حظر نقل الأعضاء التناسلية كالقانون المصري[1]، والقانون المغربي[2].

ولا شك أن الحكمة من ذلك هو المحافظة على الأنساب وعدم اختلاطها، وهو الأمر الذي يتفق مع ما ذهب إليه عامة الفقهاء في الشريعة الإسلامية[3].

وفي هذا الشأن قرر مجمع مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السادس خلال الفترة من 14 إلى 20 مارس 1990 بجدة ما يلي:

« ***1 – زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد فإنّ زرعهما محرم شرعا.***

2 – زرع الأعضاء التناسلية: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة جائز لضرورة مشروعة... »[4].

أما بخصوص المشرع الجزائري فإنّه لم يتعرض صراحة إلى هذا النوع من العمليات، إذ لا يوجد في قانون حماية الصحة وترقيتها ما يفيد إباحة أو منع نقل الأعضاء التناسلية سواء بالنسبة للرجل أو المرأة[5]، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 274 من قانون العقوبات[6]، نجد أنها تعاقب على جريمة الخصاء حيث جاء فيها: « ***كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة*** »، وهذا ما

---

1 - راجع نص المادة 2/2 من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

2 - راجع نص المادة 2 من القانون المغربي رقم 16-98 لسنة 1998 المتعلق بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

3 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابقن ص 228.

عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، الضوابط الشرعية والقانونية...، مرجع سابق، ص 375.

4 - حول مضمون هذا القرار انظر: لدرع كمال، "الأعضاء الصالحة للنقل والزرع وموقف الفقه الإسلامي منها"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص 273.

الأمين شريط، نزع وزرع...، مرجع سابق، ص 148.

عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، الضوابط الشرعية والقانونية...، مرجع سابق، ص ص 374، 375.

5 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 480.

6 - أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، لسنة 1966، معدل ومتمم.

يعني تجريم اقتطاع الخصيتين أو المبيضين لأنه يؤدي إلى قطع النسل لدى الضحية وهو الغرض الأساسي لتجريم الفعل وقد تؤدي جناية الخصاء إلى الوفاة[1].

ومع ذلك يبقى المشكل مطروحا في حالة اقتطاع هذه الأعضاء من جثث الموتى، لذلك نجد فراغ تشريعي حول هذه المسألة، غير أنه بحكم اتجاه غالبية الفقه الإسلامي إلى تحريم نقل الأعضاء التناسلية المؤسس على معطيات علمية، فإنّ عمليات نقل الأعضاء التناسلية تخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر[2]. باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني للقانون الجزائري بعد التشريع واعتقد هنا أنه يجب على القانون الجزائري أن يمنع التبرع بالأعضاء التناسلية بنصوص صريحة، لأن قوانين نقل الأعضاء هي قوانين استثنائية على الأصل الذي هو حرمة المساس بجسم الإنسان، ومن ثم يجب تحديد الأعضاء الداخلة في دائرة التعامل عن طريق التبرع تحديدا دقيقا، خاصة ما يتعلق بالأعضاء التناسلية.

الفرع الثاني

مشروعية غرض استئصال الأعضاء البشرية

القاعدة العامة الواجب مراعاتها والتأكيد عليها دائما في مجال عمليات نقل الأعضاء هي أن يتم إجراء هذه العمليات بهدف مساعدة المرضى للشفاء من أمراضهم المستعصية، بمعنى أن يكون الغرض من استئصال العضو من جسم المتبرع وإعادة زرعه في جسم المريض هو علاج هذا المريض وإنقاذه من الهلاك، فبالتالي فإنّ الغرض الأساسي لهذه العمليات هو الغرض العلاجي (أولا)، إلا أن بعض التشريعات لا تحصر فقط الغرض من هذه العمليات في إطار الغرض العلاجي وإنما تضيف الغرض العلمي (ثانيا).

أولا – الغرض العلاجي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

إنّ قصد العلاج في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا يجب أن ينظر إليه على أنه علاقة تربط الطبيب بالمريض فقط وبشكل منعزل عن العلاقة التي تربط الطبيب بالمتبرع، إنما يجب أن ينظر إلى قصد الطبيب من العلاج نظرة تشمل كل العمل الطبي

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 480.
مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 330.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 481.

بنقل العضو من الشخص السليم إلى الشخص المريض[1]، وإذا كان الهدف من إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، هو تحقيق مصلحة علاجية مشروعة للمريض (1)، فإنّ الأمر مختلف بالنسبة للشخص المتبرع لعدم توافر هذه المصلحة العلاجية في حقه، ولهذا يشترط في هذا المجال عدم تضرر المتبرع من عملية الاقتطاع (2).

1 – تحقيق مصلحة علاجية للمريض:

لاشك أن قصد العلاج يتوافر بالنسبة للمريض[2] أو المتلقي في إطار عمليات نقل الأعضاء البشرية، فنقل عضو إليه قد يؤدي إلى إنقاذ حياته، فعليه فإنّ الجراحة يجب أن تعود بالنفع عليه فالإباحة تدور وجودا وعدما مع تحقيق مصلحة علاجية للمريض[3].

واتفقت التشريعات التي أباحت نقل الأعضاء على ضرورة توافر المصلحة العلاجية للمتلقي كشرط لجواز التنازل عن الأعضاء البشرية، وهذا ما ذهب إليه كل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري، وأوضح ذلك على النحو التالي:

أ – بالنسبة للمشرع الفرنسي:

نص المشرع الفرنسي على الضرورة العلاجية في المادة 3/16 من القانون المدني والتي ورد فيها ما يلي: « ***لا يمكن المساس بسلامة الجسم البشري إلا في حالة الضرورة الطبية للشخص، أو بصفة استثنائية لتحقيق غرض علاجي للغير*** ».

فرغم أن المشرع الفرنسي حرص على إرساء مبادئ عامة تتعلق بحرمة الكيان الجسدي واحترامه[4]، إلا أنه نص على استثناءات ترد على حرمة جسم الإنسان لمصلحة الشخص

---

1 - عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 279.

2 - نشير إلى أن الغاية من ممارسة العمل الطبي أو الجراحي بوجه عام هي علاج المريض بتخليصه من الآلام التي يكابدها من جراء مرضه أو التخفيف من حدتها ووقايته من الأمراض، وفي هذا المعنى تنص المادة الثالثة من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتعلق بقانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم على ما يلي: « ***ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية الإنسان من الأمراض والأخطار وتحسين ظروف المعيشة والعمل***... ».

3 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 27.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 78.

4 - لقد كرّس المشرع الفرنسي عدّة مبادئ تتعلق بحرمة الكيان الجسدي واحترامه، فالمادة (1/16) من القانون المدني تحدثت عن حرمة الكيان الجسدي للإنسان وعدم جواز المساس به وانتهاكه وكذلك ضرورة احترامه والحفاظ على كرامته، كما أكدت هذه المادة على مبدأ عدم قابلية الجسم البشري لأن يكون محلا لحق مالي، وأن هذا المبدأ يسري على كامل عناصر الجسم ومنتجاته، وكذلك في الاتجاه نفسه أرست المادة 5/16 من القانون نفسه مبدأ بطلان أي اتفاقات من شأنها النزول بعناصر جسم الإنسان ومنتجاته البشرية منزلة الأموال. راجع في ذلك: =

نفسه والمجتمع والصحة العامة. وفي مجال نقل الأعضاء البشرية لا يمكن أخذ المصلحة بعين الاعتبار إلا إذا كانت تحقق مصلحة علاجية مباشرة للمتلقي، ولا يمكن قبول اقتطاع عضو من شخص سليم تماما إلا إذا كان لتحقيق الشفاء المؤكد لشخص محدد بذاته، وهذه الغاية العلاجية للغير هي التي تبرر مشروعية اقتطاع الأعضاء البشرية[1]، ووسيلة نقل الأعضاء البشرية يجب أن تكون بمثابة عملية الفرصة الأخيرة للمريض[2]، والمشرع الفرنسي في القانون 76-1181 المؤرخ في 22 ديسمبر 1976 والمتعلق باقتطاع الأعضاء البشرية وفي نص المادة الأولى منه يشترط بادئ ذي بدء توافر المصلحة العلاجية من خلال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ولما كان هذا الشرط من عموميات العمل الطبي بوجه عام حيث ينعقد الإجماع على وجوب توافره في كافة الممارسات الطبية الماسة بجسم الإنسان، ولما كانت المصلحة العلاجية في مجال نقل الأعضاء تتوافر بداهة من جانب المتلقي وليس للمتبرع في هذا الشرط أي نصيب، فإنه يبدو جليا أن إيراد هذا الشرط إنما قصد به المشرع الفرنسي تجنيب عمليات نقل الأعضاء البشرية الدخول في دائرة الاتجار ومنع التنازل عن أي عضو من أعضاء الجسم لأغراض غير علاجية[3].

أما في القوانين المتعلقة بالعلوم الإحيائية، فإن المشرع الفرنسي أكد كذلك على مبدأ عدم جواز انتهاك أو المساس بجسم الإنسان دون وجود ضرورة علاجية، وفي مجال نقل الأعضاء البشرية نص على ضرورة توافر المصلحة العلاجية المباشرة للمتلقي كشرط لإباحة اقتطاع الأعضاء من شخص على قيد الحياة بغرض التبرع[4].

ب – بالنسبة للمشرع الجزائري:

حدد المشرع الجزائري الغرض من استئصال الأعضاء البشرية في نص المادة (161) الفقرة الأولى من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم والتي نصت على ما يلي: « ***لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض***

=TERRE François, FENOUILLET Dominique, Droit civil, 8ème édition, Dalloz, 2010, p 63 et s.
CORNU Gérard, Droit civil, Les personnes…, op.cit, p 29 et s.

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 343.

2 - MOUSNY Marie-Pierre, Le statut juridique…, op.cit, p 83.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 117، 118.

4 - راجع نص المادة (L 1213-1) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2004-800.

علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ».

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يشترط توافر الغرض العلاجي لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وأكيد أن المشرع قصد توافر ذلك من جهة المتلقي، لأن المتبرع، وكما ذُكر ذلك سابقا، ليس له أي نصيب في هذا الشرط، إنما الفائدة العلاجية تتحقق من جانب المتلقي فقط[1].

كما أن المشرع الجزائري باشتراطه قصد العلاج واعتباره هدفا لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يكون قد سد الطريق أمام الأطباء الذين قد يتوخون من هذه العمليات أغراضا غير علاجية، وإذا كان هذا المبدأ من مسلمات أخلاقيات العمل الطبي وآداب مهنة الطب إلا أن الضرورة العلاجية في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لابد أن تأخذ شكلا آخر ومفهوما مغايرا لما استقر عليه رجال القانون وذلك إذا أردنا تثبيت أركان مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والقول بغير ذلك يجعل الأمر فيه تناقض كبير حيث أن المشرع الذي أكد على عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلا لغاية علاجية، هو نفسه الذي يضفي المشروعية على عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتي تفترض بداهة وجود شخص سليم الجسم يتم نقض تكامله الجسدي لذلك ذهب البعض[2] إلى القول أنه يجب فهم فحوى المبدأ العام الذي نحن بصدده في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية على أنه تأكيد على ضرورة موافقة المتبرع وحظر المساس بجسمه واستئصال أي جزء من جسمه دون رضاءه.

---

1 - نشير إلى أن العديد من التشريعات العربية اشترطت توافر الضرورة العلاجية في عمليات نقل الأعضاء أذكر منها ما يلي:

- القانون المغربي رقم 98-16 المتعلق بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، وذلك في نص المادة (3) منه. والتي نصت على أنه: « ***لا يجوز أن يتم التبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وغرسها إلا لغرض علاجي أو علمي*** ».
- القانون اليمني رقم 32 لسنة 1992 وذلك في نص المادة 25 منه حينما نصت على أنه: « ***يجب أن يسمح بنقل وزراعة أنسجة من جسم آخر بهدف العلاج*** ».
- القانون المصري رقم 05 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية حيث نصت المادة الثانية منه على ما يلي: « ***لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم الإنسان حي بقصد زرعه في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم...*** ».

راجع في ذلك: خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 78، 79.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 136.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 119.

2 – عدم تعريض المتبرع لخطر في حياته أو صحته:

إن التشريعات التي أباحت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تهتم بدرجة أكبر بالنتائج المحتملة عن هذه العمليات على الشخص المتبرع مقارنة مع اهتمامها بتحقيق الغرض العلاجي[1].

لذا كان من الضروري إقامة التوازن بين المصالح، مصلحة المتبرع ومصلحة المريض، فإذا كانت عمليات نقل الأعضاء البشرية تهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للمريض وحماية حقه في الحياة إلا أن ذلك لا يجب أن يكون على حساب المتبرع[2].

فيجب من جهة تشجيع المحبة والتضامن الإنساني، شريطة مراعاة بعض الحدود من جهة أخرى، حتى لا يتحول قبول الخطر إلى قرار ضار وغير عقلاني ولا يوجد طبيب يمكن أن يقبل قيام شخص بالتضحية لإنقاذ شخص آخر وإن كان الأمر يتعلق بطفله[3]، فالحياة شيء مقدس وجوهري فهي أغلى وأثمن شيء يملكه الإنسان لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه وإتلافها يعتبر أمرا غير مشروع[4].

وعدم تعريض حياة وصحة المتبرع للخطر يتطلب أساسا عدم جواز التبرع بالأعضاء الضرورية لحياته وصحته، ويتطلب كذلك إجراء موازنة بين الضرر الواقع على المتبرع والفائدة التي سوف تعود على المتلقي، ولكن خصوصية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تظهر من خلال أن هذه الموازنة تطبق على شخصين مختلفين (المتبرع والمتلقي)، إذ يتحمل الأول الأخطار فيما يستفيد الآخر من فرص النجاح، وهذا يعني أن الفائدة المراد تحقيقها يجب أن تكون ملحة للغاية من أجل تبرير الأخطار التي يتحملها المتبرع.

---

1 - MOUSNY Marie-Pierre, Le statut juridique…, op.cit, p 83.

2 - لقد أكد فقهاء الشريعة الإسلامية على شرط عدم تعريض المتبرع لخطر في حياته أو صحته ومعنى ذلك يجب ألا يؤدي نقل العضو إلى ضرر محقق بالمتبرع كليا أو جزئيا، أو يمنعه من مباشرة عمله، أو يؤثر عليه سلبا في الحال أو المآل بطريق مؤكد من الناحية الطبية لأن مصلحة المريض ليست بأولى من الناحية الشرعية من مصلحة المتبرع، لأن الضرر لا يزال بالضرر في الشريعة الإسلامية، ويكفي في ذلك المصلحة الغالبة. راجع في ذلك:
إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 96.

3 - نشير إلى أن هناك عدّة تشريعات سمحت بالإجهاض والتضحية بحياة الطفل من أجل إنقاذ حياة الأم، ولكن ضمن شروط معينة ومنها التشريع الفرنسي، راجع في ذلك:
WACHSMANN Patrick, Libertés publiques, 5ème édition, Dalloz, 2005, p 415.

4 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 345.

وفي مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا يمكن الاكتفاء فقط بأن تكون الفائدة المحتملة للمريض أعلى بشكل بسيط من الخطر الواقع على المتبرع بل يجب أن تتجاوز فرص إنقاذ المستفيد للأخطار التي يتعرض لها المتبرع بشكل كبير، والقيام بعملية الموازنة بين الأخطار المترتبة على المتبرع بالعضو والفائدة العائدة على المستفيد يقع على عاتق الأطباء المتخصصين الذين سيقومون بعملية استئصال العضو من جسم المتبرع لزرعه في جسم المتلقي[1].

ثانيا – الأغراض العلمية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

لا يملك الشخص حرية مطلقة في التصرف في جسمه[2]، إذ لا يستطيع الشخص أن يتصرف في جسمه بدون ضوابط والقانون عليه أن يضع الحدود اللازمة للتصرف في جسم الإنسان، فلهذا يجب أن يهدف هذا التصرف إلى تحقيق فائدة مشروعة، أي أن عمليات نقل الأعضاء البشرية يجب أن تهدف أساسا إلى علاج شخص معين، فالهدف العلاجي هو الذي يشكل المصلحة المشروعة، والقانون لا يهدف فقط إلى حماية الحقوق الفردية ولكن يهدف أيضا إلى فرض احترام النظام العام والمحافظة على القيم الاجتماعية[3].

فعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تهدف إلى تحقيق مصلحة المجتمع، ولكن هل يسمح القانون للشخص بأن يتبرع بأحد أعضائه ليس من أجل شفاء شخص آخر، ولكن بغرض إجراء تجربة علمية؟

---

1 - حول مسألة إجراء الموازنة بين الضرر الواقع على المتبرع والفائدة التي سوف تعود على المتلقي في إطار عمليات نقل الأعضاء البشرية راجع: ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 346, 349.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 253.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 212.

2 - منذ أكثر من (20) سنة والفقه يتحدث عن وجود حق للإنسان في التصرف في جسمه، ولكن هذه المسألة تستوجب النقاش فخلافا لما يتحدث عنه الفقه، فإنّه من الناحية القانونية لا يوجد أي نص دستوري أو تشريعي أو حتى نص في اتفاقية دولية تمنح للفرد حقا عاما في التصرف في جسمه، فلهذا لا يملك الشخص مثلا الحق في وضع حد لحياته عن طريق الانتحار، حول هذا الموضوع انظر:
HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Disposer de soi ?..., op.cit, p 17.
ROBERT Jacque, DUFFAR Jean, Droits de l'homme…, op.cit, pp 215, 225.
ARNOUX Irma, Les droits…, op.cit, p 191 et s.

3 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 341, 342.

للإجابة على ذلك لابدّ من التمييز بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية (1)، ثم التعرض لأهم المبادئ القانونية الدولية بشأن التجارب الطبية (2) وكذلك توضيح موقف التشريعات الداخلية من إجراء التجارب الطبية (3).

1 - التمييز بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية:

تهدف التجربة العلاجية إلى إيجاد أفضل الطرق لمعالجة المريض وتحسين حالته الصحية، والطبيب هنا يعالج المريض لشفائه وليس لمعرفة ما سيحدث له، بمعنى آخر أن إجراء التجربة العلاجية يكون في إطار محاولة علاج المريض[1]. في هذا الصدد تتجه جلّ الآراء في الفقه والقضاء إلى القول بمشروعية التجارب العلاجية بشرط احترام المبادئ الأخلاقية والقانونية التي تنظمها.

أما التجربة العلمية فهي استخدام وسائل أو طرق جديدة على إنسان سليم بغرض علمي بحت، والمريض ليس في حاجة أو حالة ماسة إليها، فهذه التجارب العلمية تهدف إلى التحقق من مدى صحة فرضية معينة، فرضها البحث العلمي أو مجرد إشباع شهوة أو فضول علمي[2].

ويعتبر القانون الوضعي بشكل عام إجراء تجربة لأهداف علمية محضة أمرًا غير مشروع حتى مع الحصول على موافقة صاحب الشأن لعدم وجود المصلحة العلاجية بالنسبة له[3].

فلا قيمة لهذا الرضا لمخالفته المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، فلا يسوغ للطبيب أن يجعل من جسم المريض موضوعا لتجاربه واختباراته لمجرد الفضول العلمي

---

1 - BEVIERE Bénédicte, La protection des personnes dans la recherche biomédicale, les études hospitalières, 2001, p 75.

صفوان محمد شديقات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010، ص 294.

بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص 20.

2 - مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 49.

صفوان محمد شديقات، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 297.

3 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 350.

أو لمجرد إشباع شهوة علمية أو حتى لخدمة الطب[1].

2 – المبادئ القانونية الدولية بشأن التجارب الطبية:

تم وضع عدة نصوص دولية خاصة بعد الحرب العالمية الثانية من أجل حماية الحق في سلامة الجسم أمام التجارب الطبية والعلمية، فتم تحرير وبمبادرة من المؤسسة الطبية العالمية قائمة من عشرة مبادئ تتعلق بالتجارب على الإنسان والتي عرفت باسم قانون نورمبرغ والصادر سنة 1947[2].

تتعلق هذه المبادئ أساسا بضرورة الحصول على موافقة الشخص الخاضع للتجربة وأن تكون إرادته حرة ومتبصرة، وله الحق في الرجوع عن موافقته في أي وقت، بالإضافة إلى ضرورة حماية الشخص الخاضع للتجربة الطبية[3].

كما قامت الجمعية الطبية العالمية بوضع عدد من المبادئ الأخلاقية المطبقة على التجارب الطبية المتعلقة بجسم الإنسان في إطار إعلان هلسنكي سنة 1964، وتم التأكيد عليه عدة مرات في أكتوبر سنة 1975 بطوكيو، وفي 2002 بمدينة واشنطن وآخرها في 2008 بكوريا الجنوبية، ومن أهم هذه المبادئ[4] أذكر ما يلي:

- وجوب مراعاة المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تبرر البحث في مجال الطب الإنساني، وأن ترتكز التجربة على فحوص علمية وعلى محاولات سابقة تم إجراؤها على الحيوانات وأن تكون قائمة على أسس علمية.

- توافر الكفاءة العلمية والخبرة في الطبيب القائم بالتجربة.

---

1 - أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية، بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص ص 40، 41.

2 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 351.

3 - راجع في ذلك: محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2001، ص 295.

بن النوي خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص ص 80 – 83.

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 722 وما بعدها.

4 - حول مضمون هذه المبادئ راجع: مروك نصر الدين، تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004، ص ص 64، 65.

ميرفت منصور حسين، التجارب الطبية...، مرجع سابق، ص 120.

- عمل موازنة بين المخاطر المترتبة عليها والقواعد الموجودة سواء بالنسبة للشخص الخاضع للتجربة أو الغير.

3 – موقف التشريعات من إجراء التجارب الطبية:

أجازت العديد من التشريعات المقارنة إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان كالتشريع الفرنسي (أ)، كما أجازها المشرع الجزائري (ب).

أ – إجازة إجراء التجارب الطبية في التشريع الفرنسي:

هناك عدة دول اتخذت في البداية موقفا معارضا للتجارب الإنسانية، وأبرز مثال على ذلك فرنسا، فقد كانت التجارب التي تتم على شخص سليم محظورة بشكل مطلق في فرنسا مما قاد المخابر الفرنسية للتوجه نحو الدول الأجنبية كلما صادفتهم صعوبات حول التأمين، هذه الوضعية دفعت بالمشرع الفرنسي للتدخل عن طريق إصدار قانون 20 ديسمبر 1988 المتعلق بحماية الأشخاص الخاضعين للأبحاث البيوطبية، وضع هذا القانون نظام قانوني للأبحاث التي تتم على جسم الإنسان سواء تلك الأبحاث ذات الهدف العلاجي أي التي تقدم فائدة مباشرة للشخص الخاضع لها أو بالنسبة للأبحاث التي لا تهدف إلى تحقيق هدف علاجي مباشر[1].

إلا أن المشرع الفرنسي ألغى هذه التفرقة بين الأبحاث البيوطبية المرتبطة بالفائدة الفردية المباشرة والأبحاث التي لا ترتبط بذلك، وذلك بعد تعديل قانون رقم 88-1138 لـ 20 ديسمبر 1988 بموجب القانون الصادر في 09 أوت 2004 والمتعلق بالسياسة الصحية، كما تم تعديل هذا القانون بموجب قانون رقم 300-2012 المؤرخ في 5 مارس 2012 والمتعلق بالأبحاث على الشخص الإنساني، ووضع من خلاله ضوابط مشتركة تخص كل الأبحاث التي تجري على جسم الإنسان[2].

أما عن الأساس القانوني لإجازة التجارب الطبية في القانون الفرنسي فهو نص المادة (L1121-1) من قانون الصحة العامة والتي نصت على أن: « ***الأبحاث المنظمة، والتي تمارس على الكائن البشري بهدف تطوير المعارف البيولوجية أو الطبية هي جائزة*** »،

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 351, 352.

2 - راجع في ذلك: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 124، 127.

وفضل المشرع الفرنسي استعمال مصطلح الأبحاث، بدل مصطلح التجارب[1].

وتضمن قانون الصحة الفرنسي عدة ضمانات في مجال إجراء التجارب الطبية على الإنسان أهمها: ضرورة الحصول على الموافقة المستنيرة للشخص الخاضع للتجربة، منع الحصول على مقابل مالي في هذا المجال، بصفة مباشرة أو غير مباشرة باستثناء تعويض المصاريف والأضرار التي تعرض إليها الشخص الخاضع للتجربة الطبية، كما أخضع المشرع الفرنسي هذه التجارب للرقابة سواء على المستوى المحلي أو المستوى الوطني. بحيث تقوم لجنة حماية الأشخاص بهذه الرقابة على المستوى المحلي، ثم اشترط المشرع الفرنسي ضرورة الحصول على موافقة السلطة الوزارية المختصة في هذا المجال كآلية للرقابة على المستوى الوطني[2].

ب – إجازة إجراء التجارب الطبية في التشريع الجزائري:

ساير المشرع الجزائري التشريعات التي أباحت إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان[3]، فقد نصت المادة 168 مكرر 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي***... »، كما نصت المادة 168 مكرر 3 من هذا القانون على أنه: « ***تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه*** ».

---

1 - HEYMANN-DOAT Arlette, CHAVES Gwénaële, Libertés publiques et droits de l'homme, 8ème édition, L.G.D.J, 2005, p 169.

2 - حول مسألة الضمانات التي كرّسها المشرع الفرنسي في مجال إجراء التجارب الطبية، راجع:
BIOY Xavier, Droits fondamentaux et libertés publiques, 3ème édition, L.G.D.J, 2014, pp 273, 275.
CHEMTOB-CONCE Marie-Caterine, La recherche biomédicale, 2ème édition, les études hospitalière, 2006, p 38 et s.
مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية...، مرجع سابق، ص ص 125، 127.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 753، 758.

3 - ذهبت أغلبية التشريعات المقارنة إلى إباحة التجارب الطبية على الإنسان إذا كان القصد منها علاجيا أي أن يتوخى منها شفاء المريض أو التخفيف من آلامه، أما بالنسبة للتجارب الطبية العلمية فقد اختلفت التشريعات حول هذه المسألة، راجع في ذلك: قشي علال، "المسؤولية الجنائية عن استخدام أساليب علمية حديثة وعند المساس العمدي بالتكامل الجسدي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2008، ص 351.

كما تنص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: « ***لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، وبعد التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض*** ».

يتضح من خلال هذه المواد أن المشرع الجزائري يجيز صراحة إجراء التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية، كما نص المشرع الجزائري على مجموعة من الشروط التي يجب مراعاتها عند القيام بإجراء التجارب الطبية على الإنسان، ويمكن أن تلخيص هذه الشروط[1] فيما يلي:

- وجوب استشارة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بخصوص كل التجارب الطبية التي يكون محلها جسم الإنسان ولابدّ من الحصول على موافقة هذا المجلس إذا تعلق الأمر بالتجارب غير العلاجية.

- ضرورة احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجربة، وهذا يعني أنه يجب الحصول على موافقته الحرة والمستنيرة، كما يجب توافر الشروط الأمنية اللازمة لسلامته البدنية في مكان إجراء التجربة، بالإضافة إلى أنه لا يجوز المساس بجسم هذا الشخص إلا لتحقيق مصلحة علاجية له أو للأغراض العلمية.

- التزام الطبيب الباحث (أو الهيئة المشرفة على مشروع التجربة) بضمان تعويض المتضرر عن كل الأضرار التي لحقت به بسبب التجربة، إذ نصت المادة 168 مكرر 4 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***لا يبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية*** ».

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أشار إلى ثبوت المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة، إلا أنّ هذا النص جاء بصيغة العمومية لأن المشرع لم يبين أساس هذه المسؤولية[2]، بالإضافة إلى أنه لم يبين طبيعة ونوع الضرر الذي يستوجب التعويض، وفي

---

1 - لمزيد من التفاصيل حول هذه الشروط انظر:

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 762، 763.

بلحاج العربي، الحدود الشرعية...، مرجع سابق، ص ص 102، 103.

بن النوي خالد، ضوابط مشروعية...، مرجع سابق، ص ص 113، 114.

2 - حسب الأستاذ بلحاج العربي فإنّ هذه المسؤولية هي مسؤولية بدون خطأ تقوم على فكرة الضمان مما يستوجب التأمين الإجباري على هذه المسؤولية. راجع في ذلك: بلحاج العربي، الحدود الشرعية...، مرجع سابق، ص 103.

ظل غياب اجتهاد قضائي حول هذه المسألة فإنّه يصعب تحديد موقف المشرع الجزائري حول هذه المسألة[1].

ويلاحظ أن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات قد تدخلت من أجل تنظيم التجارب الطبية التي تجرى على جسم الإنسان بشكل مفصل عن طريق إصدار عدة قرارات وزارية[2]، وفي هذا الصدد يرى البعض أنه من الأحسن تنظيم هذه الأحكام المفصلة في قانون حماية الصحة وترقيتها، باعتباره يتمتع بقيمة قانونية أسمى من القرارات الوزارية، وكذلك هناك إمكانية أكبر لوصوله إلى علم الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية[3]، وهذا الرأي جدير بالتأييد لأن مثل هذه المسائل تتعلق بحقوق جوهرية للأفراد، وبالتالي لا بدّ من تنظيمها عن طريق قانون وليس بموجب قرارات وزارية، رغم كل ذلك فإنّ المشرع الجزائري لم يسمح بتحقيق الأغراض العلمية في مجال نقل الأعضاء البشرية.

المطلب الثاني

الشروط الطبية والإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

نظرا لدقة وخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أصبح من الضروري تنظيم هذه العمليات بشكل يحقق الموازنة بين مصلحتين متعارضتين، تحقيق المصلحة العلاجية للمريض دون الإضرار بصحة المتبرع، وهذا يقتضي بالضرورة احترام مجموعة من الشروط والضوابط الطبية (الفرع الأول).

وإذا كان الطب الحديث قد أثبت نجاح هذه العمليات وبأنه أصبح بالإمكان إنقاذ حياة العديد من الأشخاص عن طريق استئصال الأعضاء من الأجسام السليمة وزرعها في أجسام المرضى الذي هم في حاجة إليها، بسبب عدم قيام بعض أعضائهم بأداء وظائفها، إلا أن

---

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 780.

إسمي فاوة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 69.

2 - قرار وزاري رقم 387 بتاريخ 31 جويلية 2006، يتعلق بالتجارب السريرية.

قرار وزاري رقم 388 بتاريخ 31 جويلية 2006، يحدد شروط إجراء التجارب السريرية.

قرار وزاري رقم 200 بتاريخ 25 جويلية 2009، يعدل القرار رقم 112 الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1995، الذي يحدد القواعد الحسنة للممارسات السريرية.

3 - مواسي العلجة، التعامل القانوني...، مرجع سابق، ص 133.

ممارسة هذه العمليات أصبح متوقفا كذلك على توافر مجموعة من الشروط الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية

إنّ دراسة موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية لا تخلو من تحديد بعض الجوانب الطبية والفنية كعوامل رئيسية لنجاح هذه العمليات، فلا يمكن أن نتحدث عن نجاح هذه العمليات دون احترام مجموعة من الشروط الطبية يتصل جوهرها بالحالة الصحية للمتبرع والمريض (أولا)، ثم توافق الأنسجة بين أطراف هذه العملية (ثانيا)، بالإضافة إلى المتابعة الصحية اللاحقة (ثالثا).

أولا – الحالة الصحية للمتبرع والمريض:

مما لاشك فيه أن الجراحة قد قدمت إلى الإنسانية الكثير، إلا أنها تنطوي على الكثير من المخاطر لذلك لا يجوز تقريرها إلا بعد تفكير وروية، خاصة إذا تعلق الأمر بنقل وزرع الأعضاء البشرية أين يتم اللجوء إلى الجراحة في غالب الأحيان لإنقاذ مريض لم تجدِ معه الوسائل العلاجية نفعا، والعمل الطبي عمل متكامل ومن ثم فإنّ استئصال الأعضاء وزرعها يجب أن يكون وفق منظومة دقيقة ومترابطة[1].

لذلك يجب على الطبيب الجراح أن يقوم بفحص المريض والمتبرع قبل البدء في عملية استئصال العضو البشري[2]، فبالنسبة للمريض كما هو الحال في أي عمل جراحي فإنه يجب على الطبيب الجراح أن يقوم بفحص مريضه بدقة وعناية قبل إجراء العملية الجراحية[3]، ولا يقتصر الفحص على الموضع أو العضو الذي سيكون محلا للعملية، بل على الحالة العامة للمريض ومدى ما يمكن أن يترتب من نتائج جانبية على التدخل الجراحي.

أما بالنسبة للمتبرع يجب التأكد من البداية أن استئصال العضو لا يشكل خطرا على

---

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 80.

2 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 160.

إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 484، 486.

3 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 421.

منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 183.

حياته[1]، وهذا ما أكدت عليه نص الفقرة الأولى من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: « ***لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض حياة المتبرع للخطر...*** ».

كما تشترط العديد من التشريعات[2] التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية قبل البدء في أي استئصال أو زرع لعضو بشري إجراء الفحوصات الطبية اللازمة للمتبرع والمريض، والتأكد من خلوهما من جميع الأمراض التي تشكّل عائقا لذلك[3].

تبعا لذلك يتم استبعاد الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع والمريض مثل الالتهابات الرئوية والقرحة المعدية، وذلك نتيجة تناولهم الأدوية المثبطة لجهاز المناعة، كما يشترط في المتبرع – وقت إجراء عملية استئصال العضو منه – أن يكون خاليا من الالتهابات البكتيرية والفيروسية والفطرية[4].

يجب على الأطباء كذلك القيام بمجموعة من الاختبارات والفحوصات والتحاليل للتأكد من خلو المتبرع من مرض الإيدز (مرض نقص المناعة المكتسبة)، لأن هذا المرض يمكن أن ينتقل من المتبرع إلى المريض في هذه الحالة[5]، فمرض الإيدز يعد من الأمراض التي تشكّل عائقا لإجراء عملية نقل وزرع العضو البشري.

---

1 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 161.

2 - من التشريعات المقارنة التي أكدت على ضرورة إجراء الفحوصات قبل إجراء عمليات استئصال وزرع الأعضاء، أذكر التشريع الفرنسي، إذ نجد أن المادة (L 1211-6) من قانون الصحة الفرنسي ذكرت بأن هذه العمليات تخضع لقواعد الضمان الصحي وخاصة ما يتعلق باختبار الأمراض المعدية. راجع في ذلك:

RIAI-SEBBAG Emmanuelle, THOMAS Agnés, "La mort, le droit et le don d'organes pour la greffe", in DUGUET Anne-Marie, (sous la coordination), accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, 2009, pp 26, 27.

ومن التشريعات العربية التي نصت على ضرورة القيام بهذه الاختبارات أذكر التشريع السعودي، إذ تم إصدار دليل زراعة الأعضاء الذي اعتمده وزير الصحة في السعودية بموجب القرار رقم 29/1/1081 بتاريخ 1414/06/18هـ، حيث اشترط لإباحة التبرع بالأعضاء ضرورة أن يكون المتبرع بصحة جسدية سليمة ومتكاملة، وأن يكون هناك توافق بين فصيلة الدم لكل من المتبرع والمريض، بالإضافة إلى إجراء مجموعة من الفحوصات الطبية كالاختبارات المتعلقة بفحص الالتهاب الكبدي الوبائي. راجع في ذلك:

إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 163.

3 - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 558.

4 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 138.

5 - مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 334.

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط ولكن بصفة عامة في الفقرة الثانية من المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها إذ ورد فيها ما يلي: « ***كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل***... ».

والهدف من ذلك كل هو الوقاية الصحية لأنه عند إجراء عملية استئصال الأعضاء لزرعها عند شخص آخر، فإنّ الخطر القائم هو إصابة المستفيد بالمرض نفسه الذي أصيب به المتبرع[1].

يلتزم على هذا الأساس الطبيب الجراح قبل مباشرة العملية القيام بكافة الاختبارات والأبحاث والتحاليل الطبية قبل استئصال العضو من جسم المتبرع وزرعه في جسم المريض، للتأكد من مدى إمكانية الانتفاع بالعضو المراد نقله[2].

كما يجب على الطبيب الجراح في هذا المجال مراعاة الأصول الطبية للعمل الطبي، ومن بين ما تقتضي به هذه الأصول المقارنة بين مزايا الزرع ومخاطره وعدم الإقدام عليها إلا إذا كانت المزايا ترجح على المخاطر، بحيث يجب أن ترقى نتيجة العملية إلى مستوى يجعل منها مصلحة اجتماعية محترمة تبرر التضحية ببعض حقوق المتبرع لإنقاذ صحة المريض، بحيث يترتب على التضحية بجزء من الحق الأول لإنقاذ الحق الثاني بكامله[3].

حددت في هذا الصدد المنظمة الطبية الأمريكية (American Medical Association) مجموعة من القواعد التي يجب على العاملين في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية التقيد بها باعتبارها قواعد أساسية ومنها:

- يجب ألا يكون المريض مصابا بأمراض أخرى غير المرض المتعلق بالعضو البشري.
- مراعاة سن المريض بمعنى أن الأصغر أولى من العناية بالأكبر سنا.

---

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 123.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 508.

3 - أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1983، ص 146 وما بعدها.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 80.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 143.

- تقوية الوضع النفسي والعاطفي للمريض[1].

فمن حيث السن لا يجب أن يقل عمر كل من المتبرع والمريض عن 10 سنوات ولا يزيد عن 50 سنة، لأن نسب النجاح تتحقق أكثر في هذه السن[2]، ومع ذلك اشترطت بعض التشريعات ألاّ يزيد عمر المتبرع عن 45 سنة وألا يكون مدمنا على المخدرات أو على الأدوية الضارة بالكبد أو على الكحول[3]، من خلال ما سبق يتضح أن هناك عدة شروط تتعلق بالحالة الصحية للمتبرع والمريض[4]، يمكن تلخيصها فيما يلي:

- الحالة الصحية للمتبرع يجب أن تكون جيدة وغير مصاب أو حامل لأي مرض معدي مثل التهاب الكبد أو مرض السل أو مرض الإيدز أو أي مرض يمكن أن يعيق إجراء هذه العمليات، بالإضافة إلى ضرورة التأكد من أن استئصال العضو لا يشكّل خطرا على حياته أو يصيبه بضرر صحي جسيم.

- كما يجب أن يستبعد من عمليات نقل الأعضاء الأشخاص الذين يسهل إصابتهم ببعض الأمراض، مثل الالتهابات الرئوية أو قرحة المعدة، وذلك نتيجة تناولهم الأدوية المثبطة لجهاز المناعة.

- خلو المريض من موانع الزرع المطلقة كوجود أمراض خبيثة كالسرطان أو قصور القلب المتعذر شفاؤه أو وجود موانع مؤقتة إلى حين شفائه كالسمنة المفرطة أو الإدمان على المخدرات.

---

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 76.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 138.

مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 334.

محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 558.

3 - انظر دليل زراعة الأعضاء السعودي المشار إليه عند: إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 163.

4 - للمزيد من التفاصيل حول هذه الشروط انظر:

محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء البشرية، دار القلم، دمشق، 1994، ص 156.

علام عمر، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، المغرب، 2001، ص 171.

إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 484، 486.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 138.

CABROL Christian, "Le don d'organes : laissons parler le cœur", in MUZNY Peter (sous la direction de), la liberté de la personne sur don corps, éditions Dalloz, 2010, p 32.

- تطابق فصيلة دم المتبرع مع فصيلة دم المريض.

كما يجب أن تكون حالة المريض النفسية[1] في وضع عادي.

ثانيا – توافق أنسجة المتبرع والمريض:

يعد التحقق من توافق أنسجة المتبرع والمريض أحد العوامل الأساسية في نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء[2]، فأخطر ما يهدد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هو ظاهرة طرد الأجسام الغريبة، إذ أنّ المشكلة التي ظهرت في هذا الصدد هي رفض الجهاز المناعي لجسم المريض العضو الجديد المزروع فيه[3]، فمن العبث اقتطاع عضو سليم من إنسان حي، إذا كانت نسبة نجاح العملية ضئيلة بسبب رفض العضو من قبل جسم المريض المستقبل، وهو ما يتنافى مع الغاية الأساسية التي أبيحت من أجلها هذه العمليات[4].

وكان الطبيب الإيطالي تاجليا كوزي أول من تنبه لظاهرة طرد الأجسام الغريبة، وعبر عنها بقوله: « إنّ ذاتية كل فرد تجعلنا نبتعد عن محاولة زرع جسمه بعضو مأخوذ من جسم آخر، ذلك أن قوة الذاتية داخل كل شخص تبلغ من القوة والصرامة الحد الذي تمنع فيه أخذ أي عضو من شخص آخر، والطبيب الذي يفكر في نقل الأعضاء من شخص إلى آخر إنما يفتقر في الواقع إلى معرفة العلوم الطبيعية ويجعلنا نعتقد أن تفكيره خرافي وغير علمي »[5]، وقد كانت هناك محاولات لنقل أعضاء من الحيوانات وزرعها في الإنسان ولكنها فشلت[6].

---

1 - في إطار التزام الطبيب بتقديم عناية للمريض، تتفق والأصول العلمية الثابتة، والمتعلق بالمرحلة الذهنية، يدخل في التزام الطبيب أيضا التزامه بمراعاة حالة المريض الصحية والنفسية، واختيار الوقت المناسب للعلاج، وذلك حتى لا يلحق المريض ضرر جراء علاج يتم في غير مراعاة لحالة المريض الصحية والنفسية، ولسنا بحاجة إلى القول بأن الحالة النفسية السيئة للمريض لا تسمح بأن يقوم الطبيب بالعلاج أو بإجراء الجراحة، فعليه أن يتريث وأن يُرجئ ذلك إلى وقت لاحق ريثما تهدأ نفس المريض وتستقر حالته النفسية. حول هذا الموضوع انظر:

منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 153 – 154.

2 - مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 335.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 8.

4 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 509.

5 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 8، 9.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 44، 45.

6 - CABROL Christian, Le don d'organes :..., op.cit, p 33.

علام عمر، قضايا طبية...، مرجع سابق، ص 191.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 81.

غير أن تقدم العلوم الطبية والجراحية مكن الأطباء من السيطرة على ظاهرة طرد الأجسام الغريبة[1]، خاصة بعد اكتشاف الأدوية المثبطة للمناعة وتحديدا عقار "سيكلوسبورين أ" "Cyclosporine A"، بحيث تأكد نجاح عمليات زرع الأعضاء البشرية بشكل أكبر حينما توصل العلماء عام 1980 إلى اكتشاف هذا الدواء الذي يساعد العضو الجديد المزروع في جسم المريض ويثبط الجهاز المناعي لجسمه، وبفضل استخدام هذا الدواء ارتفعت نسبة نجاح هذه العمليات بشكل كبير[2].

إلا أنّ هذه العلاجات بالرغم من أنها تساعد على تعايش العضو الجديد داخل جسم المريض ولكنها تفقد الجسم مناعته[3]، فعملية تثبيط الجهاز المناعي لجسم الإنسان لها آثارها الجانبية الخطيرة، فهي تجعل المريض أكثر عرضة للمكروبات والفيروسات المختلفة وقد يحدث تسمم دموي ينتهي بموت المريض[4].

لهذا أجريت العديد من الأبحاث في هذا المجال، كالأبحاث التي قام بها علماء معهد البحوث الطبية التابع لسلاح البحرية الأمريكية، والتي مكنتهم من التوصل إلى طريقة جديدة تحول دون رفض الجسم للأعضاء المزروعة[5]، حتى في حالة عدم توافق هذه الأعضاء مع أنسجة الجسم هذه الطريقة تعتمد على حقن جهاز المناعة بنوعين من البروتين، وهو ما يتيح لهذا الجهاز وقف عمل الخلايا المحفزة على رفض الأعضاء أو الأنسجة المنقولة إلى جسم المريض وأكد هؤلاء العلماء قلة تكاليف هذا العلاج[6].

---

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 81.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 131، 132.
حمدي محمد، نقل وزراعة...، مرجع سابق، ص 10.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 08.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 44.

4 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 142.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 44.

5 - وينبغي هنا أن نفرق بين نقل نسيج وبين نقل الأعضاء، ففي حالة نقل الأنسجة تكون هذه العمليات بمنأى عن ظاهرة طرد لجسام الغريبة لأنه سرعان ما يتآلف مع خلايا جسم المريض كحالة نقل القرنية مثلا.
أما في حالة نقل العضو المركب والذي يحتوي على خليط من الأنسجة المتباينة، فهنا فإنّ العملية تكون مهددة بظاهرة طرد الأجسام الغريبة. حول هذا الموضوع انظر:
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 139.

6 - حمدي محمد، نقل وزراعة الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 10، 11.

وقد أُحرز تقدم آخر في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ قال جراحون بريطانيون أن الأعضاء البشرية يمكن الحفاظ عليها الآن لمدة أطول بكثير بفضل إنجاز يمكن أن ينقذ حياة الآلاف من الأشخاص، ولا تعيش الأنسجة البشرية سوى عدة ساعات بعد الموت، مما يثير مشكلات خاصة بالتخزين والنقل بالنسبة للأطباء[1].

لذلك حاولوا التغلب على هذه المشكلة باستعمال بعض الأساليب الخاصة، منها الأساليب المتبعة للمحافظة على أنسجة الكبد أطول مدة ممكنة عن طريق حقنها بسوائل الدكسترات وحفظها في درجة منخفضة ما بين 15 إلى 20 درجة مئوية، بالإضافة إلى استعمال غرف خاصة مجهزة بالأكسجين، كما أن هناك طرق خاصة بحفظ الكلية[2].

والجدير بالذكر في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن هناك لجنة طبية تقدر ما إذا كان هناك ضرورة للقيام بعملية الاستئصال وعملية الزرع، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 167 الفقرة الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها، والتي نصت على ما يلي: « ***تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية*** ».

ويرى جانب من الفقه ضرورة أن يكون أحد أعضاء هذه اللجنة من القضاة، ويكون رأيه ملزما وذلك لسببين:

1 – حياد القاضي وعدم انفعاله الأمر الذي لا يتوفر لرجل الطب.

2 – مقتضيات الأمن الصحي وما يستلزمه من المحافظة على حياة وسلامة الإنسان، إنما ذلك من صميم عمل القاضي، وهو حينما يراعي ذلك إنما يراعي مبدأ حرمة جسم الإنسان والحياة الإنسانية، ولكن ذلك مشروط في حالة اختلاف أعضاء اللجنة لأن الاختلاف معناه عدم وضوح المصلحة المحققة[3]، إلا أنه يصعب تأييد هذا الاتجاه لأن

---

1 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 11.
صاحب عبد الفتلاوي، التشريعات الصحية...، مرجع سابق، ص 120.

2 - راجع في ذلك: مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 140 – 141.

3 - أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 93.
علي محمد بيومي، أضواء على نقل...، مرجع سابق، ص 27.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 83.

القاضي[1] هنا سوف يعيق الأعمال الطبية لأنه لو استخدمنا القاضي لهذا العمل، فإننا نكون قد خلعنا عنه العمل القانوني وأدخلناه في عمل طبي محض، ولا يمكن ترجيح رأيه على باقي الآراء الأخرى، وإنما يجب الرجوع إلى الأطباء المشهود لهم بالكفاءة المهنية في مجال العمل الطبي[2].

هذا لا يعني إنكار لأي دور للقاضي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، وإنما دوره في منحه سلطة رقابة الأمور القانونية مثل التأكد من صحة رضا المتبرع وعدم وجود أي ضغط عليه، وهذا ما فعلته بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي[3].

ثالثا – المتابعة الطبية اللاحقة:

لا يقف التزام الطبيب عند مجرد انتهاء العملية الجراحية إذ يمتد التزامه بالعناية بالمريض عقب ذلك حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات من جهة، وحتى يستطيع المريض الخروج من الغيبوبة ويستعيد نفسه من جديد من جهة أخرى[4].

ويجب أن يكون في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية متابعة طبية لاحقة لكل من المتبرع والمريض، وهذا ما نصت عليه المادة السابعة من البروتوكول الملحق باتفاقية أوفيدو والخاص بنقل الأعضاء البشرية والأنسجة (ستراسبورغ 2002) والتي ورد فيها ما يلي: « **يجب**

---

1 - حسب جانب من الفقه فإنّ عمل القاضي هو تعبير عن حصيلة توازن المصالح، وأن موضع التنظيم القانوني الوضعي هو تحقيق الإشباع المناسب للمتطلبات المتنافسة، حيث يسمح بتحقيق التوفيق العادل بينها تحقيقا للأغراض الاجتماعية الإنسانية، والوسيلة الهامة للوصول إلى هذه النتيجة تتمثل في الاعتراف بالمصالح القائمة، وتقييم أهميتها، ووزنها بميزان العدل، لكي تتحقق الغاية الأكثر أهمية وفقا للمعيار الاجتماعي وفي نهاية المطاف لتحقيق التوازن المطلوب. حول هذا الموضوع انظر:

حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 94.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 84.

3 - AL-KANDARI Fayez, "Les prélèvements d'éléments du corps en droit français et koweïtien", revue de la recherche juridique, N° 1, 2004, pp 448 – 449.
PONCHON François, Les prélèvements d'organes…, op.cit, p 37.

4 - وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 6 أفريل 2003 (غير منشور) بأن الإخراج المبكر للمريض الذي خضع لعملية جراحية دون التأكد من حالته الصحية يعد إهمالا يؤدي إلى مساءلة الطبيب.

كما قضت في قرار آخر مؤرخ في 2 جويلية 2003، ملف رقم 259072 (غير منشور) بمسؤولية الطبيب عن جريمة القتل الخطأ الذي قام بإخراج المريض مبكرا من المستشفى فأصيب بالتهاب السحايا أدى إلى وفاته، وهو ما أثبته الخبرة المنجزة بوجود علاقة سببية بين العملية والوفاة، راجع في ذلك: برني نذير، الجرائم المرتبطة...، مرجع سابق، ص ص 72، 73.

أن يكون هناك متابعة مرحلية للمتبرعين والمرضى بعد عملية النقل ».

كما نصت المادة 11 من هذا البروتوكول على أنه: « ***يجب أن يتم فحص الشخص المتبرع وذلك لتقييم المخاطر الصحية والنفسية له*** ».

وتساهم المتابعة الطبية الدقيقة للمريض في تقييم العملية الطبية ومعرفة درجة نجاحها، وهذا يتطلب أيضا متابعة المتبرع للتعرف على تأثيرات عملية استئصال العضو على صحة وحياة المتبرع[1].

والمسألة الجديرة بالذكر في هذا الصدد تتعلق بتكييف طبيعة الالتزام الناشئ عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فهل هذا الالتزام يدخل ضمن الالتزامات المحددة بنتيجة معينة أم أنه التزام ببذل عناية؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب أن نعرف أن الأصل في مسؤولية الطبيب أنها تبدأ من مفهوم الالتزام ببذل عناية[2]، فلقد أجمع الفقه[3] والقضاء[4] على أن التزام الطبيب أمام المريض ينحصر في الالتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، إلا أن هناك حالات استثنائية يقع فيها

---

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 92.

2 - ويستند هذا الأصل إلى عدة اعتبارات منها: أن شفاء المريض مسألة تخرج عن نطاق إمكانية الطبيب في حدها النهائي، ويضاف إلى ذلك أن الطبيب يجب أن يتمتع بحرية كبيرة في ممارسته لمهنته، خاصة وأن ممارسة هذه المهنة ترتبط باعتبارات علمية دقيقة. حول هذا الموضوع:

حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 67.

بن صغير مراد، "المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2005، ص 41، 57.

3 - جاسم علي سالم الشامسي، "مسؤولية الطبيب بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998، ص ص 697، 716.

محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 23.

4 - وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، ملف رقم 399828، قرار بتاريخ 23 جانفي 2008: « إنّ الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام، هو بذل عناية مثل قضية الحال، ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على عاتق الطبيب تحقيق نتيجة، حيث يعني الالتزام ببذل عناية، هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية ».

مجلة المحكمة العليا، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2008، ص 175 وما بعدها.

على عاتق الطبيب التزاما محددا هو التزام بتحقيق نتيجة كحالة نقل الدم[1].

وفي مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فإنّ التزام الطبيب أمام المريض هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، أما بالنسبة لالتزام الطبيب أمام المتبرع فهناك من كيّف هذا الالتزام بأنه التزام بتحقيق نتيجة مقتضاه سلامة المتبرع من أي ضرر أثناء عملية الاستئصال[2].

الفرع الثاني

الشروط الإدارية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

اتجهت العديد من التشريعات إلى حصر مكان إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية داخل مستشفيات ومراكز متخصصة خاضعة لرقابة الدولة، وتملك ترخيصا قانونيا لإجراء هذه العمليات الدقيقة والخطيرة (أولا)، بالإضافة إلى ذلك فإنّه لا يسمح لأي طبيب القيام بهذه العمليات إذ يجب الحصول على ترخيص قانوني بذلك (ثانيا).

أولا – الترخيص القانوني الخاص بالمؤسسات الصحية:

لاشك أن مشروعية إجراء العمل الطبي الخاص باستقطاع وزرع الأعضاء البشرية يتطلب من المشرع ترجيح المصلحة العامة مع مراعاة الأصول العلمية، وأن وضع تشريع ينظم هذه المسألة يمكن من ضبط تلك العمليات حتى لا تخرج عن الضوابط المفروضة عليها[3]، وهذا يقتضي وضع عدة ضوابط في هذا المجال.

من هذه الضوابط ما يتعلق بمكان إجراء هذه العمليات، حيث اتجه جانب من الفقه إلى التأكيد على ضرورة أن تكون ظروف إجراء هذه العمليات داخل مستشفيات ومراكز متخصصة يتولى القانون تنظيم عملها[4].

---

1 - في هذا الصدد قضت المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 08 أكتوبر 2003، ملف 565312 (غير منشور) بمسؤولية الأطباء والممرضين الجزائية الذين قاموا بنقل الدم دون التأكد من فصيلته مما أدى إلى وفاة الضحية، أشار إلى ذلك: برني نذير، الجرائم المرتبطة...، مرجع سابق، ص 69.

2 - محسن عبد الحميد البيه، "التزامات الأطباء المتصلة بواجباتهم الإنسانية والأخلاقية والأعمال الفنية"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998، ص ص 647، 698.
منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 209، 216.

3 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 95.

4 - حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص ص 123 – 124.
أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 343.

فهذه العمليات تتطلب إمكانيات ضخمة من الأشخاص والمعدات مما يجعلها تمثل نفقات لا يمكن الاستهانة بها[1]، وعليه فإنّ المستشفيات العامة هي المكان الطبيعي لإجراء مثل هذه العمليات الدقيقة والخطيرة، لأنها مؤسسات عمومية وتستطيع أن تتحمل المسؤولية الجنائية والمدنية في حالة مخالفتها الضوابط المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية[2]، وهذا يوفر قدر من الضمان اللازم للمتبرع والمريض، وتكون بذلك تحت رقابة الدولة[3].

وهذه الضمانة أقرتها العديد من التشريعات بقصد توفير الإمكانيات الفنية والأخصائيين وهيئات التمريض وجميع الإمكانيات اللازمة، التي تسمح بإجراء هذه العمليات وفق الأصول الطبية وتسمح أيضا بتوفير العناية التي يقتضيها إجراء هذه العمليات[4].

أقرت عدة تشريعات غربية هذه الضمانة كالتشريع الفرنسي، إذ ورد في المادة (L 1233-1) من قانون الصحة العامة أن نزع الأعضاء على وجه التبرع لا يمكن إجراءها إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها من السلطة الإدارية بعد استطلاع رأي وكالة الطب الحيوي، وهذا الترخيص يمنح لمدة (5) سنوات قابلة للتجديد[5].

وفرض المشرع الفرنسي عقوبات في حالة الإخلال بشرط الحصول على هذا الترخيص القانوني، تتمثل في الحبس لمدة سنتين وغرامة مالية تقدر بـ 30.000 أورو[6].

أقرت العديد من التشريعات العربية كذلك ضمانة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء في مستشفيات متخصصة أذكر منها:

---

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 150.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 144.

3 - مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 337.

أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 343.

4 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 165.

5 - « ***Les prélèvement d'organes en vue de don à des fines thérapeutique ne peuvent être pratiques que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative après avis de l'Agence de la biomédecine.***
L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable… » Art L 1233-1 code de la santé publiques.

6 - « ***Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des greffes d'organes, à des prélèvement de tissus ou des cellules, à des greffes de tissus ou à des administrations de préparations de thérapie cellulaire, à la conservation ou à la transformation de tissus ou de préparations de thérapie cellulaire dans établissements n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 1233-1, L. 1234-2, L. 1242-1, L. 1243-2 ou L. 1243-6 du code de la santé publique, ou après le retrait ou la suspension de cette autorisation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende*** ». Art 511-7 code pénal.

- **التشريع الكويتي**: نصت المادة (8) من المرسوم رقم (55) لسنة 1987 المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية[1] على ما يلي: « ***يتم إجراء عمليات استئصال وزراعة الأعضاء في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة العامة لهذا الغرض وفقا للإجراءات والشروط التي يصدر بها قرار من وزير الصحة العامة*** ».

- **التشريع المصري**: وضع المشرع المصري – وبعد كثير من المشاورات – إطار يحكم هذه العمليات، ودون الخروج عن الأصول العلمية[2]، ومن ثم حصر المشرع المصري في القانون رقم 5 لسنة 2010 مكان إجراء هذه العمليات في المراكز المتخصصة التي يصدر بشأنها قرار من وزير الصحة[3].

ليساير بذلك المشرع المصري ما ذهبت إلية العديد من التشريعات العربية، رغم وجود إجماع داخل مجلس الشعب المصري يقضي بترك الأمر لكافة المستشفيات التي يمكنها القيام بهذه العمليات والتي لها قدرة خاصة على تطبيق ذلك[4].

- **التشريع المغربي**: حصر القانون المغربي عمليات التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها على المستشفيات العمومية المعتمدة دون العيادات الخاصة وهذا ما نصت

---

1 - نشير إلى أن المادة 12 من المرسوم رقم 55-1987 المؤرخ في 20 ديسمبر 1987 والمتعلق بزرع الأعضاء البشرية قد ألغت القانون رقم 30، لسنة 1972 والقانون رقم 7 لسنة 1983، والمتعلق بنقل الكلى.

انظر النص الكامل لهذا القانون مشار إليه عند: سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 343، 345.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 95.

3 - تنص المادة (12) من القانون رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع والأعضاء البشرية على ما يلي: « ***يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين في بشأن ما تم إجراءه من عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن وما يجب أن يتسم به تنظيم عمليات التبرع وزراع من شفافية، فإذا ثبت توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليها يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات.***

ويكون إصدار الترخيص وتجديده مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون فئاته بما لا يجاوز عشرين ألف جنيه لكل ترخيص أو تجديد له.

ويجب أن يتسم تنظيم وتنفيذ أنشطة التبرع والزرع بالشفافية على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية ».

4 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 96.

عليه المادة (6) من القانون المغربي رقم 16 لسنة 1998 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها المعدل بمقتضى القانون رقم 26 لسنة 2005[1].

- **التشريع الجزائري**: لم يسمح المشرع الجزائري للأطباء بانتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا في المستشفيات التي يرخص لها وزير الصحة حيث نصت المادة (167) من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 المعدل والمتمم على ما يلي: « ***لا ينتزع الأطباء الأنسجة أو الأعضاء البشرية ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة...*** ».

تطبيقا لهذه المادة أصدر وزير الصحة القرار 19 بتاريخ 23 مارس 1991 يتعلق بإنشاء لجنتين طبيتين لأخذ وزرع الأعضاء البشرية وحدد ملحق هذا القرار المؤسسات المرخص لها بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

إلا أن هذا القرار ألغي بموجب قرار صادر عن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات بتاريخ 2 أكتوبر 2002 وبدون هذا القرار إلى الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بانتزاع أو زرع الأنسجة والأعضاء البشرية.

ثم صدر القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 2012/06/14 والذي يحدد قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بالقيام بانتزاع و/أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية وذلك في نص المادة 2 منه[2].

---

1 - علام عمر، قضايا طبية...، مرجع سابق، ص 269.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 98.

2 - تتمثل هذه المؤسسات الصحية فيما يلي:

1 – بالنسبة للقرنية:

- المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا، الجزائر العاصمة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بحسين داي، الجزائر العاصمة.
- المركز الاستشفائي الجامعي ببنى مسوس، الجزائر العاصمة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بباب الواد، الجزائر العاصمة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بتيزي وزو.
- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة لطب العيون وهران.

2 – بالنسبة للكلى:

- المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا، الجزائر العاصمة. =

بذلك يكون المشرع الجزائري حصر إجراء عمليات انتزاع وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية في المستشفيات العمومية دون العيادات الخاصة.

هذا يعني أنه أحاط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بسياج الحماية للمستشفيات وللأطباء وللدولة، فلو أقيمت مثل هذه العمليات في مستشفى من المستشفيات ولو كانت عمومية وبوجود أطباء يقومون بهذه العملية دون أن يسبق هذا ترخيص من وزير الصحة سيتحمل المستشفى والأطباء المسؤولية على ذلك[1].

والملاحظ حاليا هو وجود عيادات خاصة لها معدات وتجهيزات متطورة ويشتغل فيها أطباء على قدر كبير من الكفاءة، ومع ذلك لا يمكن تأييد فكرة منحها ترخيص قانوني

= - المركز الاستشفائي الجامعي بحسين داي، الجزائر العاصمة.
- المركز الاستشفائي الجامعي ببنى مسوس، الجزائر العاصمة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بباب الواد، الجزائر العاصمة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بوهران.
- المركز الاستشفائي الجامعي بتيزي وزو.
- المركز الاستشفائي الجامعي بسيدي بلعباس.
- المركز الاستشفائي الجامعي بتلمسان.
- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة معوش (المركز الوطني للطب الرياضي سابقا – الجزائر).
- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة دقسي (قسنطينة).

3 - بالنسبة للكبد:

- المؤسسة الاستشفائية مركز بيار وماري كوري، الجزائر العاصمة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بوهران.

4 – بالنسبة للنخاع العظمي:

- المؤسسة الاستشفائية المتخصصة مركز بيار وماري كوري، الجزائر العاصمة.
- المؤسسة الاستشفائية الصحية، مركز مكافحة السرطان، باتنة.
- المؤسسة الاستشفائية الجامعية بوهران.

1 - فرقاق معمر، "جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، 2013، ص 133.

بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[1]، فيجب أن تبقى هذه العمليات في إطار ضوابطها الصارمة وخاضعة لرقابة الدولة لمنع أي انحراف هذه العمليات، فالسياسة التي يجب أن تتبع في هذا المجال هي سياسة وقائية خاصة أمام وجود ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية.

إلا أنه يُعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على مدة صلاحية الترخيص الذي يمنح للمؤسسات الاستشفائية العامة قصد إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كما فعل المشرع الفرنسي الذي حددها بخمسة سنوات، وعدم تحديد مدة صلاحية هذا الترخيص في التشريع الجزائري يعني أن سلطة إبقائه أو سحبه تبقى بيد وزير الصحة، وهذا يعد نقص وفراغ قانوني[2].

قصد تطوير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر أنشأ المشرع الجزائري الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أفريل 2012[3]، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي[4]، توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة[5] ويتواجد مقرها في

1 - حسب الدكتور مروك نصر الدين فإنّ نص المادة 167 من قانون حماية الصحة وترقيتها والقرار الوزاري الذي صدر تطبيقا له يثير مشاكل عملية تتعلق بمستشفيات القطاع الخاص، التي أصبحت في وقتنا الحاضر أحسن من مستشفيات القطاع العام، وهو الأمر الذي يجب أن يراعيه المشرع ويعيد النظر في هذا النص، وذلك بتوسيع دائرة المستشفيات التي تجري فيها عمليات زرع الأعضاء البشرية لتشمل أيضا مستشفيات القطاع الخاص. راجع في ذلك: مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 118.

وحسب الأستاذ محمد عيساوي فإنّ توفير الظروف الملائمة لإجراء مثل هذه العمليات أمر ضروري وعلى الدولة أن تقوم بمتابعتها سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص حتى لا تنحرف عن أهدافها الإنسانية النبيلة. راجع في ذلك: محمد عيساوي، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين ضوابط الشريعة وحدود القانون"، مجلة معارف، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص 212.

2 - راجع في ذلك: معاشو نبالي فطة، "الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2014، ص 41. مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية...، مرجع سابق، ص 310.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05 أفريل 2012 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 22، صادر بتاريخ 15 أفريل 2012.

4 - نصت المادة (2) من هذا المرسوم على ما يلي: « ***الوكالة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي*** ».

5 - نصت المادة (3) من هذا المرسوم على ما يلي: « ***توضع الوكالة تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة*** ».

الجزائر العاصمة[1].

ثانيا – الترخيص القانوني الخاص بالطبيب الجراح:

لا يسمح القانون في بعض الأحوال باستعمال بعض الحقوق التي تمس حياة الأشخاص أو مصالحهم إلا لمن تتوافر فيه شروط وصفات معينة، وبالنسبة للعمل الطبي باعتباره يمارس على صحة وحياة الإنسان، بل وعلى جسمه، لذلك اشترط القانون أن تتوافر فيمن يزاول مهنة الطب قدر من الكفاءة العلمية والفنية[2]، فيشترط لإباحة العمل الطبي أن يصدر ترخيص للشخص الذي يمارس هذا العمل وأهمية هذا الشرط تظهر من خلال أن المشرع لا يثق في غير من رخص لهم بمزاولة مهنة الطب لأنهم، وحسب تقديره، تتوافر لديهم الدراسة والخبرة العلمية للقيام بالعمل الطبي وفقا للأصول العلمية المتعارف عليها في مهنة الطب، ويتجه إلى تحقيق شفاء المريض فضلا عن التثبت من استيفاء الطبيب أو الجراح لكل الشروط التنظيمية لذلك[3].

وتكون بذلك الأنظمة القانونية الوضعية قد استهدفت بهذا الترخيص منع أدعياء الطب من مباشرة الأعمال الطبية وإقبال ذو التجربة على مزاولة هذه الأعمال لما تنطوي عليه من خطورة على التكامل الجسدي للشخص، ولقد نص المشرع الجزائري على الشروط الواجب توافرها لمنح هذا الترخيص للشخص الذي يريد مزاولة مهنة الطب في المواد 197، 198، و199 من قانون حماية الصحة وترقيتها، واشرح هذه الشروط على النحو التالي:

---

1 - قرار رقم 86 مؤرخ في 16 أكتوبر 2012 يحدد مقر الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء في الجزائر العاصمة العيادة المتعددة الخدمات ڤاريدي 2 التابعة للمؤسسة العمومية الصحية الجوارية، القبة، العناصر.

2 - أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 145.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 272.

3 - يرى البعض أن الترخيص القانوني الذي يجيز للأطباء مباشرة الأعمال الطبية مجرد شرط شكلي وإنّ تخلفه لا يحرم الطبيب الحائز على الإجازة العملية حقه في ممارسة الأعمال الطبية، فإذا مارس هذا الشخص المهنة دون ترخيص يسوغ له هذه الممارسة فإنّه يعاقب على جنحة مزاولة مهنة الطب دون ترخيص، ولا يسوغ عقابه عما يحدثه بجسم المريض من إصابات ونتائج أخرى تنجم عن ذلك. راجع في ذلك:

عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص ص 990 – 991.

أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 131 – 133.

عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص ص 42 - 43.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 67.

1 – المؤهلات العلمية:

أول شرط يجب توافره في الشخص الراغب في الحصول على هذا الترخيص القانوني الذي يمنحه الوزير المكلف بالصحة يتعلق بالحصول على شهادة جزائرية بدرجة دكتور في الطب وهذا حسب نص الفقرة الثانية من المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها[1].

وهذا ما اشترطه كذلك المشرع الفرنسي فالحصول على دبلوم فرنسي للدولة بدرجة دكتور في الطب هو أول هذه الشروط وهذا الشرط جوهري لإجازة مباشرة الأعمال الطبية[2].

أما بالنسبة لممارسة مهنة الطبيب الاختصاصي فتشترط المادة 198 من قانون حماية وترقيتها أن يكون الشخص حائزا على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترف بها[3].

2 – عدم الإصابة بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة:

هذا الشرط نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها « ... ***أن لا يكون مصابا بعاهة، أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة*** ».

يتضح من خلال هذه الفقرة بأن المشرع الجزائري اشترط في الشخص الذي يريد مزاولة مهنة الطب ألا يكون مصابا بعاهة كالعمى، الصم، البكم لأن مثل هذه العاهات من طبيعتها أن تجعل صاحبها غير قادر على أداء عمل الطبيب، فالطبيب يجب أن يكون قادرا على بذل أقصى ما عنده لرفع المعاناة عن الأفراد[4]، والدفاع عن صحتهم البدنية والعقلية.

---

1 - تنص المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 على ما يلي: « ***تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:***

- أن يكون طالب هذه الرخصة، حائزا حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية، دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.

- ألاّ يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة.

- ألاّ يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.

- أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة ».

2 - انظر نص المادة (L. 4131-1) من قانون الصحة العامة الفرنسي.

3 - تنص المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح اختصاصي أو صيدلي اختصاصي إذا لم يكن حائزا على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترفا بها*** ».

4 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 478.

3 – عدم التعرض لعقوبة مخلة بالشرف:

لا شك أن مهنة الطب مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية[1]، ولها تقاليد ومواصفات توجب على من يمارسها أن يخدم شخصية الإنسان في كافة الظروف والأحوال، فضلا أنه يجب على الطبيب أن يكون قدوة حسنة في سلوكه[2]، وتطبيقا لذلك منع المشرع الجزائري الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة مخلة بالشرف الانتساب إلى هذه المهنة النبيلة، وهذا ما ورد في الفقرة الرابعة من المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها، إذ نصت على: « ***أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف*** ... ».

هذا ما أخذت به العديد من التشريعات المقارنة كقانون نقابة الأطباء الأردنية رقم 13 لسنة 1992 الذي اشترط في الشخص طالب التسجيل أو الترخيص ألا يكون محكوما عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف بعد تخرجه وأن لا يكون قد منع من الممارسة لأسباب تتعلق بشرف المهنة من قبل أية نقابة سجل لديها[3]، فمهنة الطب من أشرف وأنبل المهن، وفيها يتطلع الطبيب بحكم عمله على خفايا وأسرار المجتمع الخاصة بالأمراض المختلفة، وحتى لا تصبح أعراض الناس في غير مأمن وضعت التشريعات هذا الشرط حتى لا يتسلل لهذه المهنة من لا أخلاق له[4].

4 – أن يكون جزائري الجنسية:

اشترطت الفقرة الأخيرة من المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها أن يكون الشخص الذي يريد ممارسة مهنة الطب جزائري الجنسية، وهذا الشرط ورد عليه استثناء حيث أنه يمكن للأجانب ممارسة الأعمال الطبية والجراحية على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي تبرمها الجزائر مع غيرها من الدول في مجال تبادل الخبرات الطبية، بناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة.

---

1 - موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 34.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 478.

2 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 7.

3 - صاحب عبد الفتلاوي، التشريعات الصحية...، مرجع سابق، ص ص 56، 57.

4 - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 273.

5 – التسجيل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية وأداء اليمين:

هذا الشرط نصت عليه المادة 199 من قانون حماية الصحة وترقيتها، فبالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في المادتين 197 و198 فإنّه يجب على الشخص الذي يريد ممارسة مهنة الطب أن يقوم بتسجيل نفسه لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص إقليميا وأن يؤدي أمام زملائه اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم[1].

جرم المشرع الجزائري مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص، كما فعلت العديد من التشريعات المقارنة[2]، والحكمة من ذلك هي الحفاظ على صحة المواطنين وصونها من عبث الدخلاء على مهنة الطب، إذ ليس لهم مقومات الإعداد الفني الذي يؤهلهم لمباشرة تلك المهنة[3]، من هذا المنطلق نصت المادة 234 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 243 من قانون العقوبات على الممارسة غير الشرعية للطب وجراحة الأسنان والصيدلة ومهن المساعد الطبي كما هي محددة في المادتين 214 و219 من هذا القانون*** ».

ويلاحظ بالرجوع إلى نص المادة 243 من قانون العقوبات الجزائري أنها حددت هذه العقوبة بالحبس من 3 أشهر إلى ستين وبغرامة من 20.000 دينار إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، وهذا يوضح أن الحصول على الترخيص القانوني شرط جوهري لممارسة الأعمال الطبية.

بالإضافة إلى الشروط السابقة ونظرا لخطورة ودقة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإنّه يشترط احترام التخصص الطبي في هذا المجال، فيجب أن يكون الطبيب

---

1 - تنص المادة 199 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 المعدل والمتمم على ما يلي: « ***يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوف للشروط المحددة في المادتين 197 و198 أعلاه ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته أن يسجل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص إقليميا المنصوص عليها في هذا القانون وأن يؤدي أمام زملائه، أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم*** ».

2 - من التشريعات المقارنة التي جرمت مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص أذكر التشريع المصري في نص المادة (10) من القانون رقم 415 لسنة 1945 بشأن مزاولة مهنة الطب.

والعقوبة التي حددها المشرع المصري لهذه الجريمة هي الحبس، الذي لا تزيد مدته عن سنتين والغرامة التي لا تزيد عن 200 جنيه.

3 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 66.

الجراح صاحب مهارة خاصة وعالية في هذا النوع من الجراحة[1]، فمثلا الطبيب الجراح الذي يقوم باستئصال وزرع الكلية يجب أن يكون مختصا في طب الكلى والمسالك البولية[2]، وعليه كذلك مراعاة الأصول الفنية التي يتطلبها الطب لإجراء مثل هذه الجراحة[3]، وإلى جانب كل ذلك يجب أن تتوفر للطبيب الجراح قبل إجرائه لعملية الاستئصال والزرع كل الإمكانيات الكافية التي يستطيع بموجبها أن يجري هذه الجراحة دون تعريض حياة المتبرع والمريض إلى أي خطر[4].

تتفق في هذا الصدد أحكام الشريعة الإسلامية مع ما قرره التشريع والفقه القانوني من ضرورة توافر إمكانات وقدرات خاصة لدى الطبيب المعالج في هذا المجال، ذلك أنّ إباحة اقتطاع الأعضاء بواسطة أطباء غير أكفاء يؤدي في كثير من الأحيان إلى نتائج سلبية[5].

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 211.
مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 335.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 172.

3 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 80.
أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية...، مرجع سابق، ص 146.

4 - تنص المادة (14) من مدونة أخلاقيات الطب في هذا الصدد على ما يلي: « ***يجب أن تتوفر للطبيب في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهنة ولا ينبغي للطبيب أو الجراح بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية*** ».

5 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 471.

الفصل الثاني

شروط ممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تشكّل عمليات نقل وزرع الأعضاء نقلة كبيرة في مجال الطب الحديث، إذ أصبح لها أهمية بالغة في إنقاذ حياة الكثير من المرضى المهددة حياتهم بالخطر لتلف عضو من أعضائهم[1]، وهذا ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى اعتبارها أولوية وطنية[2].

إلا أن هذه العمليات تثير العديد من المشاكل القانونية خاصة بالنسبة للشخص المتبرع إذ أن إباحة هذه العمليات من شأنه المساس بأهم حق من حقوق الإنسان أي حقه في سلامة جسمه[3]، فهذه العمليات تشكّل خطورة على صحة جسم المتبرع نظرا لخروجها عن القواعد القانونية المستقرة في مجال الطب التقليدي، فالشخص المتبرع يتنازل عن جزء من جسمه وليس له أية فائدة من هذا التنازل، وجسم الإنسان من أكثر عناصر الحياة تقديسا ولا يجوز أن يكون محلا لأي اتفاق إلا من أجل حفظه وصيانته وخلافا لذلك يعد المساس به انتهاكا لحرمة أو معصومية جسم الإنسان[4]، من هذا المنطلق تدخل القانون لوضع الحدود اللازمة للتصرف في جسم الإنسان فمن يريد مساعدة غيره عن طريق التبرع بأحد أعضائه يجب أن يعرف شروط تصرفه ومدى مشروعيته، إذ لا يترك القانون حرية مطلقة للإنسان في التصرف في جسمه وعمل على إيجاد وإقامة التوازن بين مصلحتين، مصلحة المتبرع ومصلحة المريض فلا يجب أن يُضحى بأحدهما من أجل الآخر[5]، فبالتالي هناك ضرورة لمعرفة الشروط الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء (المبحث الأول).

وباعتبار أن العديد من التشريعات أباحت كذلك عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثث

---

1 - صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية...، مرجع سابق، ص 118.

2 - PAUVERT Bertrand, Le droit des éléments…, op.cit, p 16.
RAGE ANDRIEU Virginie, "La marchandisation des produits du corps humain: L'exigence éthique de renforcement des principes fondamentaux par un régime spécial", les cahiers de droit de la santé du sud-est, N° 12, 2011, p 55.

3 - MATHIEU Bertrand, La bioétique…, op.cit, p 109.
AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, p 439.

4 - حمدي محمد، نقل وزراعة الأعضاء...، مرجع سابق، ص 7.

5 - AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, p 439.

الموتى إلى الأحياء والتي لا تثير المشاكل القانونية نفسها التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء[1]، لعدم خضوع الجثة للنظرية العامة لحماية حياة الإنسان وسلامة تكامله الجسدي[2]، فأصبحت الجثة تمثل مصدرا وفيرا للأعضاء البديلة إلا أن عمليات نقل الأعضاء من الجثث إلى الأحياء ليست سهلة على إطلاقها وتخضع بدورها للعديد من الشروط القانونية الخاصة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الشروط الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

ترتب عن إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وجود استثناء على مبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان، وهذا الاستثناء مبرر إما بأسباب تقتضيها المصلحة العامة أو لأسباب تقتضيها المصلحة الخاصة أي تحقيق المصلحة العلاجية للغير، وأمام وجود إحساس بمخاطر هذه العمليات طالب رجال الفقه بضرورة توفير ضمانات لكل من المتبرع والمريض حتى لا تنحرف هذه العمليات عن مسارها الصحيح.

أرست من هذا المنطلق التشريعات التي أباحت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء عدة شروط تتعلق بكل من المتبرع والمريض (المطلب الأول).

ونظرا للزيادة المضطردة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فقد أصبح من الضروري تنظيم هذا النقل والزرع بما يحافظ على كرامة جسم الإنسان وهذا يقتضي بالضرورة احترام مبدأ مجانية التصرف في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها في المتبرع والمريض

يعتبر الحصول على موافقة المريض على العلاج الذي يقترحه الطبيب من المبادئ المستقرة في القانون الطبي، فرضا المريض شرط ضروري لإباحة العمل الطبي فلن يكون العمل الطبي مشروعا إلا إذا رضي المريض به وعلم بأخطاره، أما في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فإنّ الرضا شرط ضروري سواء بالنسبة للمتبرع أو المريض (الفرع

1 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 16.

2 - RAGE ANDRIEU Virginie, La marchandisation..., op.cit, p 57.

الأول)، إلا أن شرط رضا المتبرع والمريض غير كافٍ لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وإنما لابدّ من توافر شرط الأهلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضرورة الحصول على رضا المتبرع والمريض

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مساسا خطيرا بجسم المتبرع، إذ ليس له أي فائدة تعود عليه من هذه العمليات، ولكي يسمح للطبيب باقتطاع عضو من جسم شخص سليم لإنقاذ حياة مريض في حالة خطر فإنّه يشترط عليه الحصول على رضا المتبرع، فهذا الشرط ضروري لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء (أولا)، بالإضافة إلى ضرورة الحصول على رضا المريض (ثانيا).

أولا – ضرورة الحصول على رضا المتبرع:

يعتبر المتبرع أهم الأطراف في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، فبدونه لا يمكن إجراء هذه العملية الجراحية، وهو شخص يتمتع بالحق في سلامة الجسم وهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي تتعلق بالنظام العام وحمايته أمر تقتضيه مصلحة المجتمع، ومن ثم لا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي للمتبرع بدون رضاه[1].

فرضا المتبرع شرط أساسي، ولا يمكن الاستغناء عنه في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ولكن الرضا المفروض في هذا المجال يختلف عن الرضا المعروف في الشريعة العامة للعقود فهو يتميز ببعض الخصوصية[2]، إذ يشترط فيه أن يكون مكتوبا، متبصرا وحرا وحتى في حالة صدور هذا الرضا، فإنّه يجوز للمتبرع العدول عنه قبل إجراء عملية الاقتطاع، وأوضح هذه الأحكام على النحو التالي:

1 – الرضا الكتابي للمتبرع:

وفقا للقاعدة العامة فإن الرضا الصادر من الشخص ليس له شكل معين يفرغ فيه[3]،

---

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 190 – 191.

- أحمد شوقي أبو خطوة، الضوابط القانونية لنقل وزرع...، مرجع سابق، ص 225.

2 - CARBILLAK Rémy, "Le corps humain", in CARBILLAC Rémy (sous la direction de), libertés et droits fondamentaux, 21ème édition, Dalloz, 2015, p 216.
AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, p 441.

3 - وفي هذا المعنى تنص المادة (60) من القانون المدني الجزائري على أن: « ***التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا*** ».

فقد يكون الرضا صريحا أو ضمنيا وقد يكون كتابة أو شفهيا فالمهم ألا تقتصر الإرادة على عامل نفسي، بل يتعين أن تبرز إلى العالم المادي في علامة ظاهرة [1].

إلا أن هذه القاعدة العامة لا تطبق في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ أن معظم التشريعات التي أباحت هذه العمليات استقرت على أن يكون رضا المتبرع مكتوبا[2]، نظرا لخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[3]، فجسم المتبرع لا يعتبر أداة في يد الطبيب يستعملها كما يشاء فلا يجوز له المساس بتكامله الجسدي بغير رضاه، وهذا الرضا مرتبط بحقه في سلامة جسمه[4]، ولهذا سعت التشريعات إلى حماية الشخص المتبرع واشترطت الشكلية في هذا الرضا، والتي تعد في الحقيقة من قبل الضمانات الممنوحة له حتى لا يُكره على نقل عضو من أعضائه أو أن يكون موضع تهديد[5]، إضافة إلى ذلك فالكتابة لا تكشف عن وجود الرضا فحسب، وإنما تكشف كذلك على أنه صدر عن إرادة حرة ووعي وإدراك كاملين لمخاطر العملية الجراحية[6].

وإذا كان هناك اتفاق من قبل التشريعات على الاعتراف بضرورة التعبير عن رضا المتبرع بشكل كتابي، فإن الفقه اختلف فيما يتعلق بأشكال هذه الموافقة الكتابية من حيث ضرورة إخضاع رضا المتبرع لرقابة السلطة القضائية أو الاكتفاء بدعم الموافقة المكتوبة بشاهد أو عدة شهود[7].

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد بأنه قد أخضع رضا المتبرع لرقابة السلطة القضائية، إذ يشترط المشرع الفرنسي بموجب المادة L1231 الفقرة الأولى من قانون الصحة العامة الفرنسي أن يكون الإعلان عن الرضا أمام رئيس محكمة عليا أو أمام قاضي معين من طرفه، بعد أن يتم إعلامه مسبقا عن طريق لجنة الخبراء المشار إليها في نص المادة L. 1231 الفقرة الثالثة

1 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 124 – 125.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 193.

2 - خلفي عبد الرحمن، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 438.
مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 337.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 193.

4 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 266.

5 - خلفي عبد الرحمن، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 438.

6 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 597.

7 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 375, 377.

بالمخاطر التي يواجهها والتبعات المحتملة لعملية اقتطاع العضو منه. وفي حالة استعجال ملح يحصل وكيل الجمهورية على رضا المتبرع بكل الوسائل[1]، ويراقب القاضي رضا المتبرع سواء تعلق الأمر بالتبرع بأعضاء متجددة أو أعضاء غير متجددة[2].

والحكمة من إخضاع المشرع الفرنسي رضا المتبرع لرقابة السلطة القضائية وعدم الاكتفاء بدعم الموافقة بشهادة الشهود إنما يتمثل أولا في ضرورة تأكد القاضي من وجود علاقة قرابة بين الشخص المتبرع والشخص المستفيد، ويتأكد كذلك القاضي من حقيقة وجدية رضا المتبرع وبأن رضاه حر ومستنير[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فساير التشريعات التي استقرت على أن يكون رضا المتبرع مكتوبا وذلك في نص المادة 162 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي نصت على ما يلي: « ***وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة*** ».

يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط في من يتبرع بعضو من أعضائه أن تتم موافقته كتابيا، للسماح له بالتفكير والروية وإدراك خطورة التصرف الذي سيقبل عليه وهذا ما يكفل له الحماية من تعرضه لأي ضغط أو إكراه مما يجعل إرادته معيبة[4].

وما يعاب على هذه الفقرة أنها لم تبين شكل الموافقة الكتابية، ولم تحدد لمن يعود عليه عبء إحضار الشهود، ولم تنص على أن تكون الموافقة بحضور أحد رجال القضاء كطرف محايد، فمن غير المعقول أن يتم تحرير الموافقة أمام إدارة المستشفى باعتبارها الخصم والحكم في حالة وجود نزاع[5].

---

1 - CARBILLAK Rémy, Le corps humain, op.cit, pp 216, 217.
BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, p 38.

2 - AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements …, op.cit, p 442.
NEFUSSY-LEROY Nathalie, Organes humain, prélèvement, dons, transplantations, édition, ESKA, 1999, p 89.

3 - BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, p 38.
AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, p 442.

4 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 194.
معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 22.

5 - مروك نصر الدين، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، المجلة القضائية، العدد 2، الجزائر، 2001، ص 43.
خلفي عبد الرحمن، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 439.

2 – ضرورة تبصير المتبرع:

نصت مختلف التشريعات[1] التي أباحت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على ضرورة قيام الطبيب بتبصير المتبرع تبصيرا كاملا وشاملا لجميع المخاطر الجراحية التي يتحملها من أجل الجراحة نفسها وبجميع المخاطر الجراحية المترتبة عن عملية الاستئصال الحالة منها والمستقبلية[2].

كما نص التشريع الجزائري كغيره من التشريعات التي أباحت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على شرط تبصير المتبرع في الفقرة 3 من المادة (162) من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي ورد فيها ما يلي: « ***ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة*** ».

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري ربط بين صدور موافقة المتبرع بعضو من أعضائه والتزام الطبيب بتبصيره، فيقع على عاتق الطبيب الالتزام بإعلام وتبصير المتبرع من جميع المخاطر التي تترتب عنها على المدى الطويل وعند قيام الطبيب بتبصير المتبرع عليه عرض تفاصيل العملية وأن يوضح ذلك بلغة بسيطة ومفهومة وواضحة بعيدة عن المصطلحات الطبية التقنية الفنية[3]، فلا يجب عليه لأن يترك المتبرع في حيرة

---

1 - نشير إلى أن هناك عدة تشريعات مقارنة نصت على ضرورة تبصير المتبرع أذكر منها ما يلي:

- التشريع اليوغسلافي: أكد المرسوم الصادر في 15 جويلية 1982 الخاص باستئصال الأعضاء ونقلها في المادة الثانية الفقرة الثانية منه على ضرورة إخبار المتبرع مسبقا باحتمالات الأضرار المتوقعة بالنسبة لصحته.
- التشريع الفرنسي: نص قانون 22 ديسمبر 1976 على شرط تبصير المتبرع في المادة (4) الفقرة (1)، والتي نصت على ما يلي « ***يجب أن يعلم المتبرع بالنتائج المحتملة لقراره*** ». كما أكدت قوانين 29 جويلية لسنة 1994 على ذلك.
- التشريع الكويتي: نصت المادة (4) من المرسوم رقم 87-55 المؤرخ في 20 ديسمبر 1987 على وجوب إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المترتبة عن استئصال العضو المتبرع به. راجع في ذلك:

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 214 - 215.

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 585 – 586.

أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 206، 212.

2 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 113.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 212.

مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 339.

خلفي عبد الرحمن، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 439.

3 - معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 25.

من أمره، ولكن عليه تبسيط الأمر وتسهيله إليه[1].

ويُلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح «الأخطار الطبية المحتملة» في حين أن تشريعات أخرى استعملت مصطلح «المخاطر المحتملة»[2] وهذا هو المصطلح المناسب لأنه يحمل معنى واسع، فالطبيب لا يلتزم فقط بتبصير المتبرع بالمخاطر الطبية الجراحية العادية وإنما يمتد إلى تبصيره بالمخاطر المحتملة والتي تشمل كل ما يصيب المتبرع حالا ومستقبلا[3] ويدخل فيها أيضا اعتبارات النواحي الاجتماعية والاقتصادية للمتبرع وعلى الطبيب أن يبين مدى قدرته على ممارسة عمل معين من عدمه بعد استئصال العضو أو مدى قدرته القيام بالالتزامات المفروضة عليه من الناحية الاقتصادية والاجتماعية[4].

نشير في هذا الصدد إلى أنه لا يعتبر من قبيل إفشاء السر المهني إطلاع المتبرع على احتمالات نجاح عملية زرع العضو بالنسبة للمريض، فنظرا للطبيعة الخاصة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإنّ المتبرع لا يعتبر من الغير لأن العقد الطبي في هذا المجال يشمل على علاقة ثلاثية الأطراف، الطبيب، والمريض، والمتبرع[5].

3 - الرضا الحر للمتبرع:

يجب أن يتحقق الطبيب قبل قيامه بعملية استقطاع العضو البشري التأكد من أن المتبرع لا يخضع لأي ضغط مادي أو نفسي من شأنه أن يعيب إرادته، ويشكل هذا أهمية

---

1 - رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل...، مرجع سابق، ص 66.
منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 111.

2 - انظر مثلا نص المادة (7) من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010، والمتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية.

3 - لقد جاء في توصيات مؤتمر بيروجيا المنعقد بيوغسلافيا بتاريخ 13 مارس 1963 على أنه يجب أن يسبق الرضا شرح من جانب الطبيب حول موضوع ومخاطر العملية ونتائجها الحالية والمستقبلية سواء على الصعيد الطبي أو الاجتماعي أو المالي. راجع في ذلك:
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 214.

4 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 115.
رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 25.

5 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 114.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 218.
إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 131.
مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 340.

جوهرية بالنسبة لرجل القانون[1]. ومن أكثر العوامل التي من شأنها إحداث ضغط نفسي على المتبرع هي علاقة القرابة[2].

خاصة وأن بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي اشترطت أن يكون التبرع بين الأقارب فقط، وكإجراء وقائي لمنع حدوث هذا الضغط النفسي على المتبرع من العائلة أو الأقارب فإن هذه التشريعات كرست مبدأ السرية الذي يخدم الرضا في جعله حرا ومستقلا، ذلك أن عدم معرفة أحد طرفي العملية لهوية الآخر يجعل قرار المتبرع بمنأى عن أي ضغط من طرف المستفيد[3] وعن أي ضغط نفسي أو عاطفي وبعيدا عن أي حرج اجتماعي[4].

وعلى ذلك فلا قيمة قانونية للرضا الصادر من المتبرع تحت تأثير الإكراه أو الضغوط العائلية أو الصادر تحت تأثير الوسائل الاحتيالية أو التدليس أو الصادر في حالة الغلط، كأن يعتقد المتبرع أن العضو المراد اقتطاعه هو متجدد في جسمه بينما الواقع خلاف ذلك[5].

كما لا يعتد بالرضا الصادر من الأشخاص الخاضعين لإجراء من إجراءات الحماية القانونية كالسجناء، فلا يمكن الاعتداد به لأن صاحبه يفتقد إلى الحرية[6]، وفي هذا الصدد نشير إلى أن المشرع الجزائري أغفل النص على هذه المسألة في قانون تنظيم السجون[7].

4 – جواز عدول المتبرع عن رضائه:

أجمعت معظم التشريعات[8] التي أباحت عمليات استقطاع الأعضاء ونقلها بين الأحياء على حرية المتبرع في العدول عن رضائه في أي وقت قبل القيام بعملية الاستقطاع

---

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 360

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 301.

3 - MATHIEU Bertrand, La bioéthique, op.cit, p 110.
PONCHON François, Les prélèvements d'organes…, op.cit, p 37.
BINET Jean-Rene, Le Nouveau droit…, op.cit, p 37.

4 - CARBILLAK Rémy, Le corps humain, op.cit, p 218.
OIKAOUI Younes, Don, prélèvement…, op.cit, p 104.

5 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 231.

6 - راجع في ذلك: مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 579 – 583.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 223، 224.
رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 67.

7 - قانون رقم 05-04 مؤرخ في 06 فيفري 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، جريدة رسمية عدد 12، صادر في 13 فيفري 2005.

8 - من التشريعات المقارنة التي منحت المتبرع حق الرجوع عن رضائه أذكر التشريعات التالية: =

ودون أدنى مسؤولية ولو أدبية نحو المريض وأهله، وذلك دون تقييد من حيث وقت التراجع أو شكله أو أسبابه[1].

كما أجاز المشرع الجزائري ذلك في نص المادة 162 الفقرة الأخيرة من قانون حماية الصحة وترقيتها التي نصت على ما يلي: « ... ***يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة*** ».

وإذا كان هذا النص قد أجاز العدول عن الرضا إلا أنه لم يحدد بدقة وقت الرجوع، بل جاء عاما، كما أنه لم يتطلب أية شكلية قانونية خاصة للعدول عن هذا الرضا.

ثانيا – ضرورة الحصول على رضا المريض:

إذا كان رضا المريض يعد التزاما تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي، فإن الحصول على هذا الرضا يعد أمرا ضروريا لا غنى عنه في عمليات زرع الأعضاء البشرية، لأنها تعد خروجا على القواعد التقليدية المتبعة في العلاج ومن أخطر العمليات الجراحية لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلا[2] ولكي يكون رضا المريض في هذا المجال صحيحا منتجا لآثاره لابد أن يكون كتابيا (1)، متبصرا (2)، وحرا (3).

=- **التشريع الفرنسي**: حيث أجاز المشرع الفرنسي للمتبرع حق الرجوع عن رضائه في أي وقت وبدون شروط في نص المادة L 1231-1 من قانون الصحة الفرنسي.

- **التشريع المغربي**: حيث نصت المادة الرابعة من القانون المغربي رقم 16 لسنة 1998 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها المعدل بمقتضى القانون رقم 26 لسنة 2005 على أنه « ***لا يجوز أخذ الأعضاء إلا بعد موافقة المتبرع مسبقا عن ذلك، ويمكن للمتبرع إلغاء هذه الموافقة في جميع الحالات*** ».

- **التشريع اليمني**: حيث نصت المادة 26 من القانون اليمني رقم 32 لسنة 1992 على أنه « ***يحق للمتبرع بالعضو أن يسحب موافقته في أي وقت يشاء قبل نقل العضو***... ».

- **التشريع المصري**: حيث نصت المادة 4/5 من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم نقل وزرع الأعضاء البشرية كما يلي: « ***وفي جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع***... ». راجع في ذلك:

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 274، 279.

1 - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، الضوابط الشرعية والقانونية...، مرجع سابق، ص 379.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 278.

معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 34.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 88.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 145.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لرزع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 296 – 297.

1 – شكل رضا المريض:

نظرا لخطورة عمليات زرع الأعضاء البشرية على حياة وجسم المريض اشترطت معظم التشريعات التي أباحت هذه العمليات أن يكون رضا المريض مكتوبا.

هذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 166 الفقرة الأولى من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي نصت على ما يلي: « ***لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل وسلامته البدنية وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين*** ».

يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط أن يتم رضا المريض في مجال عمليات زرع الأعضاء البشرية في الشكل الكتابي وهذا خروجا عن القواعد العامة في القانون الطبي[1].

واشترط أن يتم ذلك أمام رئيس المصلحة التي قبل بها المريض للعلاج والعلة في ذلك هو رغبة المشرع في الكشف عن وجود رضا المريض، لأن الرضا ما هو إلا تعبير عن الإرادة الكامنة في نفس المريض ولا سبيل إلى كشف هذه الإرادة وإظهارها للوجود في صورة مادية ملموسة إلا بالتعبير عنها كتابة[2].

كما أن هذا النوع من العمليات ينطوي على الكثير من المخاطر مما يستلزم معه مشاركة المريض مشاركة فعالة في اتخاذ القرار بإجراء هذا النوع من العمليات ولا تتم هذه المشاركة إلا إذا اتخذ رضا المريض شكلا كتابيا[3].

وينبغي من حيث المبدأ أن يصدر الرضا من المريض نفسه طالما أن حالته تسمح له

---

1 - طبقا للقواعد العامة في القانون الطبي فإنّ رضا المريض يمكن أن يكون كتابيا أو شفويا، صريحا أو ضمنيا، حول هذا الموضوع انظر:

بلعرابي عبد الكريم، سعداوي محمد، "الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 98، 101.

إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 116، 117.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 241.

3 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 221.

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 547.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 147.

بذلك، أما إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن رضائه في الوقت الذي تستدعي حالته التدخل الجراحي، أو إذا كان لا يتمتع بالأهلية الكاملة فإنه يعتد برضا ممثله القانوني أو أحد أفراد عائلته[1].

وبخصوص إثبات رضا المريض، فإن معظم التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ذهبت إلى جعل عبء إثبات رضا المريض يقع على عاتق الجراح لأنه بالدليل الكتابي المودع عنده يبرر مشروعية المساس بسلامة جسم المريض وتكامله الجسدي[2].

2 – الالتزام بتبصير المريض:

إذا كان الطبيب ملزما بتبصير المريض[3] في الحالات الطبية العلاجية التقليدية فإنّ التزامه هذا في مجال زرع الأعضاء البشرية يكون أشد وأقوى[4]، إذ يجب على الطبيب أن يشرح للمريض أن الطريق الوحيد لإنقاذ حياته هو استخدام وسائل علاجية جديدة تتمثل في إجراء عملية زرع عضو له وذلك لعجز الوسائل العلاجية التقليدية وعدم فعاليتها في مثل حالته الصحية، كذلك يجب عليه أن يوضح له طبيعة عملية الزرع التي ستجرى له ومخاطرها ونتائجها المحتملة[5].

---

1 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 38.
بلعرابي عبد الكريم، سعداوي محمد، الأسس القانونية...، مرجع سابق، ص 101.
حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 112 - 113.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 242.

3 - يعرّف هذا الالتزام بأنه: « إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض، ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة ». راجع في ذلك:
سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 136.
دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، "التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 126، 147.

4 - ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية...، مرجع سابق، ص 299.

5 - راجع في ذلك: ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps..., op.cit, p 382 et s.
حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 112.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 349.
رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 81.
إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 118، 119.

كما يجب عليه أن يعطيه فكرة مناسبة عن ظاهرة رفض الجسم للعضو الجديد وطريقة حياته بعد الجراحة بالإضافة إلى ذلك يمكن أن يوضح له إمكانية إجراء عملية زرع أخرى في حالة فشل العملية الأولى[1].

ومما يساعد الطبيب على إطلاع المريض على الحقيقة، أن المريض في مجال زرع الأعضاء البشرية توجد لديه الرغبة الشديدة في الحياة ولهذا يستطيع أن يقبل ما يطلعه عليه دون أن يؤثر في نفسيته[2].

في كل الأحوال فإنّ تبصير المريض في عمليات زرع الأعضاء البشرية يتخذ وضعا خصوصيا يتعين فيه على الطبيب تبصير المريض بكل ما يحيط بالعملية من مخاطر[3]، ويتوجب عليه إعطاء معلومات عقلانية متوقعة وليس الاستثناءات النادرة[4].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنّه أقر الالتزام بتبصير المريض في مجال عمليات زرع الأعضاء البشرية حيث نصت المادة 166 الفقرة الخامسة من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك*** » كما نصت المادة (43) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: « ***يجب على الطبيب أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي*** ».

كما أضافت المادة (44) من المدونة نفسها بنصها: « ***يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون...*** ».

توضح هذه النصوص صراحة اعتماد المشرع الجزائري هذا النوع من الالتزامات الطبية لاسيما في حالة التدخل الطبي المنطوي على درجة كبيرة من الخطورة والمجازفة، كما في

---

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 549.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 253.

2 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 112.

3 - OIKOUI Younes, Don. Prélèvement…, op.cit, pp 90, 94.

NEFUSSY-LEROY Nathalie, Organes…, op.cit, p 128 et s.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 158.

4 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 383.

حالة اقتطاع أعضاء جسم الإنسان وزرعها في جسم الغير[1]، بل أنه وسع من نطاق التزام الطبيب بتبصير المريض في هذا المجال، فيشمل كل الأخطار الطبية سواء كانت محتملة أو استثنائية، إلاّ أنّه يعاب على المشرع الجزائري أنه أسند مهمة التبصير للطبيب فقط، ولم ينص على إنشاء لجنة تختص بذلك.

3 – أن يكون رضا المريض حرا:

إنّ احترام حرية المريض في اختيار عملية زرع عضو له أو رفضها يعد تأكيدا وتجسيدا لمبدأ احترام إرادته[2] ومن ثم يجب رفض فكرة الوصاية الطبية على المريض التي ينادي بها فقه الاحتكار الطبي، فليس الطبيب بمالك لأية حقوق على الأفراد[3].

وتطبيقا لذلك لا يستطيع الجراح القيام بهذه العملية بغير رضا المريض الحر من أي ضغوطات سواء من طبيبه أو عائلته[4]، فلا يجوز للطبيب الضغط على المريض، وإنما كل ما يجب عليه في هذه الحالة هو محاولة إقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه من إجراء هذه العملية ويشجعه على اتخاذ قراره[5].

كما أن فكرة الضغوط العائلية تعد أمرا غير مقبول في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فحرية المريض في اتخاذ قراره بقبول أو رفض عملية زرع عضو له تفترض استبعاد أي إكراه في هذا الشأن[6]، لأن هذه العمليات تنطوي على كثير من المخاطر التي لا يجب أن يترك أمر تقديرها لإرادة الوالدين أو الزوج أو الأقارب[7] وعلى ذلك يجب أن يكون رضا المريض بإجراء عملية الزرع رضا شخصيا[8].

---

1 - دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 129.
خلفي عبد الرحمن، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 445.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 248.

2 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 147.

3 - عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 993.

4 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 147.

5 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 118، 119.

6 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 256.
مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 340.

7 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 147.

8 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 120.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 256.

الفرع الثاني

أهلية المتبرع والمريض

إن توفر الأهلية من الشروط الضرورية لكي يستطيع الشخص الطبيعي التعبير عن إرادته ورضاه الحر، وفي مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يشترط أن يصدر الرضا بالتبرع من شخص بالغ سن الرشد القانوني متمتعا بقواه العقلية (أولا).

ولا شك أن المريض مثل المتبرع يعتد برضائه إذا كان كامل الأهلية ومع ذلك لن تثور هناك أية مشكلة إذا كان ناقص الأهلية (ثانيا).

أولا – أهلية المتبرع:

تبين مما سبق أنه لابد من توفر رضا المتبرع لصحة الاتفاق الخاص بالتصرف في عضو من أعضاء جسمه إلا أنه لا يعتد برضا هذا الشخص من الناحية القانونية إلا إذا كان بالغا سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية دون تعرضه لأي عارض من عوارض الأهلية. والأهلية مناطها الإدراك والتمييز فإذا كان الشخص الطبيعي مدركا مميزا كان أهلا لإبرام التصرفات القانونية[1].

فإذا كان الشخص المتبرع كذلك فإن رضاه يكون صحيحا ولا يثير أية مشاكل من الناحية القانونية، وإنما المشكلة التي تثور في هذا الصدد تتعلق بالشخص القاصر، فهل يعتد برضائه في هذا المجال؟ وهذا ما يستدعي البحث عن مدى مشروعية نقل الأعضاء البشرية من القاصر أو من في حكمه.

هذه المسألة أثارت مشكلات ذات طابع أخلاقي وقانوني وجدلا بين الفقهاء والمهتمين بدراسة أخلاقيات العلوم الإحيائية، إذ أن عمليات التبرع بالأعضاء البشرية لا يمكن إباحة ممارستها إلا برضا الشخص وهو ما يصعب القول بتوافره لدى القاصر[2]، لذلك تباينت الاتجاهات الفقهية والتشريعية بين معارض ومؤيد بشروط وضوابط محددة[3].

---

1 - رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 68.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 134.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 280.

2 - فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 132.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 136.
إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 136.
مواسي العلجة، التعامل القانوني...، مرجع سابق، ص 189.

1 – عدم جواز نقل الأعضاء من القصر مطلقا:

يرفض أنصار هذا الاتجاه الاعتداد بالرضا الصادر من القاصر خاصة وأن هذا الاستئصال لا ينطوي على أية منفعة علاجية له، بل يعد – على العكس من ذلك – مصدر خطر كبير يهدد حياته[1]، فالرضا باستئصال جزء من الجسم يجب أن يصدر عن شخص يتمتع بقدر من الإدراك والتمييز، فمثل هذه التصرفات الخطيرة بالنسبة للجسم لا يملكها إلا الشخص المتصرف نفسه متى كان أهلا لذلك[2]، وهذا ما أكدت عليه توصيات مؤتمر بيروجيا لسنة 1969 حيث جاء فيها ما يلي: « أن موافقة الواهب يجب أن تكون حرة شخصية ومعطاة بشكل صحيح من قبل إنسان متمتع بكامل الأهلية »[3].

أخذت العديد من التشريعات العربية بهذا الاتجاه كالتشريع الكويتي، إذ اشترطت المادة (2) من المرسوم رقم 87-55 المؤرخ في 20 ديسمبر 1987 المتعلق بنقل الأعضاء أن يكون رضا المتبرع بجزء أو أكثر من أجزاء جسمه صادرا عن شخص يتمتع بأهلية قانونية كاملة[4].

وتشريع دولة الإمارات العربية؛ إذ جاءت نصوص قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية[5] رقم 15 لسنة 1994 قاطعة الدلالة في حظر نقل الأعضاء من القصر سواء كان ذلك حال الحياة أو بعد الوفاة، دون أي استثناء يرد على هذا الشرط يسمح بجواز نقل الأعضاء من القصر ولو كان ذلك لمصلحة الأخ أو الأخت وأيا كان العضو المراد نقله[6].

ويأخذ بهذا الاتجاه كذلك القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع مكافحة الاتجار بها[7]، إذ نص في المادة 12 منه على ما يلي: « ***يحظر استئصال أي عضو بشري أو نسيج من القاصر أو ناقص الأهلية مهما كانت المبررات*** ».

---

1 - DUVAL-ARNOULD Domitille, Le corps…, op.cit, p 57.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 274.

2 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 121.

3 - رياض الخاني، "المظاهر القانونية..."، مرجع سابق ص 27.

4 - AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, pp 443 - 444.

5 - نصت المادة الثانية من هذا القانون على أنه: « ***يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأخذ أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانونا، ويكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه ويشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية*** ».

6 - جاسم علي سالم، "نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1995، ص 275.

مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 137.

7 - اعتمده مجلس الوزراء العرب في الدورة 25 في إطار جامعة الدول العربية، بتاريخ 2009/11/19.

كما ساير المشرع الجزائري الاتجاه الذي لا يجيز نقل الأعضاء من القصر ومن في حكمهم بشكل مطلق حيث نصت المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل، تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم*** ».

وبذلك يكون المشرع الجزائري اشترط الأهلية الكاملة في الشخص المتبرع، فيجب أن يكون الشخص المتبرع بالغ سن الرشد ومتمتع بكامل قواه العقلية[1]، فالقاصر ومن في حكمه لا يستطيع التبرع بأي عضو من أعضاء جسمه وذلك لعدم اكتمال أهليته ولعدم إدراكه بحقيقة وخطورة الوضع الذي هو مقدم عليه، ولا يعتد في هذه الحالة برضا ممثله القانوني[2].

يؤكد هذا الاتجاه كذلك جانب من الفقه القانوني على أساس أن حماية القاصر تتطلب عدم المساس بجسمه لصالح الغير[3].

والمشرع الجزائري لم يستبعد القصر فحسب في عمليات نقل الأعضاء البشرية، بل استبعد كذلك الأشخاص الراشدين والمحرومين من قدرة التمييز، ويقصد بذلك أنه بالرغم من بلوغ الشخص سن الرشد فقد تعتريه أحد العوارض التي تؤدي إلى انعدام أهليته كالجنون والعته وفقا لنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري[4]، أو تنقصها مثل السفه والغفلة وفقا لنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري[5]، كما بين كذلك المشرع الجزائري حكم تصرفات هؤلاء الأشخاص في المادتين 85 و101 من قانون الأسرة[6] ورغم أن المشرع

---

1 - خلفي عبد الرحمن، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 442.

2 - الظفيري فايز، نقل الأعضاء...، مرجع سابق، ص 69.
أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 169.

3 - طارق سرور، نقل الأعضاء...، مرجع سابق، ص 208.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 243، 245.

4 - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، السنة 12، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
تنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « ***لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة*** ».

5 - تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « ***كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون*** ».

6 - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، السنة 21، صادر في 12 جوان 1984، معدل ومتمم. =

الجزائري اشترط في نص المادة (163) من قانون حماية الصحة وترقيتها – المشار إليها سابقا- أن يكون المتبرع قد بلغ سن الرشد ومتمتعا بكامل قواه العقلية إلا أنه أغفل تحديد سن الرشد الواجب توافره في مجال نقل الأعضاء البشرية، فما هو سن الرشد الذي يقصده المشرع الجزائري في هذا المجال هل هو سن الرشد الجزائي أو المدني؟ خاصة وأن المشرع لم يعتمد على سياسة توحيد سن الرشد في جميع القوانين، ومن غير المعقول الرجوع إلى القواعد العامة لتحديد سن الرشد في هذا المجال لأن فقهاء القانون المدني أجمعوا على إخراج جسم الإنسان من دائرة المعاملات، لأن الجسم ليس بشيء[1].

2 – إجازة نقل الأعضاء دون شرط الأهلية:

يدافع أصحاب هذا الاتجاه[2] عن موقفهم الذي يسمح باستقطاع الأعضاء دون شرط الأهلية بحجة مفادها أن الضوابط والشروط التي يضعونها لا تدع ثمة مجال للمخاوف والمخاطر المحتملة من نقل الأعضاء من القصر ومن في حكمهم، وذلك بحصرها في حدود ضيقة للغاية كما أنها ستخضع لرقابة القضاء والقانون[3].

يمكن رد هذه الضوابط والشروط إلى شرطين رئيسيين، يتعلق الأول بتحديد الشخص الذي يجوز التبرع لمصلحته، أما الشرط الثاني يتعلق بتحديد أجزاء الجسم التي يجوز نقلها

=نصت المادة 85 من قانون الأسرة على ما يلي: « ***تعتبر تصرفات المجنون، المعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه*** ».

أما المادة 101 من هذا القانون نصت على ما يلي: « ***من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه*** ».

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 44.

مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 342.

خلفي عبد الرحمن، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 455.

2 - يذهب جانب في الفقه إلى ضرورة الاعتراف للقاصر المدرك بأهلية مدنية صحية Capacite civil sanitaire أكثر اتساعا من تلك المنوحة له في إطار القانون بصفة عامة، ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن القصر في العصر الحديث أصبحوا يتحملون الكثير من المسؤوليات، وغدت قدراتهم على التمييز متقدمة بالنظر لأساليب الحياة الحديثة المتطورة. راجع في ذلك:

أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 88.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 264.

محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 276.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 137.

من جسم القاصر أو من في حكمه[1].

أ – تحديد الشخص المستفيد من نقل الأعضاء من القصر:

حدد أصحاب هذا الاتجاه الشخص المستفيد من نقل الأعضاء البشرية من القصر وهو الأخ أو الأخت دون غيرهما بقصد حصر هذه العمليات في حدود ضيقة وخاضعة لرقابة الأولياء، وهذا يضمن دائما نزاهة ونبل الباعث[2] ويسمح بتجسيد وتقوية الروابط العائلية[3]، بالإضافة إلى زيادة فرص نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية نظرا لتماثل الأنسجة بين هؤلاء الأخوة[4].

ب – تحديد الأعضاء الجائز استئصالها من القاصر:

يتعلق هذا الشرط بالتحديد الدقيق للعضو الذي يمكن استئصاله من القاصر أو من كان في حكمه والذي يقضي حتما أن يكون من الأعضاء المتجددة فقط، دون الأعضاء غير المتجددة لأن استئصالها يؤدي إلى الإضرار بالتكامل الجسدي لجسم القاصر، وعلى ذلك فإنه لا يجوز على سبيل المثال نقل إحدى كليتي القاصر أو غير ذلك من الأعضاء أو الأجزاء الغير متجددة لأن ذلك يعرضه لخطر الموت[5].

فلهذا لابدّ من التشديد في مجال الاقتطاع من جسم القاصر ولهذا فإن الفقه يعيب بشكل عام هذه الفكرة[6]، فالمساس بتكامله الجسدي يجب أن يكون استثناء وفي أضيق الحدود وهذا ما فعله المشرع الفرنسي خاصة في تشريعات العلوم الإحيائية الصادرة في 29 جويلية 1994 التي جاءت بعدة أحكام تضمن تحقيق حماية كبيرة وواسعة النطاق للقصر ومن كان في حكمهم، وذلك على خلاف قانون نقل الأعضاء رقم 76-1181 المؤرخ في

---

1 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 141.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 137.

3 - معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 33.

4 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 141.
أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 86.

5 - DUVAL-ARNOULD Domitille, Le corps…, op.cit, p 57.
مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 139.
معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 33.

6 - BENCHAABANE Hanifa, Prélèvement et transplantation d’organes chez l’enfant : D’un point de vue juridique, en droit algérien et en droit français, R.A.S.J.E.P, N° 3, 1999, p 72.

22 ديسمبر 1976[1]، فالمشرع الفرنسي كرس مبدأ حظر نقل الأعضاء من القصر أو من في حكمهم كمبدأ في نص المادة (L.1241-2) من قانون الصحة العامة[2]، والاستثناء الوحيد الذي أورده المشرع الفرنسي على هذا المبدأ يتمثل في إباحة اقتطاع الخلايا المسؤولة عن إنتاج خلايا الدم على مستوى النخاع العظمي (Moelle osseuse)[3]، وهذا في غياب وسيلة علاجية أخرى على أن يكون ذلك لصالح الأخ أو الأخت، وبعض الأقارب على سبيل الاستثناء، وهذا حسب ما نصت عليه المادة (L 1241-3) من قانون الصحة العامة الفرنسي، وفي جميع الحالات لابد من موافقة الوالدين أو الممثل القانوني أمام القاضي بالإضافة إلى ذلك يشرط المشرع الفرنسي موافقة لجنة الخبراء (Le comité d'experts)، المشار إليها في نص المادة (L 1231-3) من قانون الصحة العامة الفرنسي[4]، وفي حالة رفض القاصر فإن ذلك يعد حائلا دون إجراء عملية نقل الأعضاء البشرية، وهذا حسب ما نصت عليه المادة (L 1241-3) من قانون الصحة الفرنسي، فالقاصر يملك حق الاعتراض[5]، أو كما يسميه البعض حق الفيدو (Le droit Veto)[6].

والواقع أنّ موقف المشرع الفرنسي من مسألة نقل الأعضاء من القصر ومن في حكمهم على هذا النحو يعد جديرا بكل التأييد لما يحققه من توسيع لنطاق الحماية المدنية والجنائية لجسم القاصر أو من حكمه، كما أن الاستثناء الذي يجيز نقل خلايا النخاع العظمي جاء موفقا بالنظر إلى ما تحققه هذه العمليات من فائدة كبيرة للمريض، ودون أن تحدث أضرارا كبيرة لجسم القاصر مقارنة مع استئصال أعضاء أخرى من جسمه فخلايا

1 - DUVAL-ARNOULD Domitille, Le corps…, op.cit, pp 58 – 64.
PONCHON François, Les prélèvements d'organes…, op.cit, pp 37, 38.
AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, pp 443, 444.
NEFUSSY-LEROY Nathalie, Organes…, op.cit, p 139 et s.

2 - « ***Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain, en vue de don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale*** ». Art. L 1241-2 du code de la santé publiques.

3 - BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, pp 46, 47.
François PONCHON, Les prélèvements d'organes…, op.cit, p 41.

4 - BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, p 47.

5 - BENCHAABANE Hanifa, Prélèvement…, op.cit, p 71.

6 - NEFUSSY-LEROY Nathalie, Organes…, op.cit, p 148.

النخاع العظمي لها القابلية للتجدد، ولهذا أجاز المشرع الفرنسي استئصالها من القصر[1].

وعلى المشرع الجزائري مسايرة ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بإجازته الاستثنائية لنقل خلايا النخاع العظمي من القصر.

ثانيا – أهلية المريض:

لا شك أن المريض مثل المتبرع يعتد برضائه إذا كان كامل الأهلية[2]، وعليه إذا بلغ المريض سن الرشد وكان متمتعا بكامل قواه العقلية فإن رضائه بعملية زرع العضو له لا يثير أية مشاكل قانونية فيعد الرضا الصادر منه في هذه الحالة صحيحا، لأنه صدر عن شخص قادر على التعبير عن إرادة معتبرة قانونا، فموافقة المريض على إجراء عملية زرع عضو له تعني مشاركته في تحمل مخاطرها والمشاركة في تحمل المخاطر تفترض وجود أهلية قانونية كاملة[3].

أما إذا كان المريض عديم الأهلية فإن موافقته على هذه العملية لا تنتج أثرها، وعدم الأهلية نوعان: فهناك من لا يملك الأهلية القانونية ويرجع ذلك إلى أسباب محددة قانونا، وهناك من لا يملك الأهلية الفعلية بسبب وجود آفة في العقل دائمة أو مؤقتة يترتب عليها عدم القدرة على الإدراك والتمييز[4].

فقد يكون المريض واحدا من هؤلاء الأشخاص ويجب مساعدته بوضع حلول لمشكلته حسب طبيعة العجز[5]، ففي هذا المجال تصادفنا حالتين: إما أن نكون أمام مريض لا يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة أو نكون أمام مريض لا يملك القدرة على التعبير عن رضاه[6].

---

1 - AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, pp 443, 444.

مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 139، 140.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 299.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 557.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 257.

أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 140.

4 - عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الكتاب الثاني، الجزء الثاني، مطبعة جامعة الكويت، 1970، ص 427.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 161.

5 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 384.

6 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 39.

بلعرابي عبد الكريم، سعداوي محمد، الأسس القانونية...، مرجع سابق، ص ص 101، 102.

لهذا وضع المشرع الجزائري حلولا لهذه المسألة حسب طبيعة كل حالة، وسوف أشرح ذلك على النحو التالي:

1 – حالة عدم تمتع المريض بالأهلية القانونية الكاملة:

تناول المشرع الجزائري هذه الحالة في نص المادة 166 الفقرة الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها حيث نصت على ما يلي: « ***وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الوالي الشرعي حسب الحالة*** ».

يتضح من خلال هذه الفقرة أنه إذا كان المريض عديم الأهلية، فإن الموافقة على إجراء عملية زرع عضو له تنتقل إلى من له سلطة قانونية عليه بالترتيب الذي ذكره المشرع الجزائري: الأب وفي حالة عدم وجود الأب تنتقل سلطة الموافقة إلى الأم، وفي حالة غيابهما معا ينتقل هذا الحق للوالي الشرعي[1].

كما أضافت الفقرة الرابعة من المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإذا تعذر ذلك فالولي الشرعي*** ».

من خلال هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يميز بين القاصر المميز والقاصر غير المميز[2] وهذا يعني أن ممارسة الطبيب لعملية زرع العضو في جسم القاصر مقيدة في جميع الحالات بموافقة ممثله القانوني[3]، وهو في هذه الحالة الأب أو الولي الشرعي.

وهذا ما أكدته المادة (52) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب حيث نصت على ما يلي: « ***يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج للقاصر أو للعاجز البالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم...*** ».

فالشخص الذي لم يبلغ سن الرشد لم يخول له المشرع الجزائري إعطاء الموافقة للطبيب لأنه قاصر في نظر القانون ويجب أن يحصل الطبيب على الرضا من ممثله القانوني، ولم

---

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 258.

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 558.

2 - فالملاحظ أن القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، لا يفرق بين القاصر المميز وغير المميز في الموافقة على الأعمال الطبية حتى البسيطة منها وهذا أمر غير معقول تماما. راجع في ذلك:

بلعرابي عبد الكريم، سعداوي محمد، الأسس القانونية...، مرجع سابق، ص ص 104 – 105.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 258.

يجعل المشرع هذه السلطة مطلقة بيد الممثل القانوني للقاصر بل قيدها[1] بحيث أن المشرع الجزائري وضع التزاما على عاتق الطبيب يفرض عليه حماية القاصر عندما تكون مصلحته في خطر وهذا حسب نص المادة (53) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب[2]. كما ألزمته المادة (54) من نفس المدونة بضرورة تبليغ السلطات المختصة إذا لاحظ أن القاصر كان ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان[3].

2 – حالة عدم قدرة المريض على التعبير عن رضاه[4]:

في هذه الحالة نكون بصدد شخص مريض متمتع بأهلية قانونية كاملة أي بلغ سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية إلا أنه يكون في ظروف لا تسمح له بممارستها بسبب حالته الصحية كاستغراقه في حالة عدم الوعي مثلا، فيستحيل حينئذ الحصول على موافقته على عملية زرع الأعضاء البشرية لأنه لا يستطيع التعبير عن إرادته، ولدراسة هذه المسألة لابد من التعرض إلى نقطتين: النقطة الأولى تتعلق بتحديد الممثل القانوني للمريض الذي لا يقدر على التعبير على رضاه (أ) والنقطة الثانية تتعلق بحالات الاستغناء عن رضا المريض وممثله القانوني (ب).

أ – الممثل القانوني للمريض الذي لا يقدر على التعبير عن رضاه:

إذا كان المريض غير قادر على إصدار رضاه المعتد به قانونا بسبب حالته الصحية، فإنه يعتد في هذه الحالة بالرضا الصادر عن أحد أفراد عائلته[5]، كإجراء استثنائي ولهذا يجب أن يستخدم بشكل محدد جدا، وهذا ما أكدت عليه الفقرة الثانية من المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي نصت على ما يلي: « ***وإذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المذكور في المادة***

1 - بلعرابي عبد الكريم، سعداوي محمد، الأسس القانونية...، مرجع سابق، ص 103.

2 - تنص المادة (53) من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: « ***يجب أن يكون الطبيب أو جراح الأسنان حامي الطفل المريض عندما يرى مصلحة هذا الأخير لا تحظى بالتفهم أو باعتبار المحيط لها*** ».

3 - تنص المادة (54) من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: « ***يجب أن يكون الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر أو بشخص معوق إذا لاحظ أنهما ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان أن يبلغ بذلك السلطات المختصة*** ».

4 - يطلق البعض على هذه الحالة تسمية حالة عدم الأهلية الفعلية. راجع في ذلك:
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 260، 262.

5 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 161.

164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا » وهذا الترتيب المذكور في المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها ورد على النحو التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، فرضا أحد هؤلاء الأشخاص يقوم مقام رضا المريض كلما كان غير قادر على التعبير عن رضاه بسبب حالته الصحية[1] لأنهم الحماة الطبيعيون له[2].

يرى جانب من الفقه في هذا الصدد أن تحديد الممثل الفعلي للمريض في هذه الحالة لا يجب أن يتحدد على أساس درجة القرابة وإنما على أساس ما يقدمه من خدمات للمريض، فالأشخاص الذين يهتمون بخدمة المريض بكل محبة وإخلاص لهم أفضلية على أفراد أسرته الأكثر قربا له من الناحية القانونية ولكنهم الأكثر بعدا عنه من الناحية العملية[3].

ب - حالات الاستغناء عن رضا المريض وممثله القانوني:

من الناحية الفقهية هناك من يرى بأنه يمكن الاستغناء عن رضا المريض استنادا إلى حالة الضرورة، وذلك في حالة فقدان المريض للوعي الذي يصعب معه الحصول على رضاه وحياته معرضة للخطر الحقيقي والحال[4].

إلا أنّ الرأي الراجح في الفقه يرى بأنه من الصعوبة بمكان تطبيق القواعد العامة للقانون الطبي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لأن الحصول على رضا المريض أو من يمثله قانونا يعتبر قاعدة لا تقبل أي استثناء[5]، فضلا عن أن حالة الضرورة – كما ذُكر سابقا – لا تصلح كأساس لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

---

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 261.

2 - فكرة الحماة الطبيعيين (Protecteur naturels) هي فكرة جاء بها المشرع الفرنسي، وذلك عندما أوجب على الأطباء البحث عن موافقة أحد أفراد عائلة المريض، إذا كان غير قادر بنفسه التعبير عن إرادته، وتعتبر فكرة الحماة الطبيعيين بالنسبة للمريض مسألة واقع وليس مسألة قانون، فالزوج يأتي في المقام الأول ثم الأصول ثم الفروع. راجع في ذلك:

علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 93.

أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 129.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 126.

3 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، المرجع السابق، ص 126.

4 - رياض الخاني، المظاهر القانونية...، مرجع سابق، ص 25.

إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 119، 120.

عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 998.

5 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 103.

أما من الناحية التشريعية وبالرجوع إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها[1]، يتبين لنا أن المشرع الجزائري نص بشكل استثنائي على الحالات التي يمكن فيها الاستغناء عن رضا المريض ورضا ممثله القانوني، وحصرها في وجود ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمريض، وأي تأخير يؤدي إلى وفاة المريض، ففي هذه الحالة الاستعجالية، فإنّ الطبيب رئيس المصلحة يصبح بنفسه الممثل القانوني للمريض بشرط إثبات ذلك بشاهدين، وأغفل المشرع الجزائري تحديد صفة هؤلاء الشهود، ولكن بالنظر إلى طبيعة الشهادة المطلوبة فإنّها تستوجب حتما أن يكون هؤلاء الشهود من أهل الطب[2].

المطلب الثاني

انتفاء المقابل المالي بشأن التعامل في الأعضاء البشرية

اختلف الفقه بشأن مسألة مجانية التصرف بالأعضاء البشرية، فهناك اتجاه فقهي يرى أن المقابل المالي لا يؤثر في مشروعية التعامل بالأعضاء البشرية، في حين ينادي اتجاه فقهي آخر بضرورة أن يكون التعامل تبرعا (الفرع الأول)، أما إذا نظرنا إلى موقف التشريعات التي أباحت عمليات نقل الأعضاء، نجد أن معظمها كرّست مبدأ مجانية التصرف إذ نصت على عدم مشروعية وجود أي مقابل مادي لقاء العضو المتبرع به (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الخلاف الفقهي حول مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية

تعددت الآراء الفقهية حول اشتراط مقابل مالي نظير التعامل في الأعضاء البشرية، إلا أنه يمكن التمييز في هذا المجال بين اتجاهين أساسيين أحدهما يجيز التنازل عن الأعضاء البشرية بمقابل مالي (أولا)، والثاني يبطل هذا التصرف لأن وجود المقابل المالي يهدر كرامة

---

1 - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 166 من القانون رقم 85-05 المتضمن قانون الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته، في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل، ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين*** ».

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 572.

إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 111.

وحرمة كيانه الجسدي (ثانيا).

أولا – الاتجاه الفقهي المؤيد لبيع الأعضاء البشرية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجوز التنازل عن الأعضاء البشرية بمقابل مادي أي عن طريق البيع، فالمشكلة القانونية الحقيقية تكمن فقط في إمكان التصرف في جسم الإنسان من عدمه، ومتى أجيز التصرف فليس هناك ما يمنع من تقاضي مقابل التنازل عن عضو من الأعضاء البشرية، ولا يمكن القول أن المال من شأنه أن يشين الشخص في عصرنا الحاضر، والتنازل بمقابل أو بدون مقابل مشكلة أخلاقية وليس مشكلة قانونية، فالتصرفات التبرعية والمعاوضة تعتبر مشروعة على حد سواء، وما كان المقابل المالي من شأنه أن يبطل أي تصرف قانوني[1].

فحسب أنصار هذا الاتجاه لا يوجد ثمة تعارض بين إباحة استقطاع الأعضاء البشرية بمقابل مالي معين وبين الحماية القانونية لسلامة الجسم، ذلك أنه إذا كنا بادئا ذي بدء قد أبحنا للشخص التنازل عن عضو من أعضائه لتحقيق مصلحة علاجية لشخص آخر، فإنّ حصول المتبرع على قيمة مادية معينة لقاء تنازله لن يضيف أن ينقص من أمر استئصال عضو من جسم الإنسان شيئا لا من الناحية الطبية أو من الناحية القانونية[2].

ويرتكز أنصار هذا الاتجاه في تدعيم رأيهم على الحجج التالية:

- لا أثر لوجود الثمن على انعقاد العقد صحيحا، لأن هذا الثمن مقابل العضو أو الجزء المتصرف فيه، وأن بيع العضو المزدوج كالعين أو الكلية لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية، إنما على العكس يتضمن معاني إنسانية أولها حماية إنسان آخر من خطر الموت[3].

---

1 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 134.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 63.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 168.
منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 57.
مواسي العلجة، التعامل القانوني...، مرجع سابق، ص 266.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 153.
إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 152.

3 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 168.
منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 57.

- إنّ بيع الشخص جزءا من جسمه لا يتنافى مع حرمته، فمن باع عضوا مزدوجا لا يقوده إلى الهلاك أو جزء من جسمه كاللبن أو الدم أو أي نسيج منه لا يفقده شيئا من حرمته لاسيما وأن الأحكام الشرعية[1] أجازت بيع اللبن بموجب عقد الرضاعة، واللبن عند البعض[2] من الأعضاء البشرية القابلة للتصرف فيها.

- يرى أنصار هذا الاتجاه ضرورة الفصل وعدم الخلط في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بين مدى مشروعية تلقي المانح مقابل مادي عن العضو المتنازل عنه وبين الشهامة والنبل، فإذا كان البعض يرى في الحصول على مقابل يعد منافيا للشرف والشهامة فإنّ هذا يعد من الأمور المتعلقة بالمبادئ الأخلاقية ولا علاقة له بالمبادئ والقواعد القانونية[3].

- القاعدة العامة لدى الفقه القانوني أنه إذا تعددت البواعث للتصرف القانوني فإنّه يجب النظر إلى بالباعث الرئيسي، فإذا كان مشروعا فإنّ التصرف يعد صحيحا ومشروعا، حتى ولو كانت البواعث الثانوية غير مشروعة، ويكمن الباعث الرئيسي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية حسب أنصار هذا الاتجاه في قصد العلاج والرغبة في إنقاذ المريض من الهلاك والموت، ويعد هذا الباعث مشروعا بغض النظر عن البواعث الأخرى إذا كانت مشروعة أم لا، حتى ولو تضمنت هذه البواعث قصد الربح المادي[4].

- إنّه يمكن الرد على المخاوف التي يثيرها أنصار مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء

---

1 - من الناحية الشرعية ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين ومجامع الفقه الإسلامي وهيئات الإفتاء إلى عدم جواز بيع الأعضاء البشرية، واتفق الفقهاء على ضرورة أن يكون محل العقد قابلا لحكم الشرع أي لا بدّ أن يكون المحل من الأمور التي أجاز الشارع التعامل فيها شرعا إما بالنص على ذلك أو لكون طبيعة المحل تقبل ذلك، والأعضاء البشرية بحكم طبيعتها لا تقبل حكم عقد البيع وهو نقل الملك بعوض، حول مسألة بيع الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي، راجع في ذلك: افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 49، 62.
صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية...، مرجع سابق، ص ص 126، 128.
محمد صلاح الدين إبراهيم، حكم نقل...، مرجع سابق، ص 194، 213.

2 - منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 57.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 152.
إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 152.
برني نذير، الجرائم المرتبطة...، مرجع سابق، ص 49.

4 - أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 94.
صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات...، مرجع سابق، ص 80.
عمرون شهرزاد، أحكام نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 119.

البشرية والتي تتمثل في الخشية من رواج تجارة الأعضاء البشرية وانحصار نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسم عن طائفة الفقراء وذوي الحاجة، بأن هذه المخاوف سوف تنحصر طالما توافرت الشروط والضوابط الأخرى لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والمتمثلة أساسا في شرط الرضا المستنير والمصلحة العلاجية، كذلك بوجود تشريع خاص ينظم هذه الممارسة يتولى تحديد المقابل المادي في هذه العمليات من حيث قيمته وطريقة وتوقيت أداءه للمتبرع من شأنه فرض إطار من الحماية لأعضاء الجسم، فيحول دون دخول هذا النوع من العمليات دائرة الاتجار بالأعضاء[1].

- كما أن الإنسان يتقاضى تعويضا ماليا عن الضرر الذي يصيب عضو من أعضائه، وهذا أصبح من الناحية القانونية مشروعا ولا يتعارض مع الأخلاق، فالتعويض لا يهدر كرامة الإنسان وليس من شأنه التقليل من قيمة جسم الإنسان[2].

- كما يضيف أنصار هذا الاتجاه أن التصرف بالبيع يجب أن يكون منظما، بألا يترتب عن بيع العضو البشري أية عاهة بدنية دائمة كالعجز الجزئي أو الكلي الدائم، ويجب ألا يكون هذا البيع بدافع الشهرة أي أنهم يرغبون في بقاء الدوافع على التنازل عن الأعضاء إنسانية ونبيلة والباعث الدافع على التعاقد هو إنقاذ حياة الآخرين وهو باعث مشروع في الالتزام المدني[3].

- إنّ المتأمل في مبدأ مجانبة التصرف بالأعضاء البشرية يجد أن اشتراطه في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يحقق مصلحة واقعية للمتلقي بالدرجة الأولى، وذلك بحصوله على العضو الذي يحتاج إليه ودون دفع أي مقابل مادي، بينما لا نجد ثمة أثر فاعل لهذا المبدأ على نطاق الحماية الجنائية الواجب توافرها للشخص المانح، فالشخص المنقول منه العضو يكون دائما عرضة للمخاطر أثناء وبعد إجراء العملية، لذلك كان لا بدّ

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 154، 155.
إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 152.

2 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 64.
حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 134، 139.
صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات...، مرجع سابق، ص 81.

3 - عمرون شهرزاد، أحكام نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 119.
منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 57.
محمد صلاح الدين إبراهيم، حكم نقل...، مرجع سابق، ص 215.

من تعويض الشخص المانح تعويضا مناسبا يجبر ما يلحقه من أضرار حالية أو مستقبلية سواء أكان ذلك على صعيد الرعاية الصحية أو الكسب المادي وقد يكون الملتزم بدفع التعويض المتلقي نفسه أو أية جهة أخرى[1].

وقد قدم أنصار هذا الاتجاه[2] اقتراحا مضمونه أن على الدولة إصدار تشريع يحدد قيمة الأجزاء المختلفة لجسم الإنسان، لأن ترك تحديد الثمن لحرية الأطراف يؤدي إلى نتائج خطيرة، فيصبح الجسم محلا لمزايدات مالية، وأنه لحين صدور مثل هذا القانون يخضع تحديد المقابل للعضو لتقدير القاضي[3].

وعلى الرغم من إجازة بيع الأعضاء البشرية حسب أنصار هذا الاتجاه، إلا أنهم يترددون في إطلاق حرية البيع ويخضعون التصرف لجملة من الشروط والضوابط وهي:

- ألا يكون هناك تعارض في بيع الأعضاء البشرية مع الكرامة الإنسانية، بحيث لا تكون الغاية من ذلك الربح والتجارة والتداول.
- أن يكون بيعها من أجل الانتفاع بها بمثل ما خلقت له.
- أن يكون البائع ببيعه للعضو قد دفع ضررا أعظم من ضرر فقدان العضو نفسه.
- وأن لا يكون هناك نص قانوني يحظر البيع.
- أن لا يكون هناك أية بدائل صناعية للأعضاء البشرية تقوم مقامها وتغني عنها.
- أن يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسمية موثوقة للتحقق من توافر هذه الشروط[4].

---

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 155.

2 - من أنصار الاتجاه الذي يجيز عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية أذكر: د. حسام الدين كامل الأهواني الذي قال: « فكم كانت هناك عوائق في سبيل إباحة عمليات زرع الأعضاء ونظرا للتقدم الطبي الذي هيأ سبلا جديدة لإسعاد البشر، فإنّ رجال القانون حرصوا على أن يتخطوا أو يزيلوا هذه العقبات واحدة تلو الأخرى، وبهذا لا نقبل أن تكون المجانية العائق الحالي في سبيل توافر قطع الغيار فالمقابل لا اعتراض عليه قانونا كما أنه السبيل الوحيد للحصول على قطع الغيار اللازمة من غير الأقارب على الأقل... ». راجع في ذلك: حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 139، إلا أنه لابد من الإشارة إلى أن د. حسام الدين كامل الأهواني قد عدل فيما يبدو عن رأيه هذا، راجع: د. حسام الدين كامل الأهواني، "نحو نظام قانوني لجسم الإنسان"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية، 1998، ص ص 139، 192.

3 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 65.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 121.

4 - محمد نعيم ياسين، "بيع الأعضاء الآدمية"، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة 11، جامعة الكويت، 1987، ص 263.

ثانيا – الاتجاه الفقهي المعارض لبيع الأعضاء البشرية:

ذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى بطلان عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية بطلانا مطلقا، وذلك لما يتمتع به جسم الإنسان من حرمة ومن ثم لا يصح أن يكون محلا للبيع، وأن الأعضاء البشرية ليست أموالا مقومة[1].

ولعل من أبرز المعارضين لبيع الأعضاء البشرية في العصر الحديث الفقيه R. SAVATIER الذي صرح قبل التصويت على قانون Caillavet قائلا: « إنّ كلمة متبرع غنية بمعناها... والقيم الإنسانية تسمو على المال ولكن الأكثر سموا من بين كل هذه القيم هو الحب، فقد يتبرع الشخص من خلال الحب »[2].

فالاتجاه العام في الفقه المدني الفرنسي يذهب إلى بطلان أي اتفاق يتعارض وحق الإنسان في تكامله الجسدي ويعتبرون ذلك باطلا لمخالفته قواعد النظام العام، ومنها بيع الأعضاء البشرية[3]. فحسب هذا الاتجاه الفقهي فإنّ التصرف في كل ما يتصل بجسم الإنسان كالدم أو الأعضاء يجب أن يكون تبرعيا، ولهذا لا يجب أن يكون المتنازل عن دمه أو عضو من أعضاء جسمه شخصا محترفا بمعنى أنه لا يجب أن يحصل على قوته من تجارة الدم أو أعضاء جسم الإنسان[4].

وقد استدل أنصار هذا الاتجاه على رأيهم بما يلي:

- من المبادئ المستقرة أن جسم الإنسان أسمى من أن يقدر بمال وطبقا لهذا المبدأ لا مجال للتحدث عن قيمة الإنسان أو قيمة عضو من أعضاء جسمه فلا يجوز أن يشبه جسم الإنسان بالشيء[5]، وبالتالي لا يمكن أن يدخل في دائرة التعامل أو يقيم بمال، فقد مضى

---

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 65.

2 - أشار إلى ذلك: Ahmad ABDULDAYEM, Les organes du corps..., op.cit, pp 114, 115.

3 - منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 62.

4 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 128، 129.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 226.

5 - نشير إلى أن المقاييس أو الخصائص التي يتميز بها المال لا تنطبق على جسم الإنسان، وهذه المقاييس تتمثل فيما يلي:
- المالية، أي شيء يمكن تقييمه بالنقود أو بمعنى آخر له قيمة مالية يمكن التعامل بها في الأسواق.
- صلاحيته للتعامل فيه بطبيعته أو بحكم القانون.
- حماية القانون له، والحماية هنا ليست للشيء ذاته وإنما لما له من قيمة.
- يحق لمالك الشيء في حدود القانون أن يستعمله، وأن يستغله وأن يتصرف فيه. =

الزمن الذي كان فيه جسم الإنسان يعتبر من قبيل الأشياء التي يمكن التصرف فيها[1].

- حق الإنسان على جسمه ليس حقا ماليا، ولهذا رفض الفقه منذ القدم القول بأن للإنسان على جسمه حق ملكية أو حق منفعة حتى لا يشبه الجسم ببضاعة من البضائع، فحق الإنسان على جسمه حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ولا يمكن أن يصبح حقا ماليا، وعلى هذا فالإنسان لا يستطيع أن يبيع أي عنصر من العناصر التي تكوّن جسمه حتى ولو كان ذلك العنصر هو الدم البشري[2].

فبالتالي يجب إحاطة جسم الإنسان دائما بقدسية تجعله غير قابل لأن يكون محلا للحقوق والتصرفات المالية وإلا غدا جسم الإنسان سلعة تقيّم بمال، ويمكن تداولها لمن يدفع أكثر الأمر الذي يضيق من نطاق الحماية الواجب توافرها لضمان سلامة وتكامل جسم الإنسان[3].

- كما أن قيام الشخص ببيع أعضائه فيه إهدار وإنكار لكرامته الإنسانية[4] والتي تسمو عن أن تقدر بثمن، تلك الكرامة التي يجب أن يحافظ عليها ولا يقبل أن يضحي بسلامة جسمه أو حياته من أجل مصلحة مادية، فإذا كان الأصل عدم جواز التصرف في جسم الإنسان، فإنّ الخروج على ذلك الأصل يجب أن يكون بدون مقابل، فالتبرع هو الذي

=وكل هذه المقاييس لا تنطبق على جسم الإنسان ويتضح ذلك مما يلي:

- أن جسم الإنسان بطبيعته لا يمكن أن يدخل في دائرة التعامل، فهو لا يمكن أن يكون محلا ممكنا ومشروعا للمعاملات.
- المال يمكن اكتساب ملكيته بأي سبب من أسباب كسب الملكية، أما جسم الإنسان فلا يصح أن يكون محلا لحق ملكية، ومن المسلم به أن الإنسان لا يستطيع التصرف في جسمه بصورة مطلقة.

راجع في ذلك: صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات...، مرجع سابق، ص ص 112، 115.

1 - أحمد شوقي أبو خطوة، "الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 18، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1995، ص 229.

2 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 129.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 152.

4 - تكرس معظم الدساتير في العالم مبدأ احترام الكرامة الإنسانية صراحة أو ضمنيا، وهذا يدل على المكانة التي يحتلها هذا المبدأ عالميا حتى بات يوصف بأنه مبدأ ذو بعد عالمي، إلا أنه من الصعب تحديد معنى واحد لهذا المبدأ على الصعيد الفلسفي، ومن ثم على صعيد التشريعات الوطنية ووفقا لفلسفة إيمانويل كنت Emmanuel KANT، فإنّه يجب معاملة أي شخص على أنه غاية بذاته وليس كوسيلة ومن ثم فإنّ الشخص يملك قيمة غير مشروطة، ومن هنا جاء التمييز بين مفهوم الشخص ومفهوم الشيء. راجع في ذلك:

MATHIEU Bertrand, La bioéthique, op.cit, pp 38, 41.
TISSIER Delphine, La protection du corps…, op.cit, pp 24, 25.

يحفظ لجسم الإنسان كرامته لأنه جعل جسم الإنسان خارجا عن المعاملات المالية[1].

- كما أن وجود المقابل المالي يخرج عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من دائرة التراحم والإيثار والقيم الإنسانية إلى تحقيق الربح، وتصبح الصفقات التجارية هي الفيصل في قبول استقطاع أي عضو من جسم الإنسان، الأمر الذي سوف يفضى حتما إلى انحسار نطاق الحماية القانونية سواءً أكانت جنائية أو مدنية عن طائفة الفقراء من الناس، إذ تصبح أجسادهم محلا لاستثمار سماسرة تجارة الأعضاء والأثرياء من المرضى الذين يحتاجون إلى إجراء عمليات زراعة الأعضاء البشرية[2].

- ليس هناك أدنى شك في أن ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي صريح وواضح إذ أقروا ببطلان التصرف في بيع أعضاء جسم الإنسان وهو اتجاه ينسجم والقواعد الأخلاقية والدينية[3]، فبيع الأعضاء البشرية يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية التي أضفت على جسم الإنسان هالة من القدسية لا يجوز معها ابتذاله بجعله مما يباع ويشترى لما في ذلك إهدار كبير لكرامة الإنسان وانتهاك لحرمة كيانه الجسدي[4]، وفقهاء الشريعة الإسلامية لم يعتبروا جسم الإنسان مالا، فالإنسان حيا أو ميتا لا يمكن أن يكون محلا ممكنا ومشروعا للمعاملات[5].

يرى البعض في هذا الصدد أن التصرف بمقابل يعتبر مخالفا للنظام العام والآداب فلا يجوز للشخص أن يطلب مقابلا ماليا لجسمه، ولهذا فإنّ التبرع وكل ما من شأنه أن يمنع المتاجرة بالجسم يعتبر من مبادئ النظام القانوني لجسم الإنسان[6].

وإذا كان أنصار هذا الاتجاه يعارضون التنازل عن العضو بمقابل مادي إلا أنهم أجازوا تعويض المتبرع بأحد أعضائه معنويا، مثل منحه شهادة تقدير على سبيل المثال، أو نشر اسمه وصورته في وسائل الإعلام، وذلك للإشادة بما قام به من عمل نبيل يتسم

---

1 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 130، 131.
عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، الضوابط الشرعية والقانونية...، مرجع سابق، ص 381.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 152.

3 - منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص 62.

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 152.

5 - حول موضوع عدم مالية جسم الإنسان وأعضائه في الشريعة الإسلامية، راجع:
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 36، 40.
عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 231.

6 - حسام الدين كامل الأهواني، نحو نظام قانوني...، مرجع سابق، ص ص 185، 186.

بالتضحية والإيثار، ولدفع غيره على التقدم بذات الفعل الخيري، وبالإضافة إلى ذلك فقد أجاز أنصار هذا الاتجاه تعويض المتبرع ماديا عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب الاستقطاع، وأن المساعدة المالية التي تصدر عن اعتبارات إنسانية لا تعادل أبدا قيمة العضو المستقطع، والقول بغير ذلك معناه إجازة الاتجار في الأعضاء البشرية الأمر الذي يصيب الكرامة الإنسانية في الصميم[1].

اقترح أنصار هذا الاتجاه[2] عدة صور لهذا التعويض أذكر منها ما يلي:

- مصاريف الانتقال والعملية الجراحية والإقامة بالمستشفى وفترة تعطله عن ممارسة عمله أو نشاطه المهني أثناء العملية، وما أصاب قوته الجسدية من ضعف أو نقص.
- إبرام وثيقة تأمين لصالحه وصالح أسرته.
- تخصيص مكافآت تشجيعية تقوم بصرفها مؤسسات الدولة والجهات الخيرية.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن في هذا الاستثناء ترضية لمن تنازل عن عضو من أعضائه وتشجيع الآخرين في الوقت نفسه على القيام بهذا العمل الخيري مع المحافظة على حرمة جسم الإنسان[3].

وقد عارض البعض[4] فكرة إعطاء مكافأة رمزية أو تقدير لمن خضع للتدخل، لأنه لو فتح هذا الباب لكان خير ساتر للتعامل بمقابل، ويصعب في واقع الأمر القول بأن المقابل الرمزي لا يتجاوز القيمة الحقيقية على غرار ما يحدث في الهبة بعوض، ففي مجال الحقوق المالية يمكن بسهولة إجراء مقارنة بين قيمة الشيء وبين العوض، أما في مجال جسم الإنسان فإنّه من المستحيل وضع قيمة جامدة ومحددة بتوافر البيع بتجاوزها.

في الواقع فإنّ الاتجاه المعارض لبيع الأعضاء البشرية يعاني من ازدواجية في وجهة النظر، بحيث أن الدارس بعد أن يقطع صفحات مطولة تندد ببيع الأعضاء البشرية وبوجود أي مقابل مادي يتقاضاه المتبرع، لنتفاجأ بعد ذلك أن هذه الصفحات قد ذيلت في آخرها

1 - إدريس عبد الجواد، الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 151.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 123.
2 - أحمد شوقي أبو خطوة، الضوابط القانونية لنقل وزراعة...، مرجع سابق، ص 229.
3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 153.
4 - حسام الدين كامل الأهواني، نحو نظام قانوني...، مرجع سابق، ص 189.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 237.

بعبارة صغيرة عادة ما يكون فحواها: أنه مع ذلك فلا بأس من تعويض المانح معنويا وماديا، وذلك لجبر ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، ثم يضاف إلى ذلك أنه لا يجب أن يظل في الأذهان أن مثل هذا التعويض لا يعد بحال ثمنا للعضو المتنازل عنه، وكأن مكمن المشكلة يبدو في المسميات فإنّ قيل تعويض فلا يوجد أي إشكال أما إذا قيل ثمن فلا مشروعية ولا أخلاق[1].

ورغم وجود تضارب بين الآراء الفقهية السابقة حول مبدأ مجانية التصرف إلا أنه يمكن أن نستنتج ما يلي:

- أن جسم الإنسان ليس شيئا وليس محلا للاتجار به ولا يمكن أن يشكّل محلا لأي اتفاق قانوني[2]، وأن جسم الإنسان لا يمكن تقييمه بالمال، فالفقه كرّس مبدأ عدم مالية جسم الإنسان ووضع له أساسين: الأساس التقليدي؛ وهو حظر التصرف في جسم الإنسان، والأساس الحديث؛ المرتبط بالعلوم الأخلاقية هو الكرامة الإنسانية.

- إنّ اشتراط مبدأ المجانية يحقق في المرتبة الأولى ضمانة كبيرة لحماية جسم الإنسان، وأن التبرع هو الذي يحفظ للجسم كرامته.

- أن الباعث الرئيسي للتبرع بالأعضاء البشرية هو تحقيق مصلحة علاجية مباشرة للمتلقي، وليس الحصول على مقابل مالي.

الفرع الثاني

حظر التعامل المالي مع الأعضاء البشرية في التشريعات الداخلية

إن لجسم الإنسان من الحرمة والكرامة ما يجعل أي اتفاق على بيعه أو بيعة عضو أو نسيج من أنسجته باطلا مستوجبا للمتابعة الجزائية والجزاء الرادع حتى لا يصير جسم الإنسان شبيها بالسلع التي تباع وتشترى[3]، من أجل ذلك حرصت معظم التشريعات المقارنة

---

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 172.

2 - وهذا ما أكدت عليه الأستاذة D. THOUVENINE حينما قالت: « جسم الإنسان ليس شيئا، وليس محلا للاتجار به، ولا يمكن أن يشكّل إذًا محلا لأي اتفاق قانوني، لكن مع ذلك فهناك أجزاء من هذا الجسم تشكّل محلا للتبرع وهي قابلة للانتقال من شخص لآخر وقد أصبحت خاضعة لنظام خاص به ». أشار إلى ذلك:

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 314.

حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 29.

3 - فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 129.

على النص صراحة على عدم جواز المتاجرة بالأعضاء البشرية سواء أكان ذلك بالبيع والشراء أو عن طريق أعمال الوساطة أو عن طريق الإعلانات (أولا)، كما حرص المشرع الجزائري على حظر التعامل المالي مع الأعضاء البشرية (ثانيا).

أولا – حظر التعامل المالي مع الأعضاء البشرية في التشريعات المقارنة:

استبعدت العديد من التشريعات المقارنة المقابل المالي بخصوص عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية واعتبرت جسم الإنسان أسمى من أن يقيم بالمال[1]، ورغم اتفاق معظم التشريعات المقارنة التي أباحت هذه العمليات على تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية، إلا أن مواقف هذه التشريعات قد تباينت من حيث تحديد مفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية أو بعبارة أخرى اختلفت المعايير التي يمكن بمقتضاها تحديد طبيعة المقابل المالي من حيث كونه مشروعا أو غير مشروع[2]، وهذا ما يتضح من خلال أحكام التشريع الفرنسي (1) والتشريع المصري (2).

1 – حظر التعامل المالي مع الأعضاء البشرية في التشريع الفرنسي:

إن مبدأ عدم مالية أعضاء جسم الإنسان هو مبدأ أساسي للتبرع بالأعضاء البشرية لأنه يمنع بشكل طبيعي التنازل بمقابل مادي عن الأعضاء البشرية[3]، وهو مبدأ مكرس بشكل واضح في التشريع الفرنسي منذ صدور القانون رقم 52-854 المؤرخ في 21 جولية 1952 والمتعلق بالاستخدام العلاجي للدم البشري[4]، فلم يرد في هذا القانون استعمال لكلمة بيع بالنسبة للدم كما أن القضاء الفرنسي لا يطبق القواعد العامة في البيع على الشخص الذي يتعهد بتوريد كمية من دمه، ولهذا لا يحبذ فقهاء القانون الفرنسي استعمال عبارة بنك الدم أو بنك الأعضاء البشرية لأن تلك العبارات تثير في الذهن إمكان كون أعضاء جسم الإنسان محلا للمعاملات التجارية وهو ما يجب استبعاده تماما[5].

كما يعتبر مبدأ مجانية التبرع مفهوما جوهريا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية[6]،

1 - أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 221، 226.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 157.

3 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 213, 214.

4 - Loi N° 52-854 du 21 Juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés (JORF du 22, p 7357).

5 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 129.

6 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 114.
OIKAOUI Younes, Don, prélèvement…, op.cit, p 103 et s.

وهذا ما يظهر من خلال المصطلحات التي يستعملها المشرع الفرنسي، حيث يتحدث دائما عن التبرع والمتبرع.

هذا المبدأ نجد له الأساسي التشريعي في القانون 76-1181 المؤرخ في 22 ديسمبر 1976 والخاص بانتزاع الأعضاء البشرية والمعروف باسم قانون Caillavet، حيث أكدت المادة (3) منه على عدم جواز التنازل عن الأعضاء البشرية نظير مقابل مادي وذلك مع عدم الإخلال بتعويض كل النفقات الحاصلة بسبب الاقتطاع.

فمبدأ مجانية التبرع لا يمكن له استبعاد حصول المتبرع على تعويضات معينة عن النفقات الشخصية التي يتكبدها المتبرع وخاصة ما يتعلق بنفقات الانتقال والسفر وأحيانا فقدان أجره اليومي، ويهدف منح المتبرع هذا المبلغ تعويضه عن الضرر المحتمل وليس إعطائه ثمن العضو المقتطع منه[1].

وبقدر أكبر من التخصص جاء القانون رقم 94-654 لسنة 1994 والخاص بالتبرع واستخدام عناصر جسم الإنسان ومنتجاته ليعالج مبدأ مجانية التبرع في مواضع مختلفة وفقا للتعديلات التي أدخلها هذا القانون على قانون الصحة، والواقع أن هذه النصوص في مجملها لا تخرج عن التأكيد على حظر وجود أية شبهة اتجار بالأعضاء البشرية سواء أكان ذلك بالبيع والشراء أو أعمال الوساطة أو عن طريق الإعلانات المنطوية على صبغة تجارية[2].

هذا المبدأ فرضته بشكل عام نص المادة (L1211–4) من قانون الصحة العامة الفرنسي التي لم تسمح بدفع أي أجر مهما كان شكله للشخص الذي يوافق على اقتطاع أحد عناصر جسمه أو على جمع منتجات جسمه.

ومبدأ المجانية الذي فرضه المشرع الفرنسي في مجال نقل الأعضاء البشرية يعتبر امتدادا لمبدأ عدم مالية جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته المكرس في القانون المدني

---

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 117.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 161.

افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 66، 67.

برنجير لاسال وآخرون، قانون البيولوجية البشرية، ترجمة أحمد محمد عيد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص ص 249، 251.

الفرنسي[1]، حيث تنص الفقرة 6 من المادة 16 منه على ما يلي: « ***الاتفاقات التي تعطي قيمة مالية لجسم الإنسان وعناصره ومنتجاته تكون باطلة*** »، وقصد تفعيل أكثر لمبدأ مجانية التصرف فإن المشرع الفرنسي نص على منع تقاضي الأجر عن النشاطات المرتبطة باقتطاع الأعضاء البشرية، لأنه إذا شعر الطبيب بوجود فائدة مادية من هذه النشاطات فقد يحاول إجراء أكبر عدد ممكن من عمليات اقتطاع الأعضاء البشرية لتحقيق الربح الأكثر[2].

كما دعم المشرع الفرنسي مبدأ المجانية بمبدأ السرية L'anonymat والذي يقضي بإخفاء هوية كل من المتبرع والمتلقي، بحيث أن المتبرع لا يمكن له معرفة هوية المتلقي وكذلك بالنسبة للمتلقي لا يمكن له معرفة المتبرع، ولا يمكن أن تعطى أية معلومات شخصية تخص المتبرع والمتلقي[3].

ومبدأ السرية في مجال التبرع بعناصر جسم الإنسان ومنتجاته كرسته المادة 16-8 من القانون المدني الفرنسي، وأكدت عليه المادة (L1211-5) من قانون الصحة العامة، وتكريس المشرع الفرنسي لمبدأ السرية في قوانين العلوم الإحيائية يهدف إلى منع أي ضغط يمكن أن يمارس على المتبرع كما أن هذا المبدأ يلعب دور وقائي في درء شبهة الاتجار بالأعضاء البشرية[4].

وفيما يتعلق بالإعلانات التجارية الداعية إلى التبرع بالأعضاء البشرية، فقد أورد قانون الصحة العامة نص يحظر القيام بمثل هذه الإعلانات سواء أكانت الدعوة للتبرع موجهة لمصلحة فرد أو لأحد المؤسسات أو الهيئات العاملة في هذا المجال، نظرا لما تؤدي إليه هذه الإعلانات من إهدار لكرامة الإنسان، فمنع المشرع الفرنسي مثل هذه الإعلانات بموجب نص المادة (L1211-3) من قانون الصحة العامة الفرنسي، ولضمان احترام مبدأ المجانية فإن المشرع الفرنسي حصر مجال التبرع بالأعضاء البشرية بين الأقارب فقط[5].

---

1 - حول موضوع عدم مالية عناصر جسم الإنسان ومنتجاته في القانون الفرنسي انظر:

CARBILLAK Rémy, Le corps humain, op.cit, p 214 et s.
RAGE ANDRIEU Virginie, La marchandisation…, op.cit, pp 49, 64.
TERRE François et FENOUILLET Dominique, Droit civil…, op.cit, p 67.

2 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 118, 119.

3 - AL-KANDARI Fayez, "Les prélèvements…, op.cit, p 448.

4 - CARBILLAK Rémy, Le corps humain…, op.cit, p 218.

5 - OIKAOUI Younes, Don, prélèvement…, op.cit, p 103 et s.

ولم يكتفِ المشرع الفرنسي بوضع المبادئ العامة التي تؤكد على مبدأ مجانية التنازل عن الأعضاء البشرية وإتباع إستراتيجية وقائية في هذا المجال[1]، بل فرض عقوبات جنائية صارمة تدعيما لاحترام هذا المبدأ في المادة (511-2) من قانون العقوبات الفرنسي التي نصت على عقوبة السجن لمدة سبع سنوات وغرامة تقدر بـ 100.000 أورو على فعل الحصول على الأعضاء البشرية بمقابل مادي مهما كان شكله[2].

2 – حظر التعامل المالي مع الأعضاء البشرية في التشريع المصري:

حرص المشرع المصري في القانون 05 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية على تكريس مجانية التصرف مع الأعضاء البشرية دون أن يدع مجالا للشك من حيث حظر الاتجار بالأعضاء البشرية[3]، حيث نصت المادة 6 منه على ما يلي: « ***يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع والشراء بمقابل أيا كان طبيعته.***

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أي فائدة مادية أو عينية من المتلقي ومن ذويه بسبب النقل أو بمناسبته، كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين ».

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المصري ذهب إلى حظر أية فائدة قد يكتسبها المتبرع أو ورثته من زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته، والمشرع هنا قد حظر الفائدة

---

1 - فالمشرع الفرنسي عندما منع الإعلانات التجارية المتعلقة بالتبرع بالأعضاء البشرية، وتكريسه لمبدأ السرية إنما يهدف من وراء ذلك الاحتياط والوقاية من حدوث أي انحراف لعمليات نقل الأعضاء ودخولها دائرة المعاملات المالية، راجع في ذلك:
AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, p 448.

2 - CARBILLAK Rémy, Le corps humain…, op.cit, p 218.

3 - تعتبر جمهورية مصر العربية من الدول التي تنتشر فيها ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية بشكل كبير بالإضافة إلى دول أخرى كالهند والصين، وهذه الظاهرة أفرزت عدة سلبيات أهمها:
- انتشار سوق رائجة لبيع الأعضاء البشرية.
- اتباع بعض أساليب النصب والاحتيال من أجل الحصول على الأعضاء البشرية.
- انتشار ظاهرة اختطاف الأطفال، حول ظاهرة الاتجار بالأعضاء راجع:
سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن، ص ص 53، 57.
عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص ص 223، 307.

سواء للمتبرع أو أي من ورثته إذا كان التبرع من جسم المتوفى عقب وفاته، وهذه الفائدة يمكن أن تكون مقدمة من المتلقي أو من ذويه بسبب النقل أو بمناسبته[1].

كما لم يكتفِ المشرع المصري بذلك بل مد نطاق الحظر إلى الطبيب المختص بإجراء عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ يحظر عليه البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بوقوع جريمة اتجار بالأعضاء البشرية، وفي هذه الحالة يجب أن يتوقف عن إجراء الجراحة ويخطر الجهات المختصة وإلا اعتبر شريكا في الجريمة[2].

هذا وقد قرر المشرع المصري عقوبة في حالة مخالفة أحكام المادة (6) المذكورة أعلاه، وذلك بموجب نص المادة 20 من القانون رقم 05 لسنة 2010، حيث فرض المشرع عقوبة السجن على بائع أو مشتري العضو البشري بالإضافة إلى مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة أو الحكم بقيمته في حالة عدم ضبطه[3].

ولم يترك المشرع المصري الشخص الذي يقوم بأعمال الوساطة في عملية بيع أو شراء عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته يفلت من العقاب بل قرر له نفس العقوبة المنصوص عليها المادة (20) المذكورة أعلاه ولا يعفى من العقاب إلا إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل تمامها وساهم ذلك في ضبط الجناة[4].

والجدير بالذكر أن المشرع المصري أجاز بيع الدم من المانحين إلى بنوك الدم التي تقوم بدورها ببيع ما لديها من مخزون للمرضى والمستشفيات بأسعار محددة بقرار صادر من وزير الصحة وهذا حسب ما ورد في نص المادة (1) من القانون 178 لسنة 1960

---

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 684.

2 - أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 456.

3 - تنص المادة (20) من القانون رقم 05 لسنة 2010، المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية على ما يلي: « ***يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه كل من خالف أيا من أحكام المادة (6) من هذا القانون، وذلك فضلا عن مصادرة المال أو الفائدة المادية أو العينية المتحصلة من الجريمة أو الحكم بقيمته في حالة عدم ضبطه.***

ولا تزيد عقوبة السجن عن سبع سنوات لكل من نقل أو زرع نسيجا بالمخالفة لحكم المادة (6) من هذا القانون وتكون الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة من الجرائم الأصلية التي تعاقب على غسل الأموال المتحصلة منها وفقا لأحكام قانون غسل الأموال الصادر بالقانون رقم 80 لسنة 2002 ».

4 - تنص المادة (22) من القانون رقم 05 لسنة 2010 على ما يلي: « ***يعاقب على الوساطة في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بالعقوبة المقررة للجريمة، ومع ذلك يعفى الوسيط من العقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل تمامها وساهم ذلك في ضبط الجناة*** ».

والخاص بنقل الدم[1].

ثانيا – حظر التعامل المالي مع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري:

كرس المشرع الجزائري مبدأ التنازل بدون مقابل عن الأعضاء البشرية في الفقرة الثانية من المادة (161) من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها يلي: « ***ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية*** ».

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري استبعد المقابل المالي بخصوص عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وعلى هذا فيجب أن يكون الدافع إلى التنازل عن أحد أعضاء الجسم بقصد تحقيق مصلحة علاجية للغير هو التضامن الإنساني والتضحية والإيثار وليس الربح أو المقابل المالي[2].

وهذا ما جعل المشرع الجزائري يصف الشخص المنقول منه العضو البشري بالمتبرع ولم يستعمل مصطلح المتنازل، فعبارة التنازل تصلح لأن تكون بمقابل أو تكون بدون مقابل[3].

كما أن المشرع الجزائري قد أقر أيضا مبدأ التنازل بدون مقابل في المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها حيث اعتبر الشخص المنقول منه الدم متبرعا لأغراض علاجية، هذا يعني أنه استبعد من المعاملات المالية كل ما يتصل بجسم الإنسان سواء تعلق الأمر بأعضائه أو أنسجته أو منتجاته.

لم يكتفِ بوضع مبادئ عامة تكرس مبدأ مجانية التصرف مع الأعضاء البشرية، وإنما فرض مجموعة من العقوبات الجنائية الصارمة بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل لقانون العقوبات الجزائري[4]، وبموجب هذا التعديل أضاف المشرع قسما خامسا مكرر يتعلق بالاتجار بالأشخاص[5]، وقسما خامسا مكرر 1 يتعلق بالاتجار

1 - راجع في ذلك: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 158.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 224، 225.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 142.

4 - قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جويلية 1966، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 15، لسنة 2009.

5 - انظر المواد من (303) مكرر 4 إلى (303) مكرر 15 من قانون العقوبات الجزائري.

بالأعضاء البشرية[1]، وقسما خامسا مكرر 2 يتعلق بتهريب المهاجرين[2]، وتعديل المشرع الجزائري لقانون العقوبات[3] وتجريمه الاتجار بالأعضاء البشرية في قسم مستقل إلا دليل على إرادته ضبط حدود تطور الممارسات الطبية وبصفة خاصة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بتجريم أفعال انتزاع عناصر جسم الإنسان بمقابل مالي أو تعمد التستر على جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية بعدم تبليغ السلطات المختصة عن وجودها، ورصد جزاءات عقابية لمجابهة هذه الأفعال[4]، حتى لا تخرج عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن غايتها النبيلة وتدخل دائرة المعاملات المالية، وبذلك جاء هذا التعديل لسد النقائص الواردة في قانون حماية الصحة وترقيتها والذي جاء خاليا من النص على المسؤولية الجزائية في حالة مخالفة مبدأ مجانية التصرف[5]، ويجب أن أبين أفعال الاتجار بالأعضاء البشرية (1) والعقوبة المقررة لها في التشريع الجزائري (2).

1 – تجريم أفعال الاتجار بالأعضاء البشرية:

أفعال الاتجار بالأعضاء البشرية التي جرمها المشرع الجزائري في القسم الخامس مكرر1 لا تخرج عن إحدى ثلاث جرائم، جريمة الحصول على العضو البشري بمقابل أو منفعة، جريمة الحصول على الأنسجة أو بجمع مواد الجسم بمقابل أو منفعة، بالإضافة إلى جريمة عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، وأوضح ذلك على النحو التالي:

---

1 - انظر المواد من (303) مكرر 16 إلى (303) مكرر 29 من قانون العقوبات الجزائري.

2 - انظر المواد من (303) مكرر 30 إلى (303) مكرر 41 من قانون العقوبات الجزائري.

3 - تعديل المشرع الجزائري لقانون العقوبات بموجب القانون رقم 09-01 المذكور أعلاه، جاء بعد مصادقة الجزائر بتحفظ على بروتوكول منع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، والذي عرض للتوقيع والتصديق بموجب لائحة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 في دورتها 55 بتاريخ 15 نوفمبر 2000، والجزائر صادقت على هذا البروتوكول بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، والمنشور في جريدة رسمية عدد 69، صادر في 12 نوفمبر 2003.

4 - فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 130.

5 - فوزية هامل، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بالاتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، تخصص: علم الإجرام والعقاب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011، ص 151.

إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 83.

أ - جريمة الحصول على العضو البشري بمقابل أو منفعة:

نصت المادة (303) مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: « ***يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص*** ». من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري نص صراحة على عدم جواز المتاجرة بالأعضاء البشرية سواء أكان ذلك بالبيع والشراء أو عن طريق أعمال الوساطة.

ولم يحدد المشرع الجزائري في هذه المادة صفة معينة للمجرم الذي يقوم بفعل الحصول على العضو البشري بمقابل مادي أو أية منفعة مهما كانت طبيعتها، إلا أن هذا الفعل يمكن أن يرتكبه عدة أشخاص، فقد يكون شخصا معنويا أو طبيعيا مثل المريض الذي يكون له مصلحة مباشرة في اقتطاع عضو من شخص ما لزرعه محل العضو التالف في جسمه قصد التعجيل بشفائه[1]، كما قد يكون من الأطباء المتخصصين في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الذين خالفوا ضميرهم الإنساني والمهني وغيرهم من الممارسين في مجال الرعاية الصحية كالممرضين وسائقي سيارة الإسعاف[2].

كما قد يكون الجاني وسيط يقوم بالوساطة لأطراف العملية قصد التشجيع عليها أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص معين، ولا يهم في قيام مسؤولية الوسيط الجزائية أن يقوم بهذه الوساطة مجانا أو بمقابل فالمُجرَم في فعله هو الوساطة التي منعها المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة (303) مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري، والوسيط في هذه الجريمة ليس شريكا، بل هو فاعل أصلي يعامل معاملة من يحصل على عضو من أعضاء جسم الإنسان مقابل منفعة أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

---

1 - أمحمدي بوزينة آمنة، "الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 01/09"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، 2016، ص 138.

فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 131.

2 - جبيري نجمة، "انتهاج سياسة عقابية خاصة لمواجهة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016، ص 328.

فوزية هامل، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 143.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم ينص في هذا المجال على حظر الدعاية والإعلان لصالح التبرع بأعضاء أو مكونات جسم الإنسان لحساب شخص معين أو مؤسسة معينة على غرار ما فعله المشرع الفرنسي[1].

ب – جريمة الاتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم:

نصت المادة (303) مكرر 18 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: « ***يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي معين أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.***

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أن تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ».

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري جرّم كذلك فعل انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم بمقابل مالي أو أية منفعة أخرى، وبذلك يكون قد وضع حظرا كاملا مع التعامل المالي بجسم الإنسان سواء تعلق الأمر بأعضائه أو أنسجته أو خلاياه.

ولو حدث اتفاق بين الشخص المنقول منه العضو البشري وشخص آخر على ذلك فإنّ هذا الاتفاق يعد باطلا، والبطلان هنا مطلق لمخالفته قواعد النظام العام والآداب العامة[2].

كما أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 303 مكرر 18 جرم فعل الوساطة قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو جمع مواد من جسم شخص، ويعاقب الوسيط بنفس عقوبة الفاعل الأصلي الذي يقوم بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

---

1 - نلاحظ أن العديد من التشريعات المقارنة وخاصة التشريع الفرنسي، كانت صارمة في معالجة ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية وغلق كل الأبواب المؤدية إليها من وساطة وسمسرة ونشر وإشهار، ولكن بالمقابل وعلى مستوى بعض التشريعات العربية يوجد فيها عدة نقائص في هذا المجال، وابرز مثال على ذلك التشريع الكويتي رقم 55-87 المؤرخ في 20 ديسمبر 1987، المتعلق بنقل الأعضاء البشرية، وهذه النقائص تتعلق أساسا بعدم حظر الإعلانات في مجال نقل الأعضاء بالإضافة إلى عدم تكريس مبدأ السرية في هذا المجال، راجع في ذلك:

AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, p 448.

فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 131.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 683.

جـ - جريمة عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية:

تنص المادة (303) مكرر 25 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: « ***كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.***

في ما عدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة، لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة ».

يمكن أن يُستنتج من خلال هذا النص ما يلي:

- لم يحدد المشرع الجزائري صفة معينة في الشخص الذي يمتنع عن التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية بدل استعماله للفظ العموم «كل من يعلم» شرط أن يكون قد تناهى إلى عمله ارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية بأي طريقة كانت[1].

- يكون الشخص مسؤولا جزائيا عن عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ولو كان ملزما بالسر المهني، ما دام أن المشرع قد ألزمه بالتبليغ كالأطباء[2].

- ألزم المشرع الجزائري المبلغ بميعاد معين أشارت إليه عبارة "فورا" التي تعني عدم التراخي في التبليغ لكي لا تفوت فرصة الكشف عن الجريمة أو مرتكبيها، ويبقى للقضاء السلطة التقديرية لمعيار الفورية وعدم التراخي فيه[3].

وعليه فإن الطبيب المختص يحظر عليه البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بوقوع جريمة اتجار بالأعضاء البشرية، وفي هذه الحالة يجب أن يتوقف عن إجراء الجراحة ويخطر الجهات المختصة. إلا أن هناك عدة إشكالات يمكن أن تطرح في هذا المجال خاصة حول مصير العضو المراد زراعته والذي تم الحصول عليه نتيجة عملية بيع وليس

---

1 - فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 134.

2 - بالنسبة للأطباء فإنهم يلتزمون بالسر المهني بموجب نصوص المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب في المواد من 36 إلى 41 منه.

فنصت المادة (36) منه على ما يلي: « ***يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض أو المجموعة إلا إذا نص القانوني على خلاف ذلك*** ». حول موضوع السر الطبي راجع:

تفادي حفيظ، "أصول السر الطبي"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2007، ص ص 73، 86.

3 - فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 134.

أمحمدي بوزينة آمنة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 138.

عن طريق التبرع؟ خاصة وأن لهذه الأعضاء ميزة خاصة في حفظها[1].

2 – العقوبات المقررة لجرائم الاتجار بالأعضاء البشرية:

فرض المشرع الجزائري عقوبات صارمة لمجابهة ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية ولم يتساهل مع مرتكبي هذه الجرائم سواء تعلق الأمر بأفعال الاتجار بالأعضاء البشرية أو الاتجار بالأنسجة أو الخلايا أي جمع مواد الجسم، أو جريمة عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، وأبين ذلك على النحو التالي:

- عقوبة جنحة الحصول على عضو من أعضاء الجسم مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها هي الحبس مدة ثلاث سنوات وغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج[2].

- عقوبة جنحة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص بمقابل أو منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها هي الحبس من خمس سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج [3].

ويلاحظ أن العقوبة التي رصدها المشرع الجزائري لجنحة الحصول على عضو بمقابل أشد من العقوبة التي رصدها لجنحة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم بمقابل مادي أو منفعة، ولعل الحكمة في ذلك ترجع إلى أن الحصول على عضو من جسم شخص فيه إلحاق ضرر أكبر من الضرر الذي يلحق بنزع نسيج أو خلايا أو مواد الجسم[4]، باعتبار أن هذه الأنسجة والخلايا ومواد الجسم تتجدد ولا يترتب على استئصالها فقدانها للأبد، بل يمكن للجسم استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه.

- عقوبة جنحة عدم تبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج[5].

ونظرا لبشاعة هذه الجرائم[6] فإنّ المشرع الجزائري لا يمنح ظروف التخفيف للشخص

---

1 - فوزية هامل، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 156.

2 - انظر نص المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري.

3 - انظر نص المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات الجزائري.

4 - فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 137.

5 - انظر نص المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات الجزائري.

6 - الجدير بالذكر أن العديد من المنظمات الدولية أدانت فكرة وجود مقابل مادي في عمليات نقل الأعضاء البشرية من خلال قراراتها وتوصياتها سواء في إطار المنظمات العالمية أو في إطار المنظمات الإقليمية. راجع في ذلك:
ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 115, 117. =

القائم بهذه الجرائم[1]، إلا أنه بالمقابل يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات المختصة، قبل البدء في تنفيذها أو الشروع بها، وأكيد أن هذا الشرط المتعلق بزمن التبليغ يثير إشكالا من الناحية القانونية، إذ لا يعد النشاط جريمة قبل البدء في تنفيذه، ولا يعد الشخص مجرما إذا لم تدخل الجريمة حيز التنفيذ[2].

كما خفض العقوبة للشخص الذي يقوم بالتبليغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة وقبل تحريك الدعوى العمومية، أو إذا أمكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في الجريمة نفسها[3].

وإذا كان الشخص المدان في جريمة من جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية أجنبيا فإنّ المشرع الجزائري ألزم الجهة القضائية المختصة بمنعه من الإقامة في التراب الوطني لمدة عشرة سنوات على الأكثر[4]، كما يسأل الشخص المعنوي عن هذه الجرائم[5].

=مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 155، 157.
اسمي قارة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص ص 76، 78.
منذر الفضل، التصرف القانوني...، مرجع سابق، ص ص 70، 71.

1 - تنص المادة 303 مكرر 21 على ما يلي: « ***لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا القسم من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة (53) من هذا القانون*** ».

2 - منجد منال، "المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالأشخاص في القانون السوري (دراسة تحليلية)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد 02، 2012، ص 70.
جبيري نجمة، "انتهاج سياسة..."، مرجع سابق، ص 333.

3 - تنص المادة 303 مكرر 24 على ما يلي: « ***يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الاتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها، وتخفض العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية أو إذا مكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة*** ».

4 - تنص المادة 303 مكرر 23 على ما يلي: « ***تقضي الجهة القضائية المختصة بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشر سنوات على الأكثر*** ».

5 - تنص المادة 303 مكرر 26 على ما يلي: « ***يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون.***
وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون ».

المبحث الثاني

الشروط الخاصة بنقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء

مما لاشك فيه أنه لا يجوز اقتطاع كل أعضاء جسم الإنسان الحي، لأن الأعضاء القابلة للاقتطاع مرتبطة بعدم المساس بحياة المتبرع وبالتالي لا يجوز الاقتطاع إلا بالنسبة للأعضاء المزدوجة أما الأعضاء المنفردة لا يجوز اقتطاعها لأن هذه الأعضاء يتوقف على وجودها حياة الإنسان واقتطاعها يؤدي إلى الهلاك، ولهذا لابد من البحث عن مصدر آخر للحصول على الأعضاء البشرية، وهذا المصدر هو جثث الموتى ولأن الحياة قد انتهت منها فلا تثور مشكلة المساس بالحق في الحياة، ولا مجال لإعمال النظرية العامة في حماية حياة الإنسان وسلامته وتكامله الجسدي.

ونظرا للتقدم الطبي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية وخاصة من جثث الموتى باعتبارها المصدر الأهم لهذه العمليات فإن العديد من التشريعات نظمت مسألة الحصول على الأعضاء من جثث الموتى واشترطت ضرورة التحقق من الوفاة قبل مباشرة عملية الاقتطاع (المطلب الأول).

كما اشترطت غالبية التشريعات صدور الموافقة على الاقتطاع من الجثة سواء من الشخص نفسه قبل الوفاة أو من أي شخص يخول له القانون ذلك بعد الوفاة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تحقق حدوث الوفاة قبل استئصال الأعضاء من الجثث

لا تثير عمليات نقل الأعضاء من الجثث مسألة تطبيق النظرية العامة لحماية حياة الإنسان وتكامله الجسدي ومع ذلك فهذه العمليات تعترضها العديد من المشاكل وإن كانت تختلف عن المشاكل التي تعترض عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، وأول مشكلة تعترضها تتعلق بتحديد لحظة الوفاة (الفرع الأول)، ومن ناحية أخرى ظهرت أساليب طبية يتأثر استخدامها على تحديد لحظة الوفاة خاصة أجهزة الإنعاش الصناعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد لحظة الوفاة

يجب التحقق من حدوث الوفاة قبل إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثة الميت إلى شخص حي، وتحديد لحظة حدوث الوفاة من المسائل البالغة الأهمية لأنها توضح الحد الفاصل بين الحياة والموت، وبين التعامل مع إنسان حي والتعامل مع

الجثة[1]، لهذا اهتم الفقه بهذه المسألة وإن تباينت آرائهم حول معيار تحديد لحظة الوفاة (أولا) كما أن هذه المسألة أثارت خلافا بين رجال الفقه وعلماء الطب (ثانيا).

أولا – معيار تحديد لحظة الوفاة:

اختلف الفقه بشأن تحديد لحظة الوفاة فهناك اتجاه يعبر عن تلك اللحظة بالتوقف الكامل للدورة الدموية والتنفسية وهذا هو المعيار التقليدي (1)، ومعيار آخر يركز على موت خلايا الدماغ وهو المعيار الحديث (2).

1 – المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة:

تتحقق الوفاة طبقا لهذا المعيار[2] باعتبارها حادث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في آن واحد، وتحدث الوفاة نتيجة توقف القلب والرئتان عن العمل بمعنى آخر إذا توقفت الدورة الدموية والجهاز التنفسي عن العمل تتوقف معها العمليات الحيوية ويتحول جسم الإنسان الذي ينبض بالحياة إلى جثة[3].

إذ أن الدورة الدموية تتوقف بجهازها وهو القلب، أما توقف التنفس فيحصل بتوقف الرئتان وأن هذا التوقف لهذه الأجهزة تسبقه إشارات منها فقدان الوعي[4].

ومن الوسائل التقليدية التي يستعان بها للتثبت من حدوث الوفاة والتي أشار إليها قرار وزير الصحة الفرنسي الصادر في 03 نوفمبر 1948: طريقة الوخز الوريدي (L'atériotomie)، طريقة إيكارد (La méthode d'Icard) وعلامة الأثير (Signe de l'éther) وترتكز كل هذه الوسائل على توقف الدورة الدموية داخل الجسم[5].

وبالتالي فإنه وفقا لهذا المعيار لا يستطيع الطبيب الجراح استئصال أي عضو من

---

1 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 23.

2 - تعددت مسميات هذا المعيار فهناك من يطلق عليه معيار الموت الظاهري وهناك من يعرفه بالموت الإكلينيكي حول هذا الموضوع انظر:

تدريست كريمة، "تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2008، ص 367.

محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 28.

3 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص ص 23، 27.

4 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 113.

5 - راجع في ذلك: خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 389، 390.

مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 51.

الإنسان قبل توقف قلبه عن العمل توقفا تلقائيا وموت خلاياه وتوقف الجهاز التنفسي لديه[1].

وقد أخذ على هذا المعيار ما يلي:

أنه يفتقر للدقة ولم يعد يتماشى والتقدم الطبي الحديث ذلك أن توقف القلب عن العمل وتوقف الجهاز التنفسي قد لا يدل إلا على مجرد الموت الظاهري[2] وليس الموت الحقيقي[3].

- قد يحدث عكس ما سبق فقد يظل القلب والجهاز التنفسي أحياء، بينما تموت خلايا المخ وهنا يكون الموت حقيقيا، لا ظاهريا، لأنه بموت خلايا المخ تتوقف وظائف المراكز العصبية العليا ويعتبر الإنسان ميتا هنا رغم أن وظائف القلب والجهاز التنفسي تؤدي دورها بطريقة صناعية بواسطة ما يسمى القلب الرئة[4].

- هذا المعيار يقف حجر عثرة أمام التقدم العلمي إذ أن التعويل عليه من شأنه إعاقة العديد من الممارسات الطبية العلاجية وعلى رأسها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والتي يلزم لنجاحها نقل العضو وزراعته قبل تآكل أنسجته وتلفها، الأمر الذي لن يتأتى إذا ما تبنينا المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة والذي سوف يترتب عليه في معظم الحالات فساد أعضاء جسم الإنسان وعدم إمكانية الاستفادة منها[5].

---

1 - رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل...، مرجع سابق، ص 102.

2 - يعرّف البروفسور Vigourau الموت الظاهري بأنه: « الغياب المؤقت للمقومات الأساسية للحياة: التنفس، النبض خفقان القلب لشخص ما زال حيا، ولكنه يظهر بمظهر الميت ». أشار إلى ذلك: محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وإنعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015، ص 31.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 391.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 314.

3 - بعتاش ليلى، "الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد الأول، العدد 2، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص ص 222، 223.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 245.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 223، 224.

مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 51، 52.

4 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 24.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 224.

أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 172.

5 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 52.

وبسبب هذه الانتقادات، جاءت أهمية البحث عن معيار يحافظ على الحياة الإنسانية، وفي الوقت نفسه يساعد على التقدم العلمي، بحفظ القيمة التشريحية للعضو المراد استئصاله[1].

2 – المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة:

نظرا لما ينطوي عليه المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة من عدم موائمة واستحالة لا يمكن معها إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تستلزم وجود نوع ما من الحياة في جسم الشخص محل هذه الممارسة الطبية، لذا كان معيار موت الدماغ[2] هو الملاذ الذي وجد فيه أنصار الممارسات الطبية الحديثة بوجه عام، وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على وجه الخصوص الحل المناسب الذي يتيح نقل الأعضاء والخلايا ومختلف مشتقات جسم الإنسان وهي في حالة صالحة للزرع في جسم المريض، أو لاستخدامها في مختلف الممارسات الطبية الحديثة[3].

ووفقا لهذا المعيار يكون الموت الحقيقي بموت خلايا المخ على الرغم من بقاء القلب حيا، فمتى ماتت خلايا المخ بصورة كلية ونهائية يعني استحالة عودتها مرة أخرى للحياة[4].

ويؤكد أنصار هذا المعيار على أنه بمجرد التوقف الكامل لوظائف المخ يتبعه بحكم الضرورة توقف الأعضاء الأخرى، وخاصة الرئتين والقلب وذلك خلال فترة زمنية وجيزة فتكون حالة الشخص ميئوسا منها تماما[5].

وقد أخذ على معيار موت الدماغ ما يلي:

---

1 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 24.

2 - نشير إلى أن المدرسة الفرنسية كانت أول من تنبه إلى موت الدماغ وذلك في عام 1959، بعد النتائج التي توصل إليها الباحثان مولاري وكولون، إذ قاما بنشر بحث ضم 23 مريضا أصيبوا بغيبوبة عميقة وانقطاع التنفس مع غياب منعكسات جذع المخ وغياب أية فعالية للتخطيط الكهربائي للدماغ، وسميت هذه الحالة "مرحلة ما بعد الإغماء" (Coma dépassé). وبعد المدرسة الفرنسية ظهرت المدرسة الأمريكية عن طريق لجنة تابعة لجامعة هارفارد الأمريكية عام 1968، والتي وضعت مواصفات لموت الدماغ، عرفت فيما بعد بمعايير هارفارد. راجع في ذلك:

ARNOUX Irma, Les droits…, op.cit, p 73.

VAUCHEZ-Hennette Stéphanie, Dispose de soi ?..., op.cit, p 25.

افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 389.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 252.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 53.

4 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 392.

5 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 230.

– أن تبني معيار موت الدماغ يضيف بشكل كبير من نطاق الحماية الجنائية لجسم الإنسان، إذ أن جسم الإنسان سوف يتحول إلى جثة بمجرد توقف جذع المخ عن القيام بوظائفه ولو كانت باقي أعضاء الجسم تقوم بوظائفها الحيوية بشكل طبيعي، وكأن بالمخ يستأثر بالنصيب الأعظم من الحماية دون سائر مكونات الجسم وعناصره، وهذا غير صحيح لأن كل أعضاء جسم الإنسان تتمتع بالحماية القانونية من الناحية المدنية والجنائية[1].

– إن الدافع الرئيسي وراء تبني معيار الموت الدماغي إنما يكمن في الاندفاع نحو الممارسات الطبية الحديثة وخصوصا عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبار أن جثث الموتى هي المصدر الوحيد للحصول على الأعضاء البشرية المنفردة والتي تتوقف عليها الحياة كالقلب والكبد، وهذا لا يبرر بأي حال إنهاء حياة إنسان من أجل حياة إنسان آخر[2].

- معيار موت الدماغ يثير العديد من الشكوك حسب رجال الطب أنفسهم[3]، إذ أثبت مجموعة من الأطباء في امستردام بالدليل القاطع أن مخ الإنسان الذي اعتبر ميتا وفقا لمعيار موت الدماغ، استمر في إرسال إشارات تدل على وجود حياة داخل الخلايا العصبية للمخ[4].

كما أن هذا المعيار ليس حاسما في حالة الأطفال المصابين بغيبوبة أو الأشخاص المصابين بحالة تسمم غامض وخطير أو في حالة انخفاض درجة حرارة الجسم إلى ما دون المعدل الطبيعي[5]، وهذا يعني أن موت الدماغ إلى الآن ليس حقيقة طبية مسلم بها[6].

---

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 408.

2 - حمدي عبد الرحمن، "الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزراعة الأعضاء"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية، 1998، ص 449.
مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 56.

3 - من الأطباء المعارضين لمعيار موت الدماغ كأساس لتحديد لحظة الوفاة نجد: د. صفوت لطفي أستاذ علم التخدير كلية الطب، جامعة القاهرة، د. ممدوح سلامة، أستاذ المخ والأعصاب، جامعة عين شمس، د. شريف عزت، أستاذ المخ والأعصاب، جامعة الأزهر، كما اعترض على مفهوم موت الدماغ الجمعية المصرية لجراحي الأعصاب في بيانها الصادر بتاريخ 24 جويلية 1997. حول هذا الموضوع انظر:
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 393.

4 - محمود أحمد طه، الأساليب الطبية...، مرجع سابق، ص 43.

5 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 178.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 401.

6 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 402.

– معيار الموت الدماغي لا يبدو في جوهره قادرا على تحقيق الموازنة بين مقتضيات التطور العلمي والحماية القانونية لسلامة الجسم والحياة، وإن كان يبدو ملائما ومواكبا لما يستحدث من ممارسات طبية وعلمية مختلفة[1].

أمام الانتقادات الموجهة لمعيار موت الدماغ[2] ذهب جانب من الفقه القانوني إلى أن أساس تحديد لحظة الوفاة هي لحظة توقف مظاهر الحياة وأجهزة الجسم وأعضائه عن أداء وظائفها توقفا تاما لا رجعة فيه[3]، وهذا ما أكدت عليه الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري سنة 1995[4].

وأعتقد أن هذا الرأي هو الجدير بالتأييد لأن معيار موت الدماغ ليس حقيقة طبية مسلم بها.

ثانيا – الموت بين اعتباره مسألة طبية أو قانونية:

أثارت مسألة تحديد لحظة الوفاة خلافا كبيرا بين الأطباء ورجال القانون[5]، فالأطباء يعتبرون تحديد تلك اللحظة من حقوقهم، لأن التحقق من الوفاة يعد في جوهره عملا طبيا يقرره الأطباء وفقا للوسائل الفنية المتبعة[6]، بينما يرى رجال القانون أنها مسألة قانونية يجب أن يترك أمرها للمشرع[7].

---

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 56.

2 - يرفض الدكتور ممدوح سلامة أستاذ جراحة المخ والأعصاب بجامعة عين شمس، معيار موت الدماغ ويقول: « ... لقد كان دليل وفاة الشخص منذ 1950 م هو اختفاء مظاهر الحياة. فلماذا ظهرت تلك القضية بعد ظهور قضية نقل الأعضاء » ويؤكد الدكتور ممدوح سلامة قائلا: « أؤكد أنني قابلت حالات قد عادت إلى الحياة مرة أخرى ».
ويقول الدكتور صفوت حسن لطفي أستاذ التخدير بجامعة القاهرة « إنّ الموت الشرعي هو توقف جميع أعضاء الجسم عن العمل وبرودته تفقد حرارة الحياة وبدء مظاهر الفساد والتحلل والتعفن ».
نقلا عن: عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية...، مرجع سابق، ص ص 134، 136.

3 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 407.

4 - محسن عبد الحميد البيه، "مشكلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 18، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1995، ص 213.

5 - RAYROUX Pascale, Consentement, Liberté de disposer de son corps et licéité des conventions relatives au corps humain, thèse, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1993, p 208.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 376.

6 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 48.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 408.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 369، 372.

7 - تدريست كريمة، تحديد لحظة...، مرجع سابق، ص 374.

هناك اتجاهان في الفقه القانوني يحكمان هذه المسألة:

الأول: ينادي بضرورة صدور تشريع يعرف الموت ويرسم حدوده.

الثاني: يرى أن تعريف الموت ورسم حدوده يدخلان ضمن اختصاص الطب[1]، وأوضح ذلك على النحو التالي:

1 - الوفاة مسألة قانونية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الوفاة مسألة قانونية ومن ثم يجب أن يتضمن التشريع نصا قانونيا يعرف الوفاة، فالوفاة من المسائل المتعلقة بحالة الشخص بل هي من أبرزها على الإطلاق، لذا يجب أن يستأثر القانون بتحديد مفهوم الموت وحسب أنصار هذا الاتجاه لا يجب ترك مسألة تحديد مفهوم الوفاة لقواعد آداب مهنة الطب دون أن يكون للضمير الاجتماعي الحق بأن يعبر عن رأيه فيها، إذ أن مثل هذه القواعد قد لا تلقى لدى أفراد المجتمع التقدير نفسه الذي يكنه رجال الطب نحوها وما جرى عليه العمل بين الأطباء قد لا يلقى القبول لدى رجال القانون أو الرأي العام[2]، وباعتبار أن مسألة الموت من المسائل التي تخص كل أفراد المجتمع، فإنه بات من الضروري بلورتها عن طريق مناقشات عامة وبرلمانية تنتهي بإصدار قانون يوضحها[3].

فحسب أنصار هذا الاتجاه هناك ضرورة لإصدار تشريع يعرف الموت لعدة أسباب نلخصها فيما يلي:

- الشخصية القانونية للفرد منحة من المشرع وهي بذاتها مصدر جميع الحقوق اللصيقة بالشخصية فيصبح من الضروري ألا تخضع هذه المنحة لمعايير شخصية[4].

- وضع تعريف تشريعي للموت يستهدف طمأنة الرأي العام والأطباء، إذ يقوم الأطباء بعملهم وفق الأسس التي أرساها التشريع.

---

1 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 259.

2 - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 598.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 260.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 182.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 323.
تدريست كريمة، تحديد لحظة...، مرجع سابق، ص 375.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 412.

4 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 368.

- القانون عندما يعالج الموت كواقعة قانونية يضع في حسبانه كل الآثار التي يمكن أن تترتب على حدوث هذه الواقعة[1].

- يترتب عن إعلان وفاة شخص ما أثار قانونية خطيرة على الصعيدين المدني والجنائي ويؤدي حتما إلى انحصار الحماية الجنائية عن كيانه المادي لأنه يصبح جثة، فإنه يبدو جليا أن معيار التحقق من الموت والذي تنبني على أساسه كافة هذه الآثار لابد وأن يطلع القانون بالدور الرئيسي في ضبطه وإصباغ وصف المشروعية عليه[2]، فالناحية الأخلاقية والقانونية يجب أن تحكم المسألة مع الناحية الطبية ولا تترك لمحض تصرف الأطباء[3].

لذلك كله كان لزاما على المشرع القيام بوضع تعريف دقيق للموت آخذا في عين الاعتبار المفاهيم والمبادئ الأخلاقية والعقائدية التي تسود المجتمع والتي تعكس بدورها اتجاه الرأي العام ومدى تقبله للمعيار الذي يحدد لحظة الوفاة[4].

2 – الوفاة مسألة طبية:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول أن الوفاة هي مسألة طبية وعلمية بحتة لا علاقة للقانون بها[5]، ومن ثم يجب أن يترك أمر تحديدها ومفهومها للأطباء على أساس أنهم الجهة الوحيدة القادرة من الناحية العلمية على البت في هذه المسألة، وذلك في كل حالة على حدة دون تقييدهم بنصوص قانونية جامدة تأبى طبيعة التحقق من الموت - بوصفه عملا طبيا محضا - الخضوع لها[6].

ومن ثمّ فتخضع لتقديرهم طبقا للقواعد الفنية والأصول العلمية المتعارف عليها[7]، فضمير الأطباء هو المسؤول الأول عن إعلان وفاة الشخص وأن رجال القانون ينبغي أن

---

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 412.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 49.

3 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 369.

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 50.

5 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 183.
محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 22.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 261.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 324.

6 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 48.

7 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 409.

يطمئنوا إلى الضمير الحي لزملائهم الأطباء[1]، وإدراج الوفاة في نصوص قانونية يعتبر من المسائل الخطيرة وذلك بسبب التقدم المستمر للعلوم الطبية والبيولوجية، وينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى نتيجة أساسية مفادها عدم جواز إصدار تشريع لتعريف الوفاة، وكل ما يمكن للقانون أن يفعله في هذا الصدد هو وضع بعض الأسس والقواعد الاسترشادية دونما دخول في التفاصيل الفنية ويتولى القانون الذي ينظم الممارسات الطبية المستحدثة بيان هذه القواعد وتلك الأسس أو قد يكتفي بتضمينها في لائحة أو قرار وزاري[2].

وقد اعتنق هذا الاتجاه بعض القوانين المقارنة التي لم تعتمد على معايير تشريعية، ولا حتى على معايير تنظيمية لتحديد لحظة الوفاة، وإنما اعتمدت في ذلك على معايير طبية[3]، كمرسوم القانون رقم 55/87 الكويتي المتعلق بزراعة الأعضاء حيث أحالت المادة (5/أ) من هذا المرسوم التحقق من الوفاة إلى لجنة تتشكل من ثلاثة أطباء اختصاصيين من بينهم طبيب مختص بالأمراض العصبية[4].

وكذلك المشرع الأردني الذي لم يجز فتح الجثة لأي غرض من الأغراض إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير طبي ويشترط في ذلك أن يكون الطبيب الذي يقرر الوفاة هو غير الطبيب الاختصاصي الذي يقوم بعملية النقل، وهذا حسب نص المادة الثامنة من القانون رقم 23 لسنة 1977 الخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان[5].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي ترك مسألة التحقق من الوفاة في البداية للجهة الطبية دون وضع معايير خاصة بكيفية حدوث الوفاة في المنشور رقم 67 المؤرخ في 24 أفريل 1968 الذي نص فقط على بعض الاحتياطات التي يجب أن يراعيها الأطباء قبل تقرير الوفاة[6]، ونص هذا المنشور على أنه: « يتركز ثبوت الوفاة على وجود أدلة متوافقة تؤكد على وجود أضرار لا تتناسب البتة مع الحياة »[7].

---

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 329.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 48.

3 - AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, p 450.

4 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 410.

5 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 261.

6 - ARNOUX Irma, Les droits…, op.cit, p 73.
PONCHON François, Les prélèvements d'organes…, op.cit, p 44.

7 - RAYROUX Pascale, Consentement…, op.cit, p 209.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 410.

ثم صدر المرسوم رقم 78-502 الصادر بتاريخ 31 مارس 1978 تطبيقا لقانون 22 ديسمبر 1976 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية الذي نص في مادته (21) على كيفية التثبت من الوفاة، وكان يجب انتظار صدور منشور آخر يحدد تقنيات التأكد من الوفاة، وهذا ما تم بالفعل بصدور منشور 3 أفريل 1978، إلا أنه أحال الأطباء إلى توجيهات منشور 24 أفريل 1968[1]. لعل هذا ما دفع جانبا من الفقه الفرنسي إلى القول: « لدينا انطباع بأننا نموت في فرنسا بحكم منشور، بحكم الإحالة من أوراق إلى أوراق »[2].

كما انتقد الفقيه Savatier هذا النظام لأنه أنشئ بمجرد منشور تعرضت به السلطة الإدارية لمواضيع تتعلق بالحقوق الجوهرية للأفراد[3].

بعد طول انتظار صدر في فرنسا ولأول مرة مرسوم يحدد شروط التحقق من الوفاة السابقة لعمليات استئصال الأعضاء والأنسجة التي تجرى لأغراض علاجية أو علمية، وهو المرسوم رقم 96-1041 المؤرخ 02 ديسمبر 1996[4]، طبقا لأحكام هذا المرسوم فإنّ الوفاة لا تتحقق إلا بتوافر ثلاثة معايير تتعلق بالغياب التام والكامل عن الوعي وانعدام الحركة التلقائية للجسم، وتوقف كافة ردود أفعال جذع المخ، بالإضافة إلى غياب التنفس التلقائي.

كما استلزمت المادة الأولى من هذا المرسوم على الأطباء الذين يقررون الوفاة أن يتثبتوا من موت جذع المخ عن طريق جهاز الرسم الكهربائي، وذلك بما لا يقل عن مرتين يفصل بين كل منهما أربع ساعات على الأقل، ويحرر محضر بوفاة الشخص موقع عليه من الأطباء الذين قرروا الوفاة مبينين كافة الإجراءات والفحوص التي قاموا بها للتثبت من الموت[5].

غير أنه ونتيجة لنقص الأعضاء المتحصل عليها من الأشخاص المتوفين دماغيا

---

1 - RAYROUX Pascale, Consentement…, op.cit, p 209.

2 - Voir : ARNOUX Irma, Les droits…, op.cit, p 73.

افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 410، 411.

3 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 254.

4 - Décret N° 96-1041 du 02 Décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissue et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique, JORF N° 282, du 4 Décembre 1996, p 17615.

5 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 54.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 404 – 405.

أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 264، 265.

PONCHON François, Les prélèvements d'organes…, op.cit, p 45.

أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 2005-949 الصادر بتاريخ 2 أوت 2005[1]، وأصبح يأخذ بموت القلب كاستثناء لنقل الأعضاء من الجثث، والفئات المذكورة في القسم الأول (I) والثاني (II) والرابع (IV) من التصنيف الدولي ماستريشت Maastricht هي فقط المعنية بذلك، دون الحالات المذكورة في القسم (III) والذين توقف قلبهم نتيجة اتخاذ قرار بوقف العلاج[2]، فالمتبرعين المعنيين محددين وفقا لمعايير معينة، ويتعلق الأمر بأشخاص تجاوزوا سن 18 سنة وأقل من 55 سنة، توفوا نتيجة توقف القلب الذي تحقق لعدة أسباب كحادث في طريق عمومي أو مرض أو انتحار...[3]، أما بالنسبة للأعضاء التي يجوز استئصالها من شخص متوفي نتيجة توقف قلبه تتمثل في الكبد والكلية[4]، كما يجوز استئصال بعض الأنسجة والخلايا كالجلد والعظم والقرنية[5].

ويذكر هنا أن القوانين المقارنة[6] قد تطلبت أن يكون الأطباء الذين يصدرون قرار وفاة المتبرع من أقسام مختلفة عن الأطباء الذين يشرفون على نقل وزرع الأعضاء البشرية[7].

---

1 - Décret N° 2005-949 du 2 Août 2005, relatif au conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique, JORF N° 182 du 6 Août 2005, p 12898.

2 - CCNE, Avis N° 115, questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantations, 7 Avril 2011, p 16.

3 - JOUSSET Nathalie, JACOB Jean Paul et autres, "Prélèvement à cœur arrête en France: législation et application", in accès aux transplantations d'organes et tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les étude hospitalière, 2009, pp 29, 36.

4 - Arrêté du 2 Août 2005, Fixant la liste des organes lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé, JORF N° 182 du 6 Août 2005, p 12901.

5 - Arrêté du 2 Août 2005, Fixant la liste des tissus et des cellules pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque et respiratoire persistant et autorisé, JORF N° 182, du 6 Août 2005, p 12902.

6 - من التشريعات المقارنة التي نصت على ذلك أذكر: التشريع الفرنسي في نص المادة (L.1232) من قانون الصحة الفرنسي، التشريع الإماراتي في نص المادة (6) من القانون رقم 15 لسنة 1993 المتعلق بتنظيم وزراعة الأعضاء، التشريع الكويتي في نص المادة (5) من مرسوم القانون رقم 55-87 المتعلق بزراعة الأعضاء والتشريع الأردني في نص المادة (8) من القانون رقم 23 لسنة 1977 المتعلق بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 2000. راجع في ذلك: الأيوبي أحمد، "دراسة نقدية لأحكام القانون اللبناني حول زراعة الأعضاء والأنسجة البشرية في ضوء القوانين العربية والأوروبية"، مجلة المحامون، العدد الأول، نقابة المحامين، طرابلس، 2008، ص ص 5، 6.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 411.

7 - وهذا ما نصت عليه كذلك المادة 2/16 من البروتوكول الإضافي الملحق باتفاقية أوفيدو والخاص بنقل الأعضاء والأنسجة البشرية ستراسبورغ 2002 إذ ورد فيها ما يلي: « ***لا يجوز أن يكون الأطباء الذين شهدوا على وفاة المتبرع هم أنفسهم من يشرفون على عملية نقل الأعضاء والأنسجة*** » أشار إلى ذلك: =

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنّه لم يحدد معيارا دقيقا يحتكم إليه لتحديد لحظة الوفاة، رغم أنه نص على ضرورة تحقق الأطباء من حدوث الوفاة قبل استئصال الأعضاء من جثث الموتى، إذ تنص المادة 164 الفقرة الأولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية*** ».

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري أحال مسألة تحديد الوفاة إلى الوزير المكلف بالصحة العمومية الذي له صلاحية تحديد معايير الوفاة حسب المقاييس العلمية، ومصطلح "**المقاييس العلمية**" يقبل عدة تفسيرات حيث يمكن أن يندرج ضمنه معيار موت الدماغ[1]، وفي هذا الإطار أصدر وزير الصحة قرار وزاري رقم 89-39 الصادر بتاريخ 26 مارس 1989، والذي حدد المعايير الطبية التي يراعيها الأطباء عند إثباتهم للوفاة السابقة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وطبقا لنص المادة الأولى من هذا القرار تثبت الوفاة (الموت الدماغي) بالمعايير التالية: المعايير الإكلينيكية، المعايير المتعلقة بانعدام الوعي، المعايير الكهربائية للتأكد من موت خلايا المخ باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي[2]، فحوصات أخرى خاصة.

يتبين من خلال ما ذُكر أن هذا القرار في إطار تعريفه للموت وتحديد لحظة حدوثه أخذ بمعيار موت الدماغ كمعيار حديث يتلائم مع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إلا

=خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 409.

رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل...، مرجع سابق، ص 108.

1 - ليندة بغدادي، "أثر التطور التكنولوجي على طبيعة الأعمال الطبية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري"، مجلة معارف، العدد السابع، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2009، ص 101.

2 - وقد تعرض معيار رسم المخ الكهربائي للعديد من الانتقادات لأنه لا يصلح بمفرده كأداة للتحقق من حصول الوفاة لأن هذا الجهاز لا يعكس إلا النشاط القريب للمراكز العصبية، ولكنه لا يعطي معلومات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة، فيمكن ألا يعطي الجهاز أي إشارة لمدة محدودة مع أن المراكز العصبية العميقة تكون في حالة حياة، ومع تقديرنا لهذا الرأي إلا أنه يمكن الرد على ذلك القول أن هذا المعيار لا يؤخذ وحده للتأكد من تحقق الوفاة، كما أن التطور العلمي أحدث تطورا كبيرا في جهاز رسم المخ الكهربائي. حول هذا الموضوع انظر:

حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 176.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 400.

أنّ هذا القرار تعرض للنقد[1] على أساس أن المعايير الواردة فيه اعتمدت على مقاييس دولية متطورة لا يمكن تطبيقها في الجزائر لقلة ونقص الأجهزة الطبية[2].

ورغم أن المشرع الجزائري نص في المادة 168 مكرر 1 من قانون حماية الصحة وترقيتهابعد تعديله سنة 1990 على إنشاء المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية[3] لمراقبة الأعمال الطبية والسهر على حماية حياة الإنسان وسلامته البدنية، إلا أنه لا يملك في هذا المجال سوى اختصاص إصدار التوصيات والآراء، فمعايير تحديد لحظة الوفاة تبقى من اختصاص الوزير المكلف بالصحة العمومية، وهذه المعايير أصبحت محددة في القرار الوزاري رقم 34 الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 الذي نص على معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة، وطبقا للمادة الثانية من هذا القرار فإنّ هذه المعايير تتمثل في ما يلي:

- الانعدام التام للوعي.
- غياب النشاط العفوي الدماغي.
- التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار Hypercapnie.
- التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ومن إنجاز طبيبين مختلفين[4].

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري اعتبر مسألة تحديد لحظة الوفاة هي مسألة طبية[5]، لأن المشرع لم يضع أي نص تشريعي يعرف الموت سواء في قانون حماية الصحة

---

1 - مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 350.

2 - وفي هذا الصدد يقول الأستاذ مروك نصر الدين: « وأمام هذا الفراغ التشريعي يلجأ الأطباء في الحياة العملية إلى تحديد الوفاة كل حسب إمكانياته وأمام نقص الوسائل المادية التي يتطلبها العمل الطبي الحديث والتي تفتقر إليها الكثير من مناطق الوطن، فإنّ أمر التحقق من الوفاة في الجزائر أصبح من الأمور الصعبة للغاية، والأطباء يعتمدون في تحديد لحظة الوفاة على بعض المؤشرات التقليدية المعروفة مثل نبض القلب، برودة الجثة، شخوص العينين... » راجع في ذلك:
مروك نصر الدين، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 51.

3 - تنص المادة 168 مكرر 1 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***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...*** ».

4 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 536.
مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 350.

5 - تدريست كريمة، تحديد لحظة...، مرجع سابق، ص 376.

وترقيتها أو في قانون الحالة المدنية[1]، واكتفى بإحالة المسألة إلى القرارات الصادرة من الوزير المكلف بالصحة العمومية وهذه القرارات تضع فقط بعض الأسس والقواعد الاسترشادية دونما دخول في التفاصيل الفنية.

ويرى البعض[2] أن تحديد معيار التحقق من الموت ووسائل تطبيقه يعد شأنا طبيا من حيث تفاصيله الفنية وهو شأن قانوني من حيث صياغته في قالب تشريعي يضبطه بوضوح.

يُستخلص مما سبق إلى أنه: من المتعذر وإن لم يكن من المستحيل أن نقف بمسألة الوفاة عند كونها وفقط مسألة طبية أو قانونية، وذلك أن واقعة الوفاة تتمتع بالصفتين معا فهي واقعة بيولوجية تدخل من اختصاص الطبيب، كما أنه يترتب عليها آثار قانونية من الناحية الجنائية والمدنية[3]، ومن ثم يستأثر القانون بتنظيمها وهذا يعني أن الموت مسألة طبية ذات آثار قانونية، وأعتقد أن هذا الرأي هو الأجدر بالتأييد لأنه اتجاه توفيقي يجد سنده بين وظيفة القانون والذي يهدف لحماية حقوق الإنسان، ومنها حقه في سلامة الجسم وغاية الطب والذي يهدف إلى شفاء الشخص والحفاظ على صحته.

الفرع الثاني

نقل الأعضاء من جثث الموتى في مرحلة الإنعاش الصناعي

نظرا لتقدم العلوم البيولوجية ظهرت وسيلة فنية في مجال الطب والجراحة، تستهدف حفظ حياة الإنسان المريض الذي توقف قلبه بوسائل صناعية تعيد للقلب والجهاز التنفسي نشاط عمله بحيث يؤدي ذلك في بعض الحالات إلى استرداد الإنسان وعيه كاملا واستعادة وظائفه الأساسية والحيوية وهذه الوسيلة هي الإنعاش الصناعي[4].

---

1 - أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فيفري 1970، يتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 21، صادر بتاريخ 27 فيفري 1970.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 51.

3 - من الآثار القانونية للوفاة فإنه: من الناحية الجنائية لا تقع جريمة القتل إلا على إنسان حي ومن الناحية المدنية بالموت تنتهي الشخصية القانونية ولا يعود الإنسان صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومن الناحية الشرعية فإنّ تحديد الورثة يتوقف على من كان حيا لحظة وفاة المورث، فيجب أن تتحقق حياة الوارث وقت موت المورث.

4 - أحمد جلال الجوهري، "الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، الكويت، 1981، ص 122.

حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 122.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 262.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 328.

غير أن هذا التطور الطبي المتوصل إليه بفضل استخدام هذه الوسيلة كشف عن وضعية الإنسان الذي يعيش حالة اللاوعي أو الغيبوبة من الناحية الطبية (أولا)، وما يهمنا أكثر في هذا المجال هو البحث عن الحدود القانونية للتصرف بالأعضاء البشرية في مرحلة الإنعاش الصناعي (ثانيا) بالإضافة إلى تحديد المسؤولية الطبية إزاء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي (ثالثا).

أولا – حكم الشخص تحت الإنعاش الصناعي:

يعرف الإنعاش الصناعي بأنه: « مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أو تقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض وذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضا لاحتمالات الموت أو الموت إذا لم تستعمل هذه الوسائل »[1].

كما يقصد به: العناية الطبية المركزة باستخدام أجهزة طبية اصطناعية ومعالجة دوائية تحت مراقبة فائقة يقدمها فريق طبي متخصص لمعالجة الحالات الحرجة[2] التي تتوقف فيها وظائف الأعضاء الحيوية إلى أن تعود هذه الأعضاء إلى عملها الطبيعي[3].

والشخص الطبيعي قد يعيش في حالة اللاوعي أو الغيبوبة، بحيث قد يدخل في نوعين من الغيبوبة إما غيبوبة عميقة أو غيبوبة نهائية[4].

1 – حالة الغيبوبة العميقة: يكون المصاب في هذه الحالة فاقد الإحساس والمنعكسات، ولكن لا تموت خلايا المخ بل يبقى الجسم محتفظا بحياة عضوية متمثلة في الإبقاء على درجة حرارة الجسم والتنفس والدورة الدموية ولا يعتبر الإنسان ميتا في هذه الحالة

---

1 - أحمد جلال الجوهري، الإنعاش الصناعي...، مرجع سابق، ص 122.

2 - من الحالات التي تستوجب المعالجة بأجهزة الإنعاش الصناعي أذكر منها:

- حالات شلل الأطفال.
- حالات التسمم بالمخدرات والمنومات والمهدئات.
- حالات الغيبوبة الناتجة عن إصابات الرأس.
- حالات الفشل الكلوي وهي تعالج بالكلية الصناعية.
- حالات عدم انتظام ضربات القلب. راجع في ذلك:

مروك نصر الدين، "الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية"، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 41.
أحمد جلال الجوهري، الإنعاش الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 122، 123.

3 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 431.

4 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 77.

بل يمكن لجهاز رسم المخ أن يسجل ذبذبات معلنا عن وجود حياة لخلايا المخ[1]، فقد أثبتت الدراسات الطبية التي أجريت على ألف مريض في حالة غيبوبة عميقة والتي كانت نتيجة إصابات على الرأس دون أن يتحقق فيها موت الدماغ وبعد معالجتهم من إصاباتهم استعادوا الوعي خلال مدة لم تتجاوز ثلاثة أشهر من الإصابة[2].

لكن لا يجب أن يفهم هنا أن هذا العمل يعتبر من قبيل إعادة الحياة إلى المريض ذلك لأن الشخص ما زال حيا في حكم الشرع والقانون حتى وإن كانت قد توقفت بعض أعضائه الحيوية عن العمل التلقائي بشكل مؤقت[3]، ودور أجهزة الإنعاش الصناعي في هذه الحالة يكون لغرض إيصال الغذاء والأكسجين إلى الدماغ لكي لا تموت خلاياه[4].

يتضح إذن أن الشخص الموجود في حالة غيبوبة عميقة لا يعتبر في حكم الميت لعدم تحقق الوفاة من الناحية الطبية والقانونية وبالتالي لا يجوز استئصال أي عضو من أعضائه.

2 – حالة الغيبوبة النهائية: أهم ما يميز هذه الحالة هو وفاة خلايا المخ لدى الشخص، وحينما تموت خلايا المخ يفقد الإنسان كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية ويعتبر الإنسان هنا في حكم الأموات فمن المستحيل بعد موت خلايا المخ إعادة الحياة الطبيعية للإنسان[5].

وإذا تم تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي بعد موت مخ المريض فإن وظيفتها تقتصر على المحافظة على بعض أعضاء الجسم من خلال تزويدها بالدم المحمل بالأكسجين وغيره من ضروريات الحياة، هنا لا تكفل الأجهزة سوى حياة صناعية لبعض خلايا الجسم ولا يمكن القول بأنها تعيد الحياة إلى الشخص الذي مات موتا حقيقيا بموت خلايا مخه[6]،

---

1 - ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية...، مرجع سابق، ص 336.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 333.

2 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص ص 124 – 125.

3 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 432.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 46.

4 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 125.

5 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 77.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 333.
ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية...، مرجع سابق، ص ص 236، 237.

6 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 150.

فهناك اتفاق بين الأطباء على أن موت الدماغ هو باختصار رمز الموت[1]. فهو معيار موت الإنسان موتا حقيقيا[2].

يُستخلص مما سبق أن وجود مريض في حالة غيبوبة نهائية يخول للطبيب الجراح المساس به واستئصال الأعضاء منه إذا توافرت له شروط الإباحة، ولا يمكن تصور إجراء أي استئصال للأعضاء من مريض مادام لم تثبت وفاته، فموت المتبرع شرط ضروري لإباحة نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى، ولكن يشكّل تحديد لحظة وفاة الشخص الخاضع للغيبوبة النهائية أو المستديمة مشكلة معقدة لأن مدتها قد تطول أو تقصر في حين تفترض المعاينة القانونية دائما حدوث الموت في لحظة محددة.

ثانيا – القيود القانونية للتصرف بالأعضاء البشرية في مرحلة الإنعاش الصناعي:

سبق وأن تم التعرض إلى حكم الشخص تحت الإنعاش الصناعي ورأينا بأنه إذا كان في حالة غيبوبة عميقة فإنّه يعتبر من الأحياء واستئصال أي عضو من جسمه يخضع لضوابط نقل الأعضاء بين الأحياء، أما إذا كان الشخص في حالة غيبوبة نهائية وتلف جهازه العصبي لا يمكن اعتباره كائنا حيا وإن تمت المحافظة على وظائف بعض الأعضاء الحيوية اصطناعيا[3]، ولكن وضعه في هذه الحالة يكون وضعا خاصا الأمر الذي أدى بالتشريعات الوضعية إلى وضع قيود قانونية لاستئصال أعضاء جسم هذا الشخص[4]، وأوضح هذه القيود على النحو التالي:

1 – التحقق من الوفاة عن طريق لجان طبية خاصة:

يعد ضروريا أن يأخذ عدة أطباء بشكل جماعي مسؤولية التحقق من الوفاة السابقة لاستئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى[5]، فيجب التحقق من حدوثها بشكل يقيني، لأن الخطأ في التشخيص يؤدي إلى إنهاء حياة إنسان[6]، ولهذا اشترطت العديد من التشريعات

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 527، 528.

2 - حيدرة محمد، "تشريح الجثث والانتفاع بأعضاء الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الطبي"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 6، 2011، ص 61.

3 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 433.

4 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 126.

5 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 267.

6 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص ص 126، 127.

التثبت من الوفاة عن طريق لجان طبية خاصة ومن التشريعات المقارنة التي أخذت بذلك التشريع المصري[1] إذ نصت المادة 14 من قانون تنظيم وزرع الأعضاء على ما يلي: « ***لا يجوز نقل أي عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتا يقينيا تستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية***... ».

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنص في المادة 3/167 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين*** ».

يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الرجوع إلى أكثر من طبيب عند التحقق من الوفاة السابقة لاستئصال الأعضاء البشرية، وهي فكرة ممتازة وسيكون تعدد شهادات الأطباء ضمانة ضد الشكوك من القرار الفردي[2]. واشترط المشرع الجزائري أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 167 بالإضافة إلى طبيب شرعي[3].

---

1 - وقد ذهب اتجاه فقهي في مصر إلى اقتراح عدة عناصر تكون بمثابة ضمانات لإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي وهي:
- قرار من لجنة طبية متكونة من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل يجتمعون على أنه لا عودة للحياة بعد موت المخ، في الحالة المعروضة عليهم مع التوصية بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي.
- تصديق قاض أو وكيل النيابة العامة على القرار بعد التأكد من موافقة أسرة المريض عليه.
- تحرير لجنة الأطباء المشار إليها أعلاه شهادة بالوفاة قبل أن يقوم الطبيب تنفيذ قرار الإيقاف.
راجع في ذلك: مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 338، 339.

2 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 268.

3 - نلاحظ أن المشرع الجزائري يشرك الطبيب الشرعي عند التحقق من الوفاة وهذا على خلاف بعض التشريعات المقارنة، كالتشريع المصري الذي لم ينص على ذلك في القانون المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية رغم وجود اقتراح من مجلس الشورى المصري كان يرى أن تضم اللجنة التي تتحقق من الوفاة عضو من الطب الشرعي باعتبارهم متخصصون في تحديد الوفاة وأسبابها ونتائجها أكثر من أي طبيب آخر، وقد اقر بذلك بعض أعضاء مجلس الشعب ولكن عند مناقشة القانون أوضح المتخصصون أن الطب الشرعي هو الحكم في الموقف، وتلجأ إليه المحكمة في حالة المخالفة القانونية. فكيف نضعه في اتهام وشريك في الخطأ، إذا كان في الواقعة بعد ذلك شبهة الجناية فسوف يكون متهما، وبعد ذلك نطالبه أن يكون حكما، وقد رفض ذلك بإجماع أعضاء المجلس. راجع في ذلك:
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 406.

2 – التفرقة الطبية:

يقصد بذلك أن التحقق من الوفاة سوف يتم من قبل أطباء لا يشكّلون جزءا من الفريق الطبي الذي سيقوم باقتطاع الأعضاء البشرية، ويبدو أن هذا الإجراء الذي نصت عليه العديد من التشريعات مقنع للغاية، إذ أنّه سيحمي الأطباء من أي شبهة قد تدور حول إعلانهم وفاة شخص بشكل مبكر بقصد استئصال أحد أعضائه[1]. ويعتبر البعض[2] هذا الإجراء بمثابة ضمانة تشريعية الهدف منها استبعاد التلاعب بالأعضاء البشرية، فلهذا كرّسها المشرع الجزائري في نص المادة 3/165 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها ما يلي: « ***ولا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع*** ».

3 – الحصول على إذن من جهة رسمية:

لا شك أن وقف أجهزة الإنعاش الصناعي عن العمل بقرار فردي من الطبيب قد تحوطه بعض الشبهة[3] خاصة إذا كانت هذه الأجهزة قد وضعت على المريض قبل موت خلايا مخه[4]، ولهذا قرر القضاء الأمريكي والكندي بأنه لا يجوز للطبيب أن يقرر بصفة فردية عدم إمكانية عودة المريض للحياة الطبيعية، بل يجب عرض مثل هذه الحالات على فريق طبي متخصص فإذا ثبت لدى هذا الفريق الطبي أنه لا أمل في الحياة الطبيعية للمريض وجب حينئذ الحصول على إذن من جهة رسمية متخصصة(الجهات القضائية)[5]

---

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 269.

محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 571.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 120.

3 - ذهب الدكتور حمدي عبد الرحمن إلى أنه يجب حماية المريض وهو تحت أجهزة التنفس الصناعي بحيث أنه لا يجوز أن تراقبه عين طبيب متعجل لإجراء عملية نقل الأعضاء، طبيب قد تدفعه إلى هذه العملية شهوته العلمية، وقد يقف خلف رغبته صلة قرابة أو صداقة بالمريض الذي ينتظر إنقاذ حياته. راجع في ذلك:

حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 146.

4 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 150.

5 - في إحدى القضايا المتعلقة بالحصول على إذن من جهة رسمية لإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي في الولايات المتحدة الأمريكية، وهي قضية كارين كلن تمكن أولياء هذه الفتاة من الحصول على ترخيص من المحكمة العليا لولاية نيوجيرسي بإيقاف أجهزة التنفس الصناعي الذي وضع على هذه الفتاة منذ عدّة شهور عام 1975، وصدر الحكم بتاريخ 26 جانفي 1976. حول هذه القضية انظر:

LA MERNE Paula, Ethique de la fin de vie, édition Ellipses, 1999, p 19.

في شأن إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي[1].

ويرى البعض[2]، بأنه من الأحسن عدم الموافقة على تنفيذ إيقاف هذه الأجهزة إلا باتخاذ إجراءات رسمية لإعلان الوفاة بعد ثبوت الموت الحقيقي للمخ، كتحرير محضر أو شهادة الوفاة بعد عرض الأمر على فريق طبي متخصص وإعلام الأسرة بالأمر وموافقتها على ذلك.

4 – موافقة أقارب المتوفى:

فإذا كانت اللجنة الطبية المتخصصة والجهة الرسمية المختصة ذوي صفة في التدخل باسم المجتمع لتقرير المصلحة العامة، فإن أسرة المريض تعتبر ممثلة له بعد تحقق موته، لذلك فإنه يجب أن يكون القرار الصادر عن لجنة الأطباء مقترنا برضا الأسرة عند إرساله للجهة الرسمية للتصديق عليه، ولا يجوز الاكتفاء في هذا الصدد بموافقة الأسرة على إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي لأنها قد تسعى إلى تحقيق أغراض أخرى (كالانتفاع بالإرث مثلا)[3].

واشترطت بعض التشريعات لغرض استئصال الأعضاء من جثة المتوفى بسبب الموت الدماغي موافقة أقاربه في حين تركت تشريعات أخرى ذلك إلى القواعد العامة التي تحكم استئصال الأعضاء من جثث الموتى بشكل عام[4].

ثالثا – المسؤولية الجنائية إزاء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي:

لا صعوبة في أن الطبيب يسأل عن جريمة القتل العمد إذا قام بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن مرض توقف قلبه وجهازه التنفسي عن العمل وقبل حدوث موت المخ[5] لأن

---

1 - أحمد شرف الدين، "الإنعاش الصناعي"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، 1981، الكويت، ص ص 117 – 118.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 338.

2 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 150.

منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 453.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 339.

4 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 129.

5 - ولا يجوز للطبيب في هذه الحالة أن يتعلل بطول المدة أو عدم كفاية الأجهزة أو كثرة النفقات لأن المال هو الذي يتبع الإنسان لا العكس، فالمال وجد لخدمة الإنسان، وفي حالة عجز المريض عن دفع تكاليف هذه الأجهزة فيجب على الدولة أن تتحمل هذه التكاليف، كما يجب عليها أن تقوم بتوفير هذه الأجهزة لكل مريض محتاج إليها، كما يجب أن تكون متوفرة في كل المستشفيات، راجع في ذلك:

افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 437.

المريض في هذه الحالة يعتبر حيا من الناحية الطبية والقانونية[1].

ولكن أثير التساؤل في الفقه حول تصرفات الطبيب إزاء مريض ميت دماغيا[2]، فماذا لو وصل مريض إلى المستشفى في حالة احتضار - قد يكون في حالة موت دماغي - فهل يجوز للطبيب الامتناع عن تقديم المساعدة له؟ وماذا لو تبين بأن المريض ميت دماغيا ولكنه يتمتع بحياة عضوية صناعية بفضل استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي، فهل يستطيع الطبيب إيقاف هذه الحياة العضوية الصناعية[3]، أم يتعين تركها تعمل إلى غاية توقف جميع الوظائف الحيوية وانتظار توقف القلب والدورة الدموية؟

وهذا التساؤل يثير مسألتين أساسيتين هما:

- الإنعاش الصناعي وجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر (1).
- الإنعاش الصناعي والقتل بدافع الشفقة (2).

1 – الإنعاش الصناعي وجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر:

ذهب الفقه الجنائي إلى تقسيم الجرائم العمدية إلى جرائم إيجابية وجرائم سلبية، والجرائم الإيجابية هي الجرائم التي يتكون ركنها المادي من فعل إيجابي كالقتل والضرب والسرقة وجرائم سلبية يتكون ركنها المادي من فعل الامتناع إلى جانب تحقيق نتيجة إيجابية ناشئة عن هذا الامتناع[4]، كما هو الحال في جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر المنصوص عليها في المادة 182 من قانون العقوبات الجزائري[5].

---

1 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 262.
حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 124.

2 - راجع في ذلك: تدريست كريمة، تحديد لحظة...، مرجع سابق، ص 378.

3 - يرى البعض أن استعمال هذه الوسائل جعلت من الموت ظاهرة صناعية بدلا من كونه ظاهرة طبيعية فلم يعد الموت في رأيهم متروكا للصدفة بعد استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي. راجع في ذلك:
محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 74.

4 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 184.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 263.

5 - تنص المادة 182 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: « ***يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جناية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بذلك، بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة.***
ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير... ».

وجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر تستلزم ركنين: ركن مادي يتمثل في وجود شخص في خطر حال وثابت وحقيقي يستلزم التدخل المباشر، وركن معنوي يتمثل في توافر عنصري العلم والإدراك لدى الفاعل[1]، أي يعلم أن هناك شخصا في خطر ومع ذلك يمتنع عمدا عن تقديم المساعدة له[2].

ويلتزم الطبيب شأنه في ذلك شأن أي فرد عادي بتقديم المساعدة لكل إنسان في حالة خطر إلا أن صفته كطبيب تلقي عليه واجبا أثقل والتزاما أكبر حيث ينفرد دون الآخرين باتخاذ إجراءات أكثر فعالية لمواجهة الخطر بأسلوب علمي متخصص[3]. فالصفة المهنية للطبيب توسع نطاق التزامه بتقديم المساعدة إلى مدى أبعد مما ينتظر من الشخص العادي ومن ثم يمكن القول أن الالتزام المهني الملقى على الطبيب يوسع نطاق التزامه الإنساني ليس فقط لأن عليه الاهتمام بالآثار القريبة أو البعيدة التي يتعرض لها الشخص الذي أحاط به الخطر ولكن أيضا لا يستطيع أن يدعي أنه لم يفهم الخطر وأبعاده فما يمكن قبوله من الشخص العادي يصعب قبوله من الطبيب[4].

وعلى أساس ما تقدم يجب اعتبار المريض المهدد بموت أكيد وحال في خطر مما يتعين على الطبيب تقديم المساعدة له بقدر الإمكان[5]، وذلك عن طريق ربطه بأجهزة الإنعاش الصناعي مادامت له فرصة ولو ضئيلة بالبقاء حيا، فإذا امتنع عن ذلك قبل حدوث الموت الدماغي للمريض فإنه يسأل عن ذلك جزائيا، وتقع جريمة الامتناع في هذا المجال بمجرد إخلال الطبيب بالالتزام بقواعد المهنة الطبية، أو بالواجب الإنساني، فواجب الطبيب

---

1 - وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الرابع، ملف رقم 1228892، بتاريخ 26 ديسمبر 1995، « لا يعاقب عن عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر إلا إذا كان الفعل مرتكبا عمديا وكليا ».
المجلة القضائية، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 1996، ص 182 وما بعدها.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 181، 182.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 263 - 264.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 343.

3 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 182.

4 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 264.

5 - يجب عدم الالتفات إلى ما يسوقه بعض الفقهاء من أن بقاء المريض الذي تعد فرصة بقائه على قيد الحياة من الناحية الطبية ضعيفة على هذه الأجهزة يحرم باقي المرضى من الانتفاع بهذه الأجهزة في حالة الحاجة إليها ويتكلف نفقات باهظة دون جدوى. راجع في ذلك:
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 437.

المهني يفرض عليه مراعاة الاعتبارات الفنية التي يمليها الواجب الإنساني والالتزام القانوني في آن واحد إذا كان أمام شخص معرض للخطر[1].

ولا يشترط أن يكون من شأن تدخله المساعدة في إنقاذ حياة المريض[2]، من منطلق أن تقديم المساعدة هو التزام بالوسيلة، وليس التزام بتحقيق النتيجة إذ أن القانون لا يفرض على الطبيب المتدخل في تقديم المساعدة بتحقيق النتيجة، وإنما القيام بما هو ضروري لتفادي الخطر الوشيك[3] المحدق بالشخص الذي أمامه، وهذا الالتزام المفروض على الطبيب هو التزام شخصي فلا يعفى الطبيب من المسؤولية إذا قام بتكليف طبيب غيره للقيام بدلا عنه بتقديم المساعدة إلا إذا كانت هناك اعتبارات متعلقة بتخصص الطبيب في الحالة المطلوب التدخل فيها أو يكون هناك طبيب آخر لديه معلومات عن تطور المرض بحكم كونه طبيب العائلة مثلا[4].

كما أن خطأ الطبيب في تقدير مدى الفائدة من تقديم المساعدة أو الاستعجال من التدخل لا يعفيه من المسؤولية الجنائية[5]، لكن لا يسأل إذا كان من شأن تدخله تعريض نفسه أو حتى الغير للخطر[6].

يُستخلص مما سبق أنه يقع على الطبيب واجب تقديم المساعدة والعون للمريض في حالة خطر ومهدد بالموت ويحتاج إلى وسائل الإنعاش الصناعي فإذا نفذ الطبيب هذا

---

1 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 182.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 265.
تدريست كريمة، تحديد لحظة...، مرجع سابق، ص 381.

2 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 344.

3 - اشترط المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي أن يكون الخطر الموجب لتدخل الطبيب وشيكا من خلال نص المادة (9) من مدونة أخلاقيات الطب التي جاء فيها ما يلي: « ***يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له*** ».

4 - بلعيدي فريد، "مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 427.

5 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 182، 183.

6 - وهذا حسب نص الفقرة الثانية من المادة 182 من قانون العقوبات الجزائري، إلا أن نص هذه المادة لم يتولَ توضيح مفهوم الخطر الذي يعفي من المسؤولية، وتوضيح الخطر الموجب لتقديم المساعدة، وعلى هذا يبقى مفهوم الخطر غامضا وغير محدد بشكل دقيق على الرغم من أن البعض حاول تعريفه بأنه: « كل فعل من شأنه التهديد بفقدان الحياة » كما عرّفه البعض الآخر بأنه: « تهديد للحياة والصحة والسلامة الجسدية للشخص ». راجع في ذلك:
بلعيدي فريد، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 420.

الالتزام بتركيب هذه الأجهزة يكون قد أبرء ذمته في مواجهة مريضه وإذا امتنع عن ذلك قبل موت المخ فإنه يسأل جزائيا عن ذلك.

2 - مسؤولية الطبيب عن فصل أجهزة الإنعاش الصناعي:

إن إيقاف الطبيب لأجهزة الإنعاش الصناعي يعتبر مخاطرة قد تؤدي إلى قيام مسؤوليته المدنية والجنائية، فالسؤال الذي يطرح هنا هو: متى يسمح للطبيب بنزع هذه الأجهزة من على المريض دون أن تترتب عليه مسؤولية[1]؟

هناك حالتان يسمح فيهما للطبيب بنزع هذه أجهزة الإنعاش الصناعي دون أن تترتب عليه أدنى مسؤولية وهما:

- زوال السبب الذي من أجله تم وضع الأجهزة عليه، كأن يعود المريض لحالة لا يحتاج معها إلى الإنعاش.
- حالة إعلان وفاة المريض[2].

فلا خلاف حول عدم مساءلة الطبيب جنائيا في حالة امتناعه عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي أو إيقافها عن العمل بالنسبة للمريض متى تأكد من وفاته، إذ يشترط لكي يشكل عمل هذا الطبيب جريمة أن يكون محلها إنسان حي وهذا ما ينتفي في هذه الحالة، فبموت المريض تنتفي صفته كإنسان ولم تعد تطبق عليه الحماية الجنائية لجسم الإنسان[3]، إذ ينتفي بتحقق الموت وصف الجسم عن الكيان المادي للإنسان ليدخل في نطاق الأحكام القانونية الخاصة بحماية حرمة الجثة[4].

وحسب أنصار موت الدماغ فإنّ موت خلايا المخ هو المعيار الحقيقي لموت الإنسان وفي هذه الحالة يستطيع الطبيب نزع أجهزة الإنعاش الصناعي دون أدنى مسؤولية، لأن جهوده بإعادة الحياة إلى المريض مستحيلة، ويجب على الطبيب المسؤول عن الإنعاش ألا ينزع الأجهزة إلا بعد بذل محاولات عديدة للتأكد من عدم جدوى بقاء الأجهزة على المريض، وإذا كانت هناك فرصة للبقاء على قيد الحياة وجب على طبيب الإنعاش مساعدته بقدر

1 - راجع في ذلك: بلحاج العربي، الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2016، ص ص 88، 91.

2 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 432.

3 - تدريست كريمة، تحديد لحظة...، مرجع سابق، ص 378.

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 45.

الإمكان حتى لحظة الوفاة[1].

إذن فوفقا لهذا الاتجاه لا يعد فصل أجهزة الإنعاش الصناعي في حالة الموت الدماغي جريمة قتل لأن أجهزة الإنعاش الصناعي لا تعيد إليه مقومات الحياة الطبيعية والمتمثلة في القدرة على الاتصال بالعالم الخارجي نظرا لموت خلال المخ[2]، كما أن إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي لا يعد جريمة قتل إشفاقا أو ما يسمى القتل الرحيم[3]، لأن هذه الجريمة تفترض وجود حياة إنسانية طبيعية، وقد سبقت الإشارة إلى أن المريض قد فقدها بالفعل بموت خلايا مخه، كما أن هذه الجريمة تفترض وجود آلام مبرحة وهذا العنصر لا يتوافر كذلك بسبب الانعدام التام لأي رد فعل لجسم الشخص الذي هو في غيبوبة نهائية غير قابلة للإصلاح أو العلاج نتيجة لموت خلايا مخه[4].

---

1 - وهذا ما أكد عليه القضاء الفرنسي، ففي حكم قديم لمحكمة استئناف مونبوليي (Montpellier) بتاريخ 18 فيفري 1953 جاء فيه: « يجب على طبيب الإنعاش بذل كل ما في وسعه لإنقاذ المريض الذي يكون مهددا بالموت، وذلك حتى لحظة وفاته »، راجع في ذلك:

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 530.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 272.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 190.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 48.

3 - يقصد بالقتل بدافع الشفقة: « إنهاء حياة مريض ميئوس من شفائه طبيا بفعل إيجابي أو سلبي لوضع حد لآلامه المبرحة غير المحتملة بناء على طلبه الصريح أو الضمني أو طلب من ينوب عنه سواء قام بتنفيذه الطبيب أو شخص آخر بدافع الشفقة ».

وإذا كانت هذه المشكلة لم تحظَ بالدراسة والاهتمام في المجتمعات العربية لأن هذا النوع من القتل حرمته الشريعة الإسلامية، أما في الغرب فالأمر يختلف إذ أن هناك اتجاه يؤيد حق المريض في التصرف في الحق في الحياة. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر:

LEGROS Bérengére, L'euthanasie et le droit, 2ème éditions, les études hospitalières, 2006.

DOUCET Jean-Paul, La protection pénale de la personne humain, Volume 1, 2ème édition, Gazette du Palais, 1994, pp 88, 91.

LA MARNE Paula, Ethique…, op.cit, pp 14, 35.

عراب تاني نجية، "مدى مساءلة الأطباء جنائيا عن قتل الرحمة"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2005، ص ص 147، 158.

4 - محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 593.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 348.

افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 433، 434.

المطلب الثاني

إثبات الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثة

مما لا جدال فيه أنه لا يمكن للطبيب الجراح اقتطاع أي عضو من جثة المتوفى إلا بعد التأكد من صدور الموافقة منه أثناء حياته، فالموافقة الصريحة للمتبرع المحتمل ضرورية لمشروعية الاقتطاع من جثته بعد مماته، وفي كل الأحوال يجب احترام إرادة الشخص بشأن التصرف في جثته (الفرع الأول).

وفي حالة وفاة الشخص دون أن يعبر عن إرادته في رفض أو قبول التصرف بأعضائه، فإنّ سلطة التصرف في جثته تنتقل إلى أقاربه وفي حالات استثنائية أجاز القانون الاقتطاع من الجثة دون موافقة أحد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التصرف في الجثة بناء على إرادة المتوفى

تقتضي دراسة موضوع الموافقة في هذا المجال بحث صور التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته ومدى الالتزام بشكلية معينة لإثبات هذه الموافقة (أولا)، ولما كانت مسألة إثبات هذه الموافقة من أهم المشاكل القانونية التي يتعرض إليها الأطباء الجراحون من الناحية العملية اعتمدت بعض التشريعات على الموافقة الضمنية في هذا المجال (ثانيا).

أولا – صور وأشكال التعبير عن إرادة المتوفى:

ذهبت بعض التشريعات إلى ضرورة أن يتم تعبير الشخص عن إرادته بشأن التصرف في جثته عن طريق الوصية أو إقرار كتابي (1)، في حين لم تشترط تشريعات أخرى أي شكل للتعبير عن ذلك سواء في حالة قبول الاقتطاع أو رفضه (2)، وذهب اتجاه ثالث إلى وجوب اعتماد بطاقات خاصة بالتبرع (3).

1 – التصرف في جثة عن طريق الوصية أو إقرار كتابي:

اعتمدت بعض التشريعات المقارنة على الشكلية لإثبات موافقة المتوفى على التصرف في الجثة، كأن يتم ذلك عن طريق الوصية (أ)، ومنها كذلك من اشترط الشكل الكتابي للتعبير عن رفض الاقتطاع من جثته بعد الوفاة (ب).

أ – التصرف في الجثة عن طريق الوصية:

إنّ الصورة الأساسية للإذن في التصرف في الجثة يكون بناء على وصية[1] صادرة من الشخص نفسه قبل وفاته، والوصية تشمل الأموال والمنافع المالية، إلا أنّ بعض التشريعات المقارنة قد أدخلت جسم الإنسان ضمن الأشياء التي يمكن الوصية بها، مع أن التسليم المطلق منها أن جسم الإنسان ليس بمال ولا يدخل ضمن التعامل المالي[2]. فيجوز للشخص طبقا للأحكام العامة أن يوصي بجثته لأغراض علمية أو علاجية[3]، والوصية بالأعضاء البشرية لما كانت استثناء على ما لجسم الإنسان من حرمة، فإنّ القوانين المقارنة التي أجازت ذلك أوردت العديد من الأحكام الخاصة بهذا التصرف بما يتلائم وكرامة الإنسان، فهناك عدة شروط لصحة الوصية بالأعضاء البشرية أوضحها على النحو التالي:

- صدور الوصية بناء على رضا حر وصريح:

يجب على هذا الأساس أن تصدر الوصية الواقعة قبل الوفاة عن إرادة حرة غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو الضغوط، سواء كانت مادية أو أدبية[4].

- كمال الأهلية:

تشترط معظم التشريعات لصحة الوصية الأهلية الكاملة، إلا أن بعض التشريعات المقارنة أجازت الحصول على الأعضاء البشرية من القاصر بشرط موافقة ولي القاصر

---

1 - وإذا كانت التشريعات المقارنة استعملت عبارة الوصية بالأعضاء البشرية إلا أنه يثور التساؤل عن مدى صحة هذا التعبير، حيث يرى جانب من الفقه أن استعمال عبارة الوصية بالأعضاء البشرية تعبير غير دقيق من الناحية القانونية، فالوصية لا ترد إلا على الأموال التي تصلح لأن تكون محلا للتركة ولما كان جسم الإنسان ليس من الأموال التي تدخل في الذمة المالية، وبالتالي لا يدخل في التركة فإنّه لا يصح وصف التصرف بأنه وصية.

ولهذا نجد الفقيه Savatier يستعمل عبارة التنازل في مجال الدم.

وهناك جانب آخر من الفقه يرى بأنه لا يوجد أي مانع من تكييف التصرف في الجثة بالوصية فالشخص الذي يطلب استعمال جثته من أجل الأغراض العلاجية أو العلمية بعد وفاته، لا يقوم إلا بمجرد تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وهذا هو تعريف الوصية ولا يوجد داعٍ لوصف التصرف بعبارات أخرى. حول هذه الآراء راجع:

حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 191.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 418.

2 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 338.

3 - مأمون عبد الكريم، "إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسة، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 269.

حيدرة محمد، تشريح الجثث...، مرجع سابق، ص 62.

4 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 343 – 344.

كالقانون الفرنسي[1] والقانون المغربي[2].

- ضرورة إفراغ الوصية في شكل كتابي:

تتجه التشريعات التي تأخذ بالوصية بشأن التصرف في الجثة إلى ضرورة إفراغها في شكل كتابي، ومن التشريعات العربية التي تأخذ بالوصية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وتشترط إفراغها في شكل كتابي نجد القانون الإماراتي[3] والكويتي[4].

ب – التصريح الكتابي برفض الاقتطاع من الجثة:

استلزمت بعض التشريعات من الشخص الذي يرفض المساس بجثته أن يعبر أثناء حياته عن ذلك صراحة بشكل كتابي، وفي هذه الحالة لا يجوز الاقتطاع من جثته ولو بإرادة أقاربه، لأن إرادة المتوفى تعلو من هذه الناحية عن إرادة أقاربه[5]، وهذا ما نصت عليه صراحة القوانين المقارنة[6].

ومن التشريعات التي استلزمت ذلك أذكر القانون المغربي رقم 98-16 لسنة 1999 الخاص بالتبرع بالأعضاء البشرية، وذلك في مادته 15 إذ اشترطت على كل شخص يريد، وهو على قيد الحياة أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه بعد مماته أن يعبر عن ذلك بواسطة تصريح يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته أو القاضي المعين، لهذا الغرض ويتم تسجيل التصريح دون عوائق لدى كتابة ضبط المحكمة التي توجهه إلى جميع المستشفيات المختصة في أخذ الأعضاء من الأموات، ويشار إلى هذا التصريح في السجل الذي يمسك لهذا الغرض والمنصوص عليه في المادة 17 من هذا القانون.

وفي حالة دخول المريض قصد العلاج إلى أحد المستشفيات المرخص لها بأخذ الأعضاء من الأموات لأغراض علاجية أو علمية، ولم يكن قد عبر عن رفضه وفقا للإجراءات السابقة، فإنّه يمكنه التعبير عن رفضه بأخذ أعضائه أو بعضا منها، وذلك

---

1 - راجع نص المادة (L1232-2) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2004-800 لسنة 2004.

2 - راجع نص المادة (20) من القانون المغربي رقم 98-16 لسنة 1999.

3 - المادة (2) من القانون الإماراتي رقم 15 لسنة 1993 في شأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

4 - المادة (2) من القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 في شأن زراعة الأعضاء.

5 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 614.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 408.

6 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 346.

بالتصريح للطبيب المدير أو للطبيب المعين لهذا الغرض خصيصا، وعلى الطبيب المدير أو الطبيب المعين أن يتلقى تصريح الشخص المريض ويضمنه في السجل الخاص الذي يمسك لهذا الغرض، ويبلغ التصريح المذكور إلى الأطباء المسؤولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الاستشفائية[1].

ويلاحظ في هذا الصدد أن القانون المغربي يشترط تعبير الشخص أثناء حياته عن رفضه المساس بجثته أمام جهة رسمية وهي القاضي، مما يعني أن الكتابة غير كافية لوحدها وإنما يجب أن يصادق عليها القاضي، وبذلك يكون المشرع المغربي قد اشترط الرسمية سواء تعلق الأمر بالموافقة على التبرع أو رفض الاقتطاع من الجثة بعد الممات[2].

ويعتبر البعض[3] أن تنظيم القانون المغربي لإجراءات الرفض بشأن الاقتطاع من الجثة أفضل من غيره من القوانين كونه يتطلب أن يسجل التصريح في سجل المستشفيات المرخص لها بأخذ الأعضاء، وهذا بلا شك يسهل مهمة الطبيب في معرفة إرادة المتوفى بمجرد الرجوع إلى السجل المخصص لذلك، كما أن التصريح يكون بمحرر رسمي، وهذا يسهل عملية الإثبات في حالة حدوث منازعة. إلا أن جانبا من الفقه القانوني انتقد هذا الاتجاه بالقول أن اشتراط الشكل الكتابي يشوبه بعض العيوب[4].

إذ أن المطالبة بالشكلية يتعارض مع السرعة اللازمة لاستئصال العضو من جسم الميت ونقله إلى جسم المريض، ومن شأنه إنقاص عدد الذين يرغبون في التبرع بأعضائهم.

2 – الإذن في التصرف في الجثة بدون شكلية:

حرصت بعض التشريعات على الاعتداد بإذن أو رفض المتوفى بشأن التصرف في جثته كيفما كان شكله، وعلى هذا الأساس يجوز للشخص أن يوصي بذلك شفاهة أو كتابة بدون الحاجة في إفراغ موافقته في شكل رسمي معين، كما يجوز له منع المساس بجثته بعد

1 - المادة (18) من القانون المغربي رقم 98-16 لسنة 1999.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 615.
إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 156.

3 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 348.

4 - راجع في ذلك: أحمد شوقي أبو خطوة، الضوابط القانونية لنقل وزرع...، مرجع سابق، ص 244.
حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 188.
عمرون شهرزاد، أحكام نقل وزرع ...، مرجع سابق، ص 239.
بعتاش ليلى، الإشكالات القانونية...، مرجع سابق، ص 232.

وفاته بالطريقة التي يراها مناسبة[1].

ومن التشريعات المقارنة التي اعتمدت هذه الطريقة المرسوم الملكي الإسباني الصادر سنة 1980، والذي أشار في الفقرة الثانية من المادة الثامنة منه على إمكانية التعبير عن موافقة الشخص بشأن الاقتطاع من جثته بالإشارة أو بالكلام أو بالكتابة، ويستطيع أن يحدد أعضاء بذاتها وعددها، مع إمكانية تحديد أغراض الاقتطاع علاجية أو علمية، بالإضافة إلى أنه يستطيع أن يحدد الجهة التي يجري فيها الاقتطاع حتى لا تشوه الجثة[2].

كما أن هذا المرسوم لم يشترط طريقة معينة للتعبير أيضا عن رفض الشخص المساس بجثته بعد وفاته، إذ يمكن الإفصاح عن ذلك بطريقة الوصية الكتابية أو الشفهية أو بأية طريقة يراها مناسبة، فقد جاء في المادة الثالثة من هذا المرسوم ما يلي: « ***لكل شخص أن يعبر صراحة عن رفضه لأية عملية استئصال بعد وفاته سواء بإثبات ذلك في بطاقة الخدمة الصحية أو في السجل الخاص الذي تلتزم بإمساكه المنشآت الطبية التي تمارس هذه العملية أو في الوثيقة التي تجيز إجراء العملية الجراحية... أو بأية طريقة أخرى بدون اتباع شكلية معينة*** »[3].

والجدير بالملاحظة هو تساهل هذه الاتجاه في طرق التعبير عن إرادة الشخص بشأن التصرف في جثته سواء في حالة الموافقة أو حالة الرفض، إلا أن هذا منتقد لأنه يطرح عدة صعوبات عند الإثبات[4]، فإذا لم يعترض الشخص أثناء حياته على الاقتطاع من جثته وعبر صراحة لمقربيه عن رغبته بالتبرع بأعضائه فرغم ذلك يصعب الحصول على دليل مادي يكشف عن الإرادة الحقيقية لهذا الشخص، وهذا ما يحول دون الاستفادة من أعضائه خاصة في حالة حدوث الوفاة بصفة فجائية.

3 – بطاقة التبرع بالأعضاء البشرية:

لتفادي الصعوبات المتعلقة بإثبات موافقة الشخص بشأن التصرف في جثته اقترح البعض عمل بطاقة خاصة للتبرع يحملها كل شخص بصفة دائمة مثل بطاقة تحقيق الشخصية، وفي

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 274.

2 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 137.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 415.

4 - راجع في ذلك: مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 618.

هذه البطاقة يستطيع كل شخص أن يوافق أو يعترض على الاقتطاع من جثته[1].

ورغم الشكلية المطلوبة في هذه الطريقة إلا أنها تجنب البحث عند الحاجة عن موقف الشخص من المساس بجثته[2].

يظهر بالرجوع إلى القانون المقارن أن هناك عدة تشريعات اعتمدت على هذه الطريقة كالتشريع البلجيكي الصادر في 19 جانفي 1969، والخاص باستئصال الأعضاء بعد الوفاة، بحيث يسمح هذا التشريع لكل شخص أن يطلب من الجهة المختصة أن يدون في بطاقته الشخصية موافقته على التصرف في جثته في حالة تعرضه لحادث مميت وفي هذه الحالة يستطيع الطبيب اقتطاع الأعضاء من الجثة[3].

كما أخذ بهذا النظام مشروع القانون الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية الصادر في 30 جويلية 1968، فأجاز أن يعبر عن إرادته في بطاقات مخصصة لهذا الغرض، واشترطت الفقرة السادسة من المادة الرابعة منه لصحة هذا الإجراء أن يتم بحضور شاهدين يوقعان على البطاقة[4]، وأعتقد أن أسلوب بطاقة التبرع بالأعضاء البشرية جدير بالتأييد.

ثانيا - الموافقة الضمنية بشأن الاقتطاع من الجثة:

من بين الوسائل القانونية المعتمدة للتعبير عن إرادة الشخص بشأن التصرف في جثته قرينة الموافقة التي اعتمدها المشرع الفرنسي (1)، وهي الطريقة التي عارضها بشدة جانب من الفقه، وما يهمنا أكثر في هذا الإطار هو معرفة موقف المشرع الجزائري من قرينة الموافقة

1 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 188.
صاحب عبد الفتلاوي، التشريعات الصحية...، مرجع سابق، ص 148.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 350.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 416.
أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 317.

2 - أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 1999، ص 129.
أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 215.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 419.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 276.

3 - معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 516.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 418.

4 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 216.
أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 317.

بشأن الاقتطاع من الجثث (2).

1 – قرينة الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثث في القانون الفرنسي:

لقد تطور شكل التعبير عن إرادة المتوفى في القانون الفرنسي، فقد كان المبدأ في ظل قانون 8 جويلية 1949 يفرض أن تكون الموافقة صريحة بشأن الاقتطاع من الجثة سواء صدرت الموافقة مباشرة من المتوفى أثناء حياته أو بواسطة عائلته بعد مماته، ولا يمكن أن يتم الاقتطاع من جثة المتوفى بدون هذه الموافقة، ولكن قانون caillavet لسنة 1976 عكس هذا المبدأ بنصه على قرينة الموافقة، وبالتالي لم تعد هناك حاجة إلى الموافقة الصريحة إلا في حالات خاصة كالاقتطاع من جثة المتوفى القاصر أو عديم الأهلية[1]، وأبين مفهوم قرينة الموافقة في التشريع الفرنسي (أ) ثم أتعرض إلى موقف الفقه منها (ب).

أ – مفهوم قرينة الموافقة في التشريع الفرنسي:

قرينة الموافقة التي أخذ بها المشرع الفرنسي منذ قانون Caillavet الصادر سنة 1976 تعني أن الشخص الذي لم يعترض أثناء حياته على اقتطاع الأعضاء من جثته، يعتبر أنه وافق عليه[2] وهذا ما ورد في نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون Caillavet حيث نصت على ما يلي: « ***يمكن اقتطاع الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية من جثة شخص لم يعترض أثناء حياته على مثل هذا الاقتطاع*** »، هذا يعني أن المشرع الفرنسي اعتمد على آلية نقل بموجبها عبء إثبات الموافقة من الطبيب الجراح إلى المتبرع[3]، فالمبدأ هو إذن حرية الأطباء باقتطاع الأعضاء من جثة الشخص لأغراض علاجية أو علمية والقيد الوحيد الذي يرد على هذه الحرية ويحول دون التصرف بالجثة هو صدور الاعتراض من قبل المتوفى أثناء حياته[4].

إلا أن قرينة الموافقة في ظل قانون 1976 أثارت صعوبة تتعلق بعدد الأعضاء التي يجوز اقتطاعها من الجثة[5]، لأن المشرع الفرنسي في النص المشار إليه استعمل صيغة

---

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 285.

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 622.

2 - BINET Jean-René, La réforme de la loi bioéthique, Lexis Nexis, Paris, 2012, p 28.
ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 291.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 623.

4 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 148.

5 - OIKAOUI Younes, Don, prélèvement…, op.cit, p 134.

الجمع، مما دفع الكثير إلى الاعتقاد بمشروعية الاقتطاع المتعدد للأعضاء، فقد جاء في تعليق Grenouilleau أنه: « نظريا يمكن اقتطاع الأجزاء المختلفة للجثة حتى لا يبقى منها شيء أبدا »[1].

ولم يتعرض قانون Caillavet إلى رأي أقارب المتوفى بشأن موضوع الاقتطاع، وذلك على أساس أنه بثبوت الموافقة الضمنية للمتوفى كامل الأهلية يمنع تدخل الأقارب سواء لغرض الموافقة أو للاعتراض على الاقتطاع، وبهذا الخصوص ورد في قرار مجلس الدولة الصادر في 1983 بأنه: « يستبعد القانون قيام أحد أفراد العائلة بمعارضة الاقتطاع إذا لم يظهر الشخص المتوفى معارضته على ذلك خلال حياته »[2].

غير أنه قد يكون الرجوع إلى أقارب المتوفى ضروريا إذا عبر لهم هذا الأخير عن رفضه الاقتطاع من الجثة ولم يقم بالإجراء اللازم لتأكيد ذلك، ومع هذا لم يهتم قانون Caillavet إلا بالرفض الذي عبر عنه المتوفى أثناء حياته أما العائلة ليست إلا ناطقا رسميا له.

فقانون Caillavet لا يعول على موافقة الأسرة باقتطاع أعضاء من جثة أفرادها، وذلك لاعتبارات تتعلق بالتضامن الإنساني ومسايرة تقدم وتطور عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[3].

أما بالنسبة لقانون 1994 فإنّه لم يأتِ بتعديلات جوهرية في مجال نقل الأعضاء من الأموات لأنه تبنى المبادئ نفسها التي جاء بها قانون Caillavet لسنة 1976 فأكد أيضا على قرينة الموافقة[4].

ب – موقف الفقه من قرينة الموافقة:

لقد أبدى جانب من الفقه معارضة شديدة لقرينة الموافقة التي جاء بها قانون Caillavet واصفين إياها على أنها فخ وهذا ما عبر عنه الدكتور Fensch بقوله: « هذا القانون فخ ومكر مما سيسمح بوصوله فجأة عند الأشخاص المتوفين نتيجة حوادث، الشيوخ، المعاقين، المتشردين أي الأكثر ضعفا وحرمانا في هذه الحياة فالضحية الأولى لهذه

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 202.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 624، 625.

3 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 226.

4 - OIKAOUI Younes, Don, prélèvement…, op.cit, p 131.

التعليمات هم الناس الأقل معرفة أي البسطاء، أولئك الذين لا يفقهون شيئا والذين يجب على المشرع حمايتهم أكثر من أي شخص آخر »[1].

في حين اعتبر آخرون المساس بالجثة بهذه الطريقة إنكار لقواعد الديمقراطية[2].

ويؤيد جانب من الفقه الفرنسي الأخذ بمبدأ الموافقة المفترضة، وذلك لأنه من الخطأ الاعتماد على الموافقة الصريحة من جانب المتبرع لأن الشخص المتمتع بصحة جيدة قلما يهتم باستخدام جثته بعد الوفاة[3].

فلقد أثنى بعض الفقه على قانون 1976 الذي اعتمد قرينة الموافقة وإعتبر ذلك الحل الأنسب لمشكلة إثبات الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثث[4]، والهدف الأساسي الذي قصده المشرع الفرنسي من خلال اعتماده على قرينة الموافقة هو بالتأكيد توفير الأعضاء البشرية اللازمة للأطباء، وذلك بالسماح لهم باقتطاع أكبر عدد ممكن من الأعضاء البشرية وهذا لتغطية العدد المتزايد لطلبات الزرع[5].

يستخلص مما سبق أن قرينة الموافقة التي اعتمدها المشرع في قانون Caillavet لسنة 1976 لا تزال مطبقة إلى حد اليوم[6] وإن حاول المشرع الفرنسي التخفيف من حدتها في قانون 1994، فباستثناء الاقتطاع الذي يكون لأغراض علمية محضة أو الاقتطاع الذي يتم من جثة القاصر لا يشترط القانون الفرنسي الموافقة الصريحة للمساس بالجثث.

2 – موقف المشرع الجزائري من الموافقة المفترضة:

لم يشترط المشرع الجزائري أية رسمية للتعبير عن موافقة الشخص قبل وفاته، في حين أنه اشترط الرسمية للتعبير عن رفض الشخص الاقتطاع من الجثة، وذلك على عكس المشرع

---

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 293, 294.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 626.

3 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 349 – 350.

4 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 626.

5 - OIKAOUI Younes, Don, prélèvement…, op.cit, p 134.
BINET Jean- René, La réforme de la loi bioéthique, op.cit, p 29.

6 - نشير إلى أن الموافقة المفترضة في مجال نقل الأعضاء من الجثث مطبقة في عدة دول أوروبية: النمسا، بلجيكا، بلغاريا، كرواتيا، الدنمارك، إسبانيا، أستونيا، اليونان، فنلندا، إيطاليا وفي دول أخرى كالأرجنتين، كولومبيا، الشيلي، اليابان، المكسيك. راجع في ذلك:
Agence de la biomédecine : Encadrement juridique…, op.cit, p 14.

الفرنسي الذي يأخذ كقاعدة عامة بالموافقة المفترضة بشأن التصرف في الجثة، فإنّ المشرع الجزائري يأخذ بالموافقة الصريحة في هذا المجال وحدد طرق للتعبير عن إرادة صاحب الجثة بخصوص قبوله الاقتطاع من جثته (أ) وكذلك في حالة رفضه لذلك (ب).

أ - عدم اشتراط الشكلية للتعبير عن موافقة المتوفى:

تنص المادة (164) من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة... وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبول لذلك...*** ».

إنّ أول ما يلاحظ على هذا النص أنه جرى عليه تعديل بموجب القانون رقم 90-17، فبعد أن كان المشرع الجزائري يشترط الموافقة الكتابية للمتبرع المحتمل أثناء حياته تراجع في هذا التعديل عن هذا الشرط ليساير التشريع الجزائري الاتجاه الذي لم يشترط الرسمية في الحصول على الموافقة للاقتطاع من الجثث، وبسط إجراءات التنازل عن الأنسجة والأعضاء من الجثة.

فأصبح النص الجديد يبيح صراحة الاستئصال من جثة المتوفى، إذا عبر هذا الأخير عن قبوله بالتبرع بعضو من أعضائه، ومن ثم فإنّ رضا المتبرع يكون بكافة الأساليب، وعلى هذا الأساس يمكن للشخص الذي يريد التبرع بأعضائه بعد الوفاة أن يعرب عن موافقته أثناء حياته كتابيا أو شفهيا أو بأي إشارة تدل عرفا على القبول[1].

كما يمكن أن يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالته على مقصود صاحبه، كما يجوز له أن يعرب عن رغبته بالتبرع بأعضائه لأهله وإيصائهم بعدم الاعتراض على هذا الاقتطاع بعد وفاته، ليس هذا فحسب بل يجوز للمتبرع قبل وفاته تحديد الأعضاء التي يريد التبرع بها وكذا الغرض من هذا الاقتطاع، كأن يشترط أن يكون الاقتطاع لأغراض علاجية أو علمية أو الاثنين معا[2].

رغم تساهل المشرع الجزائري في الحصول على موافقة الشخص في التصرف في جثته

---

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 410.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 642.
مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 351.
إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 152.

إلا أن ذلك قد يطرح عدة إشكالات في التنفيذ فقد يعبر الشخص صراحة لأقاربه عن رغبته بالتبرع بأعضائه بعد الوفاة غير أن انعدام الدليل المادي الكاشف عن الإرادة الحقيقية لهذا الأخير قد يحول دون الاستفادة من أعضائه.

ب – اشتراط الشكلية للتعبير عن رفض المتوفى:

تنص المادة 165 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***يمنع القيام بانتزاع الأنسجة أو أعضاء بهدف الزرع، إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك، أو إذا كان الانتزاع يعوق التشريح الطبي*** ».

يتضح من خلال هذه الفقرة أن القانون الجزائري أجاز للشخص الاعتراض على المساس بجثته بعد وفاته على أن يتم هذا الاعتراض في الشكل الكتابي.

يمكن القول بأن المشرع الجزائري أراد من خلال هذا الشرط احترام إرادة الشخص المتوفى الذي لا يريد المساس بجثته بعد وفاته وبيّن له السبيل الذي يمكنه من تحقيق ذلك وهو التعبير عن رفضه صراحة الاقتطاع من جثته بطريقة كتابية، وفي هذه الحالة لا يجوز لأي كان الحلول محل الشخص المتوفى للموافقة على الاقتطاع من جثته[1].

غير أن الرفض الصريح الذي تشير إليه هذه الفقرة خاص بالاقتطاع لغرض الزرع، وهو ما يعني إجازة المساس بالجثة إذا كان لغرض آخر، كالمساس بالجثة في إطار الطب الشرعي والمساس بالجثة لأغراض علمية[2].

وهذا ما أكدته المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها: « ***يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية بناء على ما يلي:***

- طلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي.

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي.

ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 من المادة 164 من هذا القانون ».

---

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 643.

2 - مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 352.

إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 154.

فطبقا لهذه المادة هناك نوعين من التشريح: التشريح في إطار الطب الشرعي، والتشريح لأغراض علمية، وأوضح ذلك على النحو التالي:

- **بالنسبة للتشريح الطبي**: فقد تكون جثة شخص محل طلب السلطة العمومية، ففي هذه الحالة لا يمكن للاعتراض الكتابي بعدم المساس بالجثة الذي يصدر من الشخص أثناء حياته أن يعيق عملية التشريح الطبي، فهذا الاعتراض لا فائدة منه لأن التشريح يتم بقوة القانون[1]، كما تقدم مصلحة القيام بعملية التشريح على مصلحة اقتطاع الأعضاء البشرية، وهذا من أجل كشف أسباب الوفاة[2].

- **أما بالنسبة للتشريح لأغراض علمية**: فإنّه يتطلب موافقة صاحبه أثناء حياته أو موافقة أهله بعد وفاته وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 168، حينما نصت على وجوب مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

يستخلص مما سبق أن إرادة الشخص الذي يعبر عن رفضه المساس بجثته بعد وفاته لا تحترم إلا إذا تعلق الأمر بالاقتطاع لغرض الزرع أما المساس بالجثة لأغراض أخرى، فيمكن تحقيقها باللجوء إلى نصوص أخرى خاصة المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

فيثار التساؤل هنا حول الفائدة من اشتراط الاعتراض الصريح عن الاقتطاع من الجثة إذا كانت إرادة المتوفى لا تحترم إلا جزئيا وما الفائدة من إجازة الاقتطاع لغرض علمي ومنعه لغرض علاجي مع أن الأولوية للعلاج[3]. وعليه فإن المشرع الجزائري قد جعل

---

1 - فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 133.

افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 370.

مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 644.

2 - وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، القسم الثاني، ملف رقم 314463 بتاريخ 3 مارس 2004 بما يلي « بل كان على جهات التحقيق أن تأمر الأطباء بالقيام بتشريح الجثة والبحث عن أسباب الوفاة التي يدعي الأطراف المدنية بأنها تعود إلى أعمال العنف والتسمم ».

المجلة القضائية، عدد 1، عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، 2004، ص 306 وما بعدها.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 644.

مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 352.

فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 133.

الغرض العلمي للاقتطاع من جثث الموتى مقدما على الغرض العلاجي للاقتطاع من الجثث.

ولقد ذهب البعض[1] إلى اعتبار نص المادة 165 بصياغتها الحالية نوعا من التزيد من قبل المشرع الجزائري لا طائل منه، إذا كيف يوصي الشخص بعدم المساس بجثته وهو المحترم قانونا والمكرم شرعا، فإما أن يتنازل الشخص عن عضو من أعضائه أو يلتزم الصمت بشأن هذه المسألة.

الفرع الثاني

انتقال حق التصرف في الجثة إلى الغير

غالبا ما يتوفى الشخص دون أن يعبر عن إرادته في منع أو قبول التصرف في جثته، فالشخص الذي يتمتع بصحة جيدة لا يفكر عادة السماح باقتطاع الأعضاء من جثته بعد الوفاة، كما أنه في حالة دخوله إلى المستشفى فإنّه من الصعب طلب الإذن باقتطاع عضو من جثته بعد الوفاة، إذ أن مثل هذا الطلب قد يسبب له آلاما نفسية قد تؤثر في علاجه وسرعة شفائه، ومن ثم لا يكون بمقدور الطبيب المتدخل مباشرة اقتطاع الأعضاء بمجرد إعلان الوفاة[2]، لذلك نجد أن معظم الفقه القانوني والقوانين قد أجازوا انتقال سلطة التصرف في جثة الميت إلى الأقارب (أولا).

غير أن بعض التشريعات أجازت في حالات استثنائية اقتطاع الأعضاء من الجثث دون موافقة أحد (ثانيا).

أولا – انتقال حق التصرف في الجثة إلى الأقارب:

ذهبت العديد من التشريعات التي أجازت نقل الأعضاء من الجثث إلى ضرورة الحصول على موافقة الأقارب المتوفى عند التصرف في جثته، بل أن البعض منها اشترطت أن تكون هذه الموافقة صريحة (1) في حين اكتفى البعض الآخر بالموافقة الضمنية (2).

---

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 414.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 219، 220.

مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 428.

افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 352.

1 – الموافقة الصريحة لأقارب المتوفى:

اشترط المشرع الجزائري على غرار البعض من التشريعات المقارنة التي أجازت نقل الأعضاء من الجثث الموافقة الصريحة لأقارب المتوفى عند التصرف في الجثة، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « ***إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أفراد الأسرة حسب الترتيب الأولى التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي. إذا لم تكن للمتوفى أسرة*** ».

يتضح من خلال هذه الفقرة أنه إذا لم يقرر المتوفى أثناء حياته السماح باقتطاع أعضاء من جثته بعد الوفاة، فإنّ الطبيب الجراح لا يستطيع إجراء الاقتطاع إلا بعد الحصول على موافقة أسرته، أي أن سلطة التصرف في جثة المتوفى تنتقل إلى أسرته بعد وفاته بشرط ألا يتعارض هذا التصرف مع إرادة المتوفى أثناء حياته[1]، ولم يقيد هذا النص موافقة الأسرة بالكتابة، بل أطلق شكل الموافقة ومن ثم يجوز لعضو الأسرة الذي تكون له الأولوية في تقديم الموافقة أن يعبر عنها كتابيا أو شفهيا، أو ما يؤدي معنى الموافقة كالتوقيع على الوثيقة المعدة مسبقا من المؤسسة الصحية لهذا الغرض[2]، على أن الأولوية في إجراء الموافقة تكون بتقديم علاقة الأبوة على رابطة الزوجية وهذه مقدمة على رابطة البنوة والأخوة[3].

ولقد أغفل المشرع الجزائري ذكر الشروط التي يجب توافرها في القريب الذي يمكنه الحلول محل الشخص المتوفى في إبداء الموافقة بشأن التصرف في جثة، غير أنه طبقا للقواعد العامة فإنّه يشترط في هذا الأخير أهلية التصرف وبالتالي يجب أن يكون كامل الأهلية ومتمتعا بكامل قواه العقلية[4].

ولاشك أن اشتراط المشرع الجزائري الحصول على موافقة الأقارب بشأن الاقتطاع من

1 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 221.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 649.

3 - فرقاق معمر، جرائم الاتجار...، مرجع سابق، ص 331.

4 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 649.

جثة المتوفى ما هو إلا تعبير عن حماية حقوقهم المعنوية على جثة قريبهم، تلك الحقوق التي تجد أساسها ضمن روابط الدم والعاطفة التي تربط أفراد الأسرة[1].

لذلك فهم يخلفون قريبهم المتوفى في المحافظة على كرامة جثته، فجسم الإنسان حيا أو ميتا لا يجوز المساس به إلا بعد الحصول على موافقة صريحة من الشخص أو أقاربه، فالتغاضي عن موافقة الأقارب عند المساس بالجثة ينطوي على اعتداء صارخ لحقوقهم وللاحترام الواجب نحو الأموات[2]. ويجب الإشارة إلى أن حق الأقارب على الجثة ليس حق ملكية لأن الجثة ليست من عناصر التركة فهي ليست مالا من الأموال، وإنما هو حق من الحقوق المعنوية التي يفرضها واجب خدمة الميت والحلول محله في المحافظة على كرامة الجثة وصيانة حرمتها وباعتبار الأقارب الممثل الطبيعي لهذا الميت[3].

وهناك عدة تشريعات عربية اشترطت أن تكون موافقة الأقارب على الاقتطاع من الجثة موافقة كتابية، كالقانون الكويتي[4] والقانون الإماراتي[5].

ورغم شيوع شرط الموافقة الصريحة للأقارب في كثير من التشريعات لأنه يراعي الضروريات الإنسانية للأسرة، إلا أنه يلاقي اعتراض الكثير من الفقهاء بسبب الصعوبات التي يثيرها[6]، وأظهر ذلك على النحو التالي:

- إنّ الحصول على الموافقة الصريحة من الأقارب لاقتطاع الأعضاء من جثة المتوفى يحتاج إلى وقت، وهذا يتعارض مع تقنية نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تحتاج إلى السرعة في التنفيذ، فالانتظار إلى حين الحصول على موافقة الأقارب من شأنه أن يؤدي إلى عدم صلاحية العضو للزرع.

---

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 428، 429.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 471.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 650.

4 - راجع نص المادة (5) من القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 في شأن زراعة الأعضاء البشرية.

5 - راجع نص المادة (6) من القانون الإماراتي رقم 15 لسنة 1993 في شأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

6 - راجع في ذلك: حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 119 – 200.
أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 223.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 654.
حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 146.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص ص 365 – 366.

- إضافة إلى ذلك هناك صعوبة في الحصول على الموافقة الصريحة للأقارب مباشرة بعد الوفاة، لهذا يرى البعض[1] بأنه ليس من اللائق أخلاقيا استشارة الأقارب مباشرة بعد لحظة الوفاة بشأن إمكانية الاقتطاع من جثة قريبهم، لأن في ذلك إثارة لمشاعرهم في وقت يحتاج فيه هؤلاء إلى السكينة وعدم إثارة الأحزان.

2 – الموافقة الضمنية للأقارب:

ينبني هذا الاتجاه على افتراض الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثة، ما لم يصدر اعتراض من المتوفى أثناء حياته أو من الأقارب بعد وفاته، وذلك لتفادي العراقيل العملية التي قد يواجهها الأطباء للحصول على الموافقة الصريحة للأقارب[2].

فالرضا مفترض، ويحق للطبيب الجراح أن يباشر اقتطاع الأعضاء اللازمة من الجثة ما دام لم يصله اعتراض من الأقارب في وقت مناسب فهناك قرينة بالرضا لمصلحة الطبيب، ولكنها قابلة لإثبات العكس عن طريق الاعتراض[3].

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن المصلحة العلاجية للمرضى الذين هم بحاجة للأعضاء البشرية، والتقدم في مجال الطب يقتضي تفضيل مصلحة الأحياء المحتاجين لهذه الأعضاء على مصلحة الشخص المتوفى وأقاربه، فجثث الموتى تعد من أهم المصادر التي يحصل منها على الأعضاء البشرية، وأن هذا المصدر تقل أهميته إذا ما اشترطنا موافقة الشخص المتوفى أو أقاربه، فطلب الموافقة يعيق الاقتطاع وخصوصا أن تقنية نقل الأعضاء تحتاج إلى السرعة في التنفيذ، وطلب الموافقة قد يؤدي إلى ضياع فرصة نجاح عملية النقل[4].

كما أن هذه الطريقة تحقق التوازن بين المصلحة العامة المتمثلة في إنقاذ حياة المرضى من جهة ومصلحة الأقارب في الاعتراض على عمليات الاقتطاع من جهة أخرى، فالطبيب يستطيع الحصول على الأعضاء من جثة الشخص المتوفى دون انتظار موافقة

---

1 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 200.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 654.
محمد صلاح الدين إبراهيم، حكم نقل...، مرجع سابق، ص 396.
عمرون شهرزاد، أحكام نقل...، مرجع سابق، ص 244.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 206.

4 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 147.
إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 165.

الأقارب، وهو ما يتفق مع السرعة التي تستلزمها تقنية نقل الأعضاء وفي الوقت ذاته تراعي مصلحة الأقارب بالسماح لهم بالاعتراض[1].

وبناءً على ما تقدم فإنّ اعتماد فكرة الموافقة المفترضة تعني حرية الاقتطاع ما لم يصدر اعتراض من أقارب المتوفى، والأصل وفق هذا الاتجاه هو موافقة الأقارب على الاستفادة من الجثة والاستثناء هو الاعتراض[2].

ومن المؤتمرات الدولية التي وافقت على هذا الإجراء في مجال نقل لأعضاء مؤتمر بيروجيا[3]، فأكدت توصياته على ما يلي: « أنه يفترض وجود الإذن بالأخذ من قبل المتوفى أو من قبل أقربائه، ومع ذلك لا يجوز أخذ عضو من جثة إذا كان المتوفى أثناء حياته، أو كان أفراد عائلته قد منعوا ذلك بتصريح كتابي، ومن الفائدة وجوب تبصير الرأي العام بأن قرينة الرضا باستئصال الأعضاء تتعلق بالمصلحة العامة وتتفق مع ضرورة التعاون والتضامن الإنساني التي تتمثل في إنقاذ حياة إنسان مريض في خطر وأن هذه القرينة لا تنطوي على أي مساس بالاحترام الواجب لجثة الميت أو النيل من كرامته ».

كما أعلنت اللجنة الوزارية المنبثقة عن المجلس الأوروبي في قرارها الصادر بتاريخ 11 ماي 1978 والخاص بالتنسيق بين تشريعات الدول أعضاء المجلس في مجال اقتطاع الأعضاء البشرية ونقلها أن الضرورة الطبية تتطلب اقتطاع الأعضاء من جثة الشخص المتوفى عندما لا يوجد ما يؤكد أن صاحبها كان سيعارض ذلك[4].

وهذا ما أكده كذلك القرار الصادر من المحكمة السويسرية بتاريخ 04 جوان 1975 معلنة أن الاعتداد بقرينة الرضا تفرضه سرعة التنفيذ التي تتطلبها عملية نقل الأعضاء، وعللت المحكمة قرارها من جهة أخرى، بالاستناد إلى فكرة المصلحة العامة من خلال الموازنة بين مصلحة الفرد في التصرف في جثته ومصلحة المريض الذي ينتظر زراعة

---

1 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 607.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 655.

2 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 366.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 434.

3 - المؤتمر الدولي لرجال القضاء والحقوقيين الذي انعقد ببيروجيا سنة 1969 سبقت الإشارة إليه. راجع في ذلك: رياض الخاني، المظاهر القانونية...، مرجع سابق، ص ص 26 – 29.

4 - عمرون شهرزاد، أحكام نقل...، مرجع سابق، ص 244.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 656.

العضو لإنقاذ حياته، وانتهت إلى وجوب تغليب مصلحة المريض على مصلحة الشخص المتوفى[1].

والجدير بالذكر أن القانون الفرنسي الخاص باحترام جسم الإنسان لسنة 1994 وإن كان يأخذ بالموافقة المفترضة، إلا أنه لم يمنح الأقارب حق الاعتراض أو الموافقة على الاقتطاع من الجثة، بمعنى أن المشرع الفرنسي اعتبر الأقارب مجرد شهود في هذا المجال[2]، وهذا حسب نص المادة (L1232-1) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2004-800 وبالرغم من أن المشرع الفرنسي عدل هذه المادة بموجب القانون رقم 2016-41 الصادر في 26 جانفي 2016، ونصت على ضرورة قيام الطبيب بإعلام أقارب الشخص المتوفى بالاقتطاع المستهدف وطبيعته وهدفه، إلا أنه لم يشترط موافقتهم[3].

ولقد تعرضت فكرة الموافقة المفترضة إلى عدة انتقادات أهمها:

- إنّ الأخذ بفكرة الموافقة المفترضة ينطوي على خطورة كبيرة بالنسبة للطبيب فهو غير ملزم بالحصول على الموافقة الصريحة من الأقارب لمباشرة عملية الاقتطاع من الجثة، ولكنه ملزم بعدم المساس بها حالة اعتراضهم على ذلك، وبهذا قد يصر الأقارب على قيامهم بالاعتراض في الوقت المناسب في حين يصر الطبيب على أن الاعتراض لم يصله في الوقت المناسب[4].

- كما أن الأخذ بالموافقة المفترضة لا يحمي حقوق الأقارب بخصوص جثة قريبهم فالطبيب غير ملزم باستشارتهم بشأن الاقتطاع، وإنما يتعين عليهم أن يعترضوا بوسائلهم الخاصة في الوقت المناسب لتجنب المساس بالجثة[5].

---

1 - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع...، مرجع سابق، ص 149.
مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص ص 435 – 436.

2 - AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, p 452.

3 - راجع في ذلك: مواسي العلجة، التعامل القانوني...، مرجع سابق، ص 234.

4 - عبد الحليم محمد منصور، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2013، ص ص 168، 169.
حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 607.
مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 655.

5 - أحمد محمد بدوي، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 135.
عبد الحليم محمد منصور، نقل الأعضاء...، مرجع سابق، ص 169.

- كما أن الأخذ بالموافقة المفترضة قد يثير مشكلات تتعلق بفقدان الثقة في المستشفيات والأطباء على حد سواء[1]، مما يؤدي إلى إحجام الناس عن دخول المستشفيات وفي ذلك خسارة مادية من جهة وتقليص فرص البحث العلمي الذي يتم على الجثث من جهة أخرى[2].

ثانيا – الاقتطاع من الجثث دون موافقة أحد:

أجازت بعض التشريعات الاقتطاع من الجثث بدون موافقة المتوفى قبل وفاته أو أقاربه بعد الوفاة، وذلك استنادا إلى فكرة تأميم الجثث (1)، في حين استندت تشريعات أخرى إلى حالة الاستعجال لتبرير هذا الاقتطاع (2).

1 – تأميم الجثث:

هناك اتجاه في الفقه القانوني يرى أن الجثة ليست ملكا للشخص أو أسرته بل هي ملك للدولة ويمكنها تبعا لذلك التصرف فيها كما تشاء فيما يحقق المصلحة العامة[3]، ويرى الفقيه الإيطالي Giovanni الذي نادى بهذا الاتجاه ضرورة تغليب حقوق المجتمع على الحقوق المعنوية للأسرة بشأن صيانة الجثة[4].

يقوم هذا الاتجاه على أساس ضرورة مسايرة القانون للتقدم الطبي، فالموافقة كانت ضرورية في وضع طبي لا تستخدم فيه الجثة إلا للتشريح لمعرفة أسباب الوفاة، ومن ثم فلا استعجال ويمكن الحصول على موافقة الأقارب بتأني، أما وقد نجحت عمليات زرع الأعضاء ونجاحها يستلزم سرعة القيام بالاقتطاع من الجثة بعد الوفاة مباشرة، فإنّه لا بدّ من الاستغناء عن موافقة الأقارب أي يجب ترجيح المصلحة الإنسانية العامة والمؤكدة على مصلحة الأسرة[5].

---

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 367.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 470.

2 - عبد الحليم محمد منصور، نقل الأعضاء...، مرجع سابق، ص 169.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 440.
عمرون شهرزاد، أحكام نقل...، مرجع سابق، ص 245.

4 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 659.
رياض الخاني، المظاهر القانونية...، مرجع سابق، ص 22.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 467.

5 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 211.
أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 333.

من هذا المنطلق يستطيع الطبيب بمفرده ودون حاجة للحصول على موافقة أحد أقارب المتوفى تقدير مدى ملائمة إجراء عمليات اقتطاع الأعضاء من الجثث لنقلها إلى شخص آخر، ويستند تصرف الطبيب في مثل هذه الحالات إلى فكرة المصلحة العامة أو مصلحة الجماعة[1].

2 – الاقتطاع من الجثث في حالات الاستعجال:

أجازت بعض التشريعات الاقتطاع من الجثث دون موافقة أحد عندما يتعلق الأمر بحالة الاستعجال التي لا تقبل التأخير كأن يتعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المناسب أو يخشى فساد العضو المراد نقله، أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمتلقي التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته[2].

استندت بعض التشريعات المقارنة إلى فكرة الضرورة أو الاستعجال لتبرير الاقتطاع من الجثث بدون موافقة أحد، كالقانون الكويتي رقم 87-55 الصادر في ديسمبر 1987 بشأن نقل الأعضاء البشرية حيث أجاز نقل الأعضاء من الجثة في حالة الضرورة ولو اعترض الأقارب بترخيص من وزير الصحة على ذلك، بناء على توصية لجنة تتكون من ثلاثة أطباء اختصاصيين على الأقل[3].

انتقد البعض هذا النص الذي يمنح وزير الصحة اختصاص سلطة الترخيص بشأن هذه المسألة رغم أنه لا يملك أية صفة في هذا المجال[4]، وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن هذا النص عام بحيث يسري سواء أكان المتوفى مجهول الهوية أو معلوم الشخصية طالما تحققت الشروط[5].

كما أن المشرع الجزائري استند إلى فكرة الاستعجال لتبرير الاقتطاع من الجثث دون موافقة الأقارب حيث جاء في نص الفقرة الأخيرة من المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها ما يلي: « ***غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو***

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 369.
حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 212.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 660 – 661.

3 - راجع نص المادة (6) من القانون الكويتي رقم 87-55 لسنة 1987 بشأن نقل الأعضاء البشرية.

4 - AL-KANDARI Fayez, Les prélèvements…, op.cit, pp 453 – 455.

5 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 370.

كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع.

إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون ».

يمكن بداية الإشارة إلى أن هذا النص استحدثه المشرع الجزائري بعد تعديل قانون حماية الصحة وترقيتها بالقانون رقم 90-17 لسنة 1990، وبموجبه أجاز صراحة اقتطاع القرنية والكلية من الجثة بدون موافقة المتوفى وأقاربه، وبرر ذلك بحالات الاستعجال التي يكون فيها المريض في حاجة ماسة لهذا العضو، لإنقاذ حياته من خطر الموت الذي يتهدده ولا يكون هناك بديل آخر غير نقل هذا العضو إليه[1].

ويمكن القول أن إجازة الاقتطاع من الجثة بدون موافقة الأقارب فرضتها أسباب عملية خاصة بعمليات نقل القرنية من جهة وتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى خاصة عندما يتعلق الأمر بإنقاذ حياة المريض المصاب بالقصور الكلوي[2].

ويجب التنبيه إلى أن إجازة اقتطاع القرنية بدون موافقة الأقارب مشروطة بحالة الاستعجال التي تثبتها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وكأن المشرع الجزائري قد جعل طرفا آخر يحل محل الشخص المتوفى وأسرته بشأن الموافقة من الاقتطاع من الجثة[3]، والغرض من اشتراط إثبات حالة الاستعجال من قبل اللجان الطبية هو تجنب التجاوزات كالاقتطاع من الجثث بدون موافقة مسبقة لأسباب غير مشروعة[4].

يستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري قد ساير الاتجاه القائل باقتطاع الأعضاء من الجثث دون موافقة أحد، ولكن لم يكرسه كقاعدة عامة بل اعتبره استثناء يخص فقط عملية اقتطاع القرنية والكلية، ويجب أن يتم بترخيص اللجنة الطبية المختصة، وهذا يعني أن المشرع الجزائري رفض مسايرة الاتجاه الذي يأخذ بمبدأ تأميم الجثة.

---

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 442.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 662 – 663.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 422.

4 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 663.

إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 169.

مواسي العلجة، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 355.

خلاصة الباب الأول

يعتبر مبدأ حرمة جسم الإنسان من أهم المبادئ المستقرة لدى فقهاء القانون، وما يترتب عنه من عدم جواز إخضاع جسم الإنسان إلى أي اتفاق قانوني، فهو كقاعدة عامة يخرج عن دائرة التعامل القانوني وهذا المبدأ متعلق بالنظام العام، لذا لا يمكن الاتفاق على أن يكون جسم الإنسان محلا للعقود الخاصة، خاصة الاتفاقات التجارية.

إلا أنّ هذا لا يعني في الواقع خروج جسم الإنسان بمكوناته عن دائرة التعامل القانوني بصفة مطلقة، لأن أعضاء الجسم ومنتجاته دخلت ضمن التعامل القانوني، وهذا ما يتضح بشكل جدي في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

بشأن مشروعية هذه العمليات تم التوصل إلى أنه في الوقت الحالي تشكّل النصوص التشريعية التي أباحت هذه العمليات الطبية الأساس القانوني لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ومن التشريعات التي أباحت هذه العمليات تشريع أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسي الصادر في 29 جويلية 1994 وما تضمنه من مراسيم وتعديلات لاحقة، وقد اشتمل هذا التشريع على تنظيم شبه متكامل للممارسات الطبية والعلمية الواردة على جسم الإنسان وأرسى عدة مبادئ قانونية في هذا المجال منها: مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلا بناء على الرضا الحر والمستنير للشخص وأن يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية للشخص نفسه أو للغير، وكذلك مبدأ المحافظة على الكرامة الإنسانية وعدم جواز اعتبار جسم الإنسان محلا للحقوق المالية.

وتعد القوانين التي تنظم هذه الممارسات في المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية من أكثر التشريعات اللافتة للنظر في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، كما أن هناك العديد من المحاولات التشريعية التي ظهرت في الدول العربية، إذ حاول المشرعون من خلالها إيجاد إطار تنظيمي شامل يعالج في طياته الجوانب القانونية الخاصة بهذه الممارسات، واشرنا إلى البعض منها: كالتشريع التونسي رقم 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، والتشريع المغربي رقم 16 لسنة 1998 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، والتشريع المصري رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية.

أما بشأن موقف التشريع الجزائري من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فتوصلنا إلى أن المشرع الجزائري أجاز اقتطاع الأعضاء من جسم الشخص الحي ومن جثث الموتى، وذلك في القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، وقبل ذلك اعتمدت الجهات الإدارية والطبية المعنية بهذه العمليات على الفتوى الصادرة من المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1972، والتي أجازت هذا النوع من العمليات.

غير أن إجازة مختلف التشريعات لاقتطاع الأعضاء البشرية سواء من الأحياء أو من جثث الموتى مرتبطة بمراعاة الضوابط العديدة التي حددتها هذه القوانين سواء كانت ذات طبيعة طبية أم من طبيعة إدارية.

وتتلخص مبدئيا في الشروط والضوابط العامة التي يجب احترامها لممارسة العمل الطبي ككل ويضاف إليها ما يلي:

- عدم مخالفة عملية نقل الأعضاء البشرية للنظام العام والآداب العامة، فلكي لا يتعارض تنازل الشخص عن أحد أعضائه مع فكرة النظام العام والآداب العامة، يجب أن يكون هذا التنازل لغرض علاج الشخص المريض المراد إنقاذ حياته، وألا يترتب عليه ضرر جسيم للمتبرع يمنعه من أداء واجباته الاجتماعية. فالقوانين أجازت التعامل في الأعضاء البشرية عن طريق التبرع بغرض تحقيق مصلحة علاجية راجحة ولكنها استثنت أعضاء معينة من دائرة التعامل فيكون التبرع بها باطلا ولو تم ذلك بموافقة الشخص، إذ لا يكون لموافقته أية قيمة قانونية، فلا يجوز نقل عضو حيوي من جسم المتبرع وكذلك لا يجوز نقل الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية.

- وجوب توافر حالة الضرورة للاقتطاع من خلال التأكد من عناصرها المتمثلة في عناصر الخطر (المريض مهدد بالموت إذا لم يستفد من عملية زرع الأعضاء في الحال). وعناصر فعل الضرورة (التأكد من عدم تعرض السلامة البدنية للمتبرع لمخاطر جسيمة وكذلك التأكد من استفادة المريض من العضو في حالة زرعه).

- شروط ذات طبيعة طبية تتعلق بحالة المتبرع والمتلقي الصحية، ومنها ما يتعلق بالعضو المنقول نفسه وكيفية التعامل معه من ناحية حفظه، ومنها ما يتعلق بتوافق أنسجة

كل من المتبرع والمتلقي، واتضح لنا أن ظاهرة طرد الأجسام الغريبة من الجسم تعتبر من أكبر المعضلات التي يواجهها الأطباء في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

- شروط ذات طبيعة إدارية تتعلق بمكان إجراء هذه العمليات وقيود خاصة بالأطباء المسموح لهم بتنفيذها إذ لا تنفذ هذه العمليات إلا في الأماكن المرخص بها بذلك، ويجب أن تنفذ من طرف جراح متخصص وله الخبرة اللازمة لضمان نجاح العملية.

- يجب أن يكون التبرع بالعضو دون مقابل مالي سواء أكان هذا المقابل عاجلا أم آجلا، وقد حظرت القوانين المقارنة الحصول على مقابل مالي للتنازل على العضو وعمدت على سد كافة السبل المؤدية للحصول على مقابل مالي للتنازل على العضو والاتجار به، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري حين جرّم الاتجار بالأعضاء البشرية في قسم خاص بعد تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 90-01 المؤرخ في 05 فيفري 2009.

- اتفقت القوانين التي أجازت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على ضرورة الحصول على رضا المتبرع بالعضو، ويجب أن يكون هذا الرضا صادرا عن إرادة حرة متبصرة، كما أجازت هذه القوانين العدول عن الموافقة في أي وقت دون حاجة لتقديم مبررات العدول، ودون الخضوع لأحكام المسؤولية لأن العدول ما هو إلا عودة إلى الأصل المتمثل في عدم جواز المساس بسلامة جسم الإنسان.

- نصت القوانين المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على أن يكون المتبرع بالعضو كامل الأهلية قانونا، ونص البعض منها صراحة على حظر نقل الأعضاء من القصر كالتشريع الفرنسي والتشريع الجزائري.

- كما نصت هذه القوانين على ضرورة الحصول على رضا المريض (المتلقي) وكذلك نصت على ضرورة تبصيره وبهذا الاتجاه أخذ كذلك المشرع الجزائري.

- وجوب التحقق من الوفاة عندما يتعلق الأمر بالاقتطاع من جثة الموتى من خلال احترام المعايير الحديثة للوفاة والتي تأخذ بمعيار موت الدماغ، وضرورة الحصول على رضا الشخص أثناء حياته بشأن الاقتطاع من جثته أو ورثته بعد وفاته.

الباب الثاني

تقنية التلقيح الاصطناعي وسيلة لعلاج العقم

إذا كانت الأعضاء البشرية وما يقع عليها من ممارسات طبية تتبوأ مكانا كبيرا في مختلف الدراسات القانونية والبيوأخلاقية، فإنّ ما خلاها من مشتقات ومنتجات بشرية أخرى والتي تعد من المكونات الأساسية في الجسم البشري، قد غدت هي الأخرى من الموضوعات التي تستقطب الاهتمام وتفرض نفسها على الباحثين في هذا المجال، لأن ممارسة العمل الطبي لم يقتصر فقط على الأعضاء البشرية، بل امتد ليشمل كل مكونات ومنتجات جسم الإنسان، وهذا ما يظهر من خلال استخدام الأمشاج واللقائح الآدمية لتحقيق مصلحة علاجية للشخص نفسه، إذ توصل الأطباء إلى استحداث أساليب فنية وطبية تساعد الفرد على ممارسة حقه في الإنجاب إذا كان يعاني من العقم أو غير ذلك من الحالات الصحية التي تحول دون أن يتمكن من الإنجاب بالطرق الطبيعية.

وعليه، ظهرت تقنية التلقيح الاصطناعي كوسيلة لعلاج العقم، والتي يلجأ إليها الأطباء عقب فشل كافة الطرق التقليدية والعلاج الدوائي، بالتالي فإنّها تعتبر طريقة استثنائية لا يجوز اللجوء إليها إلا بعد فشل الإنجاب الطبيعي، ويتميز الإنجاب الصناعي بوجه عام أيا كانت وسيلته بأنه من ناحية إنجاب طبي يقتضي بالضرورة تدخل أحد الأطباء على الأقل، وتدخل أحد المتخصصين في علم الأحياء في بعض الحالات، كما أنه يتميز من ناحية أخرى بأنه إنجاب مساعد، إذ تحل الوسائل الاصطناعية محل الخطوات الطبيعية للإنجاب. واعتمد الأطباء في البداية على طريقة الإخصاب الذي يتم داخل رحم الزوجة، وهذا ما يعرف بتقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي (الفصل الأول).

وبالرغم من الفوائد العديدة لتقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي الذي يتم داخل رحم الزوجة عن طريق التلقيح بنطفة الزوج، إلاّ أن هذه الوسيلة لا تجدي نفعا عندما تكون الزوجة عقيما، بسبب انسداد القناة التي تصل بين المبيض والرحم وتسمى قناة فالوب، حيث يستحيل في هذا الفرض إجراء عملية التلقيح داخل رحم المرأة بالطريقة السابقة، لهذا توصل الأطباء إلى اكتشاف تقنية أخرى يتم بواسطتها التغلب على هذه المشكلة، وذلك باللجوء إلى الإخصاب خارج رحم الزوجة داخل أنابيب، وهذا ما يسمى بتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي (الفصل الثاني).

الفصل الأول

التلقيح الاصطناعي الداخلي

تعتبر تقنية التلقيح الاصطناعي من الموضوعات التي ازدادت أهميتها بشكل ملحوظ في السنوات الأخيرة، إذ أنّ لها جوانب فردية واجتماعية في الوقت نفسه، ذلك أن التلقيح الاصطناعي من الموضوعات المتعلقة بحق الفرد في الإنجاب وتكوين الأسرة[1]، ومما لا خلاف عليه أن المجتمع يقوى ويزدهر ويستمر بوجود الأسرة القوية والمتماسكة، فتقنية التلقيح الاصطناعي هي وسيلة طبية مستحدثة تهدف لتحقيق الكثير من الفوائد للفرد والمجتمع، وهي بمثابة ضرورة اجتماعية في العديد من الحالات، لإشباع الرغبة المشروعة في الإنجاب، فالأمومة وكذلك الأبوة رغبة طبيعية بل وغريزية في الإنسان، فالغاية إذن هي إشباع الرغبة في الإنجاب.

وقد تتم هذه الوسيلة داخل رحم الزوجة عن طريق التلقيح بنطفة الزوج (التلقيح الاصطناعي الداخلي)، وهذه الوسيلة وإن كانت من طبيعة طبية إلا أنها تثير العديد من المشاكل القانونية خاصة حول مدى مشروعيتها (المبحث الأول).

ولا يمكن إباحة هذا العمل الطبي الذي يعتبر استثناء يرد على مبدأ حرمة جسم الإنسان إلا بتوافر مجموعة من الضوابط تتعلق أساسا برضا الزوجين، وأن يكون هدف تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي مكافحة عقم الزوجية، ومن ثم يجب أن ترتبط تقنية التلقيح الاصطناعي من حيث وجودها بهذا الهدف، فتقنية التلقيح الاصطناعي لم تنشأ في البداية إلا لغرض مكافحة العقم[2] والتغلب على آثاره، وفي حالة تخلف أحد هذه الضوابط فإنّ ذلك يستوجب المسؤولية القانونية للطبيب (المبحث الثاني).

---

1 - أكدت العديد من المواثيق الدولية على حق الفرد في تكوين الأسرة، إذ نصت عليه المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948، والمادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي صدرت عن حكومات الدول الأعضاء في مجلس أوروبا في عام 1950، كما نصت المادة 17 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي وقعت عام 1969 على أن حق الرجال والنساء الذين بلغوا سن الزواج في أن يتزوجوا ويؤسسوا أسرة هو حق معترف به إذا استوفوا الشروط التي تحددها القوانين المحلية. راجع في ذلك:
إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 252.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 22.

2 - يمكن تعريف العقم على أنه: عدم قدرة المرأة والرجل على الإنجاب لأسباب كثيرة، ترتيبا على ذلك فإنّ العقم يعد مرضا يستوجب العلاج، لأن المرض هو كل ما خرج به الإنسان عن حد الصحة. حول تعريف العقم انظر: =

المبحث الأول

مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي

ساهمت تقنية التلقيح الاصطناعي في التغلب على العقبات التي تقف في طريق المسار الطبيعي للحمل، ويمكن اعتبارها دون أدنى قدر من المبالغة ثورة علمية بكل ما تحمله الكلمة من معنى أو بمعنى آخر انقلاب على كثير من العادات والتقاليد التي استقرت داخل المجتمع بحكم الدين والأخلاق من ناحية، وقواعد القانون من ناحية أخرى، لأنها تؤدي إلى تدخل الطبيب في نطاق علاقات يجب أن تظل قاصرة على الزوجين فحسب. فلهذا أثارت هذه التقنية الخلاف بين رجال القانون حول مشروعيتها ولو تمت في إطار العلاقة الزوجية (المطلب الأول).

ويلاحظ على هذه الوسيلة أن دور الطبيب وإن كان ضروريا لا غنى عنه، إلا أنّ دوره محدود إذا ما قورن بدوره في الوسائل الأخرى، إذ يقتصر دوره على حقن النطفة المذكرة في رحم المرأة التي ترغب في الحمل، كما يلاحظ على هذه الوسيلة أنها قد تتم بين الزوجين أو بتدخل الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين

في الواقع لا يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا عندما تكون الحيوانات المنوية للزوج سليمة والأنابيب عند الزوجة مفتوحة والرحم جيد، ولكن السبب الذي يمنع الحمل هو وجود مضادات ضد الحيوانات المنوية في عنق الرحم، ولقد ذهب أغلب فقهاء القانون إلى القول بمشروعية تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين ولكن بشرط توافر مجموعة من الضوابط (الفرع الأول)، كما اتجهت بعض الدول إلى تنظيم التدخل الطبي في هذا المجال، فصدرت بها تشريعات أباحت اللجوء إلى استعمال تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي، إلا

=أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص ص 26، 28.

أنها وضعت بالمقابل مجموعة من الضوابط (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الفقه من التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين

اتفق أغلب فقهاء القانون على إباحة التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين حال الحياة (أولا)، إلا أنه وقع الخلاف بينهم حول مسألة مدى جواز استخدام الحيوانات المنوية للزوج في إجراء عملية التلقيح الاصطناعي للزوجة بعد وفاته (ثانيا)، كما وقع الخلاف بينهم كذلك حول مدى جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية (ثالثا).

أولا – التلقيح الاصطناعي بين الزوجين حال الحياة:

في هذه الحالة يتم التلقيح الاصطناعي الداخلي[1] حال حياة الزوجين في إطار زواج شرعي استكمل أركانه وشروطه، وهذه الصورة هي أيسر صور التلقيح الاصطناعي وأكثرها قبولا وأقلها إثارة للمشاكل والاعتراضات. وكل ما يلزم أن يتوافر لعملية التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين هو كل ما يلزم توافره لكل عمل طبي أيا كانت طبيعته، ومن المعلوم أن من الشروط التقليدية لأي عمل طبي سواء أكان علاجيا أو تدخلا جراحيا تتمثل في الغرض العلاجي ورضا المريض[2].

---

1 - لقد تعددت التعريفات التي قيل بها بشأن التلقيح الاصطناعي الداخلي ومن أهمها:

- عملية طبية غير معقدة تتضمن تلقيح المرأة عن طريق وضع مادة الزوج داخل رحمها على نحو تلتقي به هذه المادة مع بويضة الزوجة، إذا كان هناك مانع طبي في إتمام ذلك على نحو طبيعي.
- الإخصاب بمنويات الرجل داخل رحم الزوجة أثناء حياة زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة.
- عملية تلقيح بويضة الزوجة بماء الزوج، والتي تنقل بعد ذلك إلى رحم المرأة داخل الإطار الطبي وبمعرفة الهيئة الطبية المختصة. راجع في ذلك:

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 19.

حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 125.

بغدادي ليندة، أثر التطور...، مرجع سابق، ص 102.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 30، 31.

سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 179.

وذهب الرأي الراجح في الفقه إلى القول أن تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين لا تثير أية مشكلة قانونية أو دينية أو أخلاقية والطفل يكون شرعيا ويتحقق نسبه للأب والأم[1]، فلا مانع بتلقيح الزوجة بماء زوجها حال حياته وذلك إذا ظهر مانع طبي لدى أحد الطرفين أو كلاهما يحول دون الإنجاب[2].

أما عن الأساس الذي استند إليه هذا الاتجاه لتبرير الوسيلة محل البحث، فيرى البعض أن هذه الوسيلة تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما المشروعة في الإنجاب وتوطيد العلاقة بينهما وتمنع في الوقت نفسه المشاكل الأسرية المرتبطة بالعقم، فالغرض الإنساني عند أنصار هذا الرأي يبرر هذه الوسيلة[3].

بينما يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى تصنيف العقم بأنه مرض يجوز التداوي منه وبالتالي فإن تدخل الطبيب يعد عملا علاجيا مباحا وهذا يعني أن الضرورة العلاجية هي أساس إباحة هذه التقنية الحديثة[4].

ولما كان هذا النوع من التلقيح يساعد على الاتحاد الطبيعي بين البويضة والحيوان المنوي أي تلقيح الحيوان المنوي للزوج ببويضة الزوجة، إذ يسمح باندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة لتكوين النطفة المشتركة من الزوج والزوجة ثم تزرع في رحم الأخيرة، فإنه يمكن تشبيه هذا النوع من التلقيح بالتلقيح الناتج عن الطريقة الطبيعية بين الزوج والزوجة[5]. وإذا كان التلقيح الطبيعي بين الزوجين مشروعا فإن هذه الوسيلة تكون

---

1 - فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص 141.

إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 275.

مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 416.

2 - أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية للجنين، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2004، ص 27.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 36.

4 - أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 27.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 37.

5 - CHARAF EL DINE Ahmed, Droit de la transplantation..., op.cit, p 264.

أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 139.

مشروعة أيضا[1].

وعليه فإن التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين لا يتعارض مع الأخلاق والدين نظرا لاستهدافه غرض علاجي يتمثل في علاج العقم، وهذا ما أكده الفقيه DIERKENS عندما ذهب إلى القول: « أن هذه العملية سليمة، ما دام التلقيح الاصطناعي بين الزوجين يستهدف علاج العقم عند المرأة وإشباع غريزة الأمومة »[2].

كما يرى الأستاذ GUINAND أنه: « لا يمكن اعتبار التلقيح الاصطناعي فيما بين الزوجين إجراء غير أخلاقي لاستهدافه تحقيق غرض علاجي مشروع لحالة العقم لدى الزوجة ويشبع رغبة مشروعة للأزواج تتجسد في إنجاب الأطفال متى تم برضا الزوجين »[3].

فأجاز أنصار هذا الاتجاه تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين واستندوا إلى مجموعة من الحجج لتدعيم رأيهم، ألخصها على النحو التالي:

- بشكل عام فإن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين يستعمل من أجل التغلب على العجز الجسماني الذي يحول دون الإنجاب الطبيعي أثناء الحياة الزوجية.

- إن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي للتغلب على مشكلة عدم الإخصاب التي يعاني منها الزوجين أفضل من اللجوء إلى وسيلة التبني، ويرى جانب من الفقه أن الخطر موجود في حالة إهمال المنطق فيجب اللجوء أولا إلى الإنجاب الطبيعي، ثم إلى التلقيح الاصطناعي، وبعد ذلك يمكن اللجوء إلى التبني في حالة فشل هذه الطرق الطبية.

- عندما يلجأ الزوجين إلى تقنية التلقيح الاصطناعي فإنهما يمارسان حقا خاصا أو حرية يجب احترامها، كما أن العقد الذي يبرمه الزوجين مع الطبيب لا يمس بالتصرف بحالة الشخص وقواعد النظام العام المتعلقة بالنسب، فهذه الوسيلة لها غرض مشروع، إذ تهدف إلى ميلاد طفل وتسجيله في الحالة المدنية كالطفل الذي يتم إنجابه بالطريقة الطبيعية.

---

1 - على أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 351.

2 - DIRKENS R, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, collection de médecin légale et de toxicologie médicale, éd. Masson, Paris, 1966, p 22.

3 - GUINAND (J), "Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit Suisse", rapport présenté aux travaux de l'association Henri Capitant, sur le corps humain et le droit, Journée Belges, Tome XXVI, Dalloz, 1975, p 166.

- إنّ الآثار النفسية التي يعاني منها الرجل خاصة من جراء عدم القدرة على الإنجاب بالطريقة الطبيعية ستزول عند اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي[1].

وعلى مستوى فقهاء الشريعة الإسلامية، أجاز جانب منه تقنية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين إذا ما توافرت ضوابطها، ويعد هذا الاتجاه القائل بجواز إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين هو الاتجاه الراجح لدى الفقه[2]، واستدل أنصار هذا الاتجاه بعدة أدلة أهمها:

- إنّ الأساس في تكوين الجنين يكمن في التقاء الحيوان المنوي بالبويضة وتلقيحه لها، ولم يشترط الفقهاء طريقة محددة ليتم إيصال الحيوان المنوي إلى البويضة، وبذلك يكون التلقيح الداخلي جائزا إذ هو طريقة أو وسيلة لإيصال الحيوان المنوي إلى البويضة[3].

- إنّ التلقيح الاصطناعي بين الزوج وزوجته قد يكون سببا من أسباب الاستقرار العائلي، لأن الزوج وزوجته إذا كان أحدهما أو كلاهما ليس لديه القدرة على الإنجاب، فإنّ ذلك قد يؤدي إلى هدم الحياة الزوجية، لأن الرغبة في الإنجاب رغبة ملحة تفرض نفسها على الإنسان، فإذا علم كل منهما أن هذه الرغبة من الممكن أن تتحقق بينهما عن طريق التلقيح الاصطناعي، أدى ذلك إلى إضفاء الاستقرار على الأسرة[4].

- إنّ العقم أو عدم الإخصاب أيا كان نوعه لا يعدو أن يكون مرضا، ولقد حثت الشريعة الإسلامية على التداوي وأمرت به، فكانت كل وسيلة من شأنها أن تؤدي إلى

---

1 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle : Limites morales et juridique et responsabilité médicale, thèse de Doctorat, Faculté de droit, université Paris XII Val-De-Marne, 2004, pp 29, 30.

2 - حول موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين راجع:
CHARAF EL DINE Ahmed, Droit de la transplantation…, op.cit, pp 261, 262.
BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, pp 31, 32.
محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، العبيكان للنشر، الرياض، 2011، ص ص 81 – 98.
بلحاج العربي، "المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2014، ص ص 101، 103.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 365، 372.

3 - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 82.

4 - علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 367.

مكافحة العقم جائزة ومشروعة ما دامت في حدود الإطار الشرعي المتعارف عليه بين الفقهاء، فكان التلقيح الاصطناعي الذي يجري بين الزوجين جائزا ولا شيء فيه[1].

ومما يستوجب العمل على علاج العقم هو أن الشريعة الإسلامية لا تجيز التبني وتفرض ثبوت النسب الشرعي على أساس رابطة الدم، فبالتالي لا توجد طريقة أخرى غير تقنية التلقيح الاصطناعي للأزواج الذين يعانون من مشكلة العقم ويرغبون في إنجاب طفل[2].

- الرجل العقيم هو الذي يستحيل عليه الإنجاب ولا حتى بالمساعدة الطبية، أما إذا كانت المساعدة الطبية (العلاج) يمكنها تذليل العقبة التي تحول بينه وبين الإنجاب بطريق مشروع، فليس في هذا خرق لقوانين الطبيعة أو خروج عن الدين أو تحدي المشيئة الإلهية[3].

- إنّ القاعدة الشرعية التي قررها الفقهاء والتي مؤداها أن المشقة تجلب التيسير دليل على جواز التلقيح الاصطناعي الداخلي، إذ الأصل في المرأة أن تكون سليمة قادرة على الإنجاب وإصابتها بالعقم يفوت عليها الانتفاع ببعض أعضاء جسمها، وتعطل منافع الأعضاء نوع من أنواع المشقة يستوجب الترخيص والتخفيف والتيسير، والتيسير في هذه الحالة يكون باللجوء إلى التلقيح الاصطناعي[4].

ويرى الأستاذ محمد شلتوت أن التلقيح الاصطناعي الإنساني يعتبر تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية الفاضلة، إذا كان بماء الرجل لزوجته، ويكون عملا مشروعا لا أثم فيه ولا حرج، فضلا أنه قد يكون في هذه الحالة وسيلة

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 27.

أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 82.

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 29.

بلحاج العربي، المبادئ القانونية...، مرجع سابق، ص ص 101، 103.

2 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 31.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 27.

4 - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 84، 85.

للحصول على ولد شرعي، يذكر به والداه وبه تمتد حياتها وتكتمل سعادتها النفسية والاجتماعية[1].

وعليه فإن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي يجيز التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين وهذا ما انتهت إليه العديد من القرارات والتوصيات والفتاوى الصادرة عن الهيئات الرسمية للإفتاء[2] أذكر منها ما يلي:

- الفتوى رقم 63 لسنة 1980 لدار الإفتاء المصرية.
- ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة في الكويت بتاريخ 24 ماي 1983.
- قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة سنة 1984.
- قرار مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة من 19 إلى 28 جانفي 1985 والتي جاء فيها: « أن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضا مشروعا، يبيح معالجتها بالطريقة المباحة، عن طريق التلقيح الاصطناعي، إن الأسلوب الأول الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية، من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها، في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعا ».
- فتوى الشيخ أحمد حماني بتاريخ 13 أكتوبر 1986 والتي جاء فيها ما يلي: « إذا

1 - أشار إلى ذلك: عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في ظل القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010، ص 38.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 29.

2 - راجع في ذلك: إقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص ص 53، 54.
أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2001، ص 167 وما بعدها.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 66.
سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الاصطناعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص ص 174، 175.

كان الذي قام بالتلقيح الاصطناعي هو الزوج نفسه ومن مائه وقع التلقيح لا حرج فيه ويجوز بإطلاق ».

- المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي الذي عقده المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية بالأزهر بتاريخ 10 ديسمبر 1991.

- قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره العاشر بجدة بتاريخ 28 جوان-3 جويلية1997.

نخلص إلى أن التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين جائز من الناحيتين الشرعية والقانونية إلا أن القول بالجواز مقيد بضرورة توافر عدة ضوابط منها:

- أن يتم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي باستخدام الحيوانات المنوية للزوج.
- أن يتم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوج.
- أن يكون الهدف من إجراء عملية التلقيح الاصطناعي هو التغلب على مشكلة العقم لدى الزوجين.
- أن يوافق الزوجين معا على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي[1].

ثانيا – التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج:

من أبرز المشاكل القانونية التي يثيرها التلقيح الاصطناعي الداخلي هي استخدام الحيوانات المنوية للزوج بعد وفاته، فقد توصلت الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية إلى إمكانية تجميد تلك الخلايا التناسلية لفترة معينة تسبق تحللها وتبقى خلالها صالحة للإخصاب[2]، لهذا قامت العديد من الدول بإنشاء مراكز خاصة بتجميد الحيوانات المنوية[3].

1 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 32.

بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية...، مرجع سابق، ص ص 62، 64.

2 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 275.

مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 418.

3 - علال برزوق أمال، أحكام النسب في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014 – 2015، ص 427.

ولم يعد مفهوم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين قاصرا على قيام العلاقة الزوجية حقيقة بين الزوج والزوجة، بل امتد إلى إمكانية القيام بالإخصاب بعد وفاة الزوج خاصة مع ظهور مراكز تجميد الحيوانات المنوية[1]، وبفضل ذلك أصبح من الممكن الاحتفاظ بنطفة الزوج لاستخدامها في تلقيح الزوجة في الوقت الذي يختاره الزوجان، وقد يتوفى الزوج قبل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي للزوجة[2]، ففي هذه الحالة هل يمكن الترخيص للمرأة لمواصلة إتمام مشروع إنجاب طفل والذي كان ساريا قبل وفاة الزوج؟ وهل يحق للأرملة المطالبة بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي باستخدام الحيوانات المنوية للزوج التي تركها قبل وفاته؟

قبل الإجابة عن هذا السؤال لابدّ أن نوضح في البداية ولو بصفة مختصرة المقصود بمصطلح الإنجاب بعد الوفاة (Procréation post mortem)، إنّ الإنجاب بعد الوفاة يعني فرضيتين: من جهة يعني نقل البويضات الملقحة التي تم تكوينها قبل وفاة الزوج، هذه البويضات الملقحة تم الاحتفاظ بها بمعنى تم تجميدها. ففي هذه الحالة نتحدث عن نقل البويضات الملقحة إلى رحم الزوجة بعد وفاة الزوج، من جهة أخرى فإنّ الإنجاب بعد الوفاة نقصد به استخدام الحيوانات المنوية للزوج المتوفى في عملية التلقيح الاصطناعي[3]، بمعنى أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الرجل أثناء الحياة الزوجية وقبل الوفاة ويحتفظ بها في مركز مخصص لذلك، وبعد وفاة الزوج تعمد الأرملة إلى استرجاع هذه الحيوانات المنوية لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي رغبة منها في الإنجاب من زوجها المتوفى[4].

---

1 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 119.

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 44.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 38.

3 - BLANC Nathalie, "La procréation post mortem ouverte aux veuves ?", in MARAIS Astrid, (sous la direction de), la procréation pour tous ?, Dalloz, 2015, pp 43, 44.
MIRKOVIC Aude, "Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine: La procréation post mortem en question", Revue LAMY droit civil, N° 76, 2010, p 95.

4 - نشير إلى أن هناك عدة فرضيات تتعلق بالحالات التي يمكن أن يلجأ فيها الرجال إلى مراكز حفظ السائل المنوي ليستعمل من طرف زوجاتهم بعد وفاتهم كالأشخاص الآتية:

- الأشخاص الذين يمكن أن يتعرضوا للوفاة إثر الحوادث، كسائقي سيارات السباق. =

أثارت مسألة الإنجاب بعد الوفاة جدلا كبيرا في الأوساط القانونية الفرنسية، وذلك في وقت مبكر، خاصة قبل صدور القوانين البيوأخلاقية لسنة 1994، وحول مدى مشروعية هذه الوسيلة انقسم الفقه إلى رأيين:

1 - **الاتجاه المؤيد لتقنية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة**:

استندوا في شأن مشروعية هذه الوسيلة للحجج التالية:

- مسايرة التطور في المجال الاجتماعي والطبي تقتضي السماح بعمليات التلقيح الاصطناعي عقب الوفاة، لما في هذه الوسيلة من منح أكبر قدر للحرية الفردية للأفراد كي يستطيعوا ممارسة التقنيات الطبية الحديثة والتي تحقق لهم آمالهم وتزيل عنهم آلامهم، ومن ثم فالسماح للأرملة بالتلقيح الاصطناعي بعد وفاة زوجها هو حق مقرر لها ومن حقها أن تحتفظ بذكرى زوجها المتوفى وأن يكون لها طفل منه[1].

- يسمح القانون الفرنسي للمرأة التي تعيش بمفردها بتبني طفل فمن التناقض حرمانها من أن يكون لها طفل من زوجها، والموت لا يجب أن يقف حائلا أمام هذه الرغبة ما دام ذلك ممكنا[2].

- لا داعي للتشدق بمصالح الطفل لأنه من المغالطة التمسك بمصالح الطفل في أن يكون له أبوان من أجل أن نحرمه نهائيا من الحق في الحياة فمن الأفضل له أن يأتي يتيما من أن لا يأتي أبدا، ثم أن الواقع الاجتماعي يؤكد على أن وجود الأب ليس له دائما أثر على الطفل فهناك الأب السكير والمهاجر دائما أو الحاضر الغائب في حياة الطفل ولا يخفى على أحد حالات الطلاق المتزايدة في المجتمعات الغربية والتي دائما ما يكون الطفل

=- الأشخاص الذين يخضعون لعملية جراحية، أو علاج فيه مخاطر أن تجعل الرجل عقيما، كالأشخاص الذين يطلبون بتجميد سائلهم المنوي قبل الخضوع لعلاج ضد السرطان.

- الأشخاص المحكوم عليهم بالإعدام. راجع في ذلك:

BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 54.

1 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 206 207.

2 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996، ص 41.

BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 56.

فيها من نصيب الأم، فالمرأة تحيا اليوم بمفردها وتربي الطفل بمفردها ولا يجب حصر أنفسنا داخل التصور التقليدي للأسرة[1].

- قياس الذمة الجينية على الذمة المالية، فكما يجوز للشخص أن يوصي بذمته المالية يجوز له كذلك أن يوصي بذمته الجينية، وأنه يجب معاملة المني البشري معاملة التبرع بالأعضاء البشرية، فالتبرع بالأعضاء البشرية ممكن بعد الوفاة، فالتلقيح بعد الوفاة من وجهة نظر هؤلاء الفقهاء ممكن إذا نظرنا إليه في إطار الوصية وأنه ليس هناك ما يحرمه وكل ما يتطلب في هذه الحالة هو أن تكون الوصية مشروعة ومقبولة وهذا ما يستلزم توافر بعض الشروط الشكلية والموضوعية[2].

يحصر هذا الاتجاه الفقهي المشكلة إذًا في ضرورة موافقة الزوج قبل وفاته على أن يستخدم منيه على هذا النحو كما هو الحال في حالة التلقيح أثناء حياته إلا أن الصعوبة عند أنصار هذا الرأي تكمن في إمكانية إثبات تلك الموافقة، فهل يتطلب الموافقة الصريحة أم يكتفي بالتعبير الضمني؟ ومجرد إيداع الشخص لحيواناته المنوية في أحد مراكز حفظ المني البشري هل يعتبر ذلك دليلا على الموافقة؟ وخلص هذا الرأي إلى إعلان صعوبة الإجابة على ذلك[3].

2 – الاتجاه المعارض لتقنية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة:

يعتبر التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج أمرا غير مسلم به للأسانيد التالية:

---

1 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 46.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 383.
فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص ص 182، 183.

2 - النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010 – 2011، ص 76.
علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990 - 1991، ص 22.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 38.
أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 70.
سميرة عايد ديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 181.

- إنّ حق الأرملة في أن يكون لها طفل من زوجها قد انتهى بموته، إذ أنّ الهدف من عملية التلقيح في الأصل مساعدة زوجين ليست لديهم القدرة على الإنجاب الطبيعي[1]، فلم يعد هناك زواج من ناحية، ومن ناحية أخرى لم تعد هناك ضرورة علاجية للتدخل، فالعملية في هذه الحالة ليس لها أي هدف علاجي[2].

- أنه لا يجوز قياس حق المرأة التي تعيش بمفردها في تبني طفل، على حقها في إنجاب طفل بعد وفاة زوجها، فهذا قياس مع الفارق حيث أنه في الحالة الأولى: تتجه المرأة لإجراء عمل إنساني تخفف به آلام طفل يتيم يتما متحققا بالفعل.

أما في الحالة الثانية: فإنّ الأرملة تتسبب بفعلها متعمدة في إنشاء حالة يُتم لم تكن متحققة سلفا، وكل هذا بغرض إشباع رغبة أنانية حتى ولو كان ذلك على حساب الشرع والقانون، فإذا كان الفعل الأول مرجُوًا إتيانه لغايته الإنسانية، فإنّ الثاني يتسبب في قيام حالة لا إنسانية مما يوجب حظر إتيانه لما يسببه من آلام وأضرار كبيرة[3].

- تؤدي تقنية التلقيح عقب الوفاة إلى الفصل التام بين الزواج والإنجاب، مخالفا بذلك كل الشرائع السماوية، لأنه يؤدي إلى حدوث حمل غير مشروع، لذا فإن الشرط الوارد في عقود الحفظ والذي يخول للزوجة تسلم مني زوجها بعد وفاته هو شرط مخالف للنظام العام والآداب العامة[4].

- إنّ تعبير الزوج عن رضاه قبل وفاته لا ينفي عدم مشروعية هذا الأسلوب من التلقيح، فالرضا يجب أن يتم أثناء حياة الزوجين، وعلى المكلف بإجراء العملية أن يتأكد من موافقة كل من الزوجين على إجراء العملية، ولا بدّ من حضورهما معا وقت إجرائها[5].

---

1 - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 106.

2 - محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015، ص 111.
شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 47.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 209.

3 - شعلان سليمان محمد السيد، نطاق الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 446.
رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 43.

4 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 209، 210.

5 - علال برزوق أمال، إثبات النسب...، مرجع سابق، ص 432.

فغالبية الفقه الفرنسي لا تؤيد تقنية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وفي هذا الصدد ذهب العميد CORNU إلى القول أنه: « لا يحق للأم أن تنفرد بإنجاب كائن آخر فتساهم في محور أصله، وأن تحرمه من حقه في البحث عن والده »[1].

والجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي أجاز في البداية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، فأعطى القضاء الفرنسي للزوجة الحق في أن تلقح نفسها اصطناعيا بعد وفاة زوجها باستخدام سائله المنوي الذي تركه قبل وفاته، وذهب إلى أن الإجراء في هذه الحالة ليس فيه تعارض مع القانون أو مع أهداف الزواج ومنها الإنجاب[2].

ومن الحالات التي عرضت على القضاء الفرنسي وقضي فيها بذلك قضية (PARPALAIX) سنة 1984[3]، وتتلخص وقائع هذه القضية أن السيد (Alain PARPALAIX) أصيب سنة 1981 بسرطان في الخصيتين وحذره طبيبه من احتمال إصابته بالعقم بسبب العلاج الذي سوف يخضع له. وقام بإيداع سائله المنوي لدى أحد المراكز المتخصصة في حفظ السائل المنوي (CECOS) وتوفي في 25 ديسمبر 1983 بعد أن تزوج Corinne Richard قبل وفاته بيومين.

وكان لدى زوجته رغبة في إنجاب طفل من زوجها، فقامت زوجته بالمطالبة باسترجاع هذا السائل المنوي حتى تستخدمه في عملية تلقيح اصطناعي بعد الوفاة، إلا أن المركز رفض هذا الطلب فتوجهت إلى المحكمة لإلزام المركز بتنفيذ طلبها.

ولاحظت المحكمة – من وجهة نظرها – أن هذه العملية لا تتعارض مع قواعد القانون الطبيعي كما لا تتعارض مع أهداف الزواج ومن أهمها الإنجاب، وأصدرت محكمة

---

1 - CORNU Gérard, Droit civil, la famille, Montchrestien, Paris, 1984, p 422.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 42.

3 - حول قضية Parpalaix راجع:

BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, pp 62, 63.
TISSIER Delphine, La protection du corps…, op.cit, p 106.

إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 276، 277.

حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 216، 222.

(Créteil) حكمها بتاريخ 1 أوت 1984 يقضي بإلزام مركز حفظ السائل المنوي بأن يسلم كامل العينات المحفوظة لديه للطبيب الذي تعينه الأرملة المدعية بمجرد طلبها ذلك، وفي الموعد الذي يحدده الطبيب كامل المادة المحفوظة لديه خلال مدة شهر على الأكثر أما في حالة تخلف المدعية عن الطلب في هذه المدة يلتزم المركز بإعدام المادة المشار إليها.

انتهى هذا الجدل القانوني في فرنسا حول مسألة التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة حين أصدر المشرع الفرنسي القانون الخاص باحترام جسم الإنسان سنة 1994، إذ نص على أن المساعدة الطبية على الإنجاب موجهة للاستجابة لطلب الأبوة لزوج يتكون من رجل وامرأة واشترط أن يكونا على قيد الحياة، وتعديلات القوانين البيوأخلاقية في 06 أوت 2004 دعمت منع الإنجاب بعد الوفاة وبينت صراحة أن وفاة أحد الطرفين يشكل عائق أمام اللجوء إلى هذه التقنية أو نقل البويضات الملقحة، وهذا يعني أن المشرع الفرنسي يمنع الإنجاب بعد الوفاة بشكل مطلق[1].

أثيرت كذلك مشكلة التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج في المملكة المتحدة[2]، حيث أن هناك حالات تم فيها التلقيح والحمل بعد وفاة الزوج، إلا أن المشرع الإنجليزي أجاز التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة لسنة 1990، وذلك بناء على رأي لجنة خاصة[3].

مع ذلك فإنه أوضح في المادة 28 (الفقرة 26 ب) من هذا القانون أن الزوج إذا توفى وبعد ذلك استخدمت الخلايا التناسلية في تكوين الجنين وإحداث الحمل فلا يعد والدا

---

1 - Nathalie Blanc, La procréation…, op.cit, p 45.
MIRKOVIC Aude, Le désir d'enfant…, op.cit, p 95.

2 - نشير إلى أن الحكومة البريطانية كلفت لجنة برئاسة السيدة ماري وارنوك (Mary Warnock) سنة 1982 لدراسة التكنولوجيات الحديثة في مجال الإنجاب قصد اقتراح توصيات من أجل وضع تشريع في هذا المجال، وفي جوان 1984 قدمت لجنة (Warnock) تقريرها المتعلق بالأجنة والإخصاب البشري. راجع في ذلك:
ANDORO Roberto, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, L.G.D.J, 1996, p 219.

3 - SEFTON-GREEN Ruth, "La procréation médicalement assistée entre droit national et droit communautaire", RGDM, Numéro spécial, 2000, p 107.
BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 58.

للطفل[1]، وهذا يعني أن المشرع الإنجليزي يحرم الطفل الذي يولد بعد وفاة والده عن طريق استخدام تقنية التلقيح الاصطناعي من الحق في النسب[2].

لهذا اعترض بعض الفقهاء على هذا النص بحجة أنه يتعارض مع المواثيق الدولية، لأن حرمان الطفل من الأبوة في هذه الحالة معناه عقابه على خطأ وقعت فيه الأم، كما أن هذا النص يتعارض مع مقتضيات ضرورة المحافظة على المجتمع خاصة وأن العلم تطور في القضايا المتعلقة بالنسب[3].

والجدير بالذكر أن هناك دول أخرى أجازت تقنية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة كهولندا واليونان وبلجيكا وهناك دول التزمت الصمت بشأن هذه الوسيلة كالبرازيل[4].

إلا أن الندوة التحضيرية للمؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات التي عقدت في ألمانيا عام 1987 أكدت على عدم جواز التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج لما يترتب عن ذلك من مشاكل ومعوقات وما وجه إليه من انتقادات شملت الجوانب القانونية والأدبية والاجتماعية، وأيدت توصيات المؤتمر المشار إليه هذا الاقتراح[5].

نخلص مما سبق إلى عدم مشروعية تقنية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج، لأن العلاقة الزوجية انتهت ومن ثم لم يعد للزوجة الحق في الإنجاب ممن كان زوجها من قبل، فبالتالي لا يمكن أن نتصور امرأة تحمل بطفل بعد وفاة زوجها بسنة أو سنتين، فهذه العملية مرفوضة غير مقبولة للنفسية والشعور الإنساني[6].

ثالثا – التلقيح الاصطناعي في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية:

ثار خلاف في الفقه حول مدى إمكانية إجراء عملية التلقيح الاصطناعي في مثل هذه الحالة، وانقسم الفقه في هذا الخصوص إلى اتجاهين: اتجاه يرفض هذه الوسيلة (1)، واتجاه

1 - ANDORO Roberto, La distinction juridique…, op.cit, p 222.

2 - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 120.

3 - أشار إلى ذلك: النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 76.

4 - DANTAS Eduardo, Raposo Vera Lucia, Aspects juridique de la procréation post mortem en perspective comparative Brésil-Portugal, RGDM, N° 40, 2011, p 38.

5 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 79.

6 - سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 181.

آخر يؤيد إجراء هذه العملية بين الزوجين في هذه الحالة (2).

1 – الاتجاه المعارض لهذه الوسيلة:

يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي في حالة الحكم على الزوج أو الزوجة بعقوبة سالبة للحرية وقد استدل هؤلاء بما يلي:

- إن المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية سواء الزوج أو الزوجة، فإن الحكم يكون دليلا على فقد الأهلية لأداء دور الأب أو الأم حيث يعين قيما عليه ومن ثم فلا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي[1].

- إن التلقيح الاصطناعي استثناء فلا يجوز التوسع فيه إلا بقدر ما إذا ظهر مانع طبي، ومن هنا يخرج عن نطاق إباحة التلقيح الاصطناعي بواسطة الزوج حالة كون الزوج أو الزوجة محكوما عليه أو عليها بعقوبة سالبة للحرية أو محكوم عليه بالإعدام ولم ينفذ[2].

- إن هذه الوسيلة تؤدي إلى مشاكل نفسية ومالية واجتماعية وصحية تحيط بالأم أثناء الحمل وهذا ينعكس بدوره على الطفل بعد الميلاد مما يؤدي إلى عدم توافقه مع المجتمع سواء كانت الأم هي المحكوم عليه أو الزوج حسب الأحوال[3].

- إن إتاحة الفرصة للتلقيح الاصطناعي على هذا الوجه يؤدي إلى فتح المجال أمام المحكوم عليهن من النساء للالتجاء إلى هذا الأسلوب للتهرب من تنفيذ العقوبة على الوجه المعتاد[4].

---

1 - طفياني مختارية، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013 – 2014، ص 78.
أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 68.
فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص ص 209، 210.
إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 280.

2 - أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 68.
طفياني مختارية، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 78.

3 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 280.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 407.

4 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 280.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 407، 408.

2 – الاتجاه المؤيد لهذه الوسيلة:

يرى أصحاب هذا الرأي أنه في حالة ما إذا كان الزوج محكوما عليه بعقوبة سالبة للحرية أو محكوما عليه بالإعدام ولم ينفذ بعد، فإنه لا مانع من إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- إن الإنجاب من الحقوق الشخصية التي نصت عليها المواثيق الدولية وبعض الدساتير والقوانين الحديثة، وعليه لا يجوز حرمان الشخص المحكوم عليه من هذا الحق فالعقوبة في هذه الحالة تنطوي على سلب جديد للحرية وللحقوق الفردية المرتبطة بالإنجاب، والأصل أن العقوبة يجب ألا تمتد إلى الحقوق الأخرى الخاصة بالمحكوم عليه، ومنها حقه المشروع في الإنجاب لأن ذلك يؤدي إلى جسامة العقوبة، وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، فلا يجوز حرمان الفرد من حقوقه الأساسية إلا في الأحوال والشروط والضوابط المقررة في القانون[1].

- مدة العقوبة قد تطول مما يحتمل معه أن يفقد الشخص المحكوم عليه هو وزوجته القدرة الطبيعية على الإنجاب[2].

- إنّ المسجون سواء كان – رجلا أو امرأة – يكفيه ما يلاقيه من ويلات السجن والحرمان، فيجب أن ينظر إليه نظرة إنسانية، ولا نحرمه من حق إنجاب طفل، ولعل هذا يكون سببا من أسباب إصلاح الزوج أو الزوجة وحثهم على الاستقامة والالتزام من أجله[3].

- ويذهب البعض إلى أن النظم الإدارية في المؤسسات العقابية لا تتعارض مع إمكان تنفيذ هذا الإجراء[4].

---

1 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 279.
مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 419.
أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 67، 68.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 40.

2 - علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 406.
طفياني مختارية، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 78.

3 - شعلان سليمان محمد السيد، نطاق الحماية...، مرجع سابق، ص 531.
فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 210.

4 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 40.

الجدير بالذكر هو أن هذه المسألة نوقشت من طرف مجمع الفقه الإسلامي بالنسبة لتلقيح النساء اصطناعيا من أزواجهن على أرض فلسطين نظرا لصعوبة الالتقاء بسبب وضع أزواجهن في سجون الاحتلال الإسرائيلي، وذلك في 12 ديسمبر 2005 فأجاب مجمع الفقه الإسلامي بجواز التلقيح الاصطناعي إذا كان الماء الذي تم به التلقيح هو ماء الزوج سواء تم التلقيح خارجيا ثم زرعت اللقائح في رحم الزوجة، أو تم حقن مني الزوج في مهبل الزوجة لتلقح تلقيحا داخليا. وثمة شرط آخر هو أن يتم التلقيح حال حياة الزوج، فلا يجوز أن تلقح الزوجة بماء الزوج بعد وفاته[1].

الفرع الثاني

موقف التشريعات من التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين

أجازت العديد من التشريعات المقارنة تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين (أولا) كما أجاز المشرع الجزائري استخدام هذه التقنية عند توافر مجموعة من الضوابط القانونية (ثانيا).

أولا - نظرة في التشريع المقارن حول التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين:

اتجهت بعض الدول لتنظيم التدخل الطبي في هذا المجال إذ أصدرت تشريعات حاولت من خلالها تنظيم مختلف الجوانب المتعلقة بتقنية التلقيح الاصطناعي[2]، كما فعل

---

1 - راجع في ذلك: علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 409.

2 - نشير إلى أن هناك عدة تشريعات مقارنة أباحت تقنية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين أذكر منها:

- **التشريع الإسباني**: رقم 35 لسنة 1988 الخاص بأحكام الإنجاب الطبي المساعد، وحدد المشرع الإسباني الغاية من هذه التقنية في المادة (1) منه والمتمثلة في علاج العقم الإنساني بشرط فشل الطرق التقليدية في التغلب على ذلك، ويضاف إلى ذلك حالة الأمراض الوراثية الخطيرة والتي يتوقع انتقالها إلى الطفل.
- **التشريع الإنجليزي**: نص المشرع الإنجليزي في القانون الصادر سنة 1985، والذي ينظم نشاط الحمل لصالح الغير على أن الهدف الأساسي من هذا التشريع هو علاج العقم، ثم أصدر المشرع الإنجليزي القانون رقم 37 لسنة 1990 والخاص بالخصوبة وعلم الأجنة.
- **التشريع الألماني**: ورد في نص المادة (1) من القانون الصادر في 13 ديسمبر 1990 والمتعلق بحماية الأجنة أن الغاية من الإخصاب الاصطناعي هو علاج عقم الزوجين أو الصديقين.
- **التشريع الإيطالي**، أجاز المشرع الإيطالي تقنية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين في القانون الصادر في 19 فيفري 2004، والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب. راجع في ذلك: =

المشرع الفرنسي في حين أغفلت معظم التشريعات العربية النص على مسألة التلقيح الاصطناعي كمثال على ذلك التشريع المصري، وأوضح ذلك على النحو التالي:

1 – موقف المشرع الفرنسي من التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين:

لقد وضع المشرع الفرنسي القواعد التي تسمح باستخدام تقنية التلقيح الاصطناعي في إطار ما أطلق عليه تسمية المساعدة الطبية على الإنجاب (AMP)، وعرفها من خلال نص المادة (L2141-1) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2004-800 الصادر بتاريخ 06 أوت 2004 كما يلي: « ***كل تصرف سريري أو حيوي يسمح بالحمل ضمن مخبر، نقل الجنين، والتلقيح الاصطناعي وكذلك كل وسيلة تتمتع بنفس الأثر وتسمح بالإنجاب خارج السياق الطبيعي*** »، والجدير بالملاحظة هو أن هذا التعريف واسع بشكل يسمح أن يشمل كل التقنيات الجديدة أو التغيرات الجديدة التي قد تحدث للتقنيات الموجودة حاليا في هذا المجال[1].

أكد المشرع الفرنسي في المادة (L2142-2) المطة الأولى من قانون الصحة العامة على أن المساعدة الطبية على الإنجاب موجهة من أجل الاستجابة لطلب الأبوة للزوج «couple»، وهذه تعتبر المرة الأولى التي يتم فيها استخدام مصطلح «couple» في مجال التلقيح الاصطناعي[2]، كما أكد المشرع الفرنسي في المادة (L2142-2) المطة الثانية من قانون الصحة العامة أن المساعدة الطبية على الإنجاب يجب أن يكون غرضها علاج العقم الذي تم تأكيده طبيا أو تجنب نقل مرض خطير جدا إلى الطفل، وهذا ما يعني توسيع أغراض هذه التقنية إذ أنّ المساعدة الطبية على الإنجاب أصبحت وسيلة قانونية للوقاية من نقل مرض خطير حتى وإن كان قابلا للعلاج[3].

=محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 34، 35.

حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 141، 142.

Agence de la biomédecine : Encadrement juridique…, op.cit, p 29 et s.

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 79.

2 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 24.

3 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 79, 80.

كما قرر المشرع الفرنسي في المطة الثالثة من المادة نفسها المذكورة أعلاه أن هذا هذه التقنية لا يسمح بها إلا لزوج «couple» يتكون من رجل وامرأة حال الحياة، وأن يكون في سن الإنجاب: متزوجين أو بإمكانهما إحضار الدليل على حياتهما المشتركة لمدة لا تقل عن سنتين.

وهذا يعني أن أحكام التشريع الفرنسي تختلف في هذا المجال عن أحكام الشريعة الإسلامية لأن المشرع الفرنسي لا يمنع إجراء هذه التقنية بين رفيقين يعيشان معا لمدة لا تقل عن سنتين، واعتبر ذلك أمرا مشروعا، في حين أن إجراء التلقيح الاصطناعي بين شخصين غير متزوجين محرم في الشريعة الإسلامية[1].

إلا أنّ الشروط المذكورة أعلاه تستبعد الأفراد الذين يعيشون بمفردهم، كما أنها لا تعارض فقط التلقيح بعد الوفاة وإنما أيضا نقل البويضات الملقحة التي تم تشكيلها قبل وفاة أحد الزوجين[2]، وهذه الأحكام تختلف كذلك عن الأحكام الواردة في القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 6 جويلية 2007 والذي يسمح بالاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب للمرأة التي تعيش وحدها، كما أجاز التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة[3].

والجدير بالملاحظة أن التعريف الذي ذكره المشرع الفرنسي في المادة (L2141-2) من قانون الصحة العامة إثر تعديل 2004 لم يختلف كثيرا في صياغته عن النص القديم، إلا أن المشرع الفرنسي أضاف بموجب هذا التعديل أن المساعدة الطبية على الإنجاب (AMP) لا يمكن إجراءها إلا بناء على قائمة يحددها الوزير المكلف بالصحة بعد أخذ رأي الوكالة البيوطبية[4].

يتضح من خلال ما سبق أن المشرع الفرنسي أورد مجموعة من الشروط من أجل الاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب، بعضها يتعلق بالأشخاص الراغبين من

1 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 24.

2 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 80.

3 - HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Le droit de la bioéthique, Editions La Découverte, Paris, 2009, p 59.

4 - BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, p 75.

الاستفادة من هذه المساعدة، في حين يتعلق بعضها الآخر بالقيود الإجرائية التي يجب أن تمارس من خلالها هذه الوسيلة[1]، الجدير بالملاحظة كذلك أن المشرع الفرنسي لم يسمح بإجراء هذه الوسيلة بعد وفاة أحد الزوجين، فمن الأمور التي يمكن أن تعرقل الاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب: وفاة أحد الزوجين، أو تقديم عريضة الطلاق أو الانفصال أو افتراق الزوجين[2].

2 – موقف المشرع المصري من التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين:

على نقيض توافر التنظيم لوسائل التلقيح الاصطناعي في التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي كما رأينا، فإنّ القانون المصري بدا خاليا كلية من أية نصوص تعالج تلك المستجدات الإنجابية رغم أنها تشكّل موضوعا حيويا وخطيرا لمساسها بقيم المجتمع الإسلامي ومفاهيمه الدينية، هذا يعني وجود فراغ تشريعي في القانون المصري بشأن الموضوع محل البحث رغم أن هذه المبتكرات العلمية قد فرضت نفسها على الساحة الطبية والاجتماعية[3]، وأصبح التهافت عليها منقطع النظير مما قد يوقع المقبلين عليها في المحظور الشرعي، نتيجة التوجه لإجراء مثل هذه العمليات في المراكز الأجنبية التي لا تحتاط ولا تقيم وزنا للاعتبارات الدينية للمسلم[4].

إلا أن هذا الفراغ التشريعي[5] الموجود في مصر دفع رجال القانون إلى البحث عن الضوابط التي تضمن مشروعية تقنية التلقيح الاصطناعي، وعن الحلول للمشاكل المرتبطة

---

1 - ROBERT Jacque, DUFFAR Jean, Droits de l'homme…, op.cit, pp 230, 232.
LE GROS Bérengére, Droit de la bioéthique…, op.cit, p 266.
ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, pp 80, 82.
HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Le droit de la bioéthique…, op.cit, pp 57, 62.

2 - BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, p 75.

3 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 147.

4 - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، دار الأمل، الجزائر، 2010، ص ص 195، 196.

5 - هذا الفراغ التشريعي في الدول العربية حول المسائل الطبية المعاصرة كالتلقيح الاصطناعي قد يعود إلى عدة أسباب منها:

- الفكرة والثقافة العامة التي تسود فئات المجتمع العربي المسلم ونظرته إلى هذه المستجدات بنظرة تخوف وتردد، إن لم تكن رفضا باعتبارها قادمة من وراء البحار من مجتمعات تختلف عن المجتمعات العربية اختلافا جذريا في العادات والثوابت والأخلاق والعقيدة، فقوبلت بالرفض والرد مخافة الانحراف عن ثوابتها المشروعة. =

بها والناتجة عنها سواء من خلال المبادئ والأحكام العامة في القانون المدني وقانون العقوبات والقوانين المتعلقة بالصحة العامة وغيرها[1].

بالإضافة إلى إمكانية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا للقانون المصري خاصة فيما يتعلق بالزواج والنسب والميراث وغيرها...

إلا أنه لا يمكن توقيع أية جزاءات جنائية في حالة حدوث تجاوزات للضوابط المتعارف عليها في هذا المجال، فتلقيح المرأة بنطفة شخص أجنبي عنها أو سرقة الخلايا الإنسانية واستبدال الأرحام وغيرها من التجاوزات لا يمكن تتبع مرتكبيها بالجزاءات الجنائية، نظرا للفراغ التشريعي السابق ولا يبقى سوى الجزاء المدني الذي يمكن توقيعه على الشخص المسؤول الذي ألحق ضررا بغيره[2].

وإذا كان المشرع المصري لم يصدر تشريعا لتنظيم مسألة التلقيح الاصطناعي فإن رجال القانون في مصر قد نظموا العديد من الندوات والمؤتمرات حول هذه المسألة وخلصت إلى عدة توصيات ومن هذه الندوات أذكر مما يلي:

- الندوة التي عقدتها الجمعية المصرية للطب والقانون في شهر ماي من سنة 1985 بمدينة الإسكندرية والمتعلقة بأطفال الأنابيب.

- الندوة التي عقدها مركز البحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين بتاريخ 13 – 24 نوفمبر 1993 بكلية الحقوق بجامعة القاهرة حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي[3].

=- التخلف الاقتصادي الذي يؤثر سلبا في تجديد المنظومة التشريعية بما يتوافق مع المستجدات والمبتكرات المعاصرة نظرا لما تتطلبه من إمكانيات مادية ضخمة.

راجع في ذلك: إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص 196.

طفياني مختارية، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص ص 21، 22.

1 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 35.

2 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 148.

3 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 274.

النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 85، 87.

ثانيا – موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين:

أجاز القانون الجزائري تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين على إثر تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 لسنة 2005، واستحدث نص المادة (45) مكرر والتي جاء فيها:

« ***يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.***

ويخضع 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 ».

يفهم من خلال هذا النص الاعتراف بمشروعية هذه الوسيلة الطبية المستحدثة بقصد مساعدة الزوجين للقضاء على آثار العقم، ويعد هذا النص نموذجا حسنا عن سعي المشرع الجزائري لمواكبة التطور العلمي والطبي[1]، وهو بذلك يعد في صدارة الدول العربية التي اهتمت بهذا الموضوع محل البحث[2].

يمكن معالجة الشروط القانونية الموضوعية التي أوردها المشرع الجزائري في النص المذكور أعلاه على النحو التالي:

---

1 - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص 205.

بلحاج العربي، المبادئ القانونية...، مرجع سابق، ص 97.

2 - نشير إلى أن أول مشرع قنن موضوع التلقيح الاصطناعي في الدول العربية هو المشرع الليبي، وذلك عن طريق القانون رقم 175 لسنة 1972 الذي تضمن تعديل قانون العقوبات، وفي هذا القانون أعلن المشرع الليبي عن رفضه المطلق لتقنية التلقيح الاصطناعي، بل أكثر من ذلك فإنّه جرم هذه التقنية، ثم استدرك المشرع الليبي هذا الموقف في القانون رقم 16 لسنة 1986 المتضمن قانون المسؤولية الطبية، حيث أجازه في نص المادة (17) من هذا القانون ضمن ظروف وحالات مقيدة تجعله استثناء يرد على قاعدة التجريم، راجع في ذلك:

أحمد شرف الدين، الهندسة الوراثية للإنجاب...، مرجع سابق، ص 178 وما بعدها.

محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص ص 87، 88.

إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص ص 197، 199.

1 – ضرورة أن يكون الزواج شرعيا: القصد منه أن يكون الزواج بين الطرفين صحيحا مستوف لركنه حسب نص المادة (9) من قانون الأسرة الجزائري، ولشروط صحته من الولي والصداق والشاهدين وكمال الأهلية وانعدام الموانع الشرعية حسبما جاء في نص المادة (9 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري.

بمفهوم المخالفة لهذا الشرط قد يتبادر إلى أذهاننا نفي نسب الحمل الناتج من التلقيح الاصطناعي الواقع في الزواج الباطل أو نكاح الشبهة، رغم أن المادة (40) من قانون الأسرة الجزائري تثبته في هاتين الصورتين بنصها على ما يلي: « ***يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو بالبنية أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون...*** ». وكذا المادة (34) من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على ما يلي: « ***كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء*** ».

فالسؤال الذي يطرح هنا: هل يقتصر مضمون هاتين المادتين على الحمل الناتج من الطريق الطبيعي للإنجاب فقط، أم يشمل كذلك الحمل الناتج من استخدام تقنية التلقيح الاصطناعي؟ إذا نظرنا لهذه المسألة بالاعتبار نفسه الذي روعي في إثبات النسب في الزواج الباطل ونكاح الشبهة، وهو ترجيح مصلحة الحمل حتى لا يضيع نسبه من الوالدين المرتبطين بعقد زواج شكلي ولو غير صحيح، فالمعنى نفسه موجود في حالة الحمل الناتج من التلقيح الاصطناعي، أضف إلى ذلك أن كلمة النسب الواردة في هاتين المادتين جاءت مطلقة دون تحديد ولا تقييد للنسب، فبالتالي فإنّها تشمل الحمل الناتج من الحمل الطبيعي والحمل الناتج من تقنية التلقيح الاصطناعي[1].

2 – شرط رضا الزوجين: يعد شرط رضا الزوجين بإجراء تقنية التلقيح الاصطناعي من الشروط الأساسية التي يجب توافرها لأن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان والذي يحظى بحماية قانونية تامة[2]، بالرغم من أن هذا الشرط من الأمور البديهية التي يجب على

1 - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص ص 207، 208.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 37.

بغدادي ليندة، أثر التطور...، مرجع سابق، ص 103. =

الطبيب مراعاتها في مختلف الممارسات الطبية، إلا أنّنا نجد أن التشريعات المقارنة قد اتفقت جميعا على استلزام هذا الشرط صراحة[1]، كما أن المشرع الجزائري ساير هذه التشريعات المقارنة فيما يتعلق بهذا الشرط، ولكن قد يحدث أن يرفض أحدهما الإنجاب بهذه الصورة ، ويشترط ذلك في عقد الزواج، فهل هذا الشرط صحيح أم أنه باطل؟

بالرجوع إلى نص المادة (4) من قانون الأسرة الجزائري نجد بأنها أكدت صراحة على أن أحد مقاصد الزواج هو حفظ النسل، وبالتالي فإنّ شرط عدم الإنجاب يتعارض مع مضمون هذا النص، بالإضافة إلى أن نص المادة (32) من قانون الأسرة الجزائري رتبت البطلان على عقد الزواج المقرون بشرط يتنافى ومقتضياته، في حين أن المادة (35) من هذا القانون حكمت بالبطلان على الشرط الذي يتنافى مع عقد الزواج مع استمرار العقد صحيحا.

والجدير بالملاحظة هو هذا التناقض الواضح بين نص المادة (32) ونص المادة (35) من هذا القانون، إذ أن النص الأول رتب بطلان العقد والشرط معا، أما النص الثاني أبطل الشرط وصحح العقد، إلا أن ما يهم في هذا المجال هو اعتبار شرط عدم الإنجاب مرفوض من الناحية القانونية، ولا يمكن التمسك به حتى ولو وافق عليه الطرف الآخر عند إبرام عقد الزواج[2].

3 – أن يتم التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين: لا يكفي أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي بين رجل وامرأة تربطهما علاقة زواج شرعية، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي بالفعل والعلاقة الزوجية ما زالت قائمة[3]، يظهر أن قصد المشرع الجزائري من وضع هذا القيد منع الزوجة من تلقيح نفسها بمني زوجها المتوفى

=النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 118.

1 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 143.

محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 39، 40.

محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص ص 100، 102.

2 - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص ص 110، 111.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 46.

بحجة حفظ ذكرى الزوج أو بحجة رضا الزوج قبل وفاته، ولتفادي الوقوع في عدة تعقيدات في هذا المجال[1].

هذا يعني أن المشرع الجزائري ساير الاتجاه الذي يرفض التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج[2]، لأن العلاقة الزوجية انتهت ولم يعد للزوجة الحق في الإنجاب ممن كان زوجها من قبل، فضلا عن انتفاء أي غرض علاجي في هذه الصورة، فالغرض العلاجي لهذه الوسيلة هو علاج آثار العقم الذي يعاني منه الزوجين أو أحدهما، فأين الزوجين في صورتنا هذه؟.

4 – أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة: يرفض المشرع الجزائري في أحكام قانون الأسرة صور التلقيح الاصطناعي التي تتم بمساعدة الغير، لأنه لا يجوز شرعا التلقيح الاصطناعي الذي يتم عن طريق تلقيح بويضة المرأة بمني غير زوجها[3]، وعليه لا يمكن إباحة هذا النوع من التلقيح حتى ولو كان يهدف إلى تحقيق غرض علاجي[4].

الجدير بالملاحظة هو أن المشرع الجزائري أغفل ذكر الغرض العلاجي كشرط لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، وقد نعتبر هذا الشرط بديهي باعتبار أن هذه الوسيلة استثنائية لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالة عدم القدرة على الإنجاب، إلا أنه بالنظر للمخاطر التي

---

1 - مجدوب نوال، "إشكالات إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 15، 2017، ص 22.

إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص 116.

2 - نشير إلى أن هناك عدة دول تمنع التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة منها 12 دولة أوروبية: كألمانيا، بلغاريا، الدنمارك، فرنسا، إيطاليا، البرتغال والسويد، كما تمنعه دول أخرى خارج القارة الأوروبية ككوريا الجنوبية، اليابان، إلا أنّ هناك دول أخرى لا تمنع ذلك منها 15 دولة أوروبية: كبلجيكا، إسبانيا، هولندا وفي باقي دول العالم نجد: إفريقيا الجنوبية، أستراليا، الهند راجع ذلك:

Agence de la biomédecine : Encadrement juridique…, op.cit, p 38.

3 - وفي هذا الصدد أكد مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة بتاريخ 28 يناير 1985 بمكة المكرمة بالمملكة العربية السعودية أن التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بماء زوجها في أنبوبة لوجود عيب في جهازها التناسلي، فهذا حلال للضرورة الشرعية، ومن باب التداوي المشروع وينسب المولود للأم والأب. راجع في ذلك:

بلحاج العربي، المبادئ القانونية...، مرجع سابق، ص 106.

4 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 146.

أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 146.

تنطوي عليها هذه الوسيلة وتعلقها بالأعراض أولا والأنساب ثانيا كان لزاما على المشرع الجزائري النص صراحة على هذا الشرط[1]، كما فعل المشرع الفرنسي[2]. كما أغفل المشرع الجزائري الجانب الشكلي والإجرائي الذي يحيط بهذه الوسيلة[3].

المطلب الثاني

التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير

تفترض هذه الوسيلة بداية التبرع بنطفة ذكرية أو أنثوية من جانب الغير للزوجين، وهذا ما يطلق عليه الفقه تسمية التلقيح الاصطناعي عن طريق المتبرع، ويثير تدخل الغير في عملية التلقيح الاصطناعي الكثير من المشاكل الدينية والقانونية، فلهذا ثار خلاف بين الفقهاء حول مشروعية هذه الوسيلة (الفرع الأول)، كما اختلفت خطة التشريعات في تنظيم هذه المسألة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الفقه من التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير

يرجع عدم الإنجاب في كثير من الحالات إلى مرض العقم، ويرجع في حالات أخرى إلى عوامل عضوية أو نفسية، والسؤال الذي يطرح هنا هل يمكن علاج مثل هذه الحالات بتلقيح بويضة الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها، وهل تعتبر هذه العملية وسيلة علاجية مشروعة؟ اختلف الفقه حول مدى جواز هذه الوسيلة (أولا)، كما وقع الخلاف بشأن مدى جواز الكشف عن شخصية المتبرع (ثانيا).

أولا – مدى جواز وسيلة التلقيح الاصطناعي الداخلي بين غير الزوجين:

اختلف الفقه الفرنسي بشأن هذه المسألة (1)، أما في الفقه المصري والفقه الإسلامي فهناك إجماع على عدم مشروعية هذه الوسيلة بشكل مطلق (2).

1 - بغدالي جيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013 – 2014، ص 96.

2 - راجع نص المادة (L2141-2) من قانون الصحة العامة الفرنسي.

3 - إقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 106.

1 – بالنسبة للفقه الفرنسي:

انقسم الفقه الفرنسي حول مسألة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير إلى اتجاهين: اتجاه يجيز هذه الوسيلة واتجاه آخر يعتبر هذه الوسيلة غير مشروعة[1].

أ – الاتجاه الفقهي المجيز للتلقيح الاصطناعي بتدخل الغير:

أنصار هذا الاتجاه يرون في الوسيلة محل البحث نوعا من العلاج للعقم، وباب جديد من الأمل فتح لزوجين يعانيان من عدم القدرة على الإنجاب، واستند أنصار هذا الاتجاه في قولهم بالجواز للحجج الآتية:

- قياس هذه البذرة الإنسانية على التبرع بالدم والأنسجة البشرية لاتفاق غرضها المتمثل في العلاج بمعناه الواسع وما يصاحب ذلك من دوافع إنسانية خيرة، ومن ثم يجب حث الأفراد على التبرع بالنطف لإتمام عملية التلقيح الاصطناعي لأغراضها الحميدة.

- إنّ رضا الزوجين قبل إجراء العملية هو رضا مستنير، ومن ثم لا يجوز للأب القانوني التخلي أو العدول عن هذه الأبوة، فقد ارتضاها سلفا، لذلك يجب النص على حرمانه من حق إنكار نسب الطفل إليه.

- إنّ الإدعاء بأن مصالح الطفل مهددة دائما ليس بصحيح، فغالبا – إن لم يكن دائما – ما يحرص الزوجان على هذا الطفل ويقدمان له رعاية أفضل من الطفل العادي، لأنه جاء بعد انتظار طويل، ومحاولات كثيرة أرهقتهم نفسيا ومعنويا وفوق ذلك ماديا، ثم إنه يجب الأخذ في الاعتبار بفكرة أوسع للأبوة (فمن هو الأب؟ هل هو الذي أنجب؟ هل هو الذي ربى؟ لا بل الأب هو الذي يحب).

---

1 - راجع في ذلك:

رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 324، 328.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 47، 48.

علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 416، 418.

فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص ص 227 – 231.

- لا يجوز الادعاء بأن التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير ليس علاجا للعقم، لأن كل وسائل الإخصاب الاصطناعي يغيب عنها المفهوم العلاجي بالمعنى الضيق، فبالتالي يجب قبول فكرة واسعة للعلاج، واعتبار هذه الوسيلة وغيرها نوعا من العلاج للعقم أو التخفيف من آثاره فهو مجرد وسيلة بسيطة للتلقيح[1]، والجدير بالملاحظة هو أن هذا الاتجاه الذي يجيز وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير اختلف في مسألة من يحق له الاستفادة من هذه الوسيلة فهناك اتجاه يدعم فكرة أن يستفيد منها الجميع أما اتجاه آخر لا يجيز هذه الوسيلة إلا للمتزوجين فقط.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى انتقاد موقف مركز حفظ السائل المنوي في فرنسا لقصر استخدام هذه الوسيلة على الحالة التي يكون فيها الزوج مصاب بعقم غير قابل للشفاء، واعتبر هذا الشرط معيارا ظالما، وذلك لأن هناك بعض الأزواج بعيدا عن حالة العقم قد يكون لديهم مشاكل وراثية تجعلهم يترددون في الإنجاب ويفضلون استخدام هذه الوسيلة من أجل إنجاب أطفال لا تعاني من الأمراض الوراثية[2].

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل أجاز البعض للمرأة غير المتزوجة اللجوء إلى استخدام هذه الوسيلة، وذلك قياسا على حالة المرأة التي تتبنى طفلا، فضلا عما يدعمونه من حق الجميع من الاستفادة من ثمرة التقدم العلمي على قدم المساواة وكل ما تطلبه أنصار هذا الاتجاه هو فرض حد أدنى للسن، وليكن ثلاثين عاما مثلا لتفادي اتخاذ قرارات خطيرة كهذه في سن مبكرة[3].

من ناحية أخرى لا يجيز جانب من الفقه الفرنسي وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير إلا للمتزوجين فقط، بشرط أن يستمر الزواج عدة سنوات حتى يضمن نوعا من الاستقرار لهذه الأسرة[4].

---

1 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 325.

2 - حول هذا الاتجاه راجع: محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 47.

3 - علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 416، 417.

4 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 48.

أما عن قياس المرأة غير المتزوجة على التبني فرد على ذلك أنصار هذا الاتجاه بالقول بأنه في حالة التبني يكون الطفل قد ولد فعلا من والديه بالدم، ومن الأفضل بالنسبة له وقد تركه والده أن يكون له ولو أم بالتبني، فذلك خير من عدم وجود أبوين، أما في حالة الحمل عن طريق التلقيح الاصطناعي فالطفل لم يولد بعد ولا يوجد أي مبرر لاستخدام هذه الوسيلة، ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن حق المرأة في أن تكون أُمًا وتشبع غريزة الأمومة وحقها من الاستفادة من التقدم العلمي يعارضه حق الطفل المنتظر في أن يولد وسط أبوين[1].

مما سبق يتضح أن أنصار هذا الاتجاه يجيزون وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير ولكن ليس بصفة مطلقة، بل إن ذلك يقتصر فقط على المتزوجين.

ب - الاتجاه الفقهي الرافض للتلقيح الاصطناعي بتدخل الغير:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بعدم مشروعية هذه الوسيلة محل الدراسة ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى الحجج التالية:

- يلحق البطلان بعملية هبة البذرة الإنسانية من جميع جوانبها لأنها تمثل تنازلا عن الأبوة ليحل شخصا (كاذبا) محل الأب الحقيقي في مسؤولياته، وهذا ما يسميه الفقه الأبوة بالإنابة، الأمر الذي يحمل في ذاته تعديلا لمحتوى الأبوة[2]، فبالتالي يكون التبرع بالنطفة مخالفا لمبدأ عدم جواز التصرف في حالة الشخص، فالأحوال الشخصية بوجه عام قد نظمها القانون بنصوص آمرة لا يجوز مخالفتها، ومن ثم لا يجوز أن تكون محلا للتنازل بمقابل أو بدون مقابل[3].

---

1 - علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي...، مرجع سابق، ص 18.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 418.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 49.

2 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 60.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 326.
فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 231.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 68.

فالعملية تهدف إلى إنجاب طفل لا ينسب لأبيه الحقيقي، وهو مما يؤدي إلى بطلانها لبطلان سببها ومحلها، بينما الحالة أدهى والبطلان أوضح وأدق في حالة غير المتزوجين فالعلاقات الحرة لا توفر أية ضمانة للطفل[1].

- يخلق الإنجاب الاصطناعي بتدخل الغير مفارقة بين الواقع والقانون: فالواقع هو أن الأب المزعوم (الزوج العقيم) ليس هو الأب الحقيقي البيولوجي للطفل، لأنه جاء من ماء رجل آخر، أما قانونا فهذا الزوج العقيم هو الأب الشرعي والوحيد للطفل لأنه جاء أثناء الزواج وتوافر في شأنه القرينة القانونية التي تقضي بأن الولد للفراش[2].

- الإدعاء بمصالح الطفل لجواز العملية مجرد لفظ وليس حقيقة: فقد يكون الطفل هو الضحية مع أول خلاف بين الأزواج، فالزوج يستطيع إنكار هذه الأبوة المزعومة بشهادة طبية تثبت خلو مائه من بذور الإنجاب وبالمقابل تستطيع الأم إخبار الطفل بما حدث، مما يلقي بظلال نفسية سيئة على الطفل، فماذا ستكون النتيجة في هذه الحالة؟ وما هي الآثار النفسية المنعكسة على الطفل؟ بل وعلى الأسرة كلها؟ فالتلقيح الاصطناعي بمساعدة المتبرع هو ضرورة سيئة فهو يظل دائما مصدرا للمشاكل العلمية والنفسية بجانب المشاكل الدينية والأخلاقية[3].

- استقر الفقه على مبدأ حرمة جسم الإنسان ولا يجوز التدخل بالمساس أو بالتصرف بعضو من أعضاء هذا الجسم إلا لضرورة علاجية ومصلحة معتبرة قانونا وبشرط رضا المريض، فهل توجد هنا الضرورة العلاجية بالمعنى الضيق أو بالمعنى الواسع؟ هذا ما لم يقل به أحد في الفقه[4].

---

1 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 60.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 326، 327.

2 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 60، 61.

3 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 367.
CHARAF EL DINE Ahmed, Droit de la transplantation…, op.cit, pp 269, 272.

4 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 62.
فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 233.

- وفي مجال الطب النفسي: هناك خطورة لهذه العملية على الطفل، لما تؤديه من قلق واضطراب نفسي للطفل بسبب ميلاده عند علمه بذلك بهذه الوسيلة، ويشعر الزوج كل يوم بنقص حاد في رجولته لأن الطفل يذكره دائما بابنه الذي لم يستطع إنجابه، كما أن المرأة تصبح متسلطة في مواجهة زوجها[1].

2 – بالنسبة للفقه المصري والفقه الإسلامي:

في الفقه المصري والفقه الإسلامي فإنّ اللجوء إلى وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير يعتبر أمرا غير مشروع على الإطلاق[2].

هذا ما أكدته توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية والقانون الجنائي التي عقدت بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام 1993، إذ أدانت هذه التوصيات هذا النوع من التلقيح الاصطناعي، وطالبت بضرورة التدخل السريع للمشرع والنص على تجريمه، فجاء فيها ما يلي: « يعد غير مشروع التلقيح الاصطناعي الذي يجري خارج نطاق العلاقة بين الزوجين أيا كان الأسلوب الذي استعمل في إجرائه ويحدد القانون العقوبة المقررة لذلك، وتوقع هذه العقوبة على كل من يجريه طبيبا كان أو غير طبيب، وتوقع هذه العقوبة كذلك على كل من يشترك في إجرائه، والطفل الذي يولد من تلقيح صناعي جرى في غير نطاق العلاقة الزوجية يعتبر طفلا غير شرعي، وتطبق عليه الأحكام التي يقررها القانون للأبناء غير الشرعيين »[3]، وهذا الاتجاه يتفق مع آراء علماء الشريعة الإسلامية، ويؤكد على تحريم إجراءات التلقيح الاصطناعي في حالة الاستعانة بخلايا تناسلية للمتبرع.

---

1 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 227، 228.

2 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, pp 67 – 68.
CHARAF EL DINE Ahmed, Droit de la transplantation…, op.cit, pp 270, 271.
أحمد شرف الدين، هندسة الوراثة والإنجاب...، مرجع سابق، ص 189 وما بعدها.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 65، 66.
أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية...، مرجع سابق، ص 96.

3 - راجع في ذلك: محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 49.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 418، 419.
طفياني مختارية، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 102.

أكد في هذا الصدد الفقه الإسلامي على عدم مشروعية هذه الوسيلة وهذا ما ذهبت إليه دار الإفتاء المصرية في الفتوى رقم 63 الصادرة بتاريخ 23 مارس 1980[1]، كما أكد على ذلك القرار الصادر عن مجلس الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة سنة 1985[2].

يرى البعض[3] في هذا الصدد أنه من العبث البحث في مدى شرعية هذه الوسيلة، لأن التحريم واضح وجلي، فليس من شك هنا في أن الشروط الشرعية السابق بيانها عند اللجوء لطرق الإنجاب الاصطناعي كافية بذاتها لأن تمنع – بل وتستنكر – أي تدخل أجنبي في العلاقة الزوجية.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية تحرم التبني فإنّ التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير يعتبر أفظع جرما من التبني، فالتبني يؤدي إلى إدخال عنصر غريب في سلسلة النسب مع العلم أن الولد المتبنى ليس حلقة في سلسلة الأسرة، أما الطفل الناتج من وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير فيؤدي إلى النتيجة ذاتها التي يؤدي إليها التبني وهي إدخال عنصر غريب في النسب[4]، فهذه الوسيلة في الحقيقة تتنافى مع الكرامة الإنسانية وتعد امتهانا لكرامة الرجل، ولهذا ذهب جانب من الفقه إلى أنه يمكن اعتبار فعل نقل الأمشاج بمثابة الزنا لوجود المعنى ذاته في هاذين الفعلين[5].

---

1 - حيث أشارت هذه الفتوى إلى أن تلقيح الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها سواء كان الرجل ليس به مني أو كان به ولكنه غير صالح فهذا محرم شرعا، لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب، بل ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه، وفوق هذا ففي هذه الطريقة من التلقيح إذا حدث بها الحمل معنى الزنا ونتائجه، والزنا محرم قطعا بنصوص القرآن والسنة. راجع في ذلك:

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 66.

إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 269 وما بعدها.

2 - أسامة السيد عبد السميع، الثابت والمتغير في الاجتهاد الطبي، دراسة تطبيقية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، 2015، ص ص 62، 72.

3 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 334.

4 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 343.

5 - CHARAF EL DINE Ahmed, Droit de la transplantation…, op.cit, pp 270, 271.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 65 – 66.

يجب التنبيه إلى أن نقل الحيوانات المنوية لا يشبه عمليات نقل الأعضاء ونقل منتجات الجسم الأخرى[1]، لأن نقل الأعضاء يهدف في الغالب إلى أغراض علاجية بمعنى أن الغرض من اقتطاع العضو وإعادة زرعه في جسم المريض المستقبل هو علاج هذا المريض وإنقاذه من الهلاك[2]، أما نقل الحيوانات المنوية باعتبارها من المنتجات المتجددة في الجسم فإنّها سوف تؤدي إلى نتائج هامة خاصة خارج إطار العلاقة الزوجية، فوجود أبناء لأمهات غير متزوجات يشكّل خطرا وتهديدا للروابط الاجتماعية ويؤدي في الغالب إلى انتهاك الأعراض واختلاط الأنساب[3]، فالتبرع بالحيوانات المنوية ليست في حقيقتها إلا تبرع بالأبوة[4].

ثانيا – مدى جواز الكشف عن شخصية المتبرع بالنطفة:

اختلفت الآراء بين علماء الطب والقانون في الدول الغربية حول مدى جواز الكشف عن شخصية المتبرع بالنطفة وذهب رأي لقي تأييدا من العديد من الدول إلى ضرورة إخفاء شخصية المتبرع حتى يمكن تشجيع الأفراد على هذا العمل، فهناك مصالح عامة وخاصة تستوجب السرية وتتعلق هذه المصالح بالجوانب الاجتماعية ونظرة الأفراد إلى المتبرع[5].

فالشخص المتبرع إذن سر ويجب أن يبقى كذلك إلى الأبد، ومن ثم ترفض التشريعات التي أخذت بهذا الرأي حق الطفل في الإطلاع على أية بيانات تمكنه من تحديد أبيه الحقيقي[6].

---

1 - النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 154.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 474.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 269.
النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 154.

4 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 68.

5 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 289.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 50.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 420.

6 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 340.
إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 289، 292.

ومثل هذا الموقف يجد أساسه في عدة اعتبارات منها: إنّ الكشف عن شخصية المتبرع قد تؤدي إلى إساءة العلاقة بين الزوجين لما قد ينشأ من شكوك وتفسيرات خاطئة لبعض التصرفات، هذا إلى جانب أن الكشف عن شخصية المتبرع معناه التأكيد على توافر حالة العقم، وما قد يرتبط بها من وصمة وآثار اجتماعية لدى بعض المجتمعات[1]. ومن ناحية أخرى فإنّ الشخص المتبرع بالنطفة له الحق هو الآخر في الحماية، فالمتبرع قام بأداء خدمة لأسرة تعاني من العقم، إلا أنّ هذا لا يعني كقاعدة عامة أنه يريد بناء على ذلك أن يقيم أية علاقة مع الطفل من أي نوع[2]، كما أنه قد يحجم عن تبرعه إذا علم أن الطفل قد يبحث عنه بعد سنوات لمحاولة إقامة علاقة أبوة معه، ويرى أنصار هذا الاتجاه عدم جواز القياس في هذا الصدد على التبني حيث يجوز في حالة التبني للطفل أن يبحث عن أصله من ناحية الأم أو من ناحية الأب، فالتبني سر مشترك بين الأبوين والغير كما أن البحث عن الأم التي حملت الطفل تسعة أشهر وتحملت آلام الوضع يختلف تماما عن البحث عن رجل لم يفعل شيء سوى أنه تبرع خلال لحظات ببعض الخلايا التناسلية[3].

ويرى البعض في فرنسا أن الكشف عن شخصية المتبرع قد تتوافر به جريمة إفشاء الأسرار إذا كان المسؤول عن ذلك هو الطبيب الذي تولى الإشراف على تنفيذ هذا الإجراء[4]، كما يسود هذا الاتجاه الذي يأخذ بفكرة إخفاء شخصية المتبرع في بلجيكا سواء بالنسبة للعيادات المتخصصة أو بنوك الخلايا التناسلية[5].

وثمة رأي آخر يذهب إلى القول أن السرية لا تسري في مواجهة الطفل فله حق التعرف على سلالته البيولوجية والده أو والدته البيولوجية حسب الأحوال[6]، فلقد اتخذت بعض الدول

---

1 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 289.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 50.

2 - عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 77.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 430.

4 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 290.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 50.

5 - GENICOT Gilles, "La maitrise du début de la vie : La loi du 6 Juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée", Journal des tribunaux, N° 6336, 128ème année-2, 2009, pp 17, 27.

6 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 50.

كالسويد مثلا[1] موقفا يقوم على الصراحة التامة بالنسبة لكافة الأطراف فالشخص المتبرع إذن ليس مجهولا ومن ثم يحق للطفل أن يسعى للبحث عن والده الحقيقي قياسا على التبني، لكن الطفل لا يستطيع كقاعدة عامة الحصول على كافة المعلومات التي تهمه للبحث عن أصله إلا عند بلوغ سن الثامنة عشرة سنة[2]، ومن ثم فضل القانون السويدي مصلحة الطفل - عند الموازنة – على مصلحة المشرع التي تجاهلها تماما، فحق الطفل في التعرف على والديه البيولوجيين يتعلق باحتياجاته الأساسية ويعلو حق المتبرع في الحفظ على السرية[3].

الجدير بالذكر هو أنه بعد إلغاء مبدأ السرية في السويد بالقانون الصادر سنة 1984 أدى ذلك إلى انخفاض عدد المتبرعين في البداية، وفي عدد الراغبين في الانتفاع بالوسيلة محل البحث، وبدأ الأزواج بعد صدور هذا القانون في الانتقال إلى دول أخرى مثل الدانمرك أو المملكة المتحدة التي يتوافر فيها مبدأ السرية للانتفاع بذلك، وبعد ذلك بدأ العدد يتزايد بالنسبة للفئتين تدريجيا حتى وصل إلى المعدل الطبيعي[4].

الجدير بالذكر كذلك أن القانون الألماني لا يأخذ كذلك بنظام سرية المتبرع في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، وهناك عدة اجتهادات قضائية أكدت على ذلك، كقرار المحكمة الدستورية الألمانية الصادر سنة 1989[5].

---

1 - وذلك بعد صدور قانون 1984.

2 - فواز صالح، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 22، جامعة الكويت، 2007، ص ص 219، 220.

محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 340، 341.

عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 78.

3 - علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 422.

4 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 290.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 51.

علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 422.

5 - راجع حول ذلك:

GROTE Rainer, "Aspects juridiques de la bioéthique dans la législation Allemande", Revue internationale de droit comparé, Vol 51, N° 1, Janvier – Mars 1999, pp 85, 106.

FUKEL François, "Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d'Allemagne", Revue internationale de droit comparé, Vol 49, N° 4, Octobre - Décembre 1997, pp 931, 959.

الفرع الثاني

موقف التشريعات من التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

اختلفت خطة التشريعات المقارنة في وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير إذ اتجه البعض منها إلى تحريم هذه الوسيلة في حين اتجهت تشريعات أخرى إلى إباحة هذه الوسيلة بشروط معينة (أولا) إلا أن هذه الوسيلة محل البحث تعتبر غير مشروعة في القانون الجزائري (ثانيا).

أولا - نظرة في التشريع المقارن حول التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير:

ذهبت بعض التشريعات المقارنة إلى منع هذه الوسيلة (1)، في حين أجازتها تشريعات أخرى بتوفر شروط معينة (2).

1 – التشريعات التي منعت وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير:

اتجهت بعض الدول إلى منع وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير أو ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي عن طريق المتبرع سواء كان هذا المتبرع رجلا يشارك عن طريق التبرع بالحيوانات المنوية أو امرأة تشارك بالبويضة[1]، من أمثلتها التشريع الصادر في ولاية فيكتوريا باستراليا المؤرخ في 20 نوفمبر 1984[2]، وفي إيطاليا اتجهت مشروعات القوانين التي أعدت بشأن التلقيح الاصطناعي خلال الفترة الممتدة من 1983 إلى 1986 إلى التضييق من حالات التلقيح الاصطناعي بحيث يقتصر ذلك على الزوجين فحسب[3]، وهذا ما أكد عليه المشرع الإيطالي في القانون الصادر بتاريخ 19 فيفري 2004 والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، إلا أن المحكمة الدستورية الإيطالية أعلنت في أفريل

1 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 46.

2 - النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 113.

3 - نشير إلى أن لجنة من الخبراء تشكلت في وزارة الصحة بإيطاليا عام 1984، وأكدت على وجوب الاقتصار على حالات التلقيح الاصطناعي في نطاق الزوجين فقط، راجع في ذلك:

CANUT Élodie, "Les éléments et produits du corps humain en droit Italien", in Guylène Nicolas (sous la direction de), Les éléments et produits du corps humain, les études hospitaliers, 2011, p 207.

2014 أن منع اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب بواسطة الغير يعد إجراءً غير دستوري[1].

كذلك فإن النمسا تحرم هذه الوسيلة، وهذا ما أكدت عليه أحكام قانون الطب الإنجابي الذي دخل حيز التنفيذ في 1 جويلية 1992[2].

الجدير بالملاحظة أن التشريعات الغربية لم تتحمس لفكرة منع هذه الوسيلة رغم وجود اتفاق لدى علماء الديانة المسيحية على حرمة التلقيح الاصطناعي بمني الغير، بحيث ترى الكنيسة الكاثوليكية أن الإنجاب يفقد أخلاقيا قدسيته حينما لا يكون الطفل ثمرة مشتركة للعلاقة بين الزوجين[3]، فمن ناحية ترى أن الاستعانة بنطفة شخص غريب يعتبر خرقا للعهد المشترك بين الزوجين، وهذا يهدد وحدة واستقرار الأسرة، ومن ناحية أخرى فإن التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير يؤدي إلى حرمان الطفل من الأبوة والأمومة الحقيقية حسب الأحوال[4].

2 – التشريعات التي أجازت التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير:

أجازت العديد من التشريعات الغربية وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير بشروط معينة تتعلق أساسا بما يلي: موافقة الزوجين معا، وأن الطفل يجب أن يأخذ اسم الأب، كما أنه يجب مراعاة كافة الشروط الصحية والاجتماعية في حالة الاستعانة بمتبرع، بالإضافة إلى ضرورة احترام مبدأ السرية عند إجراء هذه العمليات[5]، ومن التشريعات التي أجازت ذلك نجد التشريع البريطاني (أ)، التشريع الفرنسي (ب) والتشريع البلجيكي (ج).

---

1 - Agence de la biomédecine : Encadrement juridique…, op.cit, p 306.

2 - ANDORO Roberto, La distinction juridique…, op.cit, pp 206 – 208.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 57.

4 - DOLL Paul-Julien, La discipline des Greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant, le corps humain, éd. Masson, Paris, 1970, pp 131, 134.
BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 67.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 57.

5 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 285، 286.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 46.

أ - التشريع البريطاني:

لم يجز المشرع في المملكة البريطانية وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير إلا بعد عدة مراحل من الخلافات التي تمت داخل البرلمان، ليتم فيما بعد إجازة ذلك بموجب القانون رقم 37 الصادر في 1 نوفمبر 1990 بشأن الخصوبة البشرية وعلم الأجنة، خاصة في المواد من 28 إلى 30 من هذا القانون[1]، حيث أكدت هذه المواد على ضرورة احترام عدة شروط لمشروعية هذا الإجراء كموافقة الزوجين واحترام الشروط الصحية، كما أكد هذا القانون على مبدأ سرية المتبرع، إذ أوجبت المادة (31) من هذا القانون على الهيئة المختصة بالرقابة والمنشأة وفقا لأحكامه أن تقيم مركزا للمعلومات يخضع لرقابتها بحيث يلزم كل من يحصل على ترخيص لمباشرة الإجراءات محل البحث بتقديم كافة المعلومات المتعلقة بالزوجين والمتبرع وخلافه، فإذا بلغ الصغير الثامنة عشرة من عمره يمكنه الحصول على المعلومات الأساسية دون أن يصل الأمر إلى التعرف على شخصية المتبرع إلا إذا وافق هذا الأخير على ذلك[2].

ومن المعلومات الأساسية التي يمكن للصغير التعرف عليها الحالة الصحية للمتبرع وما إذا كان أي فرد من أسرته يعاني من مرضا وراثيا أو عضويا أو نفسيا أو عقليا وما إذا كان هناك أي مانع قانوني أو ديني للزواج من شخص معين قد يكون له علاقة بالمتبرع[3].

ب - التشريع الفرنسي:

أجاز المشرع الفرنسي وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير، إلا أنه تشدد في هذه المسألة، ووضع عدة شروط، بل وعقوبات في حالة مخالفتها[4]، وأشرح ذلك على النحو التالي:

---

1 - أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 72.
محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص 159.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 412، 413.

2 - علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 423.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 51.

3 - علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 423.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 51 - 52.

4 - GOBERT M., Médecine, bioéthique et droit, questions choisies, économica, 1999, pp 3 – 111. =

- يجب في البداية الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي في نص المادة L2141-6 من قانون الصحة العامة الفرنسي اعتبر وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير وسيلة استثنائية لا يسمح بها إلا للزوج الذي تتوفر فيه الشرط المذكورة في نص المادة L2141-2 من نفس القانون: وجود زوج يتكون من رجل وامرأة وأن يكون على قيد الحياة وأن يكونا في سن الإنجاب، وإن يكونا متزوجين أو بإمكانهما إحضار الدليل على الحياة المشتركة لمدة لا تقل عن سنتين.

- ثم أكد المشرع الفرنسي في نص المادة L2141-6 المذكورة أعلاه أنه لا يمكن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير إلا بعد فشل تقنية التلقيح الاصطناعي في إطار الزوج (الرجل والمرأة)، ويجب إعلام هذا الزوج بالمخاطر التي تحيط بالطفل الذي يولد بهذه الطريقة، لينتقل المشرع الفرنسي بعد ذلك إلى شرط آخر يتعلق بضرورة موافقة السلطة القضائية على هذا الإجراء، فالقاضي يتلقى الرضا المكتوب للراغبين من الاستفادة من هذه الوسيلة وعليه أن يتحقق من توافر الشروط الواردة في نص المادة L2141-2 المذكورة أعلاه ويتحقق كذلك من أن الزوج له القدرة لاستقبال الطفل خاصة على المستوى التربوي والنفسي.

- كما أكد المشرع الفرنسي في نص المادة L2141-6 على ضرورة احترام شروط أخرى كمبدأ السرية ومبدأ المجانية بالإضافة إلى ضرورة احترام الشروط الصحية خاصة الفحوص الطبية المتعلقة بالأمراض المعدية.

- أما المادة L2141-7 من قانون الصحة العامة الفرنسي حددت الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير وتتعلق أساسا بحالة وجود مخاوف من نقل مرض شديد الخطورة إلى الطفل، وحالة فشل تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي في إطار الزوج (الرجل والمرأة)، وهنا ذكر المشرع الفرنسي بأنه يجب إعلام الزوج حسب الشروط المنصوص عليها في نص المادة L2141-10 من قانون الصحة العامة الفرنسي،

=BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, pp 74, 76.
LE GROS Bérengére, Droit de la bioéthique…, op.cit, p 266 et s.
BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 70 et s.
BIOY Xavier, Droit fondamentaux…, op.cit, p 378.

وبالرجوع إلى نص هذه المادة فإنها تشترط أن يسبق تنفيذ تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب مقابلة خاصة للراغبين في الاستفادة منها مع الفريق الطبي المتعدد التخصصات، ويجب أن يمنح هذا الزوج مدة شهر للتفكير، ويمكن أن تمدد هذه الفترة بقرار طبي وذلك لاختبار دوافعهم وإعلامهم خصوصا بإمكانية نجاح أو فشل تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب[1].

يتضح من خلال النصوص السابقة أن المشرع الفرنسي أجاز وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير أو ما يسمى كذلك التلقيح الاصطناعي عن طريق المتبرع، واعتبرها وسيلة استثنائية يمكن اللجوء إليها في حالات واردة على سبيل الحصر، يمكن أن تستفيد منها أسرة مؤلفة من رجل وامرأة متزوجين أو بإمكانهما إحضار الدليل على وجود حياة مشتركة لا تقل عن سنتين وأحاط هذه الوسيلة بعدة شروط[2] أهمها:

- ضرورة صدور رضا الراغبين في الاستفادة من هذه الوسيلة أمام جهة رسمية.
- ضرورة احترام مبدأ السرية: بمعنى عدم جواز الكشف عن شخصية المتبرع والمنتفع بالخلايا التناسلية.
- ضرورة احترام مبدأ المجانية: بمعنى عدم استفادة المتبرع من أي مقابل مالي.
- ضرورة احترام الشروط الصحية عند تنفيذ هذه العملية.

ولعل السبب في فرض هذه القيود المتشددة يرجع كما يرى جانب من الفقه إلى عدم اقتناع المشرع الفرنسي بهذه الممارسة التي تعتبر عملا شاذا خارجا عن نطاق المألوف[3].

---

1 - Ahmad ABDULDAYEM, Les organes du corps…, op.cit, pp 80, 81.

2 - حول هذه الشروط راجع:

خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006 – 2007، ص 52 وما بعدها.

علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 411، 412.

BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 70 et s.

ROBERT Jacque, DUFFAR Jean, Droits de l'homme…, op.cit, pp 235, 237.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 303 وما بعدها.

افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 192.

جـ - التشريع البلجيكي:

أجاز التشريع البلجيكي تقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير وذلك في القانون الصادر في 06 جويلية 2007 بشأن المساعدة الطبية على الإنجاب، والملاحظ على هذا القانون أنه نظم وسيلة التلقيح الاصطناعي بصفة مرنة وحاول الاستفادة منها بأكبر قدر ممكن لدرجة أنه سمح للمرأة التي تعيش بمفردها الاستفادة من هذه الوسيلة، كما سمح كذلك بالتلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، أما بالنسبة للتلقيح الاصطناعي بتدخل الغير فأجازه كذلك ولكن بشروط معينة، كاحترام مبدأ المجانية ومبدأ سرية التبرع[1].

كذلك اتجهت دول أخرى إلى تنفيذ وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير بل وضمنت تشريعاتها نصوصا تلزم الزوجين بضرورة الاعتراف بالطفل ما دام قد تحققت موافقتهما الجدية على إجراء التلقيح الاصطناعي بمشاركة متبرع، ومن هذه الدول: اليابان، اليونان، شيلي وغيرها[2].

من خلال هذه النظرة على التشريعات المقارنة في الدول الغربية حول مسألة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير فإنّه يمكن إبداء الملاحظات التالية:

- إنّ هذه الدول كانت سباقة في هذا المجال إما بوضع قوانين وتشريعات تنظم شروط وآثار تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب، أو بإضافة نصوص وتعديلات جديدة إلى قوانين كانت موجودة أصلا[3].

- وجود تناقض بين تشريعات الدول الأوروبية وبعض المبادئ القانونية المستقر عليها أو بعض أحكام المعاهدات الدولية، فمثلا يظهر هذا التناقض في الخروج عن مبدأ حظر التصرف في حالة الشخص[4]، كما يتضح الأمر أكثر بتقريب هذه التشريعات من أحكام

---

1 - GENICOT Gilles, "La maitrise…", op.cit, pp 17, 27.
HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Le droit de la bioéthique…, op.cit, p 59.

2 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 285.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 47.

3 - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص 195.

4 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 166.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 419.

المعاهدات الدولية بشأن حقوق الطفل. وأهمها نص المادة 7 الفقرة الأولى من معاهدة نيويورك لسنة 1989 والتي نصت على حق الطفل في أن يكون له أبوان وأن يربى بواسطتهما[1].

- إنّ تلك القوانين جاءت لتعكس حقيقة تلك المجتمعات، والتي تعطي للحرية الفردية مجالا غير منته، فكان من ذلك أن أباحت تدخل الغير في عملية الإنجاب كالتبرع بالخلايا التناسلية وبالأجنة المجمدة التي أنشئت لها مراكز متخصصة لاستقبالها وإعادة توزيعها[2].

ثانيا – موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير:

لا يخرج موقف المشرع من وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير عن إطار ما أقره الفقه الإسلامي حول هذه المسألة، إذ اشترطت المادة (45) مكرر من قانون الأسرة الجزائري أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، هذا يعني أن المشرع الجزائري منع الاستعانة بمنتجات جسم طرف أجنبي عن الزوجين سواء بالنسبة للنطفة الذكرية أو الأنثوية، وسواء تم شراؤها من مجهول أو معلوم أو كانت تبرعا، فإنّ هذه الاحتمالات على فرض وقوعها صور باطلة لا يقرها قانون الأسرة الجزائري[3].

وعليه لا يمكن إباحة وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير في القانون الجزائري لعدة أسباب أشرحها فيما يلي:

- **الزواج هو الوسيلة المشروعة للإنجاب**: هذا يتطلب أن يكون الإنجاب قاصرا على الزوجين سواء كان ذلك في الصورة الطبيعية أم كان بالصورة غير الطبيعية (التلقيح الاصطناعي بين الزوجين)، ومن ثم يعد التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير غير مشروع لأنه يتطلب تدخل شخص أجنبي عن الزوجين، ومن شأن ذلك هدم الزواج كتنظيم اجتماعي وقانوني والذي من أهدافه الإنجاب[4]، فالسماح بهذه الوسيلة سيؤدي حتما إلى ارتفاع نسبة الأولاد غير الشرعيين في المجتمع[5].

---

1 - أشار إلى ذلك: رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 166.

2 - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص 195.

3 - إقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 117.

4 - محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص ص 127، 128.

5 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 51.

- **التعارض مع النظام العام**: يعتبر التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير عملا غير أخلاقي حتى ولو كان الغرض منه علاج حالات العقم، فتنازل الشخص عن عنصر من عناصر جسمه البشري، وهو السائل المنوي لامرأة أجنبية عنه، يتعارض تماما مع نظام الأسرة، خاصة نظام البنوة الذي يعتبر من النظام العام. ولا يعتد برضا الزوجين بإجراء هذا النوع من التلقيح لأن كل اتفاق يخالف النظام العام يعتبر باطلا بطلانا مطلقا[1].

- **اختلاط الأنساب**: من شأن التلقيح الاصطناعي بتدخل أن يؤدي إلى اختلاط الأنساب بسبب الخلط في العينات، أو تلقيح عدد غير محدد من البويضات بماء رجل واحد، واعتمادا على الوضع فإنّه يصعب ضبط العلاقات الدموية التي تجمع بين أفراد العائلة الواحدة، إذ أن المراكز المخصصة لحفظ الخلايا التناسلية تضعها تحت تصرف الراغبين من الاستفادة من هذه الوسيلة دون الكشف عن هوية المتبرع، مما قد يؤدي إلى وقوع التلقيح بين المحارم[2].

- **انعدام الضرورة العلاجية**: يعد التلقيح الاصطناعي وسيلة علاجية لحل مشكلة العقم، لذلك يجب أن يرتبط من حيث وجوده بهذا الهدف ولا يجوز أن يخرج عنه بأي حال من الأحوال، وهو ما لا يتوافر بشأن الغير الذي يتبرع بالنطفة أو التي تتبرع ببويضة، فهؤلاء غير مرضى ولا يعانون من العقم، فبالتالي لا يجوز إخضاعهم لعمليات التلقيح الاصطناعي[3].

---

1 - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 422.
أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص ص 146، 147.
محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص 128.

2 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 149.
إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص 186.
محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص ص 168، 169.
سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص 150.

3 - محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص ص 169، 170.

- **إلحاق أضرار نفسية جسيمة**: إنّ وسيلة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير لها آثار نفسية خطيرة على جميع أطراف العلاقة: الزوج، الزوجة، الطفل[1].

بالنسبة للزوج: وهو الأب الاجتماعي أو الوهمي أو بالحلول، فعلى الرغم من موافقته على إجراء عملية التلقيح لزوجته بنطفة رجل أجنبي فإنّ إحساسه وشعوره سيكون دون شك مختلف عن شعور الزوجة، فهي الأم الحقيقية، بيولوجيا، للطفل ومن ثم ستتعامل معه على أنه ابنها حقيقة، أما الزوج (الأب المفترض) فيصعب إن لم نقل يستحيل أن يعامله المعاملة ذاتها، كما أنه قد يندم على موافقته، أو قد يتعرض لصدمات وعقد نفسية لإحساسه بعدم القدرة على الإنجاب ولشعوره بالغيرة القاتلة التي قد تؤدي به إلى الانتحار أو تدفعه إلى الجريمة[2].

وبالنسبة للأم فإنّ هذه العملية تثير فيها الرغبة الشديدة في معرفة الأب البيولوجي للطفل – إن كانت تجهل هذا الأخير – فهو ولا شك في نظرها الأب الحقيقي للطفل، الذي لا ينتسب لأبيه بالحلول إلا بالتسجيل، وقد يتغير شعور الأم إلى زوجها وقد تحتقره أو تقلل من شأنه، بل وقد تفكر ولو بطريقة لا شعورية ناحية الأب الحقيقي لطفلها[3].

أما بالنسبة للطفل فهو دون شك الضحية الحقيقية لمثل هذا التصرف، وسيواجه نتائج أشد خطورة، فمن الناحية البيولوجية، فإنّ المتبرع هو الأب البيولوجي لهذا الطفل ومع ذلك فإنّ شخصيته مجهولة له تماما، ولكن قد يعلم الطفل بأصله الحقيقي الأمر الذي ينعكس

---

1 - لقد أشارت أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية في فرنسا منذ 1949 إلى أن التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير يثير في الأسرة عقبات كثيرة من النواحي الأخلاقية والقانونية والاجتماعية، وهذا ما جعلها توصي بعد اللجوء إلى هذه الوسيلة، راجع في ذلك:

DOLL Paul-Julien, La discipline…, op.cit, pp 134, 135.
BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, pp 68, 69.
أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 147.

2 - CHARAF EL DINE Ahmed, Droit de la transplantation…, op.cit, p 273.
مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 422.
النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 156، 157.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 58.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 336.

سلبا على حالته النفسية والاجتماعية، وقد ينكر الزوج نسبه إليه ليجد نفسه فجأة بدون أب حتى ولو كان وهميا، وقد يعرف المتبرع أن الطفل نتاج نطفته فيطارد الجميع: الزوج، والزوجة، والطفل[1].

أما بالنسبة للمتبرع فقد يبدو تصرفه هذا غير مفهوم، فهو لا يتبرع بالنطفة لشخص معين وإنما لأحد المراكز المتخصصة في حفظ الخلايا التناسلية لاستخدامها في التلقيح عند الحاجة، وقد يبدو الأمر للوهلة الأولى مشابها للتبرع بالدم لاستعماله في إنقاذ المرضى وقت الحاجة، لكن هذا التشابه الظاهري يتبدد بمجرد استظهار الغاية من التبرع بكل من الدم والنطفة، فالغاية من التبرع بالدم هي دون شك غاية نبيلة وهي إنقاذ المرضى، أما التبرع بالنطفة وإن كان ظاهره تصرف محمود إلا أنه في حقيقة الأمر غير أخلاقي كلية[2].

نخلص إلى القول أن العقود المبرمة بشأن التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير هي باطلة بطلانا مطلقا في القانون الجزائري، وذلك لعدم مشروعية المحل والسبب لمخالفته لمقتضيات النظام العام والآداب العامة، فلا قواعد القانون ولا الدين تسمح بهذا العبث في الأنساب بحجة علاج العقم، كما أن هذه الوسيلة تتنافى مع الكرامة الإنسانية، فكيف يمكن للزوج أن يقوم بتربية طفل ليس من صلبه، ثم بماذا تختلف هذه الحالة عن حالة الزنا؟ كما أننا لا نؤيد فكرة إنشاء مراكز لحفظ أو تخزين الخلايا التناسلية لأن في ذلك تشجيعا على اللجوء إلى استعمال هذه الوسيلة.

1 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 147.
مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 423.
عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 54.

2 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 58 - 59.

المبحث الثاني

مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط التلقيح الاصطناعي الداخلي

يشترط لإباحة العمل الطبي توافر شروط معينة أهمها: أن يكون من أجراه مرخصا له قانونا بمزاولة مهنة الطب والجراحة، وأن يكون قد حصل على رضا المريض أو من يمثله قانونا، وأن يكون الغرض من إجرائه هو علاج المريض، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط انتفى عن العمل صفة المشروعية، وهذا ما يؤدي بنا إلى البحث عن مسؤولية الطبيب في حالة التدخل الطبي بشأن أعمال التلقيح الاصطناعي وأوضحنا سابقا أنه يشترط لإباحة هذا التدخل الطبي توافر رضا الزوجين معا، فبالتالي يجب أن نبحث عن الأثر المترتب عن تخلف هذا الشرط في مجال التلقيح الاصطناعي (المطلب الأول)، كما أنه من المتفق عليه أيضا أنه يجب على الطبيب أثناء تدخله أن يتبع ما تقتضي به الأصول العلمية المتعارف عليها بين الأطباء أهل الاختصاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تخلف رضا الزوجين

إن رضا الزوجين يعتبر شرطا أساسيا لمشروعية تقنية التلقيح الاصطناعي[1]، فلهذا يجب على الطبيب الحصول على رضا كل من الزوج والزوجة لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي فالرضا المتبادل للزوجين هو الذي يبيح تدخل الطبيب فإذا تخلف رضائهما يسأل الطبيب، وقد يتخلف شرط رضا الزوجين في حالة إجراء هذه الوسيلة في إطار العلاقة الشرعية بين الزوجين (الفرع الأول)، كما أن الطبيب قد يقوم بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير دون علم أو موافقة الزوجين (الفرع الثاني).

1 - لقد أوصى المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات المنعقد في لاهاي سنة 1964 على ضرورة الحصول على رضا كل من الزوج والزوجة لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، كما أكدت على ذلك توصيات المؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات الذي انعقد في فيينا خلال الفترة من 2 إلى 7 أكتوبر 1990. راجع في ذلك:
أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 142.
إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 288.

الفرع الأول

تخلف شرط الرضا في التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين

مما لاشك فيه أن مشروعية عملية التلقيح الاصطناعي تتطلب رضا الزوجين معا ولا يمكن إجرائها قصرا أو عنوة من الزوجة أو الزوج وإلا شكل ذلك جريمة اعتداء على الحق في سلامة الجسم[1].

ولابد البدء بدراسة حالة عدم موافقة الزوجة (أولا)، ثم حالة عدم موافقة الزوج (ثانيا).

أولا - عدم موافقة الزوجة:

إن رضا الزوجين بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي يبدو بديهيا، فالطفل من ناحية يحمل اسم أبويه ومن ثم يجب رضا كل منهما، صراحة أو ضمنيا قبل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي فالأبوة والأمومة مسألة اختيارية وليست إطلاقا إجبارية، ومن ناحية أخرى فإن مصلحة الطفل تقتضي توافر مثل هذا الشرط إذ قد تتم عملية التلقيح الاصطناعي دون رضا أحد الزوجين، فيأتي الطفل غير مرغوب فيه من الزوج الذي لم يوافق على الإنجاب، بل قد يلجأ الزوج إلى إنكار نسب الطفل مع ما يترتب على ذلك من آثار ضارة بالطفل حتى لو رفضت دعوى إنكار النسب إذ تترك دعوى الإنكار آثارا نفسية واجتماعية سيئة على الطفل، بل وعلى الأم يصعب نسيانها فيما بعد، أما لو قُبلت دعوى إنكار النسب فإن نتائجها تعتبر دون شك كارثة بالنسبة لكل من الطفل وأمه[2]، ويشترط في رضا الزوجين أن يكون صادرا عن إرادة حرة، إذ تكون إرادة كل منهما سليمة من كل عيوب الإرادة كالإكراه سواء كان ماديا أم معنويا، والغش والخداع والمباغتة لأنه من شأن توافر أحد هذه العيوب أن يجعل رضا الزوجين أو أحدهما معيبا وبالتالي يفقد التلقيح الاصطناعي أحد أهم شروطه فالإنجاب مشروع مشترك ورغبة متبادلة بين الزوجين يجب أن يقدما عليه بإرادتهما الحرة، كما يشترط

---

1 - النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 69.

2 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 39.

محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 99 – 100.

علال برزوق أمال، أحكام النسب...، مرجع سابق، ص 412.

عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 51.

في رضا الزوجين أن يكون رضا متبصرا من ناحية إحاطة الزوجين بكل ظروف عملية التلقيح الاصطناعي وملابساتها وآثارها الحالية والمستقبلية لكي يصدر رضاهما عن بينة وعلم كامل بهذه العملية ونتائجها[1].

تتفق كافة التشريعات في هذا الصدد على ضرورة الحصول على موافقة الزوجين لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي بل أن أغلب التشريعات التي نظمت هذه التقنية تتطلب أن تكون موافقة الزوجين مكتوبة[2].

وباعتبار أن التلقيح الاصطناعي كعمل طبي يقع على الزوجة، فإن رضائها يبدو ضروريا ومنطقيا فالأعمال الطبية بوجه عام تقتضي قبل إجرائها موافقة المريض إذا كان هذا الأخير في ظروف تسمح له بإبداء موافقته، وإلا وجبت موافقة أسرته، ولا يخرج التلقيح الاصطناعي عن هذه القاعدة فهو وسيلة لعلاج العقم أو التغلب على آثاره يخضع - من ثم – لمقتضيات مهنة الطب[3].

على أساس ما تقدم فإن عملية التلقيح الاصطناعي لابد أن تحظى بموافقة الزوجين معا، ولا يجوز للزوج أن يفرض على الزوجة أن تحمل بطريقة اصطناعية، لكن في الواقع قد يحدث التلقيح دون علمها ودون موافقتها كأن يتم إجراء العملية تحت تأثير الإكراه المادي أو الأدبي أو عن طريق الغش والتواطؤ، فقد يكون الزوج عقيما ويرغب في الإنجاب لسبب ولآخر فيخفي عجزه عن زوجته، ويلجأ من ثم إلى الغش والخداع لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي[4].

---

1 - انظر في شروط رضا الزوجين بشأن عملية التلقيح الاصطناعي:

سيف إبراهيم المصاورة، "التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، دراسة مقارنة"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد الثاني، 2015، ص 506.

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 39، 42.

2 - راجع نص المادة (L2141) من قانون الصحة العامة الفرنسي، والمادة (6/13) من قانون الخصوبة وعلم الأجنة البريطاني لسنة 1990.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 39.

فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 106.

4 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 190، 191.

محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 107.

كما قد يستجيب الطبيب لرغبة الزوج ويقوم بإجراء العملية دون موافقة الزوجة، ومن الضروري أن نعلم ابتداء أن الإكراه - ماديا كان أو معنويا - لا يؤثر على نسب الطفل لأبويه فالطفل ابن لهما شرعا وقانونا، وعملية التلقيح الاصطناعي التي تمت تحت إكراه الزوجة لا تمنع نسب الطفل لأبويه في حالة حدوث الحمل نتيجة هذه العملية، هذا بالإضافة إلى أن الطفل لا ذنب له فيما حدث، إذ يستوي بالنسبة له أن يكون التلقيح قد تم بموافقة الزوجة أو تحت الإكراه[1]، لكن هل في الأمر جريمة يعاقب عليها الزوج والطبيب قانونا، وهل يمكن القول بوجود جريمة الاغتصاب في هذه الحالة؟

لقد ثار خلاف فقهي بشأن الفرض الخاص بالتلقيح المفروض على المرأة بالإكراه ويعتقد بعض الفقه أن ذلك يمكن أن يشكل جريمة اغتصاب[2].

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي عرف الاغتصاب في نص المادة 23/222 من قانون العقوبات الفرنسي بأنه: « ***كل إيلاج جنسي أيا كانت طبيعته يرتكب على شخص الغير بالعنف أو الإكراه أو التهديد أو المباغتة*** »، من خلال هذا النص يتبين أن المشرع الفرنسي بإدخاله عبارة "أيا كانت طبيعته" يكون قد استخدم مفهوما واسعا للاغتصاب حيث وسع من التجريم بأن أدخل كل نوع من أنواع الإيلاج الجنسي في مفهوم الاغتصاب[3].

لهذا يمكن أن نعتقد أن فعل تلقيح المرأة اصطناعيا دون موافقتها يشكل جريمة اغتصاب، إلا أن الفقه الجنائي الذي تناول هذه المسألة لا يتصور ذلك والحل الأكثر قبولا في نظره هو تكييف الفعل على أنه هتك العرض لأن هذه الجريمة من السعة بحيث تشمل تلك الصورة وإذا أخذنا بعين الاعتبار الإكراه سواء كان ماديا في صورة العنف أو التخدير، أو معنويا في صورة الغش والتدليس فإن الفعل يعد هتكا للعرض بالقوة أو التهديد ويعتقد هذا الفقه أنه من الأوفق أن تنشأ جريمة خاصة للتلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوجة[4].

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 41.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 191.

2 - علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 180.
علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي...، مرجع سابق، ص 8.

3 - راجع في ذلك: BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle..., op.cit, pp 41, 42.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 170.

4 - علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي...، مرجع سابق، ص 8.

وعليه ففي حالة إجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوجة فإنه لا يمكن القول بوجود جريمة اغتصاب، لأن الاغتصاب كما عرفه الفقهاء هو اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا كاملا دون رضا صحيح منها[1]، وهو ما لا يتوافر في التلقيح الاصطناعي والذي يقتصر على حقن النطفة بطريقة طبية في رحم المرأة[2].

أما بالنسبة لجريمة هتك العرض والتي يمكن تعريفها على أنها: « الإخلال العمدي الجسيم بحياء المجني عليه بفعل يرتكب على جسمه، ويمس في الغالب عورة فيه »[3].

كما عرف بعض الفقه هتك العرض بأنه فعل يستطيل إلى جسم الغير فيخل بحيائه العرضي إخلالا جسيما[4]. وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: « أن هتك العرض هو كل فعل مخل بالحياء يستطيل إلى جسم المجني عليه وعوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية، ولا يشترط لتوافره قانونا أن يترك الفعل أثرا بجسم المجني عليه »[5].

وحسب غالبية الفقه الفرنسي والفقه المصري فإنه يمكن القول بأن الطبيب الذي يجري عملية تلقيح اصطناعي على امرأة دون الحصول على موافقتها يعد مرتكبا لجريمة هتك العرض[6]، لأنه بإجرائه لهذه العملية قد أخل إخلالا جسيما بحياء المرأة، فعلى الرغم من أن هتك العرض لا يفترض اتصالا جنسيا كاملا بين الطبيب والمرأة إلا أنه يفترض لمس عورة شخص أو الكشف عنها، ويتمثل هذا الفعل في التلقيح الاصطناعي الذي قام بإجرائه في عورة المرأة ما أدى إلى المساس بشرفها وحصانة جسمها وحريتها، إذن ما ارتكبه هذا الطبيب يعد جريمة هتك العرض بالقوة أو التهديد[7].

---

1 - محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 447.

2 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 191.

3 - محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات...، مرجع سابق، ص 461.
طفياني مختارية، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 156.

4 - علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 178.

5 - حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 16 مارس 1970 مشار إليه عند: حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 191.

6 - DOLL Paul-Julien, La discipline…, op.cit, p 123.
BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 43.

7 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 143. =

بالتالي يمكن القول بتوافر الركن المادي لجريمة هتك العرض وهو قيام الجاني بالكشف عن عورة المجني عليها أو ملامستها وهو أمر متحقق في حالة تلقيح الزوجة تلقيحا اصطناعيا رغما عنها، إذ يترتب على ذلك كشف عورتها وملامستها بما يخدش حيائها[1].

ويسأل الطبيب عن هذه الجريمة طالما أنه يعلم بما يرتكب في حق الزوجة ولم يمتنع عن إجراء العملية، كما يسأل معه الزوج ويكون الطبيب في هذه الحالة فاعلا أصليا للجريمة والزوج شريكا فيها إذا اقتصر دوره على مجرد الاتفاق مع الطبيب على هذا الفعل، ومادام قد مكن الطبيب بذلك من الكشف عن عورة زوجته والمساس بحيائها العرضي[2].

ولاشك أن الطبيب إذا استخدم العنف على نحو أعدم فيه إرادة الزوجة يكون قد خرج عن منطقة الإباحة التي منحها له القانون من حيث سبب التدخل ومن حيث نطاقه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فلا شك أنّ ما فعله الطبيب خارج نطاق الإباحة لأنه يمثل إخلالا جسيما بحياء الزوجة وقع على جزء هو الأكثر الأجزاء عورة في جسمها، وكذلك الحال لو تم الفعل عن طريق الإكراه المعنوي[3].

يرى بعض شراح القانون[4] في مصر بأنه يجب مساءلة الطبيب عن جريمة الفعل الفاضح غير العلني والتي نصت عليه المادة 279 من قانون العقوبات المصري، إذ قضت بأنه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه كل من ارتكب مع امرأة أمرا مخلا بالحياء ولو في غير علانية، وهذه الجريمة تتطلب أن يكون المجني عليه امرأة وأن تكون غير راضية بالفعل وأن يكون بذاته غير مشروع، وعلة تجريم الفعل الفاضح غير العلني واضحة: فباعتباره يرتكب دون رضا المجني عليها فهو عدوان على حريتها الجنسية في معناها الشامل، فقد أكرهت على معاناة فعل له دلالة جنسية، وهو حسب

=محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 108.

إقروفة زبيدة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 15.

1 - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 97.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 56.

3 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 192.

4 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 57، 58.

المجرى العادي للأمور، وإن لم يكن ذلك في نية المتهم، يعد تمهيدا لأفعال أكثر فحشا، وهي من هذه الوجهة تقترب – دون أن تتماثل – من جريمة هتك العرض بالقوة أو التهديد[1].

كما يرى جانب من الفقه المصري[2] أنه يمكن أن يسأل الطبيب عن جريمة الفعل الفاضح العلني إذا ما أجرى هذه العملية – حتى ولو برضا المرأة – في حضور الغير مثلا.

أما على مستوى المسؤولية المدنية فإنّ الطبيب الذي أجرى عملية التلقيح الاصطناعي يعتبر مسؤولا مدنيا أيضا مع الزوج، وللزوجة الحق في الرجوع بالتعويض المالي على كل منهما[3]، فما من شك من مسؤولية الطبيب مدنيا، فالطبيب ملزم دائما بالحصول على الرضا المستنير للمريض قبل إجراء أية عملية أو علاج له، فالطبيب في هذه الحالة يكون قد أخل تماما بهذا الالتزام بما يستوجب مسؤوليته المدنية بغير جدال[4].

فرضية تلقيح الزوجة دون رضاها تطرح كذلك في القانون الجزائري، وفي ظل غياب نص تشريعي يجرم الفعل، فإنّ المسألة تستوجب الرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري، خاصة القسم السادس منه والمتعلق بانتهاك الآداب كمحاولة لإيجاد النص القانوني الذي يتماشى مع الفرضية المعروضة أمامنا، وبالرجوع إلى هذه النصوص وربطها مع التلقيح الاصطناعي دون رضا الزوجة نجد أن الفعل المخل بالحياء يعتبر أكثر قربا وتماشيا مع هذه الفرضية[5]، ويمكن تعريف الفعل المخل بالحياء استنادا إلى ما استقر عليه القضاء واتفق عليه الفقه كالآتي: كل فعل يمارس على جسم شخص آخر ويكون من شأنه أن يشكّل إخلالا بالآداب سواء كان ذلك علنية أو في الخفاء[6].

---

1 - محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات...، مرجع سابق، ص 482.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث...، مرجع سابق، ص 143.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 58.

3 - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 98.

4 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 192.

5 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 151.
بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009 – 2010، ص 129 وما بعدها.

6 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2015، ص 112.

تقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان وهي:

- فعل مادي منافٍ للحياء: يشترط في هذا الفعل أن يقع مباشرة على جسم الضحية سواء أكان أنثى أو ذكر وأن يخدش حيائها.

- استعمال العنف: يستوي في ذلك كما هو الشأن بالنسبة لجريمة الاغتصاب أن يكون العنف ماديا أو أدبيا أو باستعمال الخديعة أو المباغتة أو المكر فتكون الجريمة بمجرد انعدام رضا الضحية.

- القصد الجنائي: يجب أن تتصرف إرادة الجاني إلى الفعل ونتيجته فلا بتوافر القصد الجنائي إذا حصل الفعل المخل بالحياء عرضا[1].

وعليه يمكن القول أن تلقيح المرأة دون رضاها في القانون الجزائري يشكّل فعلا مخلا بالحياء، وذلك لأن الطبيب الذي يلقح الزوجة اصطناعيا دون رضاها سيؤدي إلى كشف عورتها وملامستها بما يخدش حيائها[2]، ويمكن مساءلة الطبيب على أساس نص المادة 335 الفقرة الأولى في قانون العقوبات الجزائري[3].

والجدير بالإشارة هنا أنه لا يمكن تطبيق نص المادة (336) من قانون العقوبات والتي تعاقب على جناية الاغتصاب[4]، لأن جريمة الاغتصاب وكما تم توضيحه سابقا أن من أركانها الرئيسية وقوع الاتصال الجنسي الكامل، وهو ما لا يتوافر في حالة التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوجة، ولقد عرّف القضاء الجزائري جريمة الاغتصاب على أنها: « مواقعة رجل لامرأة دون رضاها »، وهذا حسب مضمون قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة الجنائية في 19 ديسمبر 2013[5].

---

1 - راجع في ذلك: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي...، المرجع السابق، ص ص 112، 113.

2 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 151.

3 - تنص المادة 335 الفقرة الأولى من قانون العقوبات على ما يلي: « ***يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكر كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك*** ».

4 - نشير إلى أن المشرع الجزائري قبل تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 2014/02/04 كان يستعمل مصطلح هتك العرض للدلالة على جريمة الاغتصاب وهو مصطلح منتقد لعدم دقته.

5 - أشار إلى ذلك: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي...، مرجع سابق، ص 103.

يُستخلص مما سبق أنّ الرأي الراجح في الفقه الفرنسي والفقه المصري يعتبر قيام الطبيب بعملية التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوجة بأنه يعد مرتكبا لجريمة هتك العرض، وإذا أخذنا في الاعتبار الإكراه فإنّ الفعل يعد هتكا للعرض بالقوة أو التهديد.

إلا أنّ هذه المسألة تثير إشكالا قانونيا في التشريع الجزائري لأن المشرع الجزائري نص على شرط رضا الزوجين بشأن عملية التلقيح الاصطناعي في نص المادة (45) مكرر من قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه لم يجرم بنص خاص فعل تلقيح المرأة دون موافقتها كما أنه لم يحدد العقوبة المقررة في حالة مخالفة هذا الشرط كما فعلت بعض التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي[1]، وأمام صعوبة إيجاد التكييف القانوني الصحيح لهذا الفعل في ظل النصوص الحالية لقانون العقوبات الجزائري فإنّه يجب على المشرع الجزائري النص على تجريم فعل التلقيح الاصطناعي عندما يتم دون موافقة الزوجة بنص خاص[2]، وهذا تفاديا لأي إشكال وحتى لا يبقى القاضي في حيرة من أمره إذا وضع أمام الخيار بين النصوص القانونية في حالة ما إذا عرضت عليه قضية من هذا النوع[3].

ثانيا – حالة تخلف رضا الزوج:

إذا كان تخلف رضا الزوجة عند إجراء عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي واضحا ويمكن إثباته بسهولة خاصة إذا كان إكراها ماديا، فإنّ تخلف رضا الزوج لا يمكن تصور حدوثه باستعمال العنف والإكراه، بل نتصوره في إطار الإكراه المعنوي عن طريق التدليس والغش[4]، ولقد تناول جانب من الفقه الفرنسي مسألة مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي الذي يقع على خلايا تناسلية للزوجين بدون توافر علم وإرادة الزوج[5].

---

1 - راجع نص المادة (511) الفقرة السادسة من قانون العقوبات الفرنسي.

2 - عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 50.

3 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 152.

4 - النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 398.

محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 44.

فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 109.

5 - GUINAND (J), Le corps humain…, op.cit, p 166.

BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, pp 37, 40.

يحدث ذلك في حالات يمكن تصورها عملا كأن يلجأ الزوج إلى معمل لتحليل الخلايا التناسلية لأي سبب من الأسباب، فتتفق الزوجة مع الطبيب المختص على احتجاز بعض منها حتى يتم تلقيحها بخلاياه التناسلية إما مباشرة داخل الجسم أو خارجه[1].

هذا التلقيح الذي يتم إجرائه دون موافقة الزوج يثير التساؤل حول المسؤولية القانونية للطبيب والزوجة[2]، فما مدى مسؤولية الطبيب والزوجة في هذه الحالة؟

اتجه جانب من الفقه إلى القول بعدم مشروعية هذا الإجراء، لأن التلقيح الاصطناعي في هذه الحالة يتم بناء على غش وخداع بين الزوجين مما قد يبرر الطلاق، وقد تتوافر المسؤولية المدنية في مواجهة الطبيب نظرا للأضرار الأدبية والمالية التي قد تصيب الزوج نتيجة لهذا التصرف ولا يصل الأمر إلى حد المسؤولية الجنائية حسب أنصار هذا الاتجاه[3].

إلا أن هناك اتجاه آخر يرى عكس ذلك، فحسب بعض شراح القانون في فرنسا، فإن التلقيح الاصطناعي الذي يتم دون موافقة الزوج يرتب كذلك المسؤولية الجنائية، وهذا يثير التساؤل حول التكييف القانوني للجريمة الواقعة في هذه الحالة، هل هي جريمة سرقة أم جريمة خيانة الأمانة، وما هو دور الزوجة في هذه الجريمة؟

مصدر الصعوبة هنا تتعلق في الأساس بالتكييف القانوني للسائل المنوي، هل هو جزء من جسم الإنسان أم أنه شيء؟ فالإجابة عن الأسئلة السابقة متوقف على هذه المسألة، وفي هذا الصدد اختلفت الآراء حول تحديد طبيعة الخلايا التناسلية سواء بالنسبة للرجل أو المرأة.

---

1 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 280، 281.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 59.

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 248، 249.

2 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 37.

3 - GUINAND (J), Le corps humain…, op.cit, p 166.

إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 281.

محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص 108.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 59.

رأينا فيما سبق أن الفقه يفرق من حيث محل التبرع بين الأجزاء المتجددة والأجزاء غير المتجددة من جسم الإنسان، وفي ضوء هذه التفرقة فإن السائل المنوي وما في حكمه يعتبر - دون شك – من الأجزاء المتجددة فهو يتجدد بطريقة طبيعية وهو من هذه الناحية كالدم تماما كلاهما يتجدد تلقائيا، فالسائل المنوي لا يعتبر عضوا من أعضاء جسم الإنسان وإنما يعتبر من منتجاته كالشعر واللبن[1]، ولكن هذه المنتجات يمكن أن تنفصل عن جسم الإنسان وفي هذه الحالة هل تعتبر أشياء بحتة أم لا[2]؟

إذا كان السائل المنوي، وما في حكمه من منتجات جسم الإنسان كالشعر واللبن مثلا، فقد يقال بخضوعه لذات الأحكام المتعلقة بمنتجات جسم الإنسان عموما[3]، فمصيرها من ناحية واحد والمتمثل في التخلص من الزيادة وانعدم من ثم فائدتها بالنسبة لجسم الإنسان[4]، فالرضاعة، والحصول على بعض الشعر والسائل المنوي ليس من شأنه الإضرار بالجسم، ولا يؤثر على بقاء الإنسان، ومثل هذه المنتجات وإن كانت في خدمة الشخص نفسه، إلا أنها يمكن أيضا أن تحقق مصلحة الغير فوظيفتها إذن مزدوجة، خدمة صاحبها وترضية الآخرين وحكمها من ثم واحد: فهي أشياء يمكن التصرف فيها بمقابل أو بدون مقابل، فهي بطريقة ما ثمار لجسم الإنسان مصيرها الانفصال عنه ومن ثم فهي أشياء يمكن التعامل فيها[5]، ويمكن القول أن القانون بدأ يدخل منتجات جسم الإنسان في دائرة الأشياء[6]، ولهذا ذهب بعض شراح القانون في فرنسا إلى اعتبار التلقيح الاصطناعي الذي يتم إجرائه دون موافقة الزوج بأنه يشكل جريمة سرقة إذ أن السائل المنوي يعتبر كشيء تم تحويله لممارسة عمل طبي وحسب أنصار هذا الرأي فإن الطبيب يعد فاعلا أصليا أما الزوجة فإنها تعتبر شريكة

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 273، 275.

2 - راجع في ذلك: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 22.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 40.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 275.

4 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 301.
بن النوي خالد، ضوابط مشروعية...، مرجع سابق، ص 20.

5 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 275.

6 - حسام الدين كامل الأهواني، نحو نظام قانوني...، مرجع سابق، ص 37.

في هذه الجريمة[1].

في الواقع يصعب الأخذ بهذا الرأي، لأن صلة كل ما سبق بالجسم يحول دون اعتبارها شيئا وذلك بخلاف الشعر الذي ينفصل عن جسم الإنسان فقد يعد شيئا[2]، فالسائل المنوي صحيح أنه يعتبر من منتجات جسم الإنسان، ولكن لا يخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها منتجات جسم الإنسان بوجه عام، فالشعر مثلا هو من منتجات جسم الإنسان، له غاية جمالية بحتة، ومن ثم يمكن القول دون صعوبة لخضوعه للقواعد العامة للعقود الخاصة بالمنقولات عموما[3]، أما السائل المنوي فغايته هي خلق الإنسان ذاته إذ أن بداية خلق الإنسان هي النطفة المذكرة والنطفة المؤنثة، واختلاطهما معا (عندما يلقح الحيوان المنوي البويضة) يؤدي إلى تكوين النطفة الأمشاج وهذا يوضح أن المنتجات ذات الوظيفة الجمالية تختلف عن المنتجات ذات الوظيفة الوراثية ويصعب بالتالي القول بأن السائل المنوي من الأشياء[4].

هذا ما أكد عليه حكم محكمة (Créteil) في حكمها الصادر بتاريخ 01 أوت 1984 في قضية (Parpalaix) والتي أشرنا إليها سابقا، فنجد أن هذه المحكمة قد أشارت إلى أن العقد المبرم بين الزوج ومركز حفظ السائل المنوي ليس عقد وديعة بالمعنى المفهوم في القانون المدني والمنظم بالمواد 1915 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، ذلك أن العقد موضوع الدعوى لم يتضمن شيئا من الأشياء الداخلة في دائرة المعاملات ولكنه تضمن مادة تحتوي على بذرة الحياة الإنسانية المخصصة للإنجاب والتناسل هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أشارت المحكمة إلى أنه لا يمكن أن ينطبق على هذا العقد القانون الفرنسي الصادر في 22 ديسمبر 1976 والخاص بتنظيم عمليات نقل الأعضاء، وذلك لاختلاف طبيعة ماء الرجل (الخلايا التناسلية) عن الأعضاء البشرية المقصودة في ذلك القانون، فهذا الماء ليس عضوا من أعضاء جسم الإنسان كما تصورها القانون المشار إليه، ومن هنا قررت المحكمة

1 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 38.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 22.

3 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 299، هامش رقم 2.

4 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 275، 276.

أن العقد موضوع الدعوى هو عقد من طبيعة خاصة بين صاحب الشأن والمركز، لم ينظمه المشرع من قبل لأنه لم يكن قد ظهر بعد وتتبع هذه الخصوصية من طبيعة محل العقد فضلا عن أن هذا العقد يتضمن التزاما على المركز بأن يحافظ على المادة المذكورة وأن يردها لصاحبها عند الطلب أو أن يسلمها لمن يعين لاستلامها[1].

يتضح من خلال الحكم أن هذا السائل المنوي ليس من الأشياء الداخلة في دائرة المعاملات لأنه مادة تحتوي على بذرة الحياة الإنسانية المخصصة للإنجاب والتناسل، كما أنه لا يمكن اعتباره من أعضاء جسم الإنسان، وبالتالي نصل إلى القول أن السائل المنوي يحتوي على نواة الحياة[2].

فلهذا يرى بعض شراح القانون في فرنسا[3] أن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوج لا يمكن أن يشكل جريمة سرقة لأن السائل المنوي لا يمكن اعتباره مالا منقولا أو شيء، وإذا أخذنا بعين الاعتبار ما جاء في حكم محكمة (Créteil) التي لم تعتبر أن السائل المنوي شيئا من الأشياء الداخلة في دائرة المعاملات وهذا ما أكدت عليه كذلك محكمة (Toulouse) في حكمها الصادر سنة 1991[4]، فإنه حسب هذا الرأي يجب اعتبار إجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوج بأنه يشكل جريمة خيانة الأمانة[5].

يرى في هذا الصدد جانب من الفقه المصري[6] أن الخلايا التناسلية وإن كانت لا تصلح كقاعدة عامة لكي تكون من الأشياء التي تدخل في نطاق المعاملات المالية والتجارية، إلا أنها لا تختلف عن أعضاء وأنسجة الجسم الأخرى، فإذا تم تسليمها إلى جهة

1 - حول مضمون هذا الحكم راجع:
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 219، 221.
فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص ص 189، 197.

2 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 276.

3 - راجع في ذلك: BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle..., op.cit, pp 39, 40.

4 - حول هذا الحكم راجع: حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 223، 229.

5 - وهي الجريمة المنصوص عليها في نص المادة 314 من قانون العقوبات الفرنسي.

6 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 282.

أو شخص معين لأغراض محددة وجب الالتزام بهذه الأغراض، فإذا تم الاستيلاء عليها فقد تتوافر جريمة السرقة وخيانة الأمانة حسب الأحوال.

إلا أن جانبا آخر من الفقه المصري[1] يرى أنه بالنسبة للشق الجنائي في الموضوع، فإنّه يصعب إدراج هذه الأفعال تحت هيمنة النصوص الموجودة سلفا، وذلك لطبيعتها الخاصة، والجديدة على الحقل القانوني، فليس من السهل إدراج سرقة البويضات المخصبة والنطف البشرية المحفوظة تحت نص المادة 311 من قانون العقوبات المصري، التي تنص على أن « ***كل من اختلس منقولا مملوكا لغيره فهو سارق*** »، فالسرقة هي اعتداء على ملكية منقول وحيازته بنية تملكه، إذن فموضوعها هو مال منقول فأين ذلك هنا؟ فالذمة الجينية في صورتها البسيطة ليست مالا.

بعد عرض مختلف الآراء المتعلقة بمسألة إجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوج نؤكد على أن هذا الفعل قد يستوجب المسؤولية المدنية للطبيب نظرا للأضرار الأدبية والمالية التي قد تصيب الزوج نتيجة القيام بهذا الفعل، أما على مستوى المسؤولية الجنائية فإنه يصعب القول بتوافرها في هذه الحالة فلا يمكن القول بوجود جريمة سرقة[2] في هذه الحالة لأن السائل المنوي لا يمكن اعتباره من الأشياء الداخلة في دائرة المعاملات، كما أنه لا يمكن القول بوجود جريمة خيانة الأمانة في هذه الحالة[3]، ولهذا نؤيد الاتجاه الفقهي الذي يرى أن التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوج قد يرتب المسؤولية المدنية للطبيب ولا يصل الحد إلى المسؤولية الجنائية، لأن هذه الأفعال تفلت من قبضة النصوص الجنائية الحالية.

---

1 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 653.

2 - لقد عرفت المادة 350 الفقرة الأولى من قانون العقوبات جريمة السرقة كما يلي: « ***كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج*** ».

3 - لقد نص المشرع الجزائري على جريمة خيانة الأمانة في نص المادة (376) من قانون العقوبات الجزائري وتتطلب هذه الجريمة توافر ثلاثة أركان: الركن المادي، والذي يتكون من ثلاثة عناصر: الاختلاس أو التبديد، محل الجريمة ويجب أن يكون شيئا منقولا ذا قيمة مالية، بالإضافة إلى عنصر تسليم الشيء، الركن المعنوي، والضرر. راجع في ذلك: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي...، المرجع السابق، ص 399 وما بعدها.

أما على مستوى إثبات النسب فإنه في حالة استخدام الطبيب السائل المنوي للزوج في تلقيح الزوجة دون موافقته وأثمرت هذه العملية عن طفل فلا يستطيع الزوج في هذه الحالة أن ينكر نسب هذا الطفل طالما أن شروط النسب بالفراش قد توافرت، فالطفل من صلبه ومن ثم فدعوى إنكار النسب تغدو غير مقبولة[1].

نظرا لخطورة فعل الطبيب والزوجة يرى البعض[2] ضرورة تجريم هذه الحالة سواء بالنسبة للطبيب أو الزوجة، باعتبارها جريمة مستقلة نشاطها المادي يتجسد في قيام الطبيب بتلقيح الزوجة اصطناعيا بالسائل المنوي للزوج دون رضاه، لما ينطوي عليه ذلك من غش وخداع من قبل الطبيب للزوج الذي أئتمنه وسمح له بالحصول على السائل المنوي لغرض آخر، وكذلك من قبل الزوجة التي أذنت للطبيب بذلك دون رضا زوجها.

الفرع الثاني

تخلف شرط الرضا في التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير

رأينا سابقا عدم مشروعية إجراءات التلقيح الاصطناعي التي تتم عن طريق الاستعانة بخلايا تناسلية من متبرع سواء بالنسبة للنطفة الذكرية أو الأنثوية على حد سواء، ولكن قد يلجأ أحد الزوجين إلى تقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير دون علم وموافقة الطرف الآخر، فقد يحدث دون علم وموافقة الزوجة (أولا)، كما قد يحدث دون علم وموافقة الزوج (ثانيا).

أولا – عدم موافقة الزوجة على إجراء التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير:

إنّ الزوج قد يبالغ في غشه وخداعه، ويطلب من الطبيب إجراء عملية تلقيح اصطناعي باستخدام سائل منوي لرجل آخر، موهما زوجته بأنه سائله المنوي وذلك لكي يخفي عقمه الدائم والمزمن[3] في الحقيقة إن هذه الفرضية نادرة الحدوث إلا أنها تبقى

1 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 189، 190.

2 - محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص 108.

3 - محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 109.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 42.

فرضية موجودة، وهذا الفعل لا يمكن أن يشكل أية جريمة في القوانين التي لا تمنع اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير كالتشريع الفرنسي، إلا أنه بالنسبة للتشريعات الأخرى خاصة في الدول الإسلامية فإن اللجوء إلى هذه التقنية محرم تماما وهناك احتمال أن يشكل هذا الفعل جريمة يعاقب عليها القانون[1].

ففي الفرضية المعروضة أمامنا فإن الزوج قد يلجأ إلى استعمال القوة والضغط على زوجته وإكراهها على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، فيتم حينئذ التلقيح بنطفة رجل آخر غير الزوج[2]، وفي هذه الحالة يثار التساؤل عن الجريمة التي تكونها واقعة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير ولكن دون موافقة الزوجة؟.

إن الفرضية المعروضة أمامنا تعتبر أخطر بكثير من الفرضيات السابقة لأن الطفل لا ينسب للأب من الناحية البيولوجية فهو إذن ابن غير شرعي لكن الزوج يعلم بذلك قبل التلقيح ووافق عليه بل وسعى إليه وتم كل شيء بعلمه وإرادته وأخفى ذلك غشا على زوجته فالزوجة هي الأم والزوج ليس أبا حقيقيا بإرادته هو دون إرادة الزوجة[3].

ذهب البعض[4] إلى القول بوجوب مسؤولية الطبيب إذا قام بإيهام الزوجة بأن السائل المنوي من زوجها وهو في الحقيقة لشخص آخر باعتباره فاعلا أصليا للجريمة حتى ولو تم ذلك بعلم الزوج لأن رضا هذا الأخير لا يحمي عيوب الإرادة التي شابت رضا الزوجة كما يجب مساءلة الزوج عن هذه الجريمة باعتباره شريكا، كما يمكن القول كذلك بوجوب مساءلة الطبيب الذي أجرى هذه العملية للزوجة بدون رضاها عن جريمة هتك العرض بالقوة أو التهديد ومساءلة الزوج كذلك باعتباره شريكا في الجريمة.

في الواقع يصعب إيجاد التكييف القانوني الصحيح للفعل الذي قام به الزوج والطبيب (تلقيح الزوجة بنطفة رجل أجنبي) لأن النصوص القانونية الحالية في قوانين العقوبات لا

---

1 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 44.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 63.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 42، 43.

محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 109.

4 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 63، 64.

تعالج مثل هذه الحالات، لهذا يجب على جميع الدول الإسلامية أن تقوم بتجريم هذا الفعل الذي يخالف الشرع والقانون بمعاقبة الطبيب وكل من يشارك في إجراء عملية تلقيح اصطناعي لامرأة بنطفة رجل أجنبي.

لكن هل يستطيع الزوج، بعد كل ذلك أن ينكر نسب الولد إليه؟ لا ريب أن الطفل ليس من صلبه، فالزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل، لكنه كان يعلم كل ذلك من البداية ووافق عليه بكامل اختياره، وموقف الزوج في هذه الحالة قد يفسر على أنه إقرار نسب الولد إليه قبل ولادته (إقرار ضمني)، فإن أقره ليس له أن ينكره أخرى، لكن قد يعدل الزوج من موقفه ويرغب في إنكار نسب الولد بعد ولادته مباشرة، لا ريب أن الزوج يستطيع بسهولة إثبات أن الطفل ليس ابنه الحقيقي، وبالتالي فدعوى الإنكار ستؤدي حتما إلى نفي نسب الطفل[1].

ثانيا – عدم موافقة الزوج على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير:

رغبة منها في الحصول على طفل قد تتفق الزوجة مع الطبيب على أن يجري لها تلقيحا اصطناعيا بنطفة رجل غير زوجها، ولكن بغير علم وموافقة الزوج، والسؤال الذي يثور هنا هل تعتبر هذه الواقعة مكونة لجريمة الزنا[2]؟

بالنسبة لجريمة الزنا في هذه الحالة قد يقال بتوافرها على أساس أنه قد وقع انتهاك لجسم الزوجة بإقدامها على إجراء عملية التلقيح دون علم الزوج وبنطفة رجل أجنبي عنها[3].

لكن هذا القول غير صحيح لأن جريمة الزنا تقتضي شرعا وقانونا وجود اتصال جنسي بين الزوجة ورجل آخر غير الزوج[4]، الأمر الذي لا يتوافر في الفرضية المعروضة أمامنا ومن ثم ليس للزوج أن يلاحق زوجته بدعوى جريمة الزنا، وليس له سوى أن يطالب بتطليق الزوجة لارتكابها خطئا جسيما، أو إهانة خطيرة[5]، فالتلقيح بهذه الطريقة وإن كان يؤدي إلى

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 43.
طفياني مختارية، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 157.

2 - راجع في ذلك: DOLL Paul-Julien, La discipline…, op.cit, p 123.
محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 111.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 45.

4 - وقد ذهبت دار الإفتاء المصرية في الفتوى الصادرة عام 1980 والتي سبق الإشارة إليها إلى القول بأن الطبيب الذي يساعد بعلمه وعمله على إجراء هذا النوع من التلقيح يكون آثما وكسبه حرام.

5 - فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص ص 110، 111.

ضياع الأنساب واختلاطها كالزنا تماما لكنه يفتقد العنصر الجوهري الذي لا تقام جريمة الزنا بدونه، كما أن التلقيح في هذه الحالة لا يعتبر مكونا لجريمة الاغتصاب[1].

والواقع أن كافة الصعوبات التي عرضناها ترجع بالدرجة الأولى إلى غياب تنظيم تشريعي متكامل للتلقيح الاصطناعي بين الزوجين من حيث أحكامه وآثاره، والأفضل أن يتدخل المشرع وأن ينص على ضرورة موافقة كل من الزوجين موافقة صريحة ومكتوبة، وليس هناك ما يمنع أن تكون الموافقة في شكل رسمي أمام الموثق مثلا: كما يجب أن يتدخل المشرع لينص على اعتبار التلقيح الاصطناعي دون موافقة الطرف الآخر جريمة خاصة يعاقب عليها القانون[2]، نظرا لما يتضمنه التلقيح الاصطناعي دون رضا الزوجين من خروج عن مقتضى الأخلاق والشرع والقانون[3].

والجدير بالذكر هو أن بعض التشريعات المقارنة ذهبت إلى تجريم التلقيح الاصطناعي دون رضا أحد الزوجين كالتشريع الفرنسي بموجب المادة (511-6) من قانون العقوبات الفرنسي التي نصت على معاقبة كل من يقوم بجمع أمشاج شخص على قيد الحياة أو أخذها دون الموافقة المكتوبة بالسجن لمدة خمسة سنوات وغرامة تقدر بـ (75000) أورو[4]، كما نصت المادة (511-16) من هذا القانون على عقوبة السجن لمدة سبع سنوات وغرامة مقدارها (100.000) أورو على كل من يحصل على الأجنة (اللقائح الآدمية) دون التقيد بالشروط المنصوص عليها في الفقرتين (5، 6) من المادة (L2141) من قانون الصحة العامة[5].

وعليه نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد تناول بالتجريم كافة مراحل التلقيح الاصطناعي التي تتم دون رضا أطرافه فميز بين فعل جمع الأمشاج والحصول على الأمشاج الملقحة

1 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 60.

2 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 45.

3 - عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 55.

4 - « ***Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende*** » art. 511-6 de code pénal.

5 - « ***Le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévue aux article L.2141-5 et L.2141-6 du code de la santé publique et puni de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende*** » Art. 511-16 de code pénal.

وهذا دليل على اتساع نطاق الحماية الجنائية لمشتقات ومنتجات جسم الإنسان في القانون الفرنسي[1].

ومن التشريعات العربية التي جرمت التلقيح الاصطناعي دون موافقة الزوجين أذكر القانون التونسي رقم (93) المؤرخ في 07 أوت 2001 والمتعلق بالطب الإنجابي[2]، فبعد أن بيّن المشرع التونسي المقصود بالطب الإنجابي إذ عرّفه بأنه الأعمال الطبية الداخلة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب[3]، انتقل من بعد ذلك إلى تحديد شروط التلقيح الاصطناعي، إذ نص على أنه لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بواسطة شخصين متزوجين، وعلى قيد الحياة، وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط، وأن يكونا في سن الإنجاب[4]، كما اشترط الحضور الشخصي للزوجين المعنيين وبعد الحصول على موافقتهما الكتابية[5]، لينص بعد ذلك على تجريم التلقيح الاصطناعي في الفصل (31) منه إذا تم دون رضا أحد الزوجين، وكذلك إذا تم بين أحد الزوجين أو متبرع، إذ ورد فيه ما يلي: « ... ***ويعاقب كل مخالف لأحكام الفصل 4، 5... من هذا القانون بخمس سنوات سجنا وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين*** ».

المطلب الثاني

عدم إتباع الأصول العلمية

من المستقر عليه في الفقه والقضاء أن من أهم شروط مشروعية العمل الطبي أن يكون في حدود القواعد والأصول الطبية التي يعترف بها علم الطب والجراحة، ولكن قد يهمل الطبيب ذلك ويقع منه خطأ سواء في مرحلة الفحص أو التشخيص أو العلاج، وخطأ الطبيب ليس كخطأ الشخص العادي لما ينطوي عليه من طبيعة فنية وتعقيد علمي معين

1 - سيف إبراهيم المصاورة، "التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي..."، مرجع سابق، ص 512.

2 - قانون رقم 93 لسنة 2001 مؤرخ في 7 أوت 2001، يتعلق بالطب الإنجابي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، لسنة 144، ص 2573.

3 - راجع الفصل الأول الفقرة الثانية من القانون نفسه.

4 - راجع الفصل الرابع من القانون نفسه.

5 - راجع الفصل الخامس من القانون نفسه.

فبالتالي يجب معرفة ماهية الخطأ الطبي ومعياره (الفرع الأول) والسؤال الذي يثور هنا هل يحاسب الطبيب على هذا الخطأ مهما كان نوعه، جسيما أو يسيرا؟ فيجب كذلك تحديد الخطأ الذي يصلح أساسا للمسؤولية الطبيب (الفرع الثاني) بالإضافة إلى تحديد مسؤولية الطبيب عن الخطأ الذي يرتكبه في مجال تقنية التلقيح الاصطناعي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

ماهية الخطأ الطبي ومعياره

الخطأ بصفة عامة شرط ضروري لقيام المسؤولية، بل وعليه يتوقف وجودها[1]، وكذلك فمسؤولية الطبيب تستوجب مثل هذا الخطأ وإثباته، ويجب أن نقدم تعريف للخطأ الطبي (أولا)، ثم يجب معرفة المعيار الواجب اتباعه لبيان ما إذا كان التصرف المنسوب إلى الطبيب يعتبر خطأ أم لا (ثانيا).

أولا – تعريف الخطأ الطبي:

يمكن تعريف الخطأ الطبي[2] على أنه كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعرف عليها نظريا وعلميا وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب عن

1 - نشير إلى أن الفقه وضع عدة تعاريف للخطأ بالمعنى العام، ونجد أن الفقيه ريبر (Ripert) ذهب إلى القول أنه لا يوجد تعريف غير مقبول للخطأ بل ليس في الإمكان السعي إلى مثل هذا التعريف، ولكن ثقل المجهود يجب ألا يثنينا عن حمله، ويعرّفه الفقيه SAVATIER بأنه: « إخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته »، ويعرّفه الرأي الراجح بأنه إخلال شخص بواجب قانوني مع علمه بذلك. حول هذا الموضوع انظر:
سي يوسف زاهية حورية، "الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2008، ص 60.

2 - يذهب البعض إلى القول بخطأ الطبيب بدلا من الخطأ الطبي باعتبار ذلك أكثر دلالة على المعنى المقصود من المسؤولية، حيث يفهم من تعبير الخطأ الطبي أنه مرتبط بالأعمال الطبية فقط بصرف النظر عن صفة مرتكبه، أما تعبير خطأ الطبيب فيركز الاهتمام على مرتكبي الخطأ، ويفيد مباشرة أن الخطأ ينسب إلى شخص بمقتضى صفته كطبيب، ومن ثم يعتبر أكثر دلالة وشمولا للمعنى المقصود من تعبير الخطأ الطبي، راجع في ذلك:
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 382.
افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 273.

فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض[1].

ويشمل هذا التعريف ثلاثة عناصر وهي:

- مخالفة الطبيب للقواعد والأصول الطبية وقت تنفيذ العمل الطبي.
- الإخلال بواجبات الحيطة واليقظة.
- توافر العلاقة النفسية بين إرادة الطبيب والنتيجة الجسيمة، وأشرح هذه العناصر على النحو التالي:

1 – مخالفة الطبيب للقواعد والأصول الطبية:

تقتضي دراسة هذا العنصر بيان ماهية الأصول والقواعد الطبية، والتي أشار إليها المشرع الفرنسي ضمنيا في المادة (63) من قانون أخلاقيات مهنة الطب رقم 506-79 والصادر في 28 جوان 1979، حينما نص على أن الطبيب يجب دائما أن يضع تشخيصه بعناية أكثر وأن يستخدم في كل إجراء يقوم به الطرق الأكثر تخصصا ودقة ووضوحا[2].

ومن المتفق عليه فقها وقضاءً أن المقصود بالأصول الطبية في علم الطب هي تلك الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها بين أسرة الأطباء نظريا وعمليا، والتي يجب أن يلم بها الطبيب وقت تنفيذه للعمل الطبي[3]، فيجب على الطبيب أن يلجأ إلى اتباع الوسائل الطبية الحديثة والتي تتفق مع التطور العلمي، فإذا استعمل وسائل بدائية تخالف التطور العلمي يكون قد أخطأ، ويسأل عن فعله الذي أصاب الغير بضرر، كما له حرية اختيار الوسيلة المناسبة لحالة المريض والتي تعطي نتائج وشفاء أكبر، فالطبيب الذي يستخدم

---

1 - راجع في ذلك:

أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 225.

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 240.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 382.

2 - سي يوسف زاهية حورية، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 64.

3 - أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 225.

طريقة مهجورة في العلاج يعتبر مخطئا، كذلك الطبيب الذي يجهل المبادئ الأولية في تشخيص المرض، أو استخدام طريقة غير تقليدية وغير معروفة يعتبر مخطئا[1].

2 – الإخلال بواجبات الحيطة والحذر:

من المتفق عليه أن القانون أو العرف أو الخبرة الإنسانية تكون مصدرا لواجبات الحيطة واليقظة والواجب القانوني يشمل كل ما يقرره القانون بمختلف فروعه وكذلك ما تفرضه اللوائح من واجبات مثال ذلك قانون مزاولة مهنة الطب واللوائح المنظمة لها[2]، فالمقصود بالواجبات القانونية هي تلك الأوامر التي توجهها الدولة إلى رعاياها وتلزمهم بإتباعها والإخلال بواجبات الحيطة في المجال الطبي هو خروج الطبيب عن إتباع مثل هذه القواعد[3].

3 – توافر العلاقة النفسية بين إرادة الطبيب والنتيجة الجسيمة:

يمكن اعتبار هذا العنصر من أهم العناصر المكونة للخطأ الطبي، بحيث لو لم يترتب عن خطأ الطبيب نتائج جسيمة كالضعف الصحي العام أو عاهة مستديمة أو الوفاة لا تقوم مسؤولية الطبيب عن جريمة غير عمدية، إذ لا يعاقب القانون على السلوك في ذاته إلا إذا أفضى إلى نتيجة إجرامية معينة، ومن ثم كان واجبا أن تتوافر صلة تجمع بين إرادة الطبيب والنتيجة الجسيمة (عاهة مستديمة، وفاة) وبغير هذه الصلة لا يكون هناك محل لعقاب الطبيب عن حدوث النتيجة الإجرامية[4].

ثانيا - معيار الخطأ الطبي:

إن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو من حيث المبدأ التزام ببذل عناية،

---

1 - أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب تجاه المريض دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2013، ص ص 28، 29.

مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 276، 277.

منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 149، 153.

2 - أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 228.

3 - سي يوسف زاهية حورية، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 65.

4 - أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 229.

ويتلخص مضمون هذا الالتزام في بذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية فالإخلال بمثل هذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب فالخطأ الطبي هو تقصير في مسلك الطبيب[1]، لكن ما هو معيار ذلك التقصير؟

تفرقت الآراء الفقهية بشأن المعيار الواجب إتباعه لبيان ما إذا كان التصرف المنسوب إلى الطبيب يعتبر خطأ أم لا، فيرى البعض وجوب الأخذ بالمعيار الشخصي في حين يفضل البعض الآخر المعيار الموضوعي[2] وأشرح ذلك على النحو التالي:

1 – المعيار الشخصي:

مقتضى هذا المعيار هو وجوب النظر إلى الشخص المخطئ وظروفه الخاصة ومقارنة ما صدر منه من تصرف مشوب بشبهة الخطأ بما اعتاد عليه من تصرف وعناية في مثل الظروف الواقعة، فإذا تبين أن التصرف أو السلوك موضوع الاتهام أقل دقة وعناية مما اعتاده في مثل هذه الظروف وأنه كان يستطيع في أحواله العادية أن يتجنب الفعل الضار المنسوب إليه اعتبر مقصرا[3].

إعمالا بهذا المعيار فإنه يتعين قياس مسلك الطبيب ومدى انحرافه، النظر إلى شخصية الطبيب والاعتداد بحالته الصحية والعقلية والنفسية وكذا كافة الظروف اللصيقة بشخصيته مثل سنه ومستواه التعليمي ودرجة ذكائه وثقافته وبيئته...، إذ ليس بمستساغ أن نطالب إنسان بقدر من الحيطة والذكاء يفوق إمكانات ملكاته ويتجاوز ما قد تتحمله

1 - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 399828، بتاريخ 23 جانفي 2008، سبقت الإشارة إليه.

2 - راجع في ذلك: شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 241، 242.
منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 291 وما بعدها.
محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص ص 16، 19.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 65، 67.

3 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 241.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 66.

ظروفه الاجتماعية[1].

يعاب على المعيار الشخصي أنه يستلزم البحث في ظروف وأحوال كل طبيب على حدة ومراقبة تصرفاته وأحواله وهذا أمر يتعذر بلوغه في الحياة العملية، أضف إلى ذلك أن هذا المعيار يجعل من فكرة الخطأ فكرة شخصية بحتة، إذ يمكن لطبيبان أن يسلكا نفس السلوك ويقومان بنفس التصرف ويكونان في نفس الظروف إلا أن الخطأ يسند إلى أحدهما دون الآخر، ومن اعتاد اليقظة والتبصر سأل عن أقل هفوة يرتكبها ومن اعتاد التقصير أفلت من ذلك، بعبارة أخرى يؤدي إلى مكافئة من اعتاد التقصير بعدم محاسبته عن تقصيره ومجازاة من أعتاد التقصير بعدم محاسبته عن تقصيره ومجازاة من اعتاد اليقظة على أقل هفوة يهفوها[2].

2 – المعيار الموضوعي:

قوام المعيار الموضوعي الشخص المعتاد الذي يلتزم في تصرفاته قدرا متوسطا من الحيطة والحذر والذي يمارس نشاطه بعناية رب الأسرة الحريص ويتحدد هذا الشخص المعتاد بشخص متوسط العناية والحذر والحيطة ينتمي إلى المجموعة الاجتماعية نسفها أي المجموعة البيئية أو المهنية التي ينتمي إليها المتهم[3].

وإذا كان المعيار الموضوعي يؤدي إلى عدم الاعتداد بالظروف الداخلية للشخص موضع المسؤولية كقدراته الشخصية ودرجة يقظته وظروف سنه وتعليمه وصحته، إلا أنه ينبغي مع ذلك الأخذ في الحسبان بالظروف الشخصية التي تحيط بالشخص وقت حدوث الفعل، أي أن القاضي يقدر الخطأ الطبي على أساس السلوك الذي ينبغي أن يصدر من الطبيب موضع المسؤولية على ضوء الظروف المحيطة به، وذلك مثل مدى خطورة حالة

1 - بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة -، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2010 – 2011، ص 57.

2 - فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 180.
محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 18.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 66.
عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 61.

المريض وما يتطلبه ذلك من إسعافات سريعة وإمكانيات خاصة قد تكون متوفرة، أو إجراء العلاج في مكان بعيد لا توجد به معونة طبية[1].

ويتفق القضاء سواء في فرنسا أو في مصر فيما ذهب إليه من تقدير خطأ الطبيب وفقا للمعيار الموضوعي، وعلى ذلك فإنّ معيار الخطأ الطبي هو الاعتماد في تقدير خطأ الطبيب على مسلك الطبيب العادي، والذي يفترض فيه أنه مثال الطبيب اليقظ دون إغفال الظروف الخارجية التي تحيط بالطبيب المسؤول[2].

تطبيقا لهذا الاتجاه فقد قضت محكمة النقض المصرية بما يلي: « إنّ التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أنّ العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت درجة جسامته »[3].

عبرت كذلك المحكمة الإدارية المصرية عن هذا الاتجاه بقولها: « المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في مسؤولية الطبيب لا تقوم على الالتزام بتحقيق غاية هي شفاء المريض إنما الالتزام ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه، وواجبه في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ في مستواه المهني علما ودراية في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول أثناء ممارسته لعمله، ملحوظا في ذلك كله تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة، فإذا انحرف الطبيب عن أداء هذا الواجب فعندئذ يعد انحرافه خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض »[4].

---

1 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص ص 18، 19.
سي يوسف زاهية حورية، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 62.

2 - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 291.

3 - نقض مدني مصري، جلسة 21 ديسمبر 1971، مجموعة الأحكام، السنة 22، ص 1062، عن: عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 157.

4 - المحكمة الإدارية العليا، جلسة 16 مارس 1989، الطعن رقم 572، مجموعة الأحكام، السنة 85، عن: منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 292.

يتضح مما سبق أن المعيار الذي يستقر عليه القضاء في تحديد مسؤولية الطبيب يرتكز على ثلاثة أسس وهي:

الأول: تقدير سلوك الطبيب على ضوء سلوك طبيب آخر من المستوى نفسه، هل هو طبيب عام أو طبيب خاص أو أستاذ في الطب؟

الثاني: الظروف الخارجية التي تحيط بالعمل الطبي، توافر الإمكانيات من عدمه (الوحدة الريفية تختلف عن العيادة وعن المستشفى المجهز)، ومدى وجوب التدخل السريع.

الثالث: مدى اتفاق العمل الطبي مع تقاليد المهنة والأصول العلمية المستقرة[1].

على الرغم مما يوحي به مظهر المعيار الموضوعي من عدالة ومنطق سليم، إلا أن البعض قد انتقده بصفة عامة، باعتبار أن نموذج المقارنة لن يكون شخصيا نموذجيا، وبالتالي فإنّ هذا المعيار يكون قد قام على فكرة متجردة من أي مضمون، وتختلف من دعوى إلى أخرى[2].

الفرع الثاني

الخطأ الطبي فقها وقضاءً

ذهب الفقه والقضاء في البداية إلى محاسبة الطبيب عن خطأه المادي أيا كانت درجة جسامته وعن خطأه الفني الجسيم (أولا)، إلا أن الفقه الحديث والقضاء انتهى إلى تبني وجهة نظر جديدة تقضي بمساءلة الأطباء عن كل خطأ مادي أو فني سواء كان جسيما أو يسيرا (ثانيا).

أولا – التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني والأخذ بنظرية الخطأ الفني الجسيم:

ذهب فريق من فقهاء القانون المدني إلى التفرقة من حيث الخطأ الذي يسأل عنه الطبيب بين نوعين من الخطأ: الخطأ المادي (العادي) والخطأ الفني (المهني) [3].

---

1 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 19.

2 - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 285، 287.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 68.

منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 252.

بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 79.

يعرف الخطأ المادي بأنه الإخلال بالقواعد العامة التي تحكم سلوك الأفراد والتي تتطلب الحيطة والحذر في كل سلوك يمارسه الشخص، ومن ثم الخطأ المادي الذي يقع فيه الطبيب هو الخطأ الذي يخرج عن مهنة الطب، أي الذي لا يخضع للخلافات الفنية، ولا يتصل بسبب الأصول العلاجية المعترف بها[1]. فالخطأ المادي هو الخطأ الذي ينسب للطبيب باعتباره شخصا عاديا، ولا شأن له بالصفة الطبية، أي كفعل مادي شكل ارتكابه مخالفة لواجب الحرص على الناس كافة[2].

من أمثلة الأخطاء المادية التي يقترفها الطبيب أن يقوم بعملية جراحية وهو ثمل، أو ينسى إحدى أدواته الجراحية في بطن المريض، أو إذا لم يراعِ الطبيب قواعد النظافة أثناء عمله، أو يغفل تعقيم هذه الأدوات الجراحية[3].

أما الخطأ الفني فيعرف بأنه الخطأ المتعلق بممارسة المهنة ويقع من الطبيب في حالة مخالفته الأصول والقواعد المتعارف عليها في علم الطب، ولا يتصور صدورها من غير طبيب كالتشخيص والعلاج[4].

ومثال الخطأ الفني أن يقرر الطبيب للمريض علاجا لا يناسب حالته الصحية التي تتسم بحساسية خاصة قِبل هذا الدواء لم يكن الطبيب قد تبينها، أو أن يغفل عن استدعاء طبيب متخصص نظرا لأنه لم يقدر بحسم خطورة حالة المريض أو أن يطبق وسيلة علاجية لم تسبق تجربتها[5].

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الطبيب يسأل عن الخطأ المادي بجميع درجاته جسيمها

---

1 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 159.

2 - أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 191.
محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 20.

3 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 159.
أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 190.

4 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 243.
منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 253.

5 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 159.

ويسيرها، ولكنه لا يسأل فيما يتعلق بخطئه الفني إلا عن الخطأ الفني الجسيم[1]، كما ساير هذا الاتجاه جانب من فقهاء القانون الجنائي، وقد استند القائلون بالتفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني إلى الحجج التالية:

- أن الخطأ الفني أو المهني جائز على كل طبيب لأنه ليس بين العلوم كافة أكثر من الطب دورانا على الاحتمال واعتمادا على الظروف.

- أن ما يحوزه رجل الفن من علم يجعله محل ثقة في أن يباشر مهنته على النحو الصحيح.

- أن التقدم العلمي لا يتاح إلا إذا آمن رجل الفن المسؤولية عما يصدر منه من أخطاء فنية، إذ أن تهديده الدائم بها يثنيه عن الاجتهاد والابتكار.

- إنّ هذه التفرقة توفر قدر من الحرية للأطباء في العمل حتى يسهل عليهم مسايرة النظريات العلمية الحديثة والاستفادة منها بعد التثبت من صحتها.

- إنّ محاسبة الأطباء عن الخطأ الفني اليسير قد يستلزم توغل القضاء في مناقشات يجدر به ألا يمعن فيها[2].

وكان من الواضح أن الدافع الرئيسي وراء التمييز بين الأعمال المادية والأعمال الفنية التي يمارسها الأطباء بصفتهم هذه، كان هو الرغبة في منع القضاء من التدخل في مسائل فنية تخرج عن اختصاصه، بل هي محل جدل بين الأطباء بعضهم والبعض الآخر[3].

ولقد استمر هذا الاتجاه واضحا في أحكام القضاء الفرنسي، خلال النصف الأول من القرن العشرين[4]، إذ قضت محكمة السين في حكم لها بتاريخ 29 جويلية 1923 بما يلي:

---

1 - حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 19.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 69.

3 - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 254.

فريحة كمال، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 190.

4 - نشير إلى أن بعض أحكام القضاء العادي الفرنسي، التي فسرها الفقه على أنها تشترط نسبة خطأ جسيم إلى الطبيب في مجال عمله الفني، كي تنعقد مسؤوليته المدنية، لم تستخدم تعبير خطأ جسيم أو خطأ فاحش، وإنما كانت تشترط أن ينسب إليه إغفال أكيد لواجباته، راجع في ذلك: منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 257.

« لا يجب الحكم بمسؤولية الطبيب إلا إذا ثبت أن الضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة خطأ جسيم منه أو إهماله إهمالا فاحشا أو عدم احتياطه وتحرزه أو جهله بالأصول والقواعد التي يتعين على كل طبيب الإلمام بها حتما »[1].

واستمرت محكمة النقض الفرنسية في التفرقة بين نوعي الخطأ في حكمها الصادر في 18 أكتوبر 1937 بقولها: « فيما عدا الإهمال أو عدم الاحتياط الذي يقع فيه أي إنسان، لا يسأل الطبيب عما نسب إليه من عدم احتياط أو عدم انتباه أو إهمال إلا أن إذا ثبت ذلك، مع مراعاة حالة العلم والقواعد المعترف بها في الفن الطبي، يعد منه إغفالا أكيدا لواجباته »[2].

كما تبنى القضاء المصري في البداية التفرقة نفسها بين خطأ الطبيب المادي وخطئه الفني، فقضت محكمة الجيزة بأن: « لمسؤولية الطبيب وجهين أحدهما يتعلق بصناعته وهو ما يعبر عنه بخطأ المهنة، وثانيهما ليس متعلقا بذلك، ولا شأن له بالفن في ذاته، وخطأ المهنة لا يسلم به إلا في حالات الجهل الفاضح وما إليها، أما الثاني فإنّه لا يخضع لسلطان التقدير الفني والطبي والجدل العلمي، لأنه خطأ مادي، يقع فيه الطبيب، مخالفا بذلك كل القواعد المقررة طبيا، وهذا النوع من الخطأ يقع تحت المسؤولية العامة، شأن الطبيب فيه، شأن أي شخص آخر »[3].

من تطبيقات القضاء الجزائري فيما يتعلق بالأخطاء الفنية ما قضت به المحكمة العليا بثبوت مسؤولية الطبيب الذي أمر بتجريع دواء غير ملائم لمريضته التي كانت تعاني سابقا من مرض لا يتحمل هذا الدواء، مما يجعل إهماله خطأً منصوصا ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات[4].

---

1 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 69.

2 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 160.
محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 21.

3 - محكمة الجيزة الجزئية في 26 جانفي 1935 عن: منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 258.

4 - قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، بتاريخ 30 ماي 1995، ملف رقم 118720، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1996، ص 179 وما بعدها.

إذا كانت هذه الأحكام القضائية السابقة ذهبت إلى أنه لا مسؤولية عن الخطأ الفني إلا إذا كان جسيما أي في حالة الجهل الفاضح، فإن الخطأ المادي يخضع للقواعد العامة بشأن المسؤولية فإن الفقه وجهه عدة انتقادات[1] إلى هذه التفرقة بين أنواع الخطأ أهمها:

- صعوبة التفرقة في كثير من الأحيان بين الخطأ المادي والخطأ الفني، فإذا كانت التفرقة بين نوعي الخطأ سهلة وممكنة في حالات، كما لو قام الجراح بعملية جراحية وهو في حالة سكر، فإن الأمر يدق أحيانا، لدرجة يصعب معها القول بما إذا كان الخطأ ماديا أو فنيا، فمثلا عدم الأمر بنقل المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب، اعتبرته أحد المحاكم خطأ عاديا (ماديا) في حين أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج حتما إلى تقدير حالة المريض الطبية وما قد يتعرض له لو بقي خارج المستشفى.

- إن هذه التفرقة لا سند لها في القانون، ذلك أن نصوص مواد المسؤولية جاءت عامة لا تفرق بين الأطباء وغيرهم فكيف يمكن معاملة الأطباء بشكل خاص واستثنائهم من أحكام المسؤولية عن أخطائهم اليسيرة في ميدان أعمالهم الفنية، بالإضافة إلى أن التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط عسيرة التطبيق فليس ذمة ضابط واضح يعتمد عليه، مما يخشى معه أن ينتهي بها الأمر إلى حكم لا تضبطه قواعد القانون.

- إن هذه التفرقة لم يقصد بها سوى منع القاضي من التدخل في المسائل العلمية الخلافية، ولم يكن الهدف منها الرغبة في المغايرة بين نوع من الخطأ وآخر في ترتيب المسؤولية.

- إذا كانت التفرقة تهدف إلى تخويل الطبيب الحرية الكافية في ممارسة مهنته وإدخال الطمأنينة في نفس الأطباء، وترك الحرية الكافية لهم في إتباع النظريات العلمية الحديثة حتى لا يقعد بهم الخوف من المسؤولية عن الإقدام المفيد، إلا أنه يجب حماية المرضى وعدم تركهم

1 - راجع في ذلك: حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص ص 20، 21.
منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 259، 261.
أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية...، مرجع سابق، ص ص 195، 199.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 71.
شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 244 – 245.
النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 407، 408.

تحت رحمة المهملين من الأطباء، فالمسؤولية الطبية إنما قامت أساسا لحماية المريض من أعمال طبية، وبعبارة أخرى لحماية طرف ضعيف في مواجهة طرف قوي ولا ريب أن المنطق يؤدي إلى وجوب ترجيح اعتبار طمأنة المريض على مقتضى طمأنة الطبيب.

- إن مؤاخذة الطبيب عن خطئه اليسير ليس معناه الحكم عليه بمجرد الشك دون اليقين، بل لابد من ثبوت الخطأ بصفة قاطعة وذلك بمخالفته لمبدأ طبي من المبادئ الثابتة، فالطبيب يظل بمنجى من هذه المسؤولية متى راعى هذه المبادئ ولا حرج عليه بعد ذلك إذا ساير نظريات حديثة.

ثانيا – العدول عن التفرقة بيت الخطأ المادي والفني ونظرية الخطأ الفني الجسيم:

انتهى الفقه الحديث في فرنسا ومصر إلى تبني وجهة جديدة تقضي بمساءلة الأطباء عند كل خطأ مهما كان نوعه سواء كان ماديا أو فنيا، جسيما أو يسيرا فالأطباء وفقا لهذا الاتجاه يخضعون للقواعد العامة فيما يتعلق بالمسؤولية غير العمدية ولا يتمتعون بأي استثناء، إذ أن النصوص القانونية التي رتبت مسؤولية المخطئ عن خطئه وردت عامة ولم تفرق من ناحية المخطئين بين الفنيين وغير الفنيين[1].

فالأخذ بمبدأ المسؤولية المطلقة لا يحد من عدم إقحام القضاء في الخلافات العلمية، عندما يصعب عليه القطع برأي في مسألة فنية يلجأ إلى أهل الخبرة من الأطباء أنفسهم ليسترشد بخبرتهم فيما التبس عليه من أمور فنية، أما حرية الأطباء في الأخذ بالآراء والنظريات الحديثة لا يحد منها الأخذ بمسؤولية الطبيب عن كل خطأ يرتكبه، إذا خالف الطبيب أحد المبادئ الطبية المستقرة التي لا مجال فيها للخلاف في الرأي، أما القواعد العلمية والفنية التي تكون محلا للخلاف والاجتهاد في الرأي والتي يترك تقديرها للطبيب فلا

1 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 73.
محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 23.
شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 246.
حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 22.
بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 83.

يمكن أن تلقي بالخطأ على كاهله إذا فضل رأيا على آخر واجتهد فيه ولو أن الرأي الذي اختاره أو الاجتهاد الذي فضله ليس هو الغالب طالما أنه مبني على أسس علمية بينة[1].

وقد ساير القضاء في كل من فرنسا ومصر ركب الفقه في هذا الاتجاه، فبالنسبة للقضاء الفرنسي عدلت محكمة النقض الفرنسية عن الوضع السابق في حكم شهير لها بتاريخ 21 جويلية 1919 جاء فيه: « إنّ هاتين المادتين 1382 – 1383 مدني فرنسي قد قررتا قاعدة عامة، هي قاعدة ضرورة إسناد الخطأ إلى المسؤول، لإمكان إلزامه بتعويض الضرر الذي ينشأ عن فعله، بل حتى عن مجرد إهماله وعدم تبصره، وأن هذه القاعدة تسري على جميع الناس، مهما كانت مراكزهم وصناعاتهم دون استثناء إلا في الحالات التي نص عليها القانون بصفة خاصة، وأنه لا يوجد أي استثناء من هذا القبيل بالنسبة للأطباء، وأنه مما لا شك فيه أن الحكمة تتطلب من القاضي ألا يوغل في فحص النظريات، والأساليب الطبية، وأنه توجد قواعد عامة يمليها حسن التبصر وسلامة الذوق وتجب مراعاتها في كل مهنة، وأن الأطباء فيما يتعلق بذلك خاضعون للقواعد العامة كغيرهم من الناس »[2].

كما قضي في فرنسا بأن الطبيب يؤاخذ عن الأخطاء التي يقترفها أثناء مزاولة مهنته ولا يستوجب لنهوض مسؤولية الطبيب أن يكون خطأ جسيما، ذلك أن نصوص مواد القانون لا تعفي الطبيب إذا كان خطأه يسيرا، ولكن الأمر يتطلب أن يكون خطأ الطبيب واضحا[3]، وقضي كذلك بأن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة فإذا فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله[4].

والجدير بالذكر أن استعراض أحكام القضاء الفرنسي يفيد من ناحية أن هذه الأحكام أصبحت تستخدم في صدد المسؤولية الطبية بعض المصطلحات تتفق مع الطبيعة الخاصة

1 - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية...، مرجع سابق، ص 201.

2 - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص ص 196، 197.

3 - نقض فرنسي في 4 نوفمبر 1946 عن: أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية...، مرجع سابق، ص 202.

4 - نقض فرنسي في 11 جوان 1963 عن: شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 74.

بالنشاط الطبي، فهذه الأحكام تشير إلى وجوب أن يرتكب الطبيب خطأً محددا أو أن يخل إخلالا بواجباته المهنية، أو أن يقعد عن تقديم الرعاية اليقظة المتفقة مع الأصول العلمية[1].

هذا هو موقف القضاء في فرنسا، ولم يكن موقف القضاء في مصر إلا انحيازا لصالح الاتجاه الفرنسي الرافض لنظرية الخطأ الفني الجسيم، فلقد اهتدت بعض أحكام القضاء المصري إلى إفساد اشتراط درجة معينة من الجسامة في الخطأ الفني[2]. فقد قضت المحاكم المصرية بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه، سواء كان خطأ فنيا أو غير فني، جسيما أو يسيرا، لهذا فإنّه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيرا، ولو أن هذا له مسحة طبية ظاهرة ولا يتمتع الطبيب بأي استثناء، فقط يجب على القاضي أن يتثبت من وجود هذا الخطأ، وأن يكون هذا الخطأ ثابتا ثبوتا كافيا لديه، وعليه أن يستعين برأي الخبراء[3].

ولقد أوضحت محكمة الإسكندرية الكلية، العلة وراء العدول عن نظرية الخطأ الفني الجسيم بقولها: « إنّ الطبيب الذي يخطئ مسؤول عن نتيجة خطئه، بدون تفريق بين الخطأ الهين والجسيم، ولا بين الفنيين وغيرهم، والقول بعدم مساءلة الطبيب في حالة خطأ المهنة، إلا عن خطئه الجسيم دون اليسير، هذا القول كان مثال اعتراضات لوجود صعوبات في التمييز بين نوعي الخطأ، ولأن نص القانون الذي يرتب مسؤولية المخطئ عن خطئه جاء عاما غير مقيد، فلم يفرق بين الخطأ الهين والجسيم ولا بين الفنيين وغيرهم، ويسأل الطبيب عن إهماله، سواء كان خطؤه جسيما أو يسيرا، فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص »[4].

نخلص مما سبق إلى القول بعدم جدوى التفرقة بين الأخطاء المادية والأخطاء الفنية

1 - حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص 22.

2 - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية...، مرجع سابق، ص 198.

3 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 24.

4 - محكمة الإسكندرية الكلية في 30 ديسمبر 1943 عن: منير رياض حنا، الأخطاء الطبية...، مرجع سابق، ص 254.

للطبيب[1] متى كانت ثابتة ومحققة وواضحة، فتتقرر مسؤولية الطبيب عن خطئه بوجه عام وفقا للأصول العلمية المقررة دون تفرقة بين خطأ مادي أو فني جسيما أو يسيرا، ولكن يجب مراعاة الظروف الخارجية التي تحيط به مثل ما تستلزمه الحالة في إسعاف سريع، وفي المقابل تكون مسؤولية الطبيب المتخصص أشد جسامة من الطبيب حديث العهد بالمهنة، والجدير بالذكر هو أن المشرع الجزائري نص صراحة على مسؤولية الطبيب عن كل عمل مهني يقوم به[2]، ولا يمكن تبرير ذلك إلا بتفسير واحد كون كل خطأ يصدر من الطبيب أثناء مباشرة العلاج ينطوي حتما على ناحية مهنية، بحيث لا يمكن فصله عن عمله الفني أو وصفه بأنه خطأ عادي كمثل ذلك الذي يصدر من عامة الناس[3].

الفرع الثالث

الخطأ الموجب لمسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي

يلتزم الطبيب عند إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بمراعاة ما تقتضي به واجبات الحيطة والحذر، وواجب الحيطة والحذر يتطلب منه قبل إجراء هذه العملية أن يقوم بإجراء الفحوصات الطبية بمختلف مراحلها (أولا)، ثم عليه أن يقوم بتشخيص الحالة للتأكد من وجود مرض العقم (ثانيا)، ولا ينتهي واجبه إلى هذا الحد بل يمتد إلى مرحلة نقل الحيوانات المنوية للزوج إلى رحم الزوجة أي مرحلة تنفيذ العملية (ثالثا).

---

1 - يرى الدكتور السنهوري في هذا الصدد أنّ التمييز بين الخطأ المادي والخطأ الفني في مزاولة المهنة فوق أنه دقيق في بعض الحالات، لا مبرر له، وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة، فإنّ المريض أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية، والواجب اعتبار الرجل الفني مسؤولا عن خطأه المهني مسؤوليته عن خطأ العادي، فيسأل في هذا أو ذاك حتى عن الخطأ اليسير، والذي أدخل اللبس في شأن الخطأ المهني أن المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ هو أيضا معيار فني فهو معيار شخص من أواسط رجال الفن، مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقر عليه أصول فنه. راجع في ذلك: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص ص 822، 824.

2 - تنص المادة (13) من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: « ***الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به...*** ».

3 - بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 84.

أولا – الخطأ في مرحلة الفحص:

الفحص الطبي هو بداية العمل الطبي الذي يقوم به الطبيب، ويتمثل في فحص الحالة الصحية للمريض فحصا ظاهريا وذلك بملاحظة العلامات أو الدلائل المرضية[1].

لقد قسم القضاء الفرنسي مرحلة الفحص الطبي إلى مرحلتين: مرحلة الفحص التمهيدي، ومرحلة الفحص التكميلي[2]، ومرحلة الفحص التمهيدي هي المرحلة التي يستخدم الطبيب يده أو أذنه أو عينيه، وقد يستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة مثال ذلك السماعة الطبية وجهاز قياس الضغط[3]. أما مرحلة الفحص التكميلي فهي المرحلة التي يقوم فيها الطبيب بإجراء فحوص دقيقة وعميقة ويستخدم فيها أجهزة حديثة ومتطورة لبيان حالة المريض وتحديد علته، ومن أمثلة ذلك التحاليل الطبية والأشعة... وغيرها[4].

في هذه المرحلة يقوم الطبيب بترجمة الدلائل والظواهر المتمخضة عن الفحص التمهيدي، لكي يستقي منها النتائج المنطقية وفقا للعمليات العلمية لوضع التشخيص وتحديد نوعه ومركزه من أنواع الأمراض المتنوعة والمختلفة، ومن هنا يتبين أن الفحص التمهيدي يختلف عن التشخيص بحيث أن الفحص التمهيدي قد لا يؤدي إلى نتيجة معينة فهو عبارة عن التثبت والتحقق من وجود دلائل وظواهر معينة، أما التشخيص التكميلي فيؤدي إلى التحقق من وجود مرض معين[5].

ويعتبر الطبيب مسؤولا إذا أهمل في إجراء الفحوص الطبية التمهيدية، كما يسأل الطبيب لعدم القيام بإجراء بعض الفحوص التكميلية[6].

---

1 - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 290.

2 - أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 243.

3 - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية...، مرجع سابق، ص ص 241، 242.

4 - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 291.

5 - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية...، مرجع سابق، ص 242.

6 - أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 138.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 76.

إذ استقر القضاء الفرنسي على أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية[1] للمريض أمر ضروري قبل إجراء الجراحة أو تنفيذ العلاج، وإهمال الجراح أو الطبيب إجراء مثل هذه الفحوص البيولوجية أو الإكلينيكية اللازمة للمريض يشكّل خطأ من جانب الطبيب تقوم به مسؤوليته[2].

أما بالنسبة للفحوص التكميلية فقد قضت المحاكم الفرنسية أنه في بعض الحالات يجب إجراء فحوص تكميلية للمريض لبيان حالته، وإهمال الطبيب أو الجراح إجراء هذه الفحوص يعد خطأ معاقبا عليه[3].

وعليه يجب على الطبيب القيام بفحص الزوج أو الزوجة فحصا ظاهريا للتعرف على مرض العقم وتاريخه، وأن يقوم بإجراء كافة الفحوصات والتحاليل اللازمة السابقة على العملية بمنتهى الحرص والدقة[4]. والجدير بالذكر أن هناك فرق بين العقم وعدم الإخصاب، فعدم الإخصاب هو كل حالة من الحالات التي يمكن معالجتها طبيا بعد مرور فترة زمنية بالإضافة إلى الالتزام بتعليمات الطبيب المعالج والاستمرار في تناول الأدوية المناسبة، أما العقم فهو الذي لا علاج له حتى الآن، مثل الأمراض الخلقية والوراثية التي تصيب الجهاز التناسلي وعلى وجه الخصوص الغدد التناسلية[5].

ثانيا – الخطأ في التشخيص:

يعرف التشخيص بأنه عبارة عن تحديد طبيعة المرض وصفاته وأسبابه وبعبارة أخرى هو ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة المرض ووضعه في الإطار

1 - يرى البعض أنه أمام تعقد الفحوص الطبية وحساسية الآلات الحديثة وخطورتها، فإنّه لا يجوز أن تستخدم إلا من طبيب متخصص حماية للمريض ومساعدة للطبيب في وضع التشخيص، على أن يوازن بين الأخطار التي قد تحدث من استخدام مثل هذه الآلات في إجراء الفحوص والمزايا المتوقعة بالنسبة للمريض، راجع في ذلك: أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 245.

2 - علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 292.

3 - أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 244.

4 - نزيه محمد الصادق المهدي، "مسؤولية الطبيب عن عملية التلقيح الصناعي"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، جامعة الإمارات العربية، 1998، ص 816.

5 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 16.

المحدد له، فالتشخيص ما هو إلا عملية فكرية تقوم على تحديد الأعراض وترتيبها ومقارنتها بغيرها من الأعراض من أجل استنتاج نوع المرض الذي يعاني منه المريض، حيث تبدأ جهود الطبيب في علاج مرضاه بتشخيص المرض وهذه المرحلة من أولى المراحل في العلاقة بين الطبيب والمريض وتعتبر أهم وأدق المراحل جميعا[1]، ففيها يحاول الطبيب معرفة المرض ودرجة خطورته وتطوره وجميع ما يحيط به من ظروف المريض وحالته الصحية العامة وسوابقه المرضية والتأثيرات الوراثية[2].

إلا أن الطبيب قد يخطأ عند التشخيص فهل يسأل حينئذ وإلى أي مدى؟ يجمع الفقه والقضاء على أن مجرد الغلط في التشخيص لا يمثل من حيث المبدأ خطأ طبيا، ولكن في بعض الأحوال قد يكون الغلط في التشخيص ناتجا عن جهل فاضح أو إهمال جسيم، وفي هذا الغرض يصبح الغلط معيبا ومستوجبا لمسؤولية فاعله[3].

كما تثور المسؤولية الطبية عن خطأ في التشخيص في الحالات التالية[4]:

- إذا كان الخطأ ينطوي على إهمال فاضح من قبل الطبيب لا يتفق مع ما جرى العمل به في مثل هذه الحالات، مثال ذلك عدم قيام الطبيب ببحث الأعراض العامة للمرض والسوابق المرضية والوراثية.

- إذا كان خطأ الطبيب في التشخيص راجعا إلى عدم استعمال الوسائل العلمية الحديثة التي اتفق على استخدامها في مثل هذه الحالات مثل عدم الاستعانة بالأشعة.

---

1 - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية...، مرجع سابق، ص 243.
نور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2014، ص ص 185، 188.
بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 273 وما بعدها.

2 - محمد سامي السيد الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة بين القضاءين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 7.

3 - بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 37.
محمد سامي السيد الشوا، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 8.

4 - راجع في ذلك: أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص ص 144، 145.
محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص ص 51، 53.
بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص ص 275، 278.

- إذا كان خطأ الطبيب في التشخيص يشكّل جهلا واضحا بالمبادئ الأولية للطب، والتي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول مهنة الطب.

- إذا كان خطأ الطبيب راجعا لاستخدامه طرق ووسائل مهجورة لم يعد معترفا بها علميا في هذا المجال.

- وتثور المسؤولية الطبية كذلك إذا كان الخطأ في التشخيص راجعا إلى عدم استشارته لزملائه الأكثر تخصصا في المسائل الأولية اللازمة حتى يتبين له طبيعة الحالة المعروضة عليه، وكذلك إذا أصر على رأيه رغم تبينه من خلال آراء زملائه لطبيعة خطأه في التشخيص.

أما في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب فإنه يمكن القول بوجوب مساءلة الطبيب إذا أخطأ في مرحلة التشخيص في عمليات التلقيح الاصطناعي، وانتهى إلى أن أحد الزوجين يعاني على خلاف الحقيقة من مرض العقم، مما أدى إلى توجيههما لوسيلة التلقيح الاصطناعي الذي قد يعرض الزوجة لمخاطر معينة[1].

لكنه لا يسأل عن الخطأ في التشخيص إذا كان الخطأ الذي وقه فيه يرجع أساسا إلى معلومات خاطئة أدلى بها الطبيب الباطني أو غيره من الأطباء الذين سبق لهم التعامل مع الزوجين أو أحدهما أو استند في تشخيصه إلى نتائج وفحوص معملية غير سليمة من الوجهة الفنية، وكان هذا الخطأ في الحالتين مما يمكن أن يقع فيه الطبيب الذي يتمتع بالقدر المتوسط من الحيطة والعناية والخبرة والدراية في هذا المجال[2]، كما تجدر الإشارة كذلك إلى أن الطبيب لا يسأل إذا كان الخطأ في التشخيص راجعا إلى تضليل المريض له في البيانات التي أدلى بها عن آلامه وعن أعراض المرض، أو إخفائه لبعض الحقائق الخاصة به[3].

---

1 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 77.

2 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 299.

3 - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 387.

محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 51.

أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 146.

ثالثا – الخطأ في تنفيذ عملية التلقيح الاصطناعي:

تعتبر عملية تنفيذ عملية التلقيح الاصطناعي من المراحل الدقيقة ففيها يقوم الطبيب بنقل الحيوانات المنوية للزوج إلى رحم الزوجة، لذا يجب عليه مراعاة الحيطة والحذر والدقة في إجرائها وأن يبذل للزوجة الخاضعة للعملية جهودا يقظة تتفق مع الأصول الفنية المتعارف عليها بين الأطباء أهل الاختصاص[1].

والسؤال الذي يثور هنا هل يسأل الطبيب عن فشل عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين؟

إنّ التزام الطبيب في عملية التلقيح الاصطناعي مثل غيرها من الأعمال الطبية هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة معينة، فهو لا يلتزم بداهة بتحقيق الحمل، بل فقط ببذل العناية اللازمة لتحققه[2]، فبالتالي لا يسأل في حالة فشل العملية طالما أنه اتبع وسائل الحيطة والحذر في إجرائها[3].

لكن يظهر من خلال هذا الالتزام إرادة بتحقيق نتيجة لأن الطبيب يسعى إلى الحصول على مولود خال من الأمراض الوراثية الخطيرة، لهذا يقوم الطبيب بتشخيص البويضة قبل زرعها بهدف اكتشاف العيوب الجينية الوراثية وبعض الأمراض في مرحلة مبكرة[4]، وهنا يطرح تساؤل آخر فإلى أي مدى يؤدي اكتشاف الأمراض الوراثية إلى استبعاد تقنية التلقيح الاصطناعي؟

---

1 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 78.
بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 37.

2 - BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, Produire l'homme de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréation artificielles, PUF, 1987, p 57.
ANDORO Roberto, La distinction juridique…, op.cit, p 240 et s.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 241.

3 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 300.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 78.
محمد سامي السيد الشوا، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 56.

4 - رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 664.
شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 255.

في حالة اكتشاف مرض وراثي على درجة كبيرة من الخطورة هنا نستبعد العملية تماما، أما إذا كان المرض لا يشكّل خطورة فلا مانع من إجرائها لأن استبعادها في كل مرة سيؤدي إلى زوال تقنية التلقيح الاصطناعي[1].

وإن كان لهذه التقنية جانب مضيء بشأن إظهار العيوب الخلقية والأمراض الوراثية ومحاولة معالجتها مبكرا، إلا أنّ هناك جانبا مظلما وهو يتمثل فيما قد تؤدي إليه هذه الإمكانية من محاولة تحسين السلالات البشرية، بانتقاء البويضة السليمة وصولا لفكرة الطفل السليم أو محاولة التحكم في تحديد نوع المولود، وما يحمله ذلك من مخاطر على التوازن البشري بين الذكور والإناث في المجتمع[2].

لهذا نرى أنه من الأفضل أن تقتصر صلاحية إجراء عملية التلقيح الاصطناعي على بعض المراكز المعتمدة رسميا من طرف الدولة، حتى نضمن الغاية التي أنشأ من أجلها التلقيح الاصطناعي باعتباره فقط وسيلة للتغلب على عدم القدرة على الإنجاب.

ولا ريب في أن الطبيب الذي أجرى عملية التلقيح الاصطناعي يسأل كغيره من الأطباء عن الأخطاء الفنية التي يرتكبها، والتي تصيب مرضاه بالضرر كالإصابة بتسمم ناتج عن عدم تعقيم الأدوات المستخدمة في العلاج[3].

1 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 141.

2 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 255.
رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 664، 665.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 242.

الفصل الثاني

التلقيح الاصطناعي الخارجي

تعتبر تقنية التلقيح الاصطناعي من أقدم طرق الإنجاب ظهورا بالرغم من فوائدها العديدة إلا أنها لم تستطع التغلب على كافة أنواع العقم[1]، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه الوسيلة تقتضي أن يكون رحم المرأة التي ترغب في التلقيح صالحا لإجراء هذه العملية بعد ذلك، وقادرا على الاحتفاظ بالبويضة الملقحة، ويترتب على ذلك أن هذه الوسيلة لا تجدي نفعا عندما تكون الزوجة عقيما، وقد استطاع العلم الحديث التغلب على هذه المشكلة، وذلك عن طريق أخذ نطفة الزوج وبويضة الزوجة ووضعها في أنبوب طبي حتى يتم التلقيح بينهما، فالتقاء النطفة الذكرية – هنا – مع البويضة المؤنثة يتم إذن في أنبوب الاختبار، وليس كما هو الحال في الطريقة السابقة داخل الرحم، ثم تؤخذ البويضة الملقحة بعد ذلك في توقيت مناسب ليعاد زرعها في رحم المرأة صاحبة البويضة، وهذا ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين (المبحث الأول).

كما يمكن أن تتم هذه الوسيلة بعدة صور بتدخل الغير[2]، إلا أنه سيتم التركيز في هذه الدراسة على حالة الزوجة ذات الرحم المعيب، والتي لا تقدر على الحمل مع قدرتها على التبويض وقدرة زوجها على الإخصاب، وفي هذه الحالة يمكن استخدام هذه الوسيلة عن طريق أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بنطفة زوجها في الأنابيب، ثم تعاد البويضة المخصبة لتزرع في رحم امرأة أخرى تسمى صاحبة الرحم المستأجر أو الأم البديلة (المبحث الثاني).

---

1 - نشير إلى أن التلقيح الاصطناعي الداخلي يهدف أساسا لعلاج حالات العقم لدى الزوج، أما التلقيح خارج الرحم (In vitro) فإنّه يهدف أساسا إلى علاج العقم الأنثوي خاصة الناشئ عن انسداد قناة فالوب، نتيجة لنوع من الالتهابات التي ينتج عنها نقص من الإفرازات اللازمة لحدوث عملية التلقيح وتكوين النطفة ومن بعدها الجنين، ولكن في السنوات الأخيرة فإنّ التلقيح الاصطناعي الخارجي أصبح يستعمل كذلك لعلاج بعض حالات العقم لدى الرجال، راجع في ذلك:

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

محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 80.

أسامة قايد، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 322.

2 - راجع في ذلك: حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 260.

المبحث الأول

التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين

يعتبر التلقيح الاصطناعي الخارجي أو ما يعرف كذلك بأطفال الأنابيب طريقة علمية حديثة لمساعدة الأسر العقيمة على حدوث الحمل وعلاج العقم وهو مطلب إنساني واجتماعي، ولقد حققت هذه التقنية فوائد عديدة للأزواج الذين يعانون من العقم، إلا أنها أفرزت كثيرا من المشاكل الدينية والقانونية لم تكن في الحسبان، فلهذا فإنّها أثارت النقاش بشأن مشروعيتها (المطلب الأول)، وأفرزت مشكلة أخرى تتعلق بالطبيعة القانونية للبويضة الملقحة قبل زرعها وما إذا كانت تعتبر جنينا أم لا، ويترتب عن ذلك أحكام قانونية هامة (المطلب الثاني)، بالإضافة إلى مدى مسؤولية الطبيب في حالة تطبيقها (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين

يلجأ الطبيب إلى إجراء التلقيح الاصطناعي الخارجي في عدة حالات كانسداد الأنابيب عند الزوجة، إلا أنه لا يلجأ لهذه الوسيلة إلا عندما تكون عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي مستحيلة، فعندئذ تستعمل هذه الوسيلة محل البحث في حالات معينة عبر عدة خطوات معينة (الفرع الأول)، ولأنها تستعمل بصور مختلفة ثار النقاش بين الفقهاء حول مشروعيتها (الفرع الثاني)، كما أن التشريعات لم تعتمد الخطة نفسها بشأن مسألة التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين (الفرع الثالث).

الفرع الأول

دواعي اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الخارجي وخطواته

تعددت التعريفات التي قيلت بشأن وسيلة التلقيح الاصطناعي الخارجي[1]، إلا أنه يمكن تعريفها على أنها ذلك التلقيح الذي يتم عن طريق انتزاع بويضة أو أكثر من الزوجة

1 - نشير إلى أن أول نجاح لتقنية الإخصاب الخارجي كان في إنجلترا، إذ كللت محاولة العالمين البريطانيين روبرت إدوارد، وباتريك ستيتو بنجاح تام، حيث ولدت الطفلة براون لويز والتي تعد أول طفل أنبوب في العالم، وهذا بتاريخ 25 جويلية 1978 بمستشفى أولدهام بإنجلترا، وهذا النجاح أثار ضجة كبرى في جميع أنحاء العالم وفتحت صفحة جديدة من تاريخ التناسل البشري. راجع في ذلك:

Luz MONGE, La liberté de procréer…, op.cit, pp 179, 181.

مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 423.

إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص 44. =

صالحة للإخصاب عن طريق تدخل جراحي يسمى (La paroscopie) ثم تلقح بمني الزوج وتوضع في أنبوب به نفس السائل اللازم للنمو، وبعد مرور فترة من الوقت (يومين ونصف تقريبا) يتم الانقسام، وبعد ذلك تتكون النطفة الملقحة ويتم زرعها في رحم المرأة لتنمو وتتطور بعد ذلك[1]، ولابدّ من التطرق إلى دواعي الالتجاء إلى هذه الوسيلة (أولا)، ثم توضيح مختلف خطواتها (ثانيا).

أولا – دواعي اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي:

قبل التطرق للأسباب المؤدية إلى لجوء الزوجين لتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي أود التنبيه إلى ملاحظة منطقية مهمة، مفادها أنه لا يجب اللجوء إلى استعمال التقنية محل البحث إلا بعد استنفاذ وسائل التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين، وحجة ذلك أن وسيلة التلقيح الاصطناعي الخارجي تتسم بالتكلفة المادية الكبيرة بالنسبة لأطرافها، لذلك من الأفضل أن يجرب الطبيب المختص الوسائل الأقل كلفة قبل إتباع الإخصاب الاصطناعي الخارجي فضلا عن أن إتباع هذه الوسيلة يؤدي حتما إلى افتضاح أمر الزوجين نظرا لضرورة إتمامها في المستشفيات أو المراكز المتخصصة[2]، بالإضافة إلى أن هذه التقنية تقتضي إخضاع المرأة للعلاج مرتين لكي تتم عملية الإخصاب[3].

وتتمثل دواعي الالتجاء إلى الوسيلة محل البحث في الآتي[4]:

- حالة انسداد الأنابيب عند الزوجة، أي انسداد قناة فالوب (Trompes de fallope)

=سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر...، مرجع سابق، ص ص 165 – 167.

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 68، 71.
شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 61.

2 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 236، 237.

3 - محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص 123.

4 - راجع في ذلك: MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, pp 181, 183.
كمال محمد عون، الضوابط القانونية للاستنساخ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص ص 87، 88.
الشحات إبراهيم منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص ص 83، 84.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 72.
محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص ص 125، 126.

ويحدث ذلك لعدة عوامل أهمها الالتهابات بمختلف أنواعها أو نتيجة استئصال جزء من قناة فالوب بسبب وجود حمل سابق خارج الرحم أو عيب خلقي في تكوين الأنبوبة نفسها.

- إصابة الرجل ببعض الأمراض أو وجود خلل هرموني بالحيوان المنوي أو وجود أسباب وراثية تؤدي إلى العقم عند الرجال.

- حالات انخفاض الحيوانات المنوية أو ضعف حركتها عند الرجل.

- حالات العقم المستعصية التي لا يمكن التوصل إلى سببها، وفي هذه الحالات يكون الزوج والزوجة قد استكملا الأبحاث الخاصة بالعقم، فالزوجة لديها تبويض منتظم والأنابيب سليمة والزوج له عدد كاف من الحيوانات المنوية ومع ذلك لا يحدث الحمل، ولم يتمكن العلم من معرفة السبب.

ثانيا – خطوات إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين:

عند توافر حالة من الحالات المرضية التي تحول دون عملية الإخصاب الطبيعي بين الرجل والمرأة وتحول أيضا دون عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي، يلجأ حينئذ إلى تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي ولنجاح هذه العملية لابد من إتباع مجموعة من الخطوات الطبية المتمثلة فيما يلي:

أ - استخراج البويضات الصالحة للإخصاب:

استخراج البويضات الصالحة للإخصاب يتم بعد تنشيط المبيض عن طريق حقن الزوجة بهرمونات مثل هرمون (HCG)[1]، وتختلف تقنية استخراج البويضات في الماضي عنه في الوقت الحاضر.

ففي الوقت الماضي كان يتم استخراج البويضات بواسطة منظار البطن وفي هذه الطريقة يتم إعطاء الزوجة مخدرا كليا ثم يتم إدخال منظار البطن من فتحة بجوار السرة وتؤخذ البويضات الواحدة تلو الأخرى ثم توضع في إناء خاص يحتوي على مادة مغذية وسائل له نفس خواص ومفعول السائل المنوي الموجود في البوق وفي أنسجة جسم المرأة[2].

أما في الوقت الحاضر فقد استحدث العلماء طريقة لاستخراج هذه البويضات فيتم

---

1 - MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, p 184.

2 - كمال محمد عون، الضوابط القانونية...، مرجع سابق، ص 89.

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 66.

التقاطها عن طريق إبرة يتم إدخالها في البطن تحت مخدر موضعي أو كلي حسب تقدير الجهة المختصة ويمكن ملاحظتها على شاشة الموجات فوق الصوتية، وهي طريقة تم استحداثها في السويد والدانمارك[1].

ب – استخراج السائل المنوي من الزوج:

يعامل الطبيب السائل المنوي معاملة خاصة لاختيار الحيوانات المنوية الجيدة التي تصلح لإجراء عملية الإخصاب[2].

جـ – الجمع بين الحيوانات المنوية والبويضات:

عند الحصول على بويضات الزوجة والسائل المنوي للزوج لكي يتم الإخصاب، توضع البويضات مع حوالي مائة ألف حيوان منوي في أنابيب اختبار خاصة وتوضع هذه الأنابيب في جهاز حضانة معمل، ويتم إخراج هذه الأنابيب من الحضانة بعد حوالي 24 إلى 48 ساعة لفحص البويضات للتأكد من حدوث عملية الإخصاب[3].

د – مرحلة زرع الأجنة في الرحم:

يقوم الطبيب المختص في مدة تتراوح بين يومين أو ثلاثة لتكوين البويضات الملقحة، وذلك بزرع البعض (ثلاثة أو أربعة أجنة) منها في رحم الزوجة عن طريق قسطرة خاصة، يتم إدخالها من المهبل وعنق الرحم لتثبيتها في جدار الرحم، ولا حاجة لتخدير الزوجة في هذه الخطوة، وللتأكد من حدوث التصاق البويضات الملقحة بجدار الرحم يقوم الأطباء بإعطاء الزوجة مجموعة من الأدوية لمدة أسبوعين تقريبا تبدأ من لحظة الزرع كما يتم متابعة الزوجة لمعرفة حدوث الحمل من عدمه بواسطة اختبارات الحمل[4].

بالرغم من بساطة وسهولة الخطوات التي تتم بها عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي إلا أن نسبة نجاحها لا تزال متدنية في كثير من المراكز (10 - 15%)، وحتى في المراكز

---

1 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 239.

2 - MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, p 184.

بغدالي جيلالي، الوسائل العلمية...، مرجع سابق، ص 45.

3 - كمال محمد عون، الضوابط القانونية...، مرجع سابق، ص 90.

إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 294، 295.

4 - من هذه الأدوية ما يؤخذ عن طريق الحقن ومنها ما يؤخذ عن طريق الفم، ومنها ما يؤخذ عن طريق المهبل، أشار إلى ذلك: حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 240.

المتقدمة جدا لم تزد نسبة النجاح عن (30 - 35%)[1].

الفرع الثاني

موقف الفقه من تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي

يمكن التمييز بين اتجاهين حول مدى مشروعية تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين فهناك اتجاه فقهي يعارض استعمال هذه التقنية (أولا) إلا أن الرأي الراجح في الفقه ذهب إلى تأييد هذه التقنية محل البحث (ثانيا).

أولا - الاتجاه الفقهي الرافض لتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي:

يمثل هذا الاتجاه القلة من الفقه[2]، ويعللون رفضهم للتلقيح الاصطناعي الخارجي (الإخصاب في الأنابيب) ولو كان قاصرا على ماء الزوجين بالعديد من الحجج منها:

- أنها تتيح الفرصة أمام الأطباء للتحكم في جنس الجنين، وهي إمكانية قد يكون لها أثار خطيرة على المجتمع بوجه عام، فالتلقيح يتم –كما ذكرنا-خارج الرحم في أنبوب الاختبار، ثم تزرع البويضة الملقحة، بعد ذلك، في رحم المرأة التي ترغب في الإنجاب، وقد توصل العلماء سنة 1984إلى وسيلة طبية يستطيعون بها وقبل إجراء عملية التلقيح تفريق نواة الخلية المنوية المؤثرة في تحديد جنس الجنين.

- خشية أن يترتب على هذه الوسيلة أثار سلبية على أطراف التلقيح خصوصا المرأة والطفل المولود بسبب حدوث التلقيح خارج الرحم، فالمرأة تخضع للعلاج بالهرمونات مرتين لكي تتم عملية الإخصاب وقد يؤدي ذلك في المدى القريب إلى بلوغ المرأة سن اليأس مبكرا، أي قبل بلوغها السن المعتاد لذلك، هذا فضلا عن أن الإحصائيات تشير إلى أن معدل نمو أطفال الأنابيب أقل من معدل نمو الأطفال الطبيعيين.

- إن الإخصاب في الأنبوب ينطوي غالبا على مخاطر جسيمة إذ أن هناك إمكانية

---

1 - أشار إلى ذلك: كمال محمد عون، الضوابط القانونية...، مرجع سابق، ص 90.
شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 67.

2 - راجع في ذلك: MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, p 189.
أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 142، 143.
محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص 123.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 468، 469.
النحوي سليمان، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 145.

قتل كائنات بشرية قائمة (البويضات الملقحة الفائضة عن الحاجة)، كما أن الإخصاب في الأنبوب يشكّل تعديا صارخا على مظاهر العلاقة الزوجية في شكلها الطبيعي، ولقد اعتبر البعض أن تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي وسيلة غير إنسانية[1].

- إنّ وسيلة الإخصاب الخارجي تؤدي إلى الشك في اختلاط الأنساب[2].

- إنّ هذه الوسيلة باهظة التكاليف ويتعذر الالتجاء إليها خاصة وأن الأمر يقتضي تكرار الإجراءات بقصد التوصل إلى إحداث الإخصاب أو الحمل[3].

والحقيقة أن معظم هذه الاعتراضات لها وجاهتها من الناحية العملية إلا أنه يمكن استبعاد الاعتراض القائم على المخاطر التي قد تصيب الأم أو المولود بسبب حدوث التلقيح خارج الرحم، فحدوث بعض المخاطر أو الآثار السلبية هي من سمات الوسائل العلاجية بوجه عام خصوصا الحديثة منها، وحدوث بعض المخاطر من الناحية النظرية لا يكفي وحده سببا لإدانة الوسيلة ومن ثم استبعادها من الناحية الطبية. أما الخطر الحقيقي لهذه الوسيلة محل البحث فيمكن في أمرين: احتمال الشك في الأنساب بالإضافة إلى إمكانية التحكم في جنس الجنين، وهو خطر يكفي في حدّ ذاته حسب البعض لإدانة الوسيلة في مجموعها[4].

ثانيا – الاتجاه الفقهي المؤيد لتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي:

يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى تأييد استخدام تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي (الإخصاب في الأنابيب) بناء على الحجج ذاتها التي تبرر التلقيح الاصطناعي الداخلي[5]، فالتلقيح خارج الجسم يمثل تطورا علميا في المجال الطبي ويسعى إلى تحقيق هدف مشروع وذلك لمواجهة المشاكل الاجتماعية المترتبة عن حالة عقم الزوجين[6].

---

1 - MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, p 189.

2 - سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي...، مرجع سابق، ص 171.

3 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 297.

علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 469.

4 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 83.

5 - أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 78.

6 - M. BAUDOUIN et Mme LABRUSSE-RIOU ont souligné que « La légitimité de la technique doit en effet étre vue non pas seulement par rapport à la bonne ou mauvaise conscience religieuse ou philosophique individuelle, mais aussi par rapport à une dimension d'opportunité sociale d'ensemble » cité par : MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, pp 189, 190.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين لا يتعارض مع قواعد الأخلاق والدين ولا يؤدي إلى اختلاط الأنساب، لأن مصدر الحيوانات المنوية والبويضة من الزوج والزوجة وهذه الحالة تشبه التلقيح الناتج عن الطريقة الطبيعية بين الزوج والزوجة، ومن ثم فإنّ هذه الوسيلة لا تثير أية جريمة[1].

إلا أن أنصار هذا الاتجاه عبروا عن تحفظهم إزاء هذه التقنية فلم يرحبوا بها بشكل مطلق، وإنما اشترطوا لذلك عدة ضوابط أهمها: أن تكون في ظل العلاقة الزوجية، وألا يتم اللجوء إليها إلا عند الضرورة أي في حالات عدم وجود وسائل أخرى لعلاج العقم، وأن تتخذ كافة الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون حدوث اختلاط في السائل المنوي أو البويضات لدى تلقيحها أو اختلاط في البويضات الملقحة عند زرعها في رحم الزوجة[2].

والجدير بالذكر هو أن بعض الأحكام القضائية أجازت الإنجاب عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين، فلقد قضت إحدى المحاكم الأمريكية عام 1989 بصحة العقد المبرم بين الزوجين وعيادة مختصة بعلاج العقم بغرض إجراء تقنية الإخصاب الخارجي في حال الحياة، ووصف هذا الحكم البويضة الملقحة بأنها من ممتلكات الزوجين، فإذا رفضت العيادة تسليم البويضات الملقحة حق لهما رفع دعوى لاستردادها، كما قضت محكمة أخرى بأحقية الزوجين في الحصول على تعويض من الطبيب لقيامه بالتصرف في البويضة الملقحة دون علمهما وموافقتهما، ودون توافر سبب مشروع لعدم إتمام إجراءات التلقيح الاصطناعي الخارجي[3]. كما قضى القضاء السعودي بمشروعية الإخصاب في الأنابيب الذي يتم بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية وبثبوت النسب الشرعي للطفل المولود من هذه الوسيلة[4].

---

1 - أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 78، 79.
شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 74، 75.

2 - محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص 124.
فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 528.
ناهدة حسن سلمان البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993، ص 138.

3 - كمال محمد عون، الضوابط القانونية...، مرجع سابق، ص 91.

4 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 267.

كما وضع القضاء الفرنسي مبدأً هاما بشأن الإخصاب الاصطناعي الخارجي حال حياة الزوجين مفاده ثبوت نسب الابن المولود عن هذه التقنية، ففي قضية تتلخص في أن جنينا قد خصب بطريق الإخصاب الاصطناعي في بيئة مصطنعة وبعد ذلك زرعت اللقيحة في رحم الزوجة، وبعد فترة من الزرع ولد الطفل وأراد الزوج أن ينكر نسب الطفل إليه فرفع دعواه مستندا إلى أن التلقيح تم بواسطة ماء الغير لأنه كان مسافرا وزوجته لم تنكر ذلك.

رأت المحكمة أنه يكفي لقبول دعوى الزوج بإنكار نسب الطفل أن يثبت بالخبرة في مجال الدم نفي الأبوة، ومن ثم لا محل للبحث عما إذا كان الزوج قد وافق على الوسيلة أم لا[1].

الفرع الثالث

موقف التشريعات من تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي

يستوجب تبيان موقف التشريعات من تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين البدء بإلقاء نظرة في التشريع المقارن (أولا)، ثم توضيح موقف المشرع الجزائري من التقنية محل البحث (ثانيا).

أولا – نظرة في التشريع المقارن حول تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي:

أجازت العديد من التشريعات المقارنة تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي كالتشريع الأسترالي، التشريع الفرنسي، التشريع البريطاني والتشريع الإيطالي، وأوضح ذلك على النحو التالي:

1 – التشريع الأسترالي:

أصدر المشرع الأسترالي تشريعا يتضمن أهم القواعد الشكلية والموضوعية المتعلقة بتقنية التلقيح الاصطناعي بصفة عامة، وبتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي بصفة خاصة، وهذا بموجب التشريع الصادر عام 1984[2]، والذي يعتبر من التشريعات الرائدة في هذا المجال[3]، أوجب المشرع الأسترالي ضرورة الحصول على ترخيص بالنسبة للطبيب أو

1 - كمال محمد عون، الضوابط القانونية...، مرجع سابق، ص ص 91، 92.
بغدالي جيلالي، الوسائل العلمية...، مرجع سابق، ص 48.

2 - نشير إلى أن المصدر الرئيسي لهذا القانون توجيهات لجنة Waller التي شكّلت من قبل الدولة لبحث المشاكل الاجتماعية والأخلاقية والقانونية المرتبطة بالإخصاب خارج الرحم. راجع في ذلك:
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 86.

3 - وذلك بولاية فيكتوريا بأستراليا سنة 1984.

الجهة المنفذة، ضرورة موافقة الزوجين المتبصرة ومضي مدة لا تقل عن سنة يتم خلالها اختبار الوسائل الطبية الأخرى لمواجهة حالة عدم القدرة على الإنجاب، إذ يجب أن تنتهي تلك الاختبارات إلى تأكيد فشل الوسائل العادية لعلاج هذه الحالة، كما أكد على منع استعمال خلايا تناسلية من أكثر من شخص للحالة الواحدة، وعلى منع الاتجار في الأجنة أو في الخلايا التناسلية بوجه عام.

وهذا القانون لم ينص إلا على جزاءات إدارية ومالية دون أن تصل إلى العقوبات الجنائية[1].

2 – التشريع الفرنسي:

لقد جاءت تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسية الصادرة سنة 1994 – والسابق الإشارة إليها – لتحدث ثورة في مجال التقنين للممارسات الطبية الحديثة بشكل عام، وما تعلق منها بالأمشاج واللقائح الآدمية بشكل خاص، ولقد أجاز المشرع الفرنسي تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي[2]، وأكد في نص المادة L 2141-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه لا يمكن اللجوء إلى تكوين الأجنة عن طريق الإخصاب الخارجي إلا في إطار وحسب الأهداف المقبولة للمساعدات الطبية على الإنجاب المحددة في نص المادة L 2141-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

بالرجوع إلى نص المادة L 2141-2 من هذا القانون نجد بأنها أكدت على أن المساعدة الطبية على الإنجاب موجهة للاستجابة لطلب الأبوة (أي الحصول على طفل)، وعلى هذا الأساس فإنّ تكوين الأجنة عن طريق الإخصاب الخارجي في القانون الفرنسي

---

1 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 303، 304.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 86.
علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 461.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 247.

2 - نشير إلى أن أول نجاح لتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي (Fécondation in virto) في فرنسا كان في عام 1982، حيث ولدت الطفلة Amandine ويعتبر كل من البيولوجي جاك تستارت والدكتور فريدمان أصحاب أولى المحاولات الناجحة لها، وأول نجاح لهذه التقنية بعد تقنينها من طرف المشرع الفرنسي بقوانين سنة 1994، كان في جوان 2004 حيث ولدت الطفلة Clara راجع في ذلك:
MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, p 181.
BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, p 77.
HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Le droit de la bioéthique…, op.cit, p 58.

ليس له إلا هدف واحد هو إحداث الحمل ووضع المولود[1].

كما أجاز المشرع الفرنسي التلقيح الاصطناعي الخارجي (الإخصاب في أنابيب) بتدخل الغير فالبويضات الملقحة يمكن أن تستخدم من طرف الغير في القانون الفرنسي[2].

3 – التشريع البريطاني:

أصدر المشرع البريطاني قانونا خاصا بالخصوبة وعلم الأجنة البشرية سنة 1990، وهذا القانون صدر ليحكم المساس بالأمشاج واللقائح الآدمية المشكلة في بيئة اصطناعية (In virto) دون أن تمتد أحكامه لتشمل اللقائح المخصبة بالطريق البيولوجي الطبيعي المعتاد، وهذا ما أوضحته الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من هذا القانون[3].

ونص هذا القانون على إنشاء هيئة تسمى هيئة الإخصاب البشري والأجنة من مهامها: تشكيل لجان للتصاريح ومراقبة تنفيذ إجراءات التلقيح الاصطناعي عامة، ويندرج تحتها حالات الإخصاب خارج الجسم في الأنابيب وتحدد هذه الهيئة إجراءات وقواعد استخراج الخلايا التناسلية وفحصها وتجميدها وتخزينها وزراعتها، والوضع القانوني للأب والأم وحقوق الجنين والمعلومات التي يجب الحصول عليها والاحتفاظ بها وشروط إفشائها وغير ذلك من القواعد المنظمة لتنفيذ هذه الوسيلة[4].

4 – التشريع الإيطالي:

أجاز المشرع الإيطالي تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي في قانون المساعدة الطبية على الإنجاب الصادر في 19 فيفري 2004، إلا أن هذا القانون يسمح فقط بزرع ثلاثة بيوضات ملقحة في وقت واحد، وذلك لتفادي تجميد البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، وهذا الإجراء منتقد من طرف الأوساط العلمية في إيطاليا.

---

1 - MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, p 198.

2 - ROBERT Jacque, DUFFAR Jean, Droits de l'homme…, op.cit, p 237.

3 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 340، 341.

4 - راجع في ذلك: MANUEL Catherine, Les solutions retenus dans les différents Etats européens, RGDM, Numéro spécial, 2000, pp 152, 153.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 88، 90.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 86، 87.

أصدرت في هذا الصدد المحكمة الدستورية الإيطالية قرارا بتاريخ 1 أفريل 2004 يقضي بعدم دستورية إجراء زرع البويضات الملقحة في الوقت نفسه، وأعلنت أن المادة 2/14 من قانون 19 فيفري 2004 تخالف أحكام الدستور الإيطالي، وفي 19 جوان 2005 تم تنظيم استفتاء في إيطاليا من أجل تعديل بعض أحكام هذا القانون (الوضع القانوني للبويضات الملقحة، المساعدة الطبية على الإنجاب بتدخل الغير، زرع البويضات الملقحة في وقت واحد) إلا أنّ نسبة المشاركة كانت ضعيفة، فلهذا لم يتم تعديل أحكام هذا القانون[1].

ثانيا – موقف المشرع الجزائري من تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي:

أجاز المشرع الجزائري تقنية التلقيح الاصطناعي بوجه عام في نص المادة (45) مكرر من قانون الأسرة الجزائري، واشترط عدة ضوابط كأن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة المرأة، ولكنه لم يشترط أن يتم ذلك داخل الرحم (التلقيح الاصطناعي الداخلي) أو أن يتم ذلك خارج الرحم (التلقيح الاصطناعي الخارجي) [2].

يمكن استخلاص موقف المشرع الجزائري من الوسيلة محل البحث ضمنيا بالرجوع إلى نصوص أخرى كالمادة 68 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي نصت على ما يلي: « ***تتمثل حماية الأمومة والطفولة في جميع التدابير الطبية والاجتماعية والإدارية التي تستهدف على الخصوص ما يلي:***

- حماية الأم بتوفير أحسن الظروف الطبية والاجتماعية لها قبل الحمل وخلاله وبعده... ».

كما نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من القرار رقم 97 الصادر عن وزير الصحة بتاريخ 04 سبتمبر 1995 المتضمن إنشاء المراكز الطبية المساعدة على الإنجاب على أنه: « ***من بين مهام هذه المراكز التولي بتكفل الزوجين العقيمين عن طريق تقديم لهما علاج ذو مستوى عالي*** »[3].

---

1 - CANUT Élodie, Les éléments et produits…, op.cit, p 214, 219.
Agence de la biomédecine: Encadrement juridique…, op.cit, p 36.

2 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 69.
بغدالي جيلالي، الوسائل العلمية...، مرجع سابق، ص 47.

3 - أشارت إلى ذلك: تشوار حميدو زكية، "حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري"، م ج ع ق إ س، العدد الأول، جامعة الجزائر، 2003، ص 43.

يمكن القول على هذا الأساس بجواز تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي في القانون الجزائري بشرط مراعاة الضوابط الواردة في نص المادة (45) مكرر من قانون الأسرة الجزائري وهي: أن يكون الزواج شرعيا، أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، وأن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

في ختام عرض موقف المشرع الجزائري من تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي هناك بعض الملاحظات تسجل على مضمون نص المادة (45) مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي تناولت التلقيح الاصطناعي، أعرضها فيما يلي:

- لم يذكر المشرع الجزائري شرط تحقق الضرورة العلاجية وهو قيد أساسي لإجازة التلقيح الاصطناعي، وبالتالي كان عليه أن يدرجه ضمن الشروط التي نص عليها، وإلا فإنّ نص المادة بالصياغة الحالية تجيز التلقيح الاصطناعي مطلقا، ولو من غير تجريب للوسائل العلاجية الأخرى[1]، فيجب أن تكون ثمة ضرورة تقتضي هذا الإجراء من ظروف مرضية أو خلقية لا تسمح بإتمام الحمل بالطرق الطبيعية[2].

- إن المشرع الجزائري اقتصر على عرض الشروط المتعلقة بالزوجين المستفيدين من العملية دون أدنى إشارة إلى الشروط المتعلقة بالممارسين الطبيين والمراكز أو العيادات التي تمارس فيها هذه التقنية[3]، لأنه يجب فرض رقابة مشددة على القائمين على هذه العمليات، وقصر صلاحية القيام بمثل هذا النوع من التلقيح على جهة واحدة فقط تخضع لإشراف رسمي ومراقبة دورية من المسؤولين، ويجب وضع معايير دقيقة لانتقاء العناصر التي تصلح للعمل في هذا المجال[4].

- لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى الآثار التي تنجر عن مخالفة القيود والشروط القانونية لإجازة عملية التلقيح الاصطناعي المذكورة في نص المادة (45) مكرر، فلابدّ من تجريم تلك الضوابط وتحديد المسؤولين عن المخالفات سواء كانوا من

---

1 - تشوار حميدو زكية، "شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الرابع، كلية الحقوق بجامعة تلمسان، 2006، ص 93.
إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص 220.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 90.

3 - إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص 220.

4 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 84، 85.

الأطباء الممارسين أو الإدارة الطبية المهيمنة عليها، أو من طرفيها (الزوج أو الزوجة) وفرض جزاء جنائي على هذه المخالفات[1].

المطلب الثاني

الوضع القانوني للبويضات الملقحة

يؤدي حدوث التلقيح خارج الرحم إلى بقاء البويضات الملقحة مدة زمنية قبل زرعها في رحم المرأة الراغبة في الإنجاب، ويُقصد بذلك على وجه التحديد المدة من تاريخ حدوث التلقيح إلى تمام عملية الزرع، إذ يثور التساؤل حينئذ عن الطبيعة القانونية لهذه البويضات (الفرع الأول)، ولاشك في أن تحديد الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة في هذه الفترة يتوقف عليه تحديد مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة

اختلف الفقهاء حول مسألة بداية الحياة الإنسانية إلا أنهم متفقون على أن للجنين حرمة، وأنه منذ تكوينه يعد كائنا حيا ونفسا محترمة، يجب حمايتها من الاعتداء عليها منذ بداية الحمل، وأن للجنين وجود حقيقي يكفل له من بداية حياته بعض الحقوق، وحجز نصيبه من الميراث وصحة الوصية له أو الوقف عليه[2]، والسؤال الذي يثور هنا: هل تعتبر البويضة الملقحة جنينا، وهل تعامل في هذه الفترة المعاملة نفسها المقررة للجنين؟

اختلف الفقه في مدى اعتبار البويضة الملقحة جنينا (أولا) كما أن التشريعات الوضعية لم تحدد بشكل دقيق هذه الطبيعة القانونية (ثانيا).

أولا – موقف الفقه من الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة:

اهتم الفقه بالبحث عن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للبويضات الملقحة[3] وكعادته انقسم إلى عدة اتجاهات يمكن ردها إلى اتجاهين:

---

1 - علي أحمد لطفي الزبيري، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 458.

2 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 99.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 429.
محمد سعد خليفة، الحق في الحياة...، مرجع سابق، ص 20.

3 - من الناحية القانونية يمكن تعريف البويضة الملقحة (L'embyron) على أنها مرحلة النمو التي تعقب عملية الإخصاب خارج الرحم حتى زرعها في رحم الأم، راجع في ذلك: رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 232.

الاتجاه الأول – البويضة الملقحة كائن بشري منذ التلقيح:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار البويضة الملقحة جنينا، ويتفق هذا الرأي مع الاتجاه القانوني القائل بأن الحياة الإنسانية ترتبط بالإخصاب[1]، وأن الجنين منذ الإخصاب يتمتع بنوع من الحياة[2]، غاية ما في الأمر، أنها حياة تختلف في مظهرها عن الحياة العادية للإنسان، فهذه البويضة الملقحة تنمو وتتطور والنمو هو علامة الحياة، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن البويضة الملقحة لها حياة من الناحية البيولوجية، لأنها تتكون من خلايا حية، وقدموا لذلك مجموعة من الأدلة العلمية التي تؤيد وجهة نظرهم تتمثل في:

- أن البويضة الملقحة تضم كل المكونات الجنينية.
- وجود استمرارية في التطور للبويضة الملقحة.
- استجابة البويضة الملقحة للتغيرات الموجودة في البيئة المحيطة بها[3].

يؤكد أنصار هذا الاتجاه على أن البويضة الملقحة هي مادة بيولوجية إنسانية فهي تجمع بين المكونات الوراثية الضرورية والكافية للبنية الإنسانية، فالبويضة الملقحة تحمل الخصائص الأساسية للإنسان، فإذا كان الأصل الوراثي ليس قاصرا على الإنسان، إلا أن الإنسان يختلف عن غيره من الكائنات الحية النباتية أو الحيوانية في نواحي متعددة، فالجنين له قيمة في ذاته مما يقتضي حمايته سواء كان داخل الرحم أو خارجه، فيتميز عن غيره من الكائنات الحية في أن استمراره ونموه يؤدي إلى تكوين إنسان آدمي، فعملية تلقيح البويضة تعد بداية لمراحل تطور الحياة الإنسانية، فالأمر يتعلق بمرحلة في بناء الإنسان ومما يتعارض مع كرامة الإنسان والقيم الدينية والاجتماعية وصفه أثناء تلك المرحلة أو في أي مرحلة تليها بأنه من الأشياء التي يجوز التصرف فيها[4].

---

1 - يقول في هذا الصدد د. محمود نجيب حسني: « تبدأ حياة الجنين بالإخصاب، أي بتلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة، فبمجرد اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين، ويستحق من ثم الحماية، وفي عبارة أخرى الجنين هو البويضة الملقحة » راجع في ذلك:

محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 503.

2 - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 179.

3 - راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014 – 2015، ص 42.

فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص ص 364 – 365.

4 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص326، 327. =

ولقد أيد أغلب الفقه الفرنسي اعتبار الجنين إنسانا وليس شيئا، وذلك على اعتبار أن مبدأ حرمة جسم الإنسان غير قابل للتجزئة أو التغيير، فلا جدال أن البويضة الملقحة والجنين بالتالي من الناحية العضوية والحيوية لا يمكن اعتبارها شيئا[1].

كما أكد بعض الخبراء في النمسا على أن وصف الجنين بأنه من الأشياء فيه مساس بالقيم السائدة في المجتمع، فالجنين يحوي الاستعداد البيولوجي للتطور وتكوين الإنسان وبدء الحياة، فالجنين الآدمي هدف في حد ذاته وليس وسيلة لتحقيق هدف[2].

وعلى ذلك يمكن القول أن البويضة تستحق الحماية القانونية[3] بمجرد تمام عملية التلقيح بصرف النظر عن العمر الزمني للبويضة الملقحة، وإن هذه الصفة الإنسانية تستمر لها حتى يبدأ الوجود القانوني لهذا الكائن كإنسان[4].

كما أن البحث أو المعالجة التي تؤدي إلى تحطيم البويضة الملقحة غير مقبول من الناحية الأخلاقية[5].

الاتجاه الثاني - البويضة الملقحة من الأشياء:

لم يعترف أنصار هذا الاتجاه للبويضة الملقحة بالحماية القانونية ومن ثم اعتبرها من عداد الأشياء وذلك بقصد إتاحة الفرصة أمام إجراء التجارب الطبية المختلفة عليها.

يعلق الأستاذ برنارد ماتيو على ذلك بقوله: « إن هذا الاتجاه يعتبر الأجنة أو البويضات الملقحة أشياء بل عبيدا لا كرامة أو قيمة لها، وهو بذلك يراعي فقط تلبية مطالب الأزواج الذين لا يستطيعون الإنجاب فيلجئون إلى الأجنة المكونة معمليا باعتبارها أشياء

=محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 129.
عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 118.

1 - أشار إلى ذلك: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 26، 27.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 432.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 130.

3 - هذا ما أكدته التوصيات الصادرة عن الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي التي عقدت بكلية الحقوق جامعة القاهرة خلال الفترة من 23 إلى 24 نوفمبر 1994، حيث نصت على ضرورة أن يجرم القانون فعل الإتلاف أو الإيذاء العمدي وسائر صور الاعتداء التي تقع على النطفة المخصبة الناتجة عن تلقيح اصطناعي في نطاق العلاقة بين الزوجين، وذلك قبل إيداع هذه النطفة المخصبة في رحم الزوجة، راجع في ذلك:
عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 118.

4 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 28.

5 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 433.

يسهل التعامل فيها »[1]. وذهب جانب من الفقه إلى القول أن الاعتراف للبويضات الملقحة بالشخصية القانونية يعتبر وهم وخيال وهذه الأخيرة ليست إلا مجرد أشياء محمية[2].

تأكيدا لهذا الرأي قام أنصاره بالتفرقة بين الأطوار الجنينية للحمل فحياة الجنين في العشر أسابيع الأولى مختلفة عن المراحل التالية لحياة الجنين، إذ لم يعترف أنصار هذا الاتجاه للبويضات الملقحة في العشر أسابيع الأولى بالصفة الآدمية مطلقا، بحجة أن البويضات الملقحة لا تستطيع أن تحمل الخصائص المميزة للشخصية الإنسانية، والتي يجب عند التمتع بها أن توصف بالشخص، وأن تمتلك القدرة على الإدراك والتفكير، وهو الأمر الذي ليس متوافرا للبويضة الملقحة في هذه المرحلة، ومن ثم فلا يمكن أن توصف الأجنة المستكنة في الأنابيب بالشخصية الاحتمالية، في حين أن البعض الآخر من أنصار هذا الاتجاه يرتب الصفة الآدمية للبويضات الملقحة بعد الأسابيع العشرة للتلقيح[3].

يستخلص مما سبق أنه وفقا لهذا الاتجاه لا تكون هناك التزامات في مواجهة البويضات الملقحة التي هي مجرد مواد بيولوجية.

بناءً على ذلك يصبح مشروعا إنتاج أجنة غير محددة العدد أو تزيد عما هو مطلوب وتجميدها واستعمالها في كل ما يفيد البشرية لتحقيق التقدم العلمي والفني في مجال التكاثر البشري أو الحد منه أو العلاج بمفهومه الواسع[4].

ثانيا – الوضع القانوني للبويضات الملقحة في التشريعات الوضعية:

لم تقدم العديد من التشريعات المقارنة التي أجازت عمليات التلقيح الاصطناعي نصا واضحا يبين الوضع القانوني للبويضات الملقحة، وأركز فيما يلي على موقف المشرع الفرنسي (1)، ثم نعرض موقف المشرع الجزائري (2).

1 – الوضع القانوني للبويضات الملقحة في التشريع الفرنسي:

إن تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الصادرة في 1994 بالرغم من أنها نظمت

1 - نقلا عن: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 25.

2 - أشارت إلى ذلك: خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 160.

3 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 434، 435.

4 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 325.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 129.

تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي إلا أنها لم تحدد الوضع القانوني للأجنة الناتجة عن هذه العمليات[1]، فلا وجود لنظام قانوني لهذه الأجنة في التشريع الفرنسي[2].

بالرجوع إلى المواد التي عالجت هذه التقنية محل الدراسة نجد أنها لا تساعد على كل حل المشكلة لأن المشرع الفرنسي لم يفصل في هذه المسألة، فعند قراءة بعض النصوص في التشريع الفرنسي نعتقد أن المشرع يعترف بالحياة الإنسانية لهذه الأجنة، وذلك حينما نص على حماية قانونية لهذه الأجنة ضمن قانون العقوبات[3]، فالمشرع الفرنسي لم يمنع فقط بيع وشراء هذه الأجنة (المادة 511-15)، وإنما منع كذلك استعمال هذه الأجنة لأغراض تجارية وصناعية (المادة 511-17)، وإن كانت هذه النصوص تدفع إلى الاعتقاد إلى أن الأجنة الموجودة داخل الأنابيب هي عبارة عن كائنات بشرية لها حق الحماية القانونية فهناك نصوص أخرى توحي بالعكس تماما إذ أن هناك نصوص أخرى تعامل هذه الأجنة معاملة الأشياء، فالمشرع الفرنسي يتحدث عن إمكانية تجميد الأجنة، وعن إمكانية إتلافها بعد الاحتفاظ بها لمدة خمسة سنوات[4].

كل هذه النصوص تدفعنا إلى التساؤل جديا عن مدى اعتبار هذه الأجنة البشرية كائنات بشرية أم أنها تصنف ضمن فئة الأشياء في القانون الفرنسي؟

يظهر بالرجوع إلى موقف المجلس الدستوري الفرنسي من هذه المسألة أنه أكد في قراره الصادر بتاريخ 27 جويلية 1994 على أن هذه الأجنة لا تدخل ضمن نطاق الحماية المقررة لكل كائن بشري منذ لحظة الولادة[5].

كما أكد المجلس الدستوري الفرنسي في هذا القرار أنه لا يدخل ضمن صلاحياته أن

---

1 - إن مشكلة تحديد نظام قانوني للجنين ظهرت في فرنسا عند مناقشة تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية، أين ظهرت هناك آراء متعارضة حول هذه المسألة، إذ طالب بعض البرلمانيين الاعتراف بحماية قانونية تضمن كرامة الجنين ككائن بشري عن طريق وضع نظام قانوني له، في حين عارض البعض هذا الاقتراح بشكل مطلق. راجع في ذلك:
MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, p 267.

2 - DHONTE-ISNARD Emmanuelle, L'embryon humain in vitro et le droit, l'Harmattan, Paris, 2004, p 131 et s.

3 - ROBERT Jacque, DUFFAR Jean, Droits de l'homme…, op.cit, pp 236, 237.

4 - BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, p 77.

5 - MATHIEU Bertrand, La bioéthique, op.cit, p 104.
HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Le droit de la bioéthique…, op.cit, p 20.

يعيد البحث في النصوص التي اتخذها المشرع سابقا والتي تتعلق بحالة الأشخاص والمعارف والتقنيات[1].

وذهب العديد من الفقهاء في فرنسا إلى القول بأن هذا القرار الصادر من المجلس الدستوري يعارض إرادة المشرع وأن المجلس الدستوري اعتبر الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي الخارجي كائن غير بشري[2].

من الناحية الفقهية نعلم دائما أن الفقه القانوني في فرنسا بذل جهدا كبيرا من أجل اقتراح نظام قانوني للجنين، وسعى في البحث لمعرفة إذا كان هذا الجنين يعتبر كشخص أو كشيء[3]، حتى أن البعض أشار إلى صعوبة تصنيف الجنين ضمن أحد الفئات القانونية الموجودة[4].

أمام هذه الوضعية فإن العديد من شراح القانون في فرنسا ذهبوا إلى القول أنه بالرغم من عدم وجود نظام قانوني للأجنة الناتجة عن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي، فإن القانون الفرنسي نظم نوعا من الحماية لهذه الأجنة وهذا ما يصنفها خارج صفة الأشياء[5].

2 – الوضع القانوني للبويضة الملقحة في التشريع الجزائري:

أجاز المشرع الجزائري تقنية التلقيح الاصطناعي في نص المادة (45) مكرر من قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه إلا أنه لم يشترط أن يتم ذلك داخليا أو خارجيا، كما أنه لم ينظم إطلاقا مسألة الوضع القانوني للبويضة الملقحة الناتجة عن تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي وأمام سكوت المشرع الجزائري يتعين الرجوع إلى الفقه الإسلامي استنادا إلى نص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري[6].

---

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 91.

2 - BERTRAND Edelman remarque que : « contre la volonté du législateur » le conseil constitutionnel a fait de l'embryon in vitro « un non-être humain ». Mme FENOUILLET note également que la décision du conseil « est absolument contraire à la volonté du législateur » cité par MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, p 269.

3 - DHONTE-ISNARD Emmanuelle, L'embryon humain…, op.cit, p 170 et s.

4 - HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, Le droit de la bioéthique…, op.cit, p 21.

5 - MONGE Luz, La liberté de procréer…, op.cit, p 273.

6 - تنص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: « ***كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية*** ».

بالرجوع إلى موقف الفقهاء المعاصرين حول التكييف الشرعي للبويضات الملقحة نجد بأنهم انقسموا إلى اتجاهين، فالاتجاه الأول يؤكد أنه لا يوجد فرق بين البويضات الملقحة الموجودة داخل الرحم وخارجه فكلاهما يعد جنينا[1].

إذ يرى أنصار هذا الرأي أن البويضات الملقحة الزائدة في عملية أطفال الأنابيب هي في الواقع أجنة في العرف العلمي والشرعي، وبما أنها أجنة فلها حرمة وكرامة ولا يجب أن يتعدى عليها بالإتلاف، ولا بالنقل إلى الغير، كما لا يجب أن تكون عرضة للتجارب العلمية[2].

وقد يعزز هذا القول اعتبارات المنطق فالقول بأن البويضة الملقحة في بطن الأم لها حرمتها من وقت التحام النطفة الذكرية بالبويضة المؤنثة ومن ثم حدوث الإخصاب، يعني منطقيا أن هذه النطفة ذاتها يجب أن تكون لها نفس الحرمة خارج الرحم (في الأنبوب)، فالحرمة إذا تبدأ من وقت التلقيح، فيستوي بعد ذلك أن تكون البويضة الملقحة داخل الرحم أو خارجه[3].

لكن الغالبية العظمى من الفقهاء لا يؤيدون التفسير السابق وهم أصحاب الرأي الثاني، وذهبوا إلى القول أن البويضة الملقحة في أنبوب الاختبار لا تأخذ حكم الجنين في رحم أمه، ولا تعتبر جنينا بالمعنى الشرعي إلا من تاريخ إعادة زرعها في رحم الزوجة التي ترغب في الإنجاب، فالجنين في اعتقاد هذا الرأي هو المادة التي تتكون في الرحم من عنصرين الحيوان المنوي والبويضة[4].

لهذا يمكن القول، بناءً على ذلك أن حرمة البويضة الملقحة مرتبطة بمكان وجودها، فقيمتها وحرمتها إنما تكون إذا كانت في الرحم، أما البويضة الملقحة خارج الرحم فلا تعتبر بهذا المعنى جنينا، فالجنين لا يكون إلا في بطن أمه[5].

---

1 - راحلي سعاد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 41.

2 - عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 120.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 100.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 162.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 100.
مواسي العلجة، التعامل القانوني...، مرجع سابق، ص ص 47، 48.

4 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 442.
مواسي العلجة، التعامل القانوني...، مرجع سابق، ص 48.

5 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 101.

وهكذا فإن أنصار هذا الرأي يؤكدون على أن البويضة الملقحة في أنبوب ليست جنينا في المفهوم الشرعي والقانوني والعلمي، ولا يتعارض ما سبق مع تمتعها بنوع من الحياة[1].

نخلص مما سبق إلى أن البويضات الملقحة في الأنابيب ليست جنينا بالمعنى الدقيق للكلمة، فبالتالي لا يمكن أن نطبق على هذه البويضات الملقحة الأحكام الخاصة بالجنين فلا يمكن مثلا أن نطبق عليها أحكام جريمة الإجهاض، ولا يجوز أن يحجز للبويضة الملقحة نصيب من الميراث إذا توفى الزوج قبل إجراء عملية الزرع، ولكن في الوقت نفسه لا يمكن معاملة هذه البويضات الملقحة معاملة الأشياء، هذا يعني أن هذه البويضات الملقحة تستحق الحماية القانونية بمجرد تمام عملية التلقيح.

الفرع الثاني

مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة

يترتب عن إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي بقاء عدد كبير من البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة وما دام أن هناك احتمال لاستعمالها مرة أخرى ابتكر العلماء وسيلة للاحتفاظ بهذه البويضات تعرف بوسيلة التجميد (أولا) ولما كانت هذه البويضات ليست بأشياء فقد ثار نقاش حول مدى مشروعية إجراء الأبحاث والتجارب عليها (ثانيا)، بالإضافة إلى ذلك تطرح مسألة أخرى في هذا المجال تتعلق بمدى مشروعية إتلاف البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة (ثالثا).

أولا – تجميد البويضات الملقحة:

انقسم الفقه إلى اتجاهين بصدد مسألة مدى مشروعية عملية حفظ البويضات الملقحة عن طريق تجميدها[2]، إذ ذهب البعض إلى تأييد هذه الوسيلة (1) واتجه آخرون إلى معارضتها (2).

---

1 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 443.

2 - بدأ تجميد الأجنة والاحتفاظ بها في ما يسمى ببنك الأجنة عام 1976، وبنك الأجنة عبارة عن ثلاجة أو غرفة كيميائية صغيرة يستخدم فيها النيتروجين السائل بغرض التبريد ويتم الحفظ بواسطة تجميد الأنسجة والخلايا تماما، فعندما تتجمد الأنسجة تقف فيها كل التفاعلات الحيوية وعندما يراد الاستفادة من تلك الأجنة يسمح الأطباء برفع درجة الحرارة تدريجيا فتعود التفاعلات الكيميائية مرة أخرى، أي تعود لها الحياة مرة أخرى، وبهذه الطريقة يجد الطبيب لديه في البنك أجنة جاهزة يستطيع استخدامها في الوقت الذي يحدده، راجع في ذلك:
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 73. =

1 – الاتجاه القائل بجواز تجميد البويضات الملقحة:

ذهب البعض إلى القول بجواز تجميد البويضات الملقحة واستند هذا الرأي[1] إلى حجج مختلفة من أهمها:

- إنّ تجميد البويضات الملقحة يساعد على تسهيل إجراءات التلقيح الاصطناعي الخارجي فقد تفشل هذه العملية في المرأة الأولى، فيمكن حينئذ الاستفادة من البويضات المجمدة لإعادة محاولة زرعها مرة أخرى في رحم المرأة التي ترغب في الإنجاب، بل يمكن تكرار هذه المحاولات دون أن تضطر الزوجة للخضوع لتدخل جراحي في كل مرة لسحب البويضات منها.

- إنّ تجميد البويضات يساعد الطبيب على اختيار اللحظة المناسبة طبيا لإجراء عملية الزرع حتى يضمن أعلى نسبة لنجاح هذه العمليات.

- كما أن تجميد البويضات يتيح للزوجة التي تخشى عقما مستقبلا نتيجة تدخل جراحي معين (كاستئصال المبيض مثلا) بأن تحتفظ بإمكانية أن تصبح بعد ذلك أُمًا في الوقت الذي تختاره، وبذلك يمكن الإبقاء على أمل الأمومة لديها قائما بدلا من أن تفقد هذا الأمل نهائيا إلى الأبد.

ويضاف إلى ذلك أن تجميد البويضات الفائضة يساهم في اكتشاف الكثير من الأمراض وخاصة الأمراض الوراثية منها، وهذا يساعد الأطباء على اكتشاف طرق علاجية جديدة[2].

2 – الاتجاه المعارض لعملية حفظ البويضات الملقحة عن طريق التجميد:

اتجه البعض إلى القول بعدم جواز حفظ البويضات الملقحة عن طريق التجميد[3] واستندوا إلى حجج عديدة نذكر منها:

=أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 149.

راحلي سعاد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 48.

1 - حول هذا الاتجاه انظر: شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 270، 271.

فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص ص 383، 384.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 131.

2 - راحلي سعاد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 49.

3 - حول هذا الاتجاه ومساوئ وسيلة حفظ البويضات الملقحة عن طريق التجميد انظر: =

- نظرا لحداثة موضوع التلقيح الاصطناعي، ومن ثم حداثة تقنية حفظ البويضات الملقحة عن طريق تجميدها فما زالت وسيلة التجميد في مرحلة التجارب ولم يستطع الطب وأصحاب التخصص أن يحددوا على وجه الدقة الآثار الجانبية التي يمكن أن تنعكس على الطفل في المدى القريب أو البعيد، نتيجة لتجميد البويضة الملقحة، فبالتالي لم يستطع العلم أن يقدر تماما المخاطر المترتبة عن استعمال بويضة مجمدة في الإنجاب.

- من مساوئ عملية حفظ البويضات الملقحة عن طريق تجميدها أنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب وتساعد على تفشي الأمراض وفتح باب الاتجار في هذا المجال.

- كما يرى بعض الفقه المعارض لعملية تجميد البويضات الملقحة (الأجنة)، أن هذه العملية تؤدي إلى تشبيه الإنسان بالشيء.

كما أن تجميد الأجنة يثير مشكلة فيما إذا توفى الزوجان بعد تلقيح البويضة وقبل إجراء عملية الزرع، وقد أثير التساؤل عن الحل الصحيح في هذه الحالة، هل يجب إتلاف هذه البويضات أم يمكن استعمالها لأغراض البحوث والتجريب[1].

وقد تناولت لجنة Waller - المشار إليها سابقا – بحث الموضوع وانتهت إلى أنه ما دام لم يثبت وجود وصية من قبل الزوجين إزاء البويضة فيجب إخراجها من مكان التجميد وتركها للوفاة[2].

أما في الجزائر نصت التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 الصادرة عن وزارة الصحة على أن تجميد اللقائح الزائدة تخضع لموافقة الزوجين، وحددت مدة التجميد بثلاث سنوات، وبعد انقضاء هذه المدة يتم تحطيم هذه اللقائح ويحرر محضر بذلك، كما

=فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص ص 384، 385.

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 271.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 83

خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 164 وما بعدها.

راحلي سعاد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 49.

1 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 87.

محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 112.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 135.

نصت على أن مصير اللقائح الزائدة بعد حل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة هو التحطيم الإلزامي[1].

ثانيا – إجراء الأبحاث أو التجارب الطبية على الأجنة البشرية:

لاشك أن البحث في مسألة مدى مشروعية إجراء الأبحاث والتجارب الطبية على الأجنة البشرية يرتبط ارتباطا مباشرا بطبيعة البويضة الملقحة، فالقول بأن البويضة الملقحة مجرد شيء يؤدي إلى مشروعية كافة أنواع الأبحاث والتجارب التي يمكن أن تجري عليها، أما إذا قلنا بأن البويضة الملقحة ما هي في حقيقة أمرها إلا شخص محتمل فإنّ ذلك يؤدي إلى منع كافة أنواع الأبحاث والتجارب الطبية[2].

يذهب الاتجاه الغالب إلى عدم جواز إخضاع الأجنة للأبحاث أو التجارب إلا لأغراض علاجية، وأن يتوافر الرضا الصحيح المتبصر من قبل الزوجين وألا يترتب على التجارب احتمال الإضرار بالجنين حتى ولو كان الضرر بسيطا[3].

اتجهت بعض التشريعات إلى إباحة إجراء الأبحاث والتجارب العلمية[4] على البويضات الملقحة كالتشريع البريطاني (1) والتشريع الفرنسي (2).

1 – التشريع البريطاني: نظم المشرع الإنجليزي مسألة إجراء التجارب على البويضات الملقحة في المادة (3) وملحقين في قانون الإخصاب وعلم الأجنة البشرية الصادر في 1 نوفمبر 1990. هذا القانون الذي تم اعتماده لم يأخذ بعين الاعتبار ما خلصت إليه لجنة (Warnork) بشأن التمييز بين مرحلة ما قبل البويضة الملقحة (قبل 14 يوما من تاريخ

---

1 - أشار إلى ذلك: قاسم العيد عبد القادر، "التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته، وموقف المشرع الجزائري منه"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2007، ص ص 210، 212.

2 - أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية...، مرجع سابق، ص ص 190، 191.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 133.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 135.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 84.

4 - نشير إلى أن تقرير لجنة Warnock - المشار إليه سابقا - أكد على أنه لا يجوز استخدام البويضات الملقحة الزائدة أو التصرف فيها لأغراض البحث أو غيرها من الأغراض إلا بعد الموافقة الصريحة والمتبصرة من قبل الزوجين، وأن الأبحاث في هذه الحالة يجب ألا تتم إلا بعد الحصول على ترخيص من جهة مختصة، وأن تقتصر على فترة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ التلقيح، وأن مخالفة ذلك يجب أن يرتب جزاءات جنائية، راجع في ذلك:
شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 272.

الإخصاب)، في هذا المرحلة يجوز إجراء التجارب عليها. ومرحلة ما بعد تكوين البويضات الملقحة أي بعد 14 يوما من تاريخ الإخصاب، في هذه المرحلة لا يجوز إجراء التجارب عليها إلاّ أن الحل المعتمد هو نفسه، إذ أجاز المشرع الإنجليزي إجراء التجارب على البويضات الملقحة إلى غاية اليوم الرابع عشر من تاريخ تكوينها دون احتساب مدة تجميدها[1].

والمشرع البريطاني لم يتجه فقط إلى إباحة إجراء الأبحاث والتجارب على البويضات الملقحة، وإنما أجاز للعلماء والباحثين تكوين بويضات ملقحة في بيئة اصطناعية بغرض إجراء الأبحاث عليها[2]، فالقانون البريطاني لم يعترف للبويضة الملقحة بالحق في الحماية القانونية، بالرغم من أنه فرض مجموعة من القيود في هذا المجال إلا أنها لم تكن كافية، وهذا انعكس بدوره على تساهل المراكز الطبية التي تقوم بإجراء التجارب عليها، حيث يتم قتل العديد من هذه البويضات بعد استخدامها في التجارب العلمية في انجلترا[3].

وقد أكد المشرع البريطاني مؤخرا على اتجاهه الليبرالي إزاء استخدام واستغلال البويضات الملقحة في أغراض البحث والتجريب حينما أقر مجلس اللوردات في 22 جانفي 2001 التعديل الذي أدخل على قانون الإخصاب وعلم الأجنة لعام 1990، إذ أصبح هذا الأخير يجيز القيام بممارسة الاستنساخ على البويضة الملقحة التي لم يتجاوز عمرها 14 يوما من تاريخ الإخصاب شريطة أن يكون الهدف من ممارسة هذا الاستنساخ هو تحقيق مصلحة علاجية وغاية طبية[4].

2 – التشريع الفرنسي:

نظم المشرع الفرنسي مسألة إجراء الأبحاث والتجارب العلمية على الإنسان بوجه

---

1 - ANDRO Roberto, La distinction juridique…, op.cit, pp 121, 122.

2 - MANUEL Catherine, Les solutions retenus…, op.cit, p 152.

رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 640.

حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 25.

3 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 434.

حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 25.

4 - راجع في ذلك: محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2016، ص ص 354، 355.

مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 347.

عام في القانون رقم 1138 والصادر في 20 ديسمبر 1988 والخاص بحماية الأشخاص الخاضعين للأبحاث البيوطبية ونشير بداية إلى أن هذا القانون لم يتعرض في نصوصه للأبحاث والتجارب العلمية التي تجري على البويضات الملقحة، إلا أنّ الرأي العام لدى الفقه الفرنسي ذهب إلى القول بعدم جواز إجراء التجارب الطبية على البويضات الملقحة في ظل أحكام هذا القانون[1].

ثم جاء قانون الصحة العامة لسنة 1994 ليأكد المشرع الفرنسي صراحة في نص المادة 152 الفقرة الثامنة على منع إنشاء بويضات ملقحة بغرض إجراء الأبحاث أو التجارب العلمية، غير أنه أورد استثناء يقضي بإجازة أنماط معينة من الدراسات الطبية العلمية على البويضات الملقحة شريطة أن يكون الهدف من هذه الدراسات هدفا طبيا، وكذلك لابد من موافقة الرجل والمرأة صاحبي البويضة الملقحة موافقة صريحة ومكتوبة كما أنه يجب في كل الأحوال أن لا يكون من شأن هذه الدراسات المساس بالبويضة الملقحة محل الدراسة[2].

كما أكد المشرع الفرنسي على مبدأ منع إجراء الأبحاث على البويضات الملقحة في قانون الصحة العامة رقم 2004-800 المؤرخ في 6 أوت 2004، وهذا في نص المادة 5-L2151 منه، إلا أنه أجازها مرة أخرى بشكل استثنائي وبترخيص لمدة خمسة سنوات من تاريخ نشر مرسوم مجلس الدولة طبقا لنص المادة L2153-8 من هذا القانون، ولكن بشرط توافر عدة ضوابط: الموافقة الصريحة والمكتوبة للزوجين، وفي حالة وفاة أحدهما تكفي موافقة الآخر الذي بقي على قيد الحياة، وهذه الموافقة يجب تأكيدها بعد ثلاثة أشهر من التفكير، وألا تشكل هذه الأبحاث مساسا بالبويضات الملقحة، وأن تمكن هذه الأبحاث من تحقيق هدف علاجي مهم، وأن تقتصر هذه الأبحاث على البويضات الملقحة التي يتم إنشائها ضمن التلقيح الاصطناعي الخارجي والتي لم تعد تشكل مشروع لتحقيق الأبوة بالإضافة إلى ضرورة الحصول على ترخيص من الوكالة البيوطبية الفرنسية[3].

ولقد عرف موضوع إجراء الأبحاث على البويضات الملقحة تطورا مهما سنة 2013، فبعد ما كان المبدأ في القانون الفرنسي هو منع إجراء الأبحاث على هذه البويضات الملقحة

1 - ANDORO Roberto, la distinction juridique…, op.cit, p 177.

2 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 83.

3 - MATHIEU Bertrand, La bioéthique, op.cit, pp 105, 107.
BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, pp 80, 91.

مع وجود إمكانية للقيام بذلك على سبيل الاستثناء، إلا أنه منذ صدور القانون رقم 2013-715 بتاريخ 06 أوت 2013[1] أصبح المشرع الفرنسي يجيز إجراء هذه الأبحاث بشرط توافر مجموعة من الضوابط، ولقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على تطابق هذا القانون مع أحكام الدستور في قراره الصادر بتاريخ 01 أوت 2013[2].

ثالثا – إتلاف البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة:

قد يبدو للوهلة الأولى أن إتلاف البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة هو الحل الذي يضع حدا لكافة الصعوبات السابقة[3]، لكن هذا الحل لا يبدو مع ذلك بديهيا لأن البويضة الملقحة ليست شيئا كما ذكرنا حتى يمكن إتلافها بهذه البساطة، فبالتالي لابد من البحث عن أساس قانوني لإتلاف هذه البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة.

يرى البعض[4] أن الأساس القانوني لإباحة التخلص من البويضات الملقحة إنما يكمن في معيار المصلحة الاجتماعية، فالمصلحة الاجتماعية تستلزم وتحتم تحقيق غاية الآباء والأمهات في التناسل مع التضحية والتخلص من البويضات الملقحة المشكوك في استمرار حياتها.

ولئن كانت المصلحة الاجتماعية تقضي إجراء الموازنة بين المصالح المتعارضة لترجيح أقواها بالتضحية بالمصلحة الأقل في سبيل تحقيق المصلحة الأعلى، فإنه من غير المتصور علما وعقلا أن يستوعب رحم الأم لحمل كافة البويضات الملقحة التي يتم استخراجها في عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي (أطفال الأنابيب)، وعلى فرض أن يتحقق هذا الاستيعاب لكن سيؤدي إلى وجود خطر جسيم يهدد حياة الأم ولما كانت المصلحة الأعلى تقضي المحافظة على حياة الأم، فإنه يجب ترجيحها على غيرها من المصالح والتخلص من البويضات الملقحة باعتبارها مصلحة أدنى.

---

1 - Loi française N° 2013-715 du 06 Août 2013 modifiant la loi 2011-814 du 7 Juillet 2011 relative à la bioéthique et autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et cellules souches embryonnaire, JORF N° 182 du 7 Août 2013.

2 - conseil constitutionnel français, Décision N° 2013-674 du 1er Août 2013, http://www.conseilconstitutionnel.fr.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 148.
بغدالي جيلالي، الوسائل العلمية...، مرجع سابق، ص 74.

4 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 228.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 138.

والجدير بالذكر هو أن الندوة الفقهية التي انعقدت في الكويت من 24 إلى 2 أكتوبر 1989 تعرضت إلى مسألة البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة وخلصت إلى أن هذه البويضات الملقحة ليست لها حرمة شرعية من أي نوع كان ولا احترام قبل أن تنغرس في رحم الزوجة ولقد أوصى المشاركون في هذه الندوة بضرورة ترك البويضة الملقحة لشأنها للموت الطبيعي بدلا من إتلافها أو استخدامها لأغراض البحث العلمي وإجراء التجارب[1].

كما أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية في الفترة من 14 إلى 20 مارس 1990 أصدر قرارا بشأن البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة جاء فيه:

- في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة تفاديا لوجود فائض من البويضات الملقحة.

- إذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

- يحرم استخدام البويضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البويضة الملقحة في حمل غير مشروع[2].

المطلب الثالث

مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط التلقيح الاصطناعي الخارجي

أوضحنا سابقا أنه يشترط لإباحة التدخل الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي، ضرورة توافر رضا الزوجين وأن يكون هذا التدخل بغرض العلاج، وأنه يجب على الطبيب أثناء تدخله أن يتبع ما تقضي به الأصول العلمية المتعارف عليها بين الأطباء أهل الاختصاص، وبينا مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة هذه الضوابط عند إجرائه للتلقيح

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 150، 151.

2 - راجع في ذلك:

بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية...، مرجع سابق، ص ص 159، 160.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 138.

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 266، 267.

أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 99.

الاصطناعي الداخلي، والأحكام التي ذكرت بهذا الشأن تطبق كذلك في مجال التلقيح الاصطناعي الخارجي.

لهذا نرى أن نبين مدى مسؤولية الطبيب عن مخالفة ضوابط أخرى في مجال التلقيح الاصطناعي الخارجي، ونركز على مسؤولية الطبيب عن عدم تبصير الزوجين بالمعلومات الكافية عن الوسيلة محل البحث (الفرع الأول)، ومسؤولية الطبيب عن إفشاء أسرار الزوجين المتعاملين معه في إطار هذه الوسيلة (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى المسؤولية عن مخالفة الالتزام ببذل العناية أو الإهمال في هذا المجال (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مسؤولية الطبيب عن عدم تبصير الزوجين في مجال التلقيح الاصطناعي الخارجي

يُشترط لمشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي أن يوافق الزوجين على ذلك موافقة صريحة، حرة ومستنيرة ولا ريب أن الطبيب يلعب دورا هاما في تنوير إرادة الزوجين الراغبين في الإنجاب الصناعي[1]، ولا بدّ من تحديد مفهوم الالتزام بالتبصير وأساسه القانوني (أولا)، ثم تحديد مضمونه والجزاء المترتب عن تخلفه في مجال عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي (ثانيا).

أولا – مفهوم التزام الطبيب بالتبصير وأساسه القانوني:

نبدأ أولا بعرض مفهوم التزام الطبيب بالتبصير (1)، ثم نبين أساسه القانوني (2).

1 – مفهوم التزام الطبيب بالتبصير:

لقد تعددت التعاريف التي أعطيت لالتزام الطبيب بالتبصير، كما أن هذا الالتزام يتميز بكيفية وخصائص معينة وأوضح ذلك على النحو التالي:

أ – تعريف الالتزام بالتبصير:

لقد عرّف جانب من الفقه هذا الالتزام بأنه: « إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراراه بالقبول أو الرفض ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة »[2].

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 242.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 43.

سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، مرجع سابق، ص 136.

في حين عرّفه البعض الآخر بأنه: « الوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير التي ينوي الطبيب اتخاذها في حالة المريض، ومن أجل العلاج الذي يقتضي اتباعه، ويقع الطبيب في خطأ إذا لم يعلم المريض عن المخاطر التي يحتملها العلاج المقترح »[1].

فالتزام الطبيب بالتبصير واجب قانوني خاص يقع على عاتق الطبيب المشرف على نوعية العمل الطبي بضرورة إحاطة المريض علما بكافة المعلومات الأساسية المتصلة بنوعية التدخل الطبي وطبيعة العلاج المراد إخضاعه له ومخاطر العمل الطبي المتوقعة طبقا لقواعد وأصول المهنة المتعارف عليها بناءً على المعطيات العلمية القائمة، كما يجب على الطبيب المعالج أن ينبه المريض إلى الأحوال التي سيؤول إليها في حال تفاقم مرضه أو في حالة رفضه للعلاج[2].

يقول في هذا الصدد القاضي الإنجليزي Scarman: لا يقتصر التزام الطبيب على علاج المرض فقط، وإنما يجب عليه أن يمد مريضه بالمعلومات الكافية التي تمكنه من عمل الموازنة اللازمة بين الفوائد المتوقعة من جانب، والمخاطر المحتمل وقوعها من جانب آخر[3].

كما يرى البعض[4] أن التزام الطبيب بتبصير مريضه يتحدد نطاقه على ضوء طبيعة العمل الطبي وبحسب كل حالة على حدة، وبالتالي نستطيع أن نضع قاعدة بخصوص هذا الأمر، فنقول أنه كلما كان العلاج عاجلا وضروريا فإنّ واجب التبصير الملقى على عاتق الطبيب يصبح ضيقا أما إذا لم يكن الهدف من التدخل الطبي أو الجراحي تحسين الحالة الصحية بصفة عامة فإنّ المعاملة تكون أشد.

هذا يعني أنّ أهمية التزام الطبيب بتبصير المريض تظهر أكثر في حالة التدخل الجراحي أو إذا انطوى ذلك التدخل الطبي على قدر من المجازفة أو الخطورة[5].

---

1 - راجع في ذلك:

بن صغير مراد، "مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، دراسة مقارنة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 175.

2 - دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 128.

3 - أشار إلى ذلك: خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 43، 44.

4 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 159.

5 - دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 128.

ومما لاشك فيه أن التبصير يعتبر الوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة القائمة بين المريض والطبيب والتي تقوم على أساس المصارحة، وذلك بإفضاء الطبيب إلى مريضه بالمعلومات اللازمة عن حالته المرضية وعن العلاج مزاياه ومخاطره[1].

ب – كيفية وخصائص الالتزام بالتبصير:

يعتبر التبصير الوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة في العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض هذه الثقة تفترض أن يفضي الطبيب لمريضه بالمعلومات اللازمة عن حالته، وعن العلاج اللازم وبيان مزاياه ومخاطره والتكلفة المالية للحصول على الخدمة الطبية[2].

أما بشأن كيفية أو طريقة التبصير وطبيعة المعلومات المدلى بها من الطبيب إلى مريضه وبيان خصائصها، فيجب أن تكون معلومات متسلسلة وبسيطة بمعنى ألا تكون علمية بحتة ومعقدة وأن تكون صادقة وتقريبية[3]، فلا يلتزم الطبيب بإعطاء كل التفاصيل الفنية التي لا يستطيع المريض استيعابها علميا سواء فيما يتعلق بنتائج المرض أو طرق العلاج المستخدمة[4].

نصت في هذا الصدد المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب[5] على ما يلي: « ***يجب على الطبيب أو جراح الإنسان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن كل عمل طبي*** ».

وهذا ما أكدته كذلك المادة 1/35 من المرسوم التشريعي الفرنسي رقم 95-1000 المؤرخ في 06 سبتمبر 1995 حينما نصت: « ***على الطبيب أن يقدم للشخص الذي يعالجه أو ينصحه معلومات صادقة وواضحة وتقريبية وملائمة عن حالته الصحية*** »[6].

أكد القضاء الفرنسي بدوره على ذلك حينما وضح طبيعة وضوابط التزام الطبيب بتبصير

---

1 - عيد محمد العازمي، جراحة التجميل بين المشروعية والمسؤولية، دار النهضة العربية، 2010، ص 51.

2 - أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 57.

3 - بن صغير مراد، "مدى التزام الطبيب..."، مرجع سابق، ص ص 177، 178.

4 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 77.
محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 45.

5 - مرسوم تنفيذي رقم 92-176 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، سبقت الإشارة إليه.

6 - أشار إلى ذلك:
بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 278.
أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 58.

المريض إذ اشترط أن يكون مفهوما وصادقا وتقريبيا وواضحا[1].

2 – أساس الالتزام بالتبصير:

إنّ التزام الطبيب بالتبصير يستند إلى عدة أسس يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ – الأساس الأخلاقي للالتزام بالتبصير:

يتأكد وجود الالتزام بالتبصير من الناحية الأخلاقية وذلك لعدة اعتبارات[2] منها:

- الإخبار بالحقيقة مطلوب في حدّ ذاته كمبدأ أخلاقي مستقل.

- الإخبار بالحقيقة تعبير عن احترام استقلالية المريض في اتخاذ قراراته واختيار ما يناسبه بكامل حريته.

- الإخبار بالحقيقة تعبير عن الوفاء بالعقد المبرم ضمنيا بين الطبيب المعالج والمريض.

- الإخبار بالحقيقة من شأنه توطيد أواصر الثقة بين الطبيب ومريضه بما يحقق التفاعل والتعاون المثمر.

- الإخبار بالحقيقة حق من حقوق المريض في معرفة تفاصيل الإجراءات الطبية والجراحية.

وإذا كان تدخل الطبيب يتم في معظمه بقصد تخليص المريض من آلامه وهو ما يشكّل أسمى معاني الرأفة والرحمة له، إلا أن التدخلات الطبية بطبيعتها تشكّل مساسا بالسلامة الجسدية للفرد، ومن ثم ينبغي على الطبيب قبل أن يباشر على مريضه أي إجراء جراحي أو علاجي أن يحصل على رضائه، ويزوده بالمعلومات الكافية التي تسمح لمريضه بالتعبير عن إرادته تعبيرا حرا وواعيا، وتكفل له في الوقت نفسه سلامة رضاه[3].

ب – الأساس الإنساني للالتزام بالتبصير:

يتمثل هذا الأساس في احترام الحياة الإنسانية للمريض من خلال كفالة حقه في التفكير وضمان سلامته النفسية والجسدية وتقرير مصيره بنفسه، خاصة وأن المريض بحكم

1 - بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 178.
نور يوسف حسين، ركن الخطأ...، مرجع سابق، ص 132.

2 - راجع في ذلك: بن صغير مراد، "مدى التزام الطبيب..."، مرجع سابق، ص 182.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 115، 116.

المرض والجهل بأصول الفن الطبي يحتاج إلى من يأخذ بيده في اتخاذ القرارات المناسبة التي تستلزمها ضرورة المحافظة على صحته وحياته، ومما لا شك فيه أن الطبيب يعتبر الشخص القريب له في مثل هذه الأحوال والكفيل بحمايته وتخليصه من الألم والمعاناة[1].

كما يعتبر الالتزام بالتبصير مظهرا من مظاهر احترام الشخص وسلامة جسمه والإخفاء أو الكذب يعتبر اعتداءً على حرية المريض، فهذا الالتزام يفرض باسم الإنسانية واحترام جسم الإنسان[2].

جـ - الأساس القانوني للالتزام بالتبصير:

أقرت العديد من التشريعات الحديثة الالتزام بالتبصير ومنها التشريع الجزائري، إذ أكد المشرع الجزائري على وجوب الحصول على رضا المريض وعلى وجوب تبصيره في أكثر من موضع فقد نص في قانون حماية الصحة وترقيتها[3] في مادته 154 على ما يلي: « ***يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض، أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك... وإذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج***... ».

وقد قرر المشرع الجزائري صراحة اعتماد هذا النوع من الالتزامات الطبية لاسيما في حالة التدخل الطبي المنطوي على درجة كبيرة من الخطورة والمجازفة، كما في حالة نقل وزرع الأعضاء البشرية[4]، حسب نص المادة 162 من هذا القانون، يضاف إلى ذلك ما جاء في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 168 مكرر 2 منه بشأن التجارب الطبية، فنصت على ما يلي « ... ***يخضع التجريب للموافقة الحرة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي، تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة*** ».

---

1 - بن صغير مراد، "مدى التزام الطبيب..."، مرجع سابق، ص 183.

2 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 92، 93.
حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد...، مرجع سابق، ص ص 92، 93.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 45.

3 - قانون رقم 58-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، معدل ومتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، السابق الإشارة إليه.

4 - دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 129.

ومن جهتها نصت مدونة أخلاقيات الطب صراحة[1] على التزام الطبيب بالحصول على رضا مريضه بعد إعلامه بما ينوي القيام به على جسمه، وذلك في المادة (43) منها أذ ورد فيها ما يلي: « ***يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي*** ».

وتضيف المادة 44 من هذه المدونة: « ***يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته*** ».

يستخلص مما سبق أن الالتزام بالتبصير يعتبر واجبا تفرضه النصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة لمهنة الطب والعلاقة بين الطبيب والمريض[2]، ومن ثم فإنّ مخالفته تعتبر من قبيل الخطأ الذي يستوجب مسؤولية الطبيب المدنية والجنائية والتأديبية حسب الحالات[3].

ثانيا – مضمون الالتزام بالتبصير في التلقيح الاصطناعي الخارجي وجزاء مخالفته:

يقع على الطبيب الالتزام بتبصير الزوجين بكافة المعلومات المرتبطة بعملية التلقيح الاصطناعي، إذ يجب عليه تبصير الزوجين بصدق وأمانة بطريقة سهلة ومفهومة وعلى وجه الخصوص حول مدى إمكانية نجاح العملية، والطرق الممكنة لعملها وكذا احتمالات الفشل والمخاطرة المتوقعة للعملية والإحاطة بالسلبيات والإيجابيات تبصيرا كاملا، كما يجب عليه أن يعلمهم بالتكاليف الفعلية للعملية وغير ذلك عن المعلومات المتعلقة بتنفيذ الوسيلة محل البحث[4].

---

1 - مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، سبقت الإشارة إليه.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 122.

3 - حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 97، 98.

4 - راجع في ذلك:

جادي فايزة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الجنائي والتطورات العلمية الراهنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015 – 2016، ص 192.

نزيه محمد الصادق المهدي، "مسؤولية الطبيب..."، مرجع سابق، ص 811.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 46.

بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 38.

فالالتزام بالتبصير يعد من الواجبات الجوهرية للطبيب في مواجهة الزوجين في إطار تنفيذ وسيلة التلقيح الاصطناعي، وفي حالة عدم قيام الطبيب بتبصير الزوجين بتلك المعلومات لمصلحة خاصة له سواء كانت مهنية أو مالية فينعدم شرط الرضا بالنسبة للزوجين ولا يكون له أثر من الناحية القانونية، إذ يدخل العمل الطبي في إطار عدم المشروعية وينتفي سبب الإباحة وتسري في هذه الحالة القواعد الخاصة بمسؤولية الطبيب عن تخلف شرط الرضا ويسأل الطبيب في هذه الحالة مسؤولية عمدية عن ذلك[1].

أما إذا كان عدم التبصير بالمعلومات الكافية عن التلقيح الاصطناعي الخارجي بكافة جوانبه راجعا إلى إهمال الطبيب أو عدم احتياطه فحينئذ تتوافر مسؤولية الطبيب عن الخطأ غير العمدي[2]، لكن الطبيب لا يسأل – بداهة - إلا عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تقصير الطبيب في قيامه بتبصير الزوجين، إذ يجب حتى يسأل الطبيب أن تتوافر علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر[3].

أكد المشرع الفرنسي في هذا الصدد في قانون الصحة العامة رقم 2004-800 المؤرخ في 6 أوت 2004 على ضرورة تبصير الزوجين بكافة المعلومات الكافية عن وسيلة التلقيح الاصطناعي، بحيث أكد في نص المادة L2124-10 من هذا القانون على ضرورة أن تسبق تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب بمقابلة خاصة مع الفريق الطبي المتعدد الاختصاصات والذي عليه أن يقوم بما يلي:

- التحقق من دوافع الأسرة الراغبة بالاستفادة من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، تذكيرهم بالحلول البديلة التي يسمح بها القانون في مجال التبني.

- إعلام الزوجين بإمكانية نجاح أو فشل تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب وآثارها الجانبية والمخاطر المحتملة للعملية على المدى القريب والمدى البعيد.

- إعلامهم بإمكانية القيام بنقل البويضات الملقحة إلى الغير في حالة انقطاع العلاقة أو وفاة أحد أطراف العملية.

---

1 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 251.

2 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 299.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 139، 140.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 243.

- تسليمهم ملف يكون بمثابة دليل يتضمن: تذكير بالتدابير التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب،شرح هذه التقنية، تذكيرهم بالتدابير التشريعية والتنظيمية بشأن التبني وعناوين الجمعيات التي بإمكانها تكملة معلوماتهم حول الموضوع.

- كما أوجبت هذه المادة على الفريق الطبي المتعدد الاختصاصات التريث في التصديق على طلب المساعدة الطبية على الإنجاب، إذ يجب منح الأسرة الراغبة من الاستفادة من هذه التقنيات مدة شهر كامل يبدأ حسابها من تاريخ آخر مقابلة، وذلك للتفكير مليا قبل تأكيد هذا الطلب كتابيا[1].

من خلال ما سبق نخلص إلى القول أن الالتزامات والواجبات التي يكلف بها الأطباء في هذا المجال تصب في خانة واحدة وهي تبصير الراغبين بالاستفادة من مختلف تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب.

الفرع الثاني

التزام الطبيب بالمحافظة على السر الطبي

من الأمور المسلم بها التزام الطبيب بالمحافظة على أسرار مرضاه وعدم إفشاءها، ذلك لأن المريض إنما يثق في طبيبه ويأتمنه على أسرار قد تكون شخصية لا يعرفها الآخرون، وقد تتعلق هذه الأسرار بنوع المرض وطبيعته، كذلك قد تتعلق بحياة المريض الخاصة والتي يرى أنه ليس من حق أي أحد الاطلاع عليها[2].

ولابد من تحديد نطاق التزام الطبيب بالمحافظة على السر الطبي (أولا)، ثم البحث عن أساسه القانوني (ثانيا) بالإضافة إلى جزاء الإخلال بهذا الالتزام في مجال عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي (ثالثا).

أولا - نطاق الالتزام بالسر الطبي:

تجب الإشارة في البداية إلى أن الالتزام بالسر الطبي قد بدأ واجبا أخلاقيا ودينيا إلا أنه

---

1 - BINET Jean-Renne, Le nouveau…, op.cit, p 149.

2 - راجع في ذلك: رايس محمد، "مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2008، ص ص 7 – 54.
علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، 1992، ص 149 وما بعدها.
موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 01 وما بعدها.
أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص ص 117 – 120.

مع تقدم الحياة ورقي المجتمعات وما خلفه من آثار فقدت تغيرت أخلاقيات الناس فلم تعد الواجبات الأخلاقية والدينية تلزم كل الناس ومنهم الأطباء، لذا كان واجبا على الدول أن تتدخل من أجل تنظيم ذلك بواسطة التشريع[1].

وبالرجوع إلى التشريع نجد بأنه لم يقدم تعريفا للالتزام بالسر الطبي تاركا هذه المهمة للفقه والقضاء فهما المخولان للقيام بهذا العمل أكثر من غيرهما، فتحديد مفهوم السر الطبي مسألة تختلف باختلاف الظروف والأزمنة، فما يعتبر سرا بالنسبة للشخص لا يعتبر كذلك لشخص آخر وما يعتبر سرا في ظروف معينة قد لا يعتبر كذلك في ظروف أخرى وما يعد سرا في زمن لا يعد كذلك في زمن آخر[2]. ومع ذلك فإن الفقه لم يتوان عن المحاولة لوضع تعريف جامع وشامل لفكرة السر الطبي.

يمكن تعريف السر الطبي بأنه: كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة به سواء حصل عليها من المريض أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب مهنته[3]. وهذا الالتزام له جوانب إنسانية وأخلاقية مما يجعله من أكثر الالتزامات أهمية على عاتق الطبيب، إذ يجب عليه أن يعالج كل حالة باهتمام وإنسانية وسرية[4].

أما إفشاء السر فهو إطلاع الغير عليه بأية طريقة سواء كانت كتابة أو شفاهة أو عن طريق الإشارة حتى ولو كان ذلك يتعلق فقط بجزء من السر وكمثال على ذلك تحديد نوع المرض الذي يعاني منه الشخص[5].

يتضح من خلال ما سبق أن كل المعلومات والبيانات والأخبار التي وصلت إلى الطبيب عن حالة المريض الصحية تعتبر سرا واجب عليه كتمانه وعدم إفشائه مهما كانت

---

1 - موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 69.

2 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 259.
رايس محمد، "مسؤولية الأطباء..."، مرجع سابق، ص 10.

3 - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص ص 149، 150.
صاحب عبد الفتلاوي، التشريعات الصحية...، مرجع سابق، ص 74.
نور يوسف حسين، ركن الخطأ...، مرجع سابق، ص 142.

4 - أسعد عبيد عزيز الجميلي، الاتجاهات القانونية الحديثة في الجراحة التجميلية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، ص 92.

5 - علاء علي حسين نصر، عملية الاستنساخ البشري...، مرجع سابق، ص 279.

الطريقة والوسيلة التي توصل بها إلى الإحاطة بهذا السر، فيستوي أن يعلم الطبيب بالمعلومة بنفسه أثناء ممارسة الكشف والفحص والتشخيص أو أن المريض هو الذي أخبره بهذا السر وأودع إليه المعلومة[1]، ويعتبر التزام الطبيب بالمحافظة على أسرار المريض التزام بتحقيق نتيجة[2].

أما بالنسبة لنطاق الالتزام بالسر الطبي[3]، فقد ذهب جانب من الفقه وسانده في ذلك القضاء أحيانا إلى اعتبار فكرة السر الطبي مبدأً مطلقا لا يخضع لأي استثناء وما يبرر هذا الموقف حسب أنصار هذا الرأي هو ضرورة حماية ثقة العميل من صاحب المهنة خاصة وأن هذه المهن كالطب تهم المجتمع بأسره نظرا لدوره الريادي في أوساط الناس، كما أن القول بالحافظة على السر الطبي بصفة مطلقة يعتبر سياجا ودعامة تحمي هذا الالتزام من الانهيار والتلاشي نتيجة الاستثناءات الكثيرة والمتعددة التي ترد عليه، أضف إلى ذلك أن الأخذ بهذا المبدأ يجنب الأطباء عناء التمييز بين الحالات المختلفة التي يجب فيها المحافظة على السر وبين تلك التي لا يلزم فيها كتمان هذا السر، خاصة وأن المسائل قد تدق أحيانا في ذهن الطبيب إذ يصعب عليه تحديد السلوك الواجب اتخاذه[4].

يذهب البعض في هذا الصدد إلى القول أن الطبيب لا يتحلل من التزامه في بعض الحالات حتى ولو أذن له المريض بكشف السر، كما هو الحال عندما يطلب من الطبيب الشهادة أمام القضاء في قضية تتصل بمتهم تولى علاجه في وقت ما[5].

وذهب جانب آخر من الفقه وسانده القضاء كذلك أحيانا إلى أن الحفاظ على السر الطبي تبرره حماية المصلحة الشخصية للمريض الذي يبوح لطبيبه بهذه الأسرار، فهذا المبدأ

---

1 - رايس محمد، "مسؤولية الأطباء..."، مرجع سابق، ص 11.

2 - أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 117.

3 - نشير إلى أن هناك جانب من الفقه يرى ضرورة التفرقة بين التزام الطبيب بحفظ السر وبين مفهوم السر الطبي، فالسر الطبي هو كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها وتتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة بذلك، سواء حصل عليها من المريض نفسه أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسة مهنته، في حين يعرف التزام الطبيب بحفظ السر بأنه التزام الطبيب بالصمت بخصوص كل ما يتعلق بهذا السر إلا في الحالات التي يرخص له فيها القانون بالكشف أو الإفشاء، انظر في ذلك: علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 149.

4 - رايس محمد، "مسؤولية الأطباء..."، مرجع سابق، ص ص 14، 15.

5 - صاحب عبد الفتلاوي، التشريعات الصحية...، مرجع سابق، ص 74.

أوجده المشرع حماية للمصلحة الخاصة وهذا في الوقت نفسه يحقق حماية المصلحة العامة وهي توطيد دعائم الثقة في الممارسة السليمة لبعض الوظائف والمهن، وبالتالي لا يمكن أن يكون الالتزام بالسر الطبي بصفة مطلقة، بل يمكن في حالات معينة أن يقوم الطبيب بإفشاء السر إذا كان يحقق مصلحة المريض أو يحقق مصلحة عامة[1].

وفي الحقيقة فإن نطاق السر الطبي يتحدد في إطار الضوابط التالية:

- أن يكون للسر صلة بالمهنة.
- أن توجد مصلحة في بقاء الأمر سرا سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية.
- بالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون هذه المعلومات والوقائع لها علاقة به كطبيب وليس كشخص آخر كصديق للمريض مثلا[2].

ثانيا – الأساس القانوني للالتزام بالسر الطبي:

لقد اختلف الفقه بشأن أساس الالتزام بالسر الطبي، هناك اتجاه فقهي يقول أن أساس هذا الالتزام هو العقد (1)، في حين ذهب اتجاه فقهي آخر إلى القول أن أساس هذا الالتزام هو النظام العام (2).

1 – نظرية العقد كأساس للالتزام بالسر الطبي:

النظرية التي كانت سائدة قديما في الفقه الجنائي هي أن أساس التزام الطبيب بالسر الطبي هو العقد المبرم بين الطبيب والمريض، وقد اختلفوا في تسمية هذا العقد[3].

وذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى القول بأن الأساس الذي يولد الالتزام بحفظ السر الطبي يعود إلى وجود عقد وديعة بين الطبيب والمريض، وبالرغم من أن هذه النظرية سادت بين فقهاء القانون الجنائي القديم[4] في فرنسا إلا أنها لقيت عدة انتقادات أهمها:

- إنّ عقد الوديعة من عقود التبرع ومحله أشياء منقولة وهذا الوصف لا ينطبق على السر لأنه شيء معنوي وليس مادي.
- الأشياء محل عقد الوديعة يمكن استردادها لأنها ترد على منقول على خلاف السر

1 - رايس محمد، "مسؤولية الأطباء..."، مرجع سابق، ص ص 14، 15.

2 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص ص 111، 112.

3 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 218.

4 - رايس محمد، "مسؤولية الأطباء..."، مرجع سابق، ص 22.

الذي لا يمكن استرداده من الطبيب إذ أن محله شيء معنوي[1].

- أضف إلى ذلك أن الوديعة المدنية تقوم على أساس الرضا المتبادل بين أطرافها، في حين أن ركن الرضا قد يغيب في السر كما هو الحال في الطبيب الذي يُدعى لمعالجة حالة مرضية معينة فيتلقى أسرار هذا المريض[2].

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أنّ أساس التزام الطبيب بعدم إفشاء السر الطبي إنما يعود إلى وجود عقد وكالة بين الطبيب والمريض، إذ أن الوكيل ملزم بالتصرف لمصلحة الموكل ولا تتحقق هذه المصلحة إذا أفشت أسرار المريض الذي وكله[3].

غير أن الفقيه لامبير Lambert تصدى لأصحاب هذا الرأي بالنقد مبينا أن المهني أو الطبيب يكون مستقلا في أداء عمله، في حين أن الوكيل يعمل تحت إشراف الموكل وفي حدود ما رسمه له، وهذا على عكس الطبيب الذي لا يتقيد بوجهة نظر المريض، كما أن الوكالة تنتهي بانتهاء العمل موضوع الوكالة وتنتهي دائما وأبدا بوفاة الموكل، في حين يستمر صاحب المهنة ملتزما بالسر بعد إتمام العمل المطلوب أو حتى بعد وفاة العميل[4].

2 – نظرية النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي:

نتيجة لقصور نظرية العقد وأمام الانتقادات الموجهة إليها، بحث الفقه عن أساس آخر للالتزام بالسر الطبي، فوجدوا أن السر الطبي يتعلق بالنظام العام الذي يتحدد مصدره في المصلحة الاجتماعية بمعنى تحقيق المصلحة العامة، فالمصلحة العامة تقتضي أن يجد المريض طبيبا أمينا يودعه أخص أسراره حتى يتمكن من علاج مرضه، فلو كان الطبيب في حل من هذا الالتزام لامتنع المرضى من طلب العلاج خشية افتضاح أمراضهم، والإضرار بسمعتهم والحط من كرامتهم ووضع العراقيل في سبيل مستقبلهم، الأمر الذي يلحق أضرارا بالمجتمع بصورة غير مباشرة، فالمصلحة الاجتماعية تتحقق عندما يكون المجتمع خاليا من الأمراض[5]، ويترتب على الامتثال لهذه الفكرة أن يغدو الالتزام بالسر الطبي التزاما مطلقا

1 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 114.
موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص ص 79، 80.

2 - رايس محمد، "مسؤولية الأطباء..."، مرجع سابق، ص 24.

3 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 219.

4 - رايس محمد، "مسؤولية الأطباء..."، ص ص 24، 25.

5 - موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 8.
عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 116.

يلقى على كاهل الطبيب، ولو حله المريض من هذا الالتزام يتبع ذلك أيضا عدم جواز أداء الطبيب الشهادة أمام القضاء في أمر يتعلق بسر مريضه، والحكم الذي يستند على مثل هذه الشهادة يعد باطلا[1].

ولقد أيد القضاء الفرنسي لحقبة طويلة من الزمن نظرية النظام العام فقد جاء في أحد قراراته: « إنّ الالتزام بالمحافظة على سر المهنة المنصوص عليه في المادة 378 من قانون العقوبات بقصد تأكيد الثقة الواجبة في المهنة، يفرض على الأطباء واجب المحافظة على السر، وهذا الواجب عام ومطلق... »[2].

غير أن هذه النظرية كانت هي الأخرى محلا للنقد[3] ونلخص هذا النقد فيما يلي:

- أنصار هذه النظرية لم يحددوا على وجه الدقة مفهوم النظام العام، ذلك أن مفهوم النظام العام يختلف حسب التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأخلاقية كما يختلف باختلاف الزمان والمكان.

- كذلك فإنّ تأسيس الالتزام بالسر الطبي على النظام العام يؤدي إلى إعطاء الأولوية للحق في الكتمان على الالتزام به، الأمر الذي يعطي فرصة للطبيب للإفلات من المسؤولية عندما يكون متهما بارتكاب خطأ مهني.

- هذه النظرية تتناقض مع نفسها ففي الوقت الذي تعطي فيه المريض الحق في الإفشاء الكامل للسر تفرض على الطبيب الكتمان المطلق.

ثالثا – إفشاء السر الطبي في عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي:

يرجع أساس الالتزام بالسر الطبي في القانون الجزائري إلى نص المادة 301 من قانون العقوبات التي جاء فيها: « ***يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في***

1 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 220.
نور يوسف حسين، ركن الخطأ...، مرجع سابق، ص 151.

2 - موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 83.

3 - راجع في ذلك:
عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 117.
موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص ص 84، 85.
نور يوسف حسين، ركن الخطأ...، مرجع سابق، ص ص 151، 152.

غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك ».

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتبر جريمة إفشاء السر المهني جنحة، وجاء هذا النص عاما إذ عدد الأطباء والجراحين والصيادلة والقابلات، وأضاف عبارة جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة.

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على عقوبة خاصة توقع على الطبيب في حالة إفشاء سر الزوجين عند تنفيذ عمليات التلقيح الاصطناعي، ولهذا لا بدّ من تطبيق النص المذكور أعلاه، وذلك أن التلقيح وكغيره من التدخلات الطبية فإن العلاقة التي تنشأ بين الطبيب والزوجين هي علاقة علاج طبي، وهذا ما يجعل الطبيب ملتزما بكتمان السر الطبي[1]. يرى جانب من الفقه أن التزام الطبيب بالسر الطبي إنما يأخذ أقصى مجال التشدد والمراعاة في مجال التلقيح الاصطناعي، إذ يفرض على جميع القائمين في هذا المجال من طبيب ومريض ومراكز الإنجاب، لأن السرية المطلوبة هنا مقررة لصالح جميع الأطراف سواء الزوجين والطفل على وجه الخصوص، حتى لا يترتب عن إفشاء المعلومات في هذا الصدد إصابته بعد ذلك في جوانبه المعنوية وشعوره[2]، لذلك يسأل الطبيب جنائيا إذا أفشى أسرار الزوجين المتعاملين معه في غير الأحوال المصرح له بذلك قانونا[3].

فنص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري تعاقب الطبيب وغيره على انتهاك حرمة وواجب كتمان السر المهني، وأساس المسؤولية في هذه الحالة هو الخطأ المتعمد الذي يُكوّن جنحة، وكذلك الشأن في الجانب المدني فإن مصدر الالتزام بالسر الطبي هو العقد في حالة وجوده أو التصرف القانوني أو الفعل الضار في حالة عدم وجود رابطة عقدية، وهذا يعني أن المسؤولية تؤسس على فكرة الخطأ[4]، وهذا ما أشارت إليه المادة 206 مكرر 1 من

---

1 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 153.

2 - ممدوح خيري هاشم، الإنجاب الصناعي في القانون المدني: دراسة قانونية فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1996، ص 342.

نزيه محمد الصادق المهدي، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 814.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 143.

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 262.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 281.

4 - رايس محمد، "مسؤولية الأطباء..."، مرجع سابق، ص ص 28، 29.

قانون حماية الصحة وترقيتها حينما نصت: « ***يضمن احترام شرف المريض واحترام شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلتزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيادلة*** ».

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي ونظرا لخطورة عمليات التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير، فإنّه نص على مبدأ السرية وأقر عقوبة توقع على كل من يقوم بالكشف عن هوية المتبرعين والمستفيدين[1].

الفرع الثالث

المسؤولية عن مخالفة الالتزام ببذل العناية الواجبة أو الإهمال

أوضحنا سابقا أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، إذ يقتضي ذلك أن يقوم الطبيب ببذل جهود صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، وتكون العناية المطلوبة هي العناية التي يقدمها طبيب مثله في الظروف نفسها، وعلى ذلك فإذا تقاعس الطبيب عن بذل العناية اللازمة تجاه مرضاه بأن أهمل في القيام بما هو مطلوب منه[2]، فإنّه يعتبر مسؤولا عن الأضرار التي تصيب المريض، ويمكن إثارة مسؤولية الطبيب على أساس الإهمال في مجال التلقيح الاصطناعي الخارجي في حالة خلط البويضات (أولا)، وكذلك في حالة عدم إجراء الاختبارات اللازمة عليها (ثانيا).

أولا – خلط البويضات ومسؤولية الطبيب:

يلتزم الطبيب في العمليات محل البحث بأن يحافظ على البويضات الملقحة وأن يحمي الأنابيب من الاختلاط أو الاستبدال بغيرها[3]، فإذا تعمد أو أهمل في تخزينها والحفاظ عليها مما أدى ذلك إلى اختلاط البويضات فقد تتوافر المسؤولية المدنية أو الإدارية حسب الحالات[4].

---

1 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 76.

2 - وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا الغرفة الجنائية ملف رقم 297062، بتاريخ 24 جويلية 2003 أن عدم مراقبة هذا المرض خلال واحد وعشرين (21) يوما، كما أمر بذلك الطبيب البيولوجي يشكّل خطأ مهنيا جسيما وفقا للمادة 239 من قانون الصحة.

المجلة القضائية، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2003، ص 237 وما بعدها.

3 - بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 38.

جادي فايزة، حق الإنسان...، مرجع سابق، ص 193.

4 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 300.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 141.

فالخطأ الطبي في هذه الحالة يمتد ليلحق المريض وأسرته ليسبب لهم تعاسة وخيبة أمل مدة طويلة من عمرهم، فالخطأ في العينة الملقح بها الزوجة يعني إنجاب طفل أجنبي عن الأسرة، فلا الأب تحقق حلمه في التناسل ولا الأم ارتاحت نفسها ولا الطفل قد وجد البيئة الأسرية الصالحة لنشأته، ويتعاظم هذا الضرر ليصل لمرحلة خطرة إذا تعمد الطبيب ارتكاب هذا الخطأ، بمعنى أن يتعمد خلط النطف المسلمة إليه ليلقح مريضة بعينها، وذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه في هذه الحالة يثبت حق الطفل في التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يرتبط بعقد ما مع الطبيب[1].

ويُشار في هذا الصدد إلى أن هناك حالات تم فيها خلط النطف، يمكن ذكر أحدها على سبيل المثال ما وقع في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1990، فبعد أن خضعت امرأة لعملية تلقيح اصطناعي تكللت بازدياد طفلة، لكن المشكل أن هذه الأخيرة ولدت سمراء البشرة مع أن أبويها يتمتعان ببشرة بيضاء، فرفعت الزوجة دعوى قضائية ضد المركز الذي أجرت فيه العملية، وتبين فعلا أن هناك خطأ وأن الطفلة ليست من نسل أبيها لأن خبراء المركز أخذوا نطفة مجمدة لرجل أمريكي أسود ولقحوا بها بويضة الزوجة بدلا من الوديعة الخاصة بزوجها[2].

أما بالنسبة للشق الجنائي للموضوع فإنّه يصعب إدراج هذه الأفعال تحت النصوص الجنائية الموجودة حاليا، لهذا يرى البعض[3] ضرورة تدخل المشرع لتجريم هذا الفعل الذي يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما يجب أن يمتد التجريم ليشمل استخدام خلايا تناسلية لأكثر من شخص في الحالة الواحدة لتعارضه أيضا مع أحكام الشريعة الإسلامية، ولما يمكن أن يحققه من أضرار قد تصيب الزوجة والولد الناتج من هذه العمليات.

ثانيا – عدم إجراء الاختبارات اللازمة على البويضة الملقحة ومسؤولية الطبيب:

إنّ المشكلة التي تطرح في هذا المجال تتعلق في معرفة مدى التزام الطبيب بالقيام

---

1 - راجع في ذلك: رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 658، 662.

2 - حول هذه القضية راجع:

شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 143.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 98.

خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 164.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 141.

بفحص البويضة الملقحة قبل زرعها للتأكد من خلوها من الأمراض؟

لا ريب في أن الإنجاب الاصطناعي – كما رأينا – هو وسيلة للتغلب على العقم والحد من آثاره وليس وسيلة لتحسين النسل، ولكن ليس معنى ذلك أن يقوم الطبيب بزرع البويضة الملقحة أيا كانت حالتها ومهما كانت النتائج التي قد تترتب على زرعها بالنسبة للمولود أو بالنسبة للأم[1].

يترتب عن ذلك أن الطبيب عليه أن يجري على البويضة والنطفة بعد الحصول عليهما كافة الفحوصات اللازمة لقياس مدى صلاحيتهما وقدرتهما على تحقيق الغرض المنشود، وأن يتأكد من خلوهما من الأمراض الوراثية التي يمكن أن تنتقل إلى الطفل أو تسبب إحداث بعض التشوهات به أو أية آثار سلبية أخرى[2].

والمقصود بذلك أنه يجب على الطبيب أن يتخذ كافة الاحتياطات اللازمة للتأكد من حالة البويضة الملقحة التي يرغب في زرعها، لكن فقط في الحدود التي تسمح بعلاج بعض أمراضها أو لمحاولة الحد من انتقال بعض هذه الأمراض للطفل دون محاولة التحكم في جنس المولود أو صفاته أو شكله وذلك من خلال تغيير الصفات الوراثية[3].

ومعيار الخطأ في هذا الفرض هو بحث مدى إمكانية تفادي هذه الأمراض والتشوهات أو على الأقل حصرها في الحدود الدنيا، فإذا ثبت أن الطبيب كان يستطيع بالفعل لو بذل في ذلك ما يجب بذله من عناية وتبصر ويقظة تتفق مع ما هو مستقر في علم الطب أن يجنب الطفل الإصابة بمثل هذه الأمراض أو التشوهات كان مخطئا وحقت عليه المسؤولية، لكنه يجب من ناحية أخرى أن تكون هذه الأضرار نتيجة مباشرة لتقصير وإهمال الطبيب[4].

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 245.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 140.
بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 38.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 368.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 140.
جادي فايزة، حق الإنسان...، مرجع سابق، ص 193.

4 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 140.

يرى جانب من الفقه في هذا الصدد أن الطفل في هذا الفرض يستطيع أن يطالب الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب خطأ الطبيب وإهماله، كما يستطيع الأبوان أيضا المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية التي تتمثل في النفقات الإضافية التي سيتحملونها من جراء ذلك، بل وقد تسبب لهما أضرارا نفسية تتمثل في المعاناة والتأثر لرؤية الطفل في هذه الحالة الصعبة[1].

كما نصت بعض التشريعات المقارنة على تشخيص البويضات الملقحة قبل زرعها، كما فعل المشرع الفرنسي في نص المادة L2131-4 من قانون الصحة العامة رقم 2004-800 المؤرخ في 06 أوت 2004، ولا يخص التشخيص قبل الزرع إلا البويضات الملقحة التي يتم تكوينها في المخبر، ويتم على خلايا مقتطعة منها، ويهدف إلى توضيح القرار بنقل هذه البويضات الملقحة التي يتم فحصها إلى الرحم أم لا[2].

ولم يسمح المشرع الفرنسي بهذا التشخيص إلا على سبيل الاستثناء[3]، ضمن الشروط التالية:

- التأكد من وجود إمكانية قوية لإنجاب طفل مصاب بمرض وراثي خطير وأن يكون هذا المرض قد أُعتبر غير قابل للعلاج لحظة التشخيص.

- لا يمكن القيام بالتشخيص إلا إذا تبيّن إصابة أحد الأبوين أو أحد الأصول المباشرة بمرض وراثي.

- أن يتم الحصول على موافقة كتابية من كلا الزوجين على إجراء هذا الفحص.

- أن يهدف التشخيص إلى البحث عن الظاهرة المرضية وعن وسائل الوقاية منها ومعالجتها.

- ولا يمكن إجراء هذا التشخيص إلا في مؤسسة خاصة تتحصل على ترخيص من الوكالة البيوطبية المنشئة بموجب المادة L1418-1 من هذا القانون.

---

1 - BAUDOUIN Jean-Louis, LABROUSSE-RIOU Catherine, Produire l'homme…, op.cit, p 58.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 244.

2 - ABDULDAYEM Ahmad, Les organes du corps…, op.cit, p 85.

3 - أحمد حسام طه تمام، "الحماية القانونية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية في التشريع الفرنسي"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2002، ص 216.

والواقع أن هذه النصوص وغيرها من تلك التي تشير إلى التشخيص قبل الزرع والتشخيص الجيني لما قبل الولادة، وإن كان صحيحا أنها تعكس بريق ولمعان يضفي على الكيان المادي للإنسان، وهو ما يزال بويضة ملقحة معدة للنضوج والتشكّل قدرا من الأمان الصحي بحيث يستقبل المولود المنتظر حياته خاليا من الأمراض، مما يضمن له جسدا سويا وعيشا هنيا، إلا أنه يجب التنبيه لما تنطوي عليه هذه الممارسات من مخاطر يتصدرها خشية الانزلاق إلى هوة أشد الممارسات العلمية المستحدثة خطورة وأكثرها استهجانا واستنكارا من جانب فقهاء القانون البيوأخلاقي ألا وهي علوم تحسين النسل[1].

لهذا نظمت بعض الدول الأوروبية التدخل على الذمة الجينية بنصوص خاصة، وذلك في معرض تنظيمها لإجراء التجارب الطبية أو العلمية على البويضة المخصبة أو غير المخصبة، ووضعت نصوصا واسعة المدلول يمكن لها بسهولة أن تستوعب هذه الممارسات، كالتشريع الألماني، إذ نصت المادة الثالثة من القانون المتعلق بحماية البويضة الملقحة لسنة 1990 على حظر أية محاولة لاختيار جنس المولود، كما نص في المادة الخامسة منه على حظر التلاعب في الخصائص الوراثية للإنسان أو استعمال للخلايا المعدلة[2].

1 - راجع في ذلك: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص ص 111، 112.
شريف يوسف خاطر، الحماية الدستورية لمبدأ الكرامة الإنسانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 183.
شعلان سليمان محمد السيد، نطاق الحماية...، مرجع سابق، ص 705.
أحمد حسام طه تمام، "الحماية القانونية..."، مرجع سابق، ص 217.

2 - ANDORO Roberto, La distinction juridique…, op.cit, p 202 et s.

المبحث الثاني

الحمل لحساب الغير كوسيلة من وسائل التلقيح الاصطناعي الخارجي

أوضحنا سابقا أن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي نشأت أصلا لعلاج العقم الأنثوي الناشئ عن انسداد قناة فالوب، ولكن يمكن استخدام هذه الوسيلة لعلاج حالات أخرى من العقم، منها حالة الزوجة ذات الرحم المعيب والتي لا تقدر على الحمل مع قدرتها على التبويض وقدرة زوجها على الإخصاب، وذلك عن طريق أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بنطفة زوجها في الأنابيب، ثم تعاد البويضة المخصبة إلى رحم امرأة أخرى ذات رحم سليم تسمى صاحبة الرحم المعار أو المستأجر أو الأم البديلة، تكون مهمتها الحمل نيابة عن الزوجة حتى إذا تمت الولادة أعادت المولود إلى أصحاب البويضة المخصبة (الزوج والزوجة)، ولدراسة مسألة الحمل لحساب الغير لا بدّ في البداية أن نحدد المقصود بذلك ونبين التكييف القانوني لعقد استئجار الأرحام (المطلب الأول).

ونظرا لما تمثله هذه الوسيلة من مساس غير مبرر بجسم الإنسان فلقد أثارت بدورها جدلا واسعا حول مشروعيتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الحمل لحساب الغير

يعد مصطلح الحمل لحساب الغير من المصطلحات الحديثة في مجال الإنجاب البشري، وهو مصطلح يثير التساؤل، بل التعجب من زاوية أن فكرة الغير لم يكن من المتصور أن تدخل في نطاق مسألة الإنجاب هذا من جهة، ومن جهة ثانية فمن غير المألوف أن تحمل المرأة لحساب الغير، وإذا كان الأمر كذلك فينبغي التطرق إلى تعريف الحمل لحساب الغير وتوضيح مختلف صوره (الفرع الأول)، بالإضافة إلى تحديد الطبيعة القانونية لعقد استئجار الأرحام (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الحمل لحساب الغير وصوره

استطاع العلم بوسائله وتقنياته المتطورة في مجال الإنجاب أن يخطو خطوات واسعة في مجال معالجة العقم، بحيث تستطيع المرأة أن تنجب من غير الطريق الطبيعي، ويمكن

اعتبار الحمل لحساب الغير أو الرحم المستأجر من ضمن تلك التقنيات والوسائل المستحدثة في مجال الإنجاب الاصطناعي[1]، ويجب أن نقدم تعريفا للحمل لحساب الغير (أولا)، ثم نحدد مختلف صوره (ثانيا).

أولا – تعريف الحمل لحساب الغير:

تعدّ عمليات الحمل لحساب الغير (استئجار الأرحام) من التقنيات التي تمخضت عن الطفرة العلمية والطبية في مجال الإنجاب والتلقيح الاصطناعي، والتي أثارت بدورها جدلا واسعا كان وما زال وسيستمر لما يمثله هذا التصرف من مساس غير مبرر بجسم الإنسان[2].

وبالرغم من حداثة مصطلح الحمل لحساب الغير إلا أنه مصطلح يثير التساؤل والتعجب وذلك للآتي:

– فكرة الغير بالرغم من اتساعها وتعدد تطبيقاتها، إلا أنه لم يمكن من المتصور – حتى وقت قريب جدا – أن تدخل في نطاق الإنجاب، لأن هذه المسألة شخصية وخاصة جدا، إذ أنها قاصرة على طرفيها فقط (الزوجين)، ومن ثم فقد كان الوضع دليلا قاطعا على الأمومة شرعا وقانونا[3]، ولكن بعد اكتشاف الوسائل الحديثة للإنجاب الاصطناعي، أصبح للغير دور في عملية الحمل، الأمر الذي ترتب عليه – بالضرورة – بعض الصعوبات القانونية والأخلاقية[4]، وقد يكون هذا الدور هو التبرع ببويضة مؤنثة، أو نطفة مذكرة، وقد يكون القيام بعملية الحمل ذاتها لحساب الأم صاحبة البويضة والأب صاحب النطفة، هذا فضلا عن دور الطبيب نفسه الذي يتولى القيام بعملية التلقيح الاصطناعي[5].

هكذا أدى تقدم وسائل الإخصاب الاصطناعي إلى الفصل ليس فقط بين الاتصال الجنسي والإنجاب، وإنما أيضا بين الأبوة والأمومة الحقيقية أو البيولوجية، والأبوة والأمومة

---

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 492.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 101.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 339.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 343.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 155.

4 - راجع في ذلك: ناهدة حسن سلمان البقصمي، الهندسة الوراثية...، مرجع سابق، ص 142 وما بعدها.

5 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 155.

الاجتماعية أو القانونية، ولم يعد مجرد حمل المرأة ووضعها قرينة قاطعة على أنها الأم الحقيقية من الناحية البيولوجية بعد أن كانت مثل هذه القرينة لا تقبل حتى وقت قريب مجرد الشك[1].

– إذا كان من المألوف – قانونا – أن نتصرف لحساب الغير، فالتصرف لحساب الغير يتم باسم هذا الغير وتنصرف آثار التصرف إليه كما لو كان هو الذي أبرم التصرف بنفسه، ويقتصر دور من قام بالتصرف – الوكيل – على إبرام العقد فقط بحلول إرادته محل إرادة الأصيل، أما في الحمل لحساب الغير فكيف ينصرف أثره إلى الغير مع أن الفرض: أن الأم هي التي حملت ووضعت؛ فانصراف أثر الحمل إلى الغير يعني اعتبار الأصيل أسرة المولود أي أمه وأبيه[2]، على كل حال فإنّ الحمل لحساب الغير أصبح حاليا إحدى الوسائل المعروفة عملا للإنجاب الاصطناعي، إذ تعتبر من الوسائل المقترحة لعلاج العقم، فما المقصود بالحمل لحساب الغير؟ يقصد بالغير في هذا الصدد الأم التي ينسب إليها المولود عند ولادته، فالغير هنا هو المرأة التي كانت قد اتفقت مع امرأة أخرى على حمل بويضة ملقحة لحسابها، ومن ثمّ فإنّ المولود يحمل عند ولادته اسم امرأة غير تلك التي حملته ووضعته، أي التي أوصت عليه قبل الحمل بالاتفاق مع امرأة أخرى[3]، أما هذه المرأة الأخرى فقد يقتصر دورها على حمل البويضة الملقحة حتى لحظة الوضع ورد الطفل بعد ولادته لمن أوصت عليه، ولذلك فهي في هذه الحالة تسمى الأم الحاملة (Mère porteuse)[4]. كما أن الحمل لحساب الغير يشمل أيضا الفرض الذي تتطوع فيه امرأة بالحمل والتبرع بالنطفة المؤنثة التي يتم تلقيحها بنطفة زوج المرأة التي أوصت على الطفل والتي ينسب إليها بعد ولادته، وتسمى في هذه الحالة بالأم بالحلول[5] (Mère de substitution).

1 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 93.

2 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 156.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 343.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 157.

4 - TISSIER Delphine, La protection du corps…, op.cit, p 98.

5 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 102.

ويرى البعض أنه من الأفضل قصر نطاق الحمل لحساب الغير على الفرض الذي يقتصر فيه دور الأم المتطوعة على حمل البويضة الملقحة فقط دون أن يكون لها أي دور آخر[1].

أما عن تعريف الحمل لحساب الغير أو الرحم المستأجر، فيمكن تعريفه بأنه: « استخدام رحم امرأة لحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة أخرى – وغالبا ما يكون الزوجين - فتحمل الجنين ثم تلده ثم يتولى الزوجين رعاية المولود ويكون ولدا قانونيا لهما »[2].

كما يعرّف البعض[3] الأم البديلة: « بأنها تلك المرأة التي تقبل شغل رحمها بمقابل أو بدونه بحمل ناتج من نطفة أمشاج[4] مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة ».

فوسيلة استئجار الأرحام[5] تتضمن فكرة قيام امرأة بالحلول محل امرأة أخرى متزوجة، وعلاقة الزوجية قائمة ولكن لديها مشاكل متعلقة بالحمل فهي غير قادرة على الإنجاب الطبيعي[6].

ولقد أشارت لجنة Warnork لسنة 1984 في إنجلترا – والمشار إليها سابقا – إلى أن هذه الوسيلة تتم بين أطراف ثلاثة وهي:

- الأم الأصلية: وتسمى الأم المفوضة وهي تلك الأم التي تقدم البويضة وتفوض أخرى في أن تحمل الجنين بدلا عنها.

- الأب الأصلي: ويطلق عليه الأب المفوض وهو صاحب الحيوانات المنوية التي تلقح بها البويضة.

---

1 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 94.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 347.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 341.

3 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 102.

4 - والنطفة الأمشاج هي بويضة الزوجة الملقحة بمني زوجها طبيا في أنبوب.

5 - لقد أطلقت أسماء عديدة على هذه الوسيلة منها: الحاضنة، الأم بالوكالة، البطن المستأجر، الرحم الظئر، المضيفة، الأم الكاذبة، الأم المستأجرة، الرحم المستعار، الأم بالإنابة، الحمل في رحم الغير، أما مصطلحي الأم البديلة والرحم المستأجر فهما الأكثر شيوعا، ولقد أطلق عليها الرحم المستأجر من باب التغليب، لأن الغالب في هذه العمليات أن تكون بمقابل مالي، رجع في ذلك:
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 341.

6 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 384.

- المرأة الأجنبية: التي تقبل زرع البويضة الملقحة من الطرفين في رحمها وتقوم بحمل الجنين كبديل للأم الأصلية ويطلق عليها الأمم البديلة[1].

كما عرّفت هذه اللجنة الأم البديلة على أنها: « هي التي تقوم بحمل الجنين ووضعه، على أن يتم تسليمه بعد ذلك للزوجة التي يتم الإجراء لصالحها »[2].

بعد تعريف الحمل لحساب الغير، فإننا نشير إلى أن هذه الوسيلة انتشرت في أوروبا وأمريكا، في فترة الثمانينيات من القرن العشرين الميلادي حتى أصبحت منظمة في شكل شركات ووكالات لتأجير الأرحام، وأنشئ أول مركز لتأجير الأرحام في فرانكفورت بألمانيا[3].

ونظرا لانتشار عدم القدرة على الإنجاب من جانب الزوجات انتشرت مراكز استئجار الأرحام في أنحاء العالم، خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية إذ يوجد فيها أكثر من 15 مركزا لاستئجار الأرحام[4].

هكذا أصبحت أرحام الفقيرات في الولايات المتحدة الأمريكية، وأرحام نساء العالم بضاعة للبيع والإيجار يستعملها الأغنياء والأثرياء الذين يريدون الحصول على ذرية دون تحمل تبعات ومعاناة الحمل والولادة، ونجد أيضا أن هذه الظاهرة أو هذه الوسيلة قد انتشرت أيضا في بعض البلدان العربية كدولة لبنان[5]، ولكن ما هي الأسباب الداعية إلى إبرام عقد استئجار الأرحام؟

في الواقع هناك العديد من الأسباب التي تجعل كلا من الزوجين أو صاحبة الرحم يقدمون على إبرام عقد التأجير لتحقيق مصالح الطرفين، وأوضح ذلك على النحو التالي:

أ - بالنسبة للطرف الأول (الزوجان): فتعددت الأسباب التي تدعو الأزواج لعملية إيجار الأرحام ومن أهمها:

1 – الأسباب الطبية: كما لو كانت المرأة صاحبة البويضة بدون أعضاء تناسلية، أو بدون رحم أو أصيبت بتشوهات أو مرض يجعل الحمل مستحيلا، أو عدم قدرة الرحم على

---

1 - أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 83.

2 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 306.
مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 426.

3 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 98.

4 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 345.

5 - فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص ص 784، 785.

حمل الجنين حتى إتمام ولادته، وقد يكون لمجرد الخوف من انتقال بعض الأمراض الوراثية إلى المولود عن طريق أمه البيولوجية فتلجأ الأم حينئذ إلى هذه الوسيلة، لتجنب إصابة الطفل بهذه الأمراض[1].

2 – الأسباب الجمالية: وهي محافظة المرأة على رشاقتها وتكوينها الجسدي، وذلك بعدم تعريض جسمها للانتفاخ بسبب الحمل، فالكثير من السيدات وبصفة خاصة في أمريكا وأوروبا يلجأن إلى هذه الوسيلة لتجنب مشاكل الحمل والوضع[2].

3 – الأسباب الاقتصادية: وهي عندما تكون الزوجة أو الأم الحقيقية تعمل في وظيفة مرموقة، وتخشى من التعطل عن العمل بسبب الحمل، كأن تعمل مضيفة أو فنانة أو سفيرة... الخ[3].

ب - بالنسبة للطرف الثاني (الأم البديلة): قد يثار تساؤل حول السبب الرئيسي لإقدام الأم البديلة على تحمل هذه المهمة، والالتزام بالحمل لحساب الغير هل هو المساعدة الإنسانية أم غيرها؟

يرى البعض[4] أن الحمل لحساب الغير قد لا يجد مبررا له سوى نبل الغاية فهو يهدف حقيقة إلى مساعدة امرأة عقيم على تحقيق رغبتها في الحصول على طفل، فالإيثار وكذلك التضامن العائلي هو الدافع الذي يكمن وراء نظام الحمل لحساب الغير.

لكن الواقع يقول بغير ذلك، إذ أن العديد من النساء يقدمن على هذه الوسيلة من أجل الحصول على المال، وأن معظم من يقمن بهذه العملية غير عاملات، ويعانين من ظروف مالية صعبة[5].

---

1 - راجع في ذلك:

BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle..., op.cit, p 103.

هند الخولي، "تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الثاني، 2011، ص 278.

أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 251.

2 - فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 788.

خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 103.

3 - فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 788.

4 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 280.

5 - ومن العجيب أن إحدى الأمهات البديلات وهي السيدة "كوتون" في إنجلترا قد أعلنت أنها وافقت على القيام بهذه المهمة من أجل الحصول على المال لتغيير ستائر منزلها. راجع في ذلك: =

ثانيا – صور الحمل لحساب الغير:

تتم عمليات الحمل لحساب الغير أو استئجار الأرحام – في أغلب الأحيان – من خلال مراكز وجمعيات يطلق عليها اسم جمعيات استئجار الأرحام، تقوم بهذه المهمة مقابل أجر يتم الاتفاق عليه بين الجمعية أو المركز والأزواج أصحاب مشكلة عدم القدرة على الإنجاب، وهذا يعني أن عملية الحمل لحساب الغير تستلزم مشاركة أطراف أخرى غير الزوجين في عملية الإنجاب[1].

فبالإضافة إلى وجود الزوج الذي يقدم الحيوانات المنوية والزوجة التي تقدم البويضة، وهما طرف أول، توجد المرأة التي تلقح اصطناعيا أو التي تستقبل البويضة الملقحة والتي تعتبر طرفا ثانيا، كما يوجد المركز المتخصص الذي يتولى القيام بعملية التلقيح الاصطناعي والذي يعتبر طرفا ثالثا في عقد الحمل لحساب الغير، فبين هذه الأطراف الثلاثة تنشأ علاقة عقدية ومحل هذا العقد ليس بالضرورة أن يكون مشروعا[2].

والواقع أن هذه الوسيلة من الإنجاب تغطي من الناحية العملية عدة صور أوضحها فيما يلي:

الصورة الأولى: وفيها تكون الزوجة قادرة على إنتاج البويضات الصالحة للتلقيح إلا أنها تكون غير قادرة على حملها حتى فترة الوضع لعيب في الرحم، مما يضطر معه الزوجان بالاتفاق مع امرأة أخرى، تكون الغاية من هذا الاتفاق هي حمل البويضة الملقحة وهنا لا دخل للمرأة المستأجرة بالبويضة، ولذلك تسمى بالمرأة المستأجرة الحاملة[3].

ففي هذه الحالة تنسب البويضة الملقحة في الأنابيب للزوجين، ثم تزرع هذه البويضة في رحم امرأة أخرى (الحاملة) تكون مهمتها حمل الجنين إلى حين ولادته، وإعادته بعد الولادة لأصحاب البويضة الملقحة، فالمولود ينسب بيولوجيا للأب والأم، لكن الحمل والوضع حدث بواسطة امرأة أخرى غير الأم، أي أن التلقيح تم خارج الرحم، في أنبوب

=ناهدة حسن سلمان البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، مرجع سابق، ص 353.

عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 97.

1 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 350.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 353.

3 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 351.

اختبار بين نطفة الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها[1].

الصورة الثانية: تكون فيها الزوجة غير قادرة على إنتاج البويضات الصالحة للتلقيح ولا على حدوث الحمل في رحمها لذا يلجأ إلى أخذ بويضة من امرأة أخرى ليتم تلقيحها اصطناعيا بمني الزوج، ثم ترد البويضة الملقحة إلى رحم هذه المرأة (صاحبة البويضة)، وفي هذه الحالة تسمى المرأة المستأجرة منتجة البويضة وحاملة لها حتى تلد الطفل الذي تتعهد بتسليمه إلى الزوجين المتعاقدين معها على الحمل لحساب الغير[2].

ولم يقتصر في هذه الحالة دور المرأة المتطوعة برعاية الحمل وإعادة المولود فقط، وإنما تجاوز ذلك إلى التبرع ببويضتها، ولا ينسب المولود في هذه الحالة بيولوجيا إلا للأب فقط، أما الزوجة فهي غريبة تماما عن المولود، إذ ليس من بويضتها، كما أنها لم تحمله، ومن ثم لم تضعه فهي إذن أم اجتماعية فقط[3].

يكاد يجمع الفقه في هذا الصدد على أن الصورة الأولى هي المعنية بالحمل لحساب الغير في معناها الدقيق[4]، أي في حالة ما إذا كانت البويضة الملقحة تنسب لزوجين، وتتطوع امرأة أخرى بحمل البويضة الملقحة لحساب الزوجة إلى حين الوضع، فدور هذه المرأة (صاحبة الرحم) يقتصر فقط على حمل الجنين، وذلك لأن البويضة تنتمي إلى الزوجة صاحبة الطلب، فتبدو المرأة المتطوعة في هذه الحالة كأنها حاضنة بشرية[5]، لذلك يطلق عليها اسم حاضنة (gestatrix)، أما في الصورة الثانية فإنّ المرأة المتطوعة هي حاضنة (gestatrix) ومورثة (gennitrix) في الوقت نفسه[6]. وهذه التسمية أطلقها العميد CORNU[7].

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 158.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 353.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 158.

4 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 351.
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 354.

5 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 352.

6 - TISSIER Delphine, La protection du corps…, op.cit, p 98.

7 - أشار إلى ذلك: حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 352.

فالذي يميز وسيلة الحمل لحساب الغير ليس إجراء عملية التلقيح خارج الرحم، وليس التبرع بالبويضة الملقحة من شخص لآخر، وإنما أن الحمل قد تطوعت امرأة بالقيام به نيابة عن الأم البيولوجية ولحسابها لسبب أو لآخر[1]، وعليه فإنّ نظام الحمل لحساب الغير، أو ما يسمى بنظام الأم البديلة هو نظام مستحدث وجد بغرض مساعدة امرأة لتصبح أُمًا، وهذه المرأة لا توجد لديها مشكلة في عملية التبويض، ولكن مشكلتها تكمن في كون رحمها لا يستقر به حمل، وذلك لوجود عيب أو عجز به، أو لعدم وجوده كلية ومن ثم فلا سبيل لتحقيق رغبتها تلك إلا باستئجار رحم امرأة أخرى لتحمل لحسابها جنينا مخلقا من بويضتها الملقحة بماء زوجها[2].

بذلك يمكننا أن نحتفظ بذاتية وخاصية لكل وسيلة من وسائل التلقيح الاصطناعي، حتى لا تختلط أو تتداخل بوسيلة أخرى، فالذي يميز وسيلة التلقيح الاصطناعي الداخلي هو أن الحمل يحدث نتيجة تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها، والذي يميز التلقيح الاصطناعي الخارجي هو أن الحمل يحدث خارج رحم الزوجة أي أنه يتم في أنبوب اختبار (in vitro).

أما ما يميز الحمل لحساب الغير فهو أن التي تقوم بالحمل والوضع امرأة غير صاحبة البويضة وإذا كان الحمل لحساب الغير لا يتم عملا إلا بعد حدوث التلقيح – بداءة – خارج الرحم ثم تزرع البويضة الملقحة بعد ذلك في رحم المرأة الحاملة، وهذا هو جوهر الحمل لحساب الغير[3].

وعليه فإنّ الحمل لحساب الغير بالمعنى الدقيق يشمل فقط حالة ما إذا كانت البويضة الملقحة تنسب لزوجين وتتطوع امرأة أخرى بحمل البويضة الملقحة لحساب الزوجة إلى حين الوضع، ويرتب على ذلك ما يلي:

- أصحاب البويضة الملقحة هما الزوج والزوجة وتربطهما علاقة زواج قائمة، فالمولود ابن لهما بعد عملية الوضع من الناحية البيولوجية[4].

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 159.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 344.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 159، 160.

4 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 352.

- أن دور المرأة المتطوعة يقتصر فقط على حمل البويضة الملقحة، ورد الطفل بعد ولادته إلى الزوجين صاحبا البويضة الملقحة[1]، ولذلك فإذا تجاوز دور المرأة المستأجرة هذا الحد (الحمل) كأن تبرعت بالبويضة المؤنثة فلا نكون بصدد استئجار الأرحام.

- لا يجوز للأم البديلة أن تتمسك بالمولود بعد عملية الوضع بحجة أنها تعتبر أُمًا فعلية له فيصبح التزاما على عاتقها تسليم هذا المولود لأبويه، وهما الزوج والزوجة صاحبا البويضة الملقحة، هذا الالتزام يعتبر من آثار عقد الحمل لحساب الغير، ويقابله التزام بدفع المقابل المالي من طرف الزوجين[2].

ذهب جانب من الفقه[3] في هذا الصدد إلى إنكار وجود عقد في هذه العلاقة بين الزوجين صاحبا البويضة الملقحة والأم البديلة، ويرى البعض[4] أن الحمل لحساب الغير ليس عقد بالمعنى الوارد في القانون، فهذا لا يعد إلا مجرد اتفاق بين الطرفين، وهو اتفاق غير قانوني بسبب أن محل العقد غير مشروع، فلا يجوز أن يكون جسم الإنسان محلا لأي تعامل قانوني مهما كان شكل هذا التعامل، لأن من أهم قواعد وأسس القانون المدني التي ترسخت منذ القدم، أن جسم الإنسان خارج نطاق التعامل القانوني، كما أن هذا الاتفاق فيه تحقير وحط من كرامة جسم الإنسان، وعلاوة على ذلك فإنّ الإنسان ليس مالكا لجسمه، لذا وطبقا لقواعد القانون، فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في غير ملكه، وإلا وقع التصرف باطلا.

فحسب أنصار هذا الاتجاه فإنّ الزوجين لا يرتبطان في الحمل لحساب الغير مع الأم البديلة بأي عقد، على عكس بعض القوانين الأمريكية التي تسمح بالقول بوجود عقد بين الطرفين، ونظرا لعدم وجود عقد من البداية بين الطرفين وإنما مجرد تفاهم على وضع معين،

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 161.

2 - راجع في ذلك: نادية قزمار، "المنظور القانوني والشرعي لعقد إجارة الأرحام"، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات القانونية، المجلد 15، العدد الأول، جامعة الزرقاء، الأردن، 2015، ص 42.
خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص ص 120، 121.

3 - حول هذا الاتجاه راجع: نادية قزمار، "المنظور القانوني..."، مرجع سابق، ص 75.
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 344.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 108، 109.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 174، 175.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 354، 355.

4 - ممدوح خيري هاشم، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 357.

فإنّ هذا الوضع لا يرتب أي التزامات على عاتق الطرفين، فالأمر لا يعدو في نظرهم مجرد تفاهم أو تنظيم غير ملزم لعملية الحمل ومصير المولود بعد ولادته[1].

وفي ظل غياب العقد، يمكن القول – في نظر هذا الاتجاه – أنه لا يمكن قانونا إلزام الأم البديلة برد المولود وتسليمه إلى المرأة التي أوصت عليه، أو الحكم عليها بتعويض مالي مقابل عدم تسليمها للمولود، فتستطيع الأم البديلة الاحتفاظ بالمولود ونسبته إليها كأم له من الناحية القانونية[2].

ويرى البعض[3] أن أنصار هذا الرأي يهدفون من وراء القول بعدم وجود عقد في هذه الحالة إلى إعطاء الحرية للأم البديلة للاحتفاظ بالمولود لنفسها إن شاءت دون أن تخشى الحكم عليها إما برد المولود وإما بدفع تعويض مالي للمرأة الأخرى التي أوصت عليه، فالغاية عندهم تبرر الوسيلة، فإعطاء الحرية للأم البديلة (المرأة الحاملة) للاحتفاظ بالمولود يقتضي القول بعدم ارتباطها بأي عقد من البداية مع المرأة الأخرى.

لكن هذا التحليل الغائي، كما يرى أنصار هذا الاتجاه لا يتفق مع الواقع من ناحية، فضلا عن أنه يمكن من ناحية أخرى الوصول للنتيجة ذاتها حتى مع القول بوجود العقد[4].

فالعقد ينعقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، ويتم ذلك عن طريق عرض إيجاب موجه من أحد الطرفين يقبله الطرف الآخر، ولا يخرج نظام الحمل لحساب الغير عن هذه القاعدة، لأن الطرفان قد حدث بينهما اتفاق وإيجاب وقبول، ومن ثم فقد انعقد العقد، وبناء عليه قامت الأم البديلة بحمل البويضة الملقحة، ونتج عن ذلك أيضا أنها حملت بالجنين الخاص بالزوجين، وسوف تتحمل الولادة المستقبلية التي سوف تحدث نتيجة حملها بهذا الجنين[5].

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 175.

2 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 354.

3 - محمد المرسي زهر، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 175.

4 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 109.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 175.

5 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 109.

كما أن القول بوجود عقد بين الطرفين لا يمنع من حق الأم البديلة (المرأة الحاملة) من الاحتفاظ بالمولود إذا ثبت أنه عقد باطل بطلانا مطلقا[1].

لذلك يرى الرأي الراجح في الفقه أن الأم البديلة ترتبط مع المرأة صاحبة البويضة بعقد، ويساند ذلك المشرع الأمريكي، إذ تسمح بعض القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية بالقول بوجود عقد في الحمل لحساب الغير، ويتم ذلك من خلال تحرير عقد بين الأطراف المشاركة وهم في الغالب الزوجين صاحبا البويضة الملقحة، والمرأة التي تقبل استخدام رحمها لحمل الجنين، ويعتبر الزوجان المستأجران هما الوالدان الشرعيان لهذا المولود[2].

وكما هو واضح يعد العقد ملزما للجانبين يلقي بالالتزامات على عاتق كلا الطرفين في الوقت نفسه فكلاهما دائن ومدين[3]، إذ يلتزم الزوجين بتحمل المصاريف والنفقات المالية اللازمة لإتمام الحمل ومن أمثلتها: مصاريف التحاليل، أتعاب الطبيب، الغذاء، المسكن، إلى غاية وضع المولود مع التكفل بمستلزمات المرحلة التي تلي عملية الولادة، كما يقع عليهما الالتزام بتسلم المولود ودفع الأجر للأم البديلة، أما بالنسبة للأم البديلة فيقع عليها عدة التزامات أهمها: المحافظة على الجنين، الالتزام باتباع كافة تعليمات الجهات الطبية، كما يقع عليها الالتزام بتسليم المولود[4].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الحمل لحساب الغير

يظهر أنه على الرغم من اتفاق أنصار الرأي الراجح في الفقه على وجود علاقة عقدية بين الزوجين صاحبا البويضة الملقحة والأم البديلة، إلا أنهم اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، لأنه يقترب في هذه الطبيعة القانونية من عقود كثيرة كعقد البيع (أولا)، وذهب جانب من الفقه إلى تكييف عقد الحمل لحساب الغير على أنه عقد إيجار (ثانيا)، بالإضافة إلى أن هذا العقد يشبه عقد المقاولة (ثالثا).

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 175.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 345.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 354، 355.

3 - علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي...، مرجع سابق، ص 28.

4 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص ص 120، 121.
نادية قزمار، "المنظور القانوني..."، مرجع سابق، ص 42.

أولا – عقد الحمل لحساب الغير وعقد البيع:

بداية لكي نكيف عقد الحمل لحساب الغير على أنه عقد بيع يجب علينا أولا معرفة القواعد والأحكام العامة لعقد البيع، وذلك دون الدخول في تفاصيل أحكام عقد البيع، ثم معرفة مدى انسجام هذه القواعد والأحكام مع عقد الحمل لحساب الغير.

ويمكن تعريف عقد البيع على أنه: « عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر، في مقابل ثمن نقدي »[1].

يتضح من خلال هذا التعريف أن قوام عقد البيع يتمثل في الخصائص الآتية:

- التزام البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي للمشتري.

- أن يكون هذا الالتزام في مقابل ثمن نقدي[2]. فإذا انتفى ذلك من أي عقد فلا يسمى بيعا[3].

والحمل لحساب الغير لا ينسجم مع قواعد وأحكام عقد البيع للأسباب التالية:

– المحل في عقد البيع هو شيء أو حق مالي، لكن جسم الإنسان لا يمكن شرعا وقانونا من تاريخ الحمل أن يكون محلا لعقد البيع، إذ أن جسم الإنسان ليس شيئا ولا مالا ولا يمكن أن يكون محلا لعقد البيع، إذ أنه خارج دائرة التعامل القانوني أصلا، وبالتالي فالمحل في كلا العقدين مختلف[4].

- أن نظام الحمل لحساب الغير قد يكون تطوعا وبغير مقابل مالي، بخلاف البيع فإنّه لا يكون إلا بعوض مالي[5].

– باستطراد باقي أحكام عقد البيع، مثل التسليم باعتباره من آثار عقد البيع والتزام البائع بضمان العيوب الخفية، فإنّ هذا التكييف لا يستقيم في حالة عقد الحمل لحساب الغير، وذلك لأن فكرة التسليم وإن كانت تقترب في البيع مع عقد الحمل لحساب الغير على

---

1 - راجع نص المادة (351) من القانون المدني الجزائري.

2 - سعيد سعد عبد السلام، فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، 1997، ص 106.

3 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 346.

4 - عبد الحليم محمد منصور، تأجير الأرحام في ضوء قواعد الحلال والحرام، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2012، ص 46.

خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 116.

5 - عبد الحليم محمد منصور، تأجير الأرحام...، مرجع سابق، ص 46.

أساس أن الأم البديلة تلتزم بعد الولادة بتسليم المولود إلى صاحبة البويضة، ولا ريب أن البائع يلتزم بمقتضى عقد البيع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري حسب المواصفات المتفق عليها وخاليا من العيوب الخفية، إلا أنها تتعارض معه في حالة هلاك الطفل قبل ولادته حيًّا، وذلك كما لو أجهضت الأم البديلة، فيستحيل التسليم في هذه الحالة، ولا يمكن عندئذ إعمال فكرة التعويض في حالة الهلاك[1].

كذلك في الالتزام بضمان العيوب الخفية وذلك باعتباره من أخص التزامات البائع في عقد البيع[2]، فإنّه لا يستقيم أيضا مع عقد الحمل لحساب الغير لأنه لا يمكن القول بضمان هذه الأم البديلة للعيوب الخفية التي سوف تظهر في الطفل، حتى ولو كانت هذه العيوب ناتجة عن مرض وراثي في الأم الحامل[3].

– يضاف إلى ما تقدم أن المشتري يتعاقد في البيع على شراء شيء لا يملكه، أما في الحمل لحساب الغير فالمرأة التي أوصت على الطفل ليست غريبة تماما عليه، فهي أمه من الناحية البيولوجية، فالبويضة الملقحة التي زرعت في رحم الأم البديلة تنسب إليها وإلى زوجها وليس من المتصور – عقلا وقانونا – أن يشتري شخص شيئا يملكه[4].

يتضح من خلال ما سبق أنه بالرغم من وجود بعض التشابه الظاهري بين عقد البيع وعقد الحمل لحساب الغير، إلا أنه لا يمكن أن نكيف عقد الحمل لحساب الغير على أنه عقد بيع لاستحالة المحل والسبب[5].

ثانيا – عقد الحمل لحساب الغير وعقد الإيجار:

كما هو معروف قانونا، أن عقد الإيجار هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه تمكين المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم[6].

---

1 - سعيد سعد عبد السلام، فكرة العقود...، مرجع سابق، ص 107.
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 347.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 356.

2 - فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي، مرجع سابق، ص 829.

3 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 347.

4 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 177.

5 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 347.
فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 829.

6 - راجع نص المادة (467) من القانون المدني الجزائري.

فهل يستقيم تكييف عقد الحمل لحساب الغير على أنه عقد إيجار بناء على هذه المواصفات التي وردت في التعريف السابق لعقد الإيجار؟

يمكن من خلال التعريف السابق استخلاص أهم القواعد والأحكام الخاصة بعقد الإيجار[1] ومن أهمها:

- يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر.
- يلتزم المستأجر بدفع الأجرة أو الثمن للمؤجر.
- يلتزم المؤجر بتسليم الشيء المؤجر للمستأجر بحالة صالحة للاستعمال وتفي بالغرض من الإيجار.
- يلتزم المستأجر برد الشيء المؤجر بنفس الحالة التي تسلمها عليه من المؤجر عند بداية العقد.
- يلتزم المؤجر بضمان التعرض سواء كان منه أو من الغير إذا توافرت شروطه.

والسؤال الذي يثور في هذه الحالة هو: هل تنطبق الأحكام سالفة الذكر على عقد الحمل لحساب الغير، وخاصة عندما يطلق عليه البعض عقد إيجار الأرحام؟

يرى جانب من الفقه أنه يمكن أن نكيف عقد الحمل لحساب الغير على أنه عقد إيجار، فيه يستأجر الزوجان رحم المرأة الحاملة على غرار حضانة اصطناعية خلال مدة الحمل، وذلك مقابل أجر تتلقاه المرأة الحاملة[2].

فقد يقال أن المرأة صاحبة البويضة تنتفع بجسم المرأة الحاملة (الأم البديلة) مدة زمنية معينة محددة هي مدة الحمل لقاء مقابل مالي، ومن أوجه هذا الانتفاع استخدامه كوعاء للحمل والشيء المنتفع به (جسم المرأة الحاملة) بعد تمام الوضع[3].

كما أن القول بجواز تطبيق أحكام عقد الإيجار يؤدي إلى إمكانية إلزام الأم البديلة بأن تمكن الزوجين من الانتفاع برحمها، وأن ترضخ لعملية الإنجاب الاصطناعي من خلال

---

1 - راجع في ذلك: خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 112.
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 347.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 357.

2 - علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي...، مرجع سابق، ص 28.
خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 112.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 177.

وضع البويضة الملقحة في رحمها، وهذا يوجب أن يكون محل الإيجار – وهو هنا رحم الأم البديلة – خاليا وسليما وقادرا على الحمل، وأن تلتزم أيضا بالخضوع للكشف الطبي الدوري أثناء الحمل ونمو الجنين والمحافظة عليه وهذا ما يطلق عليه ضمان التعرض الشخصي[1].

أما بالنسبة للأب البيولوجي للطفل فإنّ القول بجواز تطبيق أحكام عقد الإيجار على مثل هذه التصرفات يؤدي إلى إلزامه بسداد الأجرة مقابل خضوع الأم البديلة لهذه العملية وهذا هو مقابل الانتفاع[2].

ورغم هذا التقارب بين عقد الإيجار[3] وعقد الحمل لحساب الغير إلا أنه لا يمكن تكييف عقد الحمل لحساب الغير على أنه عقد إيجار للأسباب التالية:

- إن عقد الإيجار لا يكون إلا معاوضة، بحيث يأخذ كل منهما مقابلا لما يؤديه للطرف الآخر، ونظام الأم البديلة قد يكون معاوضة، وقد يكون تبرعا بدون مقابل، بهدف مساعدة الغير، وتقديم خدمة إنسانية لمن يحتاجها[4].

- إنّ عقد الإيجار يرد على الأشياء، والمؤجر في عقد الإيجار يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بشيء ورحم المرأة لا يعتبر شيئا، ومن ثم فلا يمكن أن يكيف عقد الحمل لحساب الغير على أنه عقد إيجار وذلك لاستحالة المحل[5].

- إن محل التزام المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال مدة عقد الإيجار، ولا يتم ذلك إلا بتسليم المؤجر العين المؤجرة للمستأجر، أما في نظام الأم البديلة

---

1 - سعيد سعد عبد السلام، فكرة العقود...، مرجع سابق، ص 108.
فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 830.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 349.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 359.

3 - ويمكن أن نلخص أوجه التشابه بين عقد الإيجار وعقد الحمل لحساب الغير فيما يلي: الرضائية (حيث ينعقد كلا العقدين بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، ولا يشترط فيهما شكل خاص)، وأن كلا منهما عقد ملزم للجانبين، وأن كلا منهما من العقود المحددة المدة وأن كلا منهما من العقود التي ترد على منفعة.

4 - عبد الحليم محمد منصور، تأجير الأرحام...، مرجع سابق، ص 41.

5 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 112.
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 349.
خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 117.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 361.

فلا يقتصر دور الأم البديلة على التمكين من الانتفاع بالرحم فقط، بل تقوم بدور أساسي في إكسابه بعض الصفات الوراثية، ومن ثم فإذا افترضنا جدلا أن العين المؤجرة هي الرحم فإنه من المستحيل تسليم الرحم للانتفاع به منفصلا عن جسم المرأة[1].

- هذا بالإضافة إلى أن مثل هذا التكييف على فرض صحته لا يفسر كافة الآثار المترتبة على العقد فهو قد يفسر انتفاع صاحبة البويضة بجسم المرأة الحاملة (الأم البديلة)، لكنه لا يفسر تنازل المرأة الحاملة عن طفلها إلى امرأة أخرى ونسبته قانونا إلى هذه الأخيرة، وتنازل الأم الحاملة عن حقوقها على الطفل لا تجد تبريرا لها في عقد الإيجار، وتبقى من ثم في حاجة إلى تفسير أو تبرير[2].

ثالثا – عقد الحمل لحساب الغير وعقد المقاولة:

يمكن تعريف عقد المقاولة بأنه: « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر »[3].

يتضح من التعريف السالف الذكر أن عقد المقاولة ينبني على أساس قيام المقاول بصنع شيء أو أداء عمل لصاحب العمل مع التزامه بضمان العيوب الخفية التي تلحق بالعمل الذي يؤديه، كما يلتزم بتسليم هذا العمل في الميعاد المتفق عليه، وفي المقابل يلتزم صاحب العمل بتمكين المقاول من إنهاء العمل المكلف به، ويلتزم أيضا بتسلم هذا العمل فور الانتهاء منه، وأخيرا يلتزم بدفع الأجر المتفق عليه في الميعاد المحدد سلفا بين المقاول وصاحب العمل[4].

وفي محاولة لتطبيق أحكام عقد المقاولة على عقد الحمل لحساب الغير فإن ذلك يعني أن الأم البديلة تلتزم بما يلي:

---

1 - عبد الحليم محمد منصور، تأجير الأرحام...، مرجع سابق، ص 41.

2 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 178.

3 - راجع نص المادة (549) من القانون المدني الجزائري.

4 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 111.
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 349، 350.
سعيد سعد عبد السلام، فكرة العقود...، مرجع سابق، ص 109.

- تلتزم الأم البديلة بتنفيذ العمل المتفق عليه، وهذا العمل هو حمل الجنين وفقا للأوضاع العادية والطبيعية للحمل، وذلك عملا بمبدأ واجب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود.

- تلتزم الأم البديلة بوضع الطفل بعد المدة المحددة للحمل وهي غالبا تسعة أشهر.

- تلتزم الأم البديلة بتسليم هذا الطفل إلى الزوجين صاحبا البويضة الملقحة في الموعد المتفق عليه.

- كما تلتزم الأم البديلة بضمان العيوب الخفية في ذلك المولود[1].

أما في جانب الزوجين صاحبي البويضة الملقحة فيجب عليهما الآتي:

- يلتزم الزوج بتقديم الحيوانات المنوية، وتلتزم الزوجة بتقديم البويضة الصالحة للإخصاب في الموعد المحدد سلفا.

- يلتزم الزوجان بتسلم الطفل بعد ولادته خاليا من العيوب الخفية.

- بالإضافة إلى التزامهما بدفع المقابل المتفق عليه مع الأم البديلة[2].

وعلى الرغم من وجود التشابه الظاهري بين العقدين، إلا أن ذلك لا يعني إدراج عقد الحمل لحساب الغير في مصاف عقد المقاولة لأن محل الالتزام في عقد المقاولة هو صنع شيء أو القيام بعمل، ولا يمكن قبول تطبيق هذا الوصف في الحمل لحساب الغير[3]، لأنه لا يمكن اعتبار الطفل مادة مصنوعة مثل الأشياء المادية، ومن ثم فإنّ المقاول إذا لم يحسن العمل كأن جاء الطفل على غير المطلوب، فهل للمالك أن يرفض استلامه، ويطالبه بإعادة تصنيعه مرة أخرى؟ فلا يمكن للأم البديلة أن تعيد الطفل لبطنها لإعادة تصنيعه أو أن ترفض الأم الأصلية استلامه لأنه ليس من المواصفات المطلوبة فعقد المقاولة يتحدث عن شيء أو القيام بعمل أما الطفل فهو إنسان[4]، فلا يمكن في الأساس قبول وصف الطفل بأنه

---

1 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 365.
فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 833.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 350.
حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 365.

3 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 350.

4 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 111.

شيء وهذا بدوره سيؤدي إلى عدم قبول تكييف عقد الحمل لحساب الغير على أنه عقد مقاولة[1].

وقياسا على ذلك فيما لو اعتبر الحمل لحساب الغير عقد وديعة أو تنازلا، فلا يمكن أن تعتبر عقد الحمل لحساب الغير على أنه عقد وديعة[2] للأسباب التالية:

- إنّ التزام المودع لديه بالحفظ يرد محله على أشياء منقولة، بينما التزام الأم البديلة بالحفظ يرد على كائن حي وهذا لا يدخل في مفهوم الأشياء.

- يلتزم المودع لديه في عقد الوديعة بأن يرد عين الشيء المودع في نهاية العقد، في حين أن الأم البديلة تلتزم بتسليم الطفل للمرأة صاحبة البويضة وزوجها صاحب الحيوان المنوي في نهاية العقد، وهذا ليس عين الشيء المودع ابتداءً والذي كان نطفة ملقحة، وأصبحت في نهاية العقد إنسانا متكاملا.

كما أنه لا يمكن اعتبار الحمل لحساب الغير على أنه تنازل[3]، لأن قياس تنازل الأم البديلة عن حقوقها على طفلها على التنازل عن الميراث مثلا هو قياس مع الفارق، فهذه الحقوق التي تتنازل عنها الأم البديلة هي في الواقع حقوق غير مالية تخرج بطبيعتها عن دائرة التعامل، ومن ثم لا تصلح أن تكون محلا للتنازل وبالتالي فهو ترك أو هجر للطفل وليس تنازلا، هذا من ناحية ومن ناحية ثانية فإنّ الشخص المتنازل إنما يتنازل عن حقوق تخصه هو وحده له الحق في استعمال هذه الحقوق أو التنازل عنها كيفما شاء، أما الأم البديلة فهي لا تتنازل عن حقوق تخصها وحدها، بل تخص الطفل نفسه، وفصل الأم عن طفلها لا يمكن القول معه بأي حال من الأحوال بأنه سيحقق مصلحة الطفل[4].

---

1 - حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، "مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية"، مجلة رسالة القانون، العدد الأول، 2010، ص 86.

حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 350.

2 - عبد الحليم محمد منصور، تأجير الأرحام...، مرجع سابق، ص 50.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 179.

حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 367.

4 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 179.

عبد الحليم محمد منصور، تأجير الأرحام...، مرجع سابق، ص 47.

BAUDOUIN Jean-Louis, LABROUSSE-RIOU Catherine, Produire l'homme…, op.cit, p 118.

CCNE, Avis N° 3, sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle, 23/10/1984.

فيصعب إذًا تحديد التكييف الدقيق لعقد الحمل لحساب الغير نظرا لتشابه هذا العقد مع عدة عقود أخرى، ويرى جانب من الفقه الفرنسي[1] أن هذا العقد بهذا الوصف يعتبر متصورا ومقبولا وهو قريب الشبه بعقد الرضاع الذي تتعهد فيه المرضعة في مقابل أجر أن ترضع الطفل[2].

إلا أننا إذا علمنا أن هذه العمليات تتم في الغالب من خلال جمعيات استئجار الأرحام مقابل أجر تشترطه هذه الجمعيات أو المراكز، فقد يبدو لأول وهلة أن هذا العقد لا يخرج عن كونه عقد سمسرة والذي يتعهد بمقتضاه السمسار إلى شخص آخر بمساعدته في العثور على متعاقد بشأن صفقة نظير أجر يسمى سمسرة أو عمولة.

ففي عقد السمسرة يلتزم السمسار بالتحقق من شخصية المتعاقد الذي يبحث عنه، وهو في سبيل ذلك يبذل عناية الشخص الحريص، كما يلتزم بأن يعرض شروط التعاقد على المتعاقد الآخر ويبيّن ظروف الصفقة ومخاطرها من خلال تزويده بالمعلومات اللازمة لإبرام هذا العقد، كما يلتزم بالضمان وفي المقابل يلتزم العميل بدفع الأجر المتفق عليه.

فإذا أردنا تطبيق هذه الأحكام على العقد الذي يتم بين الزوجين صاحبا البويضة الملقحة وجمعية متخصصة في تأجير الأرحام والتي تقوم بدور الوسيط في عملية الإنجاب نظرا لخبرتها في هذا المجال، فتقوم بالبحث عن امرأة مستعدة لحمل البويضة الملقحة، وذلك مقابل أجر تتلقاه نظير ذلك. فلا شك أن هذه الأوصاف تقرب الشبه بين هذا العقد وبين أحكام عقد السمسرة، إلا أن المشكلة لا تزال قائمة وذلك في حالة ما إذا كان قد تم بين الوسيط (جمعية استئجار الأرحام) والزوجين على سبيل التبرع، فلا يمكن في هذه الحالة تكييف هذا العقد على أنه عقد السمسرة[3].

كما أنه لا يمكن تكييف عقد الحمل لحساب الغير بأنه عقد وكالة[4]، وذلك للأسباب التالية:

---

1 - حول هذا الاتجاه راجع: علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي...، مرجع سابق، ص 28.

2 - نشير إلى وجود تشابه بين عقد الحمل لحساب الغير وعقد الرضاع، حيث أن كلا منهما عقد رضائي، كلاهما يتم في شكل معاوضة في غالب الأحيان، وكذا كلا منهما عقد زمني فهذان العقدان أقرب إلى بعضهما لاشتراكهما في الخصائص والجوهر. راجع في ذلك: عبد الحليم محمد منصور، تأجير الأرحام...، مرجع سابق، ص 49.

3 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 351، 352.

4 - راجع في ذلك: عبد الحليم محمد منصور، تأجير الأرحام...، مرجع سابق، ص ص 43، 44.
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 352.

- عقد الوكالة محله تصرف قانوني يقوم به الوكيل لحساب الأصيل، أما في العلاقة بين الزوجين صاحبا البويضة الملقحة والأم البديلة، فإنّ التصرف هنا محله جسم الإنسان، فهو عمل مادي وليس قانوني.

- إنّ الوكالة بحسب الأصل تكون تبرعية ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، خلافا لنظام الأم البديلة فهو عقد معاوضة في غالب الأحيان.

- إنّ عقد الوكالة محله تصرف مشروع، بخلاف الرحم البديل فإنّه يرد على محل غير مشروع.

نخلص إذًا إلى أن عقد الحمل لحساب الغير وإن كان يلتقي مع كثير من العقود سالفة الذكر في بعض الخصائص دون البعض الآخر إلا أنه لا يمكن إلحاقه بواحدة منها وإنزال الأحكام الخاصة به عليه فهو عقد يصعب تكييفه، لذا فإنّ هذا العقد ذو طبيعة خاصة تميزه عن سائر العقود وإن كان لا يخرج في مجمله عن نطاق الأحكام العامة لنظرية العقد، إلا أن جوهره كعقد يقوم على شغل رحم الأم البديلة بحمل لحساب الزوجة صاحبة البويضة وزوجها صاحب الحيوان المنوي، وهذا ما يجعله مستقلا ببعض الأحكام الخاصة به، دون غيره من العقود الأخرى التي تشبهه[1].

المطلب الثاني

مدى مشروعية الحمل لحساب الغير

يمثل الحمل لحساب الغير صورة من صور وضع جسم الإنسان تحت تصرف الغير، فالمرأة الحاملة أو الأم البديلة تضع في هذه العمليات طاقتها التناسلية تحت تصرف ولمصلحة امرأة أخرى فالحمل لحساب الغير هو إذن استغلال لجسم الإنسان[2]، ولهذا أثارت هذه الوسيلة جدلا واسعا في الأوساط القانونية وظل الفقه منقسما على نفسه ومترددا بين الرفض والإباحة (الفرع الأول)، كما اختلفت خطة التشريعات المقارنة في هذا الشأن، إذ اتجه البعض منها إلى إباحة هذه الوسيلة بشروط معينة، بينما اتجه البعض الآخر إلى النص على تحريم وسيلة الحمل لحساب الغير (الفرع الثاني).

1 - عبد الحليم محمد منصور، تأجير الأرحام...، مرجع سابق، ص 51.

2 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 195.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 280.

الفرع الأول

موقف الفقه من عمليات الحمل لحساب الغير

ذهب بعض الفقه إلى تأييد وسيلة الحمل لحساب الغير (أولا)، بينما اتجه الرأي الراجح في الفقه إلى معارضة هذه الوسيلة (ثانيا).

أولا – الاتجاه المؤيد لعمليات الحمل لحساب الغير:

يرى جانب من الفقه القانوني أن عمليات الحمل لحساب الغير ككل وسائل الإنجاب الاصطناعي تمثل بابا من الأمل انفتح لزوجين عقيمين ولا ينبغي بأي حال غلقه ثانية[1]، وهذا الاتجاه قال بمشروعية هذه العمليات لأنه رأى أن الغاية تبرر الوسيلة، وأن تلك العمليات لو لم تجد لها مبرر سوى نبل الغاية فذلك يشفع لها[2]، ولقد حاول أنصار هذا الاتجاه تبرير موقفهم المؤيد لهذه العمليات من خلال الاستناد إلى عدة حجج نلخصها فيما يلي:

- أنها تساعد الزوجين على ممارسة حقهما في الإنجاب وتكوين أسرة وتحمي في الوقت نفسه الزوجين أو أحدهما من نظرة تكون سلبية أو متدنية من المجتمع باعتبارهما يعانيان من نقص معين وغير قادرين على أداء دورهما الأساسي في الأسرة وهو الإنجاب[3].

- لابدّ من إباحة هذه الوسيلة من الإنجاب لأن الأم البديلة تقبل بإرادتها القيام بدور الحامل ولا يوجد ما يمنعها من استعمال حقها في التصرف في جسمها[4].

- إنّ إجراء الحمل لحساب الغير ليس أكثر خطورة وضررا من وسائل أخرى عديدة تذهب أغلب الآراء إلى تأييدها مثل التعقيم[5]، والذي قد يتم بصفة إرادية[6].

---

1 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 101.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 355.

3 - بغدادي ليندة، حق الإنسان في التصرف بجسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2005، ص 99.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 100.

4 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 122.

5 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 100.

مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 428.

6 - التعقيم يطلق عليه البعض جراحات منع الحمل ويجري غالبا للنساء وأحيانا للرجال بهدف منع الحمل، فو يستهدف بصورة عمدية جعل الشخص ذكرا كان أو أنثى غير صالح للإنجاب بصورة دائمة، ويتم اللجوء إلى التعقيم لأحد=

- هذه العملية لا تتنافى مع الأحكام القانونية خاصة إذا تمت عن طريق التبرع وغايتها هو مساعدة الزوجين، فهي بذلك تكون شأنها شأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم بصفة علنية[1].

- قد يستخدم الإنسان أحيانا كأداة لتحقيق هدف ما، فما هو إذًا الفرق بين وضع امرأة مستأجرة للحمل لحساب الغير وبين وضع هذه المرأة عندما تستأجر لتنظيف محطة الحافلات، إذا تقاضت الأجر نفسه في الحالتين، ألا يكون هذا الجهد المبذول مقدرا وله قيمته المادية في كلا النشاطين وذلك بغض النظر عن المنفعة الشخصية[2].

- إنّ وسيلة الحمل لحساب الغير تمكن الأم البديلة من إثبات ذاتها والقيام بدور الأم ولو لفترة محدودة أثناء فترة الحمل فقد لا تسمح ظروفها بالإنجاب إما لمرض الزوج أو وفاته أو لاعتبارات مالية أو اقتصادية أو اجتماعية[3].

- إنّ الدول الغربية قد أباحت التبني فمن باب أولى إباحة الحمل لحساب الغير[4].

- إنّ الطفل الذي يولد من خلال هذا النظام تكون فرصته من السعادة أكبر من الطفل الذي يولد في الظروف الطبيعية، وخاصة أنه جاء بعد لهفة وشوق من قبل زوجين يحلمان بالإنجاب، كما أنه لا مجال للحديث عن المخاوف التي تثار بخصوص الآثار السيئة التي

=الأسباب التالية: إما أن يكون بهدف علاجي، أي أن الشخص يلجأ إليه لدواعي صحية كما لو كان الحمل خطيرا على صحة المرأة لهذا سيتم تعقيمها حفاظا على حياتها ويغلب على هذه الحالة أن تتم بإرادة صاحبها، وإما أن يكون بهدف التطهير العرقي ويتم إجرائه جبرا عن صاحبه، كما قد يتخذ ضد نوعية معينة من المجرمين كعقاب مثل المنحرفين جنسيا والمصابين بالتشوهات والأمراض العقلية، والتي يخشى منها نقل صفاتهم الإجرامية أو المرضية إلى أبنائهم عن طريق الجينات، وإما أن يتم أخيرا بهدف منع الحمل لأسباب اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية... راجع في ذلك:

محمود أحمد طه، الإنجاب...، مرجع سابق، ص ص 16، 18.

بغدادي ليندة، حق الإنسان...، مرجع سابق، ص ص 54، 61.

BIOY Xavier, Droits fondamentaux…, op.cit, pp 376, 377.

1 - علال برزوق أمال، أحكام النسب...، مرجع سابق، ص 461.

2 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 358.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 100.

مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 429.

عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 100.

4 - حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، "مشروعية الحمل..."، مرجع سابق، ص 90.

يخلفها ترك الأم المستأجرة للطفل الذي ولدته، لأن الأبحاث التي أجريت بغرض دراسة العلاقة بين الأم والطفل أثبتت أن التفريق بين الأم وهذا الطفل في مراحل عمره الأولى لا تترك أي أثر على نفسيته مستقبلا[1].

- إنّ المبلغ الذي تتقاضاه الأم البديلة من الزوجين يعتبر بمثابة تعويض عن حملها نيابة عن الزوجة العقيمة، وهذا ما يجعل العملية بعيدة كل البعد عن المتاجرة غير المشروعة، كما أن الهدف من إنشاء جمعيات الأم البديلة هو مساعدة الزوجين، فغرضها التضامن معهما لا تحقيق الربح مما يجعل نشاطها مشروعا[2].

والجدير بالذكر أن الدكتور Caillavet صاحب قانون نقل الأعضاء البشرية الصادر في سنة 1976 بفرنسا، والملغى بقوانين 1994 يميل لإباحة كل وسيلة تؤدي لإنجاب طفل لمن يريدون ذلك، فحسب أنصار هذا الاتجاه لا يمكن إدانة هذا النشاط بحجة مخالفته للأخلاق والآداب العامة، ويضاف إلى ذلك أن الاتفاق يتسم بالطابع الرضائي ولا يحمل انتهاكا للتكامل الجسدي للأم الحامل، فهو عمل طبي بالمعنى الواسع للكلمة ويهدف إلى الكفاح ضد مشكلة العقم[3].

هذا على صعيد الفقه القانوني أما على صعيد الفقه الإسلامي فلقد دافع البعض[4] عن مشروعية عمليات تأجير الأرحام، مما أثار حفيظة كثير من علماء المسلمين، ولقد أورد

---

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 358.

2 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 122.

علال برزوق أمال، أحكام النسب...، مرجع سابق، ص 462.

3 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 103، 104.

4 - من هؤلاء د. عبد المعطي بيومي، د. محمد سعد الدين حافظ، د. عبد الصبور شاهين.

ويرى الدكتور عبد المعطي بيومي عميد كلية أصول الدين بجامعة الأزهر سابقا: أن الإسلام يعالج كل حاجات البشر ويلبيها بمنطقه وقواعده التي تستفيد من العلم، دون أن تمس ثوابت الدين ومبادئه العامة، وكان اجتهاده أنه طالما أن المضغة المخلقة بين زوجين شرعيين وتم زرعها بعد تخلقها، وتغير هوية المني والبويضة معا وأصبحتا كائنا جديدا ليس منيا ولا بويضة فإنّ العملية جائزة، فحسب أنصار هذا الاتجاه فإنّه يجوز نقل الحيوان المنوي للزوج وبويضة زوجته بعد تخصيبهما خارجيا إلى رحم امرأة مستأجرة سواء كانت زوجة ثانية أم امرأة أجنبية، وذلك للحصول على الولد. راجع في ذلك:

فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 785 وص 798.

أنصار هذا الاتجاه عدة أدلة لتأييد موقفه في إباحة تلك العمليات وقسمها إلى أدلة علمية وأخرى شرعية، وأوضح ذلك على النحو التالي:

1 – الأدلة العلمية:

- التشكيل الوراثي للجنين يعود قطعا للزوج صاحب الحيوان المنوي وزوجته صاحبة البويضة، كما أن البويضة الملقحة بالحيوان المنوي للزوج يستحيل تلقيحها مرة أخرى بأي حيوان منوي آخر غير الذي لقحت به.

- يُجمع علماء الطب أن الرحم ليس له دور في نقل الصفات الوراثية وبالتالي فهو لا يسهم بأي شكل من الأشكال في التكوين الجيني للطفل، وإنما يقتصر دوره فقط كحاضنة له فيقوم بحمايته خلال فترة نموه، وإمداده بالأوكسجين والغذاء اللازم له من الأمشاج الرحمية.

- ويُجمع العلماء أيضا أن الطفل المولود بواسطة نظام الأم البديلة هو عبارة عن نتاج وراثي للزوجة صاحبة البويضة والزوج صاحب الحيوان المنوي، ومن ثم فلا وجود لأي احتمال لشبهة اختلاط الأنساب.

- إنّ نسبة نجاح هذه الطريقة لإنجاب طفل من امرأة وزوجها تعلو بكثير على نسبة نجاح حالات الحمل التي تتم بعد زراعة رحم منقول من امرأة أخرى[1].

2 – الأدلة الشرعية:

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن عقد إجارة الأرحام أو الحمل لحساب الغير جائز شرعا وذلك لمجموعة من الحجج أوردوها لتأكيد موقفهم بالجواز، ومن هذه الحجج أذكر ما يلي:

- إنّ صورة استئجار الأرحام فيها معنى عقد الزوجية، لأن فيها عقدا قائما على إيجاب وقبول وشهود وأجرة ومنفعة وهي حمل الجنين تسعة أشهر، فهي لا تعتبر زنا وليس فيها شبهة الزنا[2].

- تعتبر عملية الحمل لحساب الغير شبيهة بعقد الرضاع، فكما يجوز تمليك منفعة الثدي وما يفرزه من لبن ينبت اللحم وينشز العظم لدى الطفل في فترة الرضاعة، فإنّه يجوز

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 362، 363.
أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 255، 256.

2 - عبد الحليم محمد منصور، تأجير الأرحام...، مرجع سابق، ص 85.

قياس الرحم على الثدي فيما يفرزه من أمشاج تنبت اللحم وتنشز العظم لدى الجنين في فترة الحمل[1].

- إنّ إباحة تأجير الأرحام والأم البديلة حدث دعت إليه الحاجة الإنسانية، فتوافرت بشأنه حالة الضرورة، إذ لا يلجأ إلى هذه الوسيلة إلا إذا كانت هناك أسباب طبية غالبا ما تمنع المرأة من الحمل[2]، كالتي يكون فيها الرحم مصابا بتشوهات وعيوب تمنع من استقرار الجنين فيه مدة الحمل أو تصيبه هو وأمه بأمراض بالغة غير عادية، أو التي ولدت بدون رحم أصلا، أو تم نزعه منها جراحيا لأسباب مرضية، عندئذ يتوافر في شأن هذه المرأة وزوجها حالة الضرورة التي تبيح لهما شرعا اللجوء إلى استئجار رحم امرأة أخرى[3]. والنسل أو الإنجاب يعتبر مقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية تعمل له وتحافظ عليه وتيسر السبل من أجل تحقيقه، لأنه ضرورة من الضرورات الخمس المتمثلة في حفظ النفس والعقل والنسل والعرض والدين.

- يعتبر نظام استئجار الأرحام أفضل من نظام تبني أطفال غرباء وتربيتهم في البيوت، لأن ذلك يؤدي إلى الاطلاع على العورات، فضلا عما قد يؤدي إليه نظام التبني من إلحاق نسب هؤلاء الأطفال لغير آبائهم[4].

ثانيا – الاتجاه المعارض لعمليات الحمل لحساب الغير:

اتجهت أغلب الآراء الفقهية إلى معارضة عمليات الحمل لحساب الغير، لأن هذه الوسيلة فيها مخالفات صارخة لمبادئ قانونية عتيدة كمبدأ حرمة جسم الإنسان بالإضافة إلى اختفاء الطابع الإنساني منها، إذ أنها متاجرة فيما هو مقدس لدى الإنسان "رابطة الأمومة"[5] واستند أنصار هذا الاتجاه إلى الحجج التالية:

- انعدام الضرورة العلاجية عند صاحبة الرحم (الأم البديلة): إذ أنه من شروط التلقيح

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 364.

2 - حسيني هيكل، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 385.

3 - فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص 801.

4 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 364.
أحمد محمد لطفي محمد، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 257.

5 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 101.

الاصطناعي وجود ضرورة طبية تتطلب ذلك، والمتمثلة في علاج آثار العقم وهو ما لا يتوافر بشأن المرأة التي تحمل لحساب الغير فهذه المرأة غير مريضة ولا تعاني مع العقم، لذا لا يجوز إخضاعها لعمليات التلقيح الاصطناعي[1].

- إنّ الإنجاب بهذه الوسيلة يؤدي إلى قطع العلاقة بين الطفل وأمه الحقيقية ويجعل الحمل مجرد وظيفة مؤقتة لإنجاب طفل بعد أن كان يمثل مرحلة من مراحل العلاقة الدائمة والمستمرة بين الطفل وأمه[2]، فالأمومة من ناحية مسؤولية، وتبدأ هذه المسؤولية منذ اللحظة الأولى للحمل وتستمر من خلال رعاية الحمل حتى الوضع، انتهاء برعاية الطفل وتربيته وتعليمه، وفي ظل هذا المفهوم التقليدي للأمومة تبدو فكرة ترك الأم للطفل الذي وضعته امرأة أخرى مرفوضة بل وغريبة تماما[3].

- تقوم القوانين بالتفرقة بين الأشخاص والأشياء، ولكل فئة نظامها القانوني الخاص بها، فالأشخاص هم أصحاب الحقوق، أما الأشياء فهي محل لهذه الحقوق، وباعتبار أن الرحم من الأعضاء التناسلية فهو جزء من جسم المرأة وبالتالي يخرج عن دائرة التعامل القانوني، وبمعنى آخر إذا كانت المتاجرة في الأشياء أمرا مباحا فإن المتاجرة في الرحم يعد أمرا غير مشروع لمخالفته مبدأ خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل القانوني، وتعارضه مع نص المادة (1128) من القانون المدني الفرنسي[4].

- إنّ الإنجاب بهذه الوسيلة يؤدي إلى اعتبار المرأة الحاملة مجرد أداة أو جهاز مهمته حمل الجنين ووضعه لا أكثر وتتحول العملية في النهاية إلى ما يشبه عارية الاستهلاك، إذ يتم في هذه الحالة استعارة جسم امرأة من أجل إشباع رغبات أشخاص آخرين، ويصبح الأمر في غاية الخطورة إذا تمت العملية مقابل أجر إذ يتحول إلى استثمار في جسم المرأة تجاريا[5].

---

1 - حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد، "مشروعية الحمل..."، مرجع سابق، ص 79.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 101.
عمراني أحمد، حماية الجسم البشري...، مرجع سابق، ص 100.

3 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 165.

4 - خدام هجيرة، التلقيح الاصطناعي...، مرجع سابق، ص 123.
علال برزوق أمال، أحكام النسب...، مرجع سابق، ص 463.

5 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 101.

- يؤدي نظام الحمل لحساب الغير إلى تعريض مستقبل الطفل للخطر، من حيث أنه يسبب له عدة مشاكل نفسية واجتماعية وأولى هذه المشاكل الهجر أو الترك، فالترك بالنسبة للطفل، أيا كانت الظروف والمبررات هو ظاهرة يصعب تحملها نفسيا، وإذا كان من المؤكد وجود حالات هجر أو ترك لأسباب مختلفة فإنّ ذلك لا يبرر إطلاقا زيادتها بل يجب الحد منها قدر الإمكان، أما ثاني هذه المخاطر فهي أن نظام الحمل لحساب الغير ينظر إلى الطفل ليس باعتباره كائنا بشريا وإنما مجرد شيء أو محل أو بضاعة، فالمرأة الحاملة أي التي تطوعت بالحمل قد باعت الطفل ووهبته وهو أمر لا يتفق مع كرامة الإنسان، وثالث هذه المخاطر أن مصير الطفل وإلحاقه بأسرة معينة قد يكون في بعض الحالات غير مؤكد، بل وقد يكون محلا للنزاع بين الأم البديلة والأم التي أوصت عليه[1].

- إن الإنجاب بهذه الوسيلة يساعد على استغلال القادرين ماليا داخل المجتمع الواحد أو من الدول المتقدمة والغنية للنساء في الدول النامية، أين ينتشر الجوع والفقر، وقد يتحقق الاستغلال من الأم البديلة للزوجين[2].

- إنّ الأم البديلة حينما تضع جسمها وطاقتها الإنجابية في خدمة أشخاص آخرين خلال مدة معينة وبمقابل محدد فإنّها بهذا تقترب من الدعارة[3].

- إنّ الالتزام الرئيسي للأم البديلة يتمثل في تسليم الطفل بعد الولادة، وعلى هذا الأساس يكيف العقد على أنه تنازل عن الطفل[4] وهذه الجريمة يعاقب عليها قانون العقوبات الفرنسي.

- إنّ انتشار هذه الوسيلة يساعد على خلق نوع من تجارة الأطفال، كما أن اشتراط طرف ثالث (الأم البديلة) في عملية الإنجاب فيه مساس بالقيم الجوهرية المرتبطة بالعلاقات

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 166، 167.

2 - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 429.
علال برزوق أمال، أحكام النسب...، مرجع سابق، ص 465.

3 - أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 84.
شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 101.

4 - علال برزوق أمال، أحكام النسب...، مرجع سابق، ص 465.

داخل الأسرة[1].

هذا وقد أكد التقرير الذي أعدته لجنة Warnock في إنجلترا – المشار إليه سابقا – اعتراض اللجنة على وسيلة الحمل لحساب الغير، وأشار هذا التقرير إلى أن الاتفاق حول تنفيذ تلك الوسيلة يعد مخالفا للنظام والآداب العامة وبالتالي يكون باطلا ولا يترتب عليه أي التزامات ولا يجوز تنفيذه بالقوة.

كما رأت هذه اللجنة أن وسيلة الحمل لحساب الغير تشكّل نوعا من الاستغلال للآخرين واستخدامهم على أنهم وسائل لتحقيق أغراض غيرهم، ولكن يرى البعض في هذا الصدد أن مفهوم كلمة استغلال غير واضح، ذلك أن فكرة الاستغلال تتضمن أن الشخص المستغل يفرض بعض الضغط والإجبار على الأشخاص الذين يستغلهم وهؤلاء في المقابل غير قادرين على صد ذلك الضغط، وهو ما لا يتوافر في قضية الأم البديلة كما يرى البعض أن ما ذهبت إليه هذه اللجنة ما هو إلا تبرير للتحريم وليس سببا يمكن الاعتماد عليه[2].

والجدير بالذكر أن هذا التقرير أوصى بتجريم إنشاء هيئات لممارسة هذه الإجراءات سواء بغرض الربح أم لا، وبتوقيع الجزاءات الجنائية على كل طبيب أو مساعد طبيب أو كل من يشارك في إجراءات تهدف إلى تنفيذ الإنجاب بواسطة الأم البديلة[3].

وبعد نشر هذا التقرير في عام 1985 ولد أول طفل نتيجة الحمل لحساب الغير وهو (baby Cotton) وتتلخص الوقائع في أن السيدة Cotton[4] في إنجلترا وافقت على عرض قدمته هيئة أمريكية متخصصة في تنفيذ هذه العملية، وشمل العرض دفع مبلغ من المال

---

1 - لقد أعلنت بعض اللجان المشكلة لهذا الغرض في عدة دول عدائها لنظام الحمل لحساب الغير كلجنة (Benda) بألمانيا.
راجع في ذلك: BAKRY Youssef Bakry Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 109.

2 - ناهدة حسن سلمان البقصمي، الهندسة الوراثية...، مرجع سابق، ص 167.

3 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 102.
مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 430.

4 - وقد أعلنت السيدة Cotton أنها وافقت على القيام بهذه المهمة من أجل الحصول على المال، كما صرح زوجها حينما سُئل عن شعوره حيال أخذ زوجته المال فقال: « ما كنت لأشعر بالسعادة لو أن زوجتي فعلت ذلك لمجرد مساعدة الآخرين، دون مقابل مادي » راجع في ذلك:
مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 430.
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 102.

مقابل أداء المهمة المطلوبة وإنجاب طفل وتسليمه لزوجين في الولايات المتحدة الأمريكية، وكانت النطفة الذكرية من الزوج نفسه ونفذ الاتفاق، وتم دفع الأتعاب المستحقة وبعد ميلاد الطفل وافقت المحكمة المختصة في المملكة المتحدة على تسليم الطفل إلى الزوجين في الولايات المتحدة الأمريكية.

أبدت كذلك اللجنة الاستشارية الوطنية للأخلاق في فرنسا (CCNE) اعتراضها على وسيلة الحمل لحساب الغير، وهذا ما عبرت عنه في عدة آراء صادرة عنها، كالرأي رقم 90 الصادر في 24 نوفمبر 2005[1]، ورأيها رقم 110 الصادر في 1 أفريل 2010[2].

أما على مستوى فقهاء الشريعة الإسلامية فإنّ الاتجاه الراجح هو القائل بحرمة هذه الوسيلة وعدم جوازها، وهذا هو رأي غالبية الباحثين ومعظم الجهات العلمية المتخصصة، بذلك فهذا الرأي ما قرره مجمع البحوث الإسلامية بجلسته المنعقدة في 29 مارس 2001 وجاء فيه: « إنّ استخدام رحم امرأة أجنبية لوضع ماء زوجين في رحمها يكون حراما سواء أكان الموضوع في رحم تلك المرأة الأجنبية منيا أو بويضة أو جنينا »، وأيضا هذا الرأي أفتت به دار الإفتاء المصرية في الفتوى رقم (785) لسنة 1999، وأيضا هذا ما أقرّه كذلك مجلس نقابة الأطباء في مصر والجمعية المصرية للخصوبة والعقم[3].

يُستخلص مما سبق أن هذه الوسيلة من وسائل الإنجاب يترتب عليها مشاكل كثيرة يصعب أحيانا حلها، فهي قد تؤدي من ناحية إلى اختلاط الأنساب، ومن ناحية أخرى يظل مصير الطفل مجهولا إلى أن يتضح موقف المرأتين (الحاملة وصاحبة البويضة)، فقد ترفض الأولى تسليمه أو ترفض الثانية استلامه، فضلا عن أنها إهدار للكرامة الإنسانية حينما تؤجر المرأة رحمها لقاء ربح مادي معين تتلقاه عقب الولادة وتسليم الطفل لذويه، بل إنها انتهاك لقيمة وخصوصية العلاقة الزوجية فضلا على أنها تدمير لمعاني الأمومة والأسرة، أيضا تثير هذه الوسيلة التساؤل حول مسؤولية الأم البديلة التي أجهضت نفسها أو كان الإجهاض بإيعاز من زوجها أو تعاطت مواد ولد الطفل بسببها مشوها؟ وهناك العديد من

1 - CCNE, Avis N° 90, Accés aux origines anonymat et secret de la filiation, 24/11/2005.

2 - CCNE, Avis N° 110, problèmes éthiques soulèves par la gestation pour autrui, 01/04/2010.

3 - راجع في ذلك: فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي...، مرجع سابق، ص ص 822 – 823.

الافتراضات كلها تؤدي إلى القول أننا نرى عدم إباحة وسيلة الحمل لحساب، والميل إلى تأييد الرأي القائل برفض هذه الوسيلة مطلقا.

الفرع الثاني

موقف التشريعات من وسيلة الحمل لحساب الغير

اتجهت بعض التشريعات المقارنة إلى إباحة وسيلة الحمل لحساب الغير، إلا أنها نصت على تجريم كافة الإجراءات المتعلقة بهذه الوسيلة إذا كان الدافع إلى ذلك الاتجار، كما جرمت جميع أعمال الوساطة في هذا المجال (أولا)، كما ذهب الرأي الغالب في التشريعات المقارنة إلى بطلان العقد المبرم بين الزوجين صاحبا البويضة الملقحة والأم البديلة (ثانيا)، بالإضافة إلى أن هذه التشريعات المقارنة أجمعت على أن العبرة في تحديد الأمومة بواقعة الحمل والوضع (ثالثا).

أولا – التشريعات التي أباحت وسيلة الحمل لحساب الغير:

أباحت بعض التشريعات المقارنة[1] وسيلة الحمل لحساب الغير، وهذا ما اتجهت إليه بعض التشريعات الأوروبية (1) وبعض التشريعات في الولايات المتحدة الأمريكية (2).

1 – التشريعات الأوروبية التي أباحت وسيلة الحمل لحساب الغير:

من التشريعات الأوروبية التي أباحت الوسيلة محل البحث أذكر منها التشريع البريطاني، التشريع الهولندي، التشريع الألماني والتشريع اليوناني، وأوضح ذلك على النحو التالي:

أ – التشريع البريطاني:

أجاز التشريع البريطاني وسيلة الحمل لحساب الغير سواء في القانون الصادر سنة 1985 والخاص بتنظيم إجراءات الإنجاب من خلال الأم البديلة أو من خلال قانون الخصوبة وعلم الأجنة البشرية الصادر سنة 1990 والمعدل سنة 2008 و2010[2].

---

1 - في الواقع هناك عدة دول في العالم أجازت وسيلة الحمل لحساب الغير منها: الهند، روسيا، أوكرانيا، كندا، بلجيكا، بلونيا، البرازيل، إيران، إفريقيا الجنوبية وأستراليا. راجع في ذلك:

MECARY Caroline, "Légaliser la gestation pour autrui au nom de la dignité ?", in MARAIS Astrid (sous la direction de), La procréation pour tous, Dalloz, 2015, p 116.
Agence de la biomédecine : Encadrement juridique…, op.cit, pp 32, 33.

2 - G'ESELL Florence, La grande variété des approches relative a la maternité pour autrui en Europe et aux Etats-Unis, in MARAIS Astrid (sous la direction de), La procréation pour tous, Dalloz, 2015, p 204.

فقانون 1985 اتجه إلى إباحة وسيلة الأم البديلة إذا كانت على سبيل التبرع، إلا أن المشرع الإنجليزي خصص عقوبات لأي شخص يقوم بأعمال الوساطة في هذا المجال، ورفض هذا القانون تدخل المحاكم في مجال تنفيذ العقد المبرم بين الأم البديلة والزوجين[1].

فحدد المشرع الإنجليزي في هذا القانون الأنشطة المجرمة والمحرمة في هذا المجال، إذ اتجه إلى تجريم كافة الإجراءات التحضيرية أو التنفيذية المتعلقة بالأم البديلة إذا كان الدافع هو الاتجار، والتي تصدر من الغير سواء بالنسبة للأفراد أو الهيئات أيا كان طبيعتها[2].

ويندرج تحت ذلك أفعال التحريض والاتفاق والمساعدة وخلافه، كما اتجه المشرع الإنجليزي في هذا القانون إلى تجريم كافة أنواع الإعلانات التي تتم بغرض البحث عن نساء تقبل الحمل لصالح الغير أو الإعلان للراغبين في هذا النشاط أيا كان فحوى هذا الإعلان أو الشكل الذي تخرج فيه[3].

ولا يخضع الطبيب للتجريم إذا اقتصر سلوكه على إجراءات مساعدة الأم البديلة على الوضع أو الإشراف على الحمل بعد حدوثه، إذا لم يكن قد شارك في الأعمال السابقة على ذلك، والتي يجرمها المشرع والتي تهدف إلى تشجيع هذه الوسيلة إذا كان الغرض هو الربح[4]، كما أجاز المشرع الإنجليزي هذه الوسيلة في القانون الصادر سنة 1990.

ومنذ تعديل هذا القانون سنة 2010 فإنّ المشرع الإنجليزي اتجه إلى التوسيع من مجال تطبيق وسيلة الأم البديلة، إذ يمكن لرجل وامرأة حتى ولو لم يكونا متزوجين أو شخصين من الجنس نفسه لهما حياة مدنية مشتركة اللجوء إلى هذه الوسيلة، كما يمكن أن تكون الأم البديلة هي الأم البيولوجية للطفل، أو يكون الطفل نتيجة إخصاب خارجي في الأنابيب،

---

1 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 110.

2 - نشير أن هناك شبه إجماع في مختلف الدول حول تجريم الاتجار في مجال الأم البديلة، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه قانون ولاية فيكتوريا بأستراليا الصادر سنة 1984، والذي سبق الإشارة إليه، وهذا ما أكدت عليه كذلك الندوة التحضيرية للمؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية للقانون الدولي، راجع في ذلك:
محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 97.

3 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 113.

4 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 97.

فالمهم أن الطفل يكون له علاقة بيولوجية مع أحد الأبوين على الأقل، وهذا يعني أن القانون البريطاني يسمح باللجوء إلى وسيلة الحمل لحساب الغير في صورتين: إما أن يتم تلقيح الأم البديلة مباشرة بالسائل المنوي للأب الراغب في الإنجاب أو تقوم بحمل جنين تم تشكيله عن طريق الإخصاب الخارجي[1].

فالملاحظ أن المشرع الإنجليزي لم يجرم النشاط ذاته إذا كان على سبيل التبرع، وكذلك سلوك المرأة التي ترغب في الحمل وتتقدم متطوعة لذلك ولا الزوجين اللذين يبحثان عن امرأة لحمل طفلهما، وبالتالي ظل النشاط يمارس في نطاق التبرع والحظر ينصب على النشاط بمقابل أو الإعلان عنه، ومع مرور الوقت قلت الاعتراضات على وسيلة الحمل لحساب الغير إذا اتخذت الشكل التبرعي[2].

ب - التشريع الهولندي:

يجرم قانون العقوبات في هولندا وسيلة الأم البديلة إذا كانت بمقابل، ويعاقب جنائيا كل من يشارك في أعمال الوساطة التي تهدف إلى إبرام عقد الحمل لحساب الغير[3].

وبالمقابل فإنّ المشرع الهولندي لم يجرم كذلك وسيلة الحمل لحساب الغير إن كانت على سبيل التبرع والنصوص التنظيمية التي تنظم الأعمال الطبية المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي الصادرة بتاريخ 1 أفريل 1988، لم تسمح بهذا الإجراء إلا في حالة البويضة المخصبة في الأنابيب، والمشكلة عن طريق أمشاج خاصة بالأبوين الراغبين في الإنجاب، كما وضعت هذه النصوص عدة شروط في هذا المجال تتعلق أساسا بالأم البديلة أو الأم الراغبة في الإنجاب عن طريق هذه الوسيلة.

فبالنسبة للأم البديلة يشترط فيها ألا يقل سنها عن 44 سنة، وأن تكون بصحة جيدة، وسبق لها أن أنجبت طفلا أو عدة أطفال، أما بالنسبة للأم الراغبة في الإنجاب عن طريق

---

1 - G'ESELL Florence, La grande variété…, op.cit, pp 204, 205.

2 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 114.

3 - نشير إلى أن الحكومة الهولندية أبدت في أحد آرائها حول موضوع الأم البديلة سنة 1988 اعتراضها على هذه الوسيلة، وأيدت رأي الخبراء هناك والذي يؤكد أن الوسيلة غير مرغوب فيها وأنه لا وجه لتنظيمها أو الرقابة على تنفيذها، لأن ذلك يعني الاعتراف بها والتشجيع عليها وحذرت الأطباء من الالتجاء إليها.
راجع في ذلك: محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 96.
مروك نصر الدين، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 431.

هذه الوسيلة فلابدّ أن يثبت طبيا عدم قدرتها على الحمل بالطرق الطبيعية، وأن يقل سنها عن 40 سنة ولا تشترط هذه النصوص أن تكون متزوجة[1].

جـ - التشريع الألماني:

لقد فضل المشرع الألماني في البداية اللجوء إلى قانون العقوبات، ليجعل من الحمل لحساب الغير تصرفا غير مشروع، وكان هذا الحل القانوني متفقا مع الرأي العام في ألمانيا الذي لم يتقبل أية محاولة تشريعية لتنظيم هذه الاتفاقات، ففي عام 1985 أعلنت لجنة بندا (Benda) أن أي اتفاق يتعلق بالحمل لحساب الغير يعتبر إهانة لكرامة الإنسان والمتمثل في الطفل، وأن هذه الوسيلة لا تضع في الاعتبار أية أهمية لتكوين شخصية الطفل، ونموه في جسم أمه، كما أنها لا تهتم بالرابطة النفسية التي تربط الأم الحامل بطفلها والتي يكون لها دور مهم في نمو هذا الأخير[2].

كما أعلن المؤتمر الطبي الألماني المنعقد في عام 1985 أنه يجب حظر الاتفاق الذي يهدف إلى الحمل لما ينتج عنه من مخاطر جسيمة يتعرض لها الطفل[3].

ولكن بعد سنوات تغير هذا الموقف المتخذ ضد عمليات الحمل لحساب الغير، وذلك بعد صدور قانون 28 نوفمبر 1989 الذي يجرم نشاط الوساطة في مجال التبني، ووفقا للمادة الأولى منه فإنّه يعتبر كل محاولة ملتوية لتبني طفل مخالفة للقانون، ويلاحظ أن المادة (13) من هذا القانون تحظر أية وساطة بين أُم وزوجين يرغبان في الحصول على طفل بهذه الطريقة، بل أنها اعتبرت مجرد تقديم أُم إلى زوجين راغبين في الإنجاب من قبيل التوسط بينهما في هذا المجال، ووفقا لما ورد كذلك في نص هذه المادة فإنّ الأم البديلة هي من وافقت بناء على عقد على أن تلقح اصطناعيا أو طبيعيا، أو على أن ينقل في رحمها جنين لتحمله حتى الولادة، ثم تلتزم بتسليمه إلى شخص ثالث بهدف التبني للاحتفاظ به للأبد.

ثم أكد القانون الألماني الصادر في 13 ديسمبر 1990 والخاص بحماية البويضة

---

1 - G'ESELL Florence, La grande variété…, op.cit, pp 202, 203.
Agence de la biomédecine : Encadrement juridique…, op.cit, p 33.

2 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 109.

3 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 371.

الملقحة على بعض القواعد التي وضعتها لجنة بندا وفي الوقت نفسه أكمل نصوص قانون 28 نوفمبر 1989.

ولقد شملت العقوبات المنصوص عليها في هذا التعديل الأطباء وعلماء الأحياء وكل من يشترك في عملية تلقيح اصطناعي أو نقل بويضة ملقحة إلى امرأة مستعدة للتخلي نهائيا عن طفلها بعد ولادته إلى شخص ثالث، إلا أن هذا القانون لا يعاقب الأم البديلة ولا الزوجين الراغبين في الإنجاب، وهذا يعني أن المشرع الألماني لا يحظر نشاط الأم البديلة في ذاته، وفرض عقوبات جنائية على الأم البديلة والزوجين يمكن اعتباره بأنه ضد مصلحة الطفل وهذا ما يفسر موقف المشرع الألماني[1].

د – التشريع اليوناني:

في اليونان فإنّ قانون 19 ديسمبر 2002 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب البشري أجاز اللجوء إلى وسيلة الحمل لحساب الغير، ولقد تم تعديل هذا القانون بموجب القانون الصادر في 25 جانفي 2005، واللجوء إلى وسيلة الحمل لحساب الغير في إطار هذا القانون يتم عن طريق رخصة قضائية، هذه الرخصة تمنح للزوجين والأم البديلة بعد حصول اتفاق كتابي بينهما بشرط أن يكون زوج الأم البديلة طرفا في هذا الاتفاق، وهناك شروط أخرى يجب أن تحترم في هذا المجال، فالزوجين يجب أن تتوافر فيهما الشروط العامة المطلوبة للجوء إلى تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب كشرط السن ويجب أن يثبت عدم قدرتهما على الإنجاب بالطريقة الطبيعية، أو أن يكون هناك احتمال نقل مرض خطير إلى الطفل، أما بالنسبة للأم البديلة فيجب أن تكون قادرة على الحمل وهذا متوقف على حالتها الصحية[2].

2 – إباحة الحمل لحساب الغير في الولايات المتحدة الأمريكية:

تتمثل المشكلة الموجودة في الولايات المتحدة الأمريكية في عدم وجود أي قانون فيدرالي، ينظم مسألة الحمل لحساب الغير، رغم أن المتاجرة في مجال الأم البديلة بدأت

---

1 - حول موضوع الأم البديلة في التشريع الألماني راجع:

ANDORO Roberto, La distinction juridique…, op.cit, pp 283, 284.

G'ESELL Florence, La grande variété…, op.cit, p 199.

BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, pp 109, 110.

حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 371، 372.

2 - G'ESELL Florence, La grande variété…, op.cit, p 204.

بالظهور في هذه الدولة في سنوات السبعينيات ومنذ ذلك الوقت فإنّ نشاطات الوساطة بين الأزواج والأمهات البديلة عرفت تطورا كبيرا فيها.

فالمكاتب والوكالات المتخصصة تستعمل الوسائل الحديثة من أجل جلب الزبائن من كل أنحاء العالم، وفي أغلب الحالات يكون الأبوين الراغبين في الإنجاب هما صاحبا العلاقة البيولوجية بالطفل، وأمام عدم وجود قانون فيدرالي ينظم المسألة، فإنّ الولايات الأعضاء يكون لها الحرية في إباحة أو منع وسيلة الحمل لحساب الغير[1].

ويظهر من استقراء الوضع القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية أن الموقف القانوني الأمريكي بالنسبة لعمليات الحمل لحساب الغير لم يكن موحدا[2]، بل اختلف بحسب نظرة كل ولاية على حدى تجاه تلك العمليات، فبعض الولايات تبيحها وتنظمها في قوانين خاصة، وفي المقابل هناك ولايات تمنع إجراء تلك العمليات وتحظر نشاط الأم البديلة ونشاط مكاتب الوساطة بين الطالبين والعارضين، وهذا يعني أن تنوع الأنظمة القانونية واختلافها في الولايات المتحدة الأمريكية يعطي فرصة للأزواج الراغبين في الإنجاب بواسطة استئجار الأرحام اللجوء إلى الولايات الأقل تشددا، ولكن هذه الفرصة ستكون قاصرة على فئة قلية قادرة ماديا على تحقيق هذه الرغبة المكلفة[3].

وتعتبر القضية الشهيرة المعروفة بـ baby M من أشهر القضايا المثارة في هذا الصدد والتي فصلت فيها المحكمة العليا لولاية نيوجيرسي سنة 1989، وقائع هذه القضية تعود إلى عام 1985 وذلك عندما اتفقت Mary BETH مع William STREM على عقد يتم بموجبه تلقيحها اصطناعيا بالسائل المنوي لـ William وبعد انقضاء فترة الحمل والولادة تلتزم بتسليم الطفل المولود للزوجين بعد أن تتسلم مبلغ 10.000 دولار نظير حملها

1 - TISSIER Delphine, La protection du corps…, op.cit, p 119.

BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, pp 111, 112.

2 - نشير إلى أن لجنة الأخلاق لجمعية التخصيب الأمريكية سبق لها وأن أبدت بعض الملاحظات حول مسألة الأم البديلة والتي يمكن أن نلخصها فيما يلي: احتمال أن يعاني الطفل بسبب القلق حول هويته، ومع ذلك فإنّ هذا قليل الأهمية لأنه سيعاد بعد ولادته لأبويه البيولوجيين، القلق ثانيا من المقابل الذي يدفع للأم البديلة ولكن ذلك ليس بيعا للطفل، خطورة أخرى تتعلق بوجود احتمال أن يكون حمل الأم بالنيابة من زوجها وليس من البويضة الملقحة للأبوين طالبي الحمل، راجع في ذلك: سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 155، 156.

3 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 356، 357.

لحسابهما، ونص العقد على أنه يجب أن تخضع هذه السيدة للفحوصات الدورية للاطمئنان على صحة وسلامة الجنين، كما نص على أنه يجب عليها أن تجهض نفسها في حالة اكتشاف إصابة الجنين بأية تشوهات يمكن أن يولد بها، بالإضافة إلى ذلك نص العقد على أنه لن يتم دفع أي مبلغ مالي إلا بعد تسليم الطفل. وفي مارس 1986 ولدت هذه السيدة طفلة أطلق عليه اسم Melissa[1].

بعد الوضع فإنّ الأم البديلة وفت في البداية بالتزامها وقامت بتسليم الطفلة إلى الزوجين، إلا أنها عادت في اليوم الموالي من أجل أخذ الطفلة للاحتفاظ بها، واستجاب الزوجين لطلبها حرصا منهما على حالتها النفسية وبعد انقضاء أربعة أشهر طالبا بتسليم الطفلة، إلا أن الأم البديلة رفضت ذلك، مما دعاهما إلى اللجوء إلى القضاء أي إلى محكمة نيوجرسي، والتي أصدرت حكمها سنة 1987 ويمكن تلخيص أهم ما جاء في هذا الحكم فيما يلي:

- مشروعية عقد الحمل لحساب الغير استنادا إلى قانون التبرع بالأعضاء البشرية، بالإضافة إلى المبدأ الذي يقر بمشروعية الإنجاب خارج العلاقة الجنسية أو بغير الطريق الطبيعي للإنجاب.

- أدانت هذه المحكمة تصرف الأم المستأجرة التي رفضت أن تعيد الطفلة للزوجين أصحاب الرغبة في الإنجاب.

- قضت هذه المحكمة بأحقية الأب البيولوجي في نسب الطفلة له دون زوجته ومن ثم وضعها تحت رعايته، نظرا للظروف الاجتماعية السيئة التي تعيشها الأم المستأجرة، وقصرت حقها في زيارة الطفلة ورؤيتها، كما أكدت المحكمة على أن مصلحة الطفلة تتمثل في البقاء مع الزوجين.

---

1 - حول مضمون هذا الحكم ووقائع قضية (Baby M) راجع:

G'ESELL Florence, La grande variété…, op.cit, p 196.

BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 112.

إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 313، 314.

حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 358، 359.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 103.

وهناك عدة ولايات في الولايات المتحدة الأمريكية تجيز وسيلة الحمل لحساب الغير كولاية فلوريدا وتكساس وولاية أوتوا، إلا أن الشروط اللازمة لصحة عقد الحمل لحساب الغير تختلف من ولاية إلى ولاية، كما أن الآثار المترتبة عن هذا العقد تختلف كثيرا من ولاية إلى ولاية[1]. وأوضح هذه الشروط على النحو التالي:

- **الشروط الخاصة بالزوجين**: تشترط بعض القوانين التي أباحت الحمل لحساب الغير في الولايات المتحدة الأمريكية أن يكون الشخصين صاحبا الرغبة في الإنجاب رجل وامرأة متزوجين، واشترطت بعض القوانين ألاّ يقل سنهما عن 18 سنة كقانون ولاية فلوريدا.

- **الشروط الخاصة بالأم البديلة**: تشترط بعض القوانين التي أباحت وسيلة الحمل لحساب الغير في الولايات المتحدة الأمريكية ألا يقل سن الأم البديلة عن 21 سنة، وتستفيد من تأمين صحي وسبق لها الإنجاب، وتكون محل مراقبة طبية ونفسية، وهذا ما نص عليه القانون المطبق في ولاية إلنوا.

- **الشروط المتعلقة بالطفل**: بعض القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية تشترط عدم وجود أية علاقة بيولوجية بين الأم البديلة والطفل، بمعنى أنها تشترط وجود علاقة بيولوجية مع أبويه، وهذا هو المطبق في أغلب الولايات التي أباحت هذه الوسيلة كولاية تكساس وأتوا. أما القانون المطبق في ولاية فلوريدا فيشترط وجود علاقة بيولوجية مع أحد الأبوين على الأقل، بالإضافة إلى ضرورة توفر شروط تتعلق بمضمون العقد وضرورة مصادقة الجهات القضائية على عقد الحمل لحساب الغير.

ثانيا – التشريعات التي نصت على بطلان عقد الحمل لحساب الغير:

أجمعت معظم التشريعات المقارنة على أن العقد المبرم بين الزوجين صاحبا البويضة الملقحة والأم البديلة باطل وليس له أي قوة ملزمة[2]، ومن التشريعات التي أخذت بهذا التشريع الفرنسي (1)، كما أن المشرع الجزائري نص صراحة على عدم جواز اللجوء إلى وسيلة الأم البديلة (2).

---

1 - G'ESELL Florence, La grande variété…, op.cit, pp 205, 209.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 97.

إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 315، 317.

1 – بطلان عقد الحمل لحساب الغير في التشريع الفرنسي:

لاشك أن وسيلة الحمل حساب الغير أثارت في البداية جدلا ونقاشا بين دوائر الفقه والقضاء الفرنسي قبل أن يحسم الأمر في النهاية بالإجماع على أن هذه الاتفاقات تكون باطلة بطلانا مطلقا وذلك لعدم مشروعية المحل والسبب[1].

ومبدأ الحظر المطلق لهذه الوسيلة تم تكريسه في البداية من طرف القضاء الفرنسي، ثم أكد عليه المشرع الفرنسي في القانون المدني[2].

أ – عدم مشروعية الحمل لحساب الغير في أحكام القضاء الفرنسي: بالنسبة للقضاء الفرنسي فإن محكمة النقض الفرنسية أكدت في أحد أهم أحكامها الصادرة بتاريخ 31 ماي 1991 على عدم مشروعية الحمل لحساب الغير[3]، إذ جاء في هذا الحكم: « أن العقد الذي تلتزم بموجبه امرأة على زرع وحمل طفل لأجل أن تتنازل عنه عند ولادته يخالف مبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان، ومبدأ حظر التصرف في حالة الشخص »، كما أكدت على أن هذا الإجراء يعتبر تحايل على نظام التبني وقد أسست حكمها على المادة (9/311) والمادة (1128) من القانون المدني الفرنسي.

فالقضاء الفرنسي استند على مبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان ومبدأ عدم جواز التصرف في حالة الشخص للقول بعدم مشروعية الحمل لحساب الغير[4].

---

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 325.

2 - نشير إلى أن هناك عدة تشريعات مقارنة نصت على حظر وسيلة الأم البديلة ومنها:

- القانون الإسباني الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1988 والمتعلق بالإنجاب بالمساعدة والذي نص على بطلان عقد الحمل لحساب الغير، وأكد المشرع الإسباني على ذلك في قانون 26 ماي 2006.
- القانون النمساوي الخاص بطب الإنجاب الصادر بتاريخ 1 جويلية 1992، ولقد نص في المادة (2/3) على حظر حقن المرأة مجهريا لتصبح أما بديلة، والقانون السويسري الصادر بتاريخ 17 ماي 1992.
- القانون السويدي الصادر في 20 ديسمبر 1984 والمتعلق بالتلقيح الاصطناعي.
- القانون الإيطالي الصادر في 19 فيفري 2004 والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب. راجع في ذلك:

G'ESELL Florence, La grande variété…, op.cit, pp 198, 200.
BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 108 et s.

3 - حول هذا الحكم راجع: TISSIER Delphine, La protection du corps…, op.cit, pp 98, 100.

4 - اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول أن تلك العقود ليست إلا شكلا من أشكال الاتجار، ومن ثم يجب إبطالها ونبذها، وأن هذه العقود تؤدي إلى ضياع ذاتية وشخصية المرأة والطفل في آن واحد، فتتحول المرأة محضنة بشرية ويتحول الطفل إلى سلعة يناقش ثمنها، حول هذا الاتجاه راجع:

علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي...، مرجع سابق، ص ص 29، 30.

- بالنسبة لمبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان فإن المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي تقضي بعقد الاتفاقات القانونية على الأشياء ومن ثم يخرج التعامل في جسم الإنسان عن نطاق تلك الاتفاقات وبالتالي يبطل أي اتفاق يكون محله جسم الإنسان[1]، فجسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا لعقد إيجار أو عقد بيع... واستتباعا لذلك قرر القضاء الفرنسي بطلان الاتفاقات التي تهدف إلى الحمل لحساب الغير.

- كما استند القضاء الفرنسي للقول بعدم مشروعية الحمل لحساب الغير إلى ما يسمى مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الشخص والواردة في نص المادة (9/311) من القانون المدني الفرنسي وحالة الشخص هنا تعني إمكان نسبه لشخص آخر، فنظام الحمل لحساب الغير يؤدي بالضرورة إلى إهمال وترك الطفل من طرف الأم التي وضعته إلى هذا العالم، فالقضاء الفرنسي ركز على هذا المبدأ المعروف بأنه يعتبر من النظام العام[2].

ب - تأكيد المشرع الفرنسي على عدم مشروعية الحمل لحساب الغير:

لقد ساعد موقف القضاء السابق المشرع الفرنسي في تأصيل عدم مشروعية عقد استئجار الأرحام أو ما يسمى نظام الحمل لحساب الغير ونص في هذا الصدد على جزاءات مدنية وجزاءات جزائية جنائية وأوضح ذلك على النحو التالي:

- الجزاءات المدنية:

تنص المادة (7/16) من القانون المدني الفرنسي المضافة بالقانون رقم 94/653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتعلق بحماية جسم الإنسان على ما يلي: « ***كل اتفاق يتعلق بالإنجاب أو الحمل حساب الغير يعد باطلا*** »، هذا يعني إبطال أي اتفاق في هذا الشأن حتى ولو كان بصفة تبرعية، فالمشرع الفرنسي يحظر بشكل مطلق وسيلة الحمل لحساب الغير، وذلك باسم النظام العام وهذا الحظر يشمل أي صورة من هذه الوسيلة سواءً اقتصر دور الأم البديلة على حمل البويضة الملقحة للزوجين الراغبين في الإنجاب أو تم تلقيحها مباشرة بالسائل المنوي للزوج الراغب في الإنجاب[3].

---

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 370.

رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص ص 134، 137.

2 - LETTERON (R), Le droit de la procréation, PUF, 1er éd., 1997, p 88.

3 - CORNU Gérard, Droit civil, les personnes…, op.cit, p 48.

- الجزاءات الجنائية:

لم يكتف المشرع الفرنسي بالنص على إبطال الحمل لحساب الغير بل عالج جزائيا هذه المسألة، فجرم فعل الوساطة بين الزوجين والأم الراغبة للحمل لحسابهما[1]، وهذا من خلال نص المادة 12/227 من قانون العقوبات الفرنسي، والتي تعاقب بالحبس لمدة 6 أشهر وغرامة تقدر بـ 7500 أورو، كل من يقوم بالتدخل كوسيط بين شخصين أو زوجين راغبين في إنجاب طفل وامرأة ترغب في الحمل بغرض تسليمه إليهم، وضاعف المشرع العقوبات المفروضة في هذا المجال في حالة العود أو في حالة البحث عن تحقيق الربح، لابدّ أن نشير إلى هناك أن عقوبات أخرى يمكن تطبيقها في مجال الأم البديلة، وهذه العقوبة منصوص عليها في نص المادة 13/227 من قانون العقوبات الفرنسي، والتي تسمح بمتابعة الزوجين جزائيا في حالة قيامها بإخفاء مصدر الحصول على الطفل أمام السلطات الفرنسية، ويبحثان عن تسوية لحالته المدنية[2].

والجدير بالذكر أن المشرع الإيطالي تبنى نفس هذا الاتجاه، وذلك في القانون الصادر في 19 فيفري 2004 والمتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ونص هذا القانون على أن وسيلة المساعدة الطبية على الإنجاب مخصصة فقط لزوجين (رجل وامرأة) في سن الإنجاب، ثبت طبيا عدم قدرتهما على الإنجاب واشترط هذا القانون أن تتم هذه الوسيلة ببويضة المرأة والسائل المنوي للزوج، أما بالنسبة لعقد الحمل لحساب الغير فإنّه يعتبر باطل بقوة القانون لعدم مشروعية السبب، وهذا القانون يعاقب جنائيا الأنشطة المتعلقة بالإعلان في مجال المتاجرة بالأمشاج أو الأجنة البشرية أو الأم البديلة، إلا أنّ المشرع الإيطالي لم يفرض عقوبات جنائية على الأم البديلة والزوجين الراغبين في الإنجاب[3].

---

1 - نشير إلى أن القضاء الفرنسي ذهب إلى القول بعدم مشروعية الجمعيات التي تنشط في مجال الأم البديلة، فمجلس الدولة الفرنسي أصدر قرارا بتاريخ 22 جانفي 1988 حكم فيه أن السلطات الإدارية لم ترتكب أية مخالفة للقانون عندما لم تسمح لجمعية (Les cigognes) للتسجيل في سجل الجمعيات، كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 2008 بحل جمعية (ALMA Mater). راجع في ذلك:

TISSIER Delphine, La protection du corps…, op.cit, p 102.

BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 114.

2 - ROUSSEL Gildas, "Sanctionner le tourisme procréatif ?" in MARAIS Astrid (sous la direction de), la procréation pour tous, Dalloz, 2015, pp 167, 168.

3 - G'ESELL Florence, La grande variété…, op.cit, pp 199, 200.

نخلص مما سبق إلى أن معظم التشريعات المقارنة نصت على بطلان عقد الحمل لحساب الغير بطلانا مطلقا، ولم تكتفِ بذلك بل أن البعض منها نصت على عقوبات جنائية في هذا المجال، تتعلق أساسا بعملية الوساطة بين الزوجين والأم الراغبة للحمل لحسابها، إلا أن العديد من هذه التشريعات لم تفرض عقوبات جنائية على الأم البديلة والزوجين الراغبين في الإنجاب عن طريق هذه الوسيلة.

2 – عدم جواز اللجوء إلى وسيلة الحمل لحساب الغير في التشريع الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أنه: « ... ***لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة*** ».

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يمنع صراحة اللجوء إلى الحمل لحساب الغير، وهذا موقف صائب يساير أحكام الشريعة الإسلامية لأن هذه الوسيلة فضلا عن كونها ذريعة إلى اختلاط الأنساب (نتيجة الازدواج في التكوين والنشأة الخلقية) فهي وسيلة أيضا إلى الفساد والشبهات التي لا حصر لها[1]. وعليه فإنّه لا يجوز للزوجين استعارة أو تأجير رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما، حتى ولو كانت المرأة صاحبة الرحم زوجة ثانية للرجل صاحب السائل المنوي لما في ذلك إثارة للمشكلات الاجتماعية[2]. والعقد المبرم بين الزوجين والأم البديلة عقد باطل بطلان مطلق، وذلك لعدم مشروعية محله وسببه. والمادة (97) من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: « ***إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا*** ».

فهذا العقد لا يرتب آثار قانونية لأنه يتعلق بالنسب وهو من النظام العام[3]، وبالتالي يمكن إرجاع عدم مشروعية الحمل لحساب الغير في الأصل إلى عدم مشروعية المحل والسبب وأوضح ذلك على النحو التالي:

---

1 - بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 286.

2 - مأمون عبد الكريم، "رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثاني، جامعة تلمسان، 2008، ص 21 وما بعدها. مروك نصر الدين، "الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة – دراسة مقارنة -"، م ج ع ق إ س، العدد الرابع، جامعة الجزائر، 1999، ص 9 وما بعدها.

3 - بلحاج العربي، بحوث قانونية...، مرجع سابق، ص 286.

أ – عدم مشروعية المحل في عقد الحمل لحساب الغير:

لا شك أن قاعدة عدم جواز وضع جسم تحت تصرف الغير ترد عليها استثناءات عديدة، وتأكد ذلك من خلال إجازة بعض العقود كعقد العمل، فالعقد إذا لا يكون باطلا في جميع الأحوال لمجرد أنه يتعلق بجسم الإنسان فالأمر يتطلب توافر شروط وضوابط محددة للقول بمشروعيته، وفي هذه الحدود يكون المحل مشروعا[1].

كما يشترط لمشروعية المحل من خلال هذا التعامل ألا يكون من شأن المساس بجسم الإنسان أن ينتج عنه مخاطر جسيمة تلحق به، ولعل ما يميز الحمل لحساب الغير أن محل التصرف فيه متعدد أو بالأدق مركب، فالتصرف لا يرد على جسم المرأة المستأجرة فقط بل يرد أيضا على الطفل نفسه فالطفل يحتل مكانة بارزة في نظام الحمل لحساب الغير ولا عجب في ذلك إذ أن الطفل هو محرك العملية ذاتها من البداية[2].

ولا يقصد بالمخاطر الجسيمة هنا احتمال إصابة الطفل بأمراض وراثية أو تشوهات خلقية لأن تلك المخاطر مقبولة فضلا على أنها تعد واحدة في جميع حالات الحمل أيا كانت وسيلته وكذلك الحال بالنسبة للأم المستأجرة، لكننا نقصد نوعية أخرى من المخاطر تتعلق أساسا بالهجر أو الترك من جانب الأم البديلة لطفلها، ومما لا شك فيه أن مثل هذا التصرف قد يترك آثارا سلبية على نفسية الطفل فيما بعد[3].

كما يجب أن يؤخذ في الحسبان احتمال رفض الأم البديلة تسليم الطفل[4]، وقد يحدث العكس فقد ترفض الأم البويضة تسلم الطفل كما إذا كان مصابا بتشوهات خطيرة، وفي ظل هذه الاحتمالات توجد مخاطر جسيمة تمنع من إسباغ وصف المشروعية على محل التعاقد بالنسبة للتعامل في جسم الإنسان من خلال الحمل لحساب الغير.

---

1 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص 281.
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 367.

2 - محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 281، 282.

3 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 368.
محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي...، مرجع سابق، ص ص 282، 284.

4 - وهذا ما حدث في الحالة المشهورة في الولايات المتحدة الأمريكية والمعروفة بقضية Baby M والتي سبق الإشارة إليها.

ب – عدم مشروعية السبب في عقد الحمل لحساب الغير:

كما هو واضح فإن الأم البديلة تلتزم هنا إما للحصول على مقابل نقدي، أو للقيام بهذا التصرف تبرعا بغرض مساعدة امرأة تعاني من العقم، وفي المقابل تلتزم المرأة التي ترغب في الحصول على الطفل ونسبته إليها بدفع مقابل من المال، لكن سبب التزام هذه الأخيرة بدفع مبلغ من المال هو سبب غير مشروع إذ هي تهدف إلى نسبة الطفل إليها على غير الحقيقة[1]، فأحكام النسب – كما رأينا – تتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على تعديل أحكامه.

ويرى البعض[2] أن المولود الناتج عن تأجير الأرحام سيكون إما ابن زنا أو ابن التبني وهي من الطرق المحرمة قطعا من التلقيح الاصطناعي التي لا يثبت بها النسب الشرعي وفقا للمواد 40 و45 مكرر و46 من قانون الأسرة الجزائري، وإنما ينسب لمن حملته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما.

وأعتقد أنه لابد من تدخل المشرع الجزائري لتحريم هذه الوسيلة بنصوص صريحة ووضع عقوبات مناسبة لكل من يشارك في مجال تنفيذ هذه الوسيلة على أن يمتد نطاق التجريم إلى الطبيب ومساعديه لأن عمليات الحمل لحساب الغير سواء أكانت بمقابل أو دونه تؤدي إلى تدخل طرف ثالث خارج نطاق العلاقة الزوجية في إنجاب طفل وهذا يثير مشكلات عديدة لعل أهمها ما يتعلق بنسب الطفل المولود بهذه الطريقة وهذه المسألة أغفلها كذلك المشرع الجزائري.

ثالثا - إجماع التشريعات المقارنة على أن الأمومة ترتبط بالحمل والوضع:

يؤكد الاتجاه الغالب في الدول التي تجيز الإنجاب بوسيلة الحمل لحساب الغير على حق الأم نحو الطفل الذي ينمو في أحشائها ويتغذى من دمها ثم تضعه بعد فترة تسعة أشهر[3]، فلقد اعتبرت العديد من القوانين المقارنة الخاصة بالإنجاب الاصطناعي أن صفة الأم تطلق على كل من تلد طفلا بعد حمله[4]، فالعبرة في تحديد الأمومة هي بواقعة الحمل

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 195.

2 - بلحاج العربي، بحوث قانونية...، مرجع سابق، ص 287.

3 - إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 314.

محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 99.

4 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 360.

والولادة، والولادة واقعة مادية يمكن إثباتها بكل طرق الإثبات وإذا ثبت النسب بالولادة فلا يمكن نفيه بعد ذلك[1].

ومن التشريعات المقارنة التي نصت على ذلك القانون الألماني الخاص بحماية البويضة الملقحة الصادر سنة 1990، إذ أكد هذا القانون على أن الأمومة تثبت قانونا للمرأة التي وضعت الطفل ولا يستطيع أحد إجبارها على التخلي عن طفلها، ولو تمت العملية وتسلم الزوج (الأب البيولوجي) الطفل فيمكن لزوجته طلب التبني الكامل[2].

كما أكد قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر في المملكة المتحدة عام 1990 على أن المرأة التي تحمل طفلا وتضعه إلى العالم هي أمه، حتى ولو لم تكن أم البيولوجية[3]، ففي المملكة المتحدة فإنّ الأم التي تضع الطفل هي التي تعتبر من الناحية القانونية والدة هذا الأخير، وهذا يعني أن الطفل الذي يولد بوسيلة الحمل لحساب الغير يسجل في البداية باسم الأم البديلة[4]، وبالرغم من أن القانون الإنجليزي يذهب في بعض الحالات القول بعدم مشروعية العقد، إلا أنه يعطي الأم البديلة الحق في الاحتفاظ بالطفل على اعتبار أنها هي التي ولدته ومن ثمّ يكون لها الحق في أمومته[5].

ويمكن للزوجين الراغبين في الإنجاب بعد ستة أسابيع من تاريخ الولادة وقبل انقضاء مدة ستة أشهر اللجوء إلى القاضي ليصدر قرارا بأحقيتهما في الطفل، وهذا الإجراء يعرف في القانون البريطاني باسم "تحويل الأبوة" والذي يسمح بإعادة تسجيل الطفل باسم الأبوين الراغبين في الإنجاب وفق الكيفية المحددة في القانون، وفي هذه الحالة يجب الحصول على رضا الأم البديلة وذلك بعد ستة أسابيع على الأقل من تاريخ الولادة[6].

كما يعطي هذا القانون الأم البديلة الحق في العدول عن رضاها، ولو صدر عنها وهي

---

1 - افتكار مهيوب دبوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 197.

2 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي...، مرجع سابق، ص 110.

3 - BAKRY Youssef BAKRY Mohamed, La procréation artificielle…, op.cit, p 110.

4 - G'ESELL Florence, La grande variété…, op.cit, p 205.

5 - راجع في ذلك: إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية...، مرجع سابق، ص 87.
إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص ص 315، 316.

6 - G'ESELL Florence, La grande variété…, op.cit, p 205.

في كامل حريتها ووعيها والقانون في مسلكه هذا يعطي الأم البديلة الفرصة لإعادة التفكير قبل أن تتخلى عن طفلها[1].

كما أن السائد في فنلندا أن العبرة في تحديد الأمومة بواقعة الحمل والوضع أيا كانت الوسيلة في الإنجاب سواء كانت طبيعية أو اصطناعية، ويؤكد هذا الاتجاه قانون النسب الصادر في بلجيكا عام 1987، والقانون الإسباني رقم 35 الصادر سنة 1988 والمتعلق بالمساعدة على الإنجاب وذلك في المادة (2/10) منه، بالإضافة إلى القانون النمساوي وذلك في نص المادة (137) الفقرة 7 من القانون المدني النمساوي[2].

ومن القوانين التي تأخذ كذلك بهذا الاتجاه القانون الإيطالي فحسب نص المادة (269) الفقرة 32 من القانون المدني الإيطالي فإنّ الطفل الذي يولد بوسيلة الحمل لحساب الغير ينسب إلى الأم البديلة[3].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنّه نص في المادة 7/16 من القانون المدني على بطلان عقد الحمل لحساب الغير، وأكد في نص المادة 9/16 منه على أن هذا المنع يتعلق بالنظام العام وفرض عقوبات جنائية في هذا المجال، إلا أن المشكلة التي ظهرت في فرنسا تتمثل في أن العديد من الفرنسيين يلجئون إلى الإنجاب عن طريق هذه الوسيلة في الخارج، وهذا ما طرح مسألة إثبات نسب هؤلاء الأطفال المولودين بهذه الطريقة لكن خارج فرنسا، واتجه القضاء الفرنسي عموما إلى عدم الاعتراف بثبوت نسبهم إلى الأبوين أصحاب الرغبة في الإنجاب[4].

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 361.

2 - راجع في ذلك: إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 314.
حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 360.

3 - راجع في ذلك: G'ESELL Florence, La grande variété..., op.cit, p 200.

4 - HAMMJE Petra, "Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui, Aspects en droit international privé", in MARAIS Astrid (sous la direction de), la procréation pour tous? Dalloz, 2015, pp 175 – 193.

خلاصة الباب الثاني

توصل الأطباء إلى أساليب طبية تساعد الفرد على ممارسة حقه في الإنجاب إذا كان يعاني من مرض العقم أو غيره من الحالات الصحية التي تحول دون أن يتمكن من الإنجاب بالطرق الطبيعية، وذلك باللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي بصورتيه الداخلي والخارجي.

بالنسبة للتلقيح الاصطناعي الداخلي توصلنا إلى مشروعية هذه الوسيلة شرعا وقانونا، فالعقم يجب أن نصنفه على أنه مرض يجوز التداوي منه، وبالتالي يدخل في نطاق الضرورة العلاجية وهذا هو أساس إباحة هذه التقنية الحديثة.

إلا أن القول بالجواز مقيد بضرورة توافر عدة ضوابط منها: أن يتم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أثناء قيام الحياة الزوجية وبناء على موافقة الزوجين معا، وأن يكون التلقيح الاصطناعي هو الوسيلة الوحيدة الممكنة للإنجاب. وأن يكون الغرض من التلقيح الاصطناعي علاجيا، ومن ثم يجب أن يرتبط التلقيح الاصطناعي من حيث وجوده بهذا الهدف تلك إذن طبيعة التلقيح الاصطناعي وذلك هو هدفه: تقنية طبية تهدف إلى إزالة آثار عدم القدرة على الإنجاب، ولا يمكن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لإشباع الرغبة في الإنجاب إلا بعد استنفاذ كافة الوسائل الأخرى الممكنة لعلاج العقم فإذا استحال العلاج بهذه الوسائل الأخرى، يمكن حينئذ اللجوء إلى هذه التقنية فيجب أن نحتفظ للتلقيح الصناعي بدوره الاحتياطي.

ونظرا لأهمية هذه الوسيلة اتجهت العديد من الدول إلى تنظيم التدخل الطبي في هذا المجال فصدرت بها تشريعات تتضمن إجراءات وضمانات تنفيذ هذه الوسيلة، وحاولت أن تضع تنظيما كاملا للتدخل الطبي في هذا المجال، ومن أبرز هذه التشريعات القانون الصادر في ولاية فيكتوريا بأستراليا عام 1984، القانون الإسباني الخاص بالإنجاب بالمساعدة الصادر في 22 نوفمبر 1988، قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر في المملكة المتحدة عام 1990 والقانون الإيطالي الخاص بالمساعدة الطبية على الإنجاب الصادر بتاريخ 19 فيفري 2004، إلا أنّ التشريعات المقارنة اختلفت في هذا الشأن إذ اتجه البعض منها إلى إجازة التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين فقط، ونصت على تحريم التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير سواء كان هذا الغير رجلا يشارك بالحيوانات المنوية أو امرأة تشارك بالبويضة الأنثوية ومن أمثلتها التشريع الإيطالي والتشريع السويدي.

بينما اتجهت بعض التشريعات إلى إجازة التلقيح بين الزوجين كما أجازت التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير بشروط معينة، ومن أمثلتها التشريع البريطاني والقانون الخاص باحترام جسم الإنسان في فرنسا الصادر سنة 1994.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من تقنية التلقيح الاصطناعي الداخلي، فإنّه اتجه في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري إلى الاعتراف بمشروعية هذه الوسيلة الطبية في مساعدة الزوجين للقضاء على آثار العقم، وهذا النص يمكن اعتباره نموذجا حسنا في سعي المشرع الجزائري لمواكبة التطورات العلمية والطبية الحديثة، إلا أن المشرع الجزائري أجاز هذه الوسيلة ولكن بتوافر مجموعة من الشروط تتعلق بما يلي: أن يكون الزواج شرعيا، أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما. ولا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

أما بالنسبة لتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي والتي تتم عن طريق أخذ نطفة الزوج وبويضة الزوجة ووضعها في أنبوب حتى تتم عملية الإخصاب بينهما (خارجيا) ليتم بعد ذلك زرع البويضة الملقحة داخل رحم الزوجة، توصلنا إلى أن الإخصاب في الأنابيب الذي يتم بين بويضة الزوجة والسائل المنوي للزوج جائز شرعا وقانونا، إلا أنه يجب أن تتم هذه العملية بغير شبهة وأن يحاط إجراؤها بكثير من الضمانات والضوابط والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

- ألا تجري هذه العملية إلا بين زوجين فحسب ولمصلحتهما دون غيرهما وبشرط موافقتهما معا وقد تكون الكتابة شرطا لإثبات هذه الموافقة.

- أن تكون ثمة ضرورة تقتضي هذا الإجراء من ظروف مرضية أو خلقية خاصة لا تسمح بإتمام الحمل بالطرق الطبيعية في أي من الزوجين أو فيهما معا.

- شروط ذات طبيعة إدارية تتعلق بمكان إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي، فيجب أن يتم إجراء هذه العمليات في مراكز متخصصة للإخصاب ويتم تنفيذها بواسطة فريق طبي متعدد التخصصات على مستوى عالٍ من العلم والخبرة.

- شروط ذات طبيعة طبية تتعلق باتباع الدقة الكاملة في كل مراحل العملية، خاصة عند الحصول على بويضة الزوجة واستخلاص السائل المنوي من الزوج والمحافظة عليهما

والتأكد من عدم اختلاطهما بغيرهما، وكذلك عند إعادة البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة بغير شبهة أو شك في استبدالها أو خلطها بغيرها.

- أن يكون الهدف من وراء إجراء عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي مساعدة الزوجين في تحقيق رغبتهما المشروعة في الإنجاب، وألا يتجاوز التلقيح هذه الرغبة إلى تحقيق أمور أخرى كالتحكم في جنس الجنين أو تحسين النسل.

ولقد أجازت العديد من التشريعات المقارنة التلقيح الاصطناعي الخارجي (أطفال الأنابيب) منها التشريع الفرنسي بشرط توافر ضوابط معينة، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنّه أجاز تقنية التلقيح الاصطناعي في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بشكل عام ولم يشر صراحة إلى صورتيه الداخلي والخارجي.

أما بالنسبة للتلقيح الصناعي الخارجي بتدخل الغير فتوصلنا إلى عدم مشروعية هذه الوسيلة شرعا وقانونا، وركزنا على صورة الحمل لحساب الغير لأنها تثير العديد من المشاكل القانونية، ووضحنا أن نظام الحمل لحساب الغير يتمثل في زرع بويضة ملقحة تنسب بيولوجيا لزوجين في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها لحساب صاحبا البويضة ورغم أن الرأي الراجح في الفقه، اتجه إلى القول أن المرأة الحاملة ترتبط مع المرأة الأخرى بعقد إلا أنه يصعب تحديد التكييف القانوني الصحيح لهذا العقد، وأيا كانت الطبيعة القانونية للحمل لحساب الغير، فإننا توصلنا إلى عدم مشروعية هذا العقد وأنه عقد باطل بطلان مطلق لعدم مشروعية المحل والسبب، وهذا ما أكدت عليه العديد من التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي في نص المادة 7/16 من القانون المدني الفرنسي، والمشرع الجزائري بدوره أكد على عدم جواز اللجوء إلى وسيلة التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

ولقد أجمعت التشريعات المقارنة على حظر الاتجار في مجال الأم البديلة وعلى أن الأمومة ترتبط بالحمل والوضع.

خاتمة

تبيّن هذه الدراسة وجود عدة استثناءات ترد على مبدأ حرمة جسم الإنسان، فالعديد من التشريعات البيوأخلاقية أظهرت كثيرا من المرونة في مواجهة الممارسات الطبية الحديثة التي ترد على جسم الإنسان إذا تمت بناء على الرضا الحر والمستنير للشخص، ولمصلحة علاجية للشخص نفسه أو للغير، وكانت بدون مقابل مالي، لكن ذلك لا يعني أن جسم الإنسان أصبح مجرد شيء يمكن التصرف فيه طبقا للقواعد العامة للقانون، إذ أن التشريعات البيوأخلاقية حاولت التوفيق بين مبدأ حرمة جسم الإنسان والممارسات الطبية الحديثة التي تهدف إلى تحقيق غرض علاجي، وإذا كانت هذا هو الموقف الصعب، إلا أنه – في نظرنا – الموقف الصحيح، فالمبدأ في حد ذاته لا غنى عنه، كما أن الاستثناءات الواردة عليه في ظل التطورات الطبية الحديثة أصبحت واقعا لا رجعة فيه لأنها تساعد على الحد من العديد من المشاكل الصحية، وهذا ما يتضح بشكل جدي في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وعمليات التلقيح الاصطناعي.

بناءً على ذلك اتجهت أغلب التشريعات المقارنة إلى إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، وهذا يعني أن هذه النصوص التشريعية أصبحت تشكّل الأساس القانوني لمشروعية هذه العمليات، أما في المرحلة التي سبقت وضع هذه التشريعات كانت هناك عدة اتجاهات فقهية تحاول رد أساس مشروعية التصرف بالأعضاء البشرية إلى أحد القوالب المستقرة في القانون المدني، والقانون الجنائي بعيدا عن القواعد الطبية التي تحكم الأعمال الطبية والعلاجية، والتي لا تجدِ نفعا في هذا المجال، إلا أنّ هذه الاتجاهات الفقهية أثبتت عدم صلاحيتها كذلك كأساس لمشروعية هذه العمليات.

غير أن إجازة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مرتبطة بتوافر عدة شروط تتعلق أساسا بضرورة الحصول على رضا المتبرع، ولعل ذلك راجع إلى أن المبدأ العام هو حرمة جسم الإنسان وعدم جواز المساس به، فالشخص المتبرع ليس أداة يستعملها الطبيب الجراح لإجراء عملية النقل كيفما يشاء إنما هو إنسان وله حق في سلامة جسمه وتكامله الجسدي، ومن هنا تظهر أهمية الحصول على رضا المتبرع لأنه يترتب على استئصال العضو المتبرع به مساسا خطيرا بجسمه، بل قد يؤدي إلى إصابته بعاهة مستديمة، ومن ثم لا يجوز

استئصال عضو من جسمه إلا بعد موافقته الصريحة مع تبصيره تبصيرا كاملا بكافة النتائج المؤكدة والمحتملة والمترتبة على هذا الاستئصال.

ومع ذلك اختلفت التشريعات المقارنة بخصوص كيفية الحصول على موافقة الشخص لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فهناك تشريعات تكتفي بالرضا بالكتابة، وهناك تشريعات تتطلب إلى جانب الكتابة شهادة الشهود كالتشريع الكويتي، وهناك تشريعات تتطلب أن يكون صدور الرضا أم جهة رسمية (القاضي) كالتشريع الفرنسي والتشريع المغربي.

ونلاحظ أن التشريعات المقارنة نصت على حق المتبرع بالعدول عن تبرعه دون قيد أو شرط، إلا أنها لم تحدد وقت هذا العدول، بل جاءت نصوصها عامة بهذا الخصوص، كما أن العديد منها لم تتطلب شكلية معينة لذلك، وهذا يعني أن العدول يمكن أن يكون شفويا أو مكتوبا أو باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك، وأكيد أن هذا يثير مشكلة تتعلق بالإثبات في حالة ما إذا تم العدول شفويا ولم يكن هناك شهود فيتعذر إثباته في حالة قيام منازعة وتثور هذه المسألة بالذات في حالة وفاة المتبرع، إذ يتعذر على أسرته إثبات رجوعه عن رضاءه.

كما أجمعت هذه التشريعات على أن التنازل عن عضو من أعضاء جسم الإنسان يجب أن يكون دون مقابل مالي، وعمدت على سد كافة السبل المؤدية للحصول على مقابل للتنازل على العضو والاتجار به، وانتهجت بعض التشريعات سياسة وقائية في هذا المجال، إذ نصت على حظر الدعاية والإعلان لصالح التبرع بأعضاء أو مكونات الجسم البشري لحساب شخص معين أو مؤسسة معينة، كما نصت على مبدأ السرية الذي يقضي بإخفاء هوية كلا من المتبرع والمتلقي للعضو، ولاشك أن هذا المبدأ يمثل وسيلة وقائية من إبرام اتفاقيات بشأن جسم الإنسان تجعل منه محلا للعرض والطلب، ولم تكتفِ التشريعات المقارنة بحظر المتاجرة بالأعضاء البشرية، بل فرضت عقوبات جنائية صارمة على فعل الحصول على الأعضاء البشرية بمقابل أيا كان شكله، ومن ثم فلا يمكن قبول فكرة المقابل المالي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لأن هذه الفكرة تجرد تنازل المتبرع من كل قيمة معنوية فضلا عن تعارضها مع الكرامة الإنسانية.

بخصوص مسألة نقل الأعضاء من جثث الموتى فإنّها تثير مشكلة هامة تتعلق بتحديد لحظة الوفاة ومع ذلك فقد استقر الرأي من الناحية الطبية على أن موت خلايا المخ وخلايا جذع المخ يؤدي إلى توقف المراكز العصبية العليا التي تتحكم في وظائف الجسم وهو الحد

الفاصل بين الحياة والموت، وفي الوقت الحاضر يعتبر موت الدماغ هو المعيار المقبول والشائع سواء من الناحية الطبية أو القانونية وقد أخذت به معظم الدول.

وبشأن التصرف في جثة الموتى فقد اختلفت التشريعات المقارنة بشأن ذلك فمنها من اشترط الكتابة الرسمية حال حياة المتبرع سواء بقبول التبرع أو رفضه ومنها من اعتمد بطاقات التبرع واعتمدت تشريعات أخرى على حرية الإثبات، أما التشريع الفرنسي فقد اعتمد قرينة الموافقة التي توجب على الشخص أن يسجل نفسه في السجل الوطني الآلي إذا كان يرفض المساس بجثته أما إذا لم يعبر الشخص حال حياته عن هذا الرفض يعتبر موافقا على عملية الاقتطاع بعد وفاته.

أما بالنسبة لتقنية التلقيح الاصطناعي بشقيها الداخلي والخارجي بين الزوجين فهي جائزة شرعا وقانونا، لكن القول بالجواز يرتبط بتوافر عدة شروط تتمثل فيما يلي: أن يكون التلقيح بين الزوجين، رضا الزوجين معا، أن يتم التلقيح خلال الحياة الزوجية، أن يكون هدف التلقيح الاصطناعي علاج عقم الزوجية، وأن يكون التلقيح الاصطناعي الوسيلة الوحيدة الممكنة للإنجاب.

وعليه فإنّ نسب الطفل الناتج من عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين يكون ثابتا لهما وتترتب عنه كل آثار النسب الشرعي من حضانة ونفقة وميراث وغيرها، كما أن حقوق هذا الطفل تكون مساوية تماما لحقوق الطفل الناتج من الحمل الطبيعي، وكذلك حقوق الأب والأم عليه مماثلة لحقوق الوالدين على أبنائهما من الإنجاب الطبيعي.

ونلاحظ أن العديد من التشريعات الغربية نظمت التعامل بالسائل المنوي والبويضة الأنثوية كالقانون الفرنسي، الذي نظم ذلك في القانون الصادر سنة 1994 والمتعلق بحماية جسم الإنسان، إذ أباح التبرع بهذه المنتجات البشرية، ورغم ذلك فإنّه فرض قيود مشددة في هذا المجال منها إذ اشترط الموافقة الكتابية على التبرع بها، ضرورة إخفاء شخصية المتبرع، وأن تكون الموافقة حرة ومستنيرة في حين اتجهت تشريعات أخرى إلى منع الإنجاب بتدخل الغير، وسمحت فقط باللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، ومن أمثلة ذلك القانون الإيطالي الصادر بتاريخ 19 فيفري 2004 والمتعلق بالمساعدة الطبية على

الإنجاب، وهذا يبين أن التشريعات الغربية لم تعتمد على خطة واحدة بشأن تنظيم مسألة المساعدة الطبية على الإنجاب.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فإنّ معظمها أغفلت ذلك، بالرغم من أن تدخل الغير في عملية الإنجاب يثير الكثير من المشاكل والصعوبات سواء من الناحية الشرعية أو الأخلاقية أو الاجتماعية أو القانونية، والتبرع بالسائل المنوي أو البويضة الأنثوية يختلف تماما عن التبرع بالأعضاء البشرية، لأن التصرف بالسائل المنوي أو البويضة الأنثوية والتي تعتبر من منتجات جسم الإنسان هو في الحقيقة تصرف في كائن بشري بحسب المآل، ولهذا فإنّ العقد الذي بموجبه يتم التصرف بهذه المنتجات لجسم الإنسان يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية المحل والسبب لمخالفته مقتضيات النظام العام والآداب العامة، فهذا التصرف يعتبر عملا غير أخلاقي يتعارض مع الركائز الأساسية التي تقوم عليها المجتمعات الإسلامية، كما أن تدخل الغير في عملية الإنجاب يتعارض مع أحكام النسب التي تتعلق قانونا بالنظام العام.

والجدير بالذكر أن الطبيب يتابع قضائيا إذا أخل بضوابط مشروعية هذه العمليات كأن يقوم بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون رضا أحد الزوجين أو يتلاعب بعينات الخلايا التناسلية أو لا يخبر الزوجين بعواقب العملية وآثارها، وكذلك في حالة قيامه بإفشاء أسرار الزوجين المتعاملين معه في غير الأحوال المصرح له فيها بذلك قانونا، إلا أن مسؤولية الطبيب تنتفي في حالة فشل عملية التلقيح الاصطناعي طالما أنه قد اتبع كافة وسائل الحيطة والحذر، فالتزام الطبيب في هذه العمليات مثل غيرها من الأعمال الطبية هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

أما بالنسبة للحمل لحساب الغير أو تأجير الأرحام، والذي يمثل صورة من صور وضع جسم الإنسان تحت تصرف الغير، فلاشك أن هذا باطل بطلانا مطلقا لعدم مشروعية المحل والسبب. إذ أن محل هذا العقد هو رحم المرأة وهو جزء من جسمها وكذلك الطفل، والسبب أن المرأة المؤجرة لرحمها تلتزم هنا إما مقابل الحصول على مبلغ نقدي أو بنية التبرع، وتلتزم المرأة المستأجرة بالحصول على الطفل ونسبته إليها على غير الحقيقة، وهذا يعتبر غير مشروع لمخالفته لمقتضيات النظام العام والآداب العامة.

وبخصوص القانون الجزائري نسجل النتائج التالية:

- تناول القانون رقم 85-05 لسنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم مسألة إباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية ولكن نصوصه جاءت بصفة عامة خالية من أي تحديد للأعضاء التي يمكن أن تكون محلا للاستئصال.

- لم ينص المشرع الجزائري صراحة على حظر نقل الأعضاء التناسلية سواء للرجل والمرأة كما فعلت بعض القوانين العربية، ولهذا يجب على المشرع الجزائري إضافة مادة جديدة في قانون حماية الصحة وترقيتها يمنع بموجبها صراحة هذا النوع من العمليات لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب.

- كما أنه أغفل النص على إجازة استئصال النخاع الشوكي بصفة استثنائية من القصر، كما فعل المشرع الفرنسي لأنها مادة متجددة في الجسم ولا يشكل اقتطاعها أي مشاكل صحية بالنسبة للمتبرع ولو كان قاصرا مع العلم أنه يشترط من الناحية الطبية التوافق النسيجي بين المتبرع والمتلقي في هذا النوع من النقل وهو أمر ممكن بين الإخوة فبإمكان القاصر أن ينقذ أخاه أو أخته من الهلاك عن طريق نقل هذه المادة المتجددة لديه.

- رغم حرص المشرع الجزائري على ضرورة إفادة المتبرع بالتبصير اللازم في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، إلا أنه لم يوفق في صياغة نص الفقرة الثانية من نص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها لأنها لم تنص على إلزام الطبيب بالتبصير الشامل في مجال نقل الأعضاء البشرية، واكتفى بالنص على المخاطر الطبية المحتملة فيجب على المشرع الجزائري التشديد في هذه المسألة، كما فعلت التشريعات المقارنة إذ أنها تضمنت نصوصا تطلبت الإحاطة بالنتائج المترتبة عن أخذ العضو بالمخاطر المؤكدة والمحتملة معا، وذلك حتى يكون المتبرع على بينة من أمره بما ستؤول إليه حالته الصحية ومدى تأثر حياته الشخصية والعائلية والمهنية نتيجة أخذ العضو منه.

- لقد اكتفى المشرع الجزائري في نص المادة 162 المذكورة أعلاه على وجوب صدور موافقة المتبرع بحضور شاهدين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، وكان من الأحسن اشتراط صدور الموافقة أمام جهة رسمية (القاضي)، لأن في ذلك تنبيه للمتبرع بخطورة التبرع بعضو من أعضائه وفيه فرصة للمتبرع للتفكير مليا قبل التبرع، كما يمكن

للقاضي أن يراقب مدى احترام الطبيب للقواعد القانونية المتعلقة بكيفية الحصول على رضا المتبرع.

- وفق المشرع الجزائري حين جرّم الاتجار بالأعضاء البشرية بعد تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009، الذي أضاف قسما خاصا مكرر تعلق بالاتجار بالأشخاص وقسما خاصا مكرر 1 يتعلق بالاتجار بالأعضاء البشرية، وهذا يعتبر تطورا مهما في مجال الحماية الجنائية لجسم الإنسان خاصة وأن المشرع الجزائري تبنى منهج التشديد في التعامل مع مرتكبي هذه الجرائم الخطرة، إلا أننا نسجل في هذا الصدد إغفال المشرع الجزائري النص على حظر الدعاية والإعلان لصالح التبرع بأعضاء أو مكونات الجسم لحساب شخص معين أو مؤسسة، فيجب على المشرع الجزائري وضع نص قانوني يمنع بموجبه هذه الأفعال وذلك لما تؤدي إليه هذه الدعاية والإعلانات إلى إهدار كرامة الإنسان.

- لم يحقق المشرع الجزائري الحماية اللازمة لإرادة المتوفى في حالة رفض الاقتطاع من الجثة في مجال نقل الأعضاء من جثث الموتى، لأن نص المادة (165) من قانون حماية الصحة وترقيتها تجيز فقط رفض الاقتطاع لغرض الزرع، هذا يعني إمكانية الحصول على موافقة الأقارب بشأن الاقتطاع لأغراض علمية أو تشريحية، كما أن المشرع الجزائري لم يحدد شكل الكتابة المطلوبة قانونا للتعبير عن الرفض المنصوص عليه في هذه المادة.

- في التشريع الجزائري لا نجد أي قانون مستقل ينظم عمليات التلقيح الاصطناعي أو المساعدة الطبية على الإنجاب ما عدا مادة واحدة (المادة 45 مكرر) وهي نتاج التعديل الأول في قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، وفي هذا النص ركز المشرع الجزائري على ضوابط عملية التلقيح الاصطناعي المتعلقة بالزوجين المستفيدين، وعلى هذا فإنّه لا يمكن أن تتم هذه العمليات إلا وفقا لهذه الضوابط.

- أغفل المشرع الجزائري في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة النص على الضرورة العلاجية، فمكافحة العقم هو الذي يبرر فقط اللجوء إلى هذه الوسيلة الطبية، أما إذا كان التلقيح الاصطناعي يهدف إلى رغبة أخرى كتحسين النسل أو اختيار جنس المولود فيجب القول بعدم مشروعيته، فالضرورة تقدر بقدرها ومن ثم فلا حاجة تدعو إلى اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا في ضوء هذا القدر فقط، وبالتالي كان يجب على المشرع الجزائري أن يدرج

شرط الضرورة العلاجية ضمن الشروط التي نص عليها، وإلا فإنّ نص المادة 45 مكرر بالصياغة الحالية تجيز التلقيح الاصطناعي مطلقا.

- إنّ المشرع الجزائري اقتصر على ذكر الشروط المتعلقة بالزوجين المستفيدين دون أدنى إشارة إلى الشروط الطبية الخاصة بتقنية التلقيح الاصطناعي. فأغفل النص على أن تتم هذه العمليات في المستشفيات العامة أو المراكز الطبية المرخصة من طرف وزارة الصحة، وأن تتم بواسطة فريق طبي متعدد التخصصات، وأن تتم بمنتهى الحيطة والحذر اللازمين لمنع اختلاط الخلايا التناسلية، ولا يجب أن تؤدي هذه العملية إلى نتائج سلبية على صحة الزوجة.

- لم يتعرض المشرع الجزائري إلى الآثار المترتبة على مخالفة الضوابط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، إذ أغفل النص على تجريم عدة أفعال في هذا المجال وفرض الجزاءات المناسبة في حالة المخالفة، فعلى المشرع الجزائري تجريم فعل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون رضا الزوجين وتنفيذ الوسيلة بواسطة متبرع سواء في التلقيح الاصطناعي الداخلي أو الخارجي بما في ذلك حالة الأم البديلة، وكذلك إجراء البحوث على البويضات الملقحة دون رضا الزوجين أو ترخيص من الجهة الإدارية المختصة، ويجب أن يشمل التجريم الاتجار في هذا المجال.

فالقانون الجزائري يتضمن عدة نقائص في مجال تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وعمليات التلقيح الاصطناعي، وهذه الوضعية تقتضي بالضرورة تعديل عدة قوانين ترتبط ارتباطا وثيقا بهذه الأعمال الطبية الحديثة (القانون المدني، قانون الصحة، قانون الأسرة، قانون العقوبات) حتى يحصل نوع من التكامل والانسجام بين مختلف هذه القوانين، فعلى المشرع الجزائري أن ينظم التعامل في جسم الإنسان وفقا لضوابط حاسمة لا تقبل التأويل والاجتهاد، وعليه كذلك فرض الجزاءات المناسبة في حالة مخالفة هذه الضوابط.

قائمة المراجع

أولا – باللغة العربية:

أ – الكتب:

1. **أحسن بوسقيعة**، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2015.
2. **أحمد شرف الدين**، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1983.
3. _____، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2001.
4. **أحمد شوقي عمر أبو خطوة**، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
5. **أحمد محمد بدوي**، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 1999.
6. **أحمد محمد لطفي أحمد**، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
7. **أحمد محمود سعد**، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
8. **إدريس عبد الجواد**، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
9. **أسامة السيد عبد السميع**، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
10. _____، الثابت والمتغير في الاجتهاد الطبي، دراسة تطبيقية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.
11. **أسامة علي عصمت الشناوي**، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

12. **أسامة قايد**، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
13. **أسعد عبيد الجميلي**، الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
14. _____، الاتجاهات القانونية الحديثة في الجراحة التجميلية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015.
15. **افتكار ميهوب دبوان المخلافي**، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، شركة تاس للطباعة، القاهرة، 2006.
16. **إقروفة زبيدة**، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، دار الأمل، الجزائر، 2010.
17. _____، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010.
18. **أمير فرج يوسف**، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008.
19. **أنس محمد عبد الغفار**، التزامات الطبيب تجاه المريض دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2013.
20. **أيمن مصطفى الجمل**، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية، بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
21. **برنجير لاسال وآخرون**، قانون البيولوجية البشرية، ترجمة أحمد محمد عيد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
22. **بلحاج العربي**، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
23. _____، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.

24. _____، الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2016.
25. **بن النوي خالد**، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010.
26. **جبيري ياسين**، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
27. **حسني عودة زعال**، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
28. **حسيني هيكل**، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
29. **خالد مصطفى فهمي**، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
30. _____، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
31. _____، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
32. **رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء**، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، عالم الكتب الحديث، عمان، 2006.
33. **سعدي إسماعيل البرزنجي**، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009.
34. **سعيد سعد عبد السلام**، فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
35. _____، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
36. **سميرة عايد ديات**، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

37. **سناء عثمان الدبسي**، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
38. **سوزي عدلي ناشد**، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن.
39. **الشحات إبراهيم منصور**، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
40. **شريف يوسف خاطر**، الحماية الدستورية لمبدأ الكرامة الإنسانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
41. **شوقي زكريا الصالحي**، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
42. **صابر محمد محمد سيد**، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، مصر 2008.
43. **صاحب عبيد الفتلاوي**، التشريعات الصحية (دراسة مقارنة)، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
44. **ضياء الأسدي**، حق السلامة في جسم المتهم، منشورات زين الحقوقية، عمان، 2009.
45. **طارق سرور**، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
46. **عبد الحليم محمد منصور**، تأجير الأرحام في ضوء قواعد الحلال والحرام، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2012.
47. _____، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2013.
48. **عبد الحي حجازي**، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الكتاب الثاني، الجزء الثاني، مطبعة جامعة الكويت، 1970.
49. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن.
50. **عبد الفتاح بيومي حجازي**، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

51. **عبد القادر الشيخلي**، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
52. **عبد المطلب عبد الرزاق حمدان**، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا وميتا في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
53. **عصام أحمد محمد**، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الأول، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008.
54. _____، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الثاني، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008.
55. **علام عمر**، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، المغرب، 2001.
56. **علي أحمد لطفي الزبيري**، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
57. **علي حسين نجيدة**، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، كلية الحقوق، مطبعة جامعة القاهرة، 1990 - 1991.
58. _____، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
59. **علي محمد بيومي**، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتب الحديث، القاهرة، 2005.
60. **عمرون شهرزاد**، أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
61. **عيد محمد العازمي**، جراحة التجميل بين المشروعية والمسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
62. **فرج محمد محمد سالم**، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.

63. **كمال محمد عون**، الضوابط القانونية للاستنساخ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

64. **مأمون عبد الكريم**، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.

65. **محمد بن يحي بن حسن النجيمي**، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، العبيكان للنشر، الرياض، 2011.

66. **محمد حامد الهيتي**، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

67. **محمد سامي السيد الشوا**، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة بين القضاءين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

68. **محمد سعد خليفة**، الحق في الحياة وسلامة الجسد (دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

69. **محمد سعيد جعفور**، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، دار هومه، الجزائر، 2011.

70. **محمد صلاح الدين إبراهيم**، حكم نقل وزرع أعضاء الإنسان بين الإباحة والتجريم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

71. **محمد علي البار**، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء البشرية، دار القلم، دمشق، 1994.

72. **محمد لطفي عبد الفتاح**، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2016.

73. **محمد المرسي زهرة**، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

74. **محمود أحمد طه**، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2001.

75. _____، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015.

76. _____، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015.
77. **محمود سعد شاهين**، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
78. **محمود نجيب حسني**، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
79. _____، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
80. **مرعي منصور عبد الرحيم**، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
81. **مروك نصر الدين**، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومه، الجزائر، 2003.
82. _____، تطور مفهوم الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004.
83. **منذر الفضل**، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.
84. **منير رياض حنا**، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
85. _____، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
86. **مهند صلاح أحمد فتحي العزة**، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
87. **موفق علي عبيد**، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
88. **ميرفت منصور حسن**، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

89. **ناهدة حسن سلمان البقصمي**، الهندسة الوراثية والأخلاق، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1993.
90. **نسرين عبد الحميد نبيه**، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا النشر، الإسكندرية، 2008.
91. **نور يوسف حسين**، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2014.
92. **هبة عبد العزيز المدور**، الحماية من التعذيب في إطار الاتفاقيات الدولية والإقليمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

ب – الأطروحات والمذكرات:

- الأطروحات:

1. **أميرة عدلي أمير**، الحماية الجنائية للجنين، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2004.
2. **إيهاب يسر أنور**، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994.
3. **بن صغير مراد**، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة -، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010 – 2011.
4. **جادي فايزة**، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الجنائي والتطورات العلمية الراهنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015 – 2016.
5. **حبيبة سيف سالم راشد الشامسي**، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، عين شمس، 2005.
6. **حمدي محمد**، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والحظر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008.

7. **راحلي سعاد،** النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014 – 2015.
8. **رضا عبد الحليم عبد المجيد،** النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996.
9. **شعلان سليمان محمد السيد،** نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2002.
10. **صفوان محمد شديقات،** المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010.
11. **طفياني مختارية،** التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013 – 2014.
12. **علاء علي حسين نصر،** عملية الاستنساخ البشري والهندسة الوراثية من الناحية القانونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.
13. **علال برزوق أمال،** أحكام النسب في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014 – 2015.
14. **عمراني أحمد،** حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في ظل القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010.
15. **محمد سامي السيد الشوا،** الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1986.
16. **محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي،** المسؤولية الجنائية للأطباء الناشئة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في الطب، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.

17. **مروك نصر الدين**، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1997/1996.

18. **معاشو لخضر**، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية – دراسة مقارنة – مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2014 – 2015.

19. **ممدوح خيري هاشم**، الإنجاب الصناعي في القانون المدني: دراسة قانونية فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1996.

20. **مواسي العلجة**، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

21. **النحوي سليمان**، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010 – 2011.

- المذكرات:

1. **إسمي ڤاوة فضيلة**، الإطار القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

2. **بدر محمد الزغيب**، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

3. **برني نذير**، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الطبي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011 – 2012.

4. **بغدادي ليندة**، حق الإنسان في التصرف بجسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2005.

5. **بغدالي جيلالي**، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013 - 2014.

6. **بوزيان عبد الباقي**، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009 – 2010.

7. **خدام هجيرة**، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006 – 2007.

8. **فريحة كمال**، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

9. **فوزية هامل**، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بالاتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، تخصص: علم الإجرام والعقاب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011.

ج - المقالات:

1. **أحمد جلال الجوهري**، "الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 2، السنة الخامسة، الكويت، 1981، ص ص 121 – 129.

2. **أحمد حسام طه تمام**، "الحماية القانونية لاستخدامات تقنيات الهندسة الوراثية في التشريع الفرنسي"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2002، ص ص 182 - 284.

3. **أحمد شرف الدين**، "الإنعاش الصناعي"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، 1981، الكويت، ص ص 103 – 118.

4. **أحمد شوقي أبو خطوة،** "الضوابط القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 18، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1995، ص ص 219 – 249.
5. **إقروفة زبيدة،** "نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 356 – 375.
6. **أكرور مريام،** "التجربة التونسية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية"، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون"، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، خميس مليانة، أيام 20، 21، 22 أفريل 2009، ص ص 1 – 12.
7. **أمحمدي بوزينة آمنة،** "الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 01/09"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، 2016، ص 131 - 144.
8. **الأمين شريط،** "نزع وزرع الأعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، عدد خاص، ديسمبر 2003، ص ص 132 – 159.
9. **الأيوبي أحمد،** "دراسة نقدية لأحكام القانون اللبناني حول زراعة الأعضاء والأنسجة البشرية في ضوء القوانين العربية والأوروبية"، مجلة المحامون، العدد 1، نقابة المحامين، طرابلس، 2008، ص ص 1 – 15.
10. **بعتاش ليلى،** "الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد الأول، العدد 2، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص ص 234 – 266.
11. **بغدادي ليندة،** "أثر التطور التكنولوجي على طبيعة الأعمال الطبية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري"، مجلة معارف، العدد 7، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2009، ص ص 99 - 106.

12. **بلحاج العربي،** "المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، الجزائر، 2014، ص ص 97 – 116.

13. **بلعرابي عبد الكريم، سعداوي محمد،** "الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 91 - 113.

14. **بلعيدي فريد،** "مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 399 - 429.

15. **بن صغير مراد،** "المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2005، ص ص 41، 57.

16. _____، "مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، دراسة مقارنة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 169 - 207.

17. _____، "معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء البشرية، دراسة تأصيلية نقدية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد الأول، العدد 2، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص ص 165 - 209.

18. **بويزري سعيد،** "نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 396 - 425.

19. **تدريست كريمة،** "تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2008، ص ص365 - 398.

20. **تشوار حميدو زكية،** "حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري"، م ج ع ق إ س، العدد 1، جامعة الجزائر، 2003، ص ص 23 - 53.

21. _____، "شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 4، كلية الحقوق بجامعة تلمسان، 2006، ص ص 90 - 96.

22. **تفادي حفيظ،** "أصول السر الطبي"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2007، ص ص 79 - 86.

23. **جاسم علي سالم الشامسي،** "مسؤولية الطبيب بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998، ص ص 697، 716.

24. _____، "نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1 و2، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1995، ص ص 250 - 275.

25. **جبيري نجمة،** "انتهاج سياسة عقابية خاصة لمواجهة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016، ص ص322 – 340.

26. **حسام الدين كامل الأهواني،** "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية"، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية، المجلد 17، العدد 1، 1975، ص ص 1 - 240.

27. _____، "نحو نظام قانوني لجسم الإنسان"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية، 1998، ص ص 139، 192.

28. **حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، عدنان هاشم جواد،** "مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية"، مجلة رسالة القانون، العدد 1، 2010، ص ص 80 - 121.

29. **حمدي عبد الرحمن**، "معصومية الجسد"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1 و2، جامعة عين شمس، 1980، ص ص 58 - 165.
30. _____، "الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزراعة الأعضاء"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية، 1998، ص ص 412 - 452.
31. **حيدرة محمد**، "تشريح الجثث والانتفاع بأعضاء الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الطبي"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 6، 2011، ص ص57 – 64.
32. **خلفي عبد الرحمن**، "الحماية الجنائية للأعضاء البشرية (في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء)"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 430 - 456.
33. **دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق**، "التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 126، 147.
34. **دكداك صلاح الدين**، "قراءة مواطنة للقانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها"، مجلة الفقه والقانون، العدد 39، يناير 2016، ص ص 6 - 12.
35. **رايس محمد**، "مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2008، ص ص 7 – 54.
36. **رياض الخاني**، "المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري"، المجلة الجنائية القومية، مجلد 14، العدد 1، 1971، ص ص 5 - 29.
37. **سي يوسف زاهية حورية**، "الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2008، ص ص 55 - 81.

38. **سيف إبراهيم المصاورة**، "التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، دراسة مقارنة"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 2، 2015، ص ص 503 - 524.

39. **الظفيري فايز**، "نقل وزراعة الأعضاء من منظور جنائي، محاولة لدراسة نقدية للقانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية"، مجلة الحقوق، العدد 2، السنة 25، جامعة الكويت، 2001، ص ص 101 – 172.

40. **عبد الحميد إسماعيل الأنصاري**، "الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية في التشريعات العربية"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية، 1998، ص ص 419 - 425.

41. **عراب تاني نجية**، "مدى مساءلة الأطباء جنائيا عن قتل الرحمة"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2005، ص ص 147 - 158.

42. **فرقاق معمر**، "جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، 2013، ص ص 129 - 137.

43. **فواز صالح**، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 22، جامعة الكويت، 2007، ص ص 151 – 237.

44. _____، "مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاق الحيوية (دراسة قانونية مقارنة)"، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 1، 2011، ص ص 247 - 276.

45. **قاسم العيد عبد القادر**، "التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته، وموقف المشرع الجزائري منه"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2007، ص ص 205 – 212.

46. **قشي علال**، "المسؤولية الجنائية عن استخدام أساليب علمية حديثة وعند المساس العمدي بالتكامل الجسدي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2008، ص ص 348 - 364.

47. **لدرع كمال**، "الأعضاء الصالحة للنقل والزرع وموقف الفقه الإسلامي منها"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص ص 257 – 288.

48. **مأمون عبد الكريم**، "إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسة، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 267 - 323.

49. _____، "رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 2، جامعة تلمسان، 2008، ص ص 21 - 77.

50. **مجدوب نوال**، "إشكالات إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 15، 2017، ص ص 11 – 36.

51. **محسن عبد الحميد البيه**، "مشكلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 18، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1995، ص ص 203 - 217.

52. _____، "التزامات الأطباء المتصلة بواجباتهم الإنسانية والأخلاقية والأعمال الفنية"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، الجزء الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998، ص ص 647، 698.

53. **محمد علي البار**، "الخلايا الجذعية والقضايا الفقهية والأخلاقية"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الثالث، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص ص 911 – 972.

54. **محمد عيساوي**، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين ضوابط الشريعة وحدود القانون"، مجلة معارف، العدد 5، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص ص 199 - 215.

55. **محمد نعيم ياسين**، "بيع الأعضاء الآدمية"، مجلة الحقوق، العدد 1، السنة 11، جامعة الكويت، 1987، ص ص 245 – 265.

56. **محمود نجيب حسني**، "الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 2، مطبعة جامعة القاهرة، 1959، ص ص 530 - 623.

57. **مروك نصر الدين**، "الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية"، المجلة القضائية، العدد 1، 1998، ص ص 37 - 64.

58. _____، "الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة – دراسة مقارنة -"، م ج ع ق إ س، العدد 4، جامعة الجزائر، 1999، ص ص 9 - 63.

59. _____، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، المجلة القضائية، العدد 2، الجزائر، 2001، ص ص 29 - 59.

60. **معاشو نبالي فطة**، "إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص ص 19 - 38.

61. _____، "الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2014، ص ص 27 - 59.

62. **منجد منال**، "المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالأشخاص في القانون السوري (دراسة تحليلية)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد 2، 2012، ص ص 39 – 77.

63. **مواسي العلجة**، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2008، ص ص 324 - 356.

64. **نادية قزمار**، "المنظور القانوني والشرعي لعقد إجارة الأرحام"، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات القانونية، المجلد 15، العدد 1، جامعة الزرقاء، الأردن، 2015، ص ص 38 - 54.

65. **نزيه محمد الصادق المهدي**، "مسؤولية الطبيب عن عملية التلقيح الصناعي"، عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، جامعة الإمارات العربية، 1998، ص ص 799 - 842.

66. **هند الخولي**، "تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 2، 2011، ص ص 275 - 296.

د – النصوص القانونية:

- الدستور:

- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، صادر بتاريخ 07 مارس 2016.

- الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر:

1. اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها الصادرة في 9 ديسمبر 1948، انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 63-1963 المؤرخ في 11 ديسمبر 1963، جريدة رسمية عدد 66، صادر في 14 ديسمبر 1963.
2. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، جريدة رسمية عدد 20، صادر في 17 ماي 1989 والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، جريدة رسمية عدد 11، صادر في 26 فيفري 1997.
2. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، جريدة رسمية عدد 20، صادر في 17 ماي 1989 والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، جريدة رسمية عدد 11، صادر في 26 فيفري 1997.
3. اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو المهينة المبرمة في 10 ديسمبر 1948، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، جريدة رسمية عدد 20، صادر في 17 ماي

1989 والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، جريدة رسمية عدد 11، صادر في 26 فيفري 1997.

4. برتوكول منع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، والذي عرض للتوقيع والتصديق بموجب لائحة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 في دورتها 55 بتاريخ 15 نوفمبر 2000، والجزائر صادقت على هذا البرتوكول بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، والمنشور في جريدة رسمية عدد 69، صادر في 12 نوفمبر 2003.

- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، لسنة 1966، معدل ومتمم.
2. أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فيفري 1970، يتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 21، صادر بتاريخ 27 فيفري 1970، معدل ومتمم.
3. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، السنة 12، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
4. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، السنة 21، صادر في 12 جوان 1984، معدل ومتمم.
5. قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فيفري 1985، يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 8، صادر في 17 فبراير 1985، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 ماي 1990، جريدة رسمية عدد 35، صادر في 15 غشت 1990.
6. قانون رقم 05-04 مؤرخ في 06 فيفري 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، جريدة رسمية عدد 12، صادر في 13 فيفري 2005.

7. قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جويلية 1966، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.

- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 جويلية 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52، صادر بتاريخ 08 جويلية 1992.
2. مرسوم تنفيذي رقم 03-478 مؤرخ في 09 ديسمبر 2003، يحدد كيفيات تسيير نفايات النشاطات العلاجية، جريدة رسمية عدد 78، صادر بتاريخ 14 ديسمبر 2003.
3. مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05 أفريل 2012 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 22، صادر بتاريخ 15 أفريل 2012.

- القرارات الوزارية:

1. قرار وزاري رقم 39-89 صادر بتاريخ 26 مارس 1989 وقرار وزاري رقم 34 صادر بتاريخ 19 نوفمبر 2002، المتعلقين بمعايير إثبات الوفاة لغرض اقتطاع الأعضاء من الجثث.
2. قرار وزاري رقم 97 صادر عن وزير الصحة بتاريخ 04 سبتمبر 1995 المتضمن إنشاء المراكز الطبية المساعدة على الإنجاب.
3. قرار وزاري رقم 387 بتاريخ 31 جويلية 2006، يتعلق بالتجارب السريرية.
4. قرار وزاري رقم 388 بتاريخ 31 جويلية 2006، يحدد شروط إجراء التجارب السريرية.
5. قرار وزاري رقم 200 بتاريخ 25 جويلية 2009، يعدل القرار رقم 112 الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1995، الذي يحدد القواعد الحسنة للممارسات السريرية.
6. قرار وزاري رقم 29 مؤرخ في 14 جوان 2012 والذي يحدد قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بالقيام بانتزاع و/أو نزع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية.
7. قرار رقم 86 مؤرخ في 16 أكتوبر 2012 يحدد مقرر الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء في الجزائر العاصمة العيادة المتعددة الخدمات ڤاريدي 2 التابعة للمؤسسة العمومية الصحية الجوارية، القبة، العناصر.

هـ - الاجتهادات القضائية:

1. قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، بتاريخ 30 ماي 1995، ملف رقم 118720، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1996.
2. قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الرابع، ملف رقم 1228892، بتاريخ 26 ديسمبر 1995، المجلة القضائية، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 1996.
3. قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الرابع، ملف رقم 254258 بتاريخ 25 ديسمبر 2001، المجلة القضائية، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2002.
4. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 259072، بتاريخ 2 جويلية 2003 (غير منشور).
5. المحكمة العليا الغرفة الجنائية ملف رقم 297062، بتاريخ 24 جويلية 2003، المجلة القضائية، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2003.
6. قرار المحكمة العليا، ملف 565312، بتاريخ 08 أكتوبر 2003 (غير منشور).
7. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، القسم الثاني، ملف رقم 314463 بتاريخ 3 مارس 2004، المجلة القضائية، عدد 1، عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، 2004.
8. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، ملف رقم 399828، بتاريخ 23 جانفي 2008، المجلة القضائية، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2008.

و – قوانين أجنبية:

1. قانون تونسي رقم 22 لسنة 1991 مؤرخ في 25 مارس 1991، يتعلق بأخذ الأعضاء وزرعها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 22، السنة 134، صادر في 29 مارس 1991.
2. ظهير شريف رقم 208-99-1، مؤرخ في 1999/08/25، بتنفيذ قانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4726، الصادرة في 16 سبتمبر 1999.
3. قانون تونسي رقم 93 لسنة 2001 مؤرخ في 7 أوت 2001، يتعلق بالطب الإنجابي الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، السنة 144، صادر في 7 أوت 2001.
4. قانون مصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، مؤرخ في 05 مارس 2010، الجريدة الرسمية عدد 9 مكرر، صادر في 16 مارس 2010.

ثانيا – باللغة الفرنسية:

A – Ouvrages :

1. **ABDULDAYEM Ahmad**, Les organes du corps humain dans le commerce juridique, publications juridiques AL-HALABI, Beyrouth, 1999.
2. **ANDORO Roberto**, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, L.G.D.J, Paris, 1996.
3. **ARNOUX Irma**, Les droits de l'être humain sur son corps, Presses universitaires de Bordeaux, France, 1994.
4. **BAUDOUIN Jean-Louis**, **LABRUSSE-RIOU Catherine**, Produire l'homme de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréation artificielles, PUF, Paris, 1987.
5. **BEN AMMAR Mohammed Salah**, Islam et transplantations d'organes, éd. Springer, Paris, 2009.
6. **BEVIERE Bénédicte**, La protection des personnes dans la recherche biomédicale, les études hospitalières, 2001.
7. **BINET Jean-René**, Le nouveau droit de la bioéthique, éditions LexisNexis, Paris, 2005.
8. **_____**, La réforme de la loi bioéthique, LexisNexis, Paris, 2012.
9. **BIOY Xavier**, Droits fondamentaux et libertés publiques, 3ème édition, L.G.D.J, Paris, 2014.
10. **CARBONIER Jean**, Droit civil, Volume I, PUF, Paris, 2004.
11. **CHEMTOB-CONCE Marie-Caterine**, La recherche biomédicale, 2ème édition, les études hospitalière, 2006.
12. **CORNU Gérard**, Droit civil, la famille, Montchrestien, Paris, 1984.
13. **_____**, Droit civil, les personnes, 13ème édition, Montchrestien, Paris, 2007.
14. **DHONTE-ISNARD Emmanuelle**, L'embryon humain in vitro et le droit, l'Harmattan, Paris, 2004.
15. **DIRKENS R**, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, collection de médecin légale et de toxicologie médicale, éd. Masson, Paris, 1966.
16. **DOLL Paul-Julien**, La discipline des Greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant, le corps humain, éd. Masson, Paris, 1970.
17. **DOUCET Jean-Paul**, La protection pénale de la personne humain, Volume 1, 2ème édition, Gazette du Palais, 1994.
18. **DUVAL-ARNOULD Domittille**, Le corps de l'enfant : Sous le regard du droit, Bibliotéque de droit privé, 1999.

19. **ELSHOUD Stéphane**, L'essentiel du droit de la santé et droit médical, éditions Ellipses, Paris, 2010.
20. **GOBERT M.**, Médecine, bioéthique et droit, questions choisies, économica, 1999.
21. **HENNTTE-VAUCHEZ Stéphanie**, Disposer de soi ?: Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps, l'Harmattan, Paris, 2004.
22. **_____**, Le droit de la bioéthique, Editions La Découverte, Paris, 2009.
23. **HEYMANN-DOAT Arlette, CHAVES Gwénaële**, Libertés publiques et droits de l'homme, 8ème édition, L.G.D.J, Paris, 2005.
24. **JOSSERAND (L)**, La personne humain dans le commerce juridique, chronique, Dalloz, 1932.
25. **LA MERNE Paula**, Ethique de la fin de vie, édition Ellipses, Paris, 1999.
26. **LE GROS Bérengére**, L'euthanasie et le droit, 2ème éditions, les études hospitalières, Bordeaux, 2006.
27. **_____**, Droit de la bioéthique, éditions les études hospitalière, Bordeaux, 2013.
28. **LETTERON (R)**, Le droit de la procréation, PUF, 1er éd, Paris, 1997.
29. **MATHIEU Bertrand**, La bioéthique, Dalloz, Paris, 2009.
30. **MOINE Isabelle**, Les choses hors commerce : Une approche de la personne humain juridique, LGDJ, Paris, 1997.
29. **NEFUSSY-LEROY Nathalie**, Organes humain, prélèvements, dons, transplantations, édition, ESKA, 1999.
30. **PONCHON François**, Les prélèvements d'organes et de tissus humain, Berger – Levrault, 1997.
31. **ROBERT Jacques, DUFFAR Jean**, Droits de l'homme et libertés fondamentales, 7e édition, Montchrestien, 1999.
32. **TERRE François**, **FENOUILLET Dominique**, Droit civil, 8ème édition, Dalloz, Paris, 2010.
33. **TISSIE Delphine**, La protection du corps humain, L'Harmattan, Paris, 2013.
34. **WACHSMANN Patrick**, Libertés publiques, 5ème édition, Dalloz, Paris, 2005.

B – Thèses:

1. **BAKRY Youssef BAKRY Mohamed**, La procréation artificielle : Limites morales et juridique et responsabilité médicale, thèse de doctorat, Faculté de droit, université Paris XII Val-De-Marne, 2004.

2. **CHARAF ELDINE Ahmed**, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, thèse pour le doctorat D'Etat, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris II, 1975.
3. **CHROQUI Loubna**, La transplantation d'organes humains à la lumière de la chariâa islamique et de la réglementation juridique au Maroc, thèse pour le doctorat en droit, Faculté internationale de droit comparé des Etats francophones, 2006.
4. **MONGE Luz**, La liberté de procréer pouvoir de la femme, Thèse pour obtenir le grade de doctorat en droit, Faculté de droit, université Panthéon-Assass (Paris II), 2000.
5. **MOUSNY Marie-Pierre**, Le statut juridique du corps humain, thèse pour obtenir le grade de doctorat en droit, Faculté de droit et des sciences économiques et de gestion, Université de Nice Sophia-Anti Polis, 1998.
6. **OIKAOUI Younes**, Don, prélèvement et transplantation d'organes en droit marocain : étude prospective a partir du modèle français, thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'Université de Toulouse, 2010.
7. **RAYROUX Pascale**, Consentement, Liberté de disposer de son corps et licéité des conventions relatives au corps humain, thèse, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1993.

C – Articles :

1. **AL-KANDARI Fayez**, "Les prélèvements d'éléments du corps en droit français et koweïtien", revue de la recherche juridique, N° 1, 2004, pp 439 - 455.
2. **BENCHAABANE Hanifa**, Prélèvement et transplantation d'organes chez l'enfant : D'un point de vue juridique, en droit algérien et en droit français, R.A.S.J.E.P, N° 3, 1999, pp 69 - 77.
3. **BLANC Nathalie**, "La procréation post mortem ouverte aux veuves ?", in MARAIS Astrid (sous la direction), la procréation pour tous ?, de, Dalloz, 2015, pp 43 - 53.
4. **CABROL Christian**, "Le don d'organes : laissons parler le cœur", in MUZNY Peter (sous la direction de), la liberté de la personne sur don corps, éditions Dalloz, 2010, pp 31 – 36.
5. **CANUT Élodie**, "Les éléments et produits du corps humain en droit Italien", in Guylène Nicolas (sous la direction de), Les éléments et produits du corps humain, les études hospitaliers, 2011, pp 187 – 219.

6. **CARBILLAK Rémy**, "Le corps humain", in CARBILLAC Rémy (sous la direction de), libertés et droits fondamentaux, 21ème édition, Dalloz, 2015, pp 205 - 220.
7. **DANTAS Eduardo, Raposo Vera Lúcia**, Aspects juridique de la procréation post mortem en perspective comparative Brésil-Portugal, RGDM, N° 40, 2011, pp 35 - 51.
8. **FUKEL François**, "Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d'Allemagne", Revue internationale de droit comparé, Vol 49, N° 4, Octobre - Décembre 1997, pp 931 - 959.
9. **G'ESELL Florence**, La grande variété des approches relative a la maternité pour autrui en Europe et aux Etats-Unis, in MARAIS Astrid (sous la direction de), La procréation pour tous, Dalloz, 2015, pp 195 - 215.
10. **GENICOT Gilles**, "La maitrise du début de la vie : La loi du 6 Juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée", Journal des tribunaux, N° 6336, 128ème année-2, 2009, pp 17, 27.
11. **GLOULOU Fatma**, **LOUHICHI Ramzi et autres**, "Prélèvements et transplantations d'organes en Tunisie, situation actuelle et perspectives d'avenir", in DUGUET Anne-Marie, (sous la coordination), accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, 2009, pp 291 - 302.
12. **GROTE Rainer**, "Aspects juridiques de la bioéthique dans la législation Allemande", Revue internationale de droit comparé, Vol 51, N° 1, Janvier – Mars 1999, pp 85, 106.
13. **GUINAND (J)**, "Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit Suisse", rapport présenté aux travaux de l'association Henri Capitant, sur le corps humain et le droit, Journée Belges, Tome XXVI, Dalloz, 1975, p 166.
14. **HAMMJE Petra**, "Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui, Aspects en droit international privé", in MARAIS Astrid (sous la direction de), la procréation pour tous ?, Dalloz, 2015, pp 175 - 193.
15. **HAOULIA Naima**, "Le droit anglo-saxon de la propriété appliqué au statut du corps humain, de ses éléments et de ses produits", les cahiers de droit de la santé du sud-est, N° 12, 2011, pp 141 – 157.

16. **JOUSSET Nathalie, JACOB Jean Paul et autres**, "Prélèvement à cœur arrête en France : législation et application", in DUGUET Anne-Marie, (sous la coordination), accès aux transplantations d'organes et tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les étude hospitalière, 2009, pp 20 - 36.
17. **MANUEL Catherine**, "Les solutions retenus dans les différents Etats européens, RGDM, Numéro spécial, 2000, pp 149 - 159.
18. **MECARY Caroline**, "Légaliser la gestation pour autrui au nom de la dignité ?", in MARAIS Astrid (sous la direction de), La procréation pour tous, Dalloz, 2015, pp 101 - 120.
19. **MIRKOVIC Aude**, "Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine: La procréation post mortem en question", Revue LAMY droit civil, N° 76, 2010, pp 95 - 97.
20. **MRAD Amel Aouij**, "Le régime juridique du sang en Tunisie", les cahiers de droit de la santé du Sud-est, N° 12, 2011, p p 241 - 250.
21. **OIKAOUI Younes**, "La transplantation d'organes en droit marocain : Quelles perspective", RGDM, N° 36, 2010.
22. **PAUVERT Bertrand**, "Le droit des éléments et produits du corps-ou les enjeux d'une réification silencieuse", les cahiers de droit de la santé de sud-est, N° 12, 2011, pp 11 - 48.
23. **RAGE ANDRIEU Virginie**, "La marchandisation des produits du corps humain: L'exigence éthique de renforcement des principes fondamentaux par un régime spécial", les cahiers de droit de la santé du sud-est, N° 12, 2011, pp 49 - 64.
24. **RIAI-SEBBAG Emmanuelle, THOMAS Agnés**, "La mort, le droit et le don d'organes pour la greffe", in DUGUET Anne-Marie, (sous la coordination), accès aux transplantations d'organes et de tissus en Europe et droits aux soins en Europe, les études hospitalières, 2009, pp 17 - 36.
25. **ROUSSEL Gildas**, Sanctionner le tourisme procréatif ?, MARAIS Astrid (sous la direction de), in la procréation pour tous, Dalloz, 2015, pp 163 - 173.
26. **SEFTON-GREEN Ruth**, "La procréation médicalement assistée entre droit national et droit communautaire", RGDM, Numéro spécial, 2000, 101 - 107.

D – Les lois du droit français :

1. Code de la santé publique français. (http://www.legifrance.gouv.fr).
2. Code pénal français. (http://www.legifrance.gouv.fr).

3. Loi N° 52-854 du 21 Juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés JORF du 22 Juillet 1952, p 7357.
4. Loi N° 94-653 du 29 Juillet 1994, relative au respect du corps humain, JORF du 30 Juillet 1994, p 11060.
5. Loi N° 94-654 du 29 Juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatale, JORF du 30 Juillet 1994, p 11060.
6. Loi française N° 2013-715 du 06 Août 2013 modifiant la loi 2011-814 du 7 Juillet 2011 relative à la bioéthique et autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et cellules souches embryonnaire, JORF N° 182 du 7 Août 2013, p 13449.
7. Décret N° 96-1041 du 02 Décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissue et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique, JORF N° 282, du 4 Décembre 1996.
8. Décret N° 2005-949 du 2 Août 2005, relatif au conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules modifiant le livre II de la première parté du code de la santé publique, JORF N° 182 du 6 Août 2005.
9. Arrêté du 2 Août 2005, Fixant la liste des organes lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque et respiratoire persistant est autorisé, JORF, N° 182 du 6 Août 2005.
10. Arrêté du 2 Août 2005, Fixant la liste des tissus et des cellules pour lesquels le prélèvement sur une personne décédée présenter un arrêt cardiaque et respiratoire persistant et autorisé, JORF N° 182, du 6 Août 2005.

E – Les documents :

1. conseil constitutionnel français, Décision N° 2013-674 du 1er Août 2013, http://www.conseilconstitutionnel.fr.
2. Agence de la biomédecine : Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, 2016. www.agence-biomedcine.fr
3. Tous les avis du CCNE sont disponibles sur son site internet : http://www.ccne-ethique.fr.

فهرس

مقدمة..... 1

الباب الأول

اقتطاع الأعضاء البشرية تحقيقا لمصلحة علاجية للغير 10

الفصل الأول

مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية 13

المبحث الأوّل: أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 14

المطلب الأوّل: الأساس الفقهي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 15

الفرع الأول: نظرية السبب المشروع..... 15

أولا: مضمون نظرية السبب المشروع..... 15

ثانيا: تقدير نظرية السبب المشروع..... 19

الفرع الثاني: نظرية الضرورة كأساس لإباحة نقل الأعضاء البشرية..... 21

أولا: مضمون نظرية الضرورة..... 21

ثانيا: تقدير نظرية الضرورة..... 26

الفرع الثالث: نظرية المصلحة الاجتماعية..... 29

أولا: مضمون نظرية المصلحة الاجتماعية..... 29

ثانيا: تقدير نظرية المصلحة الاجتماعية..... 33

المطلب الثاني: الأساس التشريعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 36

الفرع الأول: التنظيم التشريعي لعمليات نقل الأعضاء في الدول الغربية..... 37

أولا: نقل الأعضاء البشرية في التشريع الفرنسي..... 37

ثانيا: نقل الأعضاء البشرية في القانون الإنجليزي..... 41

ثالثا: نقل الأعضاء البشرية في التشريع الأمريكي..... 44
الفرع الثاني: نقل الأعضاء البشرية في التشريعات العربية..... 47
أولا: نقل الأعضاء البشرية في التشريع المصري..... 48
ثانيا: نقل الأعضاء البشرية في التشريع التونسي..... 51
ثالثا: نقل الأعضاء البشرية في التشريع المغربي..... 55
رابعا: نقل الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري..... 59
المبحث الثاني: الشروط العامة لمشروعية عمليات نقل الأعضاء البشرية..... 62
المطلب الأوّل: عدم مخالفة عمليات نقل الأعضاء للنظام العام..... 62
الفرع الأوّل: مشروعية محل التبرع في عمليات نقل الأعضاء..... 62
أولا: مفهوم الأعضاء البشرية..... 63
ثانيا: تحديد الأعضاء البشرية الجائز استئصالها..... 68
ثالثا: تحديد الأعضاء البشرية التي لا يجوز استئصالها..... 69
الفرع الثاني: مشروعية غرض استئصال الأعضاء البشرية..... 73
أولا: الغرض العلاجي لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 73
ثانيا: الأغراض العلمية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 78
المطلب الثاني: الشروط الطبية والإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية..... 84
الفرع الأوّل: الشروط الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية..... 85
أولا: الحالة الصحية للمتبرع والمريض..... 85
ثانيا: توافق أنسجة المتبرع والمريض..... 89
ثالثا: المتابعة الطبية اللاحقة..... 92
الفرع الثاني: الشروط الإدارية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 94
أولا: الترخيص القانوني الخاص بالمؤسسات الصحية..... 94
ثانيا: الترخيص القانوني الخاص بالطبيب الجراح..... 100

الفصل الثاني

شروط ممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية 105

المبحث الأوّل: الشروط الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء..... 106

المطلب الأوّل: الشروط الواجب توافرها في المتبرع والمريض..... 106

الفرع الأول: ضرورة الحصول على رضا المتبرع والمريض..... 107

أولا: ضرورة الحصول على رضا المتبرع..... 107

ثانيا: ضرورة الحصول على رضا المريض..... 113

الفرع الثاني: أهلية المتبرع والمريض..... 118

أولا: أهلية المتبرع..... 118

ثانيا: أهلية المريض..... 124

المطلب الثاني: انتفاء المقابل المالي بشأن التعامل في الأعضاء البشرية.... 128

الفرع الأوّل: الخلاف الفقهي حول مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية... 128

أولا: الاتجاه الفقهي المؤيد لبيع الأعضاء البشرية..... 129

ثانيا: الاتجاه الفقهي المعارض لبيع الأعضاء البشرية..... 133

الفرع الثاني: حظر التعامل المالي مع الأعضاء البشرية في التشريعات الداخلية. 137

أولا: حظر التعامل المالي مع الأعضاء البشرية في التشريعات المقارنة..... 138

ثانيا: حظر التعامل المالي مع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري..... 143

المبحث الثاني: الشروط الخاصة بنقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء..... 150

المطلب الأوّل: تحقق حدوث الوفاة قبل استئصال الأعضاء من الجثث..... 150

الفرع الأول: تحديد لحظة الوفاة..... 150

أولا: معيار تحديد لحظة الوفاة..... 151

ثانيا: الموت بين اعتباره مسألة طبية أو قانونية..... 155

الفرع الثاني: نقل الأعضاء من جثث الموتى في مرحلة الإنعاش الصناعي... 163

أولا: حكم الشخص تحت الإنعاش الصناعي..... 164

ثانيا: القيود القانونية للتصرف بالأعضاء البشرية في مرحلة الإنعاش الصناعي 166
ثالثا: المسؤولية الجنائية إزاء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي..... 169
المطلب الثاني: إثبات الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثة..... 175
الفرع الأول: التصرف في الجثة بناء على إرادة المتوفى..... 175
أولا: صور وأشكال التعبير عن إرادة المتوفى..... 175
ثانيا: الموافقة الضمنية بشأن الاقتطاع من الجثة..... 180
الفرع الثاني: انتقال حق التصرف في الجثة إلى الغير..... 187
أولا: انتقال حق التصرف في الجثة إلى الأقارب..... 187
ثانيا: الاقتطاع من الجثث دون موافقة أحد..... 193
خلاصة الباب الأول..... 196

الباب الثاني

تقنية التلقيح الاصطناعي وسيلة لعلاج العقم 199

الفصل الأول

التلقيح الاصطناعي الداخلي 201

المبحث الأوّل: مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي..... 202
المطلب الأوّل: مشروعية التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين..... 202
الفرع الأول: موقف الفقه من التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين..... 203
أولا: التلقيح الاصطناعي بين الزوجين حال الحياة..... 203
ثانيا: التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج..... 209
ثالثا: التلقيح الاصطناعي في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية. 216
الفرع الثاني: موقف التشريعات من التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين. 219
أولا: نظرة في التشريع المقارن حول التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين.. 219

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين. 224
المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير..... 228
الفرع الأول: موقف الفقه من التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير..... 228
أولا: مدى جواز وسيلة التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير..... 228
ثانيا: مدى جواز الكشف عن شخصية المتبرع بالنطفة..... 235
الفرع الثاني: موقف التشريعات من التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير..... 238
أولا: نظرة في التشريع المقارن حول التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير..... 238
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير..... 244
المبحث الثاني: مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط التلقيح الاصطناعي الداخلي..... 248
المطلب الأوّل: تخلف رضا الزوجين..... 248
الفرع الأوّل: تخلف شرط الرضا في التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين 249
أولا: عدم موافقة الزوجة..... 249
ثانيا: حالة تخلف رضا الزوج..... 256
الفرع الثاني: تخلف شرط الرضا في التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير..... 262
أولا: عدم موافقة الزوجة على إجراء التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير..... 262
ثانيا: عدم موافقة الزوج على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير. 264
المطلب الثاني: عدم إتباع الأصول العلمية..... 266
الفرع الأوّل: ماهية الخطأ الطبي ومعياره..... 267
أولا: تعريف الخطأ الطبي..... 267
ثانيا: معيار الخطأ الطبي..... 269
الفرع الثاني: الخطأ الطبي فقها وقضاءً..... 273
أولا: التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني والأخذ بنظرية الخطأ الفني الجسيم.. 273
ثانيا: العدول عن التفرقة بيت الخطأ المادي والفني ونظرية الخطأ الفني الجسيم. 278
الفرع الثالث: الخطأ الموجب لمسؤولية الطبيب في مجال التلقيح الاصطناعي.. 281

أولا: الخطأ في مرحلة الفحص..... 282
ثانيا: الخطأ في التشخيص..... 283
ثالثا: الخطأ في تنفيذ عملية التلقيح الاصطناعي..... 286

الفصل الثاني

التلقيح الاصطناعي الخارجي 288

المبحث الأوّل: التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين..... 289
المطلب الأوّل: مدى مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين.... 289
الفرع الأول: دواعي اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الخارجي وخطواته..... 289
أولا: دواعي اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 290
ثانيا: خطوات إجراء تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين..... 291
الفرع الثاني: موقف الفقه من تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 293
أولا: الاتجاه الفقهي الرافض لتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 293
ثانيا: الاتجاه الفقهي المؤيد لتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 294
الفرع الثالث: موقف التشريعات من تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 296
أولا: نظرة في التشريع المقارن حول تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 296
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 299
المطلب الثاني: الوضع القانوني للبويضات الملقحة..... 301
الفرع الأوّل: الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة..... 301
أولا: موقف الفقه من الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة..... 301
ثانيا: الوضع القانوني للبويضات الملقحة في التشريعات الوضعية..... 304
الفرع الثاني: مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة..... 308
أولا: تجميد البويضات الملقحة..... 308
ثانيا: إجراء الأبحاث أو التجارب الطبية على الأجنة البشرية..... 311
ثالثا: إتلاف البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة..... 314

المطلب الثالث: مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 315
الفرع الأول: مسؤولية الطبيب عن عدم تبصير الزوجين في مجال التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 316
أولا: مفهوم التزام الطبيب بالتبصير وأساسه القانوني..... 316
ثانيا: مضمون الالتزام بالتبصير في التلقيح الاصطناعي الخارجي وجزاء مخالفته 321
الفرع الثاني: التزام الطبيب بالمحافظة على السر الطبي..... 323
أولا: نطاق الالتزام بالسر الطبي..... 323
ثانيا: الأساس القانوني للالتزام بالسر الطبي..... 326
ثالثا: إفشاء السر الطبي في عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي..... 328
الفرع الثالث: المسؤولية عن مخالفة الالتزام ببذل العناية الواجبة أو الإهمال... 330
أولا: خلط البويضات ومسؤولية الطبيب..... 330
ثانيا: عدم إجراء الاختبارات اللازمة على البويضة الملقحة ومسؤولية الطبيب 331
المبحث الثاني: الحمل لحساب الغير كوسيلة من وسائل التلقيح الاصطناعي الخارجي 335
المطلب الأوّل: مفهوم الحمل لحساب الغير..... 335
الفرع الأول: تعريف الحمل لحساب الغير وصوره..... 335
أولا: تعريف الحمل لحساب الغير..... 336
ثانيا: صور الحمل لحساب الغير..... 341
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الحمل لحساب الغير..... 346
أولا: عقد الحمل لحساب الغير وعقد البيع..... 347
ثانيا: عقد الحمل لحساب الغير وعقد الإيجار..... 348
ثالثا: عقد الحمل لحساب الغير وعقد المقاولة..... 351
المطلب الثاني: مدى مشروعية الحمل لحساب الغير..... 355
الفرع الأول: موقف الفقه من عمليات الحمل لحساب الغير..... 356
أولا: الاتجاه المؤيد لعمليات الحمل لحساب الغير..... 356

ثانيا: الاتجاه المعارض لعمليات الحمل لحساب الغير..... 360
الفرع الثاني: موقف التشريعات من وسيلة الحمل لحساب الغير..... 365
أولا: التشريعات التي أباحت وسيلة الحمل لحساب الغير..... 365
ثانيا: التشريعات التي نصت على بطلان عقد الحمل لحساب الغير..... 372
ثالثا: إجماع التشريعات المقارنة على أن الأمومة ترتبط بالحمل والوضع.... 378
خلاصة الباب الثاني..... 381
خاتمة..... 384
قائمة المراجع..... 391
فهرس..... 419

ملخص:

إنّ تطور مفهوم مبدأ حرمة جسم الإنسان يعد تقدما بالغ الأهمية في مجال علم القانون، بحيث أظهرت التشريعات الوضعية الكثير من المرونة في مواجهة الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، شريطة أن تتم بناء على إرادة الشخص وتهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية تعود على الشخص نفسه أو للغير وتكون بدون مقابل مالي.

تبعا لذلك، تم إخضاع جسم الإنسان لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وكذا إجازة تقنية التلقيح الاصطناعي كوسيلة لعلاج العقم، علما أن هذه العمليات أصبحت من أولويات العديد من الدول.

Résumé :

L'évolution conceptuelle du principe d'inviolabilité du corps humain est l'une des avancées les plus importantes dans le domaine de la science du droit, du fait que le droit positif a montré beaucoup de flexibilité pour faire face aux pratiques médicales modernes exercées sur le corps humain ; à condition qu'elles soient basées sur la volonté de la personne et visent à atteindre un intérêt thérapeutique au profit de celle-ci ou à autrui, et ce, sans compensation financière.

Pour cela, le corps humain a été soumis à des opérations de prélèvement et de transplantation d'organes ainsi qu'à des techniques d'insémination artificielle comme moyen de traitement de l'infertilité, lesquelles sont devenues une priorité pour de nombreux pays.