جامعة مولود معمري. تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني
حول

التدخلات الطّبية الحديثة الواردة على جسم الانسان

يوم 24 ماي 2023

بالمسمع الجامعي "حسناوة"
تيزي وزو

رئيس الملتقى: د. زايدي حميد

جامعة مولود معمري .تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

بالتعاون

مع مخبر

العولمة والقانون الوطني

وبالتنسيق مع فرقة البحثPRFU

حول

"التدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان

وفقا لقانون الصحة لسنة 2018»

ينظمان ملتقى وطني حضوري –افتراضي حول

التدخلات الطّبية الحديثة الواردة على جسم الانسان

يوم 24 ماي 2023

المدير الشرفي للملتقى الوطني: أ.د بودة أحمد

الرئيس الشرفي للملتقى : أ.د اقلولي محمد

رئيس الملتقى الوطني: د. زايدي حميد

إشكالية الملتقى الوطني

يعتبر مبدأ حرمة جسم الإنسان وعدم جواز التصرف فيه من أهم المبادئ التي كرّستها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، والقوانين الداخلية، فهو حق مقدّس كرّسته غالبية الدساتير الوطنية، ويعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية، يضمن السلامة الجسدية، ويدخل في حفظ النفس التي تعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية.

فمن بين المبادئ الأساسية التي يهدف قانون الصحة الجديد رقم 18 -11، إلى تكريسها نجد: مبدأ احترام الكرامة الإنسانية والحرية والسلامة الجسدية وحماية الحياة الخاصة، وحماية صحة الأشخاص وترقيتها...

على الرغم من شيوع مبدأ حرمة جسم الإنسان وعدم جواز المساس به، وكثرة المنادين بإلزامية تكريسه، من فقهاء القانون والشريعة والعلوم الاجتماعية والعلوم الطبية...، إلا أن هذا المبدأ غير مطلق، نظرا لوجود استثناءات يتم فيها المساس بجسم الإنسان لضرورات طبية، شرعية وقانونية محددة، من بينها جواز المساس بجسم الإنسان للضرورة العلاجية.

فقد كشف التطور العلمي والتقني والتكنولوجي في مجال العلوم الطبية، عن وجود مجالات عديدة للتدخل على جسم الإنسان، من بينها الجراحة التجميلية، نزع وزرع الأعضاء البشرية، التلقيح الاصطناعي، الاستنساخ البشري، تأجير الأرحام، تغيير الجنس، التجارب الطبية.....ونظرا لخطورة هذه العمليات وتأثيرها على السلامة الجسدية، ثار جدل فقهي وقانوني وشرعي بخصوص مدى مشروعية المساس بحرمة الكيان الجسدي للإنسان، أو بالأحرى حدود هذه التصرفات الطبية من الناحية القانونية والطبية ومن الناحية الدينية. ذلك لأن حرمة جسم الإنسان، يعني عدم جواز تفضيل التقدّم العلمي على حساب الكرامة الإنسانية، ومعناه أيضا أنّ العلوم الطبية الحديثة يجب أن تسعى لخدمة الشخص وليس لخدمة العلم، ويجب على المشرع التوفيق بين متطلبات التقدم العلمي واحترام الكرامة الإنسانية.

رغبةً في تحقيق هذه الأهداف السالفة الذكر، تدخّل المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18 – 11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 (المعدل والمتمم) ليبين حدود ممارسة التدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، في الباب السابع منه تحت عنوان: "الأخلاقيات والأدبيات والبيو-أخلاقيات الطبية"، وهي تدابير تتعلق بعمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، والتبرع بالدم البشري ومشتقاته، والمساعدة الطبية على الإنجاب، والبحث في مجال طب الأحياء -الدراسات العيادية - الذي كان محل تعديل بموجب الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 غشت سنة 2020 .

نظرا لأهمية الموازنة بين قُدسية جسم الإنسان وصون الكرامة الإنسانية، وبين التدخل الطبي الحديث للضرورة العلاجية، ونظرا لكون تكريس الحماية القانونية هو صمام الأمان الرئيسي الضامن لهذه الموازنة، فإن موضوع الملتقى يدور حول الإجابة عن الإشكالية التالية: **ما مدى تكريس قانون الصحة الجزائري والقوانين المقارنة مبادئ البيو-أخلاقيات الطبية المتعلقة بالتدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان؟**

أهداف الملتقى الوطني

1 . الوقوف على مختلف النصوص القانونية، سواء على المستوى الوطني أو الدولي، أو القانون المقارن التي تهدف حماية جسم الإنسان في إطار التدخلات الطبية الحديثة.

2 . التعرف على الضوابط القانونية للتدخلات الطبية الحديثة.

3 التعرف على مدى مشروعية المساس بجسم الإنسان شرعا وقانونا وحدوده القانونية.

4. التعرف على التدخلات الطبية الحديثة التي لم يرد بشأنها تنظيم خاص في القانون الجزائري.

5 . تحديد المسؤولية القانونية للطبيب عن أخطائه الطبية.

6. إبراز الثغرات القانونية واقتراح بديلا لها مقارنة بالقوانين المقارنة.

محاور الملتقى الوطني

المحور الأول: مفهوم مبدأ حرمة جسم الإنسان ومدى تكريسه في التدخلات الطبية الحديثة.

أولا: في المواثيق الدولية.

ثانيا: في القوانين الوطنية.

ثالثا: في الشريعة الإسلامية.

المحور الثاني: الضوابط القانونية للتدخلات الطبية الحديثة وفقا للقانون الجزائري والقانون المقارن.

أولا: عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية

ثانيا: التبرع بالدم ومشتقاته.

ثالثا: المساعدة الطبية على الإنجاب.

رابعا: الدراسات العيادية.

المحور الثالث: الموقف الفقهي والقانوني للتدخلات الطبية الحديثة الأخرى المثيرة للجدل.

أولا: تأجير الأرحام.

ثانيا: تغيير الجنس.

ثالثا: الهندسة الوراثية.

رابعا: الجراحة التجميلية التحسينية.

شروط المشاركة:

1- أن يتسم البحث بالتأصيل والحداثة، وأن لا يكون مستلا من مؤلف، أو مقال أو رسالة أو أي بحث سابق.

2- أن لا يكون المقال المشارك به منشورا، أو تم الاشتراك به في ملتقى أو يوم دراسي سابق.

3- أن ينصب البحث في أحد محاور الملتقى.

4- تحرر المقالات بخط Sakkal Majalla حجم 16، وبخط Times New Roman حجم 12 باللغة الأجنبية، وتحرر الهوامش بطريقة آلية في نهاية كل صفحة، بحجم 12 بطريقة علمية ومنهجية.

5- ألا تتعدى المداخلة 20 صفحة.

6- تنشر المداخلات القيّمة في المسطرة الإجرائية للملتقى.

7- **لا تتحمل الجامعة مصاريف الإقامة والتنقل.**

مواعيد هامة:

.آخر أجل لاستقبال المداخلات: 15 ماي **2023**

.تاريخ الرد على المشاركات المقبولة: **21 ماي 2023**

- ترسل المداخلات إلى عنوان البريد الإلكتروني التالي: **hamid.zaidi@ummto.dz**

رئيسة اللجنة العلمية

د. مواسي العلجة .....جامعة تيزي وزو

أعضاء اللجنة العلمية:

أ.د إقلولي محمد .....جامعة تيزي وزو

أ.د كسال سامية.....جامعة تيزي وزو

أ.د أولد رابح صافية.....جامعة تيزي وزو

أ.د.كجار سي يوسف زاهية حورية.....جامعة تيزي وزو

أ.د أيت قاسي حورية.....جامعة تيزي وزو

د. زايدي حميد.....جامعة تيزي وزو

أ.د ارزيل الكاهنة.....جامعة تيزي وزو

أ.د معاشو نبالي فطة..... .....جامعة تيزي وزو

أ.د. سعد الدين أمحمد.....جامعة تيزي وزو

أ.د أمازوز لطيفة .....جامعة تيزي وزو

أ.د صبايحي ربيعة.....جامعة تيزي وزو

أ.د. شيخ ناجية.....جامعة تيزي وزو

أ.د. أيت وازو زينة.....جامعة تيزي وزو

أ.د. حسين نوارة.....جامعة تيزي وزو

أ.د. حمليل نوارة.....جامعة تيزي وزو

أ.د. حسين فريدة.....جامعة تيزي وزو

أ.د. تيرش بلعسلي ويزة.....جامعة تيزي وزو

د. زايدي حميد.....جامعة تيزي وزو

د. أيت ساحد كهينة.....جامعة تيزي وزو

د. سليماني صبرينة.....جامعة وهران 2

د.حدوش وردية.....جامعة تيزي وزو

د. قلي أحمد.....جامعة تيزي وزو

د. أومايوف محمد.....جامعة تيزي وزو

د. لعمامري عصاد.....جامعة تيزي وزو

د.دحماني سمير .....جامعة تيزي وزو

د.بوخرس بلعيد.....جامعة تيزي وزو

د. اقرشاح فاطمة.....جامعة تيزي وزو

د. علي أحمد رشيدة.....جامعة تيزي وزو

د. قونان كهينة.....جامعة تيزي وزو

د. محالبي مراد.....جامعة تيزي وزو

د. زرورو ناصر.....جامعة تيزي وزو

د.نسير رفيق.....جامعة تيزي وزو

د. دخلافي سفيان.....جامعة تيزي وزو

د. عميري فريدة.....جامعة تيزي وزو

د. بوفراش صوفيان.....جامعة تيزي وزو

د. ماديو ليلى.....جامعة تيزي وزو

د.حابت أمال.....جامعة تيزي وزو

د. أيت مولود فاتح.....جامعة تيزي وزو

د. قوسم غالية .....جامعة تيزي وزو

د. شتوان حياة.....جامعة البويرة

د. رحماني حسيبة.....جامعة البويرة

د. بن طالب ليندة.....جامعة تيزي وزو

د. حمدي سياد نبيلة .....جامعة تيزي وزو

د. بوفرقان حمامة.....جامعة تيزي وزو

د. تاجر كريمة.....جامعة تيزي وزو

د. أيت مولود سامية.....جامعة تيزي وزو

د. موساوي ظريفة.....جامعة تيزي وزو

د.براهيمي صفيان.....جامعة تيزي وزو

د.قنيف غنيمة.....جامعة تيزي وزو

د.بومدين سامية .....جامعة تيزي وزو

د. ادرنموش أمال.....جامعة تيزي وزو

رئيس اللجنة التنظيمية:

د. حدوش وردية.....جامعة تيزي وزو

أعضاء اللجنة التنظيمية:

د. مختور دليلة.....جامعة تيزي وزو

د. دراني ليندة.....جامعة تيزي وزو

د.القبي حفيظة .....جامعة تيزي وزو

د. دحماني فريدة .....جامعة تيزي وزو

د.حابي فتيحة .....جامعة تيزي وزو

د.خليف ياسمين .....جامعة تيزي وزو

د.خلوي خالد .....جامعة تيزي وزو

د. أعراب كميلة .....جامعة تيزي وزو

د. أيت يوسف صبرينة .....جامعة تيزي وزو

د.نزليوي صليحة .....جامعة تيزي وزو

د.عمورة عيسى .....جامعة تيزي وزو

د.حامل صليحة .....جامعة تيزي وزو

د.موزاوي علي .....جامعة تيزي وزو

د. فارسي جميلة.....جامعة تيزي وزو

د. صايب عبد النور.....جامعة تيزي وزو

د. زريول سعدية.....جامعة تيزي وزو

د.قادري فلة .....جامعة تيزي وزو

د. تلاوبريد فتيحة.....جامعة تيزي وزو

د. اسمي قاوة فضيلة.....جامعة تيزي وزو

أ. ياحي ليلى.....جامعة تيزي وزو

أ. أيت مولود ذهبية.....جامعة تيزي وزو

أ. شيهاني عمر.....جامعة تيزي وزو

أ.تيتوش راضية .....جامعة تيزي وزو

أ.سي محي الدين صليحة.....جامعة تيزي وزو

برنامج الملتقى الوطني:

08 سا: 30 د: استقبال الضيوف والمشاركين.

09 سا: 00 د: افتتاح فعاليات الملتقى الوطني:

كلمة السيدة رئيسة اللجنة العلمية: ..... د. مواسي العلجة

كلمة السيد رئيس الملتقى: ..... د. زايدي حميد

كلمة السيدة رئيسة المخبر: .....أ.د. صبايحي ربيعة

كلمة السيد عميد الكلية: .....أ.د. اقلولي محمد

كلمة السيد مدير جامعة تيزي وزو: ..... أ.د. بودة أحمد،

والإعلان الرسمي عن افتتاح فعاليات الملتقى الوطني.

الجلسة الأولى:

الفترة الصباحية:

برئاسة: أ.د. كايس شريف

09 سا : 30د ـــــ 12سا: 30د

المداخلة الأولى: المبادئ الأخلاقية في الممارسات الطبية الحديثة.

أ.د. كسال سامية، جامعة تيزي وزو

المداخلة الثانية: الإطار المفاهيمي لحرمة جسم الإنسان على ضوء الاتفاقيات الدولية والإقليمية.

د. إدرنموش أمال، جامعة تيزي وزو

المداخلة الثالثة: الإشكالات القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي واستئجار الأرحام: دراسة فقهية طبية مقارنة بالتشريع الجزائري.

أ.د. رحال عبد القادر، جامعة الجزائر 1.

المداخلة الرابعة: الضوابط القانونية والفقهية للتبرع بالأعضاء البشرية

د. جرادة لخضر، جامعة أدرار

أ. نبو اسماعيل، جامعة أدرار

المداخلة الخامسة: موقف التشريعات العربية والغربية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

أ.د معاشو لخضر، جامعة بشار.

د. بن حبيبة إيمان، جامعة النعامة.

المداخلة السادسة: زراعة أعضاء الموتى بين التأصيل الشرعي والتنظيم القانوني وفقا لقانون الصحة 18-11

د. زين العابدين بخوش، جامعة سوق أهراس.

المداخلة السابعة: عمليات نزع وزرع الأعضاء التناسلية بين تفصيل الفقه الإسلامي وقصور التشريع الجزائري.

د. غزالي صامت، جامعة الشلف.

مناقشة عامة

**********.

الفترة المسـائيـة:

برئاسة: د. قلي أحمد

13 سا: 30-ـــ.15سا:30 د

المداخلة الثامنة: تأجير الأرحام بين مؤيد ومعارض

د. مختارية طفياني، جامعة تيارت.

ط.د. فريال بن جدي، جامعة تيارت.

المداخلة التاسعة: موقف القانون الجزائري من بعض التدخلات الطبية المثيرة للجدل: تأجير الأرحام.

د. تاجر كريمة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة العاشرة: الموقف الفقهي والقانوني من الجراحة التجميلية التحسينية.

د. تلا أوبريد فتيحة، جامعة تيزي وزو

المداخلة الحادية عشر: أحكام التجارب الطبية على الخنثى وتغيير الجنس بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

د. غالي كحلة، جامعة وهران2.

المداخلة الثانية عشر: مسؤولية الطبيب في حالة عدم إتباع الشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي طبقا للقانون الجزائري.

د. موزالي نور الدين، جامعة خميس مليانة.

ط.د. قوميري حميدة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة الثالثة عشر:

Transplantation rénal : Enjeux juridiques

Dr. KOLLI Ahmed, UMMTO.

المداخلة الرابعة عشر: أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون المقارن

د. داودي صحراء، جامعة الجلفة.

أ.بن ملوكة خيراني، جامعة الجلفة.

مناقشة عامة:

****

الجلسة الثانية:

الفترة الصباحية

09 سا : 30 د ـــــ 12سا: 30د

برئاسة: أ.د. معاشو نبالي فطة

المداخلة الأولى: **L'acte médical : entre inviolabilité du corps humain et nécessité thérapeutique.**

Dr. OUGUENOUNE Boussad, UMMTO.

المداخلة الثانية: مبدأ حرمة جسم الإنسان بين الانتهاك التقني وقدسية الحياة الإنسانية: مقاربة تحليلية بين الرؤية العلمية الأخلاقية والدينية.

د. بومهدي زينب، جامعة خميس مليانة.

د. بسو جميلة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة الثالثة: التنظيم القانوني للمساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري والقانون الفرنسي.

د. عيادي سارة، جامعة عنابة.

د. حسين ميلود، جامعة عنابة.

المداخلة الرابعة: الضوابط القانونية لإباحة عملية التلقيح الإصطناعي في التشريع الجزائري.

د. بوقندول سعيدة، جامعة سطيف 2.

المداخلة الخامسة: الضوابط القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل أحكام القانون رقم 18-11

أ. إسمي قاوة فضيلة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة السادسة: تحديد لحظة الوفاة الموافقة لإمكانية نقل وزرع الأعضاء البشرية

د. شتوان حياة، جامعة البويرة.

المداخلة السابعة: التأمين من المسؤولية المدنية عن أضرار التدخلات الطبية.

أ.د. معاشو نبالي فطة، جامعة تيزي وزو

د. معاشو شمس الدين، جامعة تيزي وزو .

مناقشة عامة

****

الفترة المسائية

13 سا: 30-ـــــ.15سا:30 د

برئاسة: أ.د. تيرش بلعسلي ويزة

المداخلة الثامنة: حدود التصرف في اجراء استئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى في ظل مستجدات قانون 18-11.

د. عبو أنيسة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة التاسعة: تأجير الأرحام.

د. بن ذيب أحلام، جامعة البويرة.

د. بلهوط إبراهيم، جامعة البويرة.

المداخلة العاشرة: تعديل الجينات الوراثية من اجل تحسين النسل: اصطدام الثورة العلمية بالمعايير القانونية والأخلاقية.

د. حامل صليحة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة الحادية عشرة: أساس مشروعية اجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان ونطاقها: فيروس كوفيد 19 وتحوراته نموذجا.

د. دحماني سمير، جامعة تيزي وزو.

المداخلة الثانية عشرة: الجراحة التجميلية التحسينية في ميزان الشريعة الإسلامية: نظرة فقهية مقاصدية.

د. زردومي فلة، جامعة باتنة 1.

المداخلة الثالثة عشرة: العلاج الجيني: دراسة فقهية قانونية

د. سليماني صبرينة، جامعة وهران2.

المداخلة الرابعة عشر:المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في المجال الطبي

أ.د. تيرش بلعسلي ويزة، جامعة تيزي وزو

مناقشة عامة:

****

الجلسة الثالثة:

الفترة الصباحية:

09 سا : 30د ـــــ 12سا: 30د

برئاسة: أ.د. كجار سي يوسف زاهية حورية

المداخلة الأولى: تكريس مبدأ الرضائية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

أ.د. كجار سي يوسف زاهية حورية، جامعة تيزي وزو .

المداخلة الثانية: جسم الإنسان والممارسات الطبية الحديثة في ظل المواثيق الدولية والإقليمية.

ط. د. شركون فاطيمة، جامعة وهران2.

المداخلة الثالثة: حماية مبدأ معصومية جسد الإنسان في ظل التدخلات الطبية الحديثة.

ط. د. بن عوالي خاليدة، جامعة الأغواط.

المداخلة الرابعة: الإطار القانوني لعملية النقل والتبرع بالدم والمسؤولية الناجمة عنها.

د. محالبي مراد، جامعة تيزي وزو

المداخلة الخامسة: التجارب الطبية العلاجية على جسم الإنسان: بين ضرورة العلاج وحرمة الجسد.

د. أيت ساحد كهينة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة السادسة: أحكام التصرف في عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري.

ط.د. عقبة بوعمرة، جامعة تيزي وزو.

د. زرورو ناصر، جامعة تيزي وزو .

المداخلة السابعة: الموازنة بين ضرورة نزع وزرع الأعضاء البشرية وحماية السلامة الجسدية للإنسان

أ.د. أيت وازو زينة، جامعة تيزي وزو

مناقشة عامة

****

الفترة المسائية:

13 سا: 30ـــــ15سا: 30 د

برئاسة: أ.د. حمليل نوارة

المداخلة الثامنة: تقييم التنظيم التشريعي بشأن المساعدة الطبية على الانجاب في كل من قانون الصحة وقانون الأسرة الجزائريين.

د. حابت أمال، جامعة تيزي وزو.

المداخلة التاسعة:

La gestation pour autrui en droit Algérien et Droit comparé
Mme TITOUCHE Radia, UMMTO.
Dr. HADDOUCHE Ouerdia, UMMTO.

المداخلة العاشرة: التلقيح الاصطناعي آلية طبية للمساعدة على الإنجاب: تجميد الأجنة نموذجا.

د. اقرشاح فاطمة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة الحادية عشرة: إشكالية مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة في عملية التلقيح الاصطناعي.

د. خروفة غانية، جامعة قسنطينة.

المداخلة الثانية عشرة: مشروعية التجارب الطبية على الأجنة في ظل التقنيات المستحدثة: قراءة في التشريع الطبي الجزائري والتشريعات المقارنة والفقه الإسلامي.

د. راشدي حدهوم دليلة، جامعة وهران 2.

المداخلة الثالثة عشرة: التبرع بالأعضاء وزراعتها حسب قانون الصحة الجزائري.

د. جنحية موسى، جامعة قسنطينة.

د. قميحة أسمهان، جامعة قسنطينة

مناقشة عامة

****

الجلسة الرابعة:

الفترة الصباحية

09 سا : 30د ـــــ 12سا: 30د

برئاسة: أ.د صبايحي ربيعة

المداخلة الأولى: موقف النظرية العامة للالتزامات من الضوابط القانونية للتدخلات الطبية: مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

د. نسير رفيق، جامعة تيزي وزو.

المداخلة الثانية: خصوصية العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب.

أ.د. صبايحي ربيعة، جامعة تيزي وزو.

د. دكار نسيم بلقاسم، جامعة برج بوعريريج.

المداخلة الثالثة: عن حماية الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري.

د. ماديو ليلى، جامعة تيزي وزو

المداخلة الرابعة: الحق في خصوصية جسم الإنسان في مجال التبرع بالأعضاء.

د. مريوة نسرين، جامعة الأغواط.

د. ذيب محمد، جامعة الأغواط.

المداخلة الخامسة: متطلبات السلامة الجسدية في التجارب الطبية على جسم الإنسان.

ط.د. ونوغي عبد الله، جامعة تيزي وزو.

المداخلة السادسة:

Législation et organisation du prélèvement et de greffe rénale en Algérie : Quels facteurs et blocage

Dr. BENMANSOUR Sonia, UMMTO.

Dr. CHEURFA Taous, U.Béjaia

المداخلة السابعة: تقنية الإنجاب الاصطناعي بين المتطلبات الطبية والحتمية القانونية.

د. أيت يوسف صبرينة، جامعة تيزي وزو.

د. عبد الدايم سميرة، جامعة تيزي وزو.

مناقشة عامة

****

الفترة المسائية

13سا:30 د ـــــ15سا و30 د

برئاسة: د. أيت ساحد كهينة.

المداخلة الثامنة: موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وفقا لقانون الصحة رقم 18-11.

د. بغدادي ليندة، جامعة البويرة.

د. عينوش عائشة، جامعة البويرة.

المداخلة التاسعة: التحول الجنسي: ضرورة طبية أم مجرد الرغبة في تغيير الجنس

د. بوعزة أمينة، جامعة سعيدة.

المداخلة العاشرة: الجدل الفقهي والقانوني حول تأجير الأرحام

ط.د. هلال رشيدة، جامعة تيبازة.

المداخلة الحادية عشر: المركز القانوني للأم البديلة.

د. قادري فلة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة الثانية عشرة: الهندسة الوراثية وتطبيقاتها في التشريعات المقارنة.

د. حريز أسماء، جامعة وهران 2.

المداخلة الثالثة عشرة: تغيير الجنس ما بين الشريعة الإسلامية والتشريع.

د. حلفاية زهية، جامعة الجلفة.

المداخلة الرابعة عشر: دور التشريع العقابي في حماية السلامة الجسدية للإنسان في ظل التجارب الطبية

د. عائشة عبد الحميد، جامعة الطارف.

مناقشة عامة

****

الجلسة الخامسة:

الفترة الصباحية

09سا : 30د ـــــ 12سا: 30د

برئاسة: د. دخلافي سفيان

.المداخلة الأولى: حق المريض في رفض العلاج: تجسيد لحق الشخص في سلامة جسده

د. قنيف غنيمة، جامعة تيزي وزو

المداخلة الثانية: الموافقة على الخضوع للتجارب الطبية في ظل قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة

د. بن عودة سنوسي، جامعة تلمسان.

المداخلة الثالثة: ضوابط نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بين الأحياء في القانون الجزائري.

د. دخلافي سفيان، جامعة تيزي وزو.

المداخلة الرابعة: الشروط القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري.

د. لزرق أمال، جامعة وهران2.

المداخلة الخامسة: خصوصية المسؤولية الجزائية للأطباء عن عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية.

أ.د. شيخ ناجية، جامعة تيزي وزو.

المداخلة السادسة: الأحكام القانونية لرضا المتبرع بالعضو البشري

ط.د . رافع فريد، جامعة بومرداس.

المداخلة السابعة: المساعدة الطبية على الإنجاب (التلقيح الاصطناعي).

أ.د. قاشي علال، جامعة البليدة.

الفترة المسائية

13سا:30 د ـــــ15سا و30 د

برئاسة: د. بوخرس بلعيد

المداخلة الثامنة: مدى تكريس حق الرجوع عن الموافقة في البيو-أخلاقيات الطبية.

د. مواسي العلجة، جامعة تيزي وزو.

د. القبي حفيظة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة التاسعة: الضمانات القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الاحياء في التشريع الجزائري.

ط.د. مطرفي زكرياء، جامعة الأغواط.

د. النوعي أحمد، جامعة الأغواط.

د. بن قاسمية العربي، جامعة الأغواط.

المداخلة العاشرة: الحماية القانونية للمتبرع بالدم.

د. حابي فتيحة، جامعة تيزي وزو .

المداخلة الحادية عشر: الضوابط القانونية لموافقة المتبرع بأحد أعضاءه في ظل قانون الصحة الجزائري

.د. بوخرس بلعيد، جامعة تيزي وزو.

د. رحماني حسيبة، جامعة البويرة.

المداخلة الثانية عشرة: ضرورة تدعيم الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء

د. فارسي جميلة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة الثالثة عشرة: التزام الطبيب بإعلام المريض.

د. أعراب كميلة، جامعة تيزي وزو.

المداخلة الرابعة عشرة: المسؤولية الجزائية في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب.

د. عميري فريدة، جامعة تيزي وزو.

مناقشة عامة

****

الالتحاق برابط الجلسة الأولى لـ: قراءة التوصيات

اختتام أشغال الملتقى الوطني.

المبادئ الأخلاقية في الممارسات الطبية الحديثة

Bioethics in modern medical practices

أ.د.كسال سامية

كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة مولود معمري/ تيزي وزو

ملخص:

إن الحاجة إلى وضع المبادئ الأخلاقية الطبية والبيو-أخلاقيات يعود إلى كثرة المشاكل القانونية والشرعية والأخلاقية والاجتماعية، التي أسفرها التقدّم العلمي والتكنولوجي في مجال الطب، في جميع مجالات حياة الإنسان، لاسيما في مجال الممارسات الطبية الحديثة كنزع وزرع الأعضاء البشرية، التلقيح الاصطناعي، الاستنساخ البشري، العلاج الجيني، التجارب الطبية والأبحاث العلمية والبيولوجية الواردة على جسم الإنسان....وغيرها.

نتيجة لما سبق، تدخّل المشرع الجزائري، لتعديل قانون الصحة، بموجب قانون الصحة الجديد رقم 18 -11 المؤرخ في 2 جويليه 2018، لتنظيم الأخلاقيات الطبية والأدبيات، وكذلك البيو-أخلاقيات التي حصرها في مجالات محددة هي عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، المساعدة الطبية على الإنجاب، نقل الدم ومشتقاته، الدراسات العيادية.

الكلمات المفتاحية: نزع وزرع الأعضاء البشرية؛ المساعدة الطبية على الإنجاب؛ نقل الدم ومشتقاته؛ الدراسات العيادية؛

Abstract:

The rules of ethics and bioethics were born from moral, legal, and religious problems caused by the progress of biomedical sciences and technologies in all spheres of human life, particularly in modern medical practices such as transplantation of human organs, artificial insemination, human cloning, genetics, clinical trials and research on humans…etc. Consequently, the Algerian legislator intervened to modify the health law, through the new law n° 18-11 of July 2, 2018, to regulate ethics, rules of ethics, and bioethics in modern medical practices, which are measures related to activities relating to transplantation of human organs and tissues; medically assisted procreation; the donation and use of human blood and its derivatives; and also biomedical research.

Keywords: transplantation of human organs and tissues; medically assisted procreation; the donation and use of human blood; biomedical research

Résumé:

Les règles de déontologie et la bioéthique sont nées des problèmes moraux, légaux, religieux, causés par le progrès des sciences et des technologies biomédicales dans toutes les sphères de la vie humaine, en particulier dans les pratiques médicales modernes telles que : le prélèvement et la transplantation d'organes humains ; l'insémination artificielle ; le clonage humain ; la génétique ; les essais et recherches cliniques sur l'homme …etc. En conséquence, le législateur algérien est intervenu pour modifier la loi sur la santé, par la nouvelle loi n° 18-11 du 2 juillet 2018, pour réglementer l'éthique ; les règles de déontologie et la bioéthique dans les pratiques médicales modernes, qui sont des mesures liées aux activités relatives à la transplantation et à la greffe d'organes humains ; à l'assistance médicale à la procréation ; au don et à l'utilisation du sang humain et de ses dérivés ; et aussi à la recherche biomédicale.

Mots clés: transplantation et greffe d'organes humains; assistance médicale à la procréation; don du sang humain; recherche biomédicale;

مقدمة:

المبادئ الأخلاقية بصفة عامة هي تلك القيم والمبادئ التي يجب أن يتحلّى بها كل مهني مهما كان مجال عمله ونطاقه، وهي مطلوبة أكثر في مجال علوم الطب. فهذه المبادئ الأخلاقية تسعى لحل مشاكل عديدة ناتجة عن تطوّر العلوم الطبية وعلم البيولوجيا الحيوية، وما أثارته من جدل فقهي وقانوني وشرعي وأخلاقي بخصوص مساسها بمبدأ حرمة جسم الإنسان وقداسته، وكرامته الإنسانية.

فقد أثارت الأبحاث العلمية والتجارب الطبية والبيولوجية الحديثة على جسم الإنسان، والمتعلقة بالجنين الآدمي، والخلايا الجذعية والجينوم البشري، والهندسة الوراثية والعلاج الجيني والاستنساخ الوراثي وأبحاث الحامض النووي، والبيو تكنولوجيا، وطب الأحياء والأبحاث الطبية الحيوية ذات الصبغة العلمية خارج نطاق العلاج أو غير الإكلينيكي، والعمليات الجراحية التجريبية المغايرة للعرف الطبي المتعارف عليه وغيرها..[1]. مشاكل أخلاقية وقانونية وشرعية تتعلق أساسا بمشكل المساس بحرمة الجسد والمساس بالكرامة الإنسانية.

حاول المتخصصون في مجال القانون، العلوم الطبية والبيولوجية، الشريعة والقانون، العلوم الاجتماعية...وضع مبادئ أخلاقية في مجال الطب الحيوي، وهو ما يسمى بالبيو أخلاقيات، ذلك لكون القواعد الأخلاقية والدينية، وأخلاقيات مهنة الطب، التقليدية، وإن كانت ما تزال سارية المفعول، إلا أنها غير كافية لاحتواء هذه المشاكل السالفة الذكر، التي استحدثها التطور العلمي التقني في مجال العلوم الطبية والبيولوجية.

ساير المشرع الجزائري هذا التطور العلمي والتقني في مجال الطب، بتعديل قانون الصحة بموجب القانون رقم 18 -11 المعدل والمتمم[2]، كما ساير قانون الأسرة هذا التطور، بتنظيم إثبات النسب بالطرق العلمية (بالبصمة الوراثية) بموجب المادة 40 وكذلك التلقيح الاصطناعي بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة[3].

---

[1] فواز عبد الرحمن صالح، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية: دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 22، 2005، ص165.

[2] قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 جويلية 2018، يتعلق بالصحة، ج ر عدد 48، الصادر في 29 جويلية 2018، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020، ج ر عدد 50، الصادر في 30 أوت 2020.

[3] أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج ر 15 صادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

والإشكالية المطروحة هي: ما هي أهم الضوابط والمبادئ الأخلاقية الطبية التي تضمن حماية حقوق المريض من التدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان وفقا لقانون الصحة الجديد 2018؟

وتتطلب الدراسة انتهاج المنهج الوصفي التحليلي، لدراسة المفاهيم القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة وفقا لقانون الصحة الجزائري، وتحليل مختلف النصوص القانونية من أجل استنباط أهم الأخلاقيات الطبية والبيو أخلاقيات التي تتعلق بالتدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان.

و تم دراسة الموضوع وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للأخلاقيات الطبية والممارسات الطبية الحديثة وفقا لقانون الصحة 2018.

المبحث الثاني: الأخلاقيات الطبية وبيو-أخلاقيات الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان وفقا لقانون الصحة الجزائري.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للأخلاقيات الطبية

والممارسات الطبية الحديثة وفقا لقانون الصحة 2018

إن الحديث عن المبادئ الأخلاقية الطبية يتطلب دراسة موقف المشرع الجزائري في تحديده لمختلف المفاهيم كالأخلاقيات والأدبيات والبيو –أخلاقيات، والأخلاقيات العلمية، حيث وضع المشرع لكل منها تعريفا خاصا (**المطلب الأول**) وباعتبار الدراسة تتعلق بالممارسات أو التدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، وإن تعددت واختلفت، إلا أن المشرع الجزائري نظم بعضها، وترك البعض الآخر لتحكمها القواعد الأخلاقية التقليدية، ونتيجة لذلك يجب تحديد هذه الممارسات التي نظمها المشرع والتعريف بها (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الإطار المفاهيمي للأخلاقيات الطبية طبقا لقانون الصحة 2018

لدراسة الإطار المفاهيمي للأخلاقيات الطبية، يتعين التعريف بها اصطلاحا، فقها، وقانونا، غير أن الدراسة تضيق لكل هذه التعاريف، لذلك نكتفي بتقديم التعريف التشريعي، أي التعريف الذي ورد في قانون الصحة الجزائري (**الفرع الأول**) وعند تعريف المشرع للأخلاقيات الطبية، ذكر مشتملاتها وهذا ما

يظهر واضحا في عنوان الباب السابع من قانون الصحة المعنون "**الأخلاقيات والأدبيات والبيو أخلاقيات الطبية** "(**الفرع الثاني**)، والبيو أخلاقيات الطبية هي النقطة المهمة في هذه الدراسة، لأنها تتعلق أساسا بالممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، التي أفرزها التطور الطبي الحيوي الحديث في مجال الطب والجراحة والبيولوجية (**الفرع الثالث**)، ولضمان حماية المريض ومراقبة مدى تطبيق الأخلاقيات الطبية تم استحداث مجلس وطني لأخلاقيات علوم الصحة ومجالس أخرى (**الفرع الرابع**).

الفرع الأول

تعريف الأخلاقيات الطبية وفقا لقانون الصحة الجزائري

ليس من مهمة المشرع تقديم تعاريف، بل من اهتمامات المشرع وضع أحكام قانونية، غير أن الأمر هنا يستدعي وضع تعريف محدّد للأخلاقيات الطبية، لتفادي الغموض واللبس و ليعرف الطبيب حدود اختصاصاته المهنية وقيمها ومبادئها، لذلك عرّف المشرع الجزائري **الأخلاقيات الطبية في المادة 339** من قانون الصحة 2018 السالف الذكر بأنها: "**قواعد الممارسات الحسنة التي يخضع لها مهنيو الصحة في ممارسة مهامهم، وتشمل قواعد الأدبيات والأخلاقيات العلمية والبيو – أخلاقيات**".

من خلال هذا التعريف، يتضح أن الأخلاقيات الطبية Ethiques médicales، هي مجموعة من القيم والقواعد والمبادئ والممارسات الحسنة التي يجب أن يتحلّى بها مهنيو الصحة عند ممارسة مهامهم لتوفير الأمن الصحي للمريض وحماية الصحة العامة، ويقصد بمهنيو الصحة الأشخاص المذكورين في **المادة 165** من قانون الصحة وهم: كل شخص ممارس وتابع لهيكل أو مؤسسة للصحة يقدّم في نشاطه المهني خدمة صحية، أو يساعد فيها، أو يساهم في إنجازها.

وقد أضاف النص السالف الذكر، أن هذه الأخلاقيات الطبية تشمل إضافة إلى القيم الأخلاقية La morale، قواعد الأدبيات La déontologie، والأخلاقيات العلمية L'éthiques scientifiques كما تشمل البيو-أخلاقيات La bioéthique، مما يستدعي التعرّض إلى تعريف كل مصطلح على حده.

الفرع الثاني

مشتملات الأخلاقيات الطبية وفقا لقانون الصحة الجزائري

اتضح من نص **المادة 339 من قانون الصحة** سالف الذكر ، أن الأخلاقيات الطبية تشمل ما يلي:

أولا: القيم الأخلاقية Les valeurs éthiques :

هي مجموعة القواعد والمبادئ الحسنة مهما كان مصدرها (الدين، العادات والأعراف، الاتفاق، القانون،...) التي يجب أن يلتزم بها مهنيو الصحة في ممارسة نشاطاتهم، وذكرت المادة **340** من قانون

الصحة، هذه القيم الأخلاقية على سبيل المثال وهي: مبادئ احترام كرامة الشخص، وشرفه، والعدل والاستقلالية المهنية، وقواعد أدبيات المهنةLa déontologie وكذا الاتفاقيات الفعلية Consensus factuels.

فيتضح من هذا التعريف أن القيم الأخلاقية غير منفصلة عن قواعد الأدبيات. كما سوف نوضحه.

ثانيا: قواعد الأدبياتLa déontologie :

عرفتها **المادة 345** من قانون الصحة بأنها:"**الأدبيات في مجال الصحة هي مجمل المبادئ والقواعد التي تحكم مهن الصحة والعلاقات بين مهني الصحة فيما بينهم ومع المرضى".**

ويتضح مما سبق أن قواعد الأدبيات هي تلك المبادئ والقواعد الأخلاقية التي تنظم العلاقة بين مهنيوا الصحة فيما بينهم من جهة، وعلاقة مهنيو الصحة مع المريض من جهة أخرى. ولتنظيم هذه الأدبيات وضعت مدونة أخلاقيات الطب[4]، الصادرة سنة 1992 والتي لم يتم تعديلها لحد اليوم، رغم تعديل قانون الصحة.

تبين مدونة أخلاقيات الطب، سالفة الذكر، العلاقة بين الطبيب والمريض، والعلاقة بين الطبيب وزملائه، والتي يجب أن تقوم على قواعد أخلاقية وأدبية يمكن إجمالها في مبدأ احترام الشخص المريض وكرامته، مبدأ الحرية، مبدأ الاستقلالية، ومبدأ الزمالة[5]. ولضمان احترام هذه الأدبيات تم إنشاء مجالس وطنية وجهوية للأدبيات الطبية وفقا **للمادة 346** من قانون الصحة وما يليها.

ثالثا: الأخلاقيات الطبية العلميةL'éthiques scientifiques :

يلتزم الأطباء بمراعاة القواعد والأصول العلمية المتعارف عليها نظريا وعمليا في مجال تخصصهم، حيث عرّفت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 92 -276 الذي يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، سالف الذكر ، أخلاقيات الطب بأنها: "...**مجموعة المبادئ والقواعد والأعراف، التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها، وأن يستلهمها في ممارسة مهنته".**

---

[4] مرسوم تنفيذي رقم 92- 276 مؤرخ في 6 جويليه 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 صادر بتاريخ 8 جويليه 1992.

[5] لمزيد من التفاصيل راجع: طالبي محمد، "مدى التزام الطبيب بمبادئ أخلاقيات الطب"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 4، العدد 2، 2018، ص84 وما يليها.

راجع كذلك: سليمان حاج عزام، دور مبادئ أخلاقيات الطب في حماية حقوق المريض في القانون الجزائري: دراسة تحليلية ومقارنة"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 1، 2019، ص936 وما يليها.

وبذلك يلتزم مهنيو الصحة بالقواعد الطبية والمبادئ والأصول العلمية، النظرية والعملية، الثابتة والمستقرة بين أهل الطب، التي لم تعد محل نقاش فيما بينهم، والتي يجب الإلمام بها من قبل كل من يمارس العمل الطبي[6]. وتم التأكيد على ضرورة احترام الأصول والمبادئ العلمية المتعارف عليها، في عدة مواد قانونية منها المواد 18 و 31 و 45 من المرسوم التنفيذي سالف الذكر.[7]

رابعا: البيو-أخلاقيات الطبية La bioéthique :

عرفت المادة 354 من قانون الصحة **البيو-أخلاقيات الطبية** بأنها: "....هي كل **التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالهما والمساعدة الطبية على الإنجاب والبحث البيو طبي".**

فالبيو -أخلاقيات الطبية تعتبر إذن مبادئ أخلاقية كذلك، تهتم بدراسة المسائل الأخلاقية المرتبطة بالتقدم العلمي الطبي في مجال الطب والبيولوجيا (علم الطب الحيوي) والممارسات الطبية الناجمة عن الثورة البيولوجية .

عرف البعض البيو أخلاقيات بأنها:"مجموعة الدراسات والنقاشات والممارسات التي تكون عادة بين مختلف التخصصات (فلسفة، سياسة، قانون، الطب، الدين، علم الاجتماع، علم النفس...)هدفها توضيح وحل المسائل المتعلقة بالأخلاقيات التي يثيرها التقدم العلمي في مجال البيولوجيا الحيوية أو الطب الحيوي، وذلك لغرض حماية حق الإنسان في الحياة، وحماية الكرامة الإنسانية، وتحمل المسؤولية الفردية والجماعية، فهي تدرس القيم الأخلاقية والممارسات الحسنة في مجال علوم الحياة، تشمل أساسا الأخلاقيات الطبية التقليدية ولكنها تتجاوز المشاكل الأخلاقية الكلاسيكية، في مجال الطب، لأنها ترتبط بمجموع الأسئلة المتعلقة بالأخلاق المطروحة بسبب التقدم العلمي البيولوجي، والتي لا تكون بالضرورة في

---

[6] عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998،ص 19.

[7] تنص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم92 -276 سالف الذكر على ما يلي: **"لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".**

- تنص المادة 31 على ما يلي: **"لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجا أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة بما فيه الكفاية كعلاج شاف أو خطر فيه، و تمنع عليه كل ممارسات الشعوذة".**

- تنص المادة 45 على ما يلي: **"يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة، و الاستعانة، عند الضرورة، بالزملاء المختصين و المؤهلين".**

مجال الطب، بل هي أوسع من ذلك، لأنها تهتم بمشاكل الولادة، الحياة والموت، وهذا بسبب التطور العلمي في مجال الدراسات العلاجية".[8]

نظم قانون الصحة الجديد هذه القواعد والتدابير الأخلاقية المرتبطة بالممارسات الطبية الحيوية في الفصل الرابع المعنون "**البيو- أخلاقيات**"، من الباب السابع المعنون "**الأخلاقيات والأدبيات والبيو أخلاقيات الطبية** ". وقد وردت هذه الممارسات الطبية على سبيل الحصر، وتمثلت في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، التبرع بالدم ومشتقاته، المساعدة الطبية على الإنجاب، البحث البيو طبي.

الفرع الثالث

دوافع ظهور البيو أخلاقات الطبية

لقد أثارت الأبحاث العلمية والتجارب الطبية والبيولوجية الحديثة على جسم الإنسان، والمتعلقة بالجنين الآدمي، والخلايا الجذعية والجينوم البشري، والهندسة الوراثية والعلاج الجيني والاستنساخ الوراثي وأبحاث الحامض النووي، والبيو تكنولوجيا، والجينيتيك، وطب الأحياء والأبحاث الطبية الحيوية ذات الصبغة العلمية خارج نطاق العلاج أو غير الاكلينيكي، والعمليات الجراحية التجريبية المغايرة للعرف الطبي المتعارف عليه وغيرها.. مشاكل أخلاقية وقانونية وشرعية تتعلق أساسا بمشكل المساس بحرمة الجسد والمساس بالكرامة الإنسانية[9].

فقد أصبح جسم الإنسان في وقتنا الراهن، محلا للتجارب العلمية والتلاعبات الوراثية والتقنية بشكل لم يسبق له مثيل في تاريخ البشرية، لذلك يرى جانب من الفقه [10] أن هدف الأبحاث الطبية والعلمية، أصبح إعادة تكوين الإنسان وليس علاجه، مثلما كان سابقا، فالأبحاث والتجارب التي تتم في مجال الاستنساخ والعلاج الجيني والإنجاب المساعد طبيا والتشخيص قبيل الزرع خير مثال على ذلك.

فمع تطوّر العلوم الطبية والبيولوجية، وظهور أساليب طبية وفنية مستجدة ومستحدثة ومتنوعة، ظهرت مشاكل علمية وعملية، حيث أن بعضها يتصف بالغموض وسرعة التغيير، واختلاف النتائج

---

[8] Jocelyne Saint –Arnaud , Enjeux éthiques et technologies biomédicales , presses de l'université de Montréal , p. 23 et s . disponible sur le site https://books.openedition.org/pum/14277?lang=fr

[9] بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 7.

[10] فواز عبد الرحمن صالح، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية: دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 22، 2005، ص165

التجريبية، غير مضمونة النجاح، وبعضها الآخر مازالت موضوعاته خلافية بين الأطباء المختصين وعلماء الدين والقانونيين وعلماء الإجماع والأخلاق والسياسة، مما يستدعي التصدي لها ومعالجتها شرعا وقانونا وتحديد الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية، حتى لا تبقى مجالا للاختلاف[11].

نتيجة لما سبق، تصدى المشرع الجزائري لهذه المسائل القانونية بوضع بعض الأحكام المتعلقة بالبيو-أخلاقيات الطبية في المواد 354 إلى 399 من قانون الصحة، ثم استتبعها بذكر الجزاءات المترتبة عن مخالفة هذه المبادئ والقيم الأخلاقية، في شكل أحكام جزائية، في الباب الثامن من قانون الصحة.

الفرع الرابع

ضمانات تطبيق الأخلاقيات الطبية والبيو أخلاقيات الطبية

لضمان تطبيق الأخلاقيات الطبية والبيو أخلاقيات تم إنشاء **مجلس وطني لأخلاقيات علوم الصحة**، لدى وزير الصحة، تطبيقا للمادة 342 ق الصحة، وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 22-312 المؤرخ في 20 سبتمبر 2022 تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمه وسيره[12]

أولا: طبيعة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة:

المجلس هيئة استشارية مكلفة بالدراسة وإصدار التوصيات وإبداء الآراء في المسائل الأخلاقية والمسائل ذات الصلة بأخلاقيات علوم الصحة التي تطرحها التطورات العلمية والتكنولوجية في مجالات علم الأحياء والبيو أخلاقيات والطب البشري وعلوم الصحة.

ثانيا: مهام المجلس: من بين مهام المجلس:

-اقتراح كل التدابير التي تهدف إلى ضمان احترام قواعد الأخلاقيات الطبية.

-إبداء آراء وإصدار توصيات في الجوانب الأخلاقية المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية وزرعها. وفي الدراسات العيادية والمساعدة الطبية على الإنجاب والتجريب والمناهج العلاجية المطلوبة للتطوير التقني الطبي والبحث العلمي.

- السهر على احترام حياة وكرامة الشخص وحماية سلامته الجسدية والنفسية.

-إبداء آراء و/ أو إصدار توجيهات في المسائل المتعلقة بواجبات مهني الصحة في ممارسة مهامهم.

---

[11] المرجع نفسه، ص 25.

[12] مرسوم تنفيذي رقم 22-312 مؤرخ في 20 سبتمبر 2022 يتضمن تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمه وسيره، ج ر عدد 62 صادر بتاريخ 21 سبتمبر 2022.

-معالجة أو إعادة دراسة المسائل ذات الصلة بالأخلاقيات ذات الحساسية الخاصة على صعيد المبادئ، بطلب من لجان الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية.[13]

إضافة إلى إنشاء **مجلس وطني لأخلاقيات علوم الصحة**، تم إنشاء **مجالس وطنية وجهوية للأدبيات الطبية** مختصة سواء إزاء الأطباء وأطباء الأسنان والصيادلة، حيث تتشكل هذه المجالس حصريا من أعضاء ينتخبون من طرف نظرائهم، فهي سلطة تأديبية وعقابية، تبت في أي خرق لقواعد الأدبيات المنصوص عليها في قانون الصحة أو مدونة أخلاقيات الطب[14].

ومن المنتظر أن يصدر تنظيما يحدد كيفيات تنظيم وسير مختلف المجالس الوطنية والجهوية للأدبيات الطبية، وفقا للمادة 347 ، غير أنه لم يصدر بعد، كما أنه من المنتظر أن تصدر مدونة الأدبيات الطبية، ولكنها لم تصدر حاليا.

المطلب الثاني

الإطار المفاهيمي للممارسات أو التدخلات الطبية الحديثة وفقا لقانون الصحة 2018

لقد سبق الذكر أن المشرع الجزائري حصر البيو أخلاقيات الطبية في عمليات طبية أربعة، لذلك يجب التعريف بها أولا قبل التعرض إلى الأخلاقيات الطبية المتعلقة بها، فيجب التعريف بعمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية **(الفرع الأول)**، التعريف بعملية التبرع بالدم ومشتقاته **(الفرع الثاني)**، التعريف بعملية المساعدة الطبية على الإنجاب **(الفرع الثالث)**، التعريف بالدراسات العيادية أو البحث الطبي (التجارب الطبية على جسم الإنسان) **(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول

تعريف عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية

لم يرد تعريف الأعضاء البشرية والأنسجة والخلايا محل نزع وزرع الأعضاء في القانون الجزائري، لذلك نقدم التعريفات الفقهية الواردة في هذا الشأن. فقد عرف مجمع الفقه الإسلامي الأعضاء بأنها جميع

---

[13] المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 22-312 المؤرخ في 20 سبتمبر 2022 يتضمن تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمه وسيره، سالف الذكر.

[14] راجع نصوص المواد 346 وما يليها من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، الذي يتعلق بالصحة، المعدل والمتمم.

لمزيد من التفاصيل راجع: كوحيل عمار، " الضمانات الأخلاقية للأبحاث الطبية على جسم الإنسان"،مجلة القانون غيليزان، المجلد 7، العدد 1، 2018، ص266 وما يليها.

مكونات الجسم من دماء وأنسجة وخلايا، سواء كانت متصلة أو منفصلة، وتعتبر من الأعضاء كل جز من أجزاء الجسد، ظاهرة كانت أم باطنة، سائلة أو جامدة، متجددة أو غير متجددة.[15]

فالأعضاء البشرية هي أي جزء من أجزاء جسم الإنسان، سواء كان عضوا مستقلا كاليد والكلية والعين، أو جزء من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا، وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر وحليب الأم، وما لا يستخلف، وسواء منها الجامدة والسوائل كالدم وحليب الأم وسواء كان ذلك متصلا به أو انفصل عنه.[16]

ويقصد بزرع الأعضاء نقل العضو البشري السليم في جسم إنسان يسمى المتبرع، إلى جسم إنسان آخر يسمى المتلقي أو المستقبل للعضو أو المتبرع إليه، الذي يكون بحاجة إلى هذا العضو البديل ليقوم مقام عضوه التالف أو المريض، بشرط أن يكون هناك توافق الأنسجة، وضمان السلامة الجسدية لكلا الطرفين.

الفرع الثاني

التعريف بعملية التبرع بالدم ومشتقاته

الدم عضو من أعضاء جسم الإنسان، يتجدد من تلقاء نفسه، يتكون من بلازما وخلايا دموية هي كريات الدم الحمراء التي تحتوي على مادة الهيموغلوبين، وكريات الدم البيضاء، كما يحتوي على الصفائح الدموية.[17]

أما عملية التبرع بالدم يقصد بها عملية سحب كمية من الدم في الحدود المسموح بها طبيا، من وريد شخص إلى وريد شخص آخر بحاجة إليه، من أجل تعويض الدم المفقود أو نقصه، بهدف إنقاذ حياة الشخص[18]. في هذه الحالة يتم نقل الدم كاملا، لكن يجوز نقل مشتقات الدم، التي يقصد بها نقل إحدى مكونات الدم كالبلازما أو الصفائح الدموية أو الكريات الحمراء أو البيضاء[19].

---

[15] قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 26 (4/1) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، المنعقد بجدة، السعودية، أيام 6 إلى 11 فبراير سنة 1986، مجلة المجمع، العدد 4 ، ج 1، ص 59.

[16] جمال بوفاتح، ربحي أمحمد، "الإطار المفاهيمي لعمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية " ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد 1، 2023، ص740

[17] برابح يمينة، "نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، 2016، ص 146.

[18] قاشي علال، "تجريم عملية نقل الدم الملوث (دراسة مقارنة)"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 1 ، 2020، ص285.

[19] برابح يمينة، مرجع سابق، ص 147.

على الرغم من أهمية نقل الدم والتبرع به في إنقاذ حياة الأشخاص إلا أن الخطورة الموجود فيه تكمن في إمكانية نقل دم ملوث، كانتقال عدوى مرض نقص المناعة المكتسبة (الايدز)، انتقال مرض الزهري، انتقال فيروس التهاب الكبد الوبائي. لذلك يعتبر الالتزام بنقل دم سليم هو التزام بضمان السلامة والتزام بتحقيق نتيجة [20].

الفرع الثالث

التعريف بعملية المساعدة الطبية على الإنجاب

قدم المشرع الجزائري تعريفا للمساعدة الطبية على الإنجاب في المادة **370** من قانون الصحة وعرفه بأنه:" **المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا، وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح، بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي** "[21].

إضافة إلى ما سبق، نظم المشرع أحكام المساعدة الطبية على الإنجاب في نصوص قانونية أخرى وهي قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005[22]. غير أن هذا القانون استعمل مصطلح التلقيح الاصطناعي، حيث تنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: **"يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.....، ولا يجوز اللجوء فيه لاستعمال الأم البديلة".**

هناك نوعين للتلقيح الاصطناعي هما: التلقيح الداخلي، والتلقيح الخارجي.

أولا- التلقيح الاصطناعي الداخلي:

ويقصد به "مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند الزوجة بغية الإنجاب، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لا بد من توفرها".

---

[20] لمزيد من التفاصيل حول الالتزام بضمان السلامة راجع: أكو فاتح حمه، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض: دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016. ص 27 وما يليها.

[21] قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو 2018 يتعلق بالصحة ج ر عدد 44. صادر في 29 يوليو سنة 2018، معدل ومتمم بالأمر رقم 20-02 مؤرخ في 30 غشت سنة 2020.

[22] أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، ج ر 15 صادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

وهناك من عرفه بأنه: "عملية طبية غير معقدة تتضمن تلقيح المرأة عن طريق وضع مادة الزوج داخل رحمها على نحو تلتقي به هذه المادة مع بيضة الزوجة إذا كان هناك مانع طبي في إتمام ذلك على نحو طبيعي".[23]

للإشارة فان عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي يتم اللجوء إليها في الحالات التالية:

- تلوث السائل المنوي للزوج، وقلة عدد حيواناته المنوية.
- التنافر المناعي بين مني الزوج وإفرازات المهبل أو عنق الرحم عند زوجته، الأمر الذي يحول دون وصول الحيوانات المنوية إلى البويضة فتهلك.
- حالة الزوج العنيد أو المحبوب.
- زيادة الحيوانات المنوية عند الرجل، أو الضعف الجنسي، أو القذف المبكر[24].

ثانيا- التلقيح الاصطناعي الخارجي:

ويعرف بأنه: "عملية يتم فيها الجمع بين بويضات الزوجة بعد سحبها من المبيض والحيوانات المنوية للزوج، في أنبوب مختبري في وسط مهيأ اصطناعيا، وحفظها في وسط وظروف مناسبة، فإذا تم الالتقاء وصارت البويضات مخصبة فإنه يتم إعادة زرعها في رحم الزوجة بتقنية طفل الأنبوب، أما إذا كانت صلابة غشاء البييضة تحول دون اجتماعها مع الحيمن فإنه يتم إذابة جدار البييضة وحقن الحيمن فيها بطريقة مخبرية بطريقة الحقن المجهري، ويتم ذلك دون اتصال جنسي بين الزوجين".[25]

الفرع الرابع

التعريف بالدراسات العيادية (التجارب الطبية على جسم الإنسان)

للتعريف بالدراسات العيادية، يجب التعرض للتعريف اللغوي والاصطلاحي والفقهي، والقانوني، لكننا نكتف بذكر التعريف القانوني لكي لا نخرج عن إطار الدراسة[26].

---

[23] بوقندول سعيدة، "التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، المجلد 28 العدد 2 ، 2017 ، ص27.

[24] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014، ص20.

[25] سحارة السعيد، "أحكام الإخصاب الصناعي:دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة،2020، ص25.

[26] لمزيد من التفاصيل حول التعريف اللغوي والاصطلاحي والقانوني للدراسات العيادية: راجع:
بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 15.

نظم المشرع أحكام الدراسات العيادية في القسم الرابع من الباب السابع من قانون الصحة والمعنون "**أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء**" ، وعرفها في المادة 377 من بأنها بحوث تتم في مجال طب الأحياء، وتتمثل في إجراء دراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف الوبائية والشخصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية، وتنقسم هذه الدراسات العيادية إلى دراسات ملاحظاتية أو تدخلية[27].

وتتمثل هذه الدراسات العيادية على الخصوص فيما يلي:

-الدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية.

- دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي.

الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية.

ومن المنتظر صدور تنظيم يفصل في الأحكام القانونية في هذا الخصوص. ولكنه لم يصدر بعد.

وعلى العموم يوجد نوعان من الدراسات العيادية: دراسات علاجية ودراسات علمية وفنية أو محضة [28]

المبحث الثاني

الأخلاقيات الطبية وبيو-أخلاقيات الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان وفقا لقانون الصحة الجزائري

نظرا لخطورة التدخلات الطبية الحديثة، ومساسها بالمبادئ المقدسة والمكرسة في المواثيق الدولية والقوانين الوضعية كمبدأ حرمة الجسد ومعصوميته، ومبدأ التكامل الجسدي، وكذلك مساسها بمبادئ الشريعة الإسلامية كمبدأ حفظ النسل، وحفظ النفس...وغيرها، فإن قانون الصحة الجديد لسنة 2018 وكذلك مدونة أخلاقيات الطب، تضمنت أخلاقيات مهنة الطب، والأدبيات (**المطلب الأول**) وكذلك البيو أخلاقيات (**المطلب الثاني**).

عيساني رفيقة، "أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 2، 2022، ص 354 وما يليها.

[27] المادة 377 من قانون الصحة رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المعدل والمتمم

[28] لمزيد من التفاصيل راجع: بلحاج العربي، مرجع سابق، ص20 وما يليها. عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص 357.

المطلب الأول

الأخلاقيات الطبية والأدبيات في مجال الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان

نصت مدونة أخلاقيات الطب على أهم القيم الأخلاقية التي يلتزم بها الطبيب ومهنيو الصحة منها الالتزام باحترام كرامة الشخص، وشرفه، والعدل والاستقلالية المهنية وقواعد أدبيات المهنة وكذا الاتفاقيات الفعلية.

والأدبيات déontologie يقصد بها الممارسات الحسنة التي تربط العلاقة بين الطبيب والمريض، والعلاقة بين الطبيب وزملائه وهي العلاقة التي يجب أن تقوم على قواعد أخلاقية وأدبية يمكن إجمالها في مبدأ احترام الشخص المريض وكرامته، مبدأ الحرية، مبدأ الاستقلالية، ومبدأ الزمالة. ونهتم في هذه الدراسة بالعلاقة بين الطبيب والمريض، فلحماية هذا الأخير يلتزم الطبيب بالحصول على الموافقة المسبقة للمريض قبل إجراء أي عملية (**الفرع الأول**)، وذلك بعد إعلامه وتبصيره عن النتائج المنتظرة من العملية ومخاطرها المحتملة (**الفرع الثاني**)، والالتزام بالسر الطبي (**الفرع الثالث**) وعدم المتاجرة بالأعضاء البشرية (**الفرع الرابع**).

الفرع الأول

الالتزام بالحصول على رضا المريض

يعتبر الحصول على الموافقة المسبقة للمريض التزاما يقع على عاتق الطبيب وشرطا أساسيا قبل مباشرة أي تدخل طبي على جسم المريض، وعند مخالفته هذا الالتزام، يعتبر الطبيب مخلا بالتزاماته، ومتعديا على جسم المريض، وبذلك تقوم مسؤوليته القانونية. غير أن الرضا يكون مستنيرا متى قام الطبيب بتبصير المريض عن طبيعة مرضه وسبل علاجه.

فلا يكون العمل الطبي مشروعا إلا إذا صدر رضا المريض واضحا ومتبصرا ومستنيرا وحرا، والقانون يرخص للطبيب معالجة المريض إذا وافق هذا الأخير على ذلك، ولكن لا يجوز له إخضاعه للعلاج رغما عنه، وذلك تطبيقا لمبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان.

الأصل أنه لا يُشترط أي شكل معين للتعبير عن الرضا، فقد يكون شفاهة أو كتابة، غير أنه بالنسبة للتدخلات الطبية الخطيرة التي تمس مباشرة بالسلامة الجسدية للمريض، كنزع وزرع الأعضاء البشرية، يستلزم القانون التعبير عن الموافقة كتابة، بل تقوم المؤسسات الاستشفائية بإعداد نموذج مكتوب لإثبات رضا المريض[29].

[29] زايدي حميد، "الضوابط القانونية للتدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان (عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء نموذجا)"، مجلة البحث القانوني والسياسي، سكيكدة، المجلد 5 العدد1، 2023، ص 233.

الفرع الثاني

الالتزام بالإعلام والتبصير

مبدأ الإعلام أو التبصير من المبادئ الأخلاقية المكرسة في مدونة أخلاقيات مهنة الطب وقانون الصحة، يلتزم بها الطبيب احتراما لرضا مريضه وحريته في إبداء الموافقة للتصرف في جسده، ويظهر أهمية هذا المبدأ في التدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان من بينها عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، المساعدة الطبية على الإنجاب، الدراسات العيادية...،ويكون كذلك في كل عمل طبي يقوم به الطبيب ويمس جسد الإنسان، وذلك نظرا لحرمة هذا الجسد وقداسته. حيث يلتزم الطبيب بتقديم معلومات دقيقة وواضحة وكافية وصحيحة، بعيدا عن المصطلحات الطبية المعقدة، وتكون هادفة، وتوجيهية لجعل موافقة المريض أو المتبرع حرة وصادرة عن بيّنة وعن دراية بمخاطر هذه التدخلات الطبية على جسده[30].

كرّس المشرع الجزائري التزام الطبيب بتبصير أو إعلام المريض صراحة في نصوص قانون الصحة رقم 18 – 11 وفي مدونة أخلاقيات الطبيب، باعتبارها من حقوق المريض تجاه الطبيب. فيجب إعلام المريض وفقا لنص **المادة 23** من قانون الصحة 18 – 11 التي تقضي بأنه:

"يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج الذي يتطلبه والأخطار التي يتعرض لها".

كما نصت على هذا الالتزام المواد 43 و44 من مدونة أخلاقيات الطب، التي تحمّل الطبيب المسؤولية عند إخلاله بالالتزام بالإعلام". فالمادة 43 تقضي بأنه:" **يجب على الطبيب ...أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"**، وتضيف المادة 44 ما يلي: **"يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جديّ على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة...."**

الفرع الثالث

الالتزام بعدم إفشاء السر الطبي

نصت المادة 24 من قانون الصحة على ما يلي: **"لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به، باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون.**

ويشمل السر الطبي جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة."

كما نصت المادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: **"يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون خلاف ذلك."**

ويقصد بالسر الطبي كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها، تتعلق بحالة المريض وعلاجه، والظروف المحيطة بذلك، سواء تحصل عليها من المريض نفسه أو علم بها أثناء ممارسة مهنته أو

[30] زايدي حميد، مرجع سابق، ص 234.

بسببها.[31] ويلتزم الطبيب بعدم إفشاء السر الطبي إلا في الحالات التي أجاز فيها المشرع صراحة إفشاء السر وهي:

- حالة التبليغ عن الجرائم كجريمة الإجهاض، جريمة العنف ضد النساء أو الأطفال ..
- أداء الشهادة أمام الجهات القضائية.
- التبليغ عن الأمراض المعدية والأوبئة دفعا للضرر العام.
- التبليغ عن عدد الوفيات والولادات.
- حالة الخبرة الطبية ويجب الإدلاء بالمعلومات في حدود الأسئلة المطروحة.

ويعتبر إفشاء السر الطبي جريمة يعاقب عليها القانون متى توافرت أركانها، وهذا وفقا للمادة 301 من قانون العقوبات، والمادة 417 من قانون الصحة.

الفرع الثالث

مجانية التصرف في جسم الإنسان

إن قدسية جسم الإنسان وحرمته تجعله غير قابل للتعامل فيه، أو التصرف فيه أو احتجازه، أو كسبه بالتقادم، مما يستلزم مجانية التصرف في جسم الإنسان وكل عناصره، إذ يقصد بالمجانية أن لا يكون جسم الإنسان محلا للمتاجرة، وعدم جلب أي ربح مادي من عملية زراعة الأعضاء البشرية، أو نقل الدم ومشتقاته...وهذا المبدأ مستمد من مبدأ آخر هو "عدم قابلية الشخص أو جسمه للتجزئة"، فجسد الإنسان عنصر مادي مؤسس لشخصية الإنسان، وبهذا الشكل لا يمكن أن يكون هذا الجسد – كله أو جزءاً منه – محلا للمتاجرة[32].

كما يقصد بالمجانية، عدم جواز الاتجار بالبشر أو بأي عضو من أعضائه أو منتجاته والتعامل بها بالمال، لأن ذلك يعتبر مساسا بكرامة الإنسان وانتهاكا لحرمته، واعتداء على جسمه. فحق الإنسان على جسده لا يعدّ من الحقوق المالية، وبالتالي فهو يخرج من دائرة التعامل، ولا يكون محلا للتصرف، في أي جزء منه، ونظرا لأهمية المبدأ كرسه قانون الصحة في عدة مواد منه، أهمها **المادة 358** والمادة **367** والمادة **432** من قانون الصحة رقم 18-11 (المعدل والمتمم)، كما تم الإشارة إلى عبارة "التبرع" أو "المتبرع" في عدة مواد منها: م 354، م2/357، م358، 359، م،360، م361، وغيرها من قانون الصحة رقم 18 – 11 سالف الذكر (المعدل والمتمم).[33]

---

[31] حامد محمود حسن عصافره، "المسؤولية الجزائية التي تترتب عن جريمة إفشاء السر المهني للطبيب في التشريع الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، العدد 12 ، سنة 2022، ص719.

[32] زايدي حميد، مرجع سابق، ص227.

[33] زايدي حميد، مرجع سابق، ص227.

المطلب الثاني

البيو أخلاقيات الطبية في الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان

لقد سبق الذكر أن المشرع الجزائري نظم البيو أخلاقيات في مجالات محددة وفقا للفصل الرابع المتعلق ب"**البيو أخلاقيات**" من قانون الصحة الجديد، وتتعلق هذه البيو أخلاقيات، وفقا للمادة 354 بالتدابير المرتبطة بالممارسات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا (**الفرع الأول**) والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالها(**الفرع الثاني**)، والمساعدة الطبية على الإنجاب (**الفرع الثالث**) والبحث البيو طبي (**الفرع الرابع**).

الفرع الأول

البيو أخلاقيات في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية وزرعها

نظرا لخطورة عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية ومساسها بالسلامة الجسدية، فإن قانون الصحة الجديد نظم أحكامها ووضع مبادئ وضوابط قانونية لحماية حقوق المتبرع والمتلقي، نذكر منها ما يلي:

- عدم جواز المتاجرة بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية (م 358 و م 367 م 432 ق الصحة)[34]
- الالتزام بالسر الطبي وعدم كشف هوية المتبرع للمتلقي وهوية المتلقي للمتبرع (م360 م363 ق الصحة).
- حصول الطبيب الجراح على ترخيص خاص من وزارة الصحة وعدم القيام بعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية إلا في المستشفيات العمومية الخاصة المرخص لها من طرف وزير الصحة (م 366 م 433 ق الصحة)
- ضرورة إعلام وتبصير المتبرع والمتلقي بخطورة العملية ونتائجها المحتملة (م 343 م 4/369ق الصحة).

---

[34] راجع كذلك المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: "**يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300,000 دج إلى 1000.000دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو جسم شخص**".

أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد49 صادر بتاريخ 11 يونيو 1966 (معدل ومتمم).

راجع كذلك: قانون 23 – 04 المؤرخ في 7 ماي 2023 الذي يتعلق بالوقاية من الاتجار بالبشر ومكافحته، ج ر عدد 32 صادر بتاريخ 9 ماي 2023.

- عدم جواز التبرع بالعضو الوحيد في الجسم، كالقلب والكبد، بل يجوز التبرع بالعضو المزدوج كالكلية والرئة أو الأعضاء المتجددة كالدم والأنسجة والنخاع الشوكي.
- صدور رضاء المتبرع والمتبرع إليه صريحا وحرا ومستنيرا ومتبصرا .
- يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء.(م 361 ق الصحة)
- لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية (م 355 ق الصحة).
- ضمان الصحة الجسدية لأطراف العملية .(م 361 /م 359 ق الصحة)[35]

الفرع الثاني.

البيو أخلاقيات في عملية التبرع بالدم البشري ومشتقاته

نظم المشرع الجزائري المبادئ الأخلاقية في عملية نقل الدم ومشتقاته في القسم الثاني المعنون "**الجوانب الأخلاقية المتصلة بحقوق المتبرعين بالدم**"، من الفصل الرابع المعنون"**البيو-أخلاقيات**" لكن تضمنت الأحكام مادتين فقط وهما المادة 368 و369 من قانون الصحة. ونلخص الضوابط الأخلاقية في الضوابط الشكلية والضوابط الموضوعية.

أولا: الضوابط الشكلية:

1- **مراقبة الدولة**: إحداث وحدات صحية متخصصة في عمليات التبرع بالدم.

2- **استحداث وكالة وطنية للدم**: تحتكر تصنيع الدم كمنتج صناعي وتطوير صناعة الدم(البلازما الخاص بالاستعمال الصناعي)، والسهر على احترام الممارسات الحسنة (الأخلاقيات)[36]

---

[35] لمزيد من التفاصيل راجع: زايدي حميد، " الضمانات القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة (المعدل والمتمم)"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، مجلد 17 عدد1 سنة 22 20، ص 364. وما يليها

بن ناصر عمر، عيساني رفيقة،"البيو –أخلاقيات الطبية في مجال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وتنظيمها القانوني في التشريع الجزائري"، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 10، العدد 1، سنة 2022، ص224 وما يليها.

شعيب ضريف، "ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري"، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، أدرار، المجلد6، العدد 1، 2022، ص326 وما يليها.

[36] مرسوم تنفيذي رقم 09 – 258 مؤرخ في 16 أوت 2009 يتعلق بالوكالة الوطنية للدم، ج ر عدد 47 صادر بتاريخ 16 أوت.

ثانيا: الضوابط الموضوعية:

تتمثل المبادئ الأخلاقية في نقل الدم ومشتقاته فيما يلي:

- مبدأ المجانية: الدم من منتجات الجسم البشري لا يجوز أن يكون محلا للتعاقد أو الحصول على مقابل مالي.(م 263 ق الصحة).
- مبدأ السرية: عدم كشف هوية المتبرع والمتلقي للدم.
- مبدأ حماية القصر: منع جمع الدم من أطفال قصر أقل من 18 سنة. (م369 ق الصحة)
- مبدأ الضرورة العلاجية: التبرع بالدم يكون للضرورة العلاجية أو التشخيصية.
- مبدأ السلامة الجسدية: يكون التبرع بالدم تحت الإشراف الطبي ويجب الحفاظ على سلامة المتبرع والمتلقي من أي عدوى أو مرض. ويجب خضوعه لاختبارات ضمان المطابقة. (م 261 ق الصحة)
- ضرورة الإعلام والتبصير بمخاطر العملية ونتائجها المحتملة حيث اشترطت المادة 368 من قانون الصحة ضرورة المقابلة الطبية بالمتبرع قبل التبرع بالدم. وذلك بهدف إعلامه.
- صدور رضا كلا من المتبرع والمتلقي وتكون الموافقة حرة ومستنيرة.[37]

الفرع الثالث

البيو أخلاقيات في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب

وضع المشرع الجزائري ضوابط قانونية لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي أو بتعبير قانون الصحة الجديد "المساعدة الطبية على الإنجاب"، وهذه الضوابط متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تبنها المشرع في قانون الأسرة الجزائري سالف الذكر.

وتظهر الحاجة لوضع القواعد الأخلاقية في عملية التلقيح الاصطناعي مع ظهور العديد من الإشكالات الأخلاقية والشرعية في الواقع، حيث أن التقدم العلمي والطبي أسفر عن وجود التنافس الطبي للقيام بتجارب عديدة على العملية، ليصل الأمر بالتلاعب بالنسل، وذلك بتجميد البويضات الزائدة واستعمالها في أبحاث غير مشروعة، التحكم في جنس الجنين، إنشاء بنوك الأمشاج الآدمية، الهندسة الوراثية، تأجير الأرحام وظهور الأم البديلة، رغم كون هذه التصرفات خطيرة تمس بالمبدأ الشرعي "حفظ النسل" و"حرمة الجسد".

فقد بينت المادة 371 من قانون الصحة شروط المساعدة الطبية على الانجاب كما يلي:"**تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على**

[37] لمزيد من التفاصيل راجع: ليلى قايد، "الجرائم المرتبطة بعمليات نقل الدم البشري"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 9، العدد 1، 2022، ص 330 وما يليها.

قيد الحياة، مرتبطان بشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا، ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. و لا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج و بويضة الزوجة، دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر.

يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1)واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية".

هذا بالإضافة إلى القواعد والشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

ومن الضوابط والمبادئ التي وضعها المشرع نجد ما يلي:

-مبدأ احترام الجانب الشرعي للعملية وهو ضرورة وجود علاقة زوجية شرعية بين أطراف العملية.

-مبدأ الضرورة العلاجية القصوى بأن يكون العقم بيّن ومؤكد.

- مبدأ الرضائية: أي ضرورة الحصول على رضا الزوجين الصريح أثناء حياتهما.

-مبدأ مراعاة الجانب الأخلاقي والشرعي وهو الحفاظ على النسل والحفاظ على الحق في النسب، حيث يجب أن تتم العملية بالإخصاب بمنى الزوج و بويضة الزوجة دون غيرهما وتتم العملية داخل رحمها، ومنع استئجار الأرحام واستعمال الأم البديلة، حتى لو كانت المرأة صاحبة الرحم زوجة ثانية للرجل صاحب الحيامن، لما في ذلك من إشاعة للفاحشة والمفسدة وإثارة المشاكل الاجتماعية[38].

- مراقبة الدولة : يجب للجهة المختصة بإجراء العملية الحصول على ترخيص لذلك .

-مبدأ الحفاظ على السلامة الجسدية لأطراف العملية.

- مبدأ منع التمييز : بمنع انتقاء الجنس، ومنع استنساخ الجنس البشري الإنجابي.[39]

-منع إجراء البحث العلمي للحيوانات المنوية وكذا البويضات، وهو ما ورد في نص المادة 374 من قانون الصحة :**" يمنع التداول لغاية البحث العلمي التبرع والبيع وكل شيء آخر من المعاملة المتعلقة:**

- بالحيوانات المنوية،

- بالبويضات حتى بين الزوجات الضرات،

- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا...".

---

[38] عبد الكريم مأمون ،"رأي الشريعة الإسلامية بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، الجزائر 1، العدد02، 2004، ص 21 .

[39] لمزيد من التفاصيل راجع: يوسف مسعودي، "التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري"،مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد1 ، العدد1، 2016، ص 119. سحارة السعيد، مرجع سابق ،ص 182. بغدالي الجيلالي، مرجع سابق، ص 46.

الفرع الرابع

البيو أخلاقيات في عملية البحث البيو طبي (الدراسات العيادية)

التجارب الطبية العلمية غير العلاجية والتجارب الطبية العلاجية تهدف إلى تطوير العلوم الطبية والبيولوجيا واكتشاف الأدوية، وتجرى على الكائن البشري لتطوير المعارف الوبائية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية غير أنها يجب أن تتم وفق ضوابط وشروط محددة قانونا يمكن تقسيمها إلى ضوابط شكلية **(أولا)** وضوابط موضوعية (المبادئ الأخلاقية) **(ثانيا)**.

أولا: الضوابط الشكلية:

يمكن ذكر أهم الضوابط الشكلية التي نص عليها القانون كما يلي:

- ضرورة إجراء الدراسات العيادية في الهياكل المعتمدة والمرخص لها لهذا الغرض، حسب الكيفيات المحددة من طرف الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية[40].
- الأشخاص والمؤسسات المتدخلة من أجل إجراء الدراسات العيادية هم المرقي، الطبيب الباحث، وزارة الصناعة الصيدلانية. لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية[41].
- ضرورة الحصول على الترخيص من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد تقديم طلب طبي وتقني من طرف المُرقي[42].
- ضرورة استشارة رأي لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية.
- اكتتاب المرقي تأمينا مهنيا لتغطية مسؤوليته المدنية والمهنية (م397 ق الصحة).

ثانيا: الضوابط الموضوعية:

نذكر من بين أهم الضوابط الموضوعية والأخلاقية ما يلي:

- احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية والأخلاقيات المهنية والأدبيات والأصول العلمية التي تحكم الممارسات الطبية.(م 378 ق الصحة).

---

[40] المادة 379 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، الذي يتعلق بالصحة، المعدل والمتمم.

[41] المواد 380 إلى 384 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، الذي يتعلق بالصحة، المعدل والمتمم.

لمزيد من التفاصيل راجع: عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص 360 وما يليها.

عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، "الضوابط القانونية المستحدثة لإجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء قانون الصحة الجديد 18-11"، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 8، العدد 2، 2020، ص97 وما يليها.

[42] المادة 384 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، الذي يتعلق بالصحة، المعدل والمتمم.

- تمتع الطبيب الباحث والمرقي بالكفاءة العلمية والقدرات الفكرية واطلاعه على آخر ما توصل إليه البحث العيادي والمعارف العلمية. والالتزام بالصرامة العلمية (م 380 ق الصحة).
- الإعلام المستنير: إعلام الخاضع للتجربة بطبيعة التجربة الطبية وخطورتها ونتائجها.
- صدور موافقة حرة وصريحة ومستنيرة كتابيا يعبر عنها الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسات العيادية أو ممثلهم القانوني، أي رضا المعني الصريح والمتبصر والحر والمستنير يدرج ضمن بروتوكول الدراسات العيادية (م 386و387 ق الصحة).
- ضرورة الحفاظ على السلامة الجسدية للخاضع للتجربة الطبية.
- احترام حقوق الإنسان من كرامة إنسانية وحرية وحرمة الجسد وقدسيته .
- تحقيق فوائد مثمرة للمجتمع ككل، وتحقيق الموازنة بين مخاطر التجربة وفوائدها.[43]
- ضرورة أن يكون للشخص مصلحة وفائدة من إجراء التجربة عليه، كوسيلة علاجية، وأن تكون احتمالات نجاح التجربة أكبر من احتمال فشلها[44].

الخاتمة:

إن الهدف من ضبط المبادئ الأخلاقية في الممارسات الطبية الحديثة هو ضمان حماية حقوق المرضى والخاضعين للعلاج ولم لم يكونوا مرضى، كحالة الجراحة التجميلية التحسينية التي لم ينظم أحكامها القانون الجزائري.

لقد كانت الحاجة إلى وضع هذه الأخلاقيات الطبية، التجاوزات والمشاكل التي أسفرها التقدم العلمي في مجال العلوم الطبية والتقنية بصفة عامة وفي مجال الطب الحيوي والبيولوجي بصفة خاصة، فهذه التجاوزات تمس بحرمة جسد الإنسان، وكرامته الإنسانية وحريته الشخصية وتكامل جسده، فالأصل أن جسم الإنسان مصون، ولا يجوز المساس به إلا لأغراض علاجية.

النتائج المتوصل إليها:

- تعددت المبادئ الأخلاقية التي نظمها قانون الصحة الجديد، حيث أن الأخلاقيات الطبية تشمل القيم الأخلاقية، قواعد الأدبيات، الأخلاقيات الطبية العلمية، البيو أخلاقيات.

---

[43] عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا، مرجع سابق، ص106

[44] يوسف بوشي، "مدى مشروعية التجارب الطبية العلمية على الأجنة المجهضة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 8 العدد 2، 2020، ص 627.

- هذه المبادئ الأخلاقية نظمتها قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب، غير أن قانون الصحة 2018 أشار إلى إصدار مدونة أدبيات الطب، ولم يصدر لحد الآن.
- عرف المشرع الأخلاقيات الطبية ومشتملاتها كل على حدى، غير أنها متداخلة فيما بينها، ومفهومها أوسع من التعاريف التي قدمها المشرع.
- كانت قواعد البيو أخلاقيات هي التي أخذت حصة الأسد من التنظيم القانوني لأنها تثير إشكالات ما تزال عالقة، وتخص الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان التي أسفرتها التقدم العلمي الطبي في مجال الطب الحيوي والبيولوجي، وما تزال الأبحاث الطبية مستمرة وقد تصبح أكثر تعقيدا وغموضا.
- حصر المشرع نطاق البيو أخلاقيات في أربع تدخلات طبية هي نزع وزرع الأعضاء البشرية، التبرع بالدم ومشتقاته، المساعدة الطبية على الإنجاب، والبحث البيو طبي.
- لا يمكن دراسة الأخلاقيات الطبية دراسة محددة وحصرية، نظرا لتعددها وتنوعها، مثلما أثبتته الدراسة، وهي ما تزال محل دراسة، لأنها تشمل الأخلاقيات الكلاسيكية والأدبيات التي ما تزال سارية المفعول، وتشمل الأخلاقيات المرتبط بالمستجدات الطبية العلمية التي ما تزال محل جدل وبحث ومناقشة، فالبيو أخلاقيات تستدعي مراجعتها كلما تطورت العلوم الطبية لخلق موازنة بين حقوق المريض وتطور البحث البيو طبي.

التوصيات:

- الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية لقانون الصحة الجديد لسنة 2018.
- التعجيل في إصدار مدونة أدبيات الطب لتتماشى مع تعديلات قانون 2018.
- ضرورة مراقبة الدولة مدى تطبيق الطبيب ومهنيو الصحة المبادئ الأخلاقية والبيو أخلاقيات الطبية في الواقع العملي.
- إصدار التنظيم الخاص بالمجالس الوطنية والجهوية للأدبيات الطبية.
- ضرورة إنشاء صندوق وطني تضامني للمتضررين من التدخلات الطبية الحديثة.
- إنشاء بنوك التبرع بالأعضاء وتنظيمها القانوني.
- بالنسبة لمشكل العقم، يجب توفير مراكز عمومية للمساعدة الطبية على الإنجاب.
- على المشرع النص على عقوبة سرقة النطف والبييضات الزائدة أو استبدالها.

- تنظيم أحكام التعامل بالأمشاج بشكل مفصل وتحديد المسؤولية الجزائية المترتبة عن الخروج منها.
- تشديد المراقبة على المراكز والمستشفيات المتخصصة في إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي وعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية لضمان التطبيق السليم للضوابط القانونية والشرعية.

قائمة المراجع:

الكتب:

- **أكو فاتح حمه**، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض: دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016.
- **بلحاج العربي**، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- **عبد الحميد الشواربي**، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

الرسائل والأطروحات الجامعية:

- **بغدالي الجيلالي**، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014.
- **سحارة السعيد**، "أحكام الإخصاب الصناعي:دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة ،2020.

المقالات:

- **برابح يمينة**، "نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، 2016، (ص 145–ص159)
- **بوقندول سعيدة**، "التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، المجلد 28 العدد 3 ، 2017 ، (ص23.-ص30)
- **سليمان حاج عزام**، "دور مبادئ أخلاقيات الطب في حماية حقوق المريض في القانون الجزائري: دراسة تحليلية ومقارنة"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 1، 2019، (ص 930 - ص 945).
- **طالبي محمد**، "مدى التزام الطبيب بمبادئ أخلاقيات الطب"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 4، العدد 2، 2018، (ص82 –ص100)
- **فواز عبد الرحمن صالح**، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية: دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 22، 2005،(ص 151- ص237)

- **قاشي علال**، "تجريم عملية نقل الدم الملوث (دراسة مقارنة)"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 1 ، 2020، (ص283.-ص305)
- **عيساني رفيقة**، "أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 2، 2022، (ص352 –ص368)
- **كوحيل عمار**، " الضمانات الأخلاقية للأبحاث الطبية على جسم الإنسان"،مجلة القانون، مركز غيليزان، المجلد 7، العدد 1، 2018،(ص 251 –ص271)
- **حامد محمود حسن عصافره**، "المسؤولية الجزائية التي تترتب عن جريمة إفشاء السر المهني للطبيب في التشريع الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، العدد 12 ، سنة 2022، (ص717. – ص738).
- **جمال بوفاتح، ربحي أحمد**، "الإطار المفاهيمي لعمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية " ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد 1، 2023، (ص737-ص 751)
- **يوسف بوشي**، "مدى مشروعية التجارب الطبية العلمية على الأجنة المجهضة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 8 العدد 2، 2020، (ص607- ص647)
- **عماد الدين بركات، حمادي محمد رضا**، "الضوابط القانونية المستحدثة لإجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء قانون الصحة الجديد 18-11"، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 8، العدد 2، 2020، (ص95-ص119).
- **يوسف مسعودي**، "التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري"،مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد1 ، العدد1، 2016، (ص107-ص123)
- **عبد الكريم مأمون** ،"رأي الشريعة الإسلامية بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، الجزائر 1، العدد02، ،2004، (ص1-ص13)
- **ليلى قايد**، "الجرائم المرتبطة بعمليات نقل الدم البشري"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 9، العدد 1، 2022،(ص326- ص345)
- **شعيب ضريف**، "ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري"، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، أدرار، المجلد6، العدد 1، 2022،(ص326- ص345)
- **بن ناصر عمر، عيساني رفيقة**،"البيو –أخلاقيات الطبية في مجال نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وتنظيمها القانوني في التشريع الجزائري"، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 10، العدد 1، سنة 2022، (ص224-ص243).

- **زايدي حميد**، " الضمانات القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة (المعدل والمتمم)"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، مجلد 17 عدد1 سنة 22 20،(ص364 –ص391)
- **زايدي حميد**، "الضوابط القانونية للتدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان (عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء نموذجا)"، مجلة البحث القانوني والسياسي، سكيكدة، المجلد 5 العدد1، 2023، (ص223-ص245).

النصوص القانونية:

النصوص التشريعية:

- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد49 صادر بتاريخ 11 يونيو 1966 (معدل ومتمم).
- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج ر 15 صادر بتاريخ 27 فبراير 2005.
- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 جويلية 2018، يتعلق بالصحة، ج ر عدد 48، الصادر في 29 جويلية 2018، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020، ج ر عدد 50، الصادر في 30 أوت 2020.

النصوص التنظيمية:

- مرسوم تنفيذي رقم 92- 276 مؤرخ في 6 جويليه 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 صادر بتاريخ 8 جويليه 1992.
- مرسوم تنفيذي رقم 22-312 مؤرخ في 20 سبتمبر 2022 يتضمن تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمه وسيره، ج ر عدد 62 صادر بتاريخ 21 سبتمبر 2022.

Jocelyne Saint –Arnaud , Enjeux éthiques et technologies biomédicales , presses de l’université de Montréal , p. 23 et s . disponible sur le site
https://books.openedition.org/pum/14277?lang=fr

أساس مشروعية إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان ونطاقها
(فيروس كوفيد-2019 ومتحوّراته نموذجا)

The basis and scope of the legality of conducting medical experiments on the human body
(COVID-2019 and its mutants as a model)

دحماني سمير

كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة مولود معمري/ تيزي وزو

ملخص:

يعتبر تقنين نورمبرغ لعام 1947 الذي اعتمدت عليه المحكمة الأمريكية أثناء محاكمة الأطباء النازيين المتهمين بارتكاب جرائم ضد الإنسانية، من أهم الوثائق المرجعية في تاريخ الأخلاقيات والتجارب الطبية، حيث جاء إعلان هلسنكي لعام 1964 ليُكمّل قواعد هذا التقنين، بقواعد الأدبيات والالتزامات المفروضة على أطراف التجارب الطبية، والتي تعد من بين النصوص الأساسية التي يُعتمد عليها حاليا في إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان.

وعليه، تعتبر هذه النصوص كمرجعية أساسية لقواعد الممارسات الحسنة الطبية، والتي استندت عليها غالبية الدول أثناء سنّها لتشريعاتها الداخلية، أين نُميّز بين نوعين من التجارب الطبية، فالتجارب الطبية العلمية أو غير العلاجية تتم عادة في المخابر الجامعية التي من خلالها يتّم فهم حيثيات المرض، وتعتبر كخطوة أولى لتطوير دواء مُعين قَبْلَ تجريبه على جسم الإنسان، بينما التجارب الطبية العلاجية تعتمد على تطبيق ما توصلت إليه من نتائج في التجارب الطبية العلمية من جهة، ومن جهة أخرى تهدف إلى الحصول على مواد جديدة نافعة لتشخيص المرض، أو علاجه، أو تحسين نمط العلاج.

الكلمات المفتاحية: التجارب الطبية؛ الأخلاقيات الطبية؛ مسؤولية الطبيب؛ حقوق المريض؛

Abstract:

The Nuremberg Code drawn up in August 1947 by the magistrates of the American tribunal responsible for convicting Nazi doctors of atrocities, is still considered "the most important document in the history of the ethics of medical research, as well as the declaration Helsinki of 1964 which extended the principles of the said Code, and establishes the ethical principles and the obligations to which those who promote and those who carry out a medical trial are bound, are one of the founding texts for medical trials on human subjects.

Indeed, the regulations of many countries are inspired by them, they are a good reference for Good Clinical Practices (GCP). However, a distinction is generally made between two types of medical trials, a non-clinical or preclinical trial which constitutes the first stage in the development of a drug before trials on human beings, thus it aims to understand, through an experimental approach, the disease mechanisms, it is usually conducted by academic laboratories. While the clinical trial puts into practice the achievements of non-clinical research, it consists, on the one hand, of researching and obtaining new active molecules which could be useful for preventing, diagnosing, curing or treating a specific pathology and, on the other hand, improving or adapting existing treatments.

Keywords: the ethics of medical research; the ethics; doctor's responsibility; Patient rights;

مقدمة:

أدى التطور العلمي والتكنولوجي في مجال الطب إلى إحداث تغييرات جذرية في حياة وجسم الإنسان، باعتباره مجال خِصب لإجراء العمليات العادية والمعقّدة في نطاق التجارب الطبيّة، كنزع الأعضاء(القلب، الكلى، الكبد، البنكرياس، الخ...) من إنسان حيّ أو ميّت ونقلها إلى إنسان أخر على قيد الحياة، والتلقيح الاصطناعي أو حتى التلقيحات الجديدة المضادة لمختلف الفيروسات المتحوّرة عن الفيروس المعروف بـ(كوفيد-19)، التي من خلالها أصبح جسد الإنسان مَحَلْ تجارب طبيّة خطيرة ومُعقّدة، إلى غيرها من التجارب الطبيّة التي أصبحت مُعظمها تُهدّد مبدأ حُرمة الكيان الجسدي للإنسان المحمي بموجب القوانين الأساسية للدول والمعاهدات والمواثيق الدولية.

وبالتالي فإنّ مختلف التجارب العلمية في مجال الطب على جسد الإنسان، حققت النجاح من حيث توسيع نطاق المعرفة العلاجية والجراحية التي أنقذت الملايين من الأرواح التي لا يستطيع العقل البشري من خلقها أو إعادتها إلى أجسادها مهما ما بذله من جهد علمي، حيث انحصر هذا الأخير في تجارب التلقيحات الاصطناعية وما ينجر عن ذلك من نتائج مُضرّة تمس بالكيان الجسدي للإنسان، أين تستدعي التجارب المعقّدة حتمية التوازن بين المتطلبات التي تفرضها البحوث والتجارب الطبيّة على الإنسان كعلم حديث، وضرورة احترام والحفاظ على كرامة وسلامة الإنسان في جسده باعتباره كائن حيّ عاقِل.

وعليه، فإنّ موضوع إجراء التجارب الطبيّة على جسد الإنسان، جذب اهتمام العديد من الدول التي قامت بصياغة تشريعات قانونية بغية تنظيم التجارب الطبية العلاجية والعلمية على جسد الإنسان، على غرار المشرع الجزائري الذي أصدر القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020[1].

وبالتالي فإنّ إشكالية موضوع البحث تتمحور حول تحديد علاقة التجارب الطبية بجسد الإنسان ونطاقها ؟ وما هو الأساس القانوني المعتمد في إجراء هذه التجارب على الكائن البشري ؟

للإجابة على هذه الإشكالية، تم إتباع المنهج التحليلي والمقارن الذي من خلاله نتطرق إلى نطاق التجارب الطبيّة وعلاقتها بجسد الإنسان (**أولا**)، ومشروعية إجراء التجارب الطبية على الكيان الجسدي للإنسان وفقا لمختلف التشريعات الدولية والوطنية وفقه القانون(**ثانيا**)، مع تقييم مدى مشروعية إجراء تلك التجارب على الإنسان للقضاء على فيروس (كوفيد-19) ومتحوراته-**Variants du SARS**) **CoV-2**)(**ثالثا**).

أولا- علاقة التجارب الطبيّة بجسم الإنسان ونطاقها.

[1] قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 جويلية 2018، يتعلق بالصحة، ج ر عدد 48، الصادر في 29 جويلية 2018، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020، ج ر عدد 50، الصادر في 30 أوت 2020.

نتناول من خلال هذا العنصر، إلى تعريف التجارب الطبية من الناحية اللّغوية والاصطلاحية والتّشريعية(1)، وأهمية التجارب الطبية على جسد الإنسان(2)، وأنواع هذه التجارب(3).

1)- تعريف التجارب الطبية:

قبل التطرق إلى تعريف التجربة الطبية، يتطلب الأمر أولا تعريف التجربة من الناحية اللغوية(أ)، والاصطلاحية(ب)، وإلى تعريف التجربة الطبية من طرف مختلف التشريعات الوطنية والأجنبية(ج).

أ)- تعريف التجربة لغة:

وفقا لقاموس المعاني[2]، فإنّ مصطلح التجربة(اسم) جاء من مصدر جرّب، حيث يُقصد بها من الجانب العلمي: اختبار مُنظِّم لظاهرة أو عدّة ظواهر، لهدف ملاحظتها ملاحظة دقيقة ومنهجية، من أجل الكشف عن نتيجة ما أو تحقيق غرض مُعيّن.

وتعني كذلك: أحد مراحل عملية تبني الأفكار المُستحدثة يحاول الفرد فيه تطبيق الفكرة المستحدثة وتجديد فائدتها والتأكد من مناسبتها لظروفه الخاصة.

جرّب إمكاناته: اختبرها، امتحنها.

تحت التجربة: يُجرّب في فترة زمنية معينة للتأكد من كفاءته.

حقل التجارب: مكان تُجرى فيه التجارب على شيء للتأكد من أنّه صالح للغرض منه، أو هو موضوع التجربة.

جرّب الآلة قبل شرائها: اختبرها، عاين سيرها واشتغالها.

ب)- تعريف التجربة اصطلاحا:

يُقصد بالتجربة اصطلاحا، الطريقة التجريبية التي تشمل على الملاحظة والتصنيف والفرض والتجريب، فالعلوم التجريبية تعتمد على التجريب، التي من خلالها يعتمد العالم أو الباحث على التجريب، بُغية حَلْ مُشكلة مُعيّنة أو حتى الحصول على المعلومات الجديدة[3].

ويُقصد بالتجربة العلمية: إجراء اختبار علمي لاستخلاص نتيجة ما[4].

ج)- تعريف مختلف التشريعات للتجربة الطبية:

---

[2] قاموس المعاني: https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/تجربة/ (تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/02/01.)

[3] **بلحاج العربي**، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 24.

عفاف عطية كامل معابرة، "حكم إجراء التجارب الطبية (العلاجية) على الإنسان والحيوان"، مذكرة الماجستير في الشريعة الإسلامية، تخصص: الفقه، جامعة اليرموك، الأردن، 2002، ص 02.

[4] **المعجم العربي**: https://www.arabdict.com/ar/التجربة/ (تم الإطلاع عليه بتاريخ 2020/12/12.)

تطرقت مختلف التشريعات الدولية والوطنية إلى تعريف التجربة الطبية باعتبارها عملية طبية علاجية أو غير علاجية(علمية)، يكون الغرض منها التدقيق وملاحظة النتائج التي تطرأ على المريض جرّاء التلقيح أو العَدوى أو تطوّر العملية من وجهة علمية بحتة.

حيث ميّز المشرع الفيدرالي للإتحاد الأوروبي، بموجب نص المادة 2-1/02 من التنظيم الأوروبي رقم 536/2014 المؤرخ في 16 أفريل 2014، المتعلق بالتجارب الطبية العلاجية للأدوية المستعملة على الإنسان، الملغي للتوجيه الأوروبي رقم 20/2001 المؤرخ في 04 أفريل 2001[5]، بين نوعين من التجارب الطبية على جسد الإنسان، "فالتجارب الطبية غير العلاجية(العلمية)"، تشمل على عمليات التشخيص المُنّفذة على الإنسان، لهدف تحديد وتأكيد النتائج العلاجية، أو الصيدلانية، لدواء أو عدّة أدوية، أو الكشف عن أي أثر غير مرغوب لهذه الأدوية، أو دراسة مدى فعاليتها من خلال ابتلاعها، توزيعها، كشف آثارها، لهدف التأكد من سلامة وفعالية تلك الأدوية.

أما "التجربة الطبية العلاجية" على جسد الإنسان، تتضمن على إخضاع الإنسان لإستراتيجية علاجية مُحدّدة مُسبقا، والتي لا تدخل ضمن العمليات العلاجية العادية للدولة العضوة في الإتحاد الأوروبي، أو يتم في آنٍ واحد فرض أدوية تم تجريبها على ذلك الشخص، أو أي عملية علاجية عادية، وإجراء الفحوصات والرقابة على الشخص المعني بالتجربة الطبية العلاجية.

بالإضافة إلى ما سبق، تطرق المشرع الفرنسي بموجب أحكام المادة(R 1121-1-1) من تقنين الصحة[6]، إلى التجربة الطبية العلاجية على الإنسان، التي من خلالها يتم تجريب دواء أو عدّة أدوية على

---

[5] **Directive 2001/20/CE** du parlement européen et du conseil du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, J.O.U.E n° L 121/34, du 01/05/2001.
Règlement (UE) n° 536/2014 du parlement européen et du conseil du 16 avril 2014, relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain et abrogeant la directive 2001/20/CE, J.O.U.E n° L158/1 du 27/05/2014.
Art.02/1(1) et (2): « **2.** Aux fins du présent règlement, les définitions suivantes sont également applicables: **1)** «**étude clinique**», toute investigation en rapport avec l'homme destinée:
a) à mettre en évidence ou à vérifier les effets cliniques, pharmacologiques ou les autres effets pharmacodynamiques d'un ou de plusieurs médicaments;
b) à identifier tout effet indésirable d'un ou de plusieurs médicaments; ou
c) à étudier l'absorption, la distribution, le métabolisme et l'excrétion d'un ou de plusieurs médicaments; dans le but de s'assurer de la sécurité et/ou de l'efficacité de ces médicaments; **2)** «essai clinique», une étude clinique remplissant l'une des conditions suivantes:
a) l'affectation du participant à une stratégie thérapeutique en particulier est fixée à l'avance et ne relève pas de la pratique clinique normale de l'État membre concerné;
b) la décision de prescrire les médicaments expérimentaux est prise en même temps que la décision d'intégrer le participant à l'essai clinique; ou
c) outre la pratique clinique normale, des procédures de diagnostic ou de surveillance s'appliquent aux participants ; […]. »

[6] **Code de la santé publique** - Dernière modification le 10 janvier 2022 - Document généré le 12 janvier 2022. Copyright (C) 2007-2022 Legifrance.

الإنسان لهدف تحديد أو تأكيد آثارها العلاجية، الصيدلانية، أو كشف أي آثر غير مرغوب فيه، أو دراسة من خلال مص الأدوية، توزيعها، أعراضها، لغرض التأكد من سلامتها وفعاليتها.

بينما التجربة الطبية غير العلاجية أي العلمية، وفقا لنص المادة (R1121-1) من نفس التّقنين[7]، تخص الأفراد المتطوعين بإرادتهم الحرّة سواء كمرضى أو في حالة صحية جيّدة، لهدف تطوير المعارف البيولوجية والعلاجية من خلال تقييم آلية عمل جسم الإنسان السليم أو المريض، وكذا فعالية وضمان العمليات المنجزة، أو استعمال وإدارة المعدّات لأغراض التشخيص، المعالجة، أو الوقاية من الأمراض.

كما لم يتطرق المشرع الجزائري، بموجب أحكام القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، المعدل والمتمم بموجب القانون 20-02، إلى تعريف التجربة الطبية العلاجية، بل اكتفى بموجب نص المادة(15/210) من نفس القانون، إلى تعريف الدواء التجريبي على أنّه كل دواء مُجرّب أو مُستعمل كمرجع، بما في ذلك كغفل، من خلال تجربة عيادية.

حيث لم يمُيّز المشرع من خلال نص المادة(377) من نفس القانون، بين التجربة الطبية العلاجية وغير العلاجية، التي من خلالها عرّف هذه الأخيرة(التجربة الطبية غير العلاجية)، على أنّها كل
بحث في مجال طب الأحياء يتعلق بإجراء الدراسات على الكائن البشري لهدف تطوير المعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية.

فوفقا للفقرة الثانية من نفس المادة(2/377)، يمكن أن تكون التجربة الطبية غير العلاجية ملاحظاتية أو تدخلية، وذلك عندما يتعلق الأمر بالدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية، أو دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي، أو الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية.

2)- أهمية التجارب الطبية على جسد الإنسان:

تعتبر التجارب الطبية العلاجية وغير العلاجية، الأكثر عُرضة للخطر والأخطاء الجسيمة المرتكبة من مهنيي الصحة، لكون أنّ احتمالات تحقيق الفشل في معظم التجارب غير العلاجية بالخصوص، أكثر من النجاح، ولا تزال في طَوْرِ التجربة والاختبار على الأشخاص الخاضعين لها، بينما التجارب الطبية العلاجية تُحقق النجاح أكثر من الفشل لكونها تُحقّق الهدف المشروع المتمثل في العلاج المناسب، وذلك

Art. R1121-1-1(Code de la santé publique): « Les recherches impliquant la personne humaine portant sur un médicament sont entendues comme tout essai clinique d'un ou plusieurs médicaments visant à déterminer ou à confirmer leurs effets cliniques, pharmacologiques et les autres effets pharmacodynamiques ou à mettre en évidence tout effet indésirable, ou à en étudier l'absorption, la distribution, le métabolisme et l'élimination, dans le but de s'assurer de leur innocuité ou de leur efficacité. »

[7] **Art. R1121-1(Code de la santé publique)**: « **I**. – Sont des recherches impliquant la personne humaine au sens du présent titre les recherches organisées et pratiquées sur des personnes volontaires saines ou malades, en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales qui visent à évaluer : 1° Les mécanismes de fonctionnement de l'organisme humain, normal ou pathologique ; 2° L'efficacité et la sécurité de la réalisation d'actes ou de l'utilisation ou de l'administration de produits dans un but de diagnostic, de traitement ou de prévention d'états pathologiques. »

على خلاف التجارب العلمية التي تسعى عادة إلى تحقيق غايات علمية من دون التركيز على تحقيق العلاج المناسب[8]، فمهما كان الخلاف فيما بينها إلاّ أنّ التجارب الطبية بصفة عامة لها أهمية بالغة من حيث العديد من الجوانب والمتمثلة كالآتي:

- إنّ تقدّمَ علم الطب راجع إلى التطور التكنولوجي للمعدّات الطبية التي يُعول عليها العلماء في إجراء التجارب الطبية، بُغية اكتشاف علاج ناجح لمَرض معين(خطير أو مُزمن أو حديث الظهور)، إذ يعود نجاح معظم العلاجات الطبية إلى التجارب التي قام بها العُلماء في ميدان الطب[9].

- تعتبر التجارب الطبية حتمية فرضتها المخاطر التي يتعرض إليها جسم الإنسان، فبعدما اقتصرت هذه التجارب على الحيوان أصبحت تُنفذ على الكائن البشري مباشرة نظرا لانفراده لبينة فيزيولوجية ذي مناعة متوسطة بالمقارنة مع الحيوانات التي تتمتّع أكثر بالمناعة[10].

- تتمثل أهداف التجارب الطبية إلى اكتشاف العلاج اللازم للوقاية من الأمراض وضمان حماية صحة المواطنين واستمرارية الخدمة الطبية والأمن الصحي بصفة عامة.

- تساهم التجارب الطبية في اكتشاف الأدوية المستعملة على جسم الإنسان للوقاية ومكافحة مختلف الأمراض المنتقلة وغير المنتقلة.

- تهدف التجارب الطبية إلى فهم أسباب تطور الأمراض وآثارها من خلال التشخيص والعلاج وتطوير أساليب الوقاية، في إطار احترام كرامة وحرية الإنسان وضمان حياته الخاصة.

3)- أنواع التجارب الطبية على جسم الإنسان:

يمكن تقسيم التجارب الطبية على جسم الإنسان، إلى تجارب ذات تدخل طبي لغرض العلاج(أ)، وتجارب طبية علمية نظرية على جسم الإنسان، تهدف إلى كسب المعارف والمعلومات(ب)، والتجارب الطبية الأخلاقية(ج)، والتجارب الطبية غير الأخلاقية(د).

أ)- التجارب الطبية على جسم الإنسان لغرض العلاج (Expérimentation cliniques ou thérapeutique):

يكمن الهدف الأساسي من إجراء هذا النوع من التجارب الطبية على جسم الإنسان في محاولة إيجاد علاج لشخص مريض بداء معيّن، يستدعي تدخل طبي للتأكد من مدى سلامة ونجاعة اللقاحات

---

[8] **محمود أحمد طه**، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015، ص 283.

[9] **مواسي العلجة**،" التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية"، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، ص ص 99-101.

[10] **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص ص 33، 34.

الجديدة، الأدوية، المكملات الغذائية، أو حتى نزع أحد أعضاء جسد إنسان(ميت أو حي) لغرض نقله وزرعه في جسم إنسان مريض، والأنسجة، والخلايا البشرية، الخ...[11].

والجدير بالذكر، أنّ التجارب الطبية العلاجية على جسم الإنسان، لا تتّم إلاّ بعد الحصول على موافقة هيئة الصحة أو اللجنة الوطنية لأخلاقيات علوم الصحة التابع للبلد الذي توافق فيه السلطات الرسمية على إجراء العلاج، لكونها مسؤولة(السلطات) عن التدقيق في نسبة المخاطر المحتملة من التجارب والفوائد المنتظرة منها، وبالتالي فإنّ هذه السلطات تمنح فقط التصريح بإجراء التجربة الطبية العلاجية على جسم الإنسان، ولا تضمن أمن وفعالية ذلك العلاج.

ب)- التجارب الطبية العلمية على جسم الإنسان(Recherche médicale scientifique):

يُطلق كذلك على هذه التجارب الطبية، تسمية البحوث العلمية المنهجية التي تُجرى على جسم الإنسان الذي يُوافق على إجرائها سواء كان في صحته أو مريض، وذلك لغرض الحصول على المعلومات والمعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية، وكذا تحسين الممارسات الطبية[12]، حيث تتّم الأبحاث العلمية في مجال الطب على الأحياء(الإنسان) الأصول العلمية في علم الطب وأخلاقيات المهنة، التي من خلالها يتم التأكد من سلامة عقار أو دواء أو لقاح معين وتأثيراته المنتظرة على جسم الإنسان، وذلك بغض النظر عن تواجد مصلحة لدى الشخص الخاضع للتجربة أو من عدمِها.

ج)- التجارب الطبية الأخلاقية على جسم الإنسان(Les expériences médicales licites):

من أهم المبادئ المُستقر عليها في مجال التجارب الطبية على جسم الإنسان، نجد ضرورة إجراء التجارب الطبية العلاجية والأبحاث العلمية بما يخدم الكيان البشري في إطار القانون والمشروعية، حيث يجب على الأطباء والجراحين وعلماء الطب أن يلتزموا في ممارسة نشاطاتهم بقيم الأخلاقيات في مجال الطب، لا سيما إحترام كرامة الإنسان وشرفه، والاستقلالية المهنية، والقواعد المتعلقة بأدبيات مهنة الصحة والاتفاقيات السارية المفعول، والأخلاقيات العلمية، وكذا تدابير البيو- أخلاقيات المُرتبطة بنشاطات نزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا البشرية والتبرع بالدم مُشتقاته واستعمالهما، والمساعدة الطبية على الإنجاب والبحث البيو- طبي.

د)- التجارب الطبية غير الأخلاقية على جسم الإنسان(Les expériences médicales illicites):

إنّ التجارب الطبية غير الأخلاقية على جسم الإنسان، تتم بشكل غير قانوني سواء تمت بموافقة الأشخاص المعنيين مقابل مبالغ مالية زهيدة، ومن دون مراعاة أدنى قواعد وأخلاقيات مهنة الطب، على

---

11 **سايب عبد النور**،" الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم لإنسان"، دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي- وزو، ص 79.

12 **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص ص 30،31.

غرار الاتجار بالأعضاء البشرية، أو بيع أحد الأعضاء من أجل لُقمة العيش، الخ...، أو تُقام هذه التجارب على هؤلاء من دون علم أو موافقتهم الصريحة، أو يُجبرُون على إجرائها في ظروف الحرب[13].

حيث أنّ معظم التجارب الطبية على الأجسام البشرية تمّت على سجناء وأسرى الحربين العالميتين الأولى والثانية، المُقامة بصفة غير أخلاقية ومُنتهِكة لقواعد وأدبيات والممارسات الحسنة لمهنة الطب، التي من خلالها تّم إجبار أو إرغام السجناء على المشاركة في إجراء التجارب الطبية من دون الحصول على موافقتهم الصريحة، عن طريق تشريحهم وبتر أعضائهم الجسمية وحقنهم بتلقيحات بكتيرية لرصد آثارها على البشر، بُغية تطوير الأسلحة البيويولوجية والكيماوية واستعمالها خلال الحرب.

ولعلّ ما أجراه الجيش الإمبراطوري الياباني(الحرب الصينية اليابانية الثانية) وألمانيا النازية في مُعسكرات الاعتقال خلال الحرب العالمية الثانية(1945/1939)، من تجارب طبية بَشِعَة على السُّجناء وبالخصوص يهود(الأطفال خاصة) مختلف الدول الأوروبية المُستعمرة، وكذا أسرى الحرب السّوفيات والرّومانيين والبولونديين، الخ...، لا يتصوّرها العقل بالنّظر إلى ما تركته هذه التجارب من أضرار جسدية خطيرة، وتشوهات وإعاقات دائمة، أو حتى الموت.

ثانيا- مشروعية إجراء التجارب الطبية على الكيان الجسدي للإنسان.

أثار موضوع التدخلات الطبية على جسم الإنسان اهتمام فقهاء القانون حول مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان من مؤيد ومعارض(أ)، وكذا العديد من التشريعات الدولية والوطنية، بشأن شرعية الأساليب الطبية والعلمية المستخدمة في إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان(ب).

أ)- موقف فقه القانون من مشروعية التجارب الطبية العلاجية وغير العلاجية على جسم الإنسان:

اتفق بعض فقهاء القانون حول مشروعية التجارب الطبية العلاجية على جسم الإنسان، مستندين في ذلك إلى العديد من المبرّرات، ولو اختلفوا في بعض المسائل(1)، بينما الاتجاه الأخر من فقه القانون انقسم إلى جانب مؤيد لمشروعية إجراء التجارب العلمية على جسم الإنسان، وجانب منهم معارض للتجارب الطبية العلمية(2).

1)- حجج فقه القانون حول مشروعية التجارب الطبية العلاجية على جسم الإنسان:

من بين الحجج التي استند عليها فقهاء القانون حول مشروعية إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان، نجد أنّ الغاية الرئيسية من هذه التجارب تكمن في تحقيق مصلحة المريض في الشفاء والعلاج

[13] **Claire AMBROSELLI**, « Eugénisme, crime contre l'humanité et droits universels. », Revue d'Histoire de la Shoah, 2005/2 N° 183, pp. 466-469.

من المرض الذي يُعاني منه، التي من خلال يجب على الطبيب مراعاة الأصول العلمية والطبية المتعارف عليها في إجراء هذا النوع من التجارب[14].

كما تعتبر التجارب العلاجية على جسم الإنسان، ضرورة علمية في المجال الطبي الذي يعتمد على البحث والتجربة، والمعرفة الدقيقة لنتائج الأدوية المُجربة ومدى صلاحيتها في العلاج، فحسب هؤلاء، فإنّ أي تجريم لهذا النوع من التجارب يقضي على روح الابتكار والإبداع في مجال الطب وما يترتب عنه من ركود في البحث العلمي وقف مسارات البحث عن العلاجات الجديدة للإنسان[15].

بالإضافة إلى ذلك، يرى جانب من هذا الفقه، أنّ التجارب الطبية العلاجية تعتمد على فكرة العدالة التي من خلالها ساهمت في تحسين الحالة الصحية للبشرية بالنظر إلى ما حققته التجارب العلاجية السابقة من نتائج إيجابية لصحة الإنسان، حيث لم يتفق الفقهاء حول هذا التبرير لكون أنّ التجارب الطبية العلاجية السابقة وظيفتها ليست أساسية بل ثانوية على الشخص الخاضع للتجربة، وتمّت كذلك وفقا للإرادة الصريحة للأطباء والمرضى وليس بالإكراه عليهم[16].

2)- موقف فقهاء القانون من مشروعية التجارب الطبية العلمية على جسم الإنسان:

انقسم هذا الاتجاه من الفقه، بشأن مشروعية التجارب العلمية على جسم الإنسان، من جانب مؤيد ومعارض، حيث استند الجانب الرافض من هؤلاء الفقهاء الذي تزعمه فقهاء الألمان والفرنسيين، إلى أنّ انتفاء القصد من العلاج في إجراء التجارب العلمية على الإنسان، يؤدي إلى عدم مشروعيتها، أين يعتبر القصد كشرط ضروري لإجرائها على جسد الإنسان، كما أنّ عدم توافر شرط مصلحة الغير في التجارب العلمية أو غير العلاجية، يؤدي إلى عدم جواز التصرف في سلامة جسم الإنسان[17].

بينما الاتجاه المؤيد من فقه القانون بشأن إجراء التجارب العلمية على جسم الإنسان، تزعمه الفقه الأنجلوسكسوني وبعض الفقهاء الإيطاليين والفرنسيين والألمانيين، الذي يستند إلى أنّ توافر عنصر الرضا فيما بين أطراف التجربة الطبية العلمية(صاحب التجربة والشخص الخاضع لها)، يؤدي إلى إقرار مشروعية هذه التجارب على جسم الإنسان، التي لا تُخالف النظام العام وتحقق بالتالي المصلحة المشروعة للمجتمع، المتمثلة في اكتساب المعارف الطبية وعلاج الكثير من الأمراض المستعصية[18].

---

14 **ميرفت منصور حسن**، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 27.

15 للمزيد من المعلومات، أنظر: **عبد القادر الحسني إبراهيم محفوظ**، التجارب الطبية بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 05.

16 **مأمون عبد الكريم**، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 702.

17 **مأمون عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 712.

18 **عبد القادر حسني إبراهيم محفوظ**، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإصابة بالفيروسات، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 708.

ب)- موقف التشريعات الدولية والوطنية من مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان:

من خلال هذا العنصر نتطرق إلى تقنين نورمبيرغ لعام 1947(1)، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948(2)، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان لعام 1950(3)، وإعلان الجمعية الطبية العالمية في هلسنكي 1964(4)، وكذا موقف كل من المشرعين الفرنسي(5) والجزائري حول مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان(6).

1)- تقنين نورمبيرغ لعام 1947(Nuremberg Code):

هذا التقنين(**Code de Nuremberg**) ما هو إلاّ نسخة(Extrait) من الحكم الجزائي الصادر بتاريخ 19-20 أوت 1947[19]، عن المحكمة العسكرية الأمريكية في قضية(23) متّهم ألماني نازي (**United States of America versus Karl Brandt et al.**)[20]، منهم(20) أطباء وباحثين في الطب تمّت مُحاكمتهم على أساس ارتكابهم لجرائم حرب وضد الإنسانية، التي من خلالها قاموا بتجارب طبية غير مشروعة (Les médecins du III[e] Reich) على أسرى وسُجناء الحرب العالمية الثانية(1945/1939) في داخل معسكرات الاعتقال لألمانيا النازية(**Auschwitz, de Buchenwald, de Dachau, de Natzweiler,**)

هذا التقنين(**Code de Nuremberg**) ما هو إلاّ نسخة(Extrait) من الحكم الجزائي الصادر بتاريخ 19-20 أوت 1947[21]، عن المحكمة العسكرية الأمريكية في قضية(23) متّهم ألماني نازي (**United**

---

19 "Trials of War Criminals Before the Nuernberg [Nuremberg] Military Tribunals Under Control Council Law No**, octobre 1946 - avril 1949"**. 10, vol. II, Washington, DC, U.S. Government Printing Office, 1949- 1953, pp. 181-183, (Lire en ligne(en)): https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html, consulté le 12/12/2021.

20 تم إحداث المحكمة العسكرية الأمريكية من طرف الحلفاء بموجب إتفاق لندن في 08 أوت 1945، لمحاكمة مجموعة من الأطباء النازيين المتهمين بارتكاب جرائم ضد الإنسانية أثناء الحرب العالمية الثانية(1945/1939)، حيث تتشكل هيئتها من قضاة أمريكيين للفصل في قضية النزاع التي تجمع بين الإدارة العسكرية الأمريكية لمنطقة الاحتلال، ضد السلطة الطبية العليا لألمانيا النازية التي تضم مجموعة من الأطباء **(Le gouvernement militaire de la zone d'occupation américaine c/ Un groupe de médecins, représentés par Karl Brandt, autorité médicale suprême du Reich et ses co-inculpés)**، المتهمين بإعداد وتنفيذ تجارب طبية غير مشروعة على أجسام أسرى وسجناء(الأطفال اليهود خاصة) الحرب العالمية الثانية، التي من خلالها قام الخبيران(D[r] Leo ALEXANDER et P[r] Andrew Ivy) بإعداد عشرة(10) قواعد أساسية حول مشروعية إجراء التجارب الطبية على الإنسان، التي اعتمدت عليها المحكمة أثناء البت في النزاع. للمزيد من المعلومات أنظر:

Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945, (Texte intégral (fr)) disponible sur le site : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/350?OpenDocument, consulté le 12/11/2021.

Voir aussi : **Bruno HALIOUA**, Le procès des médecins de Nuremberg, l'irruption de l'éthique biomédicale, Toulouse, Érès, 2017, (ISBN 978-2-7492-5656-6), pp. 16, 603-606.

Claire AMBROSELLI, op.cit., pp. 469-474.

21 "Trials of War Criminals Before the Nuernberg [Nuremberg] Military Tribunals Under Control Council Law No**, octobre 1946 - avril 1949"**. 10, vol. II, Washington, DC, U.S. Government Printing

(**States of America versus Karl Brandt et al.**[22]، منهم(20) أطباء وباحثين في الطب تمّت مُحاكمتهم على أساس ارتكابهم لجرائم حرب وضد الإنسانية، التي من خلالها قاموا بتجارب طبية غير مشروعة (Les médecins du III[e] Reich) على أسرى وسُجناء الحرب العالمية الثانية**(1945/1939)** في داخل معسكرات الاعتقال لألمانيا النازية (Auschwitz, de Buchenwald, de Dachau, de Natzweiler, de Ravensbrueck et de Sachsenhausen, entre septembre 1939 et avril 1945)[23]، حيث تضمّن(الحكم) على عشرة(10) مبادئ أساسية اعتمدت عليها المحكمة أثناء الفصل في النّزاع لتقدير مدى مشروعية أو لا مشروعية التجارب الطبية على البشر، أين أُعتمدت تلك المبادئ في فرنسا عام 1984 كقواعد في الأخلاقيات والأدبيات الطبية، من طرف اللجنة الاستشارية الوطنية لأخلاقيات علوم الحياة والصحة(CCNE) [24]، والتي أقرّها فيما بعد مجلس الدولة الفرنسي في 1988[25].

وعليه، أكدّت المحكمة من خلال هذا الحكم، على ضرورة إعلام الشخص المعني بطبيعة التجربة الطبية والغاية منها مع ضرورة الحصول على موافقته الصريحة، ويجب أن يترتب عن تلك التجربة نتائج مثمرة تعود بالفائدة على المجتمع، والتي يستحيل الحصول عليها بالطرق الأخرى أو الدراسات العلمية،

Office, 1949- 1953, pp. 181-183, (Lire en ligne(en)): https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html, consulté le 12/12/2021.

[22] تم إحداث المحكمة العسكرية الأمريكية من طرف الحلفاء بموجب إتفاق لندن في 08 أوت 1945، لمحاكمة مجموعة من الأطباء النازيين المتهمين بارتكاب جرائم ضد الإنسانية أثناء الحرب العالمية الثانية(1945/1939)، حيث تتشكل هيئتها من قضاة أمريكيين للفصل في قضية النزاع التي تجمع بين الإدارة العسكرية الأمريكية لمنطقة الاحتلال، ضد السلطة الطبية العليا لألمانيا النازية التي تضم مجموعة من الأطباء **(Le gouvernement militaire de la zone d'occupation américaine c/ Un groupe de médecins, représentés par Karl Brandt, autorité médicale suprême du Reich et ses co-inculpés)**، المتهمين بإعداد وتنفيذ تجارب طبية غير مشروعة على أجسام أسرى وسجناء(الأطفال اليهود خاصة) الحرب العالمية الثانية، التي من خلالها قام الخبيران(D[r] Leo ALEXANDER et P[r] Andrew Ivy) بإعداد عشرة(10) قواعد أساسية حول مشروعية إجراء التجارب الطبية على الإنسان، التي اعتمدت عليها المحكمة أثناء البت في النزاع. للمزيد من المعلومات أنظر:

Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945, (Texte intégral (fr)) disponible sur le site : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/350?OpenDocument, consulté le 12/11/2021.

Voir aussi : **Bruno HALIOUA**, Le procès des médecins de Nuremberg, l'irruption de l'éthique biomédicale, Toulouse, Érès, 2017, (ISBN 978-2-7492-5656-6), pp. 16, 603-606.

Claire AMBROSELLI, op.cit., pp. 469-474.

[23] « "Code de Nuremberg" : traductions et adaptations en français », in Des cobayes et des hommes : expérimentation sur l'être humain et justice, Paris, Belles Lettres, 2011. http://descobayesetdeshommes.fr/Docs/NurembergTrad

Xavier AUREY, « La transformation du corps humain en ressource biomédicale. Étude de droit international et européen. », Droit. Université Panthéon-Assas (Paris II), France, 2015, pp. 04-08.

[24] Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et la santé (CCNE), Avis n° 2 du 9 oct. 1984, Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme, p. 19, in Xe Anniversaire du CCNE, Les avis de 1983 à 1993, CCNE, 1993, pp. 39,40.

[25] Conseil d'État, Sciences de la vie. De l'éthique au droit, Paris, Documentation française (« Notes et études documentaires » 4855), 1988 (fév.) ; deuxième éd., oct. 1988, p. 167.

وكذا يجب أن تُؤسَّس التجربة الطبية وفقا لنتائج التجارب الحيوانية، ومعلومات أو معارف عن تاريخ المرض، أو أي مشكلة مَحل دراسة أين تُبرِّر النتائج المنتظرة ضرورة إجراء التجربة الطبية على الإنسان.

وتُضيف المحكمة، إلى أنّ الشخص الخاضع للتجربة الطبية يجب حمايته من أي إصابة أو معاناة جسدية أو عقلية، وأن يباشر تلك التجربة أطباء أو باحثين أكفاء، مع توخي الحيطة والحذر أثناء مباشرة مهامهم، ويجب أن لا يتجاوز مستوى المخاطرة في التجربة الطبية أهمية المشكل المتعلق بالإنسان الذي تهدف التجربة إلى حلّه، إذ يحق للشخص الخاضع للتجربة الطبية الرجوع عن موافقته الصريحة وفقا لظروفه العقلية والجسدية، أين يستحيل مواصلة إجراء التجربة الطبية عليه.

وبالتالي، وُجِّهَتْ العديد من الانتقادات لقواعد تقنين نورمبرغ لعام 1947، سواء من حيث الموضوع أو الشكل، فمن ناحية الموضوع لم تُحدد قواعد هذا التقنين، لإجراءات الموافقة بالنسبة للأطفال القُصر، وعدم منعها لإجراء التجارب الطبية على فئة الأشخاص المُصابين بالأمراض العقلية مثلا، ضف إلى ذلك، أنّ تلك القواعد غير مُلزمة للدول، الأمر الذي دفع ببعض هذه الدول إلى إجراء تجارب طبية غير مشروعة ومُخالفة لأخلاقيات مهنة الطب والقواعد الدولية، بينما من الناحية الشكلية، نفى بعض فقهاء القانون، الطابع الدولي على قواعد هذا التّقنين، التي أعدّتها دول الحلفاء بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، كما أنّ هيئة المحكمة مُشكّلة من قُضاة أمريكيين وفقا لقواعد إجرائية أمريكية.

فبالرغم من الانتقادات المُوجّهة لهذا التّقنين، إلاّ أنّه يعتبر أحد المبادئ الأساسية لأخلاقيات التجارب على جسم الإنسان على المستوى الدولي، والتي أخذت بها الدول كنموذج إستندت إليه أثناء سنّها لقواعد وشروط إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان.

2)- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 (La déclaration Universelle des Droits de l'Homme (1948)):

هو وثيقة حقوق الإنسان الدولية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948(**Résolution 2017(Ⅲ)**) بباريس(فرنسا)، كخطوة مبدئية لإضفاء الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، التي اكتملت في عام 1966 ودخلت حيز التنفيذ في عام 1976[26]، حيث يتألف هذا الإعلان من (30) مادة حول الحقوق والحريات الأساسية للفرد مع تأكيد طابعها العالمي كمعيار مُشترك لجميع شعوب دول العالم، والتي أخذت بها جميع الدول سواء عند إبرامها للاتفاقيات والمعاهدات الدولية أو أثناء سنها لتشريعات الوطنية.

حيث يمتّع الفرد بموجب أحكام المواد من (01) إلى (12) من الإعلان، بالحق في الحياة والحرية والحماية والمساواة والعدالة المنصفة، مع منع كل أشكال التمييز العنصري والرّق والتعذيب، واحترام حرمته وكرامته أو اعتقاله بطريقة غير قانونية، وتُضيف المواد(25) و(28) و(29) من نفس الإعلان، أنّه

[26] **La déclaration Universelle des Droits de l'Homme (1948)**, adoptée et proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948. https://www.un.org ou https://www.amnesty.org, consultés le 10/06/2021.

يحق للفرد الاستفادة من الخدمات الصحية والضمان الاجتماعي، مع ضمان تجسيد واحترام الحقوق والحريات المنصوص عليها في أحكام هذا الإعلان وفي الاتفاقيات الدولية[27].

وعليه، فإنّ أحكام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان غير مُلزمة للدول ولا يكتسي طابع الاتفاقية أو المعاهدة الدولية التي تستوجب على الأطراف التوقيع والتصديق بتحفظ أو من دونه، ولا يمكن للأفراد الإدعاء بأحكامها أمام المحاكم الدولية أو الوطنية أين يبقى هذا الإعلان مجرد لائحة صادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة، ولإضفائه بطابع الإلزامية يجب التوقيع والتصديق عليه من جميع الدول المنظمة للأمم المتحدة(ONU)، وبالتالي يبقى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان(1948) يكتسي أهمية كبرى لدى الدول، إذ يُستعمَل كنموذج يتّم الاسترشاد به من قِبَلِ الدول أثناء سنّها سواء لتشريعاتها الداخلية أو الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

والجدير بالذكر، أنّ الجزائر أقرّت الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، بموجب المادة (11) من دستور 1963، التي بموجبها إنظمت إليه(الإعلان) مُقتنعةً بضرورة التعاون الدولي، أين أكدّت بأنّها سوف تَنْظَّمُ(الجزائر) إلى أيّ مُنظمة دولية تستجيب لطموحات الشّعب الجزائري[28].

3)- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 (Convention Européenne des droits de l'homme, telle qu'amendée par les Protocoles n^os^ 11, 14 et 15, complétée par le Protocole additionnel et les Protocoles n^os^ 4, 6, 7, 12,13 et 16):

وَقّعت الدّول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي على هذه الاتفاقية في 04 نوفمبر 1950 بروما(إيطاليا)، المعدلة بموجب البروتوكولات رقم 11 و14 و15، والمتممة بموجب البروتوكول الإضافي، والبروتوكولات رقم 04 و06 و07 و12 و13 و16، والتي دخلت حيّز التّنفيذ في 03 سبتمبر 1953، حيث تهدف هذه الاتفاقية إلى حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لمواطني دول الإتحاد الأوروبي[29]، إذ تّم على إثرها إحداث المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في 21 جانفي 1959(European Court of Human Rights) بروما، والتي يتواجد مقرّها بمدينة ستراسبورغ(Strasbourg) الفرنسية[30].

فوفقا لنص المادة(01) منها، يجب على الأطراف الموقّعة عليها الإلتزام باحترام حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية المنصوص عليها بموجب أحكام هذه الاتفاقية، أين يجوز لكل دولة الالتزام بحماية

---

[27] Voir les **Arts. 01 au 12 et 25, 28, 29**, (**Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (1948)**).

[28] **Constitution du 10 septembre 1963**, JORA n° 64, du 10/09/1963.
Art.11 : « La République **donne son adhésion** à la **Déclaration universelle des droits de l'Homme**. Convaincue de la nécessité de la coopération interactionnelle. Elle donnera son adhésion à toute organisation internationale répondant aspirations du peuple algérien. »

[29] **Convention Européenne des droits de l'homme,** du 04/11/1950 (entrée en vigueur le 03/09/1953), telle qu'amendée par les Protocoles n^os^ 11, 14 et 15, complétée par le Protocole additionnel et les Protocoles n^os^ 4, 6, 7, 12,13 et 16. https://www.eur-lex.europa.eu ou https://www.conventions.coe.int, consultés le 10/09/2021.

[30] **Cour Européenne des Droits de l'homme(CEDH)**. https://www.echr.coe.int, consulté le 10/09/2021.

أفرادها المتواجدين خارج إقليم الإتحاد الأوروبي، حيث كرّست المادة(02) منها حق الحياة خاص بالبشر فقط ولا يشمل الحيوان أو الأشخاص المعنوية، إذ لا تندرج الوفاة كمخالفة لما وُرد في الفقرة الأولى من نفس المادة(1/02)، في حال ما إذا دفعت الضرورة القصوى إلى استعمال القوة لضمان الدفاع عن النفس أو أي شخص أخر ضد أي اعتداء غير مشروع، أو مباشرة التوقيف القانوني أو منع عملية الهروب من السجن لشخص محبوس بصفة قانونية، أو قمع أعمال الشّغب أو العِصيان.

كما منعت المادة(03) من نفس الاتفاقية، تعرّض جسم الإنسان للتعذيب أو العقوبات أو المعاملات غير الإنسانية أو المُهِينَة، حيث يحق للإنسان وفقا للمادتين (05) و(06) من نفس الاتفاقية، التمتّع بالحرية والأمن مع ضمان عدم المساس بها(الحرية)، باستثناء حالات الاعتقال القانوني التي يتعرض لها من طرف القوات النظامية، أين يحق للشّخص الموقوف إعلامه في وقت وجيز بأسباب اعتقاله وبالتهمة المُوجهة إليه، مع ضمان إجراءات المحاكمة العادلة والمنصفة، وكذا التعويض المناسب في حال توقيفه بطريقة غير قانونية.

4)- إعلان الجمعية الطبية العالمية هلسنكي 1964(Déclaration d'Helsinki 1964):

تم اعتماد هذا الإعلان من طرف الجمعية الطبية العالمية (Association médicale mondiale(AMM)) خلال جمعيتها العامة الثامنة عشرة(18)، المُنعقدة في جوان 1964 بهلسنكي(الفنلندية)، والمعدّلة بموجب الجمعية العامة(29) بطوكيو، أكتوبر 1975، والجمعية العامة(35) بالبندقية(إيطاليا)، أكتوبر 1983، والجمعية العامة(41) بهونكونغ، سبتمبر 1989، والجمعية العامة(48) بسومريست الشرقية(جنوب إفريقيا)، أكتوبر 1996، والجمعية العامة(52) بإيدانبورغ(اسكتلندا)، أكتوبر 2000، والجمعية العامة(53) بواشنطن، أكتوبر 2002، والجمعية العامة(55) بطوكيو، أكتوبر 2004، والجمعية العامة(59) بسيول(جمهورية كوريا)، أكتوبر 2008، والجمعية العامة(64) بفورتليزا(البرازيل)، أكتوبر 2013[31].

حيث يتعلق هذا الإعلان بالمبادئ والأخلاقيات المطبقة في التجارب الطبية على جسم الإنسان، التي من خلالها نص على القواعد المطبقة على التجارب الطبية العلمية، والقواعد المطبقة على التجارب الطبية العلاجية.

[31] **Déclaration d'Helsinki de l'association médicale mondiale, sur les Principes éthiques applicables aux recherches médicales sur des sujets humains**, adoptée par la 18e Assemblée générale, Helsinki, Juin 1964 et amendée par la 29e Assemblée générale, Tokyo, Octobre 1975, et la 35e Assemblée générale, Venise, Octobre 1983, et la 41e Assemblée générale, Hong Kong, Septembre 1989, et la 48e Assemblée générale, Somerset West (Afrique du Sud), Octobre 1996 et la 52e Assemblée générale, Edimbourg, Octobre 2000, et la 53e Assemblée générale, Washington DC(USA), Octobre 2002, et la 55e Assemblée générale, Tokyo, Japon, Octobre 2004, et la 59e Assemblée générale, Séoul,(République de Corée) , Octobre 2008, et la 64e Assemblée générale, Fortaleza(Brésil), Octobre 2013. https://www.wma.net/fr/policies-post/, consulté le 13/09/2021.

وعليه، أخذت جميع الدول بهذه المبادئ في تشريعاتها الوطنية لتنظيم أخلاقيات مهنة الطب، التي من خلالها يجب أن تتم التجربة الطبية أولا على الحيوان وأنّ تنفيذها على جسم الإنسان يتم وفقا لمبادئ أخلاقية وعلمية البروتوكول الصحي مع إحالتها إلى اللجنة الطبية المستقلة للنظر فيها، إذ يجب أن تُجرى هذه التجارب من طرف أشخاص مؤهلون علميا مع تحمل المسؤولية، حيث يجوز إجراء التجربة في حال ما إذا كانت فوائدها أكثر من مخاطرها مع امتناع الأطباء عن إجرائها إذا تعذر عليهم التنبؤ بهذه المخاطر.

وكذا يجب احترام والحفاظ على سلامة الخاضع للتجربة وأخذ جميع الاحتياطات اللازمة عند الاقتضاء، مع إعلامه بأهداف وطرق وفوائد وأخطار التجربة الطبية مع إمكانية الرجوع عن موافقته الصريحة بشأن تلك التجربة، إذ يجب في جميع الظروف، الحصول على موافقة الولي الشرعي للطفل القاصر أو الغير المميّز قبل إجراء التجربة الطبية عليه.

وعليه، جاء إعلان هيلسنكي لعام 1964 لتكملة المبادئ الواردة في تقنين نورمبرغ لعام 1947، حيث تعتبر مبادئ هذا الإعلان القواعد الأساسية المعمول بها حاليا في مجال إجراء التجارب الطبية العلاجية وغير العلاجية على جسم الإنسان، والتي أخذت بها جميع الدول بعين الاعتبار أثناء سنها للقوانين المتعلقة بالصحة، في حين ميز هذا الإعلان فيما بين التجارب الطبية العلاجية وغير العلاجية على جسم الإنسان، أين وجّه بعض فقهاء القانون وعلماء الطب انتقادات بشأن الأبحاث التجريبية الطبية العلاجية، التي تترتّب عنها عادة نتائج غير علاجية للإنسان في حالة تجريب دواء(Placebo) غير فعال على جسم الإنسان، أين لا تترتّب عنه نتائج مُفيدة لصحة الإنسان، إذ يُستعمل هذا الدواء في التجارب الطبية العلاجية كمادة لغرض إجراء المقارنة مع النتائج المترتبة عن الأدوية المُجرّبة[32].

ضف إلى ذلك، أنّ إعلان هلسنكي لعام 1964، عندما تطرق في العنصر(C) إلى المبادئ المُطبّقة على التجارب الطبية العلاجية، استعمل مُصطلح "البحث الطبي أثناء المعالجة" أي (Principes applicables a la **recherche médicale** conduite au cours d'un traitement)، الذي قصد منه البحث التجريبي المُرادف لمصطلح التجربة الطبية العلاجية، التي بدورها تعتبر جزءً من الأبحاث العلمية، وبالتالي فمصطلح "البحث" في مجال الطب له مدلول واسع، فالبحث العلمي يكون الغرض منه تحليل معطيات علمية معينة لاستخلاص أوجه التشابه والاختلاف فيما بينها، أو تتبع بيانات حالة معينة واستخلاص الحقائق من الناحية الوصفية، حيث يمكن أن يكون البحث العلمي بحثا تجريبيا في حالة التدخل الطبي العلاجي[33].

---

[32] **Peggy CARDIN-CHANGIZI,** « Placebo : définition, effet, médicament, vaccin, efficacité. », article de Journal des femmes, publié le 04/11/2021, à 15 :28 sur le site : https://www.santé.journaldesfemmes.fr/fiches-medicament/2756181/, consulté le 18/10/2021.

[33] **Dominique POISSON**, « Déclaration d'helsinki. Quelles nouveautés ? », Revue Laennec, 2002/01, Tome 50, pp. 48, 49.

5)- موقف المشرع الفرنسي من التجارب الطبية على جسم الإنسان:

بالرجوع إلى نص المادة 16-3 من التقنين المدني الفرنسي، فإنّه لا يمكن المساس بالسلامة الجسدية للإنسان إلاّ في حالة الضرورة الطبية للشخص المعني، وكاستثناء في حالة المصلحة العلاجية للشخص الأخر، إذ أنّه يجب الحصول على الموافقة المسبقة للشخص المعني وذلك باستثناء حالة التدخل الطبي لغرض العلاج، وبالتالي يمكن للطبيب أن يتدخل لغرض علاج جسم الإنسان بذاته أو لعلاج شخص أخر، بشرط الحصول على المُوافقة المُسبقة للشخص الخاضع للتجربة الطبية العلاجية، أو من دون الحصول عليها في حال ما إذا اقتضت حالته الصحية لتدخل علاجي استعجالي.

وعليه، فإنّ التجارب الطبية العلاجية وغير العلاجية على جسم الإنسان يجب أن تتّم في إطار احترام الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، كحقه في الحياة واحترام حرمته وكرامته سواء أثناء حياته وبعد موته، وحقه في الاستفادة من خدمات الصحة والضمان الاجتماعي، إلى غير ذلك، فوفقا لنصوص المواد(**L1110-2**)[34] و(**L 1111-2**)[35] و(**L1122-1**)[36] و(**L1122-1-1**) من تقنين الصحة الفرنسي[37]، يجب

---

[34] **Art. L1110-2**(**Code de la santé publique**) : « La personne malade a droit au respect de sa dignité.»

[35] **Art. L1111-2**(**Code de la santé publique**) : « I. - Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus.[…].»

[36] **Art. L1122-1**(**Code de la santé publique**) : « Préalablement à la réalisation d'une recherche impliquant la personne humaine, une information est délivrée à la personne qui y participe par l'investigateur ou par un médecin qui le représente. Lorsque l'investigateur est une personne qualifiée, cette information est délivrée par celle-ci ou par une autre personne qualifiée qui la représente. L'information porte notamment sur : 1° L'objectif, la méthodologie et la durée de la recherche ;
2° Les bénéfices attendus et, dans le cas de recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ;
3° Dans le cas de recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, les éventuelles alternatives médicales ;
4° Dans le cas de recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, les modalités de prise en charge médicale prévues en fin de recherche, si une telle prise en charge est nécessaire, en cas d'arrêt prématuré de la recherche, et en cas d'exclusion de la recherche ;
5° L'avis du comité mentionné à l'article L. 1123-1 et l'autorisation de l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 1123-12 ;
6° Le cas échéant, l'interdiction de participer simultanément à une autre recherche ou la période d'exclusion prévues par le protocole et son inscription dans le fichier national prévu à l'article L. 1121-16 ;
6° bis Pour les recherches à finalité commerciale, les modalités de versement de contreparties en sus de la prise en charge des frais supplémentaires liés à la recherche, le cas échéant, dans les conditions prévues à l'article L. 1121-16-1 ;
7° Le cas échéant, la nécessité d'un traitement des données à caractère personnel conformément aux dispositions de l'article 69 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. La personne dont la participation est sollicitée est informée de son droit d'avoir communication, au cours ou à l'issue de la recherche, des informations concernant sa santé, détenues par l'investigateur ou, le cas échéant, le médecin ou la personne qualifiée qui le représente. […].

على القائم بالتجربة الطبية على جسم الإنسان، احترام كرامة المريض وإعلامه مُسبقا بوثيقة مكتوبة تتضمن على جميع المعلومات المتعلقة بكافة مراحل التدخل الطبي(العلاجي أو غير العلاجي) والنتائج المترتبة عنه، مع الحصول على إرادته الصريحة قبل إجراء التجربة الطبية.

والجدير بالذكر، أنّ التجارب الطبيّة العلميّة على الإنسان، لا يتم تنظيمها وتنفيذها لغرض تطوير المعارف البيولوجية أو العلاجية، إلاّ بعد الحصول على ترخيص وفقا للشروط المحدّدة بموجب أحكام هذا التّقنين، حيث تنقسم هذه التجارب إلى ثلاثة فئات[38]:

- التجارب الطبية العلاجية التي تتّم على شخص غير مكفول به بصفة مُعتادة؛
- التجارب الطبية التي تتضمن على المخاطر وقيود أقل شِدَّةً، حيث تُحدَّد هذه التجارب في قائمة بموجب قرار الوزير المكلف بالصحة، بعد الأخذ برأي "المدير العام للوكالة الوطنية لسلامة الأدوية ومُعدّات الصحة"؛
- التجارب الطبية غير العلاجية التي لا تشمل على المخاطر أو القيود، والمُطبّقة على جميع العمليات الطبية والمعدّات المُستعملة بطريقة مُعتادة.

6)- موقف المشرع الجزائري تجاه التجارب الطبية على جسم الإنسان:

Les informations communiquées sont résumées dans un **document écrit** remis à la personne dont le consentement est sollicité. A l'issue de la recherche, la personne qui s'y est prêtée a le droit d'être informée des résultats globaux de cette recherche, selon les modalités qui lui seront précisées dans le document d'information. »

[37] **Art. L1122-1-1(Code de la santé publique)** : « **Aucune recherche** mentionnée au 1° de l'article L. 1121-1 **ne peut être pratiquée** sur une personne **sans son consentement libre et éclairé**, recueilli par **écrit**, après que lui a été délivrée l'information prévue à l'article L. 1122-1. Lorsqu'il est impossible à la personne concernée d'exprimer son consentement par écrit, celui-ci peut être attesté par la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, par un membre de la famille ou, à défaut, par un des proches de la personne concernée, à condition que cette personne de confiance, ce membre ou ce proche soit indépendant de l'investigateur et du promoteur. Aucune recherche mentionnée au 2° de l'article L. 1121-1 ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre, éclairé et exprès. Aucune recherche mentionnée au 3° du même article L. 1121-1 ne peut être pratiquée sur une personne lorsqu'elle s'y est opposée.

Dans le cas où la personne se prêtant à une recherche a retiré son consentement, ce retrait n'a pas d'incidence sur les activités menées et sur l'utilisation des données obtenues sur la base du consentement éclairé exprimé avant que celui-ci n'ait été retiré.»

[38] **Art. L1121-1(Code de la santé publique)** : « Les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisées dans les conditions prévues au présent livre et sont désignées ci-après par les termes " recherche impliquant la personne humaine ".

Il existe trois catégories de recherches impliquant la personne humaine :

1° Les recherches interventionnelles qui comportent une intervention sur la personne non justifiée par sa prise en charge habituelle ; **2°** Les recherches interventionnelles qui ne comportent que des risques et des contraintes minimes, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé ; **3°** Les recherches non interventionnelles qui ne comportent aucun risque ni contrainte dans lesquelles tous les actes sont pratiqués et les produits utilisés de manière habituelle. […]. »

أجاز المشرع الجزائري إجراء التجارب الطبية العلاجية أو العلمية على جسم الإنسان، بموجب أحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم[39]، والقانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، المعدل والمتمم[40]، والمرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992[41]، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، التي اشترط المشرع من خلالها مراعاة الإجراءات القانونية المتعلقة بالخصوص، بوجوب إعلام الشخص الخاضع للتجربة الطبية بالنتائج والعلاج والمخاطر المترتبة عنها، مع الحصول على موافقته الصريحة بشأن التجربة مع إمكانية سحبها في أي وقت.

وكذا يجب إجراء دراسات بيولوجية ملائمة للشخص الخاضع للتجربة العلاجية التي ينبغي من خلالها التأكد من أنّ نتائجها تعود بالفائدة المباشرة عليه، مع ضرورة احترام القائم بالتجربة الطبية للمبادئ الأخلاقية والعلمية والأدبيات والبيو-أخلاقيات الطبية التي تحكم الممارسة الطبية، حيث يجب

---

[39] **قانون رقم 85-05** مؤرخ في 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08، الصادر في 1985/02/17، **المعدل والمتمم** بموجب **القانون رقم 90-17** المؤرخ في 31 جويلية 1990، ج ر عدد 35، الصادر في 24 محرم 1411 هـ، **والمعدل والمتمم** بموجب **القانون رقم 06-07** المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر عدد 47، الصادر في 2006/07/19، **والمعدل والمتمم** بموجب **القانون رقم 08-13** المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج ر عدد 44، الصادر في 2008/08/03.

تنص **المادة 2/168**، على ما يلي:" يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان، في إطار البحث العلمي. يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه، لممثله الشرعي. تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة."

وتنص **المادة 168 مكرر3**، على ما يلي:" تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه."

وتنص **المادة 1/168**، 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 والتجربة. يحدد تشكيل هذا المجلس وتنظيمه وسيره، بموجب مرسوم."

[40] **قانون رقم 18-11** مؤرخ في 02 جويلية 2018، يتعلق بالصحة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020، السالف الذكر.

تنص **المادة 382**، على ما يلي:" تنشأ لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية على مستوى المصالح الخارجية المكلفة بالصحة. [...]. تحدد مهام اللجنة وتشكيلتها وتنظيمها وسيرها، عن طريق التنظيم."

وتنص **المادة 383**، على ما يلي:" تخضع الدراسات العيادية لرأي لجنة الأخلاقيات الطبية المذكورة أعلاه."

وتنص **المادة 447**، على ما يلي:" يواصل المجلس الوطني والمجالس الجهوية للأدبيات الطبية المنتخبة والمنصّبة وفقا لأحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير 1985 والمذكور أعلاه، ممارسة صلاحياته إلى غاية تنصيب المجالس الوطنية والجهوية للأدبيات الطبية المنصوص عليها في أحكام هذا القانون."

[41] **مرسوم تنفيذي رقم 92-276** مؤرخ في 06 جويلية 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52، الصادر في 07 محرم 1413 هـ.

تنص **المادة 18** منه، على ما يلي:" لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة وعند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض."

أن تخضع التجارب الطبية العلاجية وغير العلاجية لرقابة لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية، باعتبارها جهاز مُستقل يمارس مهامه تحت وصاية المصالح المختصة لوزارة الصحة.

ثالثا- مدى مشروعية إجراء التجارب الطبية على الإنسان للقضاء على فيروس كورونا ومتحوراته(variants du SARS-CoV-2).

يعتبر فيروس(كوفيد-19) المعروف بـ(SARS-CoV-2)، أحد الفيروسات المتحوّرة التي لها مضاعفات سلبية تؤدي غالبا إلى موت الإنسان، الذي يفتقد للحصانة المسبقة لتفادي الإصابة بهذه العدوى وانتقالها، الأمر الذي يدفع بالمصابين إلى اللجوء مباشرة إلى المستشفيات من أجل تلقى العلاجات اللازمة بغية التخفيف من تأثيرات هذا الفيروس وبالتالي الشفاء، أو انتظار الموت المحقق في حالة ما إذا كانت تأثيرات الفيروس شديدة الخطورة .

وعليه، سارعت مختلف المخابر الطبية لدول العالم إلى ابتكار العديد من اللقاحات التجريبية(Comirnaty, Spikevax, AstraZeneca, Janssen, etc.)، لغرض إيجاد دواء من شأنه أن يقضي على فيروس كوفيد-19(SARS-CoV-2) ومتحوراته (Alpha(Royaume-Uni), Bêta(Afrique du Sud), Gamma(Brésil), Delta(Inde), Omicron(Afrique du Sud), Lambda(Pérou), Mu, Epsilon(USA), Zeta, Eta, Theta, Lota(USA), Kappa, etc.) ، الذي ازدادت خطورة مضاعفاته تزامنا مع ظهور وتفشي متحورات جديدة بالرغم من تلقي المصابين به مُسبقاً للتطعيم من الجرعات الموصى بها من الأطباء.

حيث أكدت منظمة الصحة العالمية(OMS)، أنّ جميع اللقاحات ضد فيروس (كوفيد-19) لا تُوفّرُ الحماية الكاملة(100%) للمصابين به، أين يمكن أن يُصاب الأشخاص الذين تلقوا التطعيم وفقا لعدد الجرعات المتطلبة، بهذا الفيروس من جديد، مع انتقاله لأشخاص آخرين في حالة ما إذا لم يتخذوا الاحتياطات اللازمة لمنع انتقال العدوى، على غرار التباعد البدني ولبس الكمامة والحفاظ على التهوية الجيّدة وتجنب الحشود وتنظيف اليدين، والسُّعال في ثَنية المرفق أو في منديل ورقي، مع ضرورة إجراء اختبار في حالة ما إذا كان الشخص مريض[42].

وبالرغم من ذلك، فإنّ لقاحات (كوفيد-19) التي وافقت عليها منظمة الصحة العالمية تُوفر على الأقل بعض الحماية من العدوى ومنع انتقالها، وفي حالة مرض الأشخاص الحاصلون على التطعيم، فمن المحتمل أن تظهر عليهم أعراض خفيفة الحدّة، إذ من النادر جدا أن يعاني هؤلاء من المرض الشديد أو الموت، إلاّ أنّ ذلك الفيروس يمكن أن ينتقل من هؤلاء إلى الأشخاص غير الملقحين الذي تزداد معهم خطورة مضاعفاته في حالة ما إذا لم يتخذوا الاحتياطات العلاجية لتفادي الإصابة بالعدوى وانتقالها،

[42] Organisation mondiale de la santé(OMS), « Efficacité potentielle, efficacité réelle et protection des vaccins », article publié sur le site : https://www.who.int/fr/news-room/feature-stories/detail/vaccine-efficacy-effectiveness-and-protection, consulté le 08/02/2023.

وبالتالي فإنّ التجارب الطبية على جسم الإنسان ضد جائحة (كوفيد-19) تتطلب المزيد من الأدلة الدامغة حول مدى فعاليتها ونجاحها في وقف العدوى وانتقالها للأشخاص الآخرين.

انطلاقا من ذلك، تذبذبت مواقف دول العالم بشأن فعالية اللقاحات المبتكرة، من دول جعلت التطعيم ضد(كوفيد-19 ومتحوراته) غير إلزامي على مواطنيها[43]، ودول أخرى فرضت إلزامية التطعيم بإحدى اللقاحات المعتمدة على مُواطنيها أو كل مواطن راغب في الدخول إلى أراضيها، أين نادى مُعارضي التطعيم ضد(كوفيد-19 ومُتحوراته)، عبر مواقع التواصل الاجتماعي بضرورة تطبيق قواعد تقنين نورمبرغ لعام 1947، مع ما يَحْدُثُ الآن من تجارب طبية لهذه اللّقاحات على جسم الإنسان، التي حسب هؤلاء، تُخَالِفُ ما جاءت به مبادئ هذا التقنين، وبالخصوص حق الشخص الخاضع للتجربة الطبية في الرضا المُتبصّر، الخالي من الإكراه، والتدليس، أو استعمال أي قوّة، وكذا حق إعلامه المسبق بشأن العلاج والمخاطر التي يتعرض إليها[44].

وبالتالي، فإنّ جميع التجارب الطبية على جسم الإنسان أثبتت أنّ جميع هذه اللّقاحات لا ترتقي إلى مرتبة الدواء، أين لا تزال إلى حدّ الآن قَيْدَ التجربة الطبية على جسم الإنسان، ونتائجها غير مضمونة في العلاج من العدوى أو المرض، إذ لم يتوصّل عُلماء الطب إلى حد الساعة في تأكيد فعالية نتائج هذه اللّقاحات في القضاء تماما على فيروس(كوفيد-19) ومتحوراته، حيث يجب على الأشخاص مواصلة تطبيق تدابير الصحة العامة اللازمة لمنع الإصابة من هذا الفيروس وانتقاله، والتي تعتبر حاليا(التدابير) من أفضل طرق الحماية والعلاج من متحوراته الجديدة[45].

الخاتمة:

من خلال ما سبق، نصل إلى أنّ التجارب الطبية العلاجية والعلمية على جسم الإنسان، أصبحت موضوع السّاعة والشّغل الشاغل لكل دولة، نظرا لما ساهمت به من نتائج أثمرت في القضاء على الأوبئة وطرح العديد من الأدوية الجديدة إلى الأسواق للعلاج من مختلف الأمراض من جهة، غير أنّه من جهة أخرى فإنّ نتائج بعض هذه التجارب غير مضمونة في الكثير من الأحيان، أين تحمل في طياتها الكثير من المخاطر والأضرار على جسم الإنسان الخاضع للتجربة الطبية.

---

[43] **Audrey LE GUELLEC**, « Variants du Covid-19 : faut-il s'inquiéter pour l'efficacité du vaccin ? », article publié le 14/01/2021 à 14h30, sur le site : https://www.tf1info.fr/sante-covid-19-variants-anglais-variats-sudafican-japonais-faut-il-s-inquiéter-pour-l-efficacite-du-vaccin-2175487.html

[44] **Thomas DESZPOT**, « Peut-on légitimement invoquer le Code de Nuremberg pour s'opposer au vaccin contre le Covid ? », article publié le 14/01/2021 à 23h29, sur le site : https://www.tf1info.fr/sante-Peut-on-légitimement-invoquer-le-code-de-nuremberg-pour-s-opposer-au-vaccin-contre-le-covid-2175536.html

[45] لمزيد من المعلومات حول **متحورات فيروس (كوفيد-19)، السارية المفعول إلى حدّ الآن**، أنظر الموقع الإلكتروني لمنظمة الصحة العالمية: https://www.who.int/fr/activities/tracking-SARS-CoV-2variants

حيث تطلّب الأمر تدخل مُشّرعي الدول، لتأطير عملية إجراء التجارب الطبية العلاجية وغير العلاجية على جسم الإنسان، بغية تحقيق التوازن بين التجارب الطبية العلمية التي تتم في إطار حرية البحث العلمي، وضرورة التدخل الطبي العلاجي على جسم الإنسان، من جهة، وبين حتمية توفير الحد الأدنى من الحماية الواجبة للجسم البشري من جهة أخرى، حيث اعترف فقه القانون وجميع التشريعات الدولية والوطنية بمشروعية إجراء التجارب الطبية العلمية والعلاجية على جسم الإنسان، التي تتّم في إطار مراعاة قواعد الأخلاقيات والأدبيات العلمية والبيو- أخلاقيات التي تحكم مهن الصحة.

وعليه، فإنّ اللُّقاحات المبتكرة لعلاج فيروس كوفيد-19 ومتحوراته، أثارت الجدال والعديد من النقاشات بشأن مشروعية التجارب الطبية العلاجية على جسم الإنسان، أين لا تزال هذه اللقاحات رهن التّجريب على البشرية، بالرغم من تأكيد علماء الطب عدم فعالية نتائجها في القضاء على المرض الجديد(SARS-CoV-2) وبالخصوص مُتحوراته(Variants du Cavid-19)، أين توقفت فعالية نتائجها(Vaccins) فقط حول التخفيف من حدّة الإصابة بالفيروس لدى المرضى المُصابين، والمُلقّحين مُسبقاً بإحدى هذه اللّقاحات(التلقيح يجب أن يتّم قبل الإصابة بالفيروس)، وبتعبير أخر، في حالة ما إذا أُصِيبَ جسم الإنسان بفيروس(كوفيد-19)(SARS-CoV-2) أو متحوراته(Variants du Cavid-19)، لا يجب على الشخص المُصاب به أن يقوم بالتلقيح ما دام أنّ نتائج اللّقاحات غير مضمونة للقضاء عليه.

ولهذا، نادى البعض بضرورة تطبيق قواعد نورمبرغ 1947 على التجارب الطبية العلاجية على جسم الإنسان، بخصوص اللّقاحات الجديدة ضد فيروس كوفيد-19 ومُتحوراته التي لا تزال قيد التّجريب على البشرية وأنّ نتائجها العلاجية غير مضمونة للقضاء على هذا الفيروس ومتحوراته، حيث فرضت بعض الدول إلزامية التلقيح بإحدى هذه اللقاحات لمنع انتشار هذا الفيروس المُتحوّر، من دون الحصول على الرضا المتبصر للأشخاص الخاضعين للتجربة الطبية، وإعلامهم المُسبق بالمخاطر المترتبة عن التلقيحات الجديدة.

فبالرغم من الانتقادات المُوجهة لمعظم اللّقاحات الجديدة ضد فيروس كوفيد-19 ومتحوراته، إلاّ أنّ أغلبية علماء الطب نادوا بضرورة التلقيح أين أكدّوا فعالية نتائج "بعض هذه اللّقاحات في العلاج" بغية منع انتشار هذا الفيروس في صفوف البشر الذين تم تلقيحهم مُسبقا بالدواء الجديد قبل الإصابة بالفيروس(SARS-CoV-2).

وعلى ضوء هذه الدّراسة، توصلنا إلى تقديم **التوصيات التالية:**

- يجب على المخابر الطبية التقيد بقواعد تقنين نورمبرغ لعام 1949(Nuremberg Code) التي تعتبر أحد المبادئ الأساسية في مجال إعداد وتنفيذ التجارب الطبية على جسم الإنسان، والتي يتم الاستناد بها (القواعد) حتى أمام الجهات القضائية الدولية والوطنية؛

- الأخذ بعين الإعتبار مشروعية نتائج بعض التجارب الطبية العلاجية(كوفيد-19) المُقامة على جسم الإنسان، التي وقع عليها إجماع فقه القانون وعلماء الطب بشأنها ولو بصفة نسبية، أين حرصوا على ضرورة توفير حماية أكثر للجسم البشري في ظل تفشي التجارب الطبية غير المشروعة؛

- يجب على التشريعات الدولية والوطنية التوفيق بين المبادئ الأساسية المتعلقة بجسم الإنسان والمُمارسات الطبية التي تهدف بالخصوص إلى تحقيق غرض علاجي، من خلال مُسايرة التّطورات التي عرفتها التجارب الطبية الحديثة على جسم الإنسان، على غرار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لغرض المتاجرة بها، وإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي غير المشروعة، إلى غير ذلك؛

- يجب الحصول على المزيد من الأدلة حول نتائج التجارب الطبية على جسم الإنسان ضد فيروس(كوفيد-19) ومتحوراته، التي يمكن أن تترتب عنها نتائج إيجابية بصفة نسبية، أو نتائج سلبية تُلحق أضرار للمريض ولو بصورة جانبية، وذلك مهما قلّت نسب النجاح أثناء التدخل الطبي للعلاج أو القضاء على المرض؛

- يجب على الأشخاص مواصلة التقيد بتدابير الصحة العامة(Gestes barrières) اللازمة لمنع الإصابة بفيروس (كوفيد-19) ومتحوراته الجديدة أو انتقالها، والتي تظل إلى حد الآن كأفضل علاج ضد هذا الفيروس.

العلاج الجيني: دراسة فقهية قانونية

Gene therapy: a legal jurisprudence study

سليماني صبرينة

جامعة وهران2 محمد بن احمد

ملخص:

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على العلاج الجيني كأسلوب جديد للسيطرة على المرض والتخلص منه وبالتالي تغيير حياة الإنسان والحلول دون تعرضها للهلاك، لكن تطبيقات هذا العلاج محفوفة بالمخاطر إن تمت بصفة عشوائية دون ضوابط، إذ قد تؤدي ذلك إلى المساس بكرامة الإنسان والتلاعب بالبناء الوراثي له وتعرضه للعديد من الأمراض السرطانية.

تبين لنا من خلال هذه الدراسة، أهمية العلاج الجيني واختلاف تقنياته ما أدى إلى اختلاف الآراء بشأنه، حيث يختلف حكم استخدامه على الخلايا الجسدية باختلاف القصد والغرض من إجراءه بينما ترى الأغلبية عدم شرعية العلاج الجيني للخلايا الجنسية والجنينية، في حين ذهبت التشريعات في موقفها إلى عدة اتجاهات أيضا منها من عالجها بإضافة فقرات ومواد في قوانين الصحة ومنها من سكت عن ذلك ويبقى الفيصل في العلاج الجيني هو الضمير الإنساني.

الكلمات المفتاحية :الهندسة الوراثية، العلاج الجيني، الغرض التحسيني، الحكم الشرعي،الموقف القانوني.

Abstract :

The study aims to shed light on gene therapy as a new method to control and get rid of the disease and thus change human life and prevent it from being destroyed, but the applications of this treatment are fraught with risks if done randomly without controls, as this may lead to compromising human dignity and manipulating the genetic structure of him and exposing him to many cancer diseases.

Through this study, we found out the importance of gene therapy and the difference in its techniques, which led to different opinions on it, as the ruling on its use on somatic cells differs depending on the intent and purpose of its procedure, while the majority of jurisprudence considers the illegality of gene therapy for sex cells and embryonic cells, while legislation in its position went in several directions as well, including those who treated it by adding paragraphs and articles in health laws and those who kept silent about it, The key to gene therapy remains the human conscience.

Keywords: Genetic engineering;Gene therapy; Ameliorative purpose; Islamic ruling; Legal position.

مقدمة:

تطورت العلوم الطبية وتقنياتها تطورا هائلا ما أدى إلى اكتشاف الأهمية العلاجية للجسم البشري. بوصفه مجموعة من الأنسجة المترابطة والعناصر الحية التي يمكن الاستفادة منها، لاسيما في القضاء على أسباب المرض والخلل في جسم الإنسان، فقد أفضى اكتشاف "الجينوم"إلى فتح فرع جديد من العلوم تحت تسمية "المعلوماتية الحيوية "وأصبح من الممكن تحديد تسلسل DNA،و تحديد موقع التالف منه عن طريق الهندسة الوراثية.

تعددت استخدامات الهندسة الوراثية وكان من ابرز تقنياتها العلاج الجيني والذي أخذ بالانتشار بشكل واسع باعتباره جرعة أمل لمن يعاني مشاكل خاصة بالمورثات الناتجة عن طفرات أو أمراض وراثية، حيث يحمل الكائن الحي مجموعة من الصفات تحدد خصائصه وتعمل على إبقائه على قيد الحياة[1] .

اختلف العلماء عن أولى محاولات العلاج الجيني فمنهم من يرجعها إلى الدكتور "مارتن دين" بجامعة كاليفورنيا ومنهم من يرجعها إلى كتابات طالب بكلية الطب بجامعة هارفارد يدعى "أندرسون فرنش" والذي قدم ورقة بحث للنشر كتب فيها عن كيفية علاج الأمراض الوراثية أو العيوب الخلقية عن طريق التدخل الوراثي لكن بحثه قبل بالرفض و اعتبر ما كتبه خيالي[2] .

هذا الأخير قام بأول تجربة استخدم فيها العلاج الجيني عام 1990 على طفلتين مصابتين بعوز مناعي مترافق وشديد وهو ما عرف بمتلازمة طفل الفقاعة والذي يكون نتيجة النقص الشديد في أنزيم الادينوزين ديمتاز Deaminase Adénosine والذي يرمز إليه ب ADA يؤدي نقصه إلى غياب فعالية الجملة المناعية، مما يؤدي إلى سهولة تعرض و إصابة المريض بالجراثيم و الفيروسات القاتلة في اغلب الأحيان[3].

هذا وتكمن أهمية الموضوع في حداثته وتشابكه مع العديد من المواضيع من جهة ولارتباطه بالإنسان ووجوده ومعاناته من انتشار الكثير من الأمراض من جهة أخرى، إضافة إلى عدم إخضاع مثل هذه العلاجات لأحكام قانونية مفصلة بالرغم من إتاحتها إمكانيات واسعة للتلاعب بالجينات وهو ما يتعارض مع الثوابت و القواعد الجوهرية في القانون.

---

[1] القرقوري فاطمة، مستقبل الطب و علم الوراثة و الجينوميات الرهانات و المخاطر، استشراف، الكتاب السادس، دراسات، 2021، ص222.

[2] محتال أمينة، التأطير القانوني للعمل الطبي على الجينوم البشري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد، 2016-2017، ص 232

[3] رنا العجوري، بيولوجيا، مقال متوفر على موقع جامعة الشام الخاصة PDFhttp://www.aspu.edu.sy/laravel-filemanager/files/18/، تم الاطلاع عليه بتاريخ 10-2-2023.

إذن جاءت هذه الدراسة للإجابة على إشكالية العلاج الجيني كتقنية جديدة واستخداماته المختلفة بين الموقف الفقهي والقانوني لما لهذه التقنية من مخاطر؟

وللإجابة على الإشكالية السالفة الذكر اعتمدنا على المنهج الوصفي والتحليلي من خلال وصف العلاج الجيني بمختلف جوانبه وتحليل الآراء الفقهية والقانونية حوله وفق التقسيم الثنائي إلى مبحثين نتناول في الأول ماهية العلاج الجني، وفي الثاني موقف الفقه والقانون من استخدامات العلاج الجيني.

المبحث الأول-ماهية العلاج الجني

تمكن العلماء من فك شفرة الخريطة الجينية للكائن الحي و سمح لهم ذلك بتوضيح صفاته وما يحمله من خبايا لاسيما من الأمراض الوراثية[1] وبذلك استطاعوا علاج الكثير منها عن طريق استئصال الجين المعيب أو استبداله وهو ما سمي بالعلاج الجيني(المطلب الأول)، والذي يستلزم مجموعة من الضوابط تختلف أثارها بمدى مراعاتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول-مفهوم العلاج الجيني:

تتداخل تقنيات الهندسة الوراثية فيما بينها فمجموع التقنيات الحيوية التي تمكن عزل الجينات والتعرف عليها، على تركيبتها وطريقة حذفها او إضافتها او حتى دمجها مع بعض ونقلها بين أنواع مختلفة من الكائنات الحية يطلق عليها وصف هندسة الجينات وإذا كان الغرض من هذه التقنية تصحيح العيوب الموجودة في هذه الجينات والتي تسبب أمراض وراثية نسميها بالعلاج جيني، و لذلك من الضروري تعريف العلاج الجيني وتميزه عن بعض المفاهيم المشابهة(الفرع الأول)، ومن ثم بيان أنواعه(الفرع الثاني).

الفرع الأول-تعريف العلاج الجيني وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له :

تعددت التسميات التي قدمت للعلاج الجيني لكن التعاريف تتمحور حول نفس التقنية (أولا)، ومن التعريف نميز بين العلاج الجيني وما يشابهه(ثانيا).

أولا-تعريف العلاج الجيني: يعتبر العلاج الجيني احد تطبيقات الهندسة الوراثية، فالجين هو الوحدة الوراثية في جسم الكائن الحي ولكل وحدة وراثية أو جين معين عمل يقوم به ويكون هذا العمل تركيبا أو وظيفيا للإنسان وبذلك قدم العلماء أكثر من تعريف للعلاج الجيني تصب جميعها في معنى واحد، منها: "استبدال الجين المعطوب بأخر سليم أو إمداد خلايا المريض بعدد كاف من الجينات السليمة من

[1] محمد حسين الحمداني، رنا عبد المنعم الصراف، تقنيات العلاج الجيني في ضوء مبدأ حرمة جسم الإنسان، مجلة الرافدين، المجلد 15، العدد52، 2012، ص225.

اجل تعويض الجينات المعطوبة"[1]، "إسكات جينات معينة من التعبير عن البروتينات المعيبة المرمزة لها"[2]،" تقنية لتصحيح الجينات المعيبة المسئولة عن حدوث مرض ما"[3].

يتبين مما سبق أن العلاج الجيني يعتمد على المعلومات المشفرة التي يتم الحصول عليها من الجينوم البشري وتحديد موقع كل جين وعلاقته بسابقه ولاحقه، كما يمكن جسم الإنسان من تزويد نفسه بالقدرة على إنتاج بعض المواد البيولوجية والهرمونات التي يحتاجها مع امكانة استقرار العلاج مدى الحياة.

ثانيا-تمييز العلاج الجيني عن بعض المفاهيم المشابهة:يختلف العلاج الجيني عن كل من الاستنساخ (1) والتعديل الوراثي (2) وعن عمليات التجميل (3).

1-العلاج الجيني والاستنساخ: قد يثور لبس بين العلاج الجيني و الاستنساخ باعتبارهما من تقنيات الهندسة الوراثة، لذلك من الضروري التمييز بينهما، لكن قبل ذلك علينا تعريف الاستنساخ .

فالاستنساخ هو تقنية تهدف إلى تكوين كائن حي متكامل مطابق من حيث الخصائص الوراثية والفزيولوجية والشكلية لكائن أخر، وبالتالي فالفرق واضح بين العلاج الجيني الذي يتعامل مع الأمراض والتشوهات فقط بهدف التخلص منها على عكس الاستنساخ الذي يهدف لتكوين كائن حي ، فالعلاج الجيني يلجأ إلى الاستنساخ بصورته الجزئية من اجل استنساخ الجينات اللازمة للعلاج[4].

2-العلاج الجيني والتعديل الوراثي:التعديل الوراثي هو تصحيح عمل المورثات التي لا تؤدي وظيفتها إما بإصلاحها أو استبداله أما العلاج الجيني فهو إحدى وسائل تعديل العوامل الوراثية لإصلاح الخلل فيها بل هي من أفضلها[5].

3-العلاج الجيني وعمليات التجميل: هناك فرق بين التغيير أو التجميل الحاصل على بعض أعضاء الجسم المصابة بالآفة أو القبح (جراحة الأنف) والعلاج الجيني الذي يتم عن طريق التحكم في المصادر و الأجهزة المتحكمة في الأعضاء والمسؤولة عنها شكلا و لونا و كما[6] .

---

[1] حنان كامل عبد الحميد احمد، التدابير الوقائية و العلاجية لحماية الأسرة من الأمراض المعدية والوراثية-دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية أصول الدين و الدعوة، الجزء الثاني ، العدد السابع و الثلاثون، 2019، ص1920.

[2] ابتهال محمد رمضان أبو جزر، العلاج الجيني للخلايا البشرية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية ، غزة،2008، ص16.

[3] محتال أمينة، المرجع السابق، ص 232.

[4] ابتهال محمد رمضان أبو جزر، المرجع السابق، ص10

[5] كمال محمد عواد، تعديل العوامل الوراثية،دراسة فقهية ،مجلة كلية الدراسات الإسلامية و العربية، المجلد السابع و الثلاثون، 2019، ص 1852.

[6] معتصم محمود إسماعيل، حكم علاج الأمراض الوراثية بالجينات، مجلة الجامعة العراقية ، الجزء 2، العدد57، ص252.

ثانيا-أنواع العلاج الجيني: للعلاج الجيني أنواع متعددة بحسب و ذلك راجع لاعتبارات مختلفة منها نوع الخلية المراد علاجها (1) وبحسب الطريقة التي يتم بها إيصال الجين السليم (2)، وبحسب مستوى العلاج المراد (3).

1-العلاج الجيني بحسب نوع الخلية المعالجة: و هي بدورها تنقسم إلى نوعين:

-العلاج الجيني للخلايا الجسدي : وتشمل كل خلايا الجسم باستثناء الخلايا الجنسية و الخلية الجنينية (البيضة الملقحة)

-العلاج الجيني للخلايا الجنسية والجنينية: ويكون ذلك بإصلاح أي خلل جيني على مستوى الخلايا الإنجابية بعلاج البويضة عند الأنثى آو الحيوان المنوي للذكر آو حتى البيضة الملقحة (الأمشاج) في مراحل النمو الأولى[1]، وهنا يتم استخدام كميات اقل من الفيروسات مما يخفف من رد الجهاز المنعي ضدها.

2- العلاج الجيني بحسب الطرقة التي يتم بها إيصال الجين السليم: وهو بدوره ينقسم إلى نوعين:

-علاج جيني داخلي-In vivo genetherapy: ينصب هذا العلاج على إدخال الجين السليم إلى النسيج المراد علاجه و يكون ذلك في حالة الأمراض التي يصعب فيها الحصول على الخلايا المصابة و في الخلايا التي لا تنقسم كثيرا وكذلك التي ليس لها خلايا جذعية[2]، و ذلك بطرق كيميائية أو فيزيائية أو عنطريق الفيروسات التراجعية[3]،و هنا يفضل العلماء إتباع طريقة العلاج الخارجي لان الفيروسات التراجعية لا تدخل إلى نوع واحد من الخلايا حيث من الممكن أن يعمل الجين في خلايا غير مقصودة[4].

-العلاج الجيني الخارجي- Ex vivo genetherapy: و يكون ذلك بانتشال الخلايا المراد معالجتها ووضعها في مزارع خلوية توفر لها الظروف الملائمة للنمو وتحدث عملية العلاج خارجا بإضافة جين أو انتزاعه ثم تعاد الخلية إلى الجسم مرة أخرى [5]، وهذا النوع من العلاج يتناسب كثيرا مع مختلف أمراض الدم الوراثية لان جميع خلايا الدم تنشأ من نوع واحد من الخلايا الجذعية.

3-العلاج الجيني بحسب مستوى العلاج المراد: ينقسم العلاج الجني حسب المستوى إلى خمسة أنواع و هي:

---

[1] احمد راضي احمد أبو عرب، الهندسة الوراثية بين الخوف و الرجاء، دار ابن رجب-دار الفوائد، 2010، ص50.

[2] حنان كامل عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص1860.

[3] معتصم محمود إسماعيل، المرجع السابق، ص249.

[4] نسرين خضور ، العلاج الجيني للخلايا البشرية، المركز الوطني للمتميزين، حلقة بحث في مادة علم الأحياء، الجمهورية العربية السورية، 2016-2017، ص10متوفر على الموقع ncd.sy/uplosds/projects/project_file:_713.pdf، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2-5-2023.

[5] Anne Galy, La thérapie génique ,France Assos Santé, 2019,Article disponible sur, France-assos-santé.org.

-علاج الضعف الجيني: في هذه الحالة لا يكون الجين معطل كليا بل يؤدي وظيفته لكن بقدرة منخفضة حيث يجب أن يكون له مستوى معيين من الطاقة لأداء وظيفته بأكمل وجه، و يتم معالجته باستخدام أنزيمات تمده بالطاقة اللازمة[1] .

-استئصال الجينات المعيبة:حيث تؤدي الجينات المعيبة إلى حدوث خلل في الأداء الوظيفي ما يسبب العديد من الأمراض ويستوجب استئصال الجين المعيب بجراحة جينية دقيقة عبر تقنية الليزر وبأقطار شعاعية رقيقة[2].

-استبدال الجين المعيب بأخر سليم: في هذه الحالة لا يكفي إمداد الجين بالطاقة لأنه معطل نهائيا لا يمكن له تأدية وظيفته ولا تفيد عملية الاستئصال، فيتم استبداله بجين سليم لضمان التوازن داخل جسم الإنسان[3] .

-إدخال جينات جديدة: حيث يتم إدخال جينات جديدة موجهة لتكوين مواد هامة للخلية لكنها غير موجودة فيها وهذه الجينات المضافة إما يتم اختيارها من خلية أخرى من أنسجة الإنسان نفسه أو من إنسان أخر[4].

المطلب الثاني –ضوابط مباشرة العلاج الجيني والآثار المترتبة عليه:

يبعث مستقبل العلاج الجيني على الكثير من التفاؤل لكن عمليا من الصعب تنفيذه لارتباطه بالعديد من الأنشطة الحيوية المعقدة، فبالإضافة إلى الضوابط الشرعية التي سنتطرق لها لاحقا نجد ضوابط علمية (الفرع الأول) تترتب عليها أثار تختلف بإتباعها من عدمه(الفرع الثاني).

الفرع الأول-ضوابط مباشرة العلاج الجيني:

لضمان نجاح العلاج الجيني وتحقيق الهدف المنشود ، يجب مراعاة مجموعة من القواعد (أولا) وإتباع الأسلوب المناسب (ثانيا).

أولا-القواعد المتبعة في العلاج الجيني: لتحقيق هدف العلاج الجيني يجب إتباع مجموعة من القواعد العلمية المتفق عليها، أولها اختيار الجين المراد إدخاله وذلك بدراسة الأداء الوظيفي لها وللطاقم الوراثي المختار لإدخال الجين فيه[5]، وذلك بعد التعرف على موقع الجين المعيب، ومن ثم التأكد من آمان

[1] حنان كامل عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص1862.

[2] ابتهال محمد رمضان أبو جزر، المرجع السابق، ص19.

[3] عبد الباسط الجمل، عصر الجينات، الطبعة 2، دار الرشاد،القاهرة، 2001، ص86.

[4] ابتهال محمد رمضان أبو جزر، المرجع السابق، ص19.

[5] محمد حسين الحمداني،رنا عبد المنعم الصراف، المرجع السابق، ص213.

الجين المختار والناقل الحامل له وعدم احتواءه على جينات موجهة لتكوين نواتج مناعية مدمرة للجينات المغروسة أو المستبدلة.

وأخيرا ضرورة ضمان تعبير الجينات المدخلة عن نفسها بإظهار الصفات المسؤولة عنها وعدم تعرضها للكمون الوراثي الذي يلاشي دورها و يمكن التغلب على ذلك بإضافة مواد كيميائية تعمل على تنشيط هذه الجينات[1].

ثانيا-أساليب العلاج الجيني: إيصال الجين السليم إلى الخلية المراد معالجتها يتم عبر نوعين من النواقل الفيروسية و غير الفيروسية .

بالنسبة للنواقل الفيروسية (التراجعية)،فهي أفضل الناقلات الحيوية لتمتعها بخاصية الانغراس في الصبغيات لتصبح جزء منها و ذلك راجع للحمض النووي الخاص بها (رنا) والذي يتحول إلى (دنا) وينغرس في (دنا) صبغيات الشخص المراد علاجه[2].

أما الناقلات غير الفيروسية فهي جسيمات الليبوسوم أو الضفائر الذهنية لليبوبلكس وتمتاز بمجموعة من المزايا منها إمكانية استخدامها في العلاجات المتكررة وخلوها من المخاطر (الاستجابة المناعية،فقدان القدرة على التجميع)، لكن رغم ذلك تبقى كفاءتها اقل بكثير من الفيروسات التراجعية[3].

الفرع الثاني-الآثار المترتبة على العلاج الجيني:

الاستخدام الحكيم لعلاج الجيني وفق ضوابطه العلمية يخدم البشرية ويحقق العديد من الايجابيات (أولا) لكن انحرافه لمصالح بعض الأفراد أو المجتمعات المتطرفة يفرز سلبيات شديدة الخطورة(ثانيا).

أولا- الايجابيات: للعلاج الجيني كتقنية طبية فوائد كثيرة نذكر منها:

-إثراء المعرفة العلمية بالكشف والتعرف على التركيبة الوراثية للإنسان ومكوناتها ومدى قابليتها لحدوث أمراض معينة، حيث تم اكتشاف أكثر من 6 ألاف مرض وبالتالي استفادة الملايين من هذا العلاج[4].

---

[1] حسن شمسي باشا، الوراثة و الهندسة في الجينوم البشري، مجلة الفقه والعلم ، العدد15، 2017، ص244.

[2] محمد حسين الحمداني، رنا عبد المنعم الصراف، المرجع السابق، ص214.

[3] Nathalie Lannoy, Cédric Hermans, Thérapie génique en 2017: état des lieux et perspectives, Revue Thérapie Génique , disponible sur: https://www.louvainmedical.be/sites/default/files/content/article/pdf/lmed-01-2017-01-lannois.pdf.

[4] إياد محمد علي العبيدي، الهندسة الوراثية المتقدمة،الأسس والتطبيقات، ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، 2001.، ص187.

-زيادة سرعة ودقة التشخيصات وتحسين توجيه العلاجات والوقاية من الأمراض الوراثية وتفادي وقوعها أو الإسراع بعلاجها[1].

-علاج عدد كبر من الأمراض الوراثية في زمن وجيز، حيث تلقى أكثر من 160 مريض نوعا من العلاج الجيني على الأقل في أواخر 1993 وارتفع العدد إلى 200 محاولة سريرية عام1997 [2].

-الحد من زواج حاملي الجينات المريضة وبالتالي الحد من الولادات المشوهة

-يستفاد من معرفة ودراسة الخواص والمؤثرات في الجينات إنتاج أدوية أمنة وفاعلة وقليلة المضاعفات خاصة بكل مرض[3].

-إنتاج مواد بيولوجية وهرمونات يحتاجه الجسم للنمو والعلاج الذاتي.

-التقليل من نسبة المرض داخل المجتمع وذلك عن طريق الاسترشاد الجيني والاستشارة الوراثية.

ثانيا-سلبيات العلاج الجيني ومخاطره: من ابرز ما يميز العلاج الجيني عن غيره من العلاجات تأثيره الدائم والمستمر، ورغم الآثار الايجابية السالفة الذكر إلا انه يواجه محاذير من النتائج الوخيمة لاستخدامه، فهو ينطوي على العديد من المخاطر منها:

-الكشف عن بعض الأمراض الوراثية يؤثر سلبا على حياة الأفراد فقد يتعرضون لعدم القبول وما يترتب عن ذلك من أضرار دون أي ذنب بل قد لا يصابون بآي مرض رغم حملهم للجين المعيب

-التأثير على ثقة الإنسان بنفسه ويصيبه بالخوف والهلع من المستقبل الأسود المنتظر ما يؤدي إلى إصابته بالأمراض النفسية التي قد تقضي عليه .

-معالجة الأجنة قبل ولادتها قد يؤدي إلى مضاعفات خطيرة على حياة الأم والجنين

ا-لآثار السلبية الناتجة عن عمل الجين السليم في الخلايا غير تلك المستهدفة كتعطيل جين فعال او تحفيز جين ممرض خامل[4].

-الفشل في تحديد موقع الجين على الشريط ألصبغي للمريض قد يسبب مرض اشد خطورة وهو ما حدث لأحد المرضى عام1999 في جامعة بنسلفانية وأصيب أربعة آخرون من نقص المناعة الحاد مرض

---

[1] منظمة الصحة العالمية، توصيات بشان التعديل الوراثي للجينوم البشري من اجل النهوض بالصحة العالمية ، 2021، متوفر على الموقع www.who.int.تم الاطلاع عليه بتاريخ 20-04-2023.

[2] إياد محمد علي العبيدي، المرجع السابق، ص188.

[3] سمية عبد العاطي محمد ،التلاعب بالجينات الوراثية، دراسة فقهية مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد التاسع والثلاثون،2022، ص ص2231

[4] نسرين خضور، المرجع السابق، ص 10.

اللوكيميا (سرطان الدم) ، حيث توصل الأطباء إلى تحديد مجموعة من الجينات التي يؤدي الخلل فيها إلى الإصابة بالسرطان (جينات كابتات الأورام،الجينات المحفزة للأورام، الجينات المسؤولة عن إصلاح أخطاء الحامض النووي، وأخيرا الجينات المسؤولة عن مساعدة الخلية المشوهة تشوها خطيرا)[1].

المبحث الثاني –الموقف الفقهي والقانوني من العلاج الجيني

الشريعة الإسلامية خالدة، دائمة و شاملة فقد استطاعت بنصوصها العامة ومبادئها الكلية إيجاد قواعد وضوابط تستجيب لهذه المستجدات (المطلب الأول) ويبقى القانون أهم وسيلة يضمن فيها ممارسة العلاج الجني (المطلب الثاني).

المطلب الأول - الموقف الفقهي من العلاج الجيني:

للنفس مكانة عظيمة في الإسلام، فكل ما فيه حفظها وبناؤها مشروع وكل ما فيه هدمها فهو محرم، والعلاج بمعنى التداوي مشروعا من حيث الجملة ويدور بين حكم الواجب المباح والاستحباب، لكن هناك جدل فقهي بين مؤيد فكرة العلاج الجيني ورافض لها، لذا علينا بيان موقف الفقه الإسلامي من الاستخدام الجيني (الفرع الأول) ومن ثم موقف الفقه الطبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول-موقف الفقه الإسلامي من الاستخدام الجيني:

الاستخدام الجيني بما له من خصوصية في كل حالة على حدا وما يترتب عليه من مصالح ومفاسد يجعل من إصدار حكم عام لجميع الأنواع غير جائز ، لكون الحكم الشرعي إنما يكون دقيقا إذا كان متعلق الحكم معلوما مبينا واضحا فالحكم على الشيء فرع من تصره، لذلك يتم تقسيم الاستخدام الجيني إلى نوعين الاستخدام الجيني للخلايا الجسدية (أولا) والاستخدام الجيني للخلايا الجنسية (ثانيا).

أولا- الاستخدام الجيني للخلايا الجسدية : لكل خلية في جسم الإنسان وظيفة معينة تضمن السير الوظيفي الحسن للجسم، لكن قد تصاب بعض الخلايا بعطب نتيجة خلل جيني فتتعطل وظيفتها فيصاب الجسم ببعض الإمراض الوراثية وهنا يتدخل العلاج الجيني بأخذ جين سليم من إنسان غير مصاب واستنساخه بكميات معينة ومن ثم نقلها إلى المريض بواسطة ناقل مناسب[2].

[1] قرقوري فاطمة، المرجع السابق، ص221.

[2] كمال محمد عواد، المرجع السابق، ص.1865

فالخلايا الجسدية اصغر وحدة بنائية في الجسم البشري[1] و من ثم فالمتصور في التطبيق عليها انه يقع على خلايا شخص موجود بالفعل و تحددت صفاته الوراثية فيكون من اجل الوقاية و العلاج (1) ، كما قد يكون من اجل التحسين و التجميل و تمتعه بصفات معينة فتجعله قوي، سريع النمو ، أذكى(2) .

1-الاستخدام الجيني للخلايا الجسدية من اجل الوقاية والعلاج: اختلف الفقهاء في حكم هذا النوع من العلاج إلى اتجاهين **يرى الأول** جواز الوقاية والمعالجة الجينية للخلايا الجسدية لكن بقيود آو شروط(أ) و الثاني عدم جواز ذلك (ب).

أ-الاتجاه الأول يرى جواز الوقاية والمعالجة الجينية للخلايا الجسدية لكن بقيود آو شروط، وهو ما اتخذته المجامع الفقهية والندوات العلمية بالخصوص المنظمة السلامية للعلوم الطبية، المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي ،ندوة الانعكاسات الأخلاقية للعلاج الجيني، حيث اعتبرت أن العلاج الجيني من حيث انه علاج للأمراض الوراثية فينطبق عليه مبدأ الحكم الشرعي التكليفي للعلاج[2]، فهو واجب حفاظا على النفس التي هي من الضروريات الخمسة التي يجب الحفاظ عليها و هو سبب من الأسباب يؤخذ به كما يؤخذ بغيره من الأسباب في كل الأمور الأخرى وتركها إن ترتب عليه ضرر يكون محرما ، وهو ما أكده ابن القيم في الطب النبوي[3].

وشروط الجواز هي[4] ألا يؤدي إلى ضرر اكبر من الضرر الموجود الذي يسببه المرض، تحقق المصلحة المترتبة من هذا النقل، بالشفاء أو تخفيف أثار المرض، تعذر وجود بديل أخر عن هذا العلاج ألا يكون هذا العلاج في طور التجربة مع الموافقة الشرعية من المنقول منه والمنقول إليه.

واستدل أنصار هذا الاتجاه بالكتاب و السنة والقواعد الفقهية والمعقول، فمن الكتاب قوله تعالى "لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم"[5]، وقوله تعالى "الذي أحسن كل شيء خلقه و بدأ خلق الإنسان من طين"[6]، ووجه الدلالة هو أن الله تعالى خلق الإنسان في أحسن صورة وما يتعرض له من أفات بعد ذلك

[1] محتال أمنة، المرجع السابق، ص 242

[2] معتصم محمود إسماعيل، المرجع السابق، ص251.

[3] سمية عبد العاطي محمد،المرجع السابق، ص2282.

[4] عدنان بن عوض رشيد الرشيدي، أحكام الهندسة الإنسانية –دراسة فقهية مقارنة ، مجلة كلية الدراسات الإسلامية ، العدد35، 2010، ص 2465.

[5] سورة التين، الآية 4

[6] سورة السجدة ، الآية 7.

أمور خارجية عن أصل خلقه وطبيعته و بالتالي جاز له اتخاذ التدابير العلاجية لإعادة الجسم البشري إلى أصل خلقته[1].

أما من السنة عن أسامة بن شريك رضي الله عنه قال : قالت الأعراب: يا رسول الله إلا نتداوى؟قال نعم يا عباد الله تدووا فان الله لم يضع داءا إلا وضع له شفاء إلا داء واحد، قالوا يا رسول الله وما هو ، قال: الهرم. فالحديث يقر بجواز العلاج واستكشاف العلل ومداواتها.

أما من القياس، فهناك عدة أوجه منها القياس على نقل الدم وعلى نقل الأعضاء، فكما أجاز الفقهاء نقل الدم للمريض لإنقاذ حياته يجوز نقل الجينات بغرض علاجه، وكذلك بالنسبة لنقل الأعضاء فهي مجموعة من الأنسجة التي تحتوى على خلايا و في داخلها تكمن المورثات.

من القواعد الفقهية، استدل أصحاب هذا الاتجاه على الكثير من القواعد الفقهية منها:

الضرر يزال،فمشروعية إزالة الضرر بعد وقوعه من القواعد الأصولية المسوقة بشان الضرر، ونقل الجينات للعلاج هو إزالة للضر ر الواقع.

الضرورات تبيح المحظورات:أي كل ما هو محرم يصبح مباح إذا دعت الضرورة لذلك حيث لا تندفع تلك الضرورة إلا بارتكاب ذلك المحرم و المرض ضرورة يجب إزالتها لذلك شرع التدخل لعلاجه من اجل حفظ النفس،وهي من الكليات الخمس التي حرصت الشريعة الإسلامية على رعايتها في كل الأحوال.

ب-عدم جواز الوقاية والمعالجة الجينية للخلايا الجسدية: واستدل أصحاب هذا الاتجاه بالكتاب و القواعد الفقهية

فمن الكتاب قوله تعالى "ولأضلنهم ولأمرنهم فليبتكن أذان الأنعام و لأمرنهم فليغيرن خلق الله ومن يتخذ الشيطان وليا من دون الله فقد خسر خسرانا مبينا"[2]، وهي جمل من قول الشيطان يسعى بها إلى إغواء الإنسان و إلقاء التماني في قلبه و فيها ذم ووعيد شديد لمن يتدخل في تغيير الخلقة ونقل الجين إلى الخلية الجسدية تغيير للخلقة.

أما من القواعد فقد تم الاستدلال بقاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"، حيث انه بتعارض مصلحة ما مع مفسدة قدم دفع المفسدة لان الشرع حريص على ذلك إذ يعتني بالمنهيات أكثر من المأمورات

[1] محتال أمنة، المرجع السابق، ص246؛ عدنان بن عوض رشيد الرشيدي، المرجع السابق، ص2466.

[2] سورة النساء، الآية 51.

وبتطبيق ذلك على العلاج الجيني نجد أن المفاسد فيه تغلب على المصالح بل هناك أضرار لا تزال خافية قد تزيد من ضرر المرض نفسه[1].

2-الاستخدام الجيني للخلايا الجسدية لأغراض تحسينية وتجميلية : يستخدم هذا التدخل لأغراض أخرى غير العلاج وهي التحسين في بعض الصفات البشرية (الشكل، اللون، الذكاء...الخ)، فتجرى عملية النقل لتعديل صفات وراثية دون الحاجة إلى ذلك[2].

و قد اختلف الفقه في حكمهم إلى اتجاهين يرى الفريق الأول جوازه في حين يرى الاتجاه الثاني حرمة نقل الجين بقصد التحسين و التجميل.

أ-الاتجاه الأول حرمة التدخل الجيني على الخلايا الجسدية لأغراض تحسينية تجميلية: وهو رأي الأغلبية من أهل العلم و قدموا العديد من النادلة سواء من القران الكريم، السنة أو من القواعد.

من الكتاب قوله تعالى "لقد كرمنا بني ادم وحملناهم في البر و البحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"[3]، إضافة إلى قوله تعالى "الذي أحسن كل شيء خلقه وبدأ خلق الإنسان من طين"[4]، من خلال هاتين الآيتين بينا لنا الله عز و جل كرمه للإنسان ونفى عنه النقصان إذ خلقه في صورة كاملة حسنة و من ثم لا يجوز العبث بها وتغيير هذه الخلقة السوية .

من السنة فعن عبد الله بن مسعود رض الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه "لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله"[5]، فيها بين الرسول صلى الله عليه و سلم انه لا يجوز للمرأة تغيير شيء من خلقها و لو بداعي التحسين و التجميل لما فيه من تزوير و تدليس و إتباع للهوى والأولى منه التدخل الجيني لغرض التحسين و التجميل لان ضرره اشد وأعظم .

أما من القواعد فنختصرها في أن قاعدة "للوسائل أحكام المقاصد"وما يفضي إلى الحرام فهو حرام "حيث انه لما كانت الوسائل هي الموصلة لمقاصدها أخذت أحكام تلك المقاصد والهدف من التدخل الجيني هو الرغبة في التغيير والتحسين والتجميل وهو هدف حرام وبالتالي الوسيلة أيضا حرام.

ب-الاتجاه الثاني: جواز التدخل الجيني على الخلايا الجسدية لأغراض تحسينية، تجميلية: واستدل أنصاره علة قولهم من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية.

---

[1] معتصم محمود إسماعيل، المرجع السابق، ص 251.

[2] محمد حسين الحمداني، رنا عبد المنعم الصراف، المرجع السابق،ص 239.

[3] سورة الإسراء ، الآية 70.

[4] سورة السجدة ، الآية 7.

[5] كمال محمد عواد، المرجع السابق، ص1875

فمن الكتاب قوله تعالى: " إن الله اصطفاه عليكم وزاده بسطه في العلم والجسم و الله يؤتي ملكه من يشاء والله واسع عليم"[1]، وقوله تعالى: "قالت أحداهما يا أبت إن خير من استأجرت القوي الأمين "[2]ووجه الدلالة فيهما أن الله تعالى زاد طالوت بسطة من العلم والجسم[3] وان القوة والأمانة من الصفات الحسنة التي يمدح بها من تحققت فيه، هذا يدل على أن تحصيل هذه الصفات أو الزيادة فيها من الأمور المحمودة شرعا[4].

ومن السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم "المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف"، فالحفاظ على الجسد سليما معافى من الأمراض من مقاصد الشريعة والتدخل الجيني للتحسين تحقيق لهذا الهدف[5].

أما من القواعد الفقهية، فقد استدلوا بقاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة "، فكل شيء نافع مباح حتى يأتي دليل على التحريم ولا يجوز تحريم شيء إلا بدليل و التدخل الجيني لغرض التحسين آو التجميل لم يرد دليل على منعه يبقى على الأصل وهو الجواز.

ثانيا-الاستخدام الجيني على مستوى الخلايا الجنسية التناسلية: لعب العلاج الجيني للخلايا الجسدية دور كبير في علاج الكثير من الأمراض والوقاية منها ما دفع بالعلماء إلى البحث عن إمكانية العلاج الجيني للنوع الأخر من الخلايا وهي الجنسية والجنينية.

والخلايا الجنسية هي أصل الإنسان ومنها ينشأ و يتكون-بقدرة الله عز وجل- فهي المسؤولة عن عملية التكاثر وبالتالي يؤثر علاجها على جميع الخلايا المتمايزة عنها مع العلم أنها تتمايز إلى العديد من الخلايا الجنسية والجسدية ووقوع أي خطأ سيؤثر عليها جميعا و يستمر ذلك للأجيال اللاحقة[6].

منه فان هذا النوع من العلاج يتميز بأمرين أساسيين لا يمكن إغفالهما وهما انه يغير صفات كاملة في الإنسان ويمتد أثره للذرية، وان هذا التغيير لا يظهر في الحال وإنما بعد نمو الجنين بالتالي فهو مجال خصب للتلاعب بالجينات وما يترتب عن ذلك من إيجاد نسل مجهول النسب تغيير للنسل البشري[7].

---

[1] سورة البقرة، الآية 247.

[2] سورة القصص ، الآية 26.

[3] احمد راضي احمد أبو عرب، المرجع السابق، 122.

[4] محتال أمنة ، المرجع السابق، ص256.

[5] عدنان بن عوض رشيد الرشيدي، المرجع السابق، ص 2471

[6] سمية عبد العاطي محمد، المرجع السابق، ص2275.

[7] عدنان بن عوض رشيد الرشيدي، المرجع السابق، ص 2456.

واختلف الفقه الإسلامي في حكمهم على هذا النوع من العلاج إلى اتجاهين

1-اتجاه يرى عدم شرعية هذا العلاج: و هو قول أكثر الباحثين وأكدته المجامع الفقهية وصدرت به توصيات عديدة [1]، منها قرار عن المجمع الفقه الإسلامي الدول في دورته الواحدة و العشرون (18-22نوفمبر 2013، و الذي جاء فيه" العلاج الجيني للخلايا الجنسية في صورته الراهنة التي لا تراعي الأحكام الشرعية و بخاصة اختلاط الأنساب فحكمه المنع، لما لهذا النوع من الخطورة و الضرر"[2]

واستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة والمعقول.

فمن الكتاب قوله تعالى "ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين"[3]، ووجه الدلالة هو نهي الآية الشريفة عن التهلكة وهو شيء لا يمكن الاحتراز منه والعلاج الجيني للخلايا الجنسية ينطوي على أضرار كبيرة بالنفس ويمتد إلى الأجيال القادمة فيدخل تحت النهي المفضي التحريم[4] .

أما من السنة قول الرسول (ص) "لا ضرر و لا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه"، فالحديث ينهينا عن الضرار و بشهادة أهل الاختصاص من علماء وأطباء فان النقل الجيني للخلايا الجنسية له لا ينفك عن أضرار كثيرة منها تفاعل الجين المنقول مع غيره مما يؤدي إلى أمراض أخرى غير معروفة مع احتمال تسببه لسرطان كما أن أي خطأ يترتب عن العملية ينتقل إلى النسل من بعده .

ومن المعقول بعدة وجوه منها غموض هذا النوع من العلاج و مختلف المخاطر التي يمكن أن يسببها لاسيما التلاعب بالتكون الوراثي للأجيال ، كما انه يمس جوهر الإنسان وخصوصيته.

2-اتجاه يرى جواز النقل الجيني إلى الخلايا التناسلية: وذلك من احد الزوجين للأخر[5] بشروط وهي أن يتم أثناء قيام الرابطة الزوجية، بموافقة الزوجين، إن تدعوه حالة ضرورة و حاجة قصوى مع اخذ جميع الاحتياطات و الاحتراز لمنع اختلاط الخلايا التناسلية الأخرى وان لا يكون الضرر المترتب أعظم من المنفعة المرجوة، وقد استدل أنصار هذا الاتجاه إلى عدة أدلة نذكر منها من السنة والمعقول والقواعد الفقهية.

---

[1] كمال محمد عواد، المرجع السابق، ص.1887

[2] الدورة 21 لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، قرار رقم 203(21/9)،بشان الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري (المجين)، متوفر على موقع المنظمةhttp:// /www.fiqhacademy.org.sa

[3] سورة البقرة ، الآية 195.

[4] سمية عبد العاطي محمد، المرجع السابق، ص2294

[5] وهو ما أخذت به جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية ، و مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر ، انظر في ذلك معتصم محمود إسماعيل، المرجع السابق، ص 247.

فمن السنة عن أسامة بن شريك رضي الله عنه قال: قالت الأعراب: يا رسول الله إلا نتداوى؟قال نعم يا عباد الله تدووا فان الله لم يضع داءا إلا وضع له شفاء إلا داء واحد، قالوا يا رسول الله وما هو ، قال: الهرم. فالحديث يقر بجواز العلاج

ومن المعقول، يجوز النقل الجيني في هذه الحالة قياسا على جواز عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين خارج الرحم،فهنا تنقل جميع الصفات الوراثية من الأبوين إلى المولود و كذلك يجوز النقل الجيني في الخلايا التناسلية لأنه ينقل بعض الصفات فقط[1].

أما القواعد الفقهية فقد احتجوا بقاعدة "الوسائل لها حكم المقاصد"، فان كانت الغاية مباحة كانت الوسيلة كذلك والعلاج الجيني وسيلة مقصدها معالجة الأمراض وهو مقصد مباح، بل أكثر من ذلك تدعوا إليه الشريعة الإسلامية لما فيه من حفظ للنسل و المال[2].

الفرع الثاني- موقف الفقه الطبي من تطبيق العلاج الجيني: انقسم الأطباء حول فكرة تطبيق العلاج الجيني إلى اتجاهين المعارضون (أولا) والمؤيدون (ثانيا).

اولا- المعارضون لتطبيق العلاج الجيني :يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العلاج الجيني يضر بجسم الإنسان ويضعف القدرة على السيطرة و توجهنا نحو المجهول و ذلك لعديد الأسباب منها:

-فقدان الجين داخل الأنسجة وما يمكن أن يترتب عنه من أضرار، إذ يقع العلاج في ظلام كامل، و في معيار يقاس بالجزء من المليون من الميليمتر.فلا يجوز الدخول إلا لضرورة قصوى[3].

- إصابة المريض بمرض أخر اشد خطورة و ضررا نتيجة الفشل في تحديد موقع الجين المريض على الشريط الصبغي[4].

-عدم آمان وسيلة النقل (جزئيات فيروسية) لان بعض الأشخاص قد يصدرون استجابة مناعية ضدها ما يسبب لهم الوفاة، حيث يتم تطعيم المرضى المعرضين لهذه الفيروسات و بالتالي ستكتشف أجسامهم المضادة الناقل وتمنعه، وهو ما يعتبر إشكالية بالخصوص عند الأطفال الذين سيحتاجون أكيد إلى حقن ناقلات جديدة خلال حياتهم[5].

---

[1] نفس المرجع، ص249..

[2] محتال أمنة ، المرجع السابق، ص264.

[3] محمد عثمان شبير، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الحكمة، العدد6 ، 1995، ص341.

[4] نسرين . الخضور، المرجع السابق، ص11.

[5] Anne Galy, op.cit.

-حدوث طفرات في الحيوانات المنوية أو البويضة يتم توريثها للأجيال القادمة وإمكانية حدوث تشوهات خلقية أو أمراض سرطانية أو مضاعفات و ذلك كله لدقة العمل في الجينات و التصرف فيها.

ثانيا-المؤيدون لتطبيق العلاج الجيني:يؤيد بعض الأطباء فكرة العلاج الجيني لعديد الأسباب منها:

-هذا النوع من العلاج سينقذ الكثير من الهلاك و يبعد عنهم الأمراض

-تميز عملية العلاج الجيني بالسهولة مقارنة مع عملية زرع الخلايا النخاع العظمي

المطلب الثاني-الموقف القانوني من الاستخدام الجيني :

لا شك أن التشريع الوضعي مهم جدا في حماية الإنسان من مخاطر العلاج الجيني، وذلك بفرض القواعد والإجراءات الوقائية لضمان السلامة مع النص على جزاء مخالفتها.، لكن الملاحظ هو غياب تشريع خاص في الهندسة الوراثية عامة و العلاج الجيني خاصة.

لكن تنامي مخاوف العلماء من مخاطر التطورات العلمية في الميدان الوراثي أفضى إلى ظهور مواثيق ومعاهدات دولية في سبيل حماية حقوق الإنسان وحرياته الشخصية من استخدام هذه التقنيات وإلقاء الضوء على المخاطر التي تصاحبها بهدف توفير إطار عمل يكفل احترام الخصوصية الجينية وعدم التمييز[1]، منه تتوفر حاليا بعض النصوص والتوصيات غير الملزمة والمتفرقة في بعض جوانب الهندسة الوراثية واستخدام الجينات على المستوى الدولي (الفرع الأول) و بعض النصوص في التشريعات المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول -الموقف القانوني من الاستخدام الجيني على المستوى الدولي:

استخدام العلاج الجيني يصطدم بالكثير من الحقوق القانونية لاسيما منها الحق في سلامة الجسد وعدم المساس به وحماية البيانات الشخصية، لكن ضرورته أدت إلى إحاطته بضوابط صارمة تضمن الحفاظ على سريتها وعدم المساس بخصوصية أصحابها و اعتباره من البيانات الحساسة سواء على المستوى الدولي كما في اتفاقية مجلس اروبا حول حقوق الإنسان والطب الحيوي (أولا) أو في الإعلان العالمي بشأن حماية المجين البشري وحقوق الإنسان (ثانيا).

أولا-اتفاقية مجلس اروبا حول حقوق الإنسان والطب الحيوي الصادرة بتاريخ 1996: حظرت هذه الاتفاقية من خلال المادة 11 منها أي شكل من أشكال التمييز والتفرقة ضد شخص ما بسبب ميراثه الجيني، ومنعت كل الوسائل المفضية إلى تغيير الخلقة البشرية من خلال المادة 13 منها[2]، بعد أن أوصت

[1] القرقوري فاطمة، المرجع السابق، ص22.

[2] عوادي زبير ، المرجع السابق، ص165.

الجمعية البرلمانية للمجلس الأوروبي سنة1986 على تسجيل الأمراض الوراثية التي يمكن علاجها عن طريق الجينات بموافقة صاحبها ان كانت غير خطيرة ولا تنتقل إلى النسل ودون موافقته إن كانت كذلك واحترام حقوق الفرد في الاحتفاظ بصفاته، مع رفض كل الإجراءات التي تهدف إلى تحسين السلالات وما في حكمها وتجريم الأبحاث التي تسعى لتحقيق الإنسان الخارق عن طريق خلط الخلايا البشرية والحيوانية، وهو ما أوصى به المؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية للقانون العقوبات[1] .

ثانيا-الإعلان العالمي بشأن حماية المجين البشري وحقوق الإنسان لسنة 1997: تضمن الإعلان العالمي هذا (25 مادة) أكدت من خلاله الدول المنظمة أن الاعتراف بالتنوع الوراثي للبشرية لا يجب أن يفسح المجال لأي تفسير مهما كانت طبيعته من شأنه الطعن في ما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصلية فيهم وحقوق ثابتة ومتساوية، وتؤكد ذلك نصت الفقرة 1 من المادة 2 منه التي نصت على أن لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه آيا كانت سماته الوراثية، وتحظر الممارسات التي تصادم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والكرامة الإنسانية لأي فرد أو جماعة (المادة 6) [2].

الفرع الثاني-الاستخدام الجيني في بعض نصوص التشريعات المقارنة :

تتجه جل الآراء في الفقه القانوني والقضائي إلى القول بمشروعية العلاج الجيني بشرط احترام المبادئ الأخلاقية والقانونية التي تحكمها إذ لا يمكن الاستغناء عنها لأهميتها المثبتة علميا ومساهمتها في القضاء على الكثير من الأمراض المزمنة، فهي ليست مشروعة أخلاقيا فقط وإنما مطلوبة[3] .

فالعلاج الجيني غرضه العلاج لذلك على الطبيب التزام حصر تدخله العلاجي بالأفعال الطبية الضرورية والملائمة حسب المعايير التي يحددها أهل الطب، مع استفادته بقدر من الاستقلالية في تقدير العمل المناسب وفقا لما يمليه ضميره[4]، و هو ما اعتمدته القليل من التشريعات المقارنة منها الفرنسية (أولا) فما موقف المشرع الجزائري (ثانيا)

أولا -التشريع الفرنسي: كفل المشرع الفرنسي حفظ كرامة الإنسان ضد كل أنواع الذل والاهانة بموجب القرار الصادر في 27 جويلية 1994، وترجم هذه الحماية في العديد من النصوص، حيث أضاف عدد من الفقرات إلى المادة 1231من قانون الصحة العامة والذي كان أخر تعديل لها بموجب القانون رقم

[1] محتال أمنة، المرجع السابق، ص265.

[2] محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص 22 ؛ القرقوري فاطمة، المرجع السابق، ص232.

[3] محمد حسين الحمداني، رنا عبد المنعم الصراف، المرجع السابق، ص243.

[4] محمد احمد عمارة، محمد نصر القطري، أحكام العلاج الجيني بين الشريعة و النظام، مجلة الجامعة الإسلامية،الجزء الحادي عشر، ملحق العدد 183، ص352.

1017-2021، المؤرخ في 2 أوت 2021[1]، كما نصت المادة 1/1141 منه على عدم جواز إجراء فحوصات جينية أثناء إبرام عقود التامين ضد خطر العجز او الوفاة سواء قبل إبرام العقد أو خلاله و أن لا تأخذ بعين الاعتبار في حال تم تقديمها.

وقام بتعديل المادة 16 من القانون المدني وإضافة إليها العديد من الفقرات (تسعة فقرات) لاسيما الفقرة 4 منها والتي أكد خلالها حرمة الجسم البشري، سواء اثناء حياته او بعد مماته، وحدد الاستثناءات التي بمقتضاها يجوز المساس بالجسم البشري بضوابط معينة[2]، منها عدم اجراء الفحص الجيني إلا في حالات معينة، وأن يقوم به المخولون بإجراء الفحص أو العلاج الجيني وفي الأماكن المخصصة لذلك مع ضرورة إعلام و تبصير المعني بذلك.

وحضر المشرع الفرنسي أي ممارسة لتحسين النسل دون الإخلال بالبحوث التي تهدف إلى الوقاية من الأمراض الوراثية وعلاجها[3]. إذ سمحت الفقرة 12 من المادة 122 منه بإجراء التشخيص المبكر على الحمل بوصفه عملا طبيا لتحديد ما إذا كانت البويضة المخصبة أو الجنين و هما في الرحم تحمل مرضا أو داء من طبيعة خطيرة و قيد ذلك بمجموع من الشروط هي:

-ضرورة وجود شهادة طبية من متخصص بوجود دواع طبية للعملية أي احتمالات قوية لولادة طفل مصاب بمرض جيني خطير .

-أن تتم العملية كلها في احد المراكز المتخصصة والحاصلة على ترخيص بعد موافقة اللجنة القومية للطب وبيولوجيا الإنجاب والتشخيص ورأي اللجنة القومية للتنظيمات الصحية والاجتماعية وان لا تتجاوز مدتها خمس سنوات.

يجب أن يكون الغرض من التشخيص هو البحث عن العيب ووسائل الوقاية منه أو معالجته وأخيرا الرضا الكتابي للوالدين على ذلك[4].

ثانيا–موقف التشريع الجزائري: لا تزال هذه التقنية كغيرها من المسائل العلمية الحديثة محل فراغ تشريعي في القانون الجزائري فلا وجود لأي نص تشريعي عام أو خاص ينظم العلاج الجيني تجريما أو إباحة، فلم يتناول قانون الصحة الجديد إلا مسالة التبرع بالأعضاء أو الأنسجة و هي مسالة لا علاقة لها

[1]Article 1131 du code de la santé publique, legifrance.gouv.fr

[2]مها رمضان محمد بطيخ،التدخل الطبي الجيني بين الشريعة و القانون، مجلة الدراسات القانونية، العدد السيتون الجزء الأول، 2023، ص395.

[3]Loi n94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF-n 175 du 30 juillet 1994.

[4]مها رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص405.

بالعلاج الجيني إلا في الحالة التي يتم فيها استبدال الجين المريض بأخر سليم وذلك للحصول على الخلايا الجذعية وهي جد بسيطة بمقارنتها مع مسائل العلاج الجيني دون تبرع.

لكن رغم ذلك قرر المشرع الجزائري مبادئ عدة حماية لكرامة الإنسان وحرمة جسده،منها ضمان السلامة الجسدية من خلال المادة 4/21 من القانون رقم 18 -11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 ، المتعلق بالصحة [1]ووضع ضوابط المساس بها من خلال حصول الطبيب على ترخيص لمزاولة المهنة والترخيص للمستشفى بممارسة عمليات النزع و النقل وان يكون التدخل الطبي لضرورة علاجية و يتم وفق القواعد العلمية مع موافقة حرة مستنيرة للمريض.

بالإضافة منع أن يكون نزع الأعضاء البشرية وزرعها موضوع معاملة مالية. (المادة 358 من قانون الصحة).

لكن كما سبق الإشارة إليه العلاج الجيني مختلف تماما عن نزع و زرع الأعضاء ومنه على المشرع الجزائري تسليط الحماية القانونية على هذا النوع من العلاج لضمان الاستفادة من ايجابياته ومنع كل التجاوزات المحتملة الوقوع على حرمة جسم الإنسان .

خاتمة:

تخطوا تكنولوجية المعلومات في عصر الذكاء الاصطناعي والمعلومات خطوات متسارعة يوما بعد يوم ما جعل العلماء يفكرون في اللجوء إلى برامج تمكنهم من تحديد أي خلل في الجينات بسرعة فائقة للغاية وبالتالي يتفاءلون كثيرا بمستقبل العلاج الجيني، لكن رغم ذلك فهو محاط بالغموض فالآمال الموجودة تقابلها مخاطر عديدة والفيصل في العلاج الجيني هو ضمير الإنسان.

تبين لنا من خلال الدراسة أن العلاج الجيني هو استبدال الجين المعيب بأخر سليم وينقسم إلى نوعين باستخدام الخلايا الجسدية أو باستخدام الخلايا الجنسية، وهو مشروع لكونه من باب التداوي لكن المشكلة الأساسية تكمن في حدوده وضوابطه، فاختلف الفقه في موقفهم باختلاف الاستخدام الجيني على هذين النوعين من الخلايا (الجسدية أو الجنسية)، وباختلاف الغرض منه وقائي، علاجي أو تحسيني تجميلي.

كما تبين لنا عدم التفاعل القانوني مع التطورات الحاصلة في مجال البيولوجيا، فتطورها السريع سيؤدي إلى خلق أوضاع جديدة يصعب إيجاد توازن بشأنها خصوصا بين الحرية ومصلحة المجتمع.

من جملة التوصيات التي يمكن تقديمها :

[1] ج.ر عدد46 لسنة 2018، المعدل و المتمم

- على الجزائر وغيرها من الدول الإسلامية الاهتمام بموضوع العلاج الجيني ومتابعة التطور الحاصل في مجال الهندسة الوراثية، وتخصيص مراكز ومستشفيات يمنح لها ترخيص ممارسة هذه التقنيات وفقا للشروط اللازمة والمحددة مسبقا بطريقة صريحة.

-ضرورة التدخل التشريعي بنصوص قانونية خاصة تضبط تصرفات العلماء والأطباء في العلاج الجيني ومراقبة تطبيق تقنياته ومدى مساسها بمبدأ حرمة جسم الإنسان.

- إلزام الأطباء ومراقبتهم أثناء تطبيق العلاج الجيني بإجراء دراسة وافية عن المخاطر والفوائد والتأكد أن العلاج الجيني من شانه التفوق على البدائل المتاحة.

قائمة المصادر والمراجع :

القران الكريم

اولا-باللغة العربية

I -الكتب:

1.احمد راضي احمد ابو عرب، الهندسة الوراثية بين الخوف و الرجاء، دار ابن رجب-دار الفوائد، 2010،

2.إياد محمد علي العبيدي، الهندسة الوراثية المتقدمة،الأسس والتطبيقات، ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، 2001..

3.عبد الباسط الجمل، عصر الجينات، الطبعة 2، دار الرشاد،القاهرة، 2001.

II- المقلات :

1.القرقوري فاطمة، مستقبل الطب وعلم الوراثة والجينوميات الرهانات والمخاطر، استشراف، الكتاب السادس، دراسات، 2021، ص ص209-236.

2.تكواشت كمال، الحماية القانونية لجسم الإنسان من التجارب العلمية عن طريق المسؤولية المدنية، مجلة القانون و المجتمع، المجلد10، العدد2، 2022، ص ص145-166.

3.حنان كامل عبد الحميد احمد، التدابير الوقائية و العلاجية لحماية الأسرة من الأمراض المعدية والوراثية-دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية أصول الدين والدعوة، الجزء الثاني، العدد السابع والثلاثون، 2019، ص ص1712-1935.

4.حسان شمسي باشا ، الوراثة و الهندسة الوراثية في الجينيوم البشري، مجلة الفقه والعلم، العدد 15، 2017، ص ص209-269.

5.سمية عبد العاطي محمد،التلاعب بالجينات الوراثية، دراسة فقهية مقارنة،مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد التاسع و الثلاثون،2022، ص ص2231-2326.

6.عدنان بن عوض رشيد الرشيدي، أحكام الهندسة الإنسانية –دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية ، العدد35، 2010، ص ص 2437-2480.

7.عوادي زبير، الهندسة الوراثية البشرية بين الرؤية الشرعية والقانونية، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية ، العدد الثامن، 2015، ص ص 140-172.

8. محمد حسين الحمداني، رنا عبد المنعم الصراف، تقنيات العلاج الجيني في ضوء مبدأ حرمة جسم الإنسان، مجلة الرافدين ، المجلد 15، العدد52، 2012، ص ص203-251.

9. معتصم محمود إسماعيل، حكم علاج الأمراض الوراثية بالجينات، مجلة الجامعة العراقية ، الجزء 2، العدد57، ص ص176-216

10.محمد احمد عمارة، محمد نصر القطري، أحكام العلاج الجيني بين الشريعة والنظام، مجلة الجامعة الإسلامية،الجزء الحادي عشر، ملحق العدد 183، ص ص322-352.

11. محمد عثمان شبير، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الحكمة، العدد6 ، 1995، ص ص320-343.

12. مها رمضان محمد بطيخ،التدخل الطبي الجيني بين الشريعة والقانون، مجلة الدراسات القانونية، العدد السيتون الجزء الأول، 2023، ص ص317-396

11.كمال محمد عواد، تعديل العوامل الوراثية،دراسة فقهية ،مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، المجلد السابع و الثلاثون، 2019، ص 1852.

III -الرسائل والمذكرات الجامعية:

1. ابتهال محمد رمضان أبو جزر، العلاج الجيني للخلايا البشرية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية ، غزة،2008.

2.محتال أمينة، التأطير القانوني للعمل الطبي على الجينوم البشري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد، 2016-2017.

IV– مواقع الانترنت:

[1] رنا العجوري، بيولوجيا، مقال متوفر على موقع جامعة الشام الخاصة PDFhttp://www.aspu.edu.sy/laravel-filemanager/files/18/ ، تم الاطلاع عليه بتاريخ 10-2-2023.

2.نسرين خضور ، العلاج الجيني للخلايا البشرية، المركز الوطني للمتميزين، حلقة بحث في مادة علم الأحياء، الجمهورية العربية السورية، 2016-2017، ص10 متوفر على الموقع: ncd.sy/uplosds/projects/project_file ، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2-5-2023.

3.منظمة الصحة العالمية، توصيات بشان التعديل الوراثي للجينوم البشري من اجل النهوض بالصحة العالمية ، 2021، متوفر على الموقع www.who.int.تم الاطلاع عليه بتاريخ 20-04-2023.

4.الدورة 21 لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 203(21/9)،بشان الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري (المجين)، متوفر على موقع المنظمة http://www.fiqhacademy.org.sa

IIV- النصوص القانونية :

1.قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، ج.ر العدد 46 لسنة 2018، معدل و متمم.

ثانيا- باللغة الفرنسية

I- Les site intranets :

1. Anne Galy, La thérapie génique, France Assos Santé, 2019,disponible sur le site : http ://www. France-assos-santé.org.
2. Nathalie Lannoy, Cédric Hermans, Thérapie génique en 2017: état des lieux et perspectives, Revue Thérapie Génique, disponible sur le site : https://www.louvainmedical.be/sites/default/files/content/article/pdf/lmed-01-2017-01-lannois.pdf
3. code de la santé publique, www. legifrance.gouv.fr
4. Loi n94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF-n 175 du 30 juillet 1994, www.legifrance.gouv.fr.

الموقف الفقهي والقانوني من الجراحة التجميلية التحسينية

The Jurisprudential and Legal Position in Matters of Plastic and Cosmetic Surgery

د. فتيحة تلاوبريد

جامعة عبد الحميد مهري- قسنطينة 2

ملخص:

أصبحت الجراحة التجميلية التحسينية موضة رائجة في مختلف المجتمعات عبر العالم، يتهافت عليها الرجال والنساء آملين تجديد شبابهم وبلوغ أقصى درجات الجمال بإجرائها، إلاّ أنها قد تحمل العديد من المخاطر التي لا تتناسب والنتائج المرجوة؛ وقد أثار موضوع مشروعية هذا النوع من الجراحة الكثير من الجدل الفقهي يتراوح بين مؤيد ومعارض أو رافض لها، على أن الشريعة الإسلامية كانت حازمة وواضحة في موقفها منها.

توجهت بعض التشريعات المقارنة إلى تنظيم الجراحة التجميلية بما فيها الجراحة التحسينية، فيما لاتزال تشريعات أخرى تتجاهلها رغم وجودها وممارستها فعليا في مجتمعاتها، مما يطرح مشاكل عديدة خاصة لدى حدوث الأخطاء الطبية.

الكلمات المفتاحية: القانون، الفقه،الجراحة التجميلية،الجراحة التحسينية.

Abstract :

Enhancement plastic surgery has become a popular fashion in various societies across the world, men and women flock to it, hoping to rejuvenate their youth and achieve the highest levels of beauty by performing it, however, it may carry many risks that are not equivalent to the desired results.The issue of the legalityof this type of surgery has raised a lot of jurisprudential debate, ranging from supporters to opponents or those who reject it, calming that Islamic Fiqh was strict and clear aboutits judgement.

Some comparative legislation has aimed to regulate plastic surgery, including cosmetic surgery, while other legislations still ignores it despite its existence and actual practice in their societies, which raises many problems,especially when medical errors occur.

Keywords:law;jurisprudence;plastic surgery;cosmetic surgery;

مقدمة:

برزت عمليات الجراحة التجميلية عبر العالم بهدف إضفاء الطابع الجمالي على صاحبها إما إصلاحا أو تحسينا، وقد لاقت الجراحة التجميلية التحسينية في الآونة الأخيرة رواجا في الجزائر بصورة ملفتة للنظر، وذلك من خلال ظهور عيادات خاصة مختصة في هذا النوع من الجراحة، وقد سجلت بعض الممارسات التي يقال عنها بأنها جراحة تجميلية تنشط حاليا تحت غطاء تخصصات أخرى بما فيها الجراحات الترميمية أو طب الجلد، كما أن هناك عيادات تمارس هذه الجراحة في الخفاء، وقد سجلت عمادة الأطباء عدة شكاوى من مواطنين تعرضوا لعمليات جراحية فاشلة زادت من حالتهم الطبية عمقا، مما يطرح مسألة البحث عن موقف الفقه والقانون من هذا النوع من الجراحة مادام أنه قد أصبح واقعا مفروضا.

وللإجابة على هذه الإشكاليةحاولنا استقراء وتحليل مختلف الرؤى والمواقف الفقهية والقانونية إزاء هذا الموضوع، ولذلك ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى مبحثين يتناول أولاهما المنظور الفقهي للجراحة التجميلية التحسينية،حيث يتناول المطلب الأول منه المقصود بها، فيما يتعرض الثاني لموقف الفقه منها، أما المبحث الثاني فيتناول الموقف التشريعي منها، والذي بدوره يتضمن مطلبين، يتناول الأول: موقف بعض التشريع المقارن من الجراحة التجميلية التحسينية، فيما يتعرضالمطلب الثاني لموقف المشرع الجزائري من الجراحة التجميلية التحسينية.

المبحث الأول: المنظور الفقهي للجراحة التجميلية التحسينية

يعد موضوع الجراحة التجميلية التحسينية من أكثر مواضيع التدخلات الطبية نقاشا وجدلا بين الفقهاء نظرا لخصوصيتها وتميزها عن باقي التدخلات الطبية، مما يستلزم البحث أولا في المقصود بها (المطلب الأول)، ومن ثم التعرض لموقف الفقه منها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالجراحة التجميلية التحسينية

عُرفت الجراحة التجميلية كاختصاص طبي في فرنسا منذ سنة 1988 تحت اسم جراحة التجميل البلاستيكية التقويمية والتجميلية (Chirurgie plastique reconstructrice etesthétique)، تم تطورت

وتشعبت أعمالها ومجالاتها، حيث يتبين انقسام عمليات جراحة التجميل إلى نوعين: جراحة تجميل ترميمية وجراحة تجميل تحسينية وهي محل الدراسة في هذا الموضوع، مما يستلزم تحديد المقصود بها بدقة وتمييزها عن الجراحة التجميلية الترميمية، حيث نبحث في تعريف الجراحة التجميلية بصفة عامة، ثم في تعريف الجراحة التجميلية التحسينية.

الفرع الأول: تعريف الجراحة التجميلية

الجراحة التجميلية لقب واسم لعلم مخصوص من العلوم الطبية المستجدة، فهو مركب إضافي مكون من كلمة " الجراحة " وهي المضاف، وكلمة " التجميلية " وهي المضاف إليه، ولتعريفه بهذا الاعتبار يستلزم تعريف جزئيه: الجراحة، والتجميل.

أولا: تعريف الجراحة

الجراحة لغة: مصدر من الفعل " جرح " ويجرحه جرحا: أي أثّر فيه بالسّلاح.
والجراحة اسم الضربة أو الطعنة، والجمع جراحات وجراح.
والجراح والجراحي الذي يعالج الجراح ومهنته الجراحة، أي اختصاصه[1]؛ وقال الزبيدي: جرحه: قطعه أو شق بعض بدنه، وقال أيضًا قال بعض فقهاء اللغة: الجرح بالضم: يكون في الأبدان بالحديد ونحوه، والجرح بالفتح: يكون باللسان في المعاني والأعراض ونحوها، وهو المتداول بينهم، وإن كان في أصل اللغة بمعنى واحد.

فالجراحة إذن: شق بعض بدن الإنسان، أو قطع بعض أعضائه الجراح وآلته الحادة، وهو المعنى المتناسب مع موضوع البحث.

أما اصطلاحا فلا يخرج استعمال الفقهاء لها عن معناها اللغوي[2].

ثانيا: تعريف التجميل

التجميل لغة: مصدر من الفعل (جمّل)، يقال: تجمّل تجمّلاً، بمعنى: تزيّن وتحسّن، والتجمّل تكلف الجميل، والجمال: الحسن والبهاء.

أما اصطلاحا فهي: عمل كل ما من شأنه تحسين الشيء في مظهره الخارجي بالزيادة عليه، أو الإنقاص منه[3].

(1) زهير ناريمان رضا كاكي، المسؤولية الجزائية للطبيب عن العمليات التجميلية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن، 2020، ص 50.

(2)- جمال الذيب، الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، 2008، ص 206.

ثالثا: تعريف الجراحة التجميلية:

الجراحة التجميليةلغة: تُعرف الجراحة التجميلية لغة باعتبارها اسمًا ولقبًا لعلم مخصوص، وهو عبارة عن تحسين المظهر الخارجي لجسم الإنسان عن طريق شق بعض بدنه بآلة حادة.

الجراحة التجميلية اصطلاحا:

عرّف الأطباء المختصون جراحة التجميل بأنها: " جراحة تجري لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة، أو وظيفة إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوّه "[4].

وباللغة الأجنبية la chirurgie esthétique هي في الأصل كلمة يونانية مكونة من مقطعين: الأول keirourgia ويقصد به العمل اليدوي والثاني aisthétikos ويعني القدرة على الإحساس المتولدة من الشعور بالجمال، والتي ظهرت في المؤلفات الألمانية والإنجليزية والفرنسية والتي تعني تشكيلي، وقد إلى الاسم كلمة بمعنى إعادة البناء بكافة اللغات الأجنبية مؤخرا، كما ظهرت في العربية كلمات كالإصلاح والتقويم والترميم[5].

وقد عرف بعض الفقه الجراحة التجميلية بأنها ذلك النوع من الجراحة التي لا يستهدف منها شفاء المريض من علة ما، وإنما إصلاح تشويه خلقي أو مكتسب، فهي مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل ولا تؤذي صحة الأجسام في شيء[6].

كما عُرّفت كذلك: "الجراحة التجميلية هي التي لا يكون الغرض منها علاجا مرضيا عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشوّه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي[7].

الفرع الثاني: تعريف الجراحة التجميلية التحسينية

- **التحسين لغة:**هو الزيادة المتولدة من الأصل، أو الانتقاص من الأصل، فهو زيادة أو انتقاص يضفيان على الأصل جمالا، والتحسين مصدر حسّن أي تغيير إلى الأحسن[8].

---

(3) سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 04.

(4)- جمال الذيب، المرجع السابق، ص 207.

(5)- محمد أمين صحبي، طبيعة التزام الجراح التجميلي على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المؤتمر الدولي التاسع لكلية الشريعة والقانون بعنوان " قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي بتاريخ 16 أفريل 2019، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص 04، على الرابط https://hdl.handle.net/20.500.11888/14423

(6) منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دار الثقافة للنشر، الأردن 2000، ص 08.

(7)- وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، 2008، ص 236.

(8) قاموس المعاني، مصطلحات المعجم الوسيط، https://www.almaany.com، اطلع عليه بتاريخ 02 ماي 2023.

- **الجراحة التحسينية اصطلاحا: La Chirurgie Esthétique**

الجراحة التحسينية هي الجراحة التي لا تتجه أصلا إلى تحقيق الشفاء،وإنما تهدف إلى علاج بعض التشوهات البسيطة كون أصحابها يرون أنها تؤثر على الجمال والكمال الجسدي كالأنف الطويلة أو إزالة ندبة.

تنقسم العمليات المتعلقة بهذه الجراحة إلى نوعين:

- **عمليات الشكل:** ومن أشهر صورها تجميل الأنف والذقن، والأذن والبطن والثديين.
- **عمليات التشبيب:** وهي العمليات التي تجرى لكبار السن، ومن أشهر صورها: تجميل الوجه بشد تجاعيده، تجميل الساعد بإزالة القسم الأدنى، وتجميل اليدين بشد تجاعيده وتجميل الحواجب بسحب المادة الموجبة لانتفاخها لكبر السن[9]؛ فهي جراحة تهدف من جهة لتحسين المظهر، لا لوجود عيب أو تشوه، بل لتحقيق منظر أحسن وأجمل، وتهدف من جهة ثانية لتجديد الشباب أو التشبه بشخص، والأمثلة على ذلك عديدة ومتنوعة[10].

المطلب الثاني: موقف الفقه من الجراحة التجميلية التحسينية

أثار موضوع عمليات الجراحة التجميلية التحسينية جدلا واسعا حول مدى مشروعيته، وقد بين فقهاء الشريعة الإسلامية موقفها من هذه الجراحة **(الفرع الأول)**، فيما تباينت آراء الفقه الوضعي بين معارض ومؤيد لها ولكل حججه وبراهينه**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي منالجراحة التجميلية التحسينية

خلق الله عز وجل الانسان في أحسن تقويم، وجعله في أفضل هيئة وأكمل صورة، وأودع فيه غريزة حب التزين والظهور بأجمل صورة، وقال صلى الله عليه وسلم" إن الله جميل يحب الجمال، وقد شرع الإسلام التزين والتجمل للنساء والرجال إذ الأصل فيها الحل والإباحة، وعلى هذا بني جواز العمليات التجميلية كحكم مبدئي، إلا أن عدة اعتبارات شرعية أدت إلى التفصيل الفقهي في هذه المسألة.

تميز الشريعة الإسلامية بين نوعين من الجراحة التجميلية، جراحة تجميلية مباحة وجراحة تجميلية محرّمة، حيث تبيح تلك القائمة على الضرورة والمعالجة، وهي التي تهدف إلى التداوي والشفاء، كما تشمل تلك الجراحة التي تهدف إلى التداوي دون أن تبلغ حاجة الضرورة كما في حالة علاج الشفة المفتوحة سواء

(9) صحبي محمد أمين، المرجع السابق، ص 06 و07، وكذلك: زهير ناريمان رضا كاكي، المرجع السابق، ص 55 وما يليها.

(10) فريد عيسوس، مشروعية الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية، مجلة الشهاب، مجلد 03، عدد 04، أفريل 2018، ص ص 131، 162، ص 141.

جاءت عن عيب منذ الولادة أم لسبب عارض[11]، وبالتالي فالشريعة الإسلامية تبيح الجراحة التجميلية الترميمية.

أما الجراحة التجميلية المحرّمة فهي تلك التي لا تدعو إليها الضرورة أو الحاجة، بل القصد منها الوصول إلى الجمال، وتغيير خلق الله تعالى والعبث به حسب الشهوات والأهواء[12]؛وتعني تحسين المظهر وتجديد الشباب، أي تحقيق الشكل الأفضل والصورة الأجمل، دون وجود دوافع ضرورية أو حاجة تستلزم فعل الجراحة كتجميل الأنف والذقن بتصغيرهما وتغيير شكلهما، وتجديد الشباب يكون بشد تجاعيد الوجه، لتجميله أو قشره كيماويا ، فهو غير مشروع بدليل الكتاب والسنة،كما حرّم إضافة الشعر فتصل المرأة شعرها بشعر آخر ليجعلها جميلة و يكسبها حسنًا، و حرّم كذلك الوشم أي النقش في اليد أو الصدر، إذ جاء في الحديث الشريف : "لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة والمستوشرة والمتلمسات للحسن المغيرات لخلقة الله "، ويقول الحق تبارك و تعالى على لسان ابليس" و لآمرنهم فليغيرن خلق الله ومن يتخذ الشيطان وليا من دون الله فقد خسر خسرانًا مبينًا "[13].

ونظر لما يتضمنه هذا النوع من الجراحة من العبث بخلق الله عز وجل من دون وجود ضرورة أو حاجة داعية إلى ذلك، فإنه يُحرّم فعله والإقدام عليه من قبل الطبيب الجرّاح والشخص الطالب، وتعتبر الدوافع التي يعتذر بها من يفعله من كون الشخص يتألم نفسيا بسبب عدم تلبية رغبته بفعل هذا النوع من الجراحة غير كافية في الترخيص له بفعله، حيث تعتذر هذه الفئة بعدم بلوغهم لأهدافهم المنشودة في الحياة بسبب عدم اكتمال جمالهم، والحق أن علاج هذه الأوهام والوساوس إنما هو بغرس الإيمان في القلوب، وزرع الرضا بما قسمه الله تعالى من الجمال والصورة، وقد ورد في الصفحة 455 من الموسوعة الطبية الحديثة ما نصه:" ... فعمليات التجميل لا تغير من شخصية المريض تغييرا ملحوظا، وأن العجز عن بلوغ هدف معين في الحياة لا يتوقف كثير عن مظهر الشخص، فالمشكلة في ذلك أعمق كثيرا مما تبدو ظواهر هذه الأمور، وعلى هذا فعمليات التجميل الاختيارية (التحسينية) غير محققة النتائج، ومن الخير ترك الإغراق في تركها، أو المبالغة في التنبؤ بنتائجها"[14].

وفي هذا الكلام من أهل الخبرة والاختصاص شهادة واضحة بأن الجراحة التجميلية التحسينية ليست هي العلاج للمشاكل النفسية المزعومة، والتي يُعتذر بها لفعل هذه الجراحة المحرّمة[15].

---

(11)- منذر الفضل، المرجع السابق، ص 16

(12) زهير ناريمان رضا كاكي، المرجع السابق، ص 64.

(13)– رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005، ص 248.

(14) الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء، لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العالي، ج 03، ط 02، مصر 1970، ص 455، وارد في فريد عيسوس، المرجع السابق، ص 144 وما يليها.

(15) فريد عيسوس المرجع السابق، ص 145.

الفرع الثاني: موقف الفقه الوضعي

تضاربت آراء الفقه في مجال الجراحة التجميلية وانقسمت إلى اتجاهات متعددة برّر أصحابها كل منها بحججه، تراوحت بين الرافض والموسع لإجراء هذا النوع من الجراحة.

أولا: الاتجاه الرافض لجراحة التجميل

لعل أبرز الفقهاء الذين ذهبوا إلى رفض إجراء الأعمال الطبية التجميلية الفقيه الفرنسي **"جارسون"** الذي عبر عن رأيه في مقال له نشر عام 1931 في النشرة الطبية الشرعية الذي لم يجز فيه جراحة التجميل إطلاقا، على اعتبارات القواعد العامة التي تقتضي أن يكون تدخل الجراح مقصود به تحقيق غرض علاجي، و ما دام يرى أن الجراحة التجميلية تنطوي على المساس بسلامة الجسم دون أن تستهدف علاج عضوي للمريض، فإن إقدام الطبيب الجراح على إجراء مثل هذه العملية يعد خطأً في ذاته يتحمل الجراح بسببه كل الأضرار التي تنشأ عن العملية ولو أنها أجريت وفقا لقواعد الفن الطبي، وذهب الفقيه "كورتيروس" إلى أنه يعتبر من الأعمال الشائنة ما يزعمه جراحو التجميل من ادعاء القدرة تغيير الخلقة التي صنعها الله[16]؛ فهذا الاتجاه رافض للجراحات التجميلية أيا كان نوعها لاسيما الجراحة التجميلية التحسينية.

يعاب على هذا الرأي أنه لم يكن حاسما، وذلك لعدم إثباتهبأن عملياتالجراحة التجميلية لا تباشر لأغراض علاجية، إذ أن للتشوهات في البدن أثر على نفسية الإنسان ومن ثم على صحته، فكيف يحرمجراح التجميل من معالجة شخص يشعر بالآلام النفسية في حياته الاجتماعية، بينما تبيح له التدخل لشفائه من أي ألم جسماني مهما كان بسيطا، وبالأخص فإن مهنة الطبيب لم تعد قاصرة على معالجة اختلال الجسم، بل أصبح من واجبه أن يعالج كل حالة قد تكون لها أثر على صحة المريض[17].

ثانيا: الموقف الوسطي أو المضيق لعمليات الجراحة التجميلية

يؤيد جانب من الفقه فكرة الأعمال الطبية التجميلية، ولكن بصورة محدودة ومن هؤلاء الفقهاء: الجوهري، محمد فائق، أي جواز إجراء الطبيب التجميلي العمليات التجميلية على شكل وبدن الإنسان في مجال العيوب البسيطة التي لا تحمل خطرا كاستئصال اللحميات والعظام البارزة في الجسم والتجاعيد في الوجه، وخلع الأسنان المعوجة وتكميل الأنف الناقص، أما العيوب غير البسيطة والتي فيها مخاطر على حياة الشخص أو جسده فهي غير جائزة ولا مبرر لها[18].

(16)- منذر الفضل، المرجع السابق، ص 29.

(17)زهير ناريمان رضا كاكي، المرجع السابق، ص 67.

(18) منذر الفضل، المرجع السابق، ص 20

يؤيد أصحاب الموقف الوسطي عمليات الجراحة التجميلية، مع تحفظ شديد من خلال تمييزهم لنوعين من تلك الجراحات لتحديد مسؤولية الطبيب، حيث تكون حرية الاختيار واسعة في التدخل الجراحي الذي يهدف إلى إصلاح تشويه قد يرقى إلى مقام العلة المرضية، مما يجعل حياة المريض عبئا ثقيلا به، أما النوع الثاني فهو تلك الحالات التي يكون الغرض من العمليات الجراحية فيها مجرد إصلاح ما أفسده الدهر من جمال (عمليات التشبيب مثلا)، فلا يكون تدخل الطبيب في هذه الحالة مبررا إلاّ إذا كانت الوسيلة المتبعة لذلك لا تنطوي على خطر على حياة الشخص وسلامة جسمه[19].

ولعل السبب الذي دفع أنصار هذا الاتجاه إلى تضييق فكرة جراحة التجميل في نطاق العيوب البسيطة هو عدم التناسب بين المخاطر والفائدة من العمل الطبي، وللحد من جراحة الترف، وهذا الاتجاه لم يلق تأييدا واسعا بين فقهاء وشراح القانون المدني، خاصة وأنه هناك صعوبات في التمييز بين العيب البسيط والعيب الجوهري[20].

يلاحظ على هذا الاتجاه رفضه لأغلب عمليات الجراحة التجميلية التحسينية إلاّ ما كان منها معدوم المخاطر بتدخلات جراحية بسيطة.

ثالثا: الاتجاه الموسع لمجال الجراحة التجميلية التحسينية

يوسع هذا الاتجاه من التدخلات الجراحية التجميلية سواء كانت ترميمية أو تحسينية، ومن أنصار هذا الاتجاه الفقهين (مازو، و لاكاس) ويرون أنه يجب التوسع فيما يباح من جراحة التجميل، على اعتبار أن هذه الأعمال من مجددات الشباب، ومن العلاج تبعا لذلك أو على الأقل وسيلة من وسائل الكفاح ضد المرض، بل أن التجميل يعطي للإنسان المسرة والسعادة وهما من شروط صحة الإنسان؛ كما أنها قد تنقص العقبات التي تواجه الشخص في اكتساب رزقه في الحياة الاجتماعية، ومن الناحية المعنوية تخفف ما قد يشعر به الشخص من ألام جراء ما له من تشويه، كما أن فكرة المرض لم تعد قاصرة على الأمراض العضوية في الجسد البشري وإنما شملت الأصول النفسية كما يقول الأساتذة (مازو)، و(نيجر)، و(لاكاس)، و(بيرو)[21].

المبحث الثاني: الموقف التشريعي من الجراحة التجميلية التحسينية

(19) زهير ناريمان رضا كاكي، المرجع السابق، ص 69.

(20)- منذر الفضل، المرجع السابق، ص 20.

(21)- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 110.

تعترف العديد من التشريعات المقارنة بالجراحة التجميلية التحسينية وتضع لها أحكاما قانونية خاصة (كالمشرع الفرنسي)، في حين لاتزال تشريعات أخرى تتجاهلها ولا تنظمها (المطلب الأول)، أما المشرع الجزائري فقد أبقى على موقفه منها في قانون الصحة الجديد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف بعض التشريع المقارن من الجراحة التجميلية التحسينية

لم يعالج المشرع الفرنسي الجراحة التجميلية بشكل عام وصريح إلاّ في بداية القرن الحالي من خلال قانون 2002-303 المؤرخ في 04 مارس 2002 نص المادة 303/2002 المؤرخ في 04 مارس 2002 "**قانون حقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل بقانون الصحة العمومية**" رغم أن هذه الجراحة قد بدأت رحلة افتكاكها للشرعية منذ 1931،**وقد تضمن** قانون 2002-303 السالف الذكر المادتان 01/6322 التي تتحدث على شروط إنشاء منشآت الجراحة التجميلية والمادة 02/6322 التي تتناول شروط إعلام المريض[22]، حيث جاء في تلك النصوص أن أي تدخل جراحي تجميلي حتى في المؤسسات العلاجية المذكورة في الكتاب الأول لا يمكن أن يتم ممارسته إلاّ بتوفر منشآت مقبولة تلبي الشروط التقنية للعمل المنصوص عليها في المادة L6113-3؛ وكذلك أن إنشاء منشآت جديدة يجب أن يخضع لترخيص من السلطة الإدارية المختصة إقليميا، وأن هذا الترخيص هو محدد المدة ويتم بعد زيارة تقوم بها السلطة المختصة للتأكد من توفر الشروط.

ويعتبر الترخيص باطلا بعد ثلاث سنوات إذا لم تبدأ المنشأة بالعمل، وكذلك فإن أي توقف عن الممارسة لمدة تفوق ستة أشهر تؤدي إلى بطلان الترخيص إلاّ إذا تم ذلك بموافقة السلطة المختصة، وفي كلتا الحالتين فإن البطلان يجب أن تؤكده السلطة الإدارية المختصة، ويتم سحب الترخيص إذا كانت المنشأة موضوعا لحمل الدعاية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة[23].

يرجع البعض التأخر في صدور قانون ينظم هذا المجال إلى التخوف المسجل من قبل المشرع والصرامة في ذلك للمحافظة على الصحة العمومية[24]؛ وقد كانت خلفية الحظر الذي عاشته جراحة التجميل في فرنسا كغيرها من الدول السبب الرئيسي في تأخر المشرع كل تلك الفترة في التقنين لقواعد الجراحة التجميلية، بل إن هذه الخلفية بقيت موجودة حتى بعد النص صراحة على مشروعيتها، وذلك من خلال التشدد في منح الترخيص بإقامة منشآت الجراحة التجميلية، والصرامة في المسؤولية الناتجة عنى ممارستها.

(22) - ياسين قوتال، المرجع السابق، ص 83

(23) صحبي محمد أمين، المرجع السابق، ص 22.

(24) ياسين قوتال، المرجع السابق، ص 87.

استند غطاء المشروعية في فرنسا للعمليات الجراحية التجميلية أيا كان نوعها قبل قانون 2002 السالف الذكر إلى القواعد العامة المنظمة للعمل الجراحي، فنجد المادة 18 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي نص على ضرورة مراعاة التناسب بين مخاطر العمليات الجراحية وفوائدها والنتائج المرجوة منها، حيث تعد هذه القاعدة من أهم ضوابط العمل الطبي في الجراحة التجميلية، كما نجد كذلك التزام الجراح التجميلي بالسر المهني (المواد 11 و12 و13)، وكذلك بحدود اختصاصه الطبي الجراحي (المادتان 67 و68) حيث يمنع عليه مثلا أن يضع على الورق المخصص للوصفات أو لوحات باب عيادته إلاّ الشهادات والمؤهلات المعترف بها[25].

أما المشرع المصري فلم ينص صراحة على قواعد تنظم الجراحة التجميلية أيا كان نوعها، رغم أن القضاء المصري قد أباحها منذ سنة 1933[26].

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الجراحة التجميلية التحسينية

لا يوجد في القانون الجزائري لاسيما التشريعات الخاصة بالصحة (مدونة أخلاقيات الطب لسنة 1992 أو قانون الصحة لسنة 2018) نصوص قانونية خاصة بالجراحة التجميلية[27]، فهي تتناول مسائل العناية بالصحة عموما ونقل وزراعة الأعضاء البشرية والبحوث العيادية أو التجارب الطبية، في حين يلاحظ غياب تام لنصوص تتناول بالدراسة الجراحة التجميلية، ولا وجود لها أيضا في تقنينات أو أوامر منفردة كما فعل المشرع الفرنسي مثلا، لكن هناك من يرى بأنه يمكن القول بمشروعية الجراحة التجميلية في التشريع الجزائري مستندا إلى نصوص قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب[28].

يرى بعض الباحثين أنه في ظل غياب نص تشريعي ينظم صراحة هذا التخصص وبالعودة الى بعض نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها هناك من المواد التي تعبر ضمنيا عن هذه الجراحة مثالها القسم الرابع من قانون الصحة (رقم 11/18) التي سمحت بإجراء الدراسات العيادية - لاسيما منها الدراسات العيادية دون منفعة فردية مباشرة- بشرط الحصول على رأي مسبق من وزير الصحة، وهذا يعني أنه أجاز العمليات التجميلية لأنها هي أيضا لا تهدف إلى العلاج.

(25) داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في العلوم القانونية تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006، ص 13.

(26) ياسين قوتال، المرجع السابق، ص83.

(27)- المرسوم التنفيذي رقم 92 – 276 المؤرخ في 05 محرم 1413 هـ الموافق لـ 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52 لسنة 1992.

(28)مخلوف هشام، قراءة في القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة بين المستجدات والنقائص، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35 عدد 1، 2021، ص 77.

كما يستأنسون بالمادة 343 من قانون 11/18 المتعلق بالصحة المتعلقة بضرورة الحصول على رضا المريض وهي موافقة حرة ومتبصرة قبل الإقدام على العملية.

وفي مقابل ما سلف يمكن استخلاص رفض المشرع الجزائري للجراحة التجميلية التحسينية من خلال عدة نصوص في قانون الصحة الجديد، وأبرزها:

- المادة 355 من قانون 11/18 المتعلق بالصحة التي تنص على أنه:" **لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلاّ لأغراض علاجية وتشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليه في هذا القانون**"

- الفقرة 4 من المادة 21 من قانون الصحة الجديد تنص على أنه:" **ولا يمكن أن تتعرض السلامة الجسدية للشخص لأي مساس إلاّ في حالة الضرورة الطبية المثبتة قانونا وحسب الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون**".

- وكذلك: تنص المادة 181 من قانون 11/18 المتعلقبالصحة أيضا على أنه: " **يتعين على مهني الصحة:**

.....- عدم تعريض المريض لأخطار غير متكافئة مع الفائدة العلاجية المرجوة...".

وعليه يمكن استخلاص أن المشرع الجزائري لا يعترف بالجراحة التجميلية التحسينية طالما أن هدفها ليس علاجيا، ولا يمكن اعتبارطالبها مريضا.

الخاتمة:

تسجل الجراحة التجميلية التحسينية تطورا هائلا وإقبالا منقطع النظير في السنوات الأخيرة، ما يجعله واقعا مفروضا يحتاج إلى التنظيم القانوني والضبط الصارم لقواعده، نظرا لاتساع امكانيات الخطأ الطبي فيه والمساس بالسلامة الجسدية جراء تطبيق هذا النوع من الجراحات.

استقر فقهاء الشريعة الإسلامية على تحريم الجراحة التحسينية لما فيها من اعتداء وتغيير لخلق الله تعالى، وتباين الفقه الوضعي بين التوسع والتضييق والمنع في إجراء الجراحات التجميلية التحسينية، حيث يبرر كل اتجاه موقفه ويقدم حججا لذلك.

تنظم عدة تشريعات الجراحة التحسينية كما فعل المشرع الفرنسي حيث أنه لا يفرق بين الجراحة التجميلية التحسينية والجراحة الترميمية ويضع لها ضوابط كالاختصاص والترخيص والتناسب بين المخاطر والنتائج المرجوة.

أما المشرع الجزائري فلم يتناول الجراحة التجميلية عامة بالتنظيم، ورغم أنها أصبحت تمارس في الواقع في عدة صور وأشكال، إلاّ أنه تجاهلها ولم يشر إليها، وقد كان حريا توضيح موقفه منها ولو كان رافضا لها، حتى تتضح حدود التزامات الجراح فيها وحقوق وواجبات طالبها، وهو مقتضى توصيتنا الرئيسية بضرورة التعديل التشريعي وتحيين قانون الصحة الحالي بموضوع الجراحة التجميلية ولاسيما التحسينية، وتنظيم مختلف جوانبها القانونية، كما تتفرع توصية هامة في هذا الشأن بضرورة تكثيف اللقاءات العلمية والأكاديمية بين المختصين القانونيين والأطباء للوقوف على مختلف الإشكالات التي يطرحها هذا التدخل الطبي الجراحي والسعي لإيجاد أفضل الحلول القانونية له.

قائمة المراجع:

- رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005.

- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006

- منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دار الثقافة للنشر، الأردن 2000، ص 08.

- داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في العلوم القانونية تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006.

- زهير ناريمان رضا كاكي، المسؤولية الجزائية للطبيب عن العمليات التجميلية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن، 2020.

- سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.

- جمال الذيب، الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، 2008، ص 202- 233.

- فريد عيسوس، مشروعية الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية، مجلة الشهاب، مجلد 03، عدد 04، أفريل 2018، ص ص 131، 162.

- مخلوف هشام، قراءة في القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة بين المستجدات والنقائص، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35 عدد 1، 2021، ص 66- 82.

- محمد أمين صحبي، طبيعة التزام الجراح التجميلي على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المؤتمر الدولي التاسع لكلية الشريعة والقانون بعنوان " قضايا طبية معاصرة في الفقه الإسلامي بتاريخ 16 أفريل 2019، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، على الرابط https://hdl.handle.net/20.500.11888/14423

- وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، 2008، ص ص 234-266.

- قاموس المعاني، مصطلحات المعجم الوسيط، https://www.almaany.com، اطلع عليه بتاريخ 02 ماي 2023.
- قانون رقم 11/18 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد 46 لسنة 2018.
- المرسوم التنفيذي رقم 92 – 276 المؤرخ في 05 محرم 1413 هـ الموافق لـ 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52 لسنة 1992.

تكريس مبدأ الرضائية في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

Establishing the principle of consent in the process of transferring and transplanting human organs

الأستاذة الدكتورة سي يوسف/ كجار زاهية حورية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري –تيزي وزو

ملخص:

توصلت العلوم الطبية في الآونة الأخيرة إلى اكتشاف وسائل جديدة للتدخل الطبي الجراحي ومن شأنها معالجة مختلف الأمراض التي يعاني منها جسم الإنسان ومعالجة اختلال أو التلف الذي يعاني منه عضو من أعضاء جسمه.، ومن بين هذه الوسائل، عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.

إذ تعد مثل هذه العمليات انتقاص من أعضاء المتبرع والمساس بسلامة جسمه. و تنطوي أيضا على خطورة لكلا الطر فين المتبرع والمريض وبصورة أشد بالنسبة للمتبرع.لكن أضحت ضرورة طبية حتمية لإنقاذ شخص آخر في حالة خطر. ولخطورة هذه العملية ولمجازفتها وما قد يترتب عليها من أضرار، كان من الضروري مراعاة رضا المتبرع بالدرجة الأولى ثم رضا المريض في الدرجة الثانية وتوفير ضمانات لحماية رضا هما.

الكلمات المفتاحية: التدخل الطبي، المتبرع، المريض، الرضا، العضو البشري.

.

Abstract:

Medical science has recently discovered new ways of performing medical surgery to treat various illnesses suffered by the human body and to treat imbalance or damage to any of the body's organs. These methods include the process of transferring and transplanting human organs. Such operations are considered an attack on the donor's organs and a violation of the body's integrity. It also involves a risk for both parties, the donor and the patient, and even more so for the donor, but it has become an absolute medical necessity to save another person in danger. Because of the seriousness of this operation, its risk and the damage that may result, the satisfaction of the donor had to be taken into account in the first instance, and then that of the patient in the second instance, and guarantees had to be provided to protect their satisfaction.

Key words: medical intervention, donor, patient, consent, human organ .

مقدمة:

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء من التدخلات الطبية التي نالت اهتماما كبير ا من قبل رجال الفقه القانوني إلى جانب عمليات التجميل والتلقيح الاصطناعي والاستنساخ وغيرها . و رغم الجدل الذي ثار حول هذا الموضوع من حيث مشروعيته لكونه مساس بمعصومية وسلامة جسد الإنسان. مع العلم أن مثل هذه العمليات لم تكن وليدة العصر، بل كانت سائدة في العصور القديمة . فمثلا عند قدماء المصريين، كانوا يقومون بعملية نقل وزرع الأسنان والتي انتقلت فيما بعد إلى اليونان والرومان. ثم تناولته بعض الدول باعتبارها وسيلة لإنقاذ شخص مريض من قبل شخص سليم بنزع عضو الذي يحتاجه هذا المريض بشرط ألا يتضرر المتبرع من عملية النزع.

ومن بين التشريعات التي كانت قد استجابت لهذا الأمر، المشرع الجزائري وذلك في القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها [1] ثم في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة[2] ملغيا القانون السابق.

[1]- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد08 لسنة 1985.

[2]-قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بقانون الصحة، جريد رسمية عدد 46، مؤرخة في 29 يوليو 2018.

وإذا كان حق الإنسان في سلامة جسده مكفولا دستوريا ، ولا يجب المساس به . إلاّ أن الحتمية الطبية تتطلب التدخل للمساس بهذه السلامة وبشرط مراعاة ضوابط معينة لإجراء مثل هذه العمليات،ومن بينها رضا الأطراف .فكل تدخل جراحي لنزع أو زرع دون تحقق رضا الأطراف ، يخرجه من دائرة المشروعية ، ويعرض القائمين أي الأطباء للمسؤولية لكون هذا التدخل يمس بسلامة الجسد ومعصوميته، **وهذا يدفعنا إلى التساؤل عن حقيقة الرضا الواجب في المتبرع والمريض؟ وما هي الضمانات المقررة لحمايته؟**

وبناء على التساؤل ، ارتأينا إدراج الإجابة في المبحثين التاليين:

المبحث الأول : ضرورة تحقق رضا الأطراف.

المبحث الثاني: ضمانات حماية هذا الرضا.

المبحث الأول

ضرورة تحقق رضا الأطراف

يعتبر الرضا الركن الأساسي لانعقاد كل التصرفات القانونية ، فهو أيضا عامل أساسي في العقود الطبية . ويعتبر أيضا شرط جوهري في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. إلا أن طرق التعبير المعتادة في القواعد العامة كالتعبير الضمني واللفظ والإشارة، لا يعتد بها في هذا المجال وذلك لخطورة العملية وما تنطوي عليه من خطورة بالنسبة للطرفين أي المريض والمتبرع خصوصا أن هذا الأخير ينتزع منه عضو صحيح ولا مصلحة علاجية له ودون مقابل ،بل فقط من أجل إنقاذ شخص آخر في حالة خطر .

ولذا تطلب الأمر دراسة كل من رضا المريض والمتبرع ، والأهلية كشرط جوهري لصحة رضاهما

المطلب الأول: رضا المريض والمتبرع

باستقراء الأحكام الواردة في قانون رقم 18-11، يتضح أن المشرع أضفى نوع من الخصوصية على رضا الأطراف أي المتبرع والمريض في عملية نزع وزرع الأعضاء ، تختلف عن تلك التي تحكم الرضا في القواعد التقليدية وهذا ما ستناوله في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: رضا المريض

-الأصل أنه لا يجوز مباشرة أي عمل طبي على جسم الإنسان إلا بعد الحصول على رضاء ممن يراد إخضاعه له. والعلّة من ذلك أن الأعمال الطبية - بصفة عامة - تتضمن اعتداء على السلامة البدنية للمريض، ولذلك فهي تقع - بحسب الأصل - تحت طائلة قانون العقوبات، باعتبارها مكونة لجرائم الجرح العمدي أو إدخال مواد ضارة في الجسم.

وبناء على ذلك، يحق للمريض إبداء موافقته للتدخل لزرع العضو في جسده أو رفض ذلك، فهو السيّد في اختيار التدخل الجراحي أو المحافظة على سلامة جسده. لذا يجب أن تكون إرادته صريحة وسليمة ومتبصرة وحرة بعيدة عن أيّة ضغوط وحتى ولو كانت عائلية. أو بتعبير آخر ألا يكون لدور الوالدين أثر في هذه العملية على خلاف العمل الجراحي العادي، إذ يجب أن يكون رضا المتلقي للعضو شخصيا [3].إلا في حالات استثنائية التي يجب فيها التدخل دون موافقة المريض. كما إذا كان هذا الأخير في حالة لا وعي أي يتعذر عليه التعبير عن إرادته أو كانت حالته تتطلب التدخل السريع لإنقاذ حياته.

أولا: أن يكون التعبير عن إرادته صريحا

إذا كانت القواعد العامة في مجال التدخل الطبي تتطلب أن يكون الرضا الصادر من المريض صريحا أو ضمنيا، إلا أن الأمر يختلف في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ يشترط أن يكون مكتوبا. وما ينبني على ذلك عدم كفاية الإرادة المفترضة للمريض، بل يجب الأخذ بموافقته الصريحة أمام طبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وبحضور شاهدين[4] (المادة 1/364 قانون رقم 18-11 سالف الذكر). أما إذا رفض التدخل لزرع له العضو ولوكا ن يعرض حياته للخطر ، وجب الأخذ بذلك، لكن يجب أن يثبت ذلك كتابيا وهذا ما أكده المشرع في المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب والتي تنص على ما يلي:(**يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن).**

[3]- إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، تاريخ المناقشة 2011/11/14، ص 104.

[4]- لعل إبداء المريض موافقته بالزرع أمام طبيب رئيس المصلحة وشاهدين، يعد ضمانة أساسية للمريض وللطبيب على حد سواء. لكن يؤخذ على المشرع عدم تحديده للشاهدين . هل يأتي بهم الطبيب أم المريض أم الأولياء. وهل هم يعملون في المصلحة المختصة بالنزع ؟ طبعا هذا غموض يجب على المشرع تداركه .

أما إذا تعذر على المريض التعبير عن موافقته، ذلك لظروف صحية ، فإنّه يمكن لأحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362 من قانون رقم 18-11 المتعلق بقانون الصحة .أما إذا كان قاصرا أو عديم الأهلية ، فيجب الأخذ بموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي في حالة غيابهما.

إلا أنه يمكن للطبيب أن يقوم بعملية الزرع للمريض دون موافقة الأولياء في حالات استثنائية إذا كانت حالة المريض تتطلب ذلك وأن الانتظار سيؤدي إلى وفاته.

ثانيا: أن يكون رضا المريض متبصرا أي مستنيرا

لا يتحقق الرضا المتبصر والمستنير للمريض إلا بقيام الطبيب بتبصيره بجميع المعلومات وهذا ما جاء في المادة 23 م قانون رقم 18-11 سالف الذكر.، على أنه:(**يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه والأخطار لتي يتعرض لها)** . وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب[5] ، والتي تنص على ما يلي:**(يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي).** ويتضح من النص، ضرورة أن يكون التبصير بعبارات واضحة و صادقة وبلغة سهلة يفهمها المريض. ولا يكفي أن يكون المريض على علم بوضعه الصحي وخطورته، وبالإضافة إلى ذلك ،يجب أ ن يكون رضاء المريض حرا بعيدا عن أي تأثير أو ضغوطات[6].

أثارت درجة التزام الطبيب بالتبصير لتحقق رضا المريض خلافا فقهيا. فهناك من ذهب إلى القول بأنه التزام مطلق أي يستوجب تبصيره عن كل المخاطر. في حين هناك من ذهب إلى القول أن التزام الطبيب بالتبصير ليس مطلقا ،لأن المريض يجهل في بعض الأحيان المسائل العلمية وأسباب التدخل، هذا من جهة. ومن جهة أخرى أن مصلحة المريض توجب على الطبيب عدم إعلامه بكل المخاطر إذا كان من شأنها أن تسيء إلى حالته النفسية وبالتالي تؤثر على روحه المعنوية .

الفرع الثاني: رضا المتبرع

[5]--مرسوم تنفيذي رقم 92- 276 مؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية، عدد52 لسنة1992.

[6]- زايدي حميد، الضمانات القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل قانون رقم 18-11 المعدل والمتمم، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، 2022، ص 384.(ص ص 364- 391).

يحكم رضا المتبرع من الناحية القانونية عدّة شروط، لكون رضاه يكتسي أهمية عظمى في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. لأنه ينتزع منه عضو سليم وربما قد يعرضه لخطر جسيم يتهدده طول حياته. ولذا يجب مراعاة شروطا صارمة سواء كان المتبرع حيا أو ميتا.ومن أهم الشروط، أن يكون رضاه ثابتا بالكتابة، أن يكون صادرا عن إرادة حرة ومتبصرة وفي جميع الحالات يجب أن يكون سابقا على عملية نقل العضو منه. وهذا أمر بديهي.

أولا: أن يكون رضاه ثابتا بالكتابة

إذا كان التعبير عن الإرادة في القواعد العامة يتم إمّا بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة أو أي وسيلة متداولة عرفا ، إلا أنه في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فيجب أن يعبر المتبرع عن إرادته بصورة خاصة.

إذ توجب معظم التشريعات في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء أن يكون رضا المتبرع بالعضو ثابتا بالكتابة وموقع منه ومن شهود يحددهم القانون. فلهذه الشكلية أهمية بالنسبة للمتبرع، إذ تكفل سلامة رضاه، هذا من جهة . ومن جهة أخرى تحمي الأطباء المقبلين على عملية الاستئصال عند نشوء نزاع حول مضمون الرضا[7].

إلا أن هذه الشكلية تختلف من قانون إلى آخر . ففي فرنسا مثلا، يشترط رضا المتبرع أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها محل إقامة المتبرع أو أمام قاضي يعيّنه رئيس هذه المحكمة. ويتم إثبات هذا الرضا بالتوقيع على المكتوب من قبل المتبرع والقاضي[8]. ويرى بعض الباحثين[9] في فرنسا أن الحكمة من اشتراط المشرع إبداء موافقة المتبرع أمام القضاء هي للتأكد من حقيقة وجود رضا متبصر من طرف المتبرع عن العضو، أو من حقيقة وجود رضا أوليائه أو الممثلين القانونيين بالنسبة للقاصر. إلا في الحالة الاستعجالية أين يمكن الحصول على الرضا بكل الطرق من طرف وكيل الجمهورية.

---

[7]-محمود ثابت محمد محمود علي الشاذلي ، الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ، مجلة بحوث الشرق الأوسط ، جامعة عين شمس القاهرة ، مصر ،العدد 44، ص 212.

[8]-أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية ، القاهرة 1995، ص70.

[9] --PRIEUR Stéphane, La disposition par l'individu de son corps, , les études hospitalières, 1998, Paris, p 285. مأخوذ من مرجع: مواسي العلجة ، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو، 2016 ، ص 222 .

وفي الأردن، يشترط موافقة المتبرع خطيا وبصورة صريحة قبل إجراء عملية النقل وهذا ما ورد في قانون نقل الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23لسنة 1977 المعدل والمتمم[10].

أما في الجزائر، فقد أوجب المشرع في قانون الصحة رقم 18-11 سالف الذكر، أن يعبر المتبرع عن موافقته أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا الذي يشهد على توافر الرضا لدى المتبرع.

ثانيا: أن يكون رضا المتبرع صادرا عن إرادة حرة

نظرا لخصوصية رضا المتبرع بالعضو ، فإنه يشترط أن يكون رضاه صادرا عن اختيار حر غير خاضع لأية ضغوطات أو مؤثرات التي تعيب الإرادة وتجردها من قيمتها القانونية [11] .

وبالتالي فإن التأثير على إرادة الشخص بإغرائه بالمال أو تقديم وظيفة معينة قد يعدم الإرادة، ولذا يجب أن يكون الدافع إلى التبرع بالعضو ،هو بالتضامن في أسمى عباراته دون مقابل مالي [12]. ونفس الشيء إذا كان المتبرع ميتا، فيجب أن يؤخذ برضاه قبل وفاته حول نزع الأعضاء والمجسد بإقرار خطي منه ثابت التوقيع والتاريخ بصورة قانونية[13]. ويعتبر هذا الإقرار بمثابة وصية [14]، وهذه لا تنفذ إلا بعد الوفاة .

أما المشرع الجزائري، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 362 ما يلي :(..... يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته..) ويتّضح من النص، أنه يمكن نزع العضو من الميت إلا إذا رفض وسجل رفضه في سجل لدى الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. أما إذا لم يعبر عن موافقته لنزع الأعضاء قبل وفاته، فهنا يتم الأخذ بموافقة الأولياء البالغين حسب درجة القرابة. إلا أنه استثناء يمكن نزع الأعضاء منه كالقرنية والكلية دون حاجة إلى موافقة الأولياء. وذلك في حالة تعذر الاتصال بالأولياء في

---

[10]- مأخوذ من مرجع : خلدون فوزي قندح، محمد فواز محمد المطالقة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في التشريع الأردني ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، مجلد 1/ السنة 06،/ العدد 20 ، ص 424.

[11]- نقلا من مرجع: محمود ثابت محمد محمود علي الشاذلي، مرجع سابق، ص 213.

[12]- مع العلم أن هناك بعض الدول تسمح للمواطنين ببيع أعضائه بمقابل مالي ، كالهند، إيران.

[13]- مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة ، طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية "دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة والقانون الأردني"مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، المجلد 41، العدد 02، سنة 2014، ص1429 .

[14]- يذهب بعض الباحثين إلى أنه يجب أن تكون الوصية بنزع أعضائه ، صادرة عن إرادة حرة ومستنيرة وأن يكون الموصي بالغا راشدا . أنظر في هذا الصدد:

-تبوب رابحي فاطمة الزهراء ، قاعدة الرضا في مجال نقل و زرع الأعضاء ، حوليات جامعة الجزائر1 ، العدد 32، الجزء الأول ، 2018، ص 484، (ص ص 463- 493).

الوقت المناسب أو أن التأخر في نزع الأعضاء قد يجعلها غير صالحة أو أن حالة المريض تتطلب الاستعجال لكونه في حالة خطر.

ثالثا: أن يكون رضا المتبرع متبصرا

يعتبر تبصير المتبرع إجراء جوهريا قبل أي تدخل طبي جراحي، وقد كفله المشرع في المادة 360 الفقرة الرابعة من قانون الصحة رقم 18-11 سالف الذكر، كما يلي :(**لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع...)**

وورد أيضا في المادة 23 من نفس القانون ، ما يلي:(**يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها...).**

ولكي يكون رضاءه متبصرا ،يجب تبصيره من قبل الفريق الطبي المختص بإجراء عملية نقل وزرع الأعضاء عن كل المخاطر الصحية المترتبة سواء كانت حالة أو مستقبلة وعن كل الأضرار المحتملة. وإعلامه بكل الجوانب الصحية المترتبة على الاستئصال والصعوبات التي قد تؤثر على ممارسة أحد أعضائه لحياته الاجتماعية والمهنية.

المطلب الثاني : الأهلية كشرط لصحة رضا المريض والمتبرع

لا يكفي الاعتداد بشروط الرضا الذي يصدر من الطرفين أي المتبرع والمريض ما لم تتوفر

الأهلية بالنسبة لهما. ويقصد بالأهلية حسب المادة 40 قانون مدني جزائري بأنهّ:(**كل شخص بإلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . وسن الرشد 19 سنة كاملة**). فالأهلية شرط أساسي لصحة الرضا . وما ينبني على ذلك هو عدم الاعتداد بالرضا الصادر من شخص بالغ 19 سنة إذا كان فاقد للإدراك أو مجنون أو غيرها وهذا يرجع إلى الرضا الواجب توافره في كل التصرفات المالية وعلى الخصوص في مثل هذه التدخلات الطبية الواردة على جسم الإنسان .

الفرع الأول: بالنسبة للمتبرع

يجب أن يكون المتبرع أهلا التصرف، أي أن يكون بالغا سن الرشد 19 سنة[15] وأن يكون عاقلا مختارا. و إذا كان المتبرع بالعضو متوفى ووجدت منه وصية حال حياته صادرة عن إرادة حرة متبصرة وكانت لديه الأهلية لحظة تحريرها، نفذت بعد وفاته وإذا لم توجد الوصية فلابد من رضاء الورثة..أما إذا كان الموصي قاصرا، فلا يجوز الاستئصال إلا بعد موافقة كتابية من وليه أو ممثله[16].

وإذا كان المتبرع بالعضو ناقص الأهلية أو عديمها ، فلا يعتد بموافقته . وهذا ما ورد بصريح العبارة في المادة 361 قانون الصحة والتي تنص على ما يلي:(**يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية.....)**

وبناء على ذلك ليس لولي القاصر أو عديمي الأهلية الموافقة على التبرع بأعضاء القاصر لجسم المريض، لأن مهمة الولي بالنسبة لهم أصلا تتمثل في المحافظة على جسم الصغير ونفسه وليس إنقاص من أعضائه و إبعاد كل ما يؤدي إلى تلف جسمه ونفسه[17].

وتأكيدا على هذا أن معظم الفقهاء اتفقوا على عدم جواز التبرع بمال القاصر أو عديم الأهلية، فمن باب أولى لا يجوز التبرع بأي عضو منهما [18] . وخلاصة القول أن موافقة فاقد التمييز لصغر في السن، أو العته، أو الجنون، و ناقص الأهلية لا يعتد بها كأساس للتبرع بالأعضاء .

لكن استثناءا يمكن أن يؤخذ منه العضو ولو كان قاصرا وبرضا الأب والأم في عمليات نزع الخلايا الجذعية لمكونة للدم لفائدة الأخت أو الأخ.، وهذا ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 361 قانون الصحة المذكورة أعلاه والتي تنص على ما يلي:(**..... يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت).**[19]

---

[15] - أن اشتراط المشرع بلوغ المتبرع لسن الرشد جاراه الصواب ، وذلك لتفادي لجوء الشبان إلى هذه العملية دون إدراك خطورة التبرع وما قد يخلفه من أثار سيئة على حياتهم المهنية أو الاجتماعية . نقلا من :

--تبوب رابحي فاطمة الزهراء ، قاعدة الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء، حوليات جامعة الجزائر1 ، العدد 32، الجزء الأول، 2018، ص 467.

[16] - المرجع نفسه ، ص 484.

[17] - مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة : مرجع سابق ،ص 1426.

[18] - تبوب رابحي فاطمة الزهراء ، مرجع سابق ، ص 468.

[19] - وهو نفس ما سار عليه المشرع المصري في في المادة 5 من القانون رقم 5 لسنة 2010 في شأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية. لكنه أورد استثناء في نفس الفقرة موسعا من فئة الأشخاص الذين تنقل إليهم الخلايا وهم الأبوين والأبناء والأخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء ء . أنظر في هذا الصدد:

وربما الحكمة من السماح بذلك ،هي أن هذه العملية أقل خطورة وأن احتمالات النجاح بإجرائها كبيرة جدا بالنظر إلى العمليات الأخرى ، هذا من جهة. ومن جهة أخرى أن هناك تقارب كبير في الخلايا الجذعية بين الإخوة وهي قابلة للتجديد بسرعة.

الفرع الثاني: النسبة للمريض المتلقي للعضو

الأصل في كل عمل طبي يتعلق بمصلحة المريض ،يقع على الطبيب القيام بكافة الوسائل العلاجية لتحقيق هذا الهدف، إلا انه لا يكون للطبيب الحرية المطلقة بالقيام بالعمل الطبي، إلا إذا استند إلى رضا المريض إذا كان كامل الأهلية . أما إذا كان قاصرا، أو فاقد الوعي ، كان لابد الأخذ بموافقة الأولياء، الأب أو الأم أو الممثل الشرعي في حالة غيابهما . أما إذا كان عديم الأهلية ، فيؤخذ بموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي (الفقرتين 4 و5 من المادة 364 قانون رقم 18-11 سالف الذكر). لكن هناك حالات يمكن فيها للطبيب التدخل دون الحصول على موافقة الأولياء.

المبحث الثاني

ضمانات حماية الرضائية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

بالرجوع إلى المادة 360 فقرة 06 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر، نلاحظ أن المشرع منح للمتبرع الذي سبق أن عبّر عن رضائه بالتبرع بعضو من أعضائه حق التراجع عن هذه الموافقة وبدون أية مسؤولية. وهذا على خلاف ما ورد في القواعد العامة ،والذي مفاده أنه إذا صدر الرضا من المتعاقد إلى متعاقد آخر وتوافرت شروط صحته ، ترتبت عليه الآثار ويكتسي القوة الإلزامية , وفي هذه الحالة لا يحق له التراجع وإلا ترتبت عليه المسؤولية المدنية [20] .

كما رتب المشرع المسؤولية على الطبيب المخل بمبدأ الرضائية أي الرضا الصادر من المتبرع أو المريض، وهذا ما كرسه المشرع في المادة 430 من نفس القانون. .

- جابر محجوب علي، مشكلات الأهلية في عمليات زرع الأعضاء البشرية: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، قطر، عدد 03 المجلد 20، سنة 2017ن ص 06.

[20]- سعاد هواري ، خصوصية الرضا في مجال التبرع في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء ، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن ، جامعة سيدي بلعباس ،مجلد 05، العدد 01 / 2019، ص 74و75.

المطلب الأول: تمتع المتبرع بالعدول عن الموافقة وبدون أية مسؤولية

يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها لنزع الأعضاء في أي وقت وبدون أي إجراء، وهذا طبقا للمادة 360 فقرتي 4و5 من قانون رقم 18-11 ، وهذا بعد أن تقوم لجنة الخبراء بإخباره مسبقا بكل الأخطار التي يمكن ن يتعرض لها لاحقا أي بتعبير آخر، يحق له أن يعدل عن رضاه بالتبرع بعضو من أعضائه دون أن يقوم بأيّ إجراء ودون أن تقوم عليه المسؤولية ،وهذا كضمانة معتبرة لحماية رضاه وإن كانت هناك مسؤولية معنوية تجاه المريض المتلقي منه العضو وعائلته[21] .

لكن يشترط لصحة العدول عن عملية انتزاع العضو منه، أن يتمتع بإرادة حرة بعيدة عن أي تأثير أو ضغط، هذا من جهة. ومن جهة أخرى أن يتم العدول قبل عملية استئصال العضو.

الفرع الأول: أن يتم العدول بإرادة حرة

يقصد بذلك حق المتبرع بالتراجع عن ما تبرع به من عضو. وباعتبار التبرع هبة، فمن باب أولى طبقا لأحكام قانون الأسرة له الحق في الرجوع عن الهبة[22] . لكن يشترط أن يكون التعبير عن الرجوع بإرادة حرة وسليمة بعيدا عن أيّ ظرف خارجي. وإن كان هناك اختلاف بين مختلف التشريعات حول إضفاء نوع من الشكلية على العدول.

فهناك من يذهب إلى القول ، يجب أن يكون العدول بنفس الشكلية التي تمت بها الموافقة على التبرع. إلا أن بعض التشريعات لا تشترط أية شكلية لذلك كالقانون الفرنسي الذي ذهب إلى القول أن اشتراط الشكلية للعدول هو إرهاق المتبرع بإجراءات شكلية ليس لها ما يبررها.لأنه إذا كانت الشكلية المفروضة للتعبير عن الموافقة تجد تبريرها في حماية المتبرع، باعتبار أنها تنبهه بخطورة ما سيقدم عليه من عملية النزع . فإن فرض هذه الشكلية أثناء العدول ليس فيه ما يفيد حماية المتبرع،بل هي تعرقله خاصة إذا أبدى رغبته في العدول في وقت قصير قبل العملية[23] . ولذا استبعدت معظم التشريعات مثل هذه الشكلية وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد وذلك في المادة 360 منه بإيراد عبارة

---

[21]- عبد الرحمان بن جيلالي ، شرعية اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الجزائري ، مجلة الدراسات القانونية ، جامعة المدية ، مجلد 03، العدد 02/ 2017 ، ص12.

[22]- لكن حق العدول عن التبرع بالأعضاء البشرية يختلف عن الرجوع في الهبة التي ترد على التصرفات المالية . راجع في هذا الصدد:
-مواسي العلجة، مرجع سابق، ص238..

[23]--سعاد هواري ، مرجع سابق ، ص77.

((بدون أي إجراء)) مما يفيد عدم لزوم أية شكلية للعدول ، عكس ما كان عليه قانون رقم 85-05 السابق والملغى.

وهذا ينطبق بطبيعة الحال على المتبرع الذي كتب وصية قبل الوفاة . فالوصية أصلا لا تنفذ إلا بعد الوفاة . وبالتالي له الحق في العدول عن التبرع بأعضائه قبل وفاته.

الفرع الثاني: أن يصدر العدول قبل عملية الاستئصال

جاء المشرع في الفقرة 06 من المادة 360 نفس القانون المذكور أعلاه بما يلي:(**يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء**).إلا أن عبارة ((أي وقت))، أثار ت الغموض ، لأنه يستفاد من ذلك أن المتبرع يمكن أن يعدل عن الموافقة في أي وقت أي حتى بعد استئصال العضو ، وهذا لا يقبله لا العقل ولا المنطق وهو ما جعله موضع انتقاد من قبل رجال القانون و لذا على المشرع تداركه.. .في حين أن بعض التشريعات عالجت هذا الأمر بنوع من الدقة أي للمتبرع حق العدول في أيّة لحظة، المهم قبل عملية استئصال العضو.. حتى لا نكون أمام وضعية التلاعب بالأوضاع الصحية خاصة بالنسبة للمستفيد الذي تم زرع العضو له.

فالأصل المعمول به، هو أنه لا يجوز استرجاع العضو المتبرع به بعدما تم زرعه في جسد المستفيد وهذا ما تأكد في إحدى القضايا، أن إحدى الزوجات تبرعت بكليتها لزوجها الذي كان يعاني من قصور كلوي . لكن بعد حصول طلاق بينهما ، وتزوجه من إمراة أخرى ، بادرت المطلقة المتبرعة برفع دعوى قضائية تطالب من خلالها الزوج بإعادة الكلية محل التبرع . إلا أن المحكمة رفضت طلبها[24] .

المطلب الثاني: إقرار مسؤولية الطبيب المخل بمبدأ الرضائية

تتجلى أهمية الرضا في القواعد العامة ، في ترتب البطلان عند تخلفه . وهو نفس المطبق في مجال الأعمال الطبية الأخرى. فعدم اعتداد الطبيب به، يرتب مسؤوليته المدنية . كما قد يشكل هذا الخطأ المدني في نفس الوقت ، قيام مسؤوليته الجزائية.

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للطبيب

[24]-مأخوذ من مرجع : سعاد هواري ، مرجع سابق ، ص 76.

تتمثل المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القيام بتعويض المتضرر بسبب إخلال الطبيب بالتزام واقع عليه . فإذا كان الطبيب غير ملزم بتحقيق الشفاء للمريض إلاّ أنه التزام ببذل عناية مشدد أي يقع عليه التزام ببذل مجهود معقول وصادق للوصول إلى الشفاء .فهو يسأل عن كل تقصير في سلوكه الطبي لا يحصل من طبيب آخر يقظ في مستواه العلمي والمهني [25]. والعلة من جعله التزام ببذل عناية مشدد هي أن تدخل الطبيب في عمليات نزع وزرع الأعضاء من الجراحات الخطيرة التي تتطلب مزيدا من الحيطة والحذر، إلا أنه قد تتداخل عوامل كثيرة في هذه الحالة ولا يمكن للطبيب التحكم فيها[26]. لكن فيما يخص القيام بالالتزامات المفروضة عليه خاصة الأخذ برضا الأطراف قبل أي تدخل جراحي ،فهنا التزامه بتحقيق نتيجة .

تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية تقصيرية وعقدية . تقوم المسؤولية التقصيرية في حالة الإضرار بالغير. فالأصل أن كل شخص يقع على عاتقه التزام يتمثل بعدم الإضرار بغيره، فإذا لم يلتزم الشخص بهذا الالتزام وقام بالإضرار بغيره ،عندها تقوم المسؤولية التقصيرية، ويقع على عاتقه تعويض المتضرر .

أما المسؤولية العقدية، فهي التي تنشأ عن إخلال أحد طرفي العقد بالالتزامات الواقعة على عاتقه بموجب العقد، أو بأحدها، فلابد من أن يكون هناك عقدا يربط بين من أخلّ بالتزامه وهو المدين وبين الطرف الآخر وهو الدائن، فحتى تقوم هذه المسؤولية لابد من أن يكون هناك عقد صحيح بين الطرفين أي بين الطبيب من جهة، والمريض من جهة أخرى.

وفي مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية فمسؤولية الطبيب المدنية عقدية أو تقصيرية تثور إذا لم يلجأ إلى الحصول على موافقة المتبرع أو المريض أو من يمثله قانونا، أو كانت الموافقة غير سليمة لعدم توافر شروط صحة الرضا كأن اعتد بالموافقة على النزع من شخص قاصر أو تدخل لزرع عضو لمريض دون موافقته . كما قد تقوم مسؤوليته المدنية في حالة عدم تبصير المريض والمتبرع خاصة أو أنه قصر قبل إجراء عملية الاستئصال أو الزرع في القيام بكافة الفحوص الشاملة على المتبرع والمريض ، أو في حالة ما إذا قام باستئصال عضو من المتبرع الميت دون الأخذ في الحسبان موافقته قبل الوفاة التي تركها في شكل وصية أو موافقة ذويه في حالة عدم وجودها.

---

[25]- غرام عبد الوهاب سليم السحيمات ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، رسالة ماجستير ، جامعة مؤتة ، الأردن ، 2012 ، ص87.

[26]- صورية حدادو، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية ، المجلد 03، العدد06 سنة 2020 ، ص102.

وفي هذه الحالات السابقة لا يمكنه التنصل من المسؤولية تأسيسا على أن التدخل الطبي يتفق مع مصلحة المريض. كأن يقوم الطبيب بعملية جراحية للمريض دون أخذ موافقته ، وتسبب هذا التدخل في عاهة مستديمة للمريض- ولو أنه التزم بكل ما تفرضه الأصول الطبية --، فهنا الإخلال الرضا يؤدي إلى مساءلته مدنيا .

لكن إذا وافق المريض على الزرع بعد تبصيره بكل المخاطر التي قد يتعرض لها من جراء عملية الزرع، فهذا يعفي الطبيب من المسؤولية عن الأضرار التي قد تخلفها العملية خاصة ما إذا كانت تلك المخاطر عادية ومتوقعة[27].

أما بالنسبة لأثر المسؤولية فهو –تطبيقا للقواعد العامة ، فهو يتمثل في التعويض عن الضرر المتمثل إما في تفويت فرصة الشفاء مثلا أو إصابة المتبرع بضرر المتمثل في عدم قدرته على أداء واجباته المهنية. **الفرع الثاني : المسؤولية الجزائية للطبيب**

نظر لخصوصية الرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء، فإن إخلال الطبيب به يرتّب مساءلته جزائيا وهذا ما جاء به قانون رقم 09-01 مؤرخ في 2009/02/25 المعدل والمتمم لقانون العقوبات ، إذ نص صراحة على تجريم فعل نزع الأعضاء من شخص دون موافقته. وتماشيا لما جاء في قانون العقوبات ، أصدر المشرع قانون الصحة رقم 18-11 وأورد في المادة 430 منه تجريم نفس الأفعال كما يلي:**(يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها طبقا لأحكام المواد 303 مكرر إلى 303 مكرر 20 قانون عقوبات).**

وما يبرر ذلك أن للمتبرع الحق في سلامة جسده باعتباره من الحقوق اللصيقة بشخصيته ومتعلقة بالنظام العام والتي كفلها الدستور. لا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي للمريض والمتبرع دون رضاهما.

خاتمة

[27]-رمضان جمال كمال : مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية ،رسالة ماجستير،دراسة مقارنة،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،2001،ص 120.

توصلت في هذه الدراسة إلى النتائج التالية :

ضرورة توافر الرضا قبل عملية التدخل لنقل وزرع الأعضاء سواء بالنسبة للمتبرع أو المريض، وأن كان رضا المتبرع يتميز بجوانب من الخصوصية سواء من حيث الإرادة أو الأهلية لعلة واضحة وهو أنه يتبرع بعضو و خلايا أو أنسجة من جسمه بدون أي مصلحة علاجية له لمصلحة شخص آخر مريض بدافع إنساني وعلى وجه التضامن . فمباشرة العملية دون التحقق الكافي من إرادته يخرجها عن دائرة المشروعية والتي تعرض الطبيب للمسائلة سواء كانت مدنية ، جزائية .

كما يجب أيضا مراعاة إرادة للمتبرع المتوفي الذي يبدي موافقته قبل وفاته على انتزاع أعضاء منه أو رفض ذلك. وفي حالة عدم إبداء رغبته قبل وفاته، فيكون من الضروري الحصول على موافقة أقاربه وإذا تعذر ذلك كان على الطبيب التدخل في حالات استثنائية دون أخذ موافقة الأولياء.

أما بعض الاقتراحات ، تتمثل فيما يلي:

--على المشرع إعادة النظر في بعض أحكام القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة وخصوصا تلك المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

--على المشرع أن يضع تنظيما خاصا للمسؤولية المدنية للطبيب الذي يخلّ بمبدأ الرضائية أو عدم التبصير الكامل للمريض وبالشروط المطلوبة . لأن تطبيق القواعد العامة لا يستقيم مع خصوصية المسؤولية في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء.

-- على المشرع اعتماد أسلوب بطاقات التبرع للتعبير عن الموافقة من المتبرع المتوفى على نزع الأعضاء أو رفضه ذلك حتى تسهل عملية النزع في أسرع وقت وتحقيق الفائدة للمرضى الذين هم في قائمة الانتظار.

قائمة المراجع

أولا :مذكرات ورسائل جامعية

- إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، تاريخ المناقشة 2011/11/14.

--رمضان جمال كمال : مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية ،رسالة ماجستير،دراسة مقارنة،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، 2001.

- غرام عبد الوهاب سليم السحيمات،المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، رسالة ماجستير ، جامعة مؤتة ، الأردن ، 2012 .
--مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو، 2016.

مقالات

-أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة 1995،
-تبوب رابحي فاطمة الزهراء، قاعدة الرضا في مجال نقل و زرع الأعضاء، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 32، الجزء الأول ، 2018، ص 484، (ص ص 463- 493).
- جابر محجوب علي، مشكلات الأهلية في عمليات زرع الأعضاء البشرية: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، قطر، عدد 03 المجلد 20، سنة 2017، (ص ص 01-18).
-خلدون فوزي قندح، محمد فواز محمد المطالقة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في التشريع الأردني ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، مجلد 1/ السنة 06/ العدد 20 ، ص 424(ص ص404-463).
- زايدي حميد، الضمانات القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل قانون رقم 18-11 المعدل والمتمم، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، عدد 01، 2022.(ص ص364- 391).
--سعاد هواري ، خصوصية الرضا في مجال التبرع في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء ، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن ، مجلد 05، العدد 01 / 2019، (ص ص 61-81).
- صورية حدادو، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية ، المجلد 03، العدد06 سنة 2020 ، (ص ص 100-117)
عبد الرحمان بن جيلالي ، شرعية اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية ، جامعة يحي فارس ، المدية ،مجلد 03، العدد 02/ 2017 ، (ص ص 214- 232).
-محمود ثابت محمد محمود علي الشاذلي ، الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ، مجلة بحوث الشرق الأوسط ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، مصر العدد 44،(ص ص 187-234).
- مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة والقانون الأردني" مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، الجامعة الأردنية ، المجلد 41، العدد 02، سنة 2014، ص1429 .(ص ص 1423- 1440).

OUVRAGE

- PRIEUR Stéphane, La disposition par l'individu de son corps, les études hospitalières, Paris 1998.

النصوص القانونية

--- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، جريدة رسمية ، عدد78 لسنة 1975.

--قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد08 لسنة 1985(ملغى).

--قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بقانون الصحة، جريد رسمية عدد 46، لسنة 2018.

--مرسوم تنفيذي رقم 92- 276 مؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية، عدد52 لسنة1992.

عن حماية الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية

في قانون الصحة الجزائري

On the protection of subjects undergoing clinical studies

In the Algerian health law

د/ ماديو ليلى

جامعة مولود معمري، تيزي وزو

ملخص:

رغم أهمية الدراسات العيادية، فإنها تمتاز بخطورتها وإمكانية إلحاقها أضرارا بالأشخاص الخاضعين لها، لذلك، عادة ما يتدخل المشرع لحماية هؤلاء الأشخاص عن طريق وضع الضوابط القانونية الواجب مراعاتها أثناء القيام بهذه الدراسات. وقد كرس المشرع الجزائري حماية الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية في قانون الصحة، من خلال اشتراط رضاهم الحر والمستنير، إلاّ أنّ هذه الحماية لم تكن كاملة ولا فعّالة نظرا لقصور الرقابة على الدراسات العيادية بسبب عدم تفعيل الهيئات المختصة بها.

لكن، لا يمكن تبرير هذا القصور والنقص في التأطير القانوني بانعدام الدراسات العيادية في الجزائر، بل يجب توفير الإطار القانوني المتكامل أوّلا، من أجل تشجيع الأشخاص على التطوع في إطار الدراسات العيادية.

الكلمات المفتاحية: الدراسات العيادية، حماية الأشخاص، الرضا المستنير، الرقابة على الدراسات العيادية.

Abstract :

Despite the importance of clinical studies, they are characterized by their danger and the possibility of causing harm to the people subject to them. Therefore, the legislator usually intervenes to protect these people by establishing legal controls that must be observed while conducting these studies. The Algerian legislator has enshrined the protection of persons subject to clinical studies in the health law, by requiring their free and informed consent. However, this protection was neither complete nor effective due to the lack of oversight of clinical studies due to the lack of activation of the bodies concerned with them.

However, this deficiency and lack of legal framework cannot be justified by the lack of clinical studies in Algeria. Rather, an integrated legal framework must be provided first, in order to encourage people to volunteer within the framework of clinical studies.

Keywords: Clinical studies, Protection of persons, Enlightened satisfaction, Oversight of clinical studies.

مقدمة:

تحظى التجارب الطبية باهتمام خاص باعتبارها من النشاطات الطبية التي لا يمكن الاستغناء عنها بسبب حاجة البشرية إليها المتزايدة نظرا لمساهمتها في تقدم العلوم الطبية والجراحية من جهة، وتحقيق شفاء المرضى من جهة أخرى، حيث أنّ كل النتائج الطبية الناجحة لم يتمّ التوصل إليها إلاّ عبر التجارب الطبية[1].

ولعلّ أحسن مثال على أهمية التجارب أو الدراسات العيادية، جائحة "كورونا" التي اجتاحت العالم في زمن غير بعيد والتي أودت بالملايين من الأرواح البشرية وأنهكت اقتصاديات العديد من الدول، ممّا دفع

[1] ناصف سعاد، "ضمانات إجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان طبقا لقانون الصحة رقم 18-11"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 6، العدد 4، 2021، ص ص 25-26.

بالمنظمة العالمية للصحة إلى إطلاق تجربة "التضامن السريرية" الدولية من أجل المساعدة على إيجاد علاج ناجع ضدّ فيروس "كورونا" والتي تعدّ من أكبر التجارب الطبية الدولية[2].

وقد أثارت البحوث والتجارب الطبية على الإنسان ولا زالت تثير مسألة الموازنة بين المتطلبات البيولوجية في مجال الطب والأبحاث العلمية التجريبية، وضرورة توافر الحد الأدنى من الاحترام الواجب للجسم البشري والحفاظ على الكرامة الإنسانية، فرغم أهميّة التجارب أو الدراسات العيادية، فإنّها تمتاز بخطورتها وإمكانية الحاقها أضرارا بالأشخاص الخاضعين لها، خاصةّ بالنسبة للدراسات أو التجارب العلمية المحضة أو غير العلاجية التي قد تكون لمجرّد إشباع شهوة علمية دون ضرورة داعية لذلك، بالإضافة إلى ارتفاع نسبة احتمال الفشل فيها أكثر من احتمال النجاح، على عكس التجارب الطبية العلاجية التي تهدف إلى تحقيق العلاج المناسب وإن كانت هي بدورها غير خالية من المخاطر[3].

لذلك يتدخّل المشرع عادة لحماية هؤلاء الأشخاص بوضع الضوابط القانونية الواجب مراعاتها أثناء القيام بهذه الدراسات.

وقد لاحظنا من خلال استقراء نصوص قانون الصحة الجزائري نوعا من التكريس لحماية للأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية وذلك من خلال اشتراط رضاهم الحرّ الصريح والمستنير **(المبحث الأوّل)** إلاّ أنّ هذه الحماية لا تكون مكتملة وفعّالة إلاّ بإخضاع هذه الدراسات العيادية لرقابة هيئات متخصصة هذه الرقابة التي أضحت قاصرة بسبب عدم تفعيل بعض هذه الهيئات الرقابية وعدم تحديد تشكيلتها ولا بيان صلاحياتها في مجال الدراسات العيادية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: اشتراط الرضا حماية للأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية

إذا كان الحصول على رضا المريض بمباشرة العلاج على جسمه من المبادئ المستقرة في الأعمال والتدخلات الطبية التقليدية، فإنّ الحصول على هذا الرضا في التجارب الطبية أو ما يسمى بالدراسات العيادية أمر ضروري كذلك نظرا لما تحتمله هذه الدراسات والتجارب من مخاطر على حياة الشخص الخاضع لها،

[2] حيث ضمت ما يقارب 12000 مريض في 500 مستشفى في أكثر من 30 بلد، وتناولت هذه التجربة، تقييم أثر الأدوية على 3 حصائل مهمة لدى المصابين بوباء "كرونا" وهي الوفيات، الحاجة إلى التنفس الاصطناعي ومدة الإقامة في المستشفى. أنظر: عيساني رفيقة، " أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 1، جانفي 2022، ص 353.

[3] بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الانسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 23.

فالدراسات والتجارب التي تجرى على الإنسان دون موافقته تعتبر غير شرعية وتمثل اعتداء على سلامة جسمه تطبيقا لمبدأ أنّ لكلّ إنسان حقوق مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضاه[4].

المطلب الأول: مضمون الرضا بالخضوع للدراسات العيادية:

تثير الدراسات العيادية أو التجارب الطبية مشكلة التوفيق بين اعتباريين أساسيين، حرية إجراء التجارب الطبية والعلمية لمسايرة الاكتشافات العلمية المتزايدة والمستمرة من جهة، واحترام السلامة البدنية للإنسان وعدم المساس بها إلاّ تحقيقا لمصلحة عليا يقرّها القانون من جهة أخرى. وقد اتفقت معظم التشريعات المقارنة على شرعية التجارب الطبية بصفة عامة والعلاجية منها بصفة خاصّة، إلاّ أنّها قيّدتها بشرط احترام الضوابط القانونية التي تحكم وتنظم هذه التجارب على الإنسان والتي يمثّل رضا الشخص الخاضع لها جوهر ها، لذلك وجب تحديد مضمون الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري (الفرع الأوّل)، ثم بيان الشروط الواجب توافرها في رضا الشخص الخاضع لهذه الدراسات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري

تناول المشرع الجزائري الدراسات العيادية في القسم الرابع من الفصل الرابع من الباب السابع من قانون الصحة رقم 18-11[5] المعدل والمتمم وذلك تحت عنوان " أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء" وعرفها كما يلي: " يتمثل البحث في مجال طب الأحياء في إجراء دراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية وتدعى هذه الدراسات في هذا القانون "الدراسات العيادية".

ويمكن أن تكون هذه الدراسات العيادية ملاحظاتية أو تدخلية وتتعلق على الخصوص بما يأتي:

الدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية،

دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي،

الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية.

[4] سنوسي بن عودة، " الرضا في التجارب الطبية، دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، ديسمبر 2017، ص 297.

[5] قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج ر عدد 46، صادر في 29 يوليو 2018.

من هنا يمكن التمييز بين نوعين من الدراسات العيادية، دراسات عيادية علاجية وهي تلك الدراسات التي تهدف إلى الوصول إلى إيجاد علاج للمريض وذلك باستخدام طرق ووسائل حديثة بسبب عجز أو قصور الطرق التقليدية المتاحة والمعروفة لشفاء المريض، فيعمل الطبيب هنا على تجريب طرق جديدة في العلاج، كالأدوية الجديدة، الجراحات الحديثة وغيرها من الوسائل الأخرى[6].

ودراسات عيادية غير علاجية وهي التجارب العلمية البحتة التي تتمّ على أشخاص أصحّاء أو مرضى دون ضرورة تمليها حالتهم، وهي تسعى إلى استخدام وسائل أو طرق جديدة بغرض علمي بحت لا مصلحة للخاضع لها في إجرائها، فهذا النوع من الدراسات أو التجارب لا يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية مباشرة للخاضع للدراسة أو التجربة، وإنّما يستهدف المعرفة العلمية على وجه العموم بشأن التشخيص أو العلاج[7].

وتعتبر الدراسات العيادية من التدخلات الطبية التي لا يمكن اجتنابها لتقدم العلوم الطبية والجراحية، فبفضل هذه التجارب أو الدراسات، تمكّن العلماء من الحدّ من الكثير من الأمراض التي أودت بالكثير من الأرواح البشرية، كما ساهمت كذلك في اتساع آفاق المعرفة أمام العلوم الطبية التي أصبحت تزوّد البشرية يوميا بحلول لمشاكلها الصحية وتزرع الأمل في نفوس الكثير من الأشخاص المصابين بالأمراض المستعصية التي لا تزال محلّ بحث بغرض الوصول إلى إيجاد العلاج المناسب لها[8].

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في رضا الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية:

من أهمّ الضمانات الأخلاقية الموصى بها دوليا والمتعلقة بهذا النوع من التدخلات الطبية غير العادية، الموافقة المستنيرة الطوعية التي تعتبر قرارا خاصا بقبول الخضوع لمجريات الدراسة العيادية يتخذه شخص يتمتع بالأهلية القانونية أو من ينوب عنه في ظروف خاصة بعدما يكون قد تلقى كلّ المعلومات

[6] سي علي ابتسام، حورية سويقي، " فكرة التوازن القانوني بين الحق في إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان والحق في التعويض"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 5، العدد 2، 2022، ص 206.

[7] هارون سمير، بوصوار ميسوم، " التجارب الطبية على جسم الإنسان بين الضرورة الطبية وحق سلامة الجسد في ظلّ قانون الصحة الجزائري 18-11"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 8، العدد 2، جوان 2022، ص 1259.

[8] زهدور أشواق، "البحث في مجال طب الأحياء في ظل قانون الصحة الجزائري لسنة 2018-التجارب الطبية على الإنسان (دراسة مقارنة)-"، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 36، العدد 1، 2022، ص 238.

المتعلقة بالبحث واستوعبها بشكل ملائم ثمّ توصل إلى قراره دون أن يخضع لأيّ شكل من أشكال التأثير المفرط أو الإغراء أو الترهيب[9].

وقد اشترطت المادة 386 من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11 في الرضا أن يكون **صريحا** ممّا يعني استبعاد الرضا الضمني للشخص الخاضع للدراسة العيادية وذلك تماشيا مع ما نصّ عليه إعلان "نورمبرغ" لسنة 1947 باعتباره أوّل وثيقة دولية اهتمت بحماية الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية، دون إغفال مختلف المواثيق الدولية الأخرى[10] التي أكّدت على وجوب أن يكون التعبير عن الرضا بالخضوع للدراسات العيادية صريحا.

ولا يكفي أن يكون التعبير عن الرضا بالخضوع للدراسات العيادية صريحا، بل يجب أن يتخذ هذا الرضا الصريح **الشكل الكتابي** وفقا لما أشارت إليه المادة 386 من قانون الصحة رقم 18-11.

زيادة على ذلك، يجب أن يكون الرضا المعبّر عنه **مستنيرا** أي ألاّ يصدر إلاّ بعد إعلام الشخص الخاضع للدراسة العيادية واطلاعه عن الهدف من الدراسة أو البحث ومنهجيته ومدّته والمنافع المتوخاة منه والصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل الطبية المحتملة من جهة، وبحقه في رفض المشاركة في دراسة أو بحث ما أو سحب موافقته في أيّ وقت دون المساس بالتكفّل العلاجي به في حالة ما إذا تعرّض لأيّة أضرار محتملة، مع ضرورة إدراج هذه الموافقة ضمن بروتوكول الدراسات[11].

كما يجب أن يسبق هذه الدراسات فحص طبي للأشخاص المعنيين بالدراسات العيادية مع ضرورة تسليمهم نتائج هذا الفحص قبل التعبير عن موافقتهم[12].

وقد يتلقى الشخص الخاضع للتجربة -بغرض التعبير عن الرضا المستنير- معلومات طويلة ومعقدة نتيجة المزج بين المعلومات المتعلقة بالعلاج اللاّزم للتكفل الطبي بالمريض والمعلومات المرتبطة بالبحث أو الدراسة العيادية، فالإعلام الجيّد هو ذلك الذي يترجم الموازنة بين المنفعة والخطر بالنسبة للعلاج محل التجربة

---

[9] كوحيل عمّار، " إشكالية رضا القصر ومن في حكمهم في إطار البحوث الطبية -دراسة مقارنة-"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 5، 2020، ص 102.

[10] تتمثل هذه المواثيق الدولية في كلّ من: إعلان "هلسنكي لسنة 1964، الإعلان العالمي بشأن الجينوم البشري وحقوق الإنسان لسنة 1997، الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية لسنة 2003، الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان لسنة 2005، وتوصية المجلس الأوربي بخصوص البحوث الطبية على الإنسان.

[11] أنظر المادتين 386 فقرة 2، و387 من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11.

[12] أنظر المادة 391 فقرة 2 من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11.

أو الدراسة والعلاج المرجعي، هذا الإعلام هو الذي من شأنه تمكين المريض من اتخاذ قراره والتعبير عن رضاه بالخضوع للدراسة العيادية. فيجب إعطاء المريض إلى جانب المعلومات الأساسية، المعلومات التي يطلبها، المضاعفات النادرة إذا كان يريد معرفتها، وعلى العكس إذا كان يفضّل معلومات أكثر شمولية، فلا يجب أن نفرض عليه المعلومات المتعلقة بالمضاعفات الاستثنائية، أي يجب تزويده بقدر من المعلومات التي يريدها والتي يمكنه استيعابها والتي تكون مفيدة له[13].

إلاّ أنّه من الناحية العملية، يتم الحصول على الرضا المستنير بواسطة وثائق نموذجية تهدف إلى حماية الطبيب أو المرقي أكثر مما تهدف إلى حماية الشخص الخاضع للتجربة أو الدراسة، حيث يتم توزيع مجموعة من الوثائق الطبية الإدارية على الأشخاص المعنيين والتي تتضمّن المعلومات المتعلقة بالآثار أو المضاعفات الجانبية للعلاج المزمع تجربته، فتفقد هذه المعلومات محتواها عندما لا تكون مصحوبة بأية معلومة شفهية، هذا النوع من الرضا لا يكون حقيقيا بالنسبة للشخص الخاضع للدراسة لأنّ الغرض من توقيع هذه الوثائق هو حماية الطبيب وليس المريض، لذلك يرى القضاء الفرنسي بأنّ توقيع المريض عن رضا غير مستوف للشرح وغير مصحوب بمعلومات شفهية ولا تقييم للاستيعاب الجيّد للخطر المحتمل من العلاج محل التجربة، يمكنه كذلك ألاّ يشكل حماية للطبيب[14].

المطلب الثاني: إشكالية الرضا لدى بعض الفئات الخاصة

إذا كان القانون يشترط الموافقة الصريحة الكتابية والمستنيرة للشخص الخاضع للدراسة العيادية، فإنّ ذلك يحتمل استبعاد بعض الفئات من الأشخاص كالقصر ومن في حكمهم نظرا لنقص إدراكهم (الفرع الأوّل)، بالإضافة إلى الأشخاص المحرومين من الحرية نظرا لكون إرادتهم غير حرّة بسبب ما قد يتعرّضون له من ضغط أو اكراه (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: فئة القصر ومن في حكمهم

[13] BORDESSOULE Dominique, TRARIEUX Sophie, MOREAU Stéphane, « Le consentement éclairé est-il un leurre ? le point de vue d'un médecin clinicien », https://hemato.chu-limoges.fr/hematolim/Portals/0/Publications/ArticleConsentementEclaire.pdf, pp 165-166.
[14] IDEM.

أقرّ الفقه صراحة بخطورة إجراء مثل هذه التدخلات الطبية التي لا تعود بمنفعة شخصية على القاصر ومن في حكمه لكونها تنطوي على نوع من المجازفة واحتمال الحاق الضرر بسلامته البدنية، إلاّ أنّ إباحة هذا النوع من التدخلات الطبية تعود أساسا إلى أنّ بعض الأمراض لا تصيب إلاّ فئة الأطفال ممّا يستدعي إجراء هذه التجارب والدراسات عليهم دون غيرهم.

وبهذا الصدد اشترطت المادة 386 من قانون الصحة الجزائري الحصول على موافقة الممثلين الشرعيين للقصر ومن في حكمهم وذلك كلّما تعذّر الحصول على موافقة المعنيين بالأمر مباشرة. وقد جاء نص المادة المشار إليها أعلاه بصيغة العموم عندما تضمّن عبارة " عند تعذّر ذلك"، فهل قصد بها القصر ومن في حكمهم أم قصد البالغين العاجزين عن التعبير عن إرادتهم؟

كما أنّه لم يحدّد من هم الممثلون الشرعيون لهؤلاء الأشخاص لا في قانون الصحة كما فعل بالنسبة لعمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بالمادة 364 منه، ولم يحلنا إلى الأحكام المتعلقة بالنيابة الشرعية الواردة بقانون الأسرة.

لكن بالرجوع إلى مدونة أخلاقيات الطب، نجدها تميّز بين القاصر من جهة والعاجز البالغ من جهة أخرى، فتشترط موافقة الأولياء بالنسبة للقاصر والممثل الشرعي بالنسبة للعاجز البالغ، وفي حالة الاستعجال أو تعذّر الاتصال بالأولياء أو بالممثل الشرعي، يجب على الطبيب أن يأخذ في الاعتبار في حدود الإمكان رأي العاجز البالغ إذا كان قادرا على إبداء رأيه[15]. كما أشارت المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب إلى واجب الطبيب حماية الطفل المريض إذا لاحظ أنّ مصلحة هذا الأخير لا تحظى بالتفهم اللاّئق أو باعتبار المحيط لها، ممّا يدلّ على إحاطة الأطفال باعتبارهم قصر بحماية خاصة، الأمر الذي يجب أن تراعيه جميع النصوص القانونية على أساس أنّ القاصر دائما أولى بالحماية.

تطبيقا لما جاء به قانون الصحة الجزائري، لا يعتدّ إلاّ برضا الممثل الشرعي للقاصر دون أي اعتبار لإرادة القاصر، ممّا يدفعنا إلى التساؤل عن حكم عدول القاصر عن الخضوع للدراسة العيادية تزامنا مع موافقة ممثّله الشرعي؟ فما مدى اعتبار موافقة الممثل الشرعي للقاصر بمثابة حماية لهذا الأخير؟

[15] أنظر المادة 52 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 الذي يتضمّن مدونة أخلاقيات الطب، ج، ر عدد 52، صادر في 8 يوليو 1992.

بهذا الصدد، يمكن الإشارة إلى موقف المشرع الفرنسي الذي تعامل بجديّة أكبر مع رضا القصر، حيث ألزم المرقي بضرورة إعلام هؤلاء مبدئيا بمعلومات تتكيّف مع قدراتهم الاستيعابية إذا أمكن ذلك وضرورة التشاور معهم سعيا منه لتحصيل التزامهم الشخصي بالخضوع لهذه الدراسات العيادية وبالتالي فلا يمكن تجاهل رفضهم أو عدولهم عن الموافقة[16].

وقد جاء موقف المشرع الفرنسي متماشيا مع ما جاءت به الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 التي أشارت في المواد 12، 13 و16 منها إلى حق الطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة في التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمسّه وفقا لسنّه ونضجه ومنع أي مساس غير قانوني بشرفه أو سمعته، هذا الاتجاه الذي كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يتبناه باعتبار أنّه تبناه في القانون المتعلّق بحماية الطفل[17] خاصة وأنّ الجزائر قد صادقت على اتفاقية حقوق الطفل[18] وذلك لضمان حماية فعلية للقاصر الخاضع للدراسة العيادية.

الفرع الثاني: فئة الأشخاص المحرومين من الحرية

لا يكفي أن يكون رضا الشخص الخاضع للدراسة العيادية صريحا مستنيرا ومكتوبا، وإنّما يجب أن يكون كذلك حرّا الأمر الذي لا يتحقق عندما يكون الشخص الخاضع للتجربة أو الدراسة العيادية محروما من الحرية، فرغم كون هذا الأخير بالغا سنّ الرشد وغير محجور عليه ولا يعاني من أيّ عاهة تمنعه من اصدار موافقته للخضوع للدراسة العيادية، فإنّ حالته النفسية ووضعية التبعية التي يتواجد فيها تحول دون أن يكون رضاه حرّا مستقلاّ، لذلك اهتمت المواثيق الدولية بهذه الفئة واتجهت معظمها إمّا إلى استبعادها من مجال إجراء الدراسات العيادية بصفة مطلقة، أو إخضاع هذه الدراسات لضوابط وشروط صارمة[19].

ويلجأ الأطباء الباحثون إلى فئة الأشخاص المحرومين من الحرية بسبب الصعوبات التي تعترضهم في الحصول على عينات بشرية للاختبار وذلك بسبب تخوّف الأشخاص من الآثار الجانبية السلبية لهذا

---

[16] كوحيل عمار، مرجع سابق، ص 105.

[17] قانون رقم 15-12 مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج، ر، عدد 39، صادر في 19 يوليو 2015.

[18] مرسوم رئاسي رقم 92- 461 مؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمّن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج، ر، عدد 91 صادر في 23 ديسمبر 1992.

[19] عيساوي فاطمة، " الحماية الدولية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية"، مجلة الأستاذ الباحث، العدد 4، ديسمبر 2016، ص 60.

النوع من التجارب على صحتهم وحياتهم، أو نتيجة لحرص هؤلاء الباحثين على سرية أبحاثهم وما قد يتوصلون إليه من نتائج جزئية إلى حين استكمال أبحاثهم والوصول إلى نهايتها[20].

ولم يخصّ المشرع الجزائري الأشخاص المحرومين من الحرية بأحكام خاصة في قانون الصحة فيما يتعلق بالدراسات العيادية، أمّا مدونة أخلاقيات الطب، فقد نصّت على منع الطبيب من استعمال معرفته أو مهارته أو قدرته لتسهيل استعمال التعذيب أو أي طريقة قاسية لا إنسانية أو مهينة مهما يكن الغرض من وراء ذلك[21]، الأمر الذي يمكن أن نستخلص منه إلزام الطبيب بعدم استعمال الأشخاص المحرومين من الحرية كمحل للدراسات العيادية ، باعتبار أنّ وجودهم داخل المؤسسات العقابية ووجوب خضوعهم لإدارتها يجعلهم في حكم الأشخاص الموجودين تحت الإكراه.

من جهة أخرى، نصّ قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على ضرورة معاملة المحبوسين معاملة تصون كرامتهم وتعمل على الرفع من مستواهم الفكري والمعنوي بصفة دائمة دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو الدين أو الرأي[22].

أما قانون الصحة الفرنسي فقد اشترط لإمكان إخضاع الأشخاص المحرومين من الحرية للدراسات العيادية، أن يكون من شأن المنفعة التي تعود على هؤلاء الأشخاص تبرير الخطر المحتمل، وأن يتمّ تبرير هذه الدراسات بالنظر إلى المنفعة التي تعود على أشخاص آخرين يتواجدون في نفس الوضعية القانونية أو الإدارية إذا لم يكن بالإمكان إجراء أبحاث أو دراسات ذات فعّالية مماثلة على أشخاص من فئة أخرى[23].

هناك من يرى بأنّ شروط إخضاع الأشخاص المحرومين من الحرية للدراسات العيادية هي نفسها الشروط المطبقة على باقي الفئات الأخرى من الأشخاص وهي الرضا الحرّ والمستنير بالإضافة إلى توافر المنفعة المباشرة للمريض مع الحدّ من المخاطر، هذه الشروط التي تشكل حماية للأشخاص المحرومين من الحرية باعتبارهم من الفئات الضعيفة، إلاّ أنّ هذه الحماية تؤدي -من الناحية العملية- إلى استبعادهم

---

[20] جمعي ليلى، " الإطار القانوني لممارسة التجريب العلمي على الأشخاص"، https://www.alukah.net/culture/0/88619/%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B7%D8%A7%D8%B1/ ، ص 3.

[21] أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، مرجع سابق.

[22] أنظر المادة 2 من القانون رقم 05-04 المؤرخ في 6 فبراير 2005، يتضمّن قانون تنظيم السجون وإعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين، ج، ر عدد 12، صادر في 13 فبراير 2005.

[23] Article L. 1121-6 du code de santé publique Français, https://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20la%20sant%C3%A9%20publique.pdf.

بصفة آلية من هذه الدراسات، في حين أنّه من المفروض ألاّ يتمّ استبعادهم لأنّ خضوعهم لهذه الدراسات مؤطر قانونا[24].

أمّا بالنسبة لمسألة رضا هذه الفئة من الأشخاص، فعادة ما تطرح بشأنه تساؤلات فيما إذا كان حرّا أم أنّ هذا القبول يكون فقط من أجل الإفلات من تنفيذ جزء من العقوبة أو من أجل الاستفادة من ظروف حبس أفضل من باقي نظرائه.

إنّ الاحتجاج بعدم توافر رضا حرّ لدى هذه الفئة من الأشخاص لا أساس له، لأنّ الشرط الأهمّ هو أن تعود هذه الدراسات العيادية بالمنفعة المباشرة والكبرى على صحة هؤلاء الأشخاص.

من هنا، يمكن ألاّ يشكل استبعاد الأشخاص المحرومين من الحرية حماية لهم وإنّما حرمانا لهم من الاستفادة من تطوّر البحث في المجال الطبي، وأحسن مثال على ذلك، ما حدث خلال جائحة "كورونا" التي انتشرت بصفة خاصة في الأماكن المغلقة كالسجون، والتي من جرّائها تمّ إعداد عدة دراسات عيادية بصفة استعجالية لإيجاد علاج فعّال لهذا الفيروس، إلاّ أنّ فئة الأشخاص المحرومين من الحرية لم تستفد من هذه الدراسات بسبب استبعادها بصفة آلية بالرغم من أنّ القانون لا يمنع ذلك باعتبار هذه الدراسة تعود بالمنفعة المباشرة على صحتهم[25].

ويعود استبعاد فئة الأشخاص المحرومين من الحرية -في فرنسا- من مجال الدراسات العيادية إلى عدة أسباب منها ما هو تاريخي، مادي وأسباب أخرى عملية يمكن الإشارة إليها فيما يلي:

- محاكمة "نورمبرغ" التي تركت ذكرى مؤلمة عن الأسرى الذين أخضعوا لتجارب طبية من طرف النازيين، ممّا دفع إلى استبعادهم حماية لهم،
- عدم فقه الأطباء بالأحكام التشريعية التي تمّ إصدارها منذ محاكمة "نورمبرغ" وبالتالي استبعادهم للأشخاص المحرومين من الحرية بصفة آلية من الدراسات العيادية،
- تخوّف مموّلي الأبحاث والدراسات الطبية من إدماج هذه الفئة من الأشخاص لأنّ ذلك يشكّل خطرا إضافيا يعقّد من إنجاز البحث الطبي،

[24] MARIETTE Céline et MARIETTE Xavier, « Les personnes privées de liberté exclues des essais thérapeutiques, protection ou perte de chance ? », Grief, N° 7 /2, 2020, p 59.
[25] MARIETTE Céline et MARIETTE Xavier, op.cit, p 60.

- صعوبة المتابعة والمراقبة الطبية للسجين في المؤسسة العقابية ممّا يؤدي بمموّلي الدراسات العيادية إلى وضع معايير من شأنها استبعاد هذه الفئة من الأشخاص[26].

المبحث الثاني: قصور الحماية في مجال الرقابة على الدراسات العيادية

يهدف إجراء التجارب أو الدراسات العيادية إلى تحقيق مصلحة المجتمع عن طريق مقاومة الأمراض التي يعاني منها بعض الأشخاص داخل هذا المجتمع، ولمّا كانت التجارب الطبية تنطوي على مخاطر قد تضر بصحة المريض، وجب إخضاعها لرقابة هيئات مستقلة للتأكد من مراعاة التجربة أو الدراسة للقواعد القانونية والأخلاقية المنظمة لها[27].

وتكمن أهمية هذه الرقابة في حماية الفئات الضعيفة ممّا قد تتعرّض له من استغلال، فقد أدى غياب مثل هذه الرقابة بالأطباء النازيين سابقا إلى المبالغة في جعل أجسام أسرى الحرب العالمية الثانية حقول وميادين للتجارب الطبية[28]، الأمر الذي أدى بالجمعية الطبية العالمية إلى المناداة بوضع رقابة قبلية ومستمرة على البحث الطبي وذلك بموجب إعلان "هلسنكي" لسنة 1964.

وعلى غرار التشريعات المقارنة، أخضع المشرع الجزائري الدراسات العيادية لرقابة هيئات متخصصة تمثلت أساسا في لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية إلى جانب المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة المطلب الأوّل)، إلاّ أنّ هذه الهيئات الرقابية غير كافية بالمقارنة مع ما جاء بالتوصيات الدولية وما تبنته تشريعات أخرى من هيئات رقابية في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الهيئات المكلفة بممارسة الرقابة على الدراسات العيادية

أسند المشرع الجزائري مهمة رقابة الدراسات العيادية بصفة أساسية لهيئة متخصصة هي لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية، مع منح بعض الاختصاصات بشأنها للمجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة إلاّ أنّ عدم صدور النصوص التنظيمية المتعلقة بتحديد تشكيلة ومهام لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية، يمنع من تفعيل الرقابة التي تختص بممارستها.

[26] IBID, pp 59-60

[27] بركات عماد الدين، حمادي محمد رضا، " الضوابط القانونية المستحدثة لإجراء التجارب الطبية على جسم الانسان في ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11"، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 8، العدد 2 خاص، نوفمبر 2020، ص 122.

[28] كوحيل عمار، " الضمانات الأخلاقية للأبحاث الطبية على جسم الانسان"، مجلة القانون، المجلد 7، العدد 1، 2018، ص 263.

الفرع الأول: لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية

تخضع الدراسات العيادية لترخيص الوزير المكلّف بالصناعة الصيدلانية الذي يبتّ في أجل3 أشهر على أساس ملف طبي وتقني وتصريح بشأن إنجاز الدراسات العيادية على الكائن البشري يقدمها المرقي، كما يخضع كلّ تعديل لملف هذه الدراسات بعد الحصول على الترخيص لموافقة نفس الوزير[29]. وتجدر الإشارة إلى أنّه في ظل قانون الصحة لسنة 2018 كانت وزارة الصحة هي المكلفة بهذه المهمّة، لكن بعد التعديل الوزاري الذي عرفيه الإدارة الجزائرية في جويلية 2020، تمّ استحداث وزارة مستقلة عن وزارة الصحة تهتمّ بالصناعة الصيدلانية، وتحديد صلاحيات وزير الصناعة الصيدلانية تبعا لذلك[30].

زيادة على ذلك؛ تخضع الدراسات العيادية لرأي لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية، التي تنشأ على مستوى المصالح الخارجية المكلفة بالصحة، وهي جهاز مستقل استحدثه قانون الصحة رقم 18-11، توضع تحت وصاية وزارة الصحة، مهمتها الأساسية هي متابعة مراحل إجراء الدراسات العيادية، أمّا بالنسبة لتشكيلتها وتنظيمها وسيرها فقد أحاله المشرع إلى التنظيم.

وكانت عملية الرقابة على الدراسات العيادية (التجارب الطبية) منوطة بالمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية الذي أنشئ بقانون الصحة القديم رقم 85-05 [31]بمناسبة تعديله بالقانون رقم 90-17 [32]، حيث نصت المادة 168 مكرر 1 منه على ما يلي: " ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية يكلّف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها **والتجريب** وكلّ 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".

---

[29] أنظر المادة 381 من الأمر رقم 20-02 مؤرخ في 30 غشت 2020، يعدّل ويتمم القانون رقم 18_11 المؤرخ في 2 يوليو 2018، والمتعلق بالصحة، ج، ر عدد 50، صادر في 30 غشت 2020.

[30] مرسوم تنفيذي رقم 20-271 مؤرخ في 29 سبتمبر 2020، يحدد صلاحيات وزير الصناعة الصيدلانية، ج، ر عدد 58، صادر في 1 أكتوبر 2020.

[31] قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج، ر عدد 8، صادر في 17 فبراير 1985 (ملغى).

[32] قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990، يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج، ر عدد 35، صادر في 15 غشت 1990.

تطبيقا لهذا النص، صدر المرسوم التنفيذي رقم 96-122 [33] لتحديد تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه وعمله، أمّا عن اختصاصه في مجال التجارب الطبية أو الدراسات العيادية، فقد نصت المادة 168 مكرر 3 من قانون الصحة القديم على ما يلي: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية ...".

من هنا، يجب استشارة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بخصوص كل التجارب الطبية التي يكون محلّها الإنسان، إلاّ أنّ إجراء التجارب الطبية غير العلاجية يتوقف على إجازة المجلس المذكور، ممّا يلزم معه الامتناع عن القيام بهذه التجارب في حالة رفضها من طرف المجلس.

من جهة أخرى، يفرض الدور الرقابي للمجلس، التأكد من مدى احترام مشروع التجربة للمبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء التجريب على الإنسان وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 168 مكرر 2.

من هنا، وباعتبار استحداث لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية، وفي ظلّ تأخر صدور التنظيم الخاص بها[34]، يمكن أن نستخلص بأنّ كل الصلاحيات المنوطة بالمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية في مجال الدراسات العيادية ستنتقل إلى لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية لتصبح هذه الأخيرة صاحبة الاختصاص الرقابي الأصيل على هذه التجارب أو الدراسات.

رغم ذلك، من المهمّ إصدار التنظيم المتعلق بتحديد تشكيلة هذه اللجنة ومهامها، خاصة وأنّها وفقا لقانون الصحة تصدر رأيا بشأن الدراسات العيادية التي تعرض عليها، فما طبيعة هذا الرأي هل هو ذو طابع استشاري أم ذو طابع الزامي؟

أمّا فيما يتعلّق بتشكيلتها، فهي التي تحدد مدى استقلاليتها وعملها على حماية الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية، هذه الاستقلالية التي تتحقق كلّما كانت تركيبتها البشرية مختلطة بحيث تضمّ بالإضافة إلى الأطباء، مهنيين من قطاعات أخرى، كأطباء علم النفس، رجال القضاء، ممثلين عن

[33] مرسوم تنفيذي رقم 96-122 مؤرخ في 6 أفريل 1996، يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه وعمله، ج، ر عدد 22، صادر في 10 أفريل 1996.

[34] هذا التنظيم الذي لم يصدر إلى يومنا هذا رغم أنّ قانون الصحة لسنة 2018 نص صراحة على أن يتمّ تنصيب المصالح الخارجية للصحة - التي تمثل لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية جزءا منها- في أجل أقصاه سنتان من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية.

جمعيات المرضى، بالإضافة إلى ممثلي المذاهب الدينية[35]، أمّا إذا كانت تشكيلتها تقتصر على الأطباء فقط، فإنّ ذلك يفقدها جدّيتها ومصداقيتها، حيث يكون العضو فيها خصما وحكما في آن واحد.

الفرع الثاني: المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة

أنشئ المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة لدى الوزير المكلف بالصحة وذلك بموجب المادة 342 من القانون رقم 18-11 وهو عبارة عن هيئة استشارية مكلفة بالدراسة وإصدار التوصيات وإبداء الآراء في المسائل الأخلاقية والمسائل ذات الصلة بأخلاقيات علوم الصحة التي تطرحها التطورات العلمية والتكنولوجية في مجالات علم الأحياء والبيو-أخلاقيات والطب البشري وعلوم الصحة[36].

يتشكل المجلس من 33 عضوا من بينهم ممثلين عن عدّة وزارات، كوزارة الصحة، وزارة الصناعة الصيدلانية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الشؤون الدينية والأوقاف، البيئة ...إلخ، كما يضمّ 9 أساتذة استشفائيين جامعيين و5 ممارسين طبيين يعينهم وزير الصحة، بالإضافة إلى ممثلين عن مؤسسات وهيئات وجمعيات، كالمجلس الوطني للأدبيات الطبية والوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، الوكالة الوطنية للدم وعن جمعيات المرضى، مع إمكانية استعانة المجلس بكل شخص طبيعي أو معنوي من شأنه مساعدته في أشغاله[37].

وبالنسبة لاختصاصات المجلس في مجال الدراسات العيادية، فيمكن الإشارة إليها فيما يلي:

- إبداء آراء وإصدار توصيات في الجوانب الأخلاقية المتعلقة بالدراسات العيادية،
- السهر على احترام حياة وكرامة الشخص وحماية سلامته الجسدية والنفسية مع الأخذ بعين الاعتبار ملاءمة العمل الطبي الواجب القيام به أو القيمة العلمية لمشروع الدراسة أو التجريب،
- معالجة أو دراسة المسائل ذات الصلة بالأخلاقيات ذات الحساسية الخاصة على صعيد المبادئ بطلب من لجان الاخلاقيات الطبية للدراسات العيادية[38].

---

[35] بركات عماد الدين، حمادي محمد رضا، " الضوابط القانونية المستحدثة لإجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان في ضوء قانون الصحة الجديد 18-11"، مرجع سابق، ص 115.

[36] أنظر المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 22-312 يحدد تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمية وسيره، ج، ر عدد 62، صادر في 21 سبتمبر 2022.

[37] أنظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 22-312، مرجع سابق.

[38] أنظر المادة 2 فقرة 2 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 22-312، مرجع سابق.

ويتخذ المجلس آراءه وتوصياته بأغلبية أعضائه مع ترجيح صوت الرئيس في حالة تساوي عدد الأصوات.

المطلب الثاني: قصور الرقابة مقارنة بما جاء بالتوصيات الدولية والتشريعات الأجنبية:

تعتبر الرقابة التي أقرها قانون الصحة الجزائري في مجال الدراسات العيادية قاصرة مقارنة بما جاء في التوصيات الدولية من ضرورة إنشاء لجان مستقلة لمتابعة الدراسات العيادية في جميع مراحلها لضمان حماية فعالة للأشخاص الخاضعين لها (الفرع الأوّل)، أما بالنسبة للتشريعات الأجنبية، فيعتبر التشريع الفرنسي المصدر التاريخي للقانون الجزائري، لذلك اتخذناه نموذجا مرجعيا في مجال تكريس هيئات الرقابة على الدراسات العيادية لبيان قصور الرقابة في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرقابة المنصوص عليها بالتوصيات الدولية

نادت الجمعية الطبية الدولية بموجب إعلان "هلسنكي" بممارسة رقابة قبلية ومستمرة على البحوث الطبية من قبل لجنة أخلاقية مستقلة تقوم بتقييم مشروع البحث والتعليق عليه مع إعطاء النصائح والقبول في إطار القوانين والأنظمة السارية في الدولة المعنية، مع اطلاعها بكلّ حادث غير متوقع خلال مجريات التجربة وتقييم والموافقة على أي تعديل يطرأ على بروتوكول البحث. وتكون هذه اللجان مسؤولة عن حماية حقوق الأشخاص الخاضعين للبحث وأمنهم وسلامتهم، ففي حالة ما إذا رأت أنّ البحث المقترح سليم من الناحية العلمية، فإنّه يتعين عليها بعد ذلك أن تبحث فيما إذا كانت هناك أي أخطار ممكنة أو معروفة على الأشخاص الخاضعين للبحث مبررة بالمنافع المتوقعة بشكل مباشر أو غير مباشر وفيما إذا كانت طرق البحث المقترحة ستقلل الخطر أو الأذى وتزيد المنفعة أم لا، ويقع عليها عبء حماية الأشخاص الخاضعين للتجربة والبحث الطبي من أي خطر أو ضرر أو اعتداء قد يلحقهم بسبب هذه التجارب[39].

أمّا المنظمة العالمية للصحة، فقد حددت مهام هذه اللجان في فحص بروتوكول البحث للتأكد من أنّه يحترم المبادئ الأخلاقية المتعارف عليها دوليا ومحليا ومراقبته وتتبّعه، كما تملك هذه اللجان سلطة قبول أو رفض وحتى إيقاف الدراسات أو طلب أي تغيير في بروتوكول البحث الطبي.

[39] جرمون محمد الطاهر، " إعلان هلسنكي بين تأسيس التجارب الطبية واحترام حقوق الانسان"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 3، ديسمبر 2018، ص 442.

من جهة أخرى، أشار الإعلان العالمي لأخلاقيات علم الأحياء وحقوق الانسان الذي بادرت به "اليونسكو" إلى ضرورة إنشاء لجان أخلاقية مستقلة، متعددة التخصصات، تختص بتقييم المشاكل الأخلاقية، العلمية والاجتماعية ذات الصلة بمشاريع البحث الطبي.

كما تطرق مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية إلى وجوب تقديم أي بحث مقترح إجراؤه على البشر لتقييم صلاحيته العلمية والأخلاقية على الأقل للجنة علمية وأخرى أخلاقية، ويجب أن تكون هذه اللجان مستقلة عن فريق البحث ومجردة من أي مزايا مالية أو منفعة مادية مباشرة، ولها إجراء التقييمات التي تراها ضرورية ورصد سير وتقدم البحث[40].

الفرع الثاني: الرقابة في التشريعات الأجنبية:

يختلف تنظيم لجان أخلاقيات البحث في الدول الأوربية بصفة معتبرة، حيث تبنّت بعض الدول مثل "هولندا" و"بلجيكا" نظاما -لقبول الدراسات العيادية – يؤدي إلى انخفاض هام في عدد هذه اللجان على كامل إقليمها، في حين أنّ "لوكسومبرغ" مثلا لا تملك إلاّ لجنة واحدة التي تمارس وظيفة تقييم مشاريع الأبحاث، وهي تعتبر في نفس الوقت مكان لتبادل الأفكار على غرار اللجنة الاستشارية الوطنية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة في "فرنسا"[41].

ومن أجل تفادي الاختلاف الشاسع بين الدول الأعضاء في مجال حماية الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية، تمّ استبدال التوجيهات الأوربية -التي يمكن أن يختلف إدراجها في الأنظمة الوطنية من بلد لآخر- بأنظمة ذات تطبيق إجباري من قبل الدول الأعضاء دون حاجة إلى نقلها إلى قوانينها الداخلية، وقد تعلّق الأمر بالتوجيهات المتعلقة بالدراسات العيادية، الأنظمة الطبية وتلك المتعلقة بالمعطيات الشخصية[42].

[40] كوحيل عمار، " الضمانات الأخلاقية للأبحاث الطبية على جسم الانسان"، مرجع سابق، ص ص 264، 265.

[41] RAGE-ANDRIEU Virginie, HIRSH François, « Les comités de protection des personnes ; le maillon éthique de l'encadrement de la recherche clinique française », Médecine/ sciences, Volume 37, N° 6-7 ? Juin-Juillet, 2022, p 660.

[42] Règlement (UE) N° 536/2014 du parlement Européen de 16 avril 2014 ; relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain et abrogeant la directive 2001/20/CE, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0536.

تبنى المشرع الفرنسي في سبيل حماية الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية مجموعة من اللجان المختلطة، أهمها لجان حماية الأشخاص المشاركين في التجارب الطبية، التي تعتبر لجانا جهوية مستقلة ذات شخصية قانونية، مكونة بكيفية تضمن استقلاليتها وتنوع الخبرات فيها، وهي وريثة اللجان الاستشارية لحماية الأشخاص في مجال البحث البيو-طبي التي تمّ إنشاؤها بموجب قانون الصحة HURIET SERUSCLAT، إلاّ أنّ تعديل هذا القانون في سنة 2004 جعل من لجان حماية الأشخاص هذه هيئات غير استشارية، حيث أنّ الرأي السلبي الذي تبديه حول بحث عيادي ما، يمنع إجراء هذا البحث على كامل الإقليم الفرنسي[43]، فيمنع القانون الفرنسي إجراء الأبحاث الطبية إلاّ بعد الحصول على رأي إيجابي من لجنة حماية الأشخاص التي يتمّ الترخيص بإنشائها من قبل وزير الصحة الذي يختص كذلك بسحب هذا الترخيص[44].

وزيادة على تركيبة هذه اللجان التي تقوم على تنوّع وتعددّ الكفاءات في المجال الطبي، الأخلاقي، الاجتماعي، النفسي والقانوني، مع ادماج جمعيات المرضى وممثلين عن مرتفقي النظام الصحي، تدعّم استقلالية هذه اللجان بأحكام خاصة كتلك المتعلقة بمنع الأعضاء الذين تربطهم علاقة تبعية بالمرقي أو الطبيب الباحث من المشاركة في مداولات هذه اللجان[45].

إلى جانب هذه اللجان المختصة أساسا في حماية الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية، نجد هيئات أخرى كاللجنة الوطنية للبحوث المتعلقة بالإنسان التي تعمل على تنسيق ومواءمة وتقييم لجان حماية الأشخاص وهي ذات علاقة وطيدة بوزارة الصحة، حيث تقوم سنويا بتقديم توصيات للوزير المكلف بالصحة، بخصوص عواقب التنظيم والعلاج والبحوث الطبية التي تشكل مصلحة كبرى للصحة العامة، علاوة على إمكانية استشارتها بخصوص مشاريع القوانين والمراسيم المتعلقة بالبحوث الطبية.

أخيرا، نجد الوكالة الوطنية لأمن الدواء وهي السلطة المختصة في الأبحاث الطبية المتعلقة بكل ما هو دواء أو منتوج صحي أو جهاز طبي.

خاتمة:

[43] RAGE-ANDRIEU Virginie, HIRSH François, op.cit, p 661.

[44] عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص 360.

[45] DUCRUET Jean, « Protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », LAENNEC N° 3, 2008, p 16.

في الأخير يمكن القول بأنّ أحكام قانون الصحة الجزائري المتعلقة بحماية الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية، تميّزت بالعمومية من جهة وبالقصور من جهة أخرى، فبالنسبة للعمومية تميّزت بها الاحكام المتعلقة باشتراط الرضا الحر، الصريح والمستنير للشخص الخاضع للدراسة العيادية أو لممثله الشرعي دون التفصيل في شكل الرضا وكيفية الحصول عليه ولا كيفية الرجوع فيه أو العدول عنه.

كما أنّه لم يخصّ بعض الفئات بأحكام تفصيلية تضمن لهم الحماية الفعّالة كالقصر، ممّا يسمح بإجراء الدراسات العيادية على الأطفال باعتبار وجود أنواع من الأمراض لا تصيب إلاّ هؤلاء. زيادة على فئة الأشخاص المحرومين من الحرية الذين يستبعدون من مجال الدراسات العيادية بصفة آلية ممّا قد يفوّت عليهم فرصة الاستفادة من العلاج عندما تعود عليهم هذه الدراسات بالمنفعة المباشرة.

أمّا بالنسبة لقصور الحماية، فقد اتضح من خلال هيئات الرقابة على الدراسات العيادية التي كرسها قانون الصحة الجزائري، حيث أنّه لم يفعّل لجنة الاخلاقيات الطبية للدراسات العيادية التي تملك الاختصاص الأصيل بالرقابة على هذه الدراسات وذلك نتيجة عدم اصدار النصوص التنظيمية المحددة لتشكيلها ومهامها، على عكس المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة الذي لا يملك إلاّ دورا ثانويا في هذا المجال.

أخيرا، لا يمكن تبرير هذا النقص في التأطير القانوني بانعدام الدراسات العيادية والبحث الطبي في الجزائر، بل يجب توفير الإطار القانوني المتكامل أوّلا من أجل تشجيع الأشخاص على التطوع في إطار الدراسات العيادية.

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية:

أ- الكتب والمقالات:

1- بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الانسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
2- بركات عماد الدين، حمادي محمد رضا، " الضوابط القانونية المستحدثة لإجراء التجارب الطبية على جسم الانسان في ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11"، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 8، العدد 2 خاص، نوفمبر 2020.

3- جرمون محمد الطاهر، " إعلان هلسنكي بين تأسيس التجارب الطبية واحترام حقوق الانسان"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 3، ديسمبر 2018.
4- جمعي ليلى، " الإطار القانوني لممارسة التجريب العلمي على الأشخاص"، https://www.alukah.net/culture/0/88619/%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B7%D8%A7%D8%B1.
5- عيساني رفيقة، " أحكام الدراسات العيادية في قانون الصحة الجزائري الجديد"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 1، جانفي 2022.
6- عيساوي فاطمة، " الحماية الدولية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية"، مجلة الأستاذ الباحث، العدد 4، ديسمبر 2016.
7- سنوسي بن عودة، " الرضا في التجارب الطبية، دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، ديسمبر 2017.
8- سي علي ابتسام، حورية سويقي، " فكرة التوازن القانوني بين الحق في إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان والحق في التعويض"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 5، العدد 2، 2022.
9- زهدور أشواق، "البحث في مجال طب الأحياء في ظل قانون الصحة الجزائري لسنة 2018- التجارب الطبية على الإنسان (دراسة مقارنة)"، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 36، العدد 1، 2022.
10- كوحيل عمار، " الضمانات الأخلاقية للأبحاث الطبية على جسم الانسان"، مجلة القانون، المجلد 7، العدد 1، 2018.
11- كوحيل عمّار، " إشكالية رضا القصر ومن في حكمهم في إطار البحوث الطبية -دراسة مقارنة-"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 5، 2020.
12- ناصف سعاد، "ضمانات إجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان طبقا لقانون الصحة رقم 18-11"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 6، العدد 4، 2021.
13- هارون سمير، بوصوار ميسوم، " التجارب الطبية على جسم الإنسان بين الضرورة الطبية وحق سلامة الجسد في ظلّ قانون الصحة الجزائري 18-11"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 8، العدد 2، جوان 2022.

ب- النصوص القانونية:

1- مرسوم رئاسي رقم 92- 461 مؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمّن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج، ر، عدد 91 صادر في 23 ديسمبر 1992.

2- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج، ر عدد 8، صادر في 17 فبراير 1985 (ملغى).
3- قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990، يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج، ر عدد 35، صادر في 15 غشت 1990.
4- قانون رقم 05-04 المؤرخ في 6 فبراير 2005، يتضمّن قانون تنظيم السجون وإعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين، ج، ر عدد 12، صادر في 13 فبراير 2005.
5- قانون رقم 15-12 مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج، ر، عدد 39، صادر في 19 يوليو 2015.
6- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج ر عدد 46، صادر في 29 يوليو 2018.
7- أمر رقم 20-02 مؤرخ في 30 غشت 2020، يعدّل ويتمم القانون رقم 18_11 المؤرخ في 2 يوليو 2018، والمتعلق بالصحة، ج، ر عدد 50، صادر في 30 غشت 2020.
8- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 الذي يتضمّن مدونة أخلاقيات الطب، ج، ر عدد 52، صادر في 8 يوليو 1992.
9- مرسوم تنفيذي رقم 96-122 مؤرخ في 6 أفريل 1996، يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه وعمله، ج، ر عدد 22، صادر في 10 أفريل 1996.
10- مرسوم تنفيذي رقم 20-271 مؤرخ في 29 سبتمبر 2020، يحدد صلاحيات وزير الصناعة الصيدلانية، ج، ر عدد 58، صادر في 1 أكتوبر 2020.
11- مرسوم التنفيذي رقم 22-312 يحدد تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة ومهامه وتنظيمية وسيره، ج، ر عدد 62، صادر في 21 سبتمبر 2022.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1- BORDESSOULE Dominique, TRARIEUX Sophie, MOREAU Stéphane, « Le consentement éclairé est-il un leurre ? le point de vue d'un médecin clinicien », https://hemato.chu-limoges.fr/hematolim/Portals/0/Publications/ArticleConsentementEclaire.pdf.
2- DUCRUET Jean, « Protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », LAENNEC N° 3, 2008.
3- MARIETTE Céline et MARIETTE Xavier, « Les personnes privées de liberté exclues des essais thérapeutiques, protection ou perte de chance ? », Grief, N° 7 /2, 2020.

الإطار المفاهيمي لحرمة جسم الإنسان على ضوء الاتفاقيات الدولية و الإقليمية

Conceptual framework for the inviolability of the human body in the light of international and regional conventions

د. إدرنموش أمال

جامعة مولود معمري تيزي وزو

ملخص: يعد الحق في الحرمة الجسدية أحد أهم الحقوق الإنسانية بعد الحق في الحياة , ذلك أن هذا الحق يضفي حماية خاصة للجسد من كل شكل من أشكال التدخل على جسم الإنسان وهو ما كرسته الآليات الدولية و الاتفاقيات الدولية المرتبطة بحقوق. الإنسان سواء ذات الطابع العالمي أو الإقليمي منها انطلاقا من ذلك لا بد من البحث عن كيفية تجسيد هذا الحق ضمن الاتفاقيات المذكورة خصوصا وأن التدخل الطبي على جسم الإنسان قد تكون الغاية الأساسية منه هي حماية صحة هذا الأخير أو إنقاذ حياته أكثر من كونه مساسا لحقوقه غير أنه قد يؤدي إلى ارتكاب انتهاكات و مخالفات لقواعد الحماية المكرسة في هذا المجال .

الكلمات المفتاحية : حقوق الإنسان , الحماية ,الاتفاقيات الدولية , الاتفاقيات الإقليمية , السلامة الجسدية .

Abstract The right to physical inviolability is one of the most important human rights after the right to life. This right gives special protection to the body against any form of interference with the human body, as enshrined in international mechanisms and conventions relating to human rights of a universal or regional nature.

Accordingly, it is necessary to explore how this right is reflected in the said conventions, especially since medical intervention in the human body may be intended more to protect the latter's health or to save his life than to infringe his rights. However, it may lead to violations and violations of the protective rules enshrined in this area.

Keywords: Human Rights, Protection, International Conventions, Regional Convention, physical integrity.

مقدمة:

يتمتع الإنسان بمجموعة لا يستهان بها من الحقوق و هي حقوق منها ما يكتسبه بمجرد ولادته وأهمها الحق في الحياة, الذي يعتبر أساسا لكل الحقوق الإنسانية الأخرى. كما يتمتع بمجموعة أخرى من الحقوق المرتبطة بالبيئة التي يعيش فيها و التي ترتبط بدورها بعوامل اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية.

يعتبر الحق في حرمة الجسم من أهم الحقوق التي وردت في العديد من الاتفاقيات و النصوص الدولية , إذ لا مجال للحديث عن الحق في الحياة إذا لم يكن الحق في حرمة الجسد مكرسا , فلا بد من حماية جسم الإنسان من كل الاعتداءات على سلامته البدنية .بالرغم من أن التجارب الطبية الواردة على الإنسان باعتبارها الوسيلة الوحيدة للتقدم العلمي و الطبي إلا أن العملية قد لا تخلو من المخاطر الناتجة عنها و التي قد تعود للوسائل المستخدمة مما أدى بالقانون الدولي للتدخل من اجل تنظيم هذا المجال .

يعرف القانون الدولي العديد من الآليات المرتبطة بحقوق الإنسان, و التي تتضمن النص على تجسيد جملة من الحقوق التي يتمتع بها الإنسان ,تتنوع هذه الآليات لعل أهمها على الصعيد الدولي منظمة الأمم المتحدة , بالإضافة للآليات المجسدة على المستوى الإقليمي.

انطلاقا مما تقدم لا بد من طرح الإشكالية التالية: ما مدى تكريس مفهوم الحق في حرمة الجسد على الصعيد الدولي ؟ للإجابة عن هذه الإشكالية, سيتم التطرق في البداية إلى البحث في مفهومها ضمن الاتفاقيات والآليات الدولية, ثم البحث في المفهوم على صعيد الآليات و الاتفاقيات الإقليمية.

المبحث الأول :حماية الحق في حرمة الجسد على الصعيد الدولي

من أهم الحقوق المكفولة على الصعيد الدولي الحق في الحياة الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بالحق في حرمة الجسد باعتباره حقا أصليا تنتج عنه مجموعة من الحقوق الأخرى , وقد ارتبط أول تنظيم دولي للتجارب الطبية على الإنسان بالمحاكمات الدولية للمحكمة العسكرية لنورمبورغ بمحاكمة الأطباء النازيين على الجرائم التي ارتكبوها على أسرى الحرب إبان الحرب العالمية الثانية بمدينة نورمبورغ الألمانية , كان من بين المتهمين المحالين على المحكمة مديرو مؤسسات صحية كبرى وأساتذة و طلبة جامعيين بتهمة القيام بالتجارب العلمية على الأسرى الحرب من المدنيين و العسكريين و أفراد من ديانات أخرى و ذلك عن طريق إجبارهم على الموافقة أو التهديد بالقتل , من بين هذه الأفعال تجريب الهرمونات الاصطناعية و العمليات الجراحية في الأعصاب و العظام و عمليات التعقيم و تمت تجربة اثر الكيماويات و السموم و انخفاض الضغط الهوائي لمعرفة أثار المرتفعات العالية ....و غيرها من التجارب [1]

المطلب الاول - إعلان هلنسكي وطوكيو :

يعتبر من أهم الاتفاقيات الدولية العالمية المتعلقة بالتجارب الطبية , وهو يجسد ما أصدرته الجمعية الطبية العالمية في اجتماعها الثامن العاشر سنة 1964 ,واجتماعها الثامن و العشرين في طوكيو سنة 1975, ميز الإعلانين بين التجارب العلاجية و التجارب العلمية ووجوب احترام حق الإنسان في السلامة الجسدية و العقلية الذي يجب أن يسبق كل الاعتبارات الأخرى . تضمن الإعلانين شرط التناسب بين الغرض المراد الوصول إليه و الخطر المتوقع مع التأكيد على شرط الرضا المسبق .

تضمن الإعلانين جملة من المبادئ التي يمكن حوصلتها في ما يلي :

-احترام مبادئ العلم و الأخلاق عند ممارسة التجارب الطبية بعد إجراء الفحوصات و التجارب الحيوانية.

-تشكيل لجنة مستقلة تشرف على مراحل التجربة الطبية على الإنسان .

-مشروعية التجربة من الناحية القانونية و الأخلاقية .

-اتخاذ كافة التدابير اللازمة للتقليل من الأخطار التي تقع على الإنسان و ذلك يندرج في إطار حق الإنسان في تكامله الجسدي و العقلي.

- إجراء التجارب تحت رقابة طبية متخصصة ومؤهلة ومنع تحميل الشخص الخاضع للتجربة لمسؤولية الأضرار الناتجة عن التجربة طبقا للمادة الثالثة من إعلان هلنسكي .

- عدم ممارسة التجربة في حالة عدم إمكانية توقع الأضرار المحتملة و التوقف الفوري في حالة اكتشاف مخاطر غير محتملة طبقا للمادة الثانية.

من بين ما تضمنه كذلك إعلاني طوكيو وهلنسكي تمييز الجمعية الطبية العالمية بين التجارب العلاجية و التجارب العلمية:

الفرع الاول : بالنسبة للتجارب العلاجية

اعتبرت الجمعية العالمية الطبيب حرا في اختيار الوسائل العلاجية وتجريب وسائل جديدة , بشرط الموازنة بين الفوائد و الأضرار و الأخطار المحتملة عند استخدام الوسائل الحديثة .و التمسك بحق المريض في رفض الخضوع للتجربة العلاجية

عدم جواز الجمع بين علاج المريض و البحث العلمي لاكتشاف معارف جديدة .

الفرع الثاني: بالنسبة للتجارب العلمية

أجازها الإعلانين و ربط ممارستها بشروط أهمها :

- وجوب كفالة الطبيب بحماية الخاضع للتجربة وهذا ماتقضي به المادة الأولى .

-اشتراط الصحة الجيدة للمتطوع طبقا للمادة الثانية

-إيقاف التجربة في حالة وقوع الخطر .

-طبقا لما تضمنته نص المادة الرابعة وجوب ترجيح مصلحة الفرد قبل كل مصلحة .

- **المطلب الثاني :في إطار ميثاق الأمم المتحدة :**

لعل أهم ماهو مكرس في إطار ميثاق الأمم المتحدة التأكيد على الحقوق الأساسية للإنسان إلى جانب كرامته , فهو قد وضع للعمل على تعزيز حقوق الإنسان الأساسية و الحريات للناس جميعا دون تمييز بين الرجال و النساء أو بسبب الدين أو اللغة فالإنسان هو أساس كل الهيئات الدولية و العالمية على أساس ارتباطه بالإقليم الذي يعتبر ركنا أساسيا لقيام الدول .

اهتم القانون الدولي منذ بداية ظهوره بتكريس و ضمان مجموعة من الحقوق الأساسية للإنسان و التي انطلقت أساسا من:

الفرع الاول - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و الذي تنص المادة الأولى منه على أن الناس يولدون جميعا أحرارا و متساوين في الكرامة و الحقوق.

كما نصت المادة الخامسة منه على منع إخضاع أي شخص للتعذيب و العقوبة القاسية و المعاملة اللإنسانية و الحاطة بالكرامة .

كما تضمنت المادة 25 الفقرة الأولى من الإعلان على التأكيد على أن لكل شخص الحق في مستوى معيشي كاف له ولأسرته.

ما ينبغي الإشارة إليه بخصوص الإعلان هو أن لجنة حقوق الإنسان التي شكلت لصياغة النصوص النهائية لهذا الإعلان اعتبرت أن نص المادة الخامسة منه تنطبق على حالات إجراء التجارب الطبية على الإنسان.[1]

الفرع الثاني -**إطار العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية :**

ورد في نص المادة 6 منه على أن الحق في الحياة حق ملزم لكل إنسان و على القانون أن يحمي هذا الحق و لا يجوز حرمان احد من حياته تعسفا.واصلت المادة 7 على النص على عدم جواز إخضاع أي شخص للتعذيب و العقوبات و المعاملات القاسية أو غير الإنسانية المهينة و على وجه الخصوص لا يجوز إخضاع أي فرد دون رضاءها الحر للتجارب الطبية أو العلمية .

1-بن عودة سنوسي , التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية , أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص , جامعة بوبكر بلقايد تلمسان , السنة الجامعية 2017ص 110.

الفرع الثالث - اتفاقية إبادة الجنس البشري :

من بين الأفعال الواردة في نص المادة الثانية من الاتفاقية الاعتداء الجسيم على السلامة الجسدية و العقلية و يقصد هنا الإبادة المادية المتمثلة في الاعتداء الجسماني و إعاقة النسل بتعطيل عضو من أعضاء جسم الإنسان عن سيره الطبيعي المعتاد .

الفرع الرابع - اتفاقيات جنيف الأربعة 1949 :

و هي اتفاقيات تكرس الحقوق الإنسانية المكفولة وقت النزاعات المسلحة ورد في المادة 147 منها تجريم الأفعال التالية القتل العمد التعذيب و المعاملة اللإنسانية بما في ذلك التجارب الطبية الخاصة بعلم الحياة و الأعمال التي تسبب ألاما شديدة و إصابة خطيرة للجسم و الصحة .تضمن البروتوكول الأول الملحق باتفاقيات جنيف المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية على عدم المساس بالصحة و السلامة الجسدية و البدنية و العقلية للأشخاص الذين هم في قبضة الخصم و عدم تعريضهم لأي إجراء طبي لا تقتضيه الحالة الصحية للشخص .وأضافت المادة 16 من نفس البروتوكول و المادة 10 من البروتوكول الثاني على انه لا يجوز إرغام الأشخاص الذين يمارسون نشاط ذو صفة طبية على إتيان تصرفات و القيام بأعمال تتنافى و شرف المهنة الطبية أو غير ذلك من القواعد الطبية التي تستهدف صالح الجرحى و المرضى .

منع البروتوكول الثاني الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1977 الاعتداء على الأشخاص و صحتهم و سلامتهم البدنية و العقلية و لا سيما القتل و المعاملة القاسية كالتعذيب و التشويه وكل صورة من صور العقوبات البدنية .

الفرع الخامس -الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية و حقوق الإنسان :

صدر الإعلان عن منظمة اليونسكو سنة 1997 وقد تضمنت المادة الثانية أن لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه مهما كانت سماته الوراثية "

لم يتضمن الإعلان نصا صريحا على التجارب الطبية على الإنسان إلا أنه يمكن تطبيق أحكامه على موضوع التدخل الطبي.حيث أشارت نصوصه إلى وجوب الالتزام بالضوابط الخاصة بالتجارب الطبية باعتبار أن الغرض من الإعلان هو حماية الكرامة الإنسانية لكونه الهدف المشترك لجميع الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية التي تناولت حماية حقوق الإنسان.

المطلب الثاني تكريس الحق في اطار المؤتمرات الدولية :

يمكن ذكر العديد من المؤتمرات الدولية التي تضمنت النص على حماية السلامة الجسدية منها :

الفرع الاول -المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في طهران سنة 1968 :

تضمنت هذه المؤتمرات الدولية مبادئ متعلقة بحقوق الإنسان منها الحق في التكامل الجسدي , إذ من بين ما تم اعتماده في مؤتمر طهران الدولي مجموعة من القرارات من بينها القرار الحادي عشر الذي يهدف إلى حماية حق الإنسان في حياته الخاصة لا سيما بعد زيادة الأخطار الناجمة بسبب التقدم العلمي و التكنولوجي [1]

الفرع الثاني -مؤتمر مانيلا :

انعقد المؤتمر في الفترة الممتدة ما بين 13و 16 سبتمبر 1981 وهو نتاج عمل مشترك بين هيئة الأمم المتحدة و مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية و بحث المؤتمر في مدى مشروعية التجارب الطبية على الإنسان وأكد على حق الإنسان في الاحتفاظ بحرمة كيانه الجسدي و تكامله المادي و المعنوي .

الفرع الثالث -المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات :

انعقد في شهر أكتوبر سنة 1989 , عالج المؤتمر المشاكل التي تثيرها التجارب الطبية على الإنسان وأوصى بضرورة حماية السلامة البدنية و العقلية للإنسان الذي يكون محل هذه التجارب من خلال منع التجارب التي لا تحترم القواعد المنصوص عيها في حالة إجراء هذه التجارب على الإنسان , تضمن القسم الثاني منه دراسة تحت عنوان "قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الحديثة ".

المبحث الثاني : على المستوى الاقليمي :

شكلت القواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية محاولة لخلق التوازن بين حقوق الإنسان والتطور العلمي و التكنولوجي وهو أمر لا بد منه. حذت الآليات الإقليمية حذو الآليات و الاتفاقيات الدولية بخصوص تكريس مبدأ حرمة جسد الإنسان , تتنوع هذه الآليات التي توزع عادة على أبعاد جغرافية و إقليمية منها ما هو على الصعيد القاري كالآليات الأوروبية و الأمريكية و الإفريقية ومنها ما هو على أساس الانتماء كالآليات العربية .

المطلب الاول -الاتفاقيتن الأوروبية و الامريكية لحقوق الإنسان :

الفرع الاول الاتفاقية الاوروبية

تنص المادة الثالثة من هذه الاتفاقية على منع إخضاع أي إنسان للتعذيب و لا المعاملة أو العقوبة المهينة للكرامة كما تضمنت المادة 4منها منع الاسترقاق وتسخير الأشخاص وعدم جواز استعبادهم لأي غرض

1- د شريهان ممدوح حسن أحمد , حق الإنسان في الحياة و السلامة الجسدية في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية , مجلة كلية الشريعة و القانون العدد الخامس و الثلاثون الإصدار الثاني , افريل 2023.ص 1655.

كان , وفي إطار التعديلات قرر البروتوكول الملحق بالاتفاقية المبرم سنة 1983 إلى حظر الاسترقاق و العمل الشاق و حظر التعذيب و المعاملات و العقوبات غير الإنسانية أو المهينة و غيرها من الحقوق الأخرى الواردة في البروتوكول .

أصدرت الدول الأوروبية بتاريخ 20 ماي 1975 توجيهات متعلقة بالتجارب الطبية التي يمارسها الصيادلة المتخصصون على الإنسان بخصوص ما سمي بتقنية الجهل المزدوج من بين أهم التوجيهات سبق ممارسة هذه التجارب على الحيوانات و إحاطة الطبيب بتقرير كامل عن نتائج الفحص الصيدلي .

بالإضافة لضرورة اتفاقها مع المبادئ و الأخلاق و التأكيد على ضرورة استعمال الطرق الإحصائية لمعرفة الأثر العلاجي و عدم اللجوء لعدد كبير من المرضى عند التجربة بالإضافة إلى مجموعة أخرى من التوجيهات , وبناء على ما قرره المجلس الأوروبي توصل في الأخير إلى وضع دليل تم وضعه بتاريخ 18-12-1987 يتعلق بأخلاقيات الأعمال الطبية الذي قرر صحة البحوث و التجارب العلمية و ربطها بضرورة وضع روابط خاصة من أهما رضا الشخص الخاضع للتجربة ومنع التجارب الطبية الدوائية إلا تلك المتضمنة للفوائد العلاجية رئيسية للمريض و إخضاعها لرقابة مجلس أوروبي مستقل[1]

على المستوى الأوروبي دائما يمكن ذكر ما تضمنته الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحقوق الإنسان و الطب الحيوي [2] تضمنت الاتفاقية النص على حماية حقوق الإنسان و كرامته في مواجهة العلوم الطبية إذ تضع الفرد في المقام الأول رغم تشجيعها على ضرورة استخدام التقدم العلمي في المجال البيولوجي لتحقيق مصلحة الأجيال , خلصت الاتفاقية بتكريس حق الأفراد في اللجوء الى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان , تشكل الاتفاقية نموذجا رائدا في مجال حماية جسم الإنسان من التدخلات الطبية المرتبطة بالهندسة الوراثية .

الفرع الثاني - الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان :

نصت صراحة في مادتها الرابعة ضمن الفقرة الأولى أن لكل إنسان الحق في أن تكون حياته محترمة هذا الحق يحميه القانون. ومن بين أهم ما ورد في الاتفاقية مضمون نص المادة الخامسة التي تجرم التعذيب باعتبار أن لكل إنسان الحق في احترام حقه في السلامة الجسدية و المعنوية و العقلية و عدم جواز إخضاع احد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أو غير إنسانية أو مذلة كما تمنع المادة السادسة ممارسة الرق و العبودية و الاتجار بالبشر بكل أشكاله .

1- سنوسي مرجع سابق ص 115.

2-تم التوقيع عليها من طرف الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بمدينة اوفيدو بتاريخ 4 افريل 1997 , دخلت حيز النفاذ في 1 ديسمبر 1999.

المطلب الثاني – الميثاقين الإفريقي و العربي لحقوق الإنسان و الشعوب :

لم تخلو كذلك الاتفاقيات الدولية على المستويين الإفريقي و العربي على غرار الدولي من النص على تكريس هذا الحق وذلك على النحو التالي :

الفرع الاول الميثاق الافريقي

نصت المادة الرابعة منه على تأكيد و تجسيد مبدأ حرمة الجسد إذ نصت على انه لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان ومن حقه احترام حياته و سلامة شخصه البدنية و المعنوية و لا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفا .

الفرع الثاني الميثاق العربي لحقوق الإنسان:

اعتمد هذا الميثاق على نصوص إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام على أن الحياة هي هبة من الله وهي مكفولة لكل إنسان و على الأفراد و المجتمعات و الدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه و لا يجوز إزهاق روح دون مقتضى شرعي ....سلامة جسم الإنسان وصونه و لا يجوز الاعتداء عليها كما لا يجوز المساس بها بغير مسوغ شرعي و تكفل الدولة حماية ذلك .

نصت كذلك المادة 5 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان على انه لكل فرد الحق في الحرية و في سلامة شخصه و يحمي القانون هذه الحقوق.وتضمنت المادة 8 على انه يحظر تعذيب أي شخص بدنيا أو نفسيا أو معاملتهم عاملة قاسية أو مهينة أو حاطة بالكرامة أو غير إنسانية .

بخصوص إجراء التجارب الطبية تضمن نص المادة 9 منه على النص صراحة على عدم جواز إجراء التجارب الطبية أو العلمية على الإنسان دون رضاءه الحر " لا يجوز إجراء تجارب طبية أو علمية على أي شخص أو استغلال أعضاءه من دون رضاءه الحر و إدراكه الكامل للمضاعفات التي قد تنجم عنها مع مراعاة الضوابط و القواعد الأخلاقية و الإنسانية و المهنية و التقيد بالإجراءات الطبية الكفيلة بضمان سلامته الشخصية وفقا للتشريعات النافذة في كل دولة طرف ولا يجوز بأي حال من الأحوال الاتجار بالأعضاء البشرية "

انطلاقا مما تقدم يتضح لنا أن الإعلانات و المواثيق الدولية قد أولت الحق في سلامة الجسم اهتماما كبيرا متضمنة محله و نطاقه و مضمونه بوصفه حقا من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان فحظرت من المساس بجسد الإنسان و منحته الحق في سلامته الجسدية و النفسية و العقلية [1]

تعد هذه الاتفاقية أول تقنين عالمي يؤكد على حماية الجسم البشري من الإضرار التي تلحق به أثناء التجارب الطبية و العلمية [2]

الخاتمة:

كان السبق للقانون الدولي في وضع الأسس القانونية للتجارب الطبية على الإنسان من خلال ما وضعه تقنين نورمبورغ و التي تلتها مجموعة من المبادرات الدولية التي حاولت الإطاحة بالمجال .

حق الإنسان في سلامة جسمه ضد التجارب الطبية أصبح أمرا يشغل الآليات الدولية و الإقليمية باعتبار التزام الدول بضرورة توفير ضمانات كافية للأفراد تتضمن واجب الحماية الضروري لاستقرار المجتمعات و أمنها .

الملاحظ هو الجهود الدولية المعتبرة الملموسة من خلال الاتفاقيات الدولية و الإقليمية في تكريس حق الإنسان في السلامة الجسدية من خطر التجارب الطبية , إلا أن هذه الأخيرة قد لا تكون كافية إلا بتضافر جهود الدول و إدراج إصلاحات في المنظومات القانونية المتعلقة بالمسالة خاصة مع التطور السريع لمجال العلوم الطبية والذي يتطلب ملائمة التشريعات و مواكبتها لهذه التطورات كل ذلك في سبيل تحقيق التوازن بين حماية الفرد الإنساني من آثار التقدم الطبي من جهة و المواصلة على تشجيع البحث العلمي في المجال الطبي من جهة أخرى.

يتأثر الحق في السلامة الجسدية و حتى العقلية و حرمة الجسد بصفة عامة بالتطور العلمي و التكنولوجي الذي يدفع الإنسان للمزيد من التجارب خاصة في المجال الطبي مما يجعل ضرورة تدعيم الحماية أمرا ضروريا و في غاية الخطورة حماية لحقوق الإنسان الأساسية وأبرزها الحق في الحياة .

1-د محمد عدلي رسلان , الحماية الدستورية للحق في سلامة الجسد (دراسة مقارنة) مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية , المجلد 8 العدد 0 [1] 2022 عدد خاص بالمؤتمر الدولي , ص 21.

2-حلوش بولحبال زينب , حرمة الجسد و العمل الطبي بين الشريعة الإسلامية و القانون , أطروحة لنيل شهادة دكتوراه , تخصص قانون خاص , جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة . كلية الحقوق , السنة الجامعية 2015-2016, ص 144.

إنشاء أجهزة دولية رقابية تسهر على احترام الدول لالتزاماتها الاتفاقية في مجال التجارب الطبية .

- ضرورة تضافر الجهود الدولية و إدراج إصلاحات في منظومة القانونية الدولية المتعلقة بالمسألة خاصة مع التطور السريع لمجال العلوم الطبية .

- ضرورة مواكبة التشريعات للتطورات في مجال العلوم الطبية تجنبا لأي فراغ قانوني مترتب عن غموض النصوص أو غيابها عند إجراء التجربة الطبية.

- تدعيم الحماية القانونية المترتبة عن المساس بالسلامة الجسدية و العقلية باعتباره أمرا في غاية الخطورة و حماية لحقوق الإنسان الأساسية و أبرزها الحق في الحياة الذي قد يتأثر بالتطور العلمي و التكنولوجي.

قائمة المراجع:

النصوص و الاتفاقيات الدولية :

_1- القرار 217 الصادر عن الجمعية العامة بتاريخ 10 ديسمبر 1948 المتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .

2-قرار الجمعية العامة 2200 المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 المتضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية, دخل حيز النفاذ في 3 مارس 1976.

3-قرار الجمعية العامة رقم 620ألف الصادر بتاريخ 9 نوفمبر 1948 المتضمن الاتفاقية إبادة الجنس البشري دخل حيز النفاذ في 12 يناير 1951.

4-الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

5-الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان .

6-الاتفاقية الإفريقية لحقوق الإنسان

2-الأطروحات الجامعية :

1- بن عودة سنوسي , التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية , أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص , جامعة بوبكر بلقايد تلمسان , السنة الجامعية 2017-2018

2- حلوش بولحبال زينب , حرمة الجسد و العمل الطبي بين الشريعة الإسلامية و القانون , أطروحة لنيل شهادة دكتوراه , تخصص قانون خاص , جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة . كلية الحقوق , السنة الجامعية 2015-2016.

3- المقالات:

1- د محمد عدلي رسلان , الحماية الدستورية للحق في سلامة الجسد (دراسة مقارنة) مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية , المجلد 8 العدد 0 2022 عدد خاص بالمؤتمر الدولي .

2- -د عمرو احمد صابر, دور المواثيق الدولية في حماية حقوق الإنسان من الآثار السلبية للتطور الطبي و التكنولوجي, عدد خاص بالمؤتمر الدولي.

3- د شريهان ممدوح حسن أحمد , حق الإنسان في الحياة و السلامة الجسدية في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية , مجلة كلية الشريعة و القانون العدد الخامس و الثلاثون الإصدار الثاني , افريل 2023.

تقييم التنظيم التشريعي بشان المساعدة الطبية على الانجاب في كل من قانوني الصحة وقانون الاسرة الجزائريين

Evaluating the legislative organization regarding medical assistance in procreation in both the Algerian health and family laws

حابت أمال استاذة محاضرة أ
جامعة مولود معمري تيزي وزو

ملخص:

إن التلقيح الاصطناعي وإن كان يحقق لكثير من الأشخاص حلمهم في الإنجاب، إلا أن وسائله ليست كلها تتفق مع أحكام الشريعة وأحكام القانون الجزائري، فليس كل ما هو ممكن علميا مباح شرعا أو قانونا، بالنسبة للمشرع الجزائري قام بتأطير عملية مساعدة الطب على الانجاب في قانون الصحة رقم 18-11وقبله تعديل قانون الاسرة سنة 2005 الذي اعترف فيه المشرع الجزائري بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية حديثة مساعدة على الإنجاب، تحديدا في نص المادة 45 مكرر منه

وعليه نتساءل عن هذه الشروط القانونية لعملية المساعدة على الانجاب في كل من قانون الاسرة وقانون الصحة ومدى كفايتها لتأطير هذه العملية .

الكلمات المفتاحية: تلقيح، اصطناعي، قانون اسرة، قانون الصحة، انجاب

Abstract : Although artificial insemination achieves for many people their dream of procreation, not all of its methods are consistent with the provisions of Sharia and the provisions of Algerian law. Not everything that is scientifically possible is permissible, according to Sharia or law. For the Algerian legislator, he framed the process of medical assistance in procreation in the health law. No. 18-11, and before that, the Family Law was amended in 2005, in which the Algerian legislator recognized artificial insemination as a modern medical technology to assist in procreation, specifically in the text of Article 45 bis thereof.

Therefore, we wonder about these legal conditions for the process of assisted reproduction in both the Family Law and the Health Law and the extent of their adequacy to frame this process**.**

Keywords: Insemination, artificial insemination, family law, health law, reproduction

مقدمة:

الأبناء إحدى زينتي الحياة الدنيا، وقد تمنى الذرية جميع الناس حتى الأنبياء ، فيقول الحق سبحانه وتعالى:" المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثواباً وخير أملا"[1] ، فالتكاثر والتناسل مقصد أساسي به تستقر الحياة الزوجية وتعمق علاقات القربى والألفة، لذلك يسعى كل زوجين إلى الإنجاب وكلما تأخرا تضاعف القلق وبدأت رحلة البحث عن الاسباب عند الاطباء.

وقد كانت التشريعيات الغربية السباقة لتنظيم مسألة المساعدة الطبية على الانجاب تحت مسمى التلقيح الاصطناعي، حيث كانت أولى التشريعات التي نصت عليه هو تشريع ولاية فيكتوريا بأستراليا وهو التشريع رقم 10164 المؤرخ في 20/11/1984، ثم بعيد ذلك القانون السويدي رقم 711 المؤرخ في 14 يونيو1988و بعد ذلك أصبحت اغلبية الدول الغربية تعترف بالتلقيح الاصطناعي كتقنية مساعدة على الإنجاب، حيث وضعت لها شروط وأحكام خاصة على حسب نظامها وأعرافها و تقاليدها و دياناتها.

من هنا وجب على المشرع الجزائري تأطير عملية مساعدة الطب على الانجاب وهو فعلا ما تم في قانون الصحة رقم 18-11[2]وقبله تعديل قانون الاسرة سنة 2005[3] الذي اعترف فيه المشرع الجزائري بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية حديثة مساعدة على الإنجاب، تحديدا في نص المادة 45 مكرر منه .

نشير فقط لوجود تعليمة وزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والعيادية التي تنظم عمليات الإخصاب الطبي المساعد، هذه التعليمة نصت على السن الواجبة في الزوجين الراغبين في الإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي وحددته بخمسين سنة بالنسبة للمرأة كحد اقصى ولم تحدده بالنسبة للرجل مع انه لم ينص على التلقيح في حد ذاته في أي نص قانوني أن ذاك ، مما

[1] الآية 46 من سورة الكهف

[2] قانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 29 يوليو سنة 2018، معدل ومتمم بالأمر رقم 20-02 مؤرخ في 30 غشت سنة 2020.

[3] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الاسرة، ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005، والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 ،ج ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005

يفهم أن الجزائر تعترف بالتلقيح الاصطناعي قبل تعديل 2005 ، والدليل أنه تم إجراء أول عملية تلقيح خارج الرحم في الجزائر في بداية شهر أوت سنة 1999 بعيادة الفارابي بعنابة [4].

إن التلقيح الاصطناعي وإن كان يحقق لكثير من الأشخاص حلمهم في الإنجاب، إلا أن وسائله ليست كلها تتفق مع أحكام الشريعة وأحكام القانون الجزائري، فليس كل ما هو ممكن علميا مباح شرعا أو قانونا .

وعليه نتساءل عن هذه الشروط القانونية لعملية المساعدة على الانجاب في كل من قانون الاسرة وقانون الصحة ومدى كفايتها لتأطير هذه العملية .

للإجابة عن هذه الاشكالية سنعتمد منهجين يفرضان نفسيهما في هذه الدراسة هما المنهج الوصفي والمنهج الاستقرائي وذلك لغرض التعريف بالشروط القانونية للجوء للتلقيح الاصطناعي او المساعدة على الانجاب وتقييم هذه الشروط.

و سيتم التطرق للمعالجة التشريعية لعملية المساعدة على الانجاب في مبحث اول ثم تقييم هذه المعالجة لنلمس قصورا وعدم كفاية النصوص لاستيعاب كامل المشاكل التي قد تعتري عملية المساعدة على الانجاب في مبحث ثان.

المبحث الاول:

التدخل التشريعي بشان المساعدة الطبية على الانجاب

تنص المادة 45 مكرر من قانون الاسرة الجزائري على انه: يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشروط هي :أن يكون الزواج شرعيا، أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، ولا يجوز اللجوء فيه لاستعمال الأم البديلة (مطلب اول)، وقد تم تأكيد هذه الشروط في قانون الصحة رقم 18-11 مع اضافة شروط اخرى تتمثل في : ان تكون حالة العقم مؤكدة طبيا، ان يقدم الزوجان طلبا كتابيا، ان تتم العملية في مراكز مرخصة و خضوع مراكز ومؤسسات التلقيح الاصطناعي لمراقبة المصالح الصحية(مطلب ثان).

[4] انظر في ذلك : زناقي محمد رضا، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18- 11، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد2، 2020، ص64

المطلب الاول:

شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الاسرة

ان ظهور عمليات التلقيح الاصطناعي أثار جدال فقهيا و قانونيا، حيث كان لفقهاء الشريعة دور بارز في تحديد الإطار الشرعي لهذه العمليات ، لتتفق في الاخير على اعتبار أن العقم مرض و التلقيح الاصطناعي يعتبر من بين الطرق المعالجة لكن وفق ما جاءت به الشريعة الاسلامية.

بالعودة لقانون الاسرة الجزائري قد اطلق على عملية المساعدة الطبية على الانجاب مصطلح التلقيح الاصطناعي، بالمقابل لم يعرفه بل قدم شروطه فقط، و تتمثل هذه الاخيرة في:

الفرع الاول:

ا جراء التلقيح ضمن رابطة زوجية شرعية قائمة

تشترط المادتين 40 و 41 من قانون الاسرة الجزائري لثبوت النسب أن يكون الزواج شرعيا، فتنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون .يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.". وتنص المادة 41 من نفس القانون على ما يلي:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

بالرجوع إلى نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري نجدها تشترط أن يتم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين دون غيرهما، ومتى تحقق ذلك فإن النسب يكون ثابتا، وعليه تعد الرابطة الزوجية شرطا جوهريا للاستعانة بتقنيات التلقيح الاصطناعي حيث يكون كل من الرجل والمرأة مرتبطين بزواج صحيح، لقدسية العقد من جهة و حفاظا على نسب الأبناء وعلى الشرف وصيانة الفرد والمجتمع من جهة اخرى ، والمقصود بالزواج الشرعي الصحيح هو الزواج المتوفر الأركان ومستوفي الشروط المنصوص عليها في المواد 07وما بعدها من ق أج، فإذا قضي ببطلان الزواج انتفى الحق في اللجوء إلى هذه العملية لانعدام الأساس الذي تعتمد عليه .أما فيما يخص العقد العرفي هل يجوز للأزواج المتزوجين بعقد عرفي اللجوء إلى تقنيات التلقيح الاصطناعي؟

الجواب: لا يجوز لهما ذلك إلا بعد تثبيت زواجهما قضائيا حتى يكون سندا لهم لإثبات حالتهما أمام مركز الإجراء.

الفرع الثاني:

اجراء التلقيح برضا الزوجين وفي حياتهما

تشترط المادة 45 مكرر قانون الاسرة أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، فالرضا لابد أن يكون مستوفي جميع شروطه (السن القانوني - خلو الإرادة من العيوب - رضا الزوجين معا- تسجيله في سجل المركز المعالج)، فبما أن التلقيح الاصطناعي عمل طبي يقع على الزوجين فرضاهما ضروري شأنه شأن الأعمال الطبية الأخرى التي تتطلب موافقة المريض واحتراما لمبادئ وأخلاقيات مهنة الطب[5]، ولا يكتمل هذا الشرط إلا بشرط أخر وهو أن يتم التلقيح حال الحياة الزوجية التي قد تنقطع بالطلاق أو الوفاة وقد ذكر المشرع في المادة 45 مكرر بلفظ " أثناء حياتهما " نظرا لما قد يحصل من خطورة في حالة انعدامه ،حيث أكد المشرع الجزائري على أن اللجوء إلى استعمال هذه التقنية يجب أن يكون أثناء حياة الزوجين، وفي الحقيقة أن هذا الشرط وضع أساساً حتى لا يلجأ الناس إلى استعمال بنوك المني المجمدة ، لأن السماح بغير ذلك يطرح إشكالات معقدة تمس بالقواعد القطعية و الثابتة في مواد النسب والميراث ،ولا شك أن تخلف أحد الشروط السابقة يؤدي إلى نفي النسب والقول بعدم شرعيته.[6]

لقد أثيرت هذه المشكلة أول مرة في فرنسا، عندما توجه أحد الأشخاص إلى بنوك المني وتبرع بكمية من حيواناته المنوية، و تم حفظ هذا السائل المنوي في هذه البنوك لفترة يبقى عليها صالحا للإخصاب حتى بعد وفاة المتبرع. وبعد وفاته طالبت زوجته من البنك بتلقيحها بماء زوجها المجمد. ولكن طلبها رفض في بداية الأمر بحجة أن الزوج لم يوص بذلك قبل وفاته، ثم لجأت بعدها إلى القضاء الفرنسي والذي قضى بحقها في تسلم السائل المنوي لزوجها المتوفى .ويرى جانب كبير من الفقهاء بوجوب تحريم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج على أساس أن العلاقة الزوجية تنقضي بالوفاة، وفي المقابل، هناك

[5] سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 9.

[6] خالد شبوعات: تحليل المادة 50 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، على ضوء التطورات الطبية الحديثة وقانون الصحة الجديد 18-11، المجلد13 العدد 2،2021، ص58

من الفقهاء من يرى جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين بعد الوفاة شريطة أن يتم في فترة العدة بدعوى ان الرابطة لا تنتهي الا بنهاية فترة العدة [7]، وأن يوصي الزوج المتوفى برغبته في ذلك .

أن المشرع الجزائري قد اشترط في نص المادة 45 مكرر أن يتم التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين، ونجده أيضاً يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث [8].

مسالة اخرى متعلقة بالمحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية يرى بعض الفقهاء بأنه لا يجوز حرمان الزوج الذي يتعرض لعقوبة الحبس من حقه في الإنجاب بشرط أن يتم ذلك وفق الضوابط المقررة. ويبررو ن موقفهم هذا من أن الغرض من توقيع العقوبة يجب ألا يمتد إلى الحقوق الأخرى الخاصة بالشخص المحكوم عليه وذلك احتراماً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. ضف إلى هذا أن مدة الحبس قد تطول مما يفترض معه أن يفقد المحبوس أو زوجته القدرة الطبيعية على الإنجاب. وعلى هذا الأساس، فلا مانع من إجراء التلقيح الاصطناعي بين الزوجين في هذا الفرض .وبالمقابل لذلك يرفض فقهاء آخرون السماح بإجراء التلقيح الاصطناعي في حالة الحكم على الزوج أو الزوجة بعقوبة سالبة للحرية بحجة أن صدور الحكم بالإدانة دليل على عدم قدرة المحبوس أداء دوره بأن يكون ولي أمر الطفل [9].

الفرع الثالث:

أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما ودون اللجوء لام بديلة:

يجب أن تلقح المرأة بمني زوجها حتى يثبت النسب الشرعي طبقا للقاعدة الفقهية " الولد للفراش وللعاهر الحجر"[10]، ولذلك لا يجوز أن تلقح المرأة بمني رجل آخر غير زوجها. ومن ثم يجب الحرص على عدم الوقوع في أدنى شك بخصوص اختلاط مني الرجل أو استبداله بمني غيره. وفي حالة وقوع ذلك فإن الطفل الناجم عن تلقيح المرأة بماء الغير يعتبر ابن غير شرعي،و حتى تكون عملية التلقيح الاصطناعي مشروعة، زيادة على انه يجب أن تتم بتلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها، يجب ان تتم دون تدخل أي طرف اخر وذلك من أجل المحافظة على صفاء الأنساب ونقائها، وتكريما لنطفة الإنسان التي يتخلق منها

[7] خالد شبوعات، مرجع سابق، ص55

[8] بالنسبة لكون الوارث حيا او حملا كان على المشرع ان يكونا كذلك وقت وفاة المورث وليس وقت افتتاح التركة

[9] يوسف مسعودي ، التلقيح الاصطناعي في قانون الاسرة الجزائري ،مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد1 ، العدد1، 2016، 112

[10] يوسف مسعودي ، مرجع سابق، 119

الولد ، وتكريما للزوجة بجعلها مختصة بزوجها لا لغيره ، والفطرة السليمة التي ارتضاها الله لخلقه لا يستقيم معها علاقة إنجاب ثلاثية الاطراف فلا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة و حسنا ما فعل المشرع بمنعها لمفاسدها الكبيرة، والتي ترتكز في :

- عدم وجود رابطة زوجية بين صاحب المني وصاحبة الرحم البديل، فحملها غير مشروع لان إنجاب الذرية متوقف على الزواج.
- تؤدي إلى اختلاط الأنساب وعدم إمكانية نسبة المولود إلى والدين معلومين.
- ضياع لحقيقة الأمومة التي فطرها الله تعالى وعرفها الناس، والمتمثلة في تحمل مشقة الحمل والوضع.
- عدم تأثر الجنين وراثيا من الأم البديلة ليس مؤكد من الناحية الطبية الا ان الجنين يتغذى ويتأثر بالرحم، والجنين لا يعتمد على الصفات الوراثية للأبوين فقط، بل يتأثر بالبيئة المحيطة، وقد ثبت علميا أن الرحم ليس وعاء لحمل الجنين فقط بل يؤثر فيه فالأم المستعارة تؤثر في تكوين الصفات الوراثية للجنين .

اما عن اساليب التلقيح الاصطناعي فتتمثل في:-

- التلقيح داخل الجسم(الإستدخال): وفقا لهذه الطريقة يتم مباشرة نقل الحيوانات المنوية من الزوج ووضعها في رحم الزوجة لتلتقي بعدها بالبويضة ومن ثم تتابع رحلتها عبر مختلف مراحل النمو التي تمر بها كما في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي .
- التلقيح خارج الجسم (أطفال الأنابيب): وفي هذا الأسلوب يتم وضع بويضة الزوجة في أنبوب زجاجي يضاف إليه مني الرجل، وبعد أن تلقح تتابع انقساماتها المتتالية تم تعاد بعد ذلك إلى الرحم وتستكمل نموها الطبيعي[11]

للتلقيح للخارجي خمسة أساليب من الناحية الواقعية بغض النظر عن حلها أو حرمتها شرعاً ، وقد تناولت الفتوى الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي تفصيل هذه الأساليب وذلك على النحو التالي..." :- :أن تؤخذ نطفة من زوج ، وبويضة من مبيض زوجه ، فتوضعا في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة،

[11] وتعتبر الطفلة " لويزا براون " أول طفلة أنابيب نتيجة تلقيح بويضة الأم بحيوان منوي من زوجها.

حتى تلقح نطفة الزوج بويضة زوجته في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام و التكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة، لتعلق في جداره وتنمو ويتخلق كل الجنين. ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعية تلده الزوجة طفلا أو طفلة ، وهذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الإنجاز العلمي الذي يسره الله ، وولد به إلى اليوم عدد من الأولاد ذكوراً وإ ناثاً وتوائم تناقلت أخبارهم الصحف العالمية ووسائل الإعلام المختلفة. ويلجأ إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عقيما بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها قناة فالوب

- أن يجرى تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته (يسمونها متبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته .ويلجأون إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا، ولكن رحمها سليم قابل لعلوق اللقيحة فيه .
- أن يجرى تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل و بويضة من امرأة ليست زوجة له (يسمونهما متبرعين)، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة. ويلجأون إلى الأسلوب عندما تكون المرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيما بسبب تعطل مبيضها لكن رحمها سليم وزجها أيضا عقيم ويريدان ولداً .
- أن يجرى تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين ، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها. ويلجأون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها ، ولكن مبيضها سليم ومنتج،أو تكون غير راغبة في الحمل ترفهاً ، فتتطوع امرأة بالحمل عنها .
- الأسلوب نفسه إذا كانت المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، فتتطوع لها ضرتها لحمل اللقيحة عنها. وهذا الأسلوب لا يجري في البلاد الأجنبية التي يمنع نظامها تعدد الزوجات ، بل في البلاد التي تبيح هذا التعدد "

إن التلقيح الاصطناعي سواء كان داخليا أو خارجيا يعتبر مشروعا ما دام قد تم بين الزوجين، ويترتب عليه ما يترتب على التلقيح الطبيعي من آثار شرعية وقانونية مثل ثبوت النسب والحق في الميراث. وفي هذا الصدد صدرت عن دار الإفتاء المصرية فتوى 112بتاريخ 23/03/1980 أباحت فيها للأطباء استعمال هذه

التقنية بشرط أن يتم ذلك التلقيح بلقاح الزوجين وبرضاهما وأن يتم ذلك أثناء قيام رابطة الزوجية وليس بعد وفاة الزوج [12].

المطلب الثاني

شروط المساعدة الطبية على الانجاب في قانون الصحة

أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى عملية المساعدة على الانجاب في قانون الصحة رقم 18-11 في المواد من 370الى 374 ،اكد فيها المشرع تلك الشروط المنصوص عليها في قانون الاسرة كما اضاف شروطا جديدة رتب عن تخلفها مسؤولية جزائية ناهيك عن المدنية والتاديبية، وتقسم هذه الشروط الى شروط شكلية واخرى موضوعية.

الفرع الاول:

الشروط الموضوعية للمساعدة الطبية على الانجاب

وضع المشرع مجموعة من الشروط الموضوعية التي يجب مراعاتها في عمليات التلقيح الاصطناعي

حتى تكون هذه العمليات مشروعة، وهي :

- قيام الزوجية لكي تكون عملية التلقيح الاصطناعي مشروعة وفقا للمادة 372 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، يجب أن تكون بين شخصين يربطهما عقد زواج شرعي وعلى الطبيب قبل إجراء العملية أن يتأكد من توافر هذا الشرط، وذلك بأن يطلب وثيقة تثبت ذلك كنسخة من عقد الزواج أو الدفتر العائلي، فإذا لم يتأكد من رابطة الزواج يمتنع عن إجراء العملية وذلك تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 434 من قانون الصحة والهدف من هذا الشرط هو سد الطريق أمام الأشخاص الذين يقدمون عليها دون أن تربطهم علاقة زواج.

- أن تكون حالة العقم مؤكدة طبيا، ورد النص على هذا الشرط في المادتين 371و372 من قانون الصحة التي عرفت المساعدة الطبية على الإنجاب بأنها " :نشاط طبي يسمح بالإنجاب

[12] لصالحي شوقي زكريا، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية مصر، 2001، ص 39

خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا"، والمادة اشترطت أن يكون طلب المساعدة الطبية على الإنجاب مقدم من زوجين" يعانيان من عقم مؤكد طبيا"، فلا يكفي مجرد التأخر في الإنجاب لإجراء العملية، بل يجب أن يكون هناك تقرير طبي يثبت حالة العقم

- أن يتم برضاء الزوجين وأثناء حياتهما فالتلقيح الاصطناعي عمل طبي يساعد على الإنجاب، وبالتالي يشترط موافقة الشخص الذي تجرى له العملية، وهي الزوجة التي يجب أن يكون رضاؤها صحيحا وحرا ومتبصرا حسب نص المادة 343 فلا يمكن القيام بأي عمل طبي، وال بأي عالج بدون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض[13]

- أن يكون الزوجان في سن الإنجاب، حيث يشترط قانون الصحة في مادته 372 لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي أن يكون الزوج والزوجة في سن الإنجاب، ولكنه لم يحدد لنا ما هو سن الإنجاب[14]، وبالرجوع إلى المادة 7 من قانون الأسرة نجدها تحدد سن الزواج ببلوغ طرفيه 19سنة، وعليه يمكن اعتبار هذه السن الحد الأدنى للإنجاب.

- أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها وهو ذاته ما نص عليه قانون الاسرة.

الفرع الثاني:

الشروط الشكلية لعملية المساعدة الطبية على الانجاب

وضع المشرع مجموعة من الشروط الشكلية لإجراء التلقيح الاصطناعي تتمثل في :

- تقديم طلب كتابي من الزوجين، فقد اشترط المشرع على الزوجين الراغبين في إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أن يقدما طلبا كتابيا أثناء قيام الزوجية بينهما، يوجه الطلب إلى اللجنة الطبية المتخصصة في المؤسسة المعنية، ويكون الطلب مرفقا بكامل الوثائق الضرورية كعقد الزواج، بطاقة التعريف الوطنية، شهادة ميلاد الزوجين، تقرير طبي يؤكد العقم، ويتم تأكيد الطلب بعد شهر، وذلك لإعطاء فرصة للزوجين لإعادة التفكير في طلبهما.

[13] فاطمة عيساوي. الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الصناعي بين الزوجين، ، دفاتر السياسة والقانون، المجلد13، العدد2 ، 2021، ص138

[14] مع الاشارة الى تعليمة 2000 التي حددت الحد الاقصى للمرأة وهو 50سنة

- أن تتم العملية في مراكز متخصصة، و نظرا لأهمية عمليات التلقيح الاصطناعية فإنها تجرى في مراكز ومؤسسات مرخص لها بذلك من السلطات المختصة، ويمنح الترخيص بها من الوزير المكلف بالصحة.

- خضوع مراكز ومؤسسات التلقيح الاصطناعي لمراقبة المصالح الصحية ويتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية. ويعتبر هذا الشرط ضروريا، حتى لا يتم التداول في النطف، أو خروج العملية عن نطاقها المشروع و رتب عقوبات جزائية عند المخالفة.

المبحث الثاني:

قصور التنظيم التشريعي بشأن المساعدة الطبية على الانجاب في كل من قانوني الأسرة والصحة

تعتبر استعانة بعض الأزواج بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب من اهم القضايا التي هي في أمس الحاجة إلى أن توجه لها العناية بمختلف وسائلها وأساليبها في البحث، بغية ضبط مسارها وحفظها من مغبة الانحراف عن مقاصدها الطبية، مما دفع بالمشرع الجزائري بموجب المادة 45 مكرر من قانون الاسرة إلى الاعتراف بامكانية اللجوء إلى تلك التقنيات، مواكبة منه للتطور العلمي الحاصل في مجال الإنجاب البشري، والتي أكد من خلالها على جملة من الشروط المتطلبة لذلك، أهمها ضرورة تعبير الزوجين عن رضاهما .مع توضيح محل العملية ، غير أن تدخله هذا لم يكن كافيا لضبط هذه التقنية ومن ثمة توجيه الممارسين لها، هذا ما جعل المشرع يتدخل مرة اخرى بقانون اخر له اتصال وثيق ومباشر بهذه العملية وهو قانون الصحة ، هذا الاخير اضاف شروطا اخرى شكلية في غالبيتها ، وباستقراء كل المواد وفي القانونين معا نلمس قصورا في تنظيم عدة امور منها تنظيم رضى الاطراف (مطلب اول)، وقصور في بعض المفاهيم المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي (مطلب ثان)

المطلب الاول

القصور بشان تنظيم رضى الاطراف

التلقيح الاصطناعي هو تلك التقنية أو العملية التي يلجا إليها الزوجان كآخر حل من أجل تحقيق رغبتهما في الإنجاب، وذلك بعد تأكدهما من عدم القدرة على الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي

الطبيعي، ومن اهم الضوابط التي وضعها المشرع هي اتفاق الطرفين على اللجوء لهذه التقنية وقد تضمن هذا الامر كلا من القانونين الاسرة والصحة حيث نص على ان اللجوء لهذه التقنية يجب ان يكون برضى الاطراف وفي حياتهما ، وتطبيقا لذلك على الواقع سيخلق عدة مشاكل متعلقة بالإرادة والاهلية.

الفرع الاول:

بشان ارادة الاطراف

يجب تقديم الموافقة والتأكيد عليها قبل البدء في إجراءات الإخصاب، من ثم ضرورة تعبير الراغبين في الاستفادة من أسلوب التلقيح الصناعي، عن رضاهما قبل إجراءه، على أن يظل متمسكين به إلى حين إتمام الإخصاب، حيث لا يكفي رضا أحدهما دون الآخر، ولا وجه لتفضيل رضا أحد الطرفين على حساب الثاني، بل يجب أن يتم الأمر على قدم المساواة بينهما، من حيث صحته والتراجع عليه، ما لم يشرع بعد في الخطوات التنفيذية، وهو الامر الذي اشترطته كل التشريعات أي حصول الموافقة من كلا الطرفين ، ويجب ان تكون الموافقة كتابية بعد تبصيرهما بكل تفاصيل هذه العملية ونتائجها مع اعطائهم فرصة للتأكد من اقتناعهم للإقدام على عملية التلقيح الاصطناعي.

المشرع الجزائري اكتفى في المادة 45مكرر من قانون الأسرة، بالنص على ضرورة توافر رضا الزوجين، دون تبيان الشكل الذي يجب أن يحرر فيه، رغم أن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي ينبغي أن يحظى بأحكام قانونية واضحة غير مبهمة، من ثم يشترط إفراغه في شكل معين ، وقد تدارك قانون الصحة هذا النقص ونص على انه يجب ان تكون الارادة حرة وكاملة وسابقة وثنائية وكتابية وزاد التأكيد ايضا لكن ما لم يتفطن اليه المشرع هو التجديد الكتابي اذا ما دعت اليه الضرورة ،فالتلقيح الاصطناعي يتطلب غالبا عدة محاولات ، وبعد كل محاولة فاشلة لإحداث الحمل، لا بد من تجديد الموافقة، للتأكد من تمسك الأزواج برغبتهم في الاستمرار، وبالتالي عدم تراجعهم عن قرارهم جراء استياءهم من فشل المحاولات.

المشرع الجزائري سكت عن حالة العدول عن الرضى، فهل يحق للزوجين او احدهما العدول عن الاستعانة بالتلقيح الاصطناعي، في هذا السؤال نفرق بين:

- **العدول قبل التلقيح** : اذا تراجعا احدهما لا يجوز التلقيح على اساس ان رضى المريض بالعمل الطبي مطلوب عند اتمام العمل عليه، وعليه اذا تم التدخل على جسم المريض بعد

العدول سيعد ذلك اعتداء على حرمة الجسم طبقا للمادة 264 قانون عقوبات جزائري، كما لا يحق للزوجة ان تجبر زوجها على الاستمرار في العملية ولها بالمقابل طلب التطليق.

- **العدول بعد الاخصاب او التلقيح**: نفرق ايضا في هذه الحالة بين امرين:

- اذا كان الاخصاب داخلي ، لا يمكن العدول على الرضى على اساس علوق الجنين بالرحم فهنا سيكون بمثابة طلب اجهاض وهذا لايجوز قانونا حسب المادة 304من قانون العقوبات الجزائري.

- اذا كان الاخصاب او التلقيح خارجيا ، هناك من يرى انه لابد من اجبار الزوجة على الاستمرار في العملية لان عدولها يشكل عدوانا ومساسا بالاجنة ، في حين هناك من يرىانه لا يمكن اجبارها لان الرضى امر مهم في التدخل الطبي وهو راي غالبية المشرعين الأوربين بشرط ان يكون العدول كتابيا [15] .

وهناك العديد من القضايا في هذا الشأن ، مثلا قضية nevans التي نظرت فيها المحكمة الأوربية لحقوق الانسان سنة 2007 حيث طالبت هذه المرأة خطيبها السابق باستمراره في مشروع الانجاب بعد الغائه للموافقة ورات المحكمة ان خطيبها عبر عن رضاه بخصوص علاج مشترك وليس علاج يحق للمدعية متابعته انفراديا وان الرضى يتعلق بمرحلتي الاخصاب والحفظ ويمتد ايضا لمرحلة الزرع وانه لا يحق لاي طرف اجبار الثاني على الانجاب.

موقف قضت به قبل ذلك محكمة في الولايات المتحدة الامريكية سنة 1992 في قضية ماري حيث قضت بان حق الاب في رفض الانجاب اولى طالما ان الام يمكنها الانجاب من غيره.

الفرع الثاني

بشان الاهلية

يشترط عنصر الرضى صدور الارادة خالية من اي عيب يشوبها ، وهي تلك المنصوص عليها في

قانون المدني والتي تتمثل في الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال ، الى جانب صدورها من ذي اهلية .

[15] المشرع الفرنسي مثلا في القانون 2004-300 في المادة 3/2141 يجعل العدول الكتابي مانع يحول دون اتمام الزرع

كلا من القانونين لم يتناولا عنصر الاهلية بالعودة الى القواعد العامة يجب ان يكون طالبي الحصول على المساعدة الطبية للإنجاب زوجين اذن توفر اهلية الزواج والمقدرة حسب قانون الاسرة ب19سنة، لكن المشرع نص على امكانية الزواج باذن دون هذا السن ولم يحدد المشرع الحد الادنى لهذه السن، بالمقابل رشد قانون الاسرة الزوج بالنسبة للتقاضي فقط ولم يرشده للتصرفات القانونية الاخرى للعلاج مثلا فهل يحتاج الى ولي لاتمام اجراءات المساعدة على الانجاب

بالنسبة لقانون الصحة يشترط ان يكون الزوجين في سن الانجاب ، وقد سبق الاشارة الى التعليمة التي جعلت السن القصوى للمرأة هي 50سنة ولم يتحدد السن بالنسبة للرجل اما اقصر مدة فستخضع اذن للخبرة الطبية لأنها الاقدر.

سكت المشرع عن حالة نقص الاهلية التي نعود فيها الى القواعد العامة وسكت ايضا عن فقدان الاهلية سواء بين التعبير عن الارادة وتأكيدها او حتى بعد التأكيد، فهل يجوز اجراء التلقيح الاصطناعي في هاتين الحالتين؟

بالنسبة للحالة الاولى اذا فقد الطرفين او احدهما اهليته بعد التعبير عن الارادة والموافقة للجوء الى هذه الوسيلة للإنجاب وقبل تأكيدها فانه لا يمكن اجراء التلقيح طالما ان النص صريح في قانون الصحة بوجوب التأكيد بعد شهر.

بالنسبة للحالة الثانية وعملا بالقواعد العامة فان تعبير و تأكيد الاطراف للإرادة يجعل التدخل الطبي مشروعا ، لكن من الناحية العملية يجب التمييز بين اذا ما كان التدخل الطبي على الزوج او الزوجة ، اذا كان على الزوج فيرى البعض انه يجب ان يكون اهلا في جميع مراحل الاخصاب في حين هناك من يرى انه لا داعي لأهليته عند تنفيذ ارادته السليمة فالمشرع لم يشترط حتى حضوره في كامل مراحل الاخصاب المهم ان يكون على قيد الحياة فلا يجوز الاحتفاظ بماء الزوج بعد وفاته بمفهوم المخالفة يجوز ذلك في حين حياته وطالما ان الارادة كانت سليمة وقت صدورها وتأكيدها فلا يرى اليها في مراحل التخصيب، اما اذا كان تعلق الامر بالزوجة فغالبية الفقه يرى انه لابد من اهليتها لان الارادة يجب ان تكون سليمة في جميع مراحل الاخصاب وطالما ان الزوجة جسدها يكون محلا للعملية فان رضاها مطلوب دائما.

هناك حالة اخرى وهي فقدان الوعي يطرح التساؤل بهذا الصدد حول حق للمرأة التي وافق زوجها قبل دخوله في حالة غيبوبة، في اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب؟

يرى بعض الفقه أن رضا الزوجين ينبغي أن يكون قائما، فور إجراء التلقيح والشروع فيه، وأن دخول الشخص في حالة غيبوبة، بالتالي فقدانه الوعي سيحول دون تحقيق ذلك، ومتى كان كذلك فإنه لا يجوز في هذه الحالة إجراء العملية[16]، الرأي الذي ذهب إليه كل من المشرع التونسي والإماراتي، في حين لم يعتبر كذلك في القضاء البريطاني، الذي قبل طلب السيدة BLOOD.D سنة 2002، باسترجاع الأمشاج المجردة المحفوظة لزوجها، الذي دخل في حالة غيبوبة تامة وطويلة، جراء إصابته بمرض التهاب السحايا، بغية إجراء التلقيح في بلجيكا، في حين كان كل من مركز الحفظ والهيئة البريطانية للإخصاب وعلم الأجنة، قد رفضا تسليمها إياها أو إجراءها للتلقيح[17] .

المطلب الثاني

قصور في تنظيم بعض المفاهيم المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي

على غرار غالبية التشريعات القانونية تبنى المشرع الجزائري تقنية التلقيح الاصطناعي، ولم يعطي تعريفا لهذه العملية بحيث تطرق مباشرة إلى تبيان شروطها من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الا أنه بموجب صدور قانون الصحة رقم 11/18 في المادة 370 منه تدارك هذا الأمر وعرف هذه العملية بقوله »المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا.."ويشوب هذا التعريف بعض النقائص(فرع اول)، كما ان التنظيم لعملية المساعدة الطبية على الانجاب ناقصة ايضا(فرع ثان)

الفرع الاول:

النقص التشريعي بشان تعريف التلقيح الاصطناعي او المساعدة الطبية على الانجاب

ان استعمال المشرع الجزائري لمصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب كان لا جل تعريف أشمل، بحيث أدرج تحت مفهوم هذا المصطلح كل التقنيات المتعلقة بعملية التلقيح الاصطناعي، وكذلك جميع الممارسات سواءا كانت عيادية، أو بيولوجية، أو حتى علاجية فقط .

---

[16]-د. أحمد داود رقية، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد1، العدد10، جوان 2018،ص212.

[17]أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 145.

بموجب قانون الصحة الجديد رقم 11-18 وضمن الفصل الرابع "البيو-أخلاقيات" في القسم الثالث "أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب" عرف المساعدة الطبية على الإنجاب عموما في نص المادة 370 بقوله:» المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حاله العقم المؤكد طبيا وتتمثل في ممارسات عياديه وبيولوجية وعالجيه تسمح بتنشيط عمليه االباضة والتلقيح بواسطه الأنابيب, ونقل ألاجنة, والتخصيب الصناعي.

يعاب على هذا التعريف استعماله للفظ العقم المؤكد ، من جهة العقم لا يشفى منه ، من جهة اخرى وجود مصطلح قد يفيد معناه .

بالعودة لتعريف العقم فهو اصطلاحا عدم قدرة الزوجين على تحقيق الحمل بعد جماع متكرر دون منع الحمل لمدة سنة واحدة ، ويطلق على هذا المصطلح مصطلح اخر وهو عاقر.

وقد ورد المصطلحين في القران ، بالنسبة للعقم قوله تعالى: "للهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاء يَهَبُ لِمَنْ يَشَاء إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاء الذُّكُورَ،أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاء عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ"[18] ،وقوله تعالى "وَلَا يَزَالُ الَّذِينَ كَفَرُوا فِي مِرْيَةٍ مِّنْهُ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ السَّاعَةُ بَغْتَةً أَوْ يَأْتِيَهُمْ عَذَابُ يَوْمٍ عَقِيمٍ (55)" [سورة الحج]، "وَفِي عَادٍ إِذْ أَرْسَلْنَا عَلَيْهِمُ الرِّيحَ الْعَقِيمَ (41)" [سورة الذاريات، أما العقر في سياق قصة زكريا عليه السلام ، "هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاء{38} فَنَادَتْهُ الْمَلآئِكَةُ وَهُوَ قَائِمٌ يُصَلِّي فِي الْمِحْرَابِ أَنَّ اللّهَ يُبَشِّرُكَ بِيَحْيَى مُصَدِّقاً بِكَلِمَةٍ مِّنَ اللّهِ وَسَيِّداً وَحَصُوراً وَنَبِيّاً مِّنَ الصَّالِحِينَ{39} قَالَ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلاَمٌ وَقَدْ بَلَغَنِيَ الْكِبَرُ وَامْرَأَتِي عَاقِرٌ قَالَ كَذَلِكَ اللّهُ يَفْعَلُ مَا يَشَاءُ{40}"[سورة آل عمران] وقوله تعالى: "كهيعص{1} ذِكْرُ رَحْمَةِ رَبِّكَ عَبْدَهُ زَكَرِيَّا{2} إِذْ نَادَى رَبَّهُ نِدَاء خَفِيّاً{3} قَالَ رَبِّ إِنِّي وَهَنَ الْعَظْمُ مِنِّي وَاشْتَعَلَ الرَّأْسُ شَيْباً وَلَمْ أَكُن بِدُعَائِكَ رَبِّ شَقِيّاً{4} وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِن وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِراً فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّاً{5 }.[19]

---

[18] الاية 49و 50 من سورة الشورى

[19] وقد انعكس هذا الاضطراب في فهم الفرق بين مدلول الصفتين (عاقر) و (عقيم) على ترجمة معاني القرآن الكريم باللغة الإنجليزية ، حيث تم استخدام التعبير الإنجليزي(barren) ، وهو يعني قاحل (صفة للأرض) ، أو غير مُثمر (صفة للنبات)، أو عاقر ، أو عَقيم ، وذلك للتعبير عن (عاقر) في سورتي آل عمران (40)، ومريم (5 ، 8) ، وكذلك للتعبير عن (عقيم) في سورتي الذاريات (29) والشورى (50). بينما في قوله تعالى "...عَذَابُ يَوْمٍ عَقِيمٍ (55)" [سورة الحج] ، وردت الترجمة كالآتي (The Penalty of a Day of Disaster) : ، وكلمة (Disaster) تعني كارثة أو نكبة ، وعليه فالترجمة تعني عذاب يوم الكارثة أو النكبة . وفي قوله تعالى "... الرِّيحَ الْعَقِيمَ (41)" [سورة الذاريات](41) ، قيل (the devastating wind)، وكلمة (devastate) تعني يدمر أو يخرب ، وعليه فالتعبير يعني: الريح المدمرة أو المخربة.

من خلال التفاسير هناك من يعتبر المصطلحين مترادفين وهناك من يرى انهما مختلفين بحيث ينصرف لفظ العقم الى الداء الذي لايقبل دواء بينما ينصرف لفظ العقر الى حصول امر يمنع الحمل والولادة ويمكن علاجه على اساس من اصطلح عليها لفظ عاقر في القران قد ولدت .

من المعلوم طبياً وجود مصطلحان في اللغة الإنجليزية هما (Infertility) و(Sterility) ، يشتركان في المعنى، وهو عدم القدرة على التناسل (التكاثر) ، إلا أنه أصبح لكل منهما لاحقاً دلالة مختلفة في مجال الطب ، فالمصطلح الأول يعني حالة نسبية وقابلة للعلاج ، بينما المصطلح الثاني يعنى مطلق عدم القدرة على التناسل ، أى أنها حالة غير عَكوس

إن إدراك الفروق الدقيقة في دلالة الألفاظ في اللغة العربية ذو أهمية حيوية في هذا المجال، فبدونه لا يمكن اختيار اللفظ العربي الصحيح والمقابل للمصطلحات الطبية الإنجليزية، ولذلك يجد المرء اضطراباً في تعريب المصطلحين، مما يدل على عدم الوضوح في الفهم ، حيث جُعِلت (Sterility) ، أما (Infertility) فبمعنى عُقْر ،ويبقى (العُقْم) هو التعبير الشائع عن كل من التعبيرين في معظم الأحيان بين العامة والمتخصصين الذين قاموا بإنشاء الكثير من المراكز الطبية الحديثة في العالم العربي ، والتى أُطْلِقَ عليها مراكز العُقْم ، ولتفادي هذا الاضطراب وعدم الدقة يفضل استعمال لفظ عجز عن الانجاب بدل العقم المؤكد.

من جانب اخر المشرع اشترط في نص المادة 371ق ص ان يكون كلا الزوجين عقيمين فتنص على:" تخصص المساعدة الطبية على الانجاب حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامراة في سن الانجاب على قيد الحياة يشكلان زوجا مرتبطا قانونا يعانيان من عقم مؤكد طبيا....." في حين انه يكفى ان يكون احدهما عقيم كي لا يحدث الحمل.

الفرع الثاني

الوضع القانوني للبويضة الملقحة في القانون الجزائري

أن المشرع الجزائري لم ينظم إطلاقا مسألة الوضع القانوني للبويضة الملقحة الناتجة عن تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي أمام سكوت المشرع الجزائري[20] يتعين الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي استنادا الى نص المادة 222 من قانون الآسرة .

[20] بخلاف المادة 376 ق ص التي تنص على انه تحدد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج عن طريق التنظيم .

بالرجوع الى موقف الفقهاء المعاصرين حول التكييف الشرعي للبويضات الملقحة هناك اتجاهين يرى الاول منهما أن البويضات الملقحة الزائدة في عملية أطفال الأنابيب هي في الواقع أجنة في العرف العلمي والشرعي؛ وبالتالي فإن لها حرمة، وكرامة لا يجب ان يعتدى عليها بالاتلاف؛ ولا بالنقل الى الغير بأن تكون عرضة للتجارب العلمية.[21]

بينما يرى الاتجاه الثاني وهو يشكل رأي الغالبية من الفقهاء بأن البويضة الملقحة في أنبوب اختبار لا تأخذ حكم الجنين في رحم الزوجة الراغبة في الإنجاب ولا يتعارض هذا مع تمتع هاته البويضة المخصبة بنوع من الحياة .

اما بالرجوع الى نصوص قانون العقوبات الجزائري المتعلقة بالإجهاض؛ نجد أن الإجهاض هو إسقاط الجنين من رحم أمه قبل أوانه بأية وسيلة كانت، ويقع هذا الفعل المعاقب عليه قانونا على امرأة حامل أو يفترض حملها وبالتالي لا يمكن اعتبار فعل إتلاف البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة في التلقيح الاصطناعي إجهاضا كونه يتم خارج الرحم إضافة الى عدم توافر الأركان التي تقوم عليها جريمة الإجهاض المنصوص عليها في هذا القانون.

خاتمة:

كان على المشرع ان ينص على النسب الناتج عن عمليات التلقيح ويعترف به صراحة في المادة 41 من قانون الاسرة خاصة نسب الطفل بعد الطلاق والوفاة

كان على المشرع النص على عقوبة خلط واستبدال وسرقة النطف والبويضات .

النص على إجبارية الحضور الشخصي للزوجين معا، والحصول على الرضا التام 55والمتطابق للزوجين من اجل ضمان عدم الخروج عن الإطار الشرعي والقانوني لعملية التلقيح الاصطناعي.

نأمل من المشرع الجزائري تنظيم عملية سير ومراقبة المراكز الطبية المرخص لها بإجراء نشاط المساعدة الطبية على الإنجاب، و تحديد مسؤوليتها ومسؤولية الطبيب القائم بالتلقيح الاصطناعي، وهذا حماية للطبيب من جهة وحماية للزوجين والأجنة من جنوح هذا التطور، وأن يجعل هذه التقنية من ضمن الأعمال الطبية المعوض عنها.

تنظيم المسائل المحالة للتنظيم كإتلاف الامشاج

النص على تقنيات ضمن التلقيح الاصطناعي كتجميد البويضات والنطاف .

[21] وهو ما ضمنه ايضا المشرع الجزائري في المادة 374 قص بان منع التداول بغض البحث العلمي في الاجنة الزائدة.....

قائمة المراجع:

الكتب:

أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

صالحي شوقي زكريا، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية مصر، 2001،

الرسائل الجامعية:

سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013،

المقالات العلمية:

- د. أحمد داود رقية، ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد1، العدد10، جوان 2018،
- خالد شبوعات: تحليل المادة 50 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، على ضوء التطورات الطبية الحديثة وقانون الصحة الجديد 18-11، المجلد13 العدد 2، 2021
- زناقي محمد رضا، دلال يزيد، الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18- 11، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد2، 2020.
- فاطمة عيساوي. الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الصناعي بين الزوجين، ، دفاتر السياسة والقانون، المجلد13، العدد2 ، 2021
- يوسف مسعودي ، التلقيح الاصطناعي في قانون الاسرة الجزائري ،مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد1 ، العدد1، 2016،

النصوص القانونية:

- أمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الاسرة، ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005، والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 ،ج ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005
- قانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 29 يوليو سنة 2018، معدل ومتمم بالأمر رقم 20-02 مؤرخ في 30 غشت سنة 2020.

تعديل الجينات الوراثية من أجل تحسين النسل:
"اصطدام الثورة العلمية بالمعايير القانونية والأخلاقية"

Genetic modification for eugenics:
"The scientific revolution clashes with legal and ethical standards"

صليحة حامل
جامعة مولود معمري، تيزي وزو

ملخص:

شكلت الهندسة الوراثية ثورة في عالم الطب منذ ظهورها لأنها تقوم بعملية تعديل صناعي للتركيب الجيني لكائن حي عن طريق التدخل المباشر في العمليات الجينية، وقد لعب التعديل الجيني قبل اعتماده في الطب ومكافحة الأمراض، دورا مهما في الزراعة لمضاعفة المحاصيل الزراعية وتحسين جودتها، فكانت تقنية ناجحة وفعالة في هذا المجال وكثرت إيجابياتها، لذلك تم اعتمادها فيما بعد، في العديد من الأغراض والتطبيقات، كتحسين خصائص الحيوانات، ومكافحة الأمراض، والتجارب العلمية، ويعد استخدام الهندسة الوراثية في الإنسان من أجل تحسين نسله من إحدى تطبيقات هذه الهندسة الوراثية.

لكن، بالرغم من كل ما لهذا الاكتشاف من إيجابيات، إلا أنه فتح الباب أمام التلاعب في طبيعة الجينات البشرية، مما أثار جدلا واسعا بشأن استخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي للكائن البشري وعن مدى التقيد بالضوابط والمعايير الأخلاقية والامتناع عن اللجوء إلى التعديل الجيني لغايات أخرى غير مكافحة الأمراض، والمدى الذي يمكن السماح فيه للعلم بالتلاعب بطبيعة الجينات البشرية من دون أن يؤدي ذلك إلى كارثة قد تهدد استمرار الكائنات الحية بصورتها الحالية.

الكلمات المفتاحية: الهندسة الوراثية، الجينات الوراثية، تحسين النسل، القانون الدولي.

Abstract :

Genetic engineering has been a revolution in the world of medicine since its emergence because it conducts an industrial modification of the genetic composition of an organism through direct intervention in genetic processes. and has played genetic modification before its adoption in medicine and disease control, An important role in agriculture to multiply and improve the quality of agricultural crops has been a successful and effective technique in this area. So it was later adopted, in many purposes and applications, As an improvement in animal characteristics, disease control, and scientific

experiments, the use of genetic engineering in humans in order to improve its offspring is one of the applications of such genetic engineering.

But, despite all the positives of this discovery, it has opened the door to manipulating the nature of human genes and the extent to which ethical regulations and standards are adhered to and refrained from resorting to genetic modification for purposes other than disease control, The extent to which science can be allowed to manipulate the nature of human genes without resulting in a catastrophe may threaten the survival of living organisms in their present form.

Keywords: Genetic engineering, genetics, eugenics, international law.

مقدمة:

شكلت الهندسة الوراثية ثورة في عالم الطب منذ ظهورها لأنها تقوم بعملية تعديل صناعي للتركيب الجيني لكائن حي، وقد لعب التعديل الجيني قبل اعتماده في الطب ومكافحة الأمراض، دورا مهما في الزراعة لمضاعفة المحاصيل الزراعية وتحسين جودتها، فكانت تقنية ناجحة وفعالة، لذلك تم اعتمادها فيما بعد، في العديد من الأغراض والتطبيقات، كتحسين خصائص الحيوانات، ومكافحة الأمراض، والتجارب العلمية، وتعد العمليات التي تجرى على الإنسان من أجل تحسين نسله من إحدى تطبيقات الهندسة الوراثية، حيث تتزايد نسبة استخدامها في الإنسان وأجنته، وأصبحت تنتشر بكثرة، حيث شهد الربع الأخير من القرن الماضي تقدما بارزا في تطبيقات الهندسة الوراثية، وتزايد نسبة استخدامها في الإنسان وأجنته.

ولكن، بالرغم من كل ما لهذا الاكتشاف الثوري من إيجابيات، إلا أنه فتح الباب أمام التلاعب في طبيعة الجينات البشرية، مما أثار جدلا واسعا بشأن استخدام الهندسة الوراثية في المجال الطبي للكائن البشري وطرح إشكاليات عدة، عن مدى التقيد بالضوابط والمعايير الأخلاقية والامتناع عن اللجوء إلى التعديل الجيني لغايات أخرى غير مكافحة الأمراض، والمدى الذي يمكن السماح فيه للعلم بالتلاعب بطبيعة الجينات البشرية من دون أن يؤدي ذلك إلى كارثة قد تهدد استمرار الكائنات الحية بصورتها الحالية. خاصة منها ما يتعلق بتعديل الجينات من أجل تحسين النسل، فهل يمكن أن تجد مثل هذه الممارسات مكانها ضمن جيل رابع من حقوق الإنسان أم أنها تتعارض مع مضامين الأجيال السابقة لحقوق الإنسان، لا سيما حقوق الجيل الأول؟

يعتبر هذا الموضوع بكل أبعاده، ذا أهمية كبيرة في مناقشات المجتمع المدني سواء على المستوى الداخلي للدول أو على المستوى الدولي خاصة في دوائر حقوق الإنسان، فهذه التطورات والتقنيات

والتطبيقات قد تتسبب في انتهاك الكرامة البشرية و التعدي عليها وهضم للحقوق والحريات. ودراسة هذا الموضوع سوف تكون في معالجة عدة نقاط، نتناولها في جزئين:

- يشمل المبحث الأول، مفهوم الهندسة الوراثية، وذلك من خلال تعريفها واستعراض بعض تطبيقاتها، ومن بينها عمليات تعديل الجينات [1] من أجل تحسين النسل، باعتبارها موضوع هذه الدراسة.
- أما المبحث الثاني من هذا الموضوع، فسيعالج مدى توافق عمليات تحسين النسل مع حقوق الإنسان وكرامته، وذلك ببيان موقف القانون الدولي لحقوق الإنسان والشريعة الإسلامية من هذه العمليات.

المبحث الأول

في مفهوم الهندسة الوراثية

تداخلت العلوم البيولوجية مع العلوم الأخرى حتى ظهرت فروعا جديدة استطاعت أن تصبح علما قائما بذاته، وتكمن أهمية هذه العلوم في أنها ذات تأثير مباشر في حياة الإنسان واستمراره، من بينها على سبيل المثال، علم الكيمياء الحيوي، علم المناخ الحيوي، علم الفيزياء الحيوية، علم الأجنة وعلم الخلايا والهندسة الوراثية.

المطلب الأول: ظهور الهندسة الوراثية وتعريفها

تعتبر الهندسة الوراثية ثورة علمية، يعود ظهورها إلى عصرنا الحديث، وتحديدا إلى السبعينيات من القرن العشرين، حيث تم تخليق أول كائن معدل وراثيا بنجاح في عام 1973[2]، وهو البكتيريا، بعد ذلك بدأت تجارب وتعديلات الحمض النووي في التتابع والظهور بشكل أكبر، وبدأ تطبيق هذه التقنيات

---

[1]– الجينات جمع كلمة "جين" وهي عبارة عن مصطلح أجنبي مأخوذ من الكلمة اليونانية "جينوس" GENOS التي تعني الأصل أو النوع أو النسل، و تستعمل للدلالة على حاملات الصفات الوراثية، وهناك من نسب كلمة جين أو جينات " Gene" إلى الأصول الإغريقية ويقابلها في اللغة العربية كلمة "مورثة"، وجمعها "مورثات"، وهي مأخوذة من الفعل الثلاثي "ورث. عن: **طاهري عبد المطلب – النحوي سليمان**، الأطر القانونية المقررة لحماية الخصوصية الجينية في المواثيق الدولية وفي التشريع الجزائري والفرنسي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 01، جوان 2021، ص 2107.

[2]- تمكن بول بيرغ (Paul Berg) المعروف بأبي الهندسة الجينيّة في عام 1973 من دمج جزيئات الحمض النّووي DNA من الفيروس القردي المعروف بـ (SV40) مع DNA لفيروس اللمدا، إلا أنّ طريقته كانت معقدة وصعبة، وفي العام ذاته تمكّن العالمان ستانلي كوهين (Stanley Cohen) وهربرت بوير (Herbert Boyer) من اكتشاف إنزيم يمكنه تحسين طريقة بيرغ وقاما معاً بأول عملية ناجحة لإنتاج كائن حي معدّل وراثياً، إذ نجحا بنقل جين يعمل على تشفير المقاومة للمضادات الحيوية من سلالة من البكتيريا إلى أخرى، مما منحها القدرة على مقاومة المضادات الحيوية بدورها، وبعد عام واحد، استخدم العالمان رودولف يانيش Rudolf Jaenisch وبيتريس مينتز (Beatrice Mintz) إجراءً مشابها في الحيوانات، حيث تمكنّا من إدخال حمض نووي معين الى أجنة الفئران. أنظر: https://ar.wikipedia.org/wiki/

المعملية على الفئران في عام 1974، ثم تبع ذلك تطبيقها على النباتات أيضا،[1] فجاء بعد ذلك دور الإنسان ليكون محلا لهذه التجارب.

بدأت هذه الثورة العلمية باكتشاف العلماء أن الحمض النووي(DNA) وهو المادة الو راثية، بفضل العالمان "جيمس واتسون" و"وفرانسيس كريك" عام 1953 في الكشف عن الشكل الأساسي للحمض النووي "ADN"، الذي أدى فيما بعد إلى التعرف على الكثير من المعلومات حول كيفيه قيامه بحفظ المعلومات الوراثية وكيفيه نقلها من جيل الى آخر.

أدى اكتشاف الحمض النووي (DNA) إلى ظهور علم جديد يسمى "بالهندسة الوراثية" وهو علم يهتم بدراسة التركيب الوراثي للخلية الحية ويهدف إلى معرفه القوانين التي تتحكم بالصفات الوراثية من أجل التدخل فيها وإصلاح العيوب التي تطرأ عليها.[2]

تشمل عبارة الهندسة الوراثية التي تسمى أيضا "هندسة الجينات" أو "التعديل الجيني"، وبالفرنسية "Génie Génitique" وبالإنجليزية "Genetic Engineering"، كلمتين: الهندسة وهي التصميم والتخطيط للوصول إلى هدف معين، والوراثة وهي العلم الذي يهتم بدراسة كيفية انتقال الصفات الوراثية من جيل إلى أخر.[3]

وقد تعددت العبارات في تعريف الهندسة الوراثية . ومنها :

«توجيه المسار الطبيعي لعوامل الوراثة إلى مسار آخر بقصد تغيير واقع غير مرغوب، أو تحقيق وصف مطلوب » .

وهي القدرة على عزل جين من كائن حي ونقله إلى كائن حي أخر وبذلك يتم تخليق نباتات وحيوانات مهجنة جينيا تمتلك الصفات المرغوبة.

ومنها أيضا: «علم يهتم بدراسة التركيب الوراثي للخلية الحية، ويستهدف معرفة القوانين التي تتحكم بالصفات الوراثية ، من أجل التدخل فيها وتعديلها وإصلاح العيوب التي تطرأ عليها».[4]

كما تعرف بأنها: «تشمل كل استخدامات التقنيات الحديثة للتعامل مع الكائن الحي و ذلك بهدف التحكم في إكثارها للاستفادة منها صفات هذا الكائن أو جزء منها أو لإنتاج الكائنات الحية ذات مواصفات معينة كالغذاء والدواء والعلاج الطبي» .[5]

---

[1]– لأكثر تفصيل أنظر: **بولعراس مختار**، المسؤولية المدنية للمنتج عن استخدام الهندسة الوراثية في المنتجات الغذائية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2020، ص 17.

[2]- أنظر: **بولعراس مختار، المرجع السابق، ص** ص 15-17.

[3]– المرجع نفسه، ص 01.

[4]- للمزيد أنظر: **حسان شميسي باشا**، الوراثة والهندسة الوراثية في الجينيوم البشري، مجلة الفقه والعلم، تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف العدد 15/ 1438 هـ - 2017 م، ص 209.

[5]- **بولعراس مختار**، مرجع سابق، ص 15.

وهي: «القدرة على إجراء عمليات التحكم بالصفات الوراثية للكائن الحي عن طريق مجموعة وسائل علمية، تمكن من تعديل وتبديل المادة الوراثية».[1]

وبهذا فالهندسة الوراثية هي إحدى الفروع التطبيقية لعلم الوراثة وهي عملية تعديل صناعية للتركيب الجيني لكائن حي، وتتضمن هذه العمليات نقل الجينات من كائن لآخر ليكتسب الكائن الذي تم نقل الجينات إليه صفات معينة من جينات الكائن الأول، حتى ولو لم يكن بينهما قرابة وراثية . وتُسمى الكائنات التي تم تعديل جيناتها صناعيا "بالكائنات المعدلة وراثيا".

المطلب الثاني: عمليات تحسين النسل نموذجا لتطبيقات الهندسة الوراثية

تستخدم الهندسة الوراثية في العديد من الأغراض والتطبيقات، فإلى جانب الزراعة، وتحسين خصائص الحيوانات، ومكافحة الأمراض، تستخدم كذلك وبشكل أساسي في البحث العلمي.

ويعد استخدام الهندسة الوراثية في الإنسان من أجل تحسين نسله من إحدى تطبيقات هذه الهندسة الوراثية.

ظهرت فكرة تحسين النسل البشري في أواخر القرن 19، حيث قام "فرنسيس جالتون Francis Galton"[2] عام 1883 باستعمال الكلمة الإنجليزية " Eugenics" وهي مشتقة من اليونانية وتعني "النوع الجيد أو النبيل" أو "السلالة الجديدة"، حيث أعد برنامج للتكاثر البشري أسماه علم تحسين النسل.[3]

قام "جالتون" فيما بعد بالتمييز بين نوعين من تحسين النسل:

تحسين النسل الإيجابي: الذي يهدف إلى دعم الخصائص البيولوجية والنفسية والعقلية الإيجابية وتشجيع الأفراد الأكثر كفاءة. وهو التعديل الجيني الجسدي، لتصحيح الخطأ الجيني في خلايا المريض، وهو مسموح به في معظم الدول، وإن لم يكن معتمدا بعد في الجزائر، اللجوء إليه يكون هنا في مواجهة آفات معينة يمكن أن تصيب الإنسان، كأمراض الكبد والسرطان. وقد أظهر التعديل الجيني فاعلية كبرى في هذا المجال، علما أن هذه التغييرات لا تكون موروثة ولا تنتقل إلى الأجيال المقبلة.

والنوع الثاني هو تحسين النسل السلبي: الذي يسعى إلى استبعاد الخصائص البيولوجية السلبية وتقليص إنجاب الأفراد الضعاف وذوي العاهات والعاجزين عن التكيف الاجتماعي.[4] ويتعلق هذا النوع

---

[1]- أنظر: **سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ**، أحكام الهندسة الوراثية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، كلية الشريعة، قسم الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1427هـ، ص 34.

[2]- " فرونسيس جالتون" هو ابن عم العالم "تشارلز داروين" وقد أعد برنامج للتكاثر البشري أسماه علم تحسين النسل، بهدف تحسين الصفات الجسمية والفكرية للأجيال المقبلة. أنظر: **تفاحي فتيحة**، الطب المعاصر: تحسين النسل رهان جديد داخل تقنيات الهندسة الوراثية، مجلة تطوير، المجلد 5، العدد 1، 2018، ص 132.

[3]- المرجع نفسه، ص 131.

[4]- **رحموني نور الدين**، كرامة الإنسان والممارسات البيوطبية والبيوتكنولوجي المعاصرة، مجلة المقدمة للدراسات الإنسانية والاجتماعية، المجلد 06، العدد 01، 2021، ص 226.

بهندسة خلية الخط الجنسي، ولا تزال ممنوعة في بلدان عدة وتحديدا في أوروبا، إذ تتشدد الدول الأوروبية في السماح بها بحجة وجود عوائق أخلاقية وقانونية، ويذكر أنه في هذه الحالة يهدف التعديل إلى تصحيح الخطأ الجيني في الحيوانات المنوية حتى يولد أجنة لا يعانون مشكلات جينية. وتكون هذه التغييرات موروثة.

ويعود السبب في ظهور هذه الفكرة إلى عدة عوامل، منها تأثير نظرية الانتكاس والانحطاط وظهور نظرية داروين وما تركته من آثار في الأوساط العلمية والفلسفية[1]، ونشأة علم الوراثة وظهور التوجهات العنصرية، إضافة إلى تأثير الحركة الاجتماعية والسياسية والإيديولوجية، التي تدافع عن ممارسة تحسين النسل أو إيديولوجية تحسين النسل، وهي حركه كانت تهدف من ورائها الدول الأوروبية إلى تحسين الصحة العامة في ظل الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها القرن 19. [2] فكل هذه العوامل لعبت دور في تبلور فكرة تحسين النسل.

ومن كل ما سبق، يمكن تعريف عمليات تحسين النسل أو التدخل التحسيني بأنه: «العلم الذي يعالج كل المؤثرات التي تحسن النوعية الأصلية للسلالة، أو هو كل تغيير بيولوجي لشخص ما بهدف زيادة الفرص التي قد تؤدي إلى حياة صالحة أو أفضل، والتحسين الجيني هو جزء من تحسين الطبيعة البشرية الذي تنشغل به مجالات معرفية متعددة كالمعالجة الجينية، المنشطات، الشيخوخة، المخ، الأعصاب وغيرها » .

المبحث الثاني

مدى توافق عمليات تحسين النسل مع حقوق الإنسان وكرامته:

هناك من ينادي بضرورة إدراج حقوق عصرية ظهرت حديثا بفضل التطورات العلمية، كتصنيف جديد لحقوق الإنسان، وذلك لضرورة مسايرة ظروف العصر والاحتياجات الإنسانية المستجدة والتي جعلت مضمون حقوق الإنسان يتطور ويتغير، فقد أدى التقدم البيوطبي[3] والبيوتكنولوجي[4] إلى ظهور جملة من الحقوق كانت محل نقاش حاد حول إمكانية إقرارها لكونها قد تشكل مساسا بحرمة جسم الإنسان، ومن بين أهم حقوق الجيل الرابع نذكر الحق في الموت الرحيم (قتل

---

[1]- فقد استلهم جالطون أفكاره من نظريه داروين التي تقر أن الإنسان تطور وارتقى إلى حالته الحالية لأن هناك تغيير يظهر على أجيال النوع خلال سنين طويلة وكل الكائنات تنقرض ما عاد الأصلح منها للبقاء. أنظر: **تفاحي فتيحة**، مرجع سابق، ص 132.

[2]- أنظر: **تفاحي فتيحة**، مرجع سابق، ص 131.

[3]- **البيوطب Biomedical** فهي جميع الممارسة البيوطبية التطبيقات البيولوجية التي تتداخل مع الطب سواء في شقها الحيواني أو الإنساني، مثل الإنجاب الاصطناعي (بمساعدة طبية) والتشخيص المبكر قبل الولادة وإزالة الأعضاء والخلايا والأنسجة. أنظر: **رحموني نور الدين**، مرجع سابق، ص 221.

[4]- **البيوتكنولوجيا Biotechnology** والتي تعني التقانة الحيوية وهي تعبّر عن تطبيق التقنية الحديثة على الكائنات الحية، وهو ميدان جديد للبحث العلمي، يختبر فيها العلماء مجموعة من التكنولوجيات الجديدة وتطبيقها على علوم الحياة، فالبيوتكنوجيا تتيح التعامل مع الكائن الحي على مستويات مختلفة، سواء كان نبات، حيوان أو إنسانا، وكذا الكائنات المجهرية. **المرجع نفسه**، ص 221.

المريض بدافع الشفقة)، الحق في نقل وزرع الأعضاء، الحق في تغير الجنس، الحق في التصرف في المنتجات البشرية ومن ضمنها التلقيح الاصطناعي، الاستنساخ، وتعديل الجينات الوراثية، وهو ما يهمنا في هذه الدراسة، لما لهذه الممارسات العلمية من سلبيات وإضرار بالإنسان، وانتهاكا لحقوقه ولحرياته ومساسا بالكرامة البشرية.

المطلب الأول: تحسين النسل: ضمان لكرامة الإنسان أم إهدار لها؟

يعتقد المدافعون عن عمليات تحسين النسل انه بإمكانهم ان يكفلوا للإنسان المعاصر كرامته من خلال، تحسين الجنس البشري وإخراجه من الأمراض النفسية والفيزيولوجيه والعقلية، حيث أصبحنا اليوم قادرين ليس فقط على انتقاء أطفالنا وذريتهم ولكن تصميمهم إلى الأبد، لكن تحسين النسل بهذه الطريقة المخبرية يعتبر مساسا بحرمة وكرامة من شملهم التحسين أولا، ومن لم يشملهم التحسين كذلك. سيحس كلا من المحسن جينيا والغير محسن بالظلم الوراثي، فسوف لن يرضى المحسن بما سطره له الأبوين، وسوف لن يرضى الغير محسن بالوضع الذي يعيشه من الذل والإهانة والنقص، كونه لا يملك من الصفات التي تمكنه من أن يكون كالبقية المحسنة جينيا.[1]

وهناك مخاوف أيضا من أن تؤدي تقنيات الهندسة الوراثية وتحسين النسل" إلى تمكن الأثرياء من إنجاب أطفال يتمتعون بسمات مرغوب فيها، وهناك شائعات بأن ذلك يحدث بالفعل بشكل سري في أنحاء مختلفة من العالم. في حين لا يمكن الفقراء الاستفادة من هكذا عمليات.[2]

كما أن الفرد المحسن سيتساءل لماذا هو على هذا النحو ولم وليس على نحو آخر أو بالأحرى، أن كان في مقدور والديه الاختيار فلماذا شكلوه على هذا النحو ولم يشكلوه على نحو آخر أحسن أو مختلف؟ بالتالي قد لا يكون راضيا تماما عما وهبه من صفات كطول القامة ولون الشعر ولون العينين ومزاجه وقدراته العقلية...

والسؤال الأكثر خطورة هو ما أدرى الإنسان بأن الصفات التي يختارها لهذا الجنين هي الصفات التي تمكنه من التكيف الأحسن مع المستقبل، كما أن تحسين النسل يعني تحسين إلى الأبد، مما يعني فرض سلطه جيلا على كل الأجيال التي ستليه إذ يمارس كل جيل سلطته على من يخلفه .[3]

وتجدر الإشارة إلى أن الاتجاه الطبيعي للحياة هو أن يفسح كل جيل الطريق للجيل الثاني، أما إذا تمت عمليات تحسين النسل فستتزامن ثلاثة أجيال أو أربعه أو حتى خمسه، مما سيؤدي إلى زيادة عدد للسكان المتواجدين على هذا الكرة الأرضية.

---

[1]- أنظر: **رحموني نور الدين**، مرجع سابق، ص 227.

[2]- أنظر: **أسماء قاسم محمد الشمري، القيم الأخلاقية في ظل العلوم التجريبية المعاصرة (العلوم الطبية والبيولوجية نموذجا)، مجلة بحوث الشرق الأوسط، المجلد 08، العدد 03، ص 284.**

[3]- **رحموني نور الدين**، مرجع سابق، ص 227.

إضافة إلى كل هذا، يعد تحسين النسل شكل جديد للعنصرية التي تهين وتدوس كرامة الإنسان، وهو لا يختلف عما قامت به النازية، حيث أصدر هتلر في 14 جوي 1933 مرسوما حول الصحة والوراثة يتضمن قانون للتعقيم القسري لبعض كالذين يعانون من أمراض وراثية، البلاهة الخلقية، الصرع، وانفصام الشخصية، العمى، الصمم الوراثيين، فضلا عن الناس الذين يعانون من تشوهات خلقية وراثية، بالإضافة إلى المدمنين على الكحول.[1]

وقد أصدرت الولايات المتحدة في الفترة ما بين سنه 1911 و1930، مجموعة من القوانين التي تشجع التعقيم بهدف التخلص من الأفراد الضعاف العاجزين عن التكيف الاجتماعي، كالمختلين عقليا والمجرمين، وسن قوانين أخرى تحد من الزواج المختلط.[2]

المطلب الثاني: تحسين النسل في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان وفي القوانين الداخلية

سنتعرض لأبرز الجهود المكرسة لحماية السلامة الجسدية والعقلية للإنسان والمتمثلة في المؤتمرات والإعلانات الدولية، من جهة، وموقف التشريعات الوطنية (المشرع الجزائري نموذجا)، وقبل ذلك الحكم الشرعي لعمليات تحسين النسل.

بالنسبة للحكم الشرعي لعمليات تحسين النسل: فإن نصوص القرآن والسنة لا تصادم أصالة البحث العلمي في مجال الهندسة الوراثية والجينوم، بل إن الله أمر الإنسان بالبحث في أسرار خلقه محفزا له، بدليل قوله تعالى: " فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنسَٰنُ مِمَّ خُلِقَ، خُلِقَ مِن مَّآءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ". **(سوة الطارق – 5-7)**.[3]

وقد رفض الفقهاء فكرة النظر إلى الإنسان كما ينظر إلى الحيوان والنبات، أي اعتباره كمادة قابلة للتجريب أو التصنيع دون مراعاة الجانب الإنساني والروحي فيه، في حين أن الله استخلفه في الأرض وسخر كل شيء لخدمته وأكرمه بالتكليف والعقل والمعرفة ، فهو إذا ليس آلة تصنع لإنجاز أعمال معينة، وليس بضاعة تنتج وفق مواصفات محددة لتلبية الطلب وهذا ما يؤكده قوله عز وجل: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلا". **سورة الإسراء ،الآية 70.**

- فالإنجازات العلمية التي تهدف إلى الوقاية من الأمراض الخطيرة والوراثية والمحتملة، والتي تعالج الأمراض المستعصية، أو تعدل من التشوهات الخَلْقية، أو تنتج مواد بيولوجية وهرمونات يحتاجها جسم الإنسان، هذه الأبحاث جائزة شرعا، لما تؤدي إليه من الحفاظ على صحة الإنسان.

- أما الأبحاث التي تهدف إلى إنشاء بنوك للجينات، تتضمن الشفرات الجينية الوراثية للإنسان، لا بد من خضوعها لضوابط علمية وأخلاقية، تجنبا لاختلاط الأنساب، وحفاظا على الأسرار الشخصية.

---

[1]- **تفاحي فتيحة**، مرجع سابق، ص 133.

[2]- **المرجع نفسه**، ص 133.

[3]– راجع كذلك: سورة الذاريات،الآيات 20-21 . و سورة فاطر، الآيات 20- 21.

- بينما الأبحاث والتجارِب التي تهدف، إلى تغيير خلق الله، والأبحاث التي تهدف إلى تمييز عنصر بشري على آخر - والتي تضرر بالنفس أو بالعقل أو بالنسل فهذه تخرج عن كونها أبحاثا علمية، وتنتمي إلى أعمال الفساد في الأرض، وتعتبر من العبث الشيطاني الذي تتعين مقاومته، وإنزال العقاب بمرتكبيه، والتحذير من مخاطره.[1] لقوله تعالى: " لَعَنَهُ اللَّهُ ۘ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا". **(سورة النساء -118-119).**

أما في المواثيق الدولية، فقد لجأ المجتمع الدولي إلى وضع مجموعة من التدابير والقوانين الدولية تكفل حقوق الأفراد وحرياتهم، و تعتبر الاتفاقيات والإعلانات الدولية الحجر الأساسي لحماية حقوق الإنسان على المستوى الدولي كونها الأسلوب الفعال لتوحيد الجهود الدولية، ووسيلة أساسية للدول لإفراغ ما تتمخض عنه من قواعد ومبادئ في تشريعاتها الداخلية.

ومن بين أهم الصكوك والمواثيق الدولية التي تناولت موضوع الهندسة الوراثية وتطبيقاتها كالاستنساخ، نقل الأعضاء، نقل الأنسجة البشرية وتحسين النسل. ما يلي:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[2] باعتباره أول وثيقة عالمية تناولت حق الإنسان في الحياة، فبالرغم من أنه لم يقدم صيغه صريحة واضحة حول تحسين النسل، لكن عندما نشاهد ما نصت عليه المادة الأولى منه، المتعلقة بالكرامة ندرك حينها أن عمقها هو إنسانيه الإنسان، حيث يعتبر جسم الإنسان العلامة المميزة للإنسانية وليس مجرد عقله أو إدراكه أو قدرته على حرية الاختيار.[3] و أشارت المادة 3 كذلك على أنه لكل فرد الحق في الحياة، ويعد هذا الحق أقدس الحقوق التي خلق من أجلها الإنسان. وانطلاقا من هذا فإن الحفاظ على جسم الإنسان ومكوناته العضوية والحيوية، وعدم المساس بها، ولو بتعديلها يعتبر جوهر حقوق الإنسان. كما أشارت المادة 25 أيضا انه لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية، ويشمل ذلك التغذية والملبس والمسكن والعناية الطبية، ويمكن أن ندرج تحسين النسل ضمن ما تحدثت عنه هذه المادة، لأنه متعلق باستمرار حياة البشر.

---

[1] – **محمد جبر الألفي**،"الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجينيمن منظور إسلامي"، منظمة الفقه المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة العشرون، الرياض، 1433 هـ – 2012م، ص 10. متاح على موقع شبكة الألوكة: www. Alukah. Net.

[2] – راجع: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف (د-3)، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، متوفر على:
https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/ .

[3] – إن الاقتصار على الجانب العقلي والإرادي في الإنسان ينكر الطبيعة الإنسانية على من يفقد شعوره أو إدراكه أو عقله لفترة طالت أو قصرت، ومن هنا يجب التأكيد على أن جسم الإنسان جزء لا يتجزأ منه. عن: **المكي دراجي**، زراعة الأعضاء وحقوق الإنسان"دراسة في الفكر والنشأة"، مجلة البحوث والدراسات، العدد 22، السنة 13، 2016، ص 177.

- كما نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966[1]، على حقوق جوهرية خاصة بشخص الإنسان، كحقه في الحياة، وسلامة جسده وحقه في الحماية، مما يتوافق مع ما ورد في الإعلان العالمي لنقل الأعضاء والأنسجة البشرية، حيث أشارت المادة 06 منه إلى أن الحق في الحياة، ملازم لكل إنسان وعلى القانون أن يحمي هذا الحق ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفا.

- أشار العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[2] أيضا، في المادة 12 منه، إلى أن الدول الأطراف في هذا العهد، تقر بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه.

وبهذا نستنتج أن كلا العهدين تناولا الكرامة الإنسانية واعتبرتها أساسا لحقوق الإنسان، ولهذا جاءت الدعوة صريحة من أجل المحافظة على صحة الإنسان، وأن تبذل الدول في ذلك قصار جهدها قصد تحقيق ذلك.

- نذكر كذلك إعلان هلسنكي لنقابة الأطباء الدولية عن المبادئ الأخلاقية في مجال الأبحاث الطبية التي تشمل التجريب على الإنسان، الصادر في هلسنكي بفنلندا في جوان 1964، إذ تعتبر مبادئ وقواعد الجمعية الطبية العالمية من أهم الوثائق الدولية التي أرست مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان، سواء في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي عام 1964، أو في مختلف الاجتماعات التي تلته، والتي أتت بتعديلات على هذا الإعلان، مثل اجتماع طوكيو في أكتوبر 1975، وفي فينيسيا - إيطاليا: أكتوبر 1983، ثم في هونج كونج: ديسمبر 1989، وفي جنوب إفريقيا: أكتوبر 1996، وأخيرا في إدنبرة-اسكتلندا: أكتوبر 2000 .[3]

- الإعلان العالمي لحماية الجينوم البشري[4]، الصادر عن الخبراء الحكوميين بمنظمة اليونسكو عام 1997، الذي يعتبر أول وثيقة دولية رسمية تناولت العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان، وتضمن العديد من الضوابط القانونية والأخلاقية للحفاظ على كرامة الإنسان، وضمان حقوقه المشروعة، وتحقيق المساواة بين بني البشر. وقد تضمن 25 مادة، تنظم تجارب البحث العلمي المتعلق

---

[1]– اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسي، وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د-21)، المؤرخ في 16 ديسمبر1966، ودخل حيز النفاذ في 23 مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49 منه. متاح باللغة العربية على: http://hrlibrary.umn.edu/arab/b003.html

[2]– اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بموجب لائحة الجمعية العامة رقم 2200 في دورتها 21 المؤرخة في 16 ديسمبر 1966، ودخل حيز التنفيذ في 03 جانفي 1976، طبقا للمادة 2 منه. متاح باللغة العربية على: http://hrlibrary.umn.edu/arab/b002.html

[3]– أنظر: **طاهري عبد المطلب – النحوي سليمان**، مرجع سابق، ص 2114.

[4]– اعتمد الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، بالإجماع خلال الدورة التاسعة والعشرين للمؤتمر العام لليونسكو المنعقدة بتاريخ 11 نوفمبر 1997، وفي السنة التالية، صادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على الإعلان. متاح على: http://www.libya-unesco.org/dyn/wp-content/uploads/2012/07/Declaration-Human-Genome-Human-Rights-GC29-1997.pdf

بالهندسة الوراثية والجينوم البشري، وتحظر الممارسات التي تصادم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والكرامة الإنسانية لأي فرد أو جماعة.

- الإعلان الدولي المتعلق بالبيانات الوراثية البشرية لسنه 2003، والذي يعد مكملا للإعلان العالمي للمجين البشري وحقوق الإنسان لعام 1997، تناولت المادة الأولى منه كفالة احترام الكرامة الإنسانية وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في عملية جمع ومعالجة واستخدام وحفظ البيانات الوراثية البشرية، ووجوب اتفاق هذه العمليات مع القانون الدولي لحقوق الإنسان بصفة خاصة.[1]

- الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان لسنة 2005، الذي يعترف بأهمية حرية البحث العلمي والمنافع المستمدة من التطورات العلمية والتكنولوجية، ويؤكد على ضرورة أن يندرج هذا البحث وهذه التطورات، في إطار المبادئ الأخلاقية المعترف بها دوليا، وهو ما أكدته المادتين 02 و03 منه.[2]

- عالج المؤتمر الدولي الرابع عشر للقانون الجنائي، المنعقد بالنمسا في 1989، مسألة القانون الجنائي والتقنيات الطبية الحديثة، ونتج عن هذا المؤتمر مجموعة من التوصيات أهمها ما تضمنته التوصية رقم 06، والتي جاءت تحت عنوان التدخلات الطبية الماسة بالجين البشري، حيث أوصى المؤتمر باستهداف قواعد قانونية خاصة لتنظم عمليات اللجوء للتحاليل الجينية واستخدام البيانات الناتجة عنها، و إدراج عقوبات جنائية لحماية البيانات الجينية من أي مساس غير مشروع ،كما أكدت على وجوب تجريم عمليات الاستنساخ البشري وحظر الاختبارات التي تستهدف إلى دمج وتهجين الخلايا البشرية مع الخلايا الحيوانية.[3]

- تناول كذلك مؤتمر مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية، المنعقد باليابان عام 1990، موضوع علم الوراثة والأخلاق والقيم الإنسانية، و رسم خريطة للمجين البشري وتقصي الوراثة ومعالجه الجينات، وقد نتج عن هذا المؤتمر وثيقة بثمانية بنود أساسية تمحورت كلها في وضع مجموعة من القواعد الأخلاقية في مجال البحوث والتجارب العلمية، التي تجعل من المجين البشري موضوعا لها.[4]

- أكدت عدة وثائق دولية أخرى على المحافظة على الكرامة الإنسانية منها:

الاتفاقية الدولية لإلغاء جميع أشكال التمييز العنصري لسنه 1965[5]، واتفاقيه مناهضة التعذيب والعقوبات والمعاملات القاسية وغير الإنسانية والمهينة لسنه 1984[1]، إعلان فيينا لسنه 1993، الذي

1- متاح على: http://www.unesco.org/confgen/2003/genetic

2- اعتمد الإعلان العالمي بشأن أخلاقيات علم الأحياء وحقوق الإنسان، في المؤتمر العام لليونسكو، خلال دورته الثالثة والثلاثين المنعقدة في باريس، بتاريخ 20أكتوبر 2005. متاح باللغة العربية على: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_ara

3- أنظر: **طاهري عبد المطلب – النحوي سليمان**، مرجع سابق، ص 2114

4- عن: **المرجع نفسه**، ص 2115

5- اعتمدت الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 ديسمبر 1965، دخلت حيز النفاذ في 4 يناير 1969. متاحة باللغة العربية على: http://hrlibrary.umn.edu/arabic/CERD-info.html

نص حق كل شخص في التمتع بفوائد التقدم العلمي وتطبيقاته وتقدمه، خاصة في الطب البيولوجي وعلوم الإنسان وتكنولوجيات المعلومات، كما دعا هذا الإعلان إلى التعاون الدولي لضمان الاحترام الكامل لكرامة الإنسان وحقوقه، منظمة الصحة العالمية إعلانا، وإعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر في 2005.[2]

- أصدرت أيضا عن المنظمات الإسلامية والثقافية والطبية، توصيات عديدة تدعو إلى احترام الحياة الإنسانية، وحق الفرد في الاحتفاظ بصفاته الوراثية، وتجريم البحوث والتجارب التي تسعى إلى تحسين السلالات البشرية، وخلط خلايا الإنسان بخلايا حيوانية أو نباتية، ومراعاة سرية المعلومات الوراثية الشخصية، ومنع أي تمييز بين البشر على أساس الصفات الوراثية، من هذه المنظمات: المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت (1419ه)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة (1418ه) [3] ، و المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي (1422ه).

أما على المستوى الإقليمي، يمكن ذكر ما يلي:

- تناول ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، الذي بدأ العمل به في ديسمبر 2000، ضرورة احترام كرامة الإنسان وسلامته البدنية والعقلية، عند إجراء الأبحاث الطبية.[4]

- جاء الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان الصادر عن منظمة الدول الأمريكية، بنص المادة 11 منه، التي تتحدث عن الحق في الصحة والرفاهية، حيث اعتبرت أنه لكل شخص الحق في المحافظة على

---

[1]- اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 39/ 46، المؤرخة في 10 ديسمبر 1984، ودخلت حيز النفاذ في 26 جوان 1987 وفقا للمادة 27 منها. متاحة على:
https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading

[2]- أصدرت الجمعية إعلانا بشأن استنساخ البشر، اعتمد ونشر على الملأ، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 280/59، المؤرخ في 8 آذار/مارس 2005.

[3]- إثر قرار المؤتمر الإسلامي الثالث عشر لوزراء الخارجية المنعقد في مدينة نيامي بجمهورية النيجر في الفترة من 3 إلى 7 ذي القعدة 1402 هـ، الموافق من 22 إلى 26 آب 1982 م، تم إنشاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

[4]- تناول هذا الميثاق فصلا كاملا عن الكرامة، وهو الفصل الأول الذي نصت المادة الأولى منه على: "الكرامة الإنسانية مقدسة، ويجب احترامها وحمايتها". وتناولت المادة 2 الحق في الحياة، إذ نصت على:

"1- كل شخص له الحق في الحياة.

2- لا يحكم على أي شخص بعقوبة الإعدام أو يتم إعدامه."

أما المادة 3 فقد شملت حق الشخص في السلامة، وذلك بنصها على:

"1- لكل شخص الحق في احترام سلامته البدنية والعقلية.

2- في مجال الطب وعلم الأحياء – يجب احترام ما يلي على وجه الخصوص:

-الموافقة الحرة والمعلومة للشخص المعني – طبقاً للإجراءات التي يضعها القانون،

- حظر الممارسات التي تتعلق بتحسن النسل – وخاصة تلك التي تهدف إلى انتقاء الأشخاص،

- حظر جعل جسم الإنسان وأجزائه مصدراً للكسب المالي،

-حظر الاستنساخ التناسلي البشري."

صحته عن طريق الإجراءات الصحية الاجتماعية التي تتعلق بالغذاء الملبس المسكن والرعاية الطبية إلى الحد الذي تسمح به الموارد العامة وموارد المجتمع.[1]

- تناول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنه 1981[2]، في المادة 16 منه، حق كل شخص في التمتع بأفضل حالة صحية بدنية وعقلية يمكنه الوصول إليها، وتتعهد الدول الأطراف في هذا الميثاق باتخاذ تدابير اللازمة لحماية صحة شعوبها وضمان حصولها على العناية الطبية في حاله المرض.

وعن موقف التشريعات الوضعية من الهندسة الوراثية: فقد لجأت العديد من الدول، ومن بينها الجزائر إلى استحداث قوانين خاصة أو تعديل بعض تشريعاتها قصد وضع ضوابط قانونية تنظم استعمال التجارب الطبية وتجريم الأفعال تمس بكرامة الإنسان.

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم يتناول موضوع الهندسة الوراثية والتجارب العلمية الحديثة بالمفهوم العلمي الواسع، اللهم ما تناوله قانون 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، في المادة 17 منه، التي أشارت إلى استعمال العينات البيولوجية لغير الأغراض المنصوص عليها في القانون[3] كإساءة استعمال العينات البيولوجية المتحصل عليها واستخدامها لغير الأغراض القضائية أو ضمن إجراءات التعرف على الأشخاص أو مجهولي الهوية.[4]

أما قانون الصحة رقم 18-11، ففيه قصورا في التناول التشريعي، وغياب تقنين بعض الأعمال الطبية كنظرية الموافقة المستنيرة والمعروفة قانونا وطبا حول العالم أجمع، وغياب النصوص القانونية المنظمة لعمليات الجراحة التجميلية والتحسينية وعمليات التحول الجنسي...، [5] رغم أن أغلب قوانين العالم تعمل نظمت مثل هذه الأعمال الطبية.

وعلى العموم، يمكننا القول بأن التطور المذهل في مجال البحث والتقنية أدى بمختلف التشريعات إلى وضع إطار أخلاقي لممارسة البحوث الطبية، وخاصة في مجالات الهندسة الوراثية، ونقل الأعضاء، والتخصيب باستخدام الوسائل الحديثة، والاستفادة من العلاج بأجزاء الحيوان المحوّر جينيّا، وغير ذلك.

---

[1]- عند إنشاء الدول الأمريكية لمنظمتها الإقليمية بتاريخ 30 أفريل 1948، أصدرت الإعلان الأمريكي لواجبات وحقوق الإنسان، أنظر: **صدوق عمر**، مرجع سابق، ص 124.

[2]- تم اعتماد الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18، في نيروبي بكينيا، في جوان 1981. http://hrlibrary.umn.edu/arab/a005.html

[3]- وقد حددت المادة الأولى من القانون 16-03 الغرض الذي من أجله يتم استعمال العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية، وذلك بنصها على أن الاستعمال لا يكون إلا لغرض قضائي أو ضمن إجراءات التعرف على الأشخاص أو مجهولي الهوية.

[4]- تعرف المادة 6/02 من هذا القانون العينات البيولوجية بأنها "عبارة عن أنسجه أو وسائل بيولوجيه تسمح بالحصول على بصمة وراثية" وقد تحددت هذه المادة العقوبة المقررة في هذه الحالة وهي الحبس من 06 إلى 03 سنوات، وبغرامة مالية تقدر من 100000 الى 300000 دينار جزائري. راجع القانون رقم 16-03، المؤرخ في 14 رمضان عام 1437 ، الموافق 19 يونيو سنة 2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرّف على الأشخاص . ج ر ج ج عدد 37، الصادر في 122 جوان 2016.

[5]- راجع القانون رقم 18 -11، المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، تعلق بالصحة، ، ج ر ج ج العدد 46، الصادر في 29 جويلية 2018.

وتجريم إجراء اختبارات بقصد التأثير في الخصائص الوراثية للجنس البشري، وتجريم الاعتداء على جسم الإنسان بتوزيع أو تعديل أحد الأعضاء أو الخلايا أو منتجات الجسم الإنساني، بالتالي تقرير عقوبات محددة على مثل هذه الممارسات غير الأخلاقية.[1]

يبدو بعد كل ما تقدم، أن الهندسة الوراثية وعمليات تحسين النسل على وجه الخصوص، تتعارض مع ما الشرائع ومختلف المواثيق الدولية، إذا ما مست بإنسانية الإنسان وكرامته. فوحده الاستعمال العلاجي هو الذي يتوافق مع مضامين هذه المواثيق والقوانين.

الخاتمة:

تعد التكنولوجيا والتقنيات العلمية الجديدة المستعملة في الأبحاث والممارسات البيوطبية والبيوتكنولوجية المعاصرة، سلاح ذو حدين، فبالقدر الذي أعانت الإنسان في استعادة أجزاء كبيرة من كرامته المهدورة، بالقدر الذي أتاحت الفرصة لهدر قدر كبير من كرامته هذه، فالمخاوف التي تحيط باستخدام الهندسة الوراثية ليست ثانوية، لذلك فإن ما نحتاجه الآن هو قواعد معقولة وقابلة للتنفيذ حول كيفية الاستفادة من إيجابيتها وتجنب سلبياتها الخطيرة، ومن أجل ذلك نقترح جملة من **التوصيات :**

- لابد أن تخضع التجارب العلمية المستحدثة لرقابه دولية تشرف عليها لجان مختصة، تبت في مدى صلاحيتها للاستخدام ونسبه فائدتها و ضررها.
- ضمان الحماية والتأمين على الأخطاء التي قد ترد على التجارب العلمية.
- لا بد أيضا، من إتباع القانون الأخلاقي ليكون همزة وصل بين التطبيقات العلمية وكل ما يستجد فيها من الأبحاث وبين حياه الإنسان ومصيره.
- توفير البدائل من العينات التي تخضع للتجريب في المختبرات العلمية والإشراف عليها، وعدم تعريض الإنسان لهذا النوع من التجارب، لما يتمتع به الإنسان من كرامة وهبها إياه الله تعالى.
- على الدول الإسلامية دخول مضمار الهندسة الوراثية بإنشاء مراكز للأبحاث ومؤسسات علمية في هذا المجال، تتوافق مع الشريعة الإسلامية، من أجل مواجهة الهيمنة العالمية - غير المسلمة - على المكتشفات العلمية، واستحواذها على تقنيات الثورة البيولوجية،
- يتوجب على المشرع الجزائري وضع قانون مستقل أكثر وضوحا يشمل جميع صور الاعتداءات الواقعة على الجينات البشرية، كما فعلت كثير من التشريعات المقارنة والاستفادة من تجارب الدول المتقدمة في هذا المجال.

[1]– خاصة بعد أن قامت بعض هذه المراكز بتجارب طبية على القرد الأخضر ونقل بعض جيناته إلى الإنسان، مما أدى إلى ظهور مرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز)، وانتشاره بدرجة تهدد البشرية، إضافة إلى إجراء تجارب غير أخلاقية على الأجنة والأطفال والنطف ... حتى وصلت إلى إجراء تجارب غير معلنة لاستنساخ البشر. أنظر: **محمد جبر الألفي**، مرجع سابق، ص 21.

- وأخيرا وهو الأهم، متابعة من يخالف النصوص الدولية المختلفة المتعلقة بالتجارب العلمية، خاصة منها إعلان العالمي لحماية الجينوم البشري لعام 1997، أمام المحكمة الجنائية الدولية، لمحاكمته بتهمة ارتكاب جريمة ضد الإنسانية.

قائمة المراجع

المقالات العلمية:

- **أسماء قاسم محمد الشمري**، القيم الأخلاقية في ظل العلوم التجريبية المعاصرة (العلوم الطبية والبيولوجية نموذجا)، مجلة بحوث الشرق الأوسط، المجلد 08، العدد 03، ص ص 271-288.

- **بولعراس مختار**، المسؤولية المدنية للمنتج عن استخدام الهندسة الوراثية في المنتجات الغذائية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2020، ص 17.

- **تفاحي فتيحة**، الطب المعاصر: تحسين النسل رهان جديد داخل تقنيات الهندسة الوراثية، مجلة تطوير، المجلد 5، العدد 1، 2018، ص ص 129-140.

- **حسان شميسي باشا**، الوراثة والهندسة الوراثية في الجينيوم البشري، مجلة الفقه والعلم، تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف العدد 15/ 1438 هـ - 2017 م، ص 209.

- **رحموني نور الدين**، كرامة الإنسان والممارسات البيوطبية والبيوتكنولوجي المعاصرة، مجلة المقدمة للدراسات الإنسانية والاجتماعية، المجلد 06، العدد 01، 2021، ص ص 219-230.

- **سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ**، أحكام الهندسة الوراثية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، كلية الشريعة، قسم الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعو د الإسلامية، الرياض، 1427هـ، ص 34.

- **طاهري عبد المطلب – النحوي سليمان**، الأطر القانونية المقررة لحماية الخصوصية الجينية في المواثيق الدولية وفي التشريع الجزائري والفرنسي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 01، جوان 2021، ص 2107.

م- **محمد جبر الألفي**،"الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجينيمن منظور إسلامي"، منظمة الفقه المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة العشرون، الرياض، 1433 هـ – 2012م، ص ص 01-29.

المكي دراجي، زراعة الأعضاء وحقوق الإنسان"دراسة في الفكر والنشأة"، مجلة البحوث والدراسات، العدد 22، السنة 13، 2016، ص ص 171-184.

المواثيق الدولية:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217، مؤرخ في 10 ديسمبر 1948، متاح على: https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/ .

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسي، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200، المؤرخ في 16 ديسمبر1966، دخل حيز النفاذ في 23 مارس 1976. متاح باللغة العربية على: http://hrlibrary.umn.edu/arab/b003.html

- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المعتمد بموجب لائحة الجمعية العامة رقم 2200 في دورتها 21، المؤرخة في 16 ديسمبر 1966، دخل حيز التنفيذ في 03 جانفي 1976. متاح باللغة العربية على:
http://hrlibrary.umn.edu/arab/b002.html

- الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان، معتمد بالإجماع خلال الدورة التاسعة والعشرين للمؤتمر العام لليونسكو المنعقدة بتاريخ 11 نوفمبر 1997. متاح على:
http://www.libya-unesco.org/dyn/wp-content/uploads/2012/07/Declaration-Human-Genome-Human-Rights-GC29-1997.pdf

- الإعلان العالمي بشأن أخلاقيات علم الأحياء وحقوق الإنسان، اعتمد في المؤتمر العام لليونسكو، خلال دورته الثالثة والثلاثين المنعقدة في باريس، بتاريخ 20 أكتوبر 2005. متاح باللغة العربية على:
https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_ara

- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، اعتمدت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 ديسمبر 1965، دخلت حيز النفاذ في 4 يناير 1969. متاحة باللغة العربية على:
http://hrlibrary.umn.edu/arabic/CERD-info.html

- اتفاقيه مناهضة التعذيب والعقوبات والمعاملات القاسية وغير الإنسانية والمهينة، اعتمدت من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 39/ 46، المؤرخة في 10 ديسمبر 1984، دخلت حيز النفاذ في 26 جوان 1987. متاحة على:
https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading

- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان، اعتمد من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18، في نيروبي بكينيا، في جوان 1981. http://hrlibrary.umn.edu/arab/a005.html

النصوص التشريعية:

- القانون رقم 16-03، المؤرخ في 14 رمضان عام 1437 ، الموافق 19 يونيو سنة 2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرّف على الأشخاص . ج ر ج ج عدد 37، الصادر في 122 جوان 2016.
- القانون رقم 18 -11، المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، تعلق بالصحة، ج ر ج ج العدد 46، الصادر في 29 جويلية 2018.

حق المريض في رفض العلاج: تجسيد لحق الشخص في سلامة جسده

The patients right to refuse treatment : embodies the person'sright to bodily integrity

د/ ڤنيف غنيمة

جامعة مولود معمري تيزي وزو

ملخص:

بهدف إعادة التوازن للعلاقة الطبية وتجسيدا لحق الشخص في سلامة جسده ولتدعيم حرمة جسم الإنسان. منحت التشريعات للمريض مكانة في إتخاذ القرار الطبي مكرسة حق المريض في رفض العلاج الذي يعدّ وجها آخر للديمقراطية في الوسط الطبي. إلى جانب حقه في الموافقة الحرة و المتبصرة فبل القيام ياي تدخل طبي

الكلمات المفتاحية:

التدخل الطبي، القرار الطبي، حرمة جسم الإنسان، رفض، الاجبار،

Abstract:

With the aim of restoring balance to the medical relationship and embodying the person's right to the integrity of his body, legislation granted the patient a position in medical decision-making, denouncing the patient's right to refuse treatment, which is considered another example of democracy in the medical community.

Keywords:

Medical intervention, medical decision, sanctity of the human body, refusal, coercion,

مقدمة:

عرف الوسط الطبي لحقبة طولية من الزمن سيطرة مبدأ السلطة الأبوية للطبيب في اتخاذ القرار الطبي .وهو مبدأ جعل العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة غير متوازنة، فيها يقرر الطبيب كون المريض جاهل بأصول مهنة الطب. لكن ثغرات وأخطاء الأطباء من جهة وكذا تطور مفهوم حق الشخصي في سلامة جسده وحقه في الاستقلالية من جهة أخرى، جعل المريض يطالب برد الاعتبار إلى مكانته في هذه العلاقة وجعله صاحب القرار الطبي المتعلق بصحته وان جهله بمقتضيات علم الطب وجب إزالتها بتقرير حقه في التبصير أو الإعلام فيل اتخاذ أي قرار طبي سواء بالموافقة أو الرفض.

فإذا كانت الموافقة المسبقة على إتخاذ القرار أو ما يعرف بحق المريض من الرضا عرف إهتماما تشريعيا وقضائيا معتبرا كونه إحدى شروط الترخيص بالتدخل الطبي والتي تجعل تدخل الطبيب مشروعا ومرخصا به قانونا ، فبالمقابل يعد حق المريض في رفض العلاج صورة أخرى لإحترام إرادة المريض وشكل من أشكال احترام حرمة جسم الإنسان وعدم المساس به **فإلى أي مدى يمكن للمريض رفض العلاج ؟**

المبحث الأول

احترام إرادة المريض في رفض التدخل الطبي

إن احترام حرمة جسم الإنسان تقتضي أن يكون للمريض مشاركة إيجابية في إتخاذ القرار الطبي فقد يوافق على التدخل الطبي، وقد يرفضه وهو ما كرسته النصوص القانونية **(مطلب أول) التي لازمت لطبيب بالقيام بجملة من الإجراءات في مواجهة المريض الرافض للعلاج (مطلب ثاني) .**

المطلب الأول

تكريس حق المريض في رفض العلاج

كرست النصوص القانونية حق المريض في رفض العلاج **(فرع أول)** وهو ما جسده القضاء ودعمه الفقه **(فرع ثاني)** .

الفرع الأول

رفض العلاج حق قانوني

لم يتوان القانوني في التكريس الصريح لحق المريض في رفض التدخل الطبي تعزيزا لمكانته في اتخاذ القرار الطبي، فمن جهته المشرع الجزائري ومن أول تنظيم للصحة من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها[1]، أشار إلى إمكانية رفض المريض للعلاج مشترطا أن يقدم تصريحا كتابي لهذا الغرض كما ألزم الطبيب بأن يخبر المريض أو الشخص المخول بإعطاء الموافقة بمخاطر رفض العلاج[2]،

نضمت ايضا مدونة أخلاقيات الطب [3] حق المريض في رفض العلاج الطبي كما قام المشرع من خلال قانون الصحة لسنة 2018 [4]، بتأكيد حق المريض في رفض العلاج.

بتضح من مجمل هذه النصوص القانونية إعتراف المشرع الجزائري بحق المريض في رفض العلاج غير أنه أصّر كثير على ضرورة حصول الطبيب على تصريح كتابي من الرافض درءا لكل مسؤولية عنه في حين كان من المفروض إلزام الطبيب بالبحث عن دواعي الرفض إلتي ربما تعود إلى قلق وخوف وعدم استعداد المريض نفسيا للتدخل.

نظم من جهته المشرع الفرنسي حق المريض في رفض العلاج سواء في تقنين أخلاقيات الطب أو قانون 04 مارس 2002[5]، التي أكدت حق المريض في معارضة تنفيذ العلاج، و يعتبر هذا تقريرا لحق المريض في الرضا وإدخال للديمقراطية في المجال الطبي وصيغة أو مظهر آخر من مظاهر احترام إرادة المريض في التدخل الطبي.

الفرع الثاني

التدعيم القضائي والفقهي لحق المريض في رفض التدخل الطبي

إن القضاء الفرنسي جسد وقي عدة مواقف حق المريض في رفض العلاج ، حيث لم يقم المسؤولية

1- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأول عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير 1985، يتعلق لحماية الصحة وترقيتها ، ج.ر عدد 08-، الصادر في 17 فبراير 1985، ملغى

2- راجع المادة 4/154 من ق.ح.ص.ت

3- مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 8 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد 52 لسنة 1992.

4- قانون رقم 18-11، المؤرخ في 2 جويلية 2018، يتضمن قانون الصحة، ج.ر عدد 46، الصادر بتاريخ 2 جويلية 2018، معدل ومتمم.

5- loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative au droits des malades et la qualité du système de santé jo du 4 mars 2002, consulter le lien suivant http//www.legifrance.gouve.fr

الجنائية للطبيب الذي لم يقدم مساعدة لمريض في خطر احتراما لحقه في رفض التدخل الطبي[1]،كما أن محكمة الجنايات ومن خلال القرار القضائي المؤرخ في 6 مارس 1981، لم يساءل الطبيب الذي انصاع بسهولة لرفض المريض للتدخل الطي مكتفيا لوصف دواء مهدأ عوض القيام بتدخل طبي جراحي رفضه المريض[2]، وفي سابقة قضائية أخرى أقر القضاء الفرنسي عدم إمكانية إجبار المريضة للخضوع لعلاج رفضه[3]،

حظى هذا التكريس القانوني والتجسيد القضائي بتدعيم فقهي كبير مستندين إلى معصومية جسم الإنسان وحرمته وكذا كرامة المريض كلها مبادئ دستورية تمنح للمريض حق اتخاذ القرار الطبي وهو من تسمح تقديم جسمه للعلاج أو لأي تدخل من جانب الطبيب باعتباره صاحب السلطة[4]، كما استند آخرون[5]، إلى الحرية والذاتية و الاستقلالية التي تعد إحدى المبادئ الأساسية التي تقوم عليها أخلاقيات مهنة الطب.

فالمريض حر في اختيار طبيبه وحر في قبول أو رفض العلاج فهي مبادئ تجعل المريض في المقام الأول فهو سيد القرار الطبي بغض النظر عن ما بترتب عن هذا القرار.وذهب آخرون [6]، أبعد من ذلك احترام حق المريض في رفض العلاج ولو كان ذلك استنادًا لحرية العقيدة.

المطلب الثاني

التزامات الطبيب في مواجهة المريض الرافض للعلاج

يجب على الطبيب وتحقيقا لشرط الرفض المتبصر أن يقوم بإعلام المريض ومحاولة إقناعه **(فرع أول)**، مما يعني أنه لا يرضخ للرفض بسهولة. لينتهي في الأخير إلى الحصول على دليل كتابي يثبت هذا الرفض. **(فرع ثاني)**

1-Cass.Crim, 3 juillet 1969 in DEBER NARDINIS Christophe, les droits du malade hospitalisé, heures de France, paris, 2006, p 98.

2-ce 6 mars 1981, arrêt pech in DOSDAT Jean-Claude, le consentement au traitement médicale, revue francaise de droit administratif, N°3, Dalloz, France , mai-juin , 2003, p 528

3-Civ 2e 19 mars 1997 in THERON Sophie, Regards critiques sur une modalité ambivalente de soin, éd Dalloz, paris, 2014, p 215.

4- صاحب ليديا، "علاقة الطبيب بالمريض،الخضوع، التبصير أو التوافق"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 2، 2010، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

5- مأمون عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 64.

6- عصام أحمد محمد، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1986، ص 165.

الفرع الأول

تحقيق شرط الرفض المتبصر

إن المشرع الجزائري ألزم الطبيب بإعلام المريض بمخاطر رفض العلاج [1]، فبعد رفض المريض للعلاج وجب على الطبيب إحاطته علما بالنتائج التي ينجر عن خياراته وتخص هذه المعلومة العواقب المتوقعة في حالة الرفض، كمخاطر ترك المرض يتطور ليكون للمريض مجالا لتقدير ايجابيات وسلبيات ومخاطر رفضه للعلاج [2]،

لا ينصاع الطبيب بسهولة لرفض المريض للتدخل العلاجي الذي ولاربما يعود إلى قلقه وخوفه وحالته النفسية بل لابد أن نستفسر منه أسباب الرفض ويحيطه علما بكل مخاطر عدم الإقدام عليه كونه الرفض عن دراية وعلم كافي ووافي. اذ يعد انصياع الطبيب ورضوخه السهل لرفض المريض للعلاج إهمال وتقصير في أداء مهامه [3].

الفرع الثاني

الفرع الثاني

تجسيد الرفض في محرر مكتوب

يجب أن يفرغ رفض المريض للعلاج في محرر مكتوب وهذا ما أكده قانون الصحة من خلال نص المادة 344 منه [4]، **كي يدرأ** الطبيب أية مسؤولية عنه. لأنه في حالة النزاع هو الملزم باثبات قيامه بالإعلام. لذا كان ولابد أن يمضي المريض على وثيقة يثبت من خلالها رفضه عن دراية وعن كامل وعي وإدراك وهو إجراء يحقق هدفين أولهما حماية الطبيب وثانيهما تبيه المريض بخطورة ما هو مقدم عليه ولاربما يعدل عن رفضه.حيث يظهر هذا المحرر المكتوب للمريض بأن الأمور جدية وهو ما قد يدفعه للتراجع كما أنه دليل بحوزة الطبيب يستدل به لإثبات محاولة إقناعه للمريض وإصرار هذا الأخير على الرفض.

المبحث الثاني

إجبار المريض على الخضوع للتدخل الطبي تسمو إرادة الطبيب على إرادة المريض وهذا بتقرير وترخيص من القانون، الذي وفي سبيل وصول الطبيب لتجسيد رسالته من مهنة الطب وهي حماية

1- راجع المادة 357 من قانون الصحة

2- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن العمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 133.

3- صحراوي فريد، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود ومسؤولية، كلية الحقوق، لن عكنون، جامعة الجزائر، 2005، ص 57.

4- راجع المادة 166 من قانون الصحة.

المريض والمجتمع منح له سلطات وحقوق تجعله يرجح مصلحة المجتمع من خلال إخضاع المريض لأعمال طبية وقائية **(مطلب أوّل)**، وأخرى علاجية ضاربا عرض الحائط إرادة المريض الرافض للعلاج التدخل الطبي **(مطلب ثاني)**.

المطلب الأول

إخضاع المريض لأعمال طبية وقائية

يبذل الطبيب كل عناية الصادقة والمتّفقة مع الأصول العلمية المكتسبة والمتّفق عليها في سبيل علاج المريض وهذا ما يضمن له حريّة في اختيار العلاج الذي يراه مناسبا للحالة الصحية للمريض **(فرع أوّل)** وكذا حقه في فرض العلاج الذي يوصله إلى تحقيق هدفه في علاج المريض أو وقايته من الأمراض دون أن يعير إرادة المريض أي اعتبار **(فرع ثاني)**.

الفرع الأوّل

إجبارية بعض الفحوصات الطبية

إن إجراءات الوقاية الصحية هي من الحالات التي يتعيّن على الطبيب التدخل لعلاج مريضه ويباشر بذلك بعض الأعمال الطبيّة دون شرط الحصول على رضائه أو احترام إرادته تحقيقا بذلك للمصلحة العامة خوفا من تفشي أمراض معدية قد تلحق به وبمن حوله من الأفراد المحيطين به. تفوق المصلحة العامة للمجتمع في اتقاء الأمراض والأوبئة كل مصلحة خاصة للفرد في عدم الخضوع للتدخل الطبي، فيجب بالتالي إهدار هذه المصلحة الخاصة للفرد تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع[1].

ولأنّ رسالة الطبيب اجتماعية إنسانية، فإنّ مصلحة المجتمع أولى من مصلحة الفرد وهي ما منحت له بتقرير من القانون حق فرض أعمال طبية سواء وقاية في سبيل وقاية المجتمع من الأمراض أو علاجية تهدف إلى حماية المجتمع وتقليص دائرة المرض مثل **الفحوصات الإجبارية كفحص طب العمل** عند اتخاذ هذا الشكل من أشكال الممارسات الطبية لا عبرة بذلك برضا الخاضعين له أو حتى رفضهم لذلك أي الطب المدرسي يتصف بالمشروعية بدون توافر رضا الخاضع لهذا النوع من الطب الوقائي

كما نجد **والفحص الطبي قبل الزواج والفحص الطبي لرجال القوات المسلحة و الفحص الطبي بطلب من القضاء** تجد هذه الحدود فياحترام حق المريض في رفض العلاج أساسه في أنّ الحريّة الفردية تتلاشى أمام سلامة الدولة التي توجب المحافظة على سلامة جنود الوطن[2].

1- سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 27.

2- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004 ، ص 132.

كما قد يتطلب الأمر لإثبات جريمة وإسنادها إلى شخص معين أو تحديد مسؤولية المتهم إجراء الطبيب بعض الفحوصات الطبية على المتهم بناءا على تعليمات المحقق أو القاضي لمعرفة ما إذا كان مصابا بمرض عقلي وما إذا كانت يوجد به إصابات أو آثار مقاومة أو آثار نتيجة الجريمة كسائل منوي أو سيلان في جرائم الاعتداء على العرض وغير ذلك ولا عبرة في ذلك بمرافقة المتهم أو الحصول على رضائه وذلك في سبيل تحقيق العدالة والوصول إلى الحقيقة.

من قبيل الأعمال الطبية التي قد تأمر بها السلطة العامة ولا فائدة فيها للاعتراض أو الرفض هو تشريح جثة المتوفي لغرض الوصول إلى الحقيقة. إذ يتم تشريح[1] جثث ضحايا الجرائم والحوادث بغرض الوقوف على الأسباب الحقيقية للوفاة وهو في إطار الطب الشرعي تتم بقوة القانون ولو اعترض عليه صاحبه أثناء حياته ولا يحتاج إلى موافقة الأقارب.

الفرع الثاني

إجبارية التطعيم ضد الأمراض

تفرض الدولة بعض أنواع التطعيمات الإجبارية ضد الأمراض الوبائية التي تعتبر الوقاية منها أقل تكلفة من علاجها[2]. فالسكان يخضعون للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية.

نظّم المشرع الجزائري إلزامية التطعيمات في عدّة نصوص[3] من خلالها يمكن تقسيم التطعيمات الإجبارية إلى تطعيمات إجبارية مرتبطة بالسّن. وأخرى مفروضة على بعض فئات المجتمع في حين تفرض بعض التطعيمات بمقتضى قرار وزاري.

1- التشريح في اصطلاح الطب وعلم الأحياء يطلق على ثلاث عمليا مختلفة في هدفها رغم تشابهها في الشكل ولذلك فعند ترجمة مصطلح التشريع إلى اللغة الفرنسية نجده يترجم إلى ثلاثة مصطلحات مختلفة:

1- التشريح anatomie: هو العلم الذي يهدف إلى دراسة بنية الجسم وعلاقة الأعضاء بعضها ببعض.

2- التشريح Dissection: هي العملية التي تسمح بفضل الأعضاء عن بعضها بطريقة منهجية وتعزيتها بغرض دراستها.

3- التشريح Autopsie: هو اختبار كل جزء من أجزاء الجثة بهدف تحديد سبب الوفاة. نقلا عن شتوان بلقاسم، التشريح الطبي وحقوق الإنسان في الإسلام، مداخلة في الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، أيام 9 و 10 أفريل 2008، ص 190 .

2- قدري محمد محمود، الحماية القانونية المدنية للمريض، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، الدراسات العليا، جامعة القاهرة، 2015،ص 115

3- أهم هذه النّصوص هي: مرسوم رقم 69-88 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1969، يتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، جريدة رسمية، عدد 53، صادرة بتاريخ 5 ربيع الثاني عام 1289 الموافق لـ 20 يونيو سنة 1969 معدّل بالمرسوم رقم 85-282 مؤرّخ في 29 صفر 1406 الموافق لـ 12 نوفمبر 1985، يعدّل المادتين الأولى والرابعة من المرسوم رقم 69-88، ج ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1985، وكذلك قرار

المطلب الثاني

إجبار المريض على التدخل الطبي العلاجي

يخضع المصاب ببعض الأمراض التي قد تلحق أذى بالنظام العام للعلاج الإجباري، وأهم الحالتين هما: **العزل الصحي لمصاب بمرض معدي (الفرع الأول)** و الاستشفاء الإجباري **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

العزل الصحي للمصاب بمرض معدي

يلزم القانون على كل الأطباء أن يخبروا المصالح والسلطات الصحية بكل مرض معد ولو كان المريض هو الذي أفضى وأسر لهم بذلك أو إذا تم تشخيص هذا المريض من طرفهم ومعاينة وجوده وفي حالة عدم تبليغهم بذلك للجهات المختصة والمعنية ولو بحجة الحفاظ على السر المهني، فإنهم يتعرضون لعقوبات ذات طابع إداري وأخرى ذات طابع جزائي وفقا لمقتضيات القانون.

يعتبر اتخاذ الاحتياطات ضد العدوى قديمة العهد، فقد كان مفروضا منذ القدم على المصابين بالجذام أن يعزلوا في مكان خاص لا يخرجون منه إلا بشروط خاصة في أن يغطوا رؤوسهم وأن يحملوا في أيديهم أجراسا يدقونها طول الطريق حتى يعرف الناس بمقدمهم فكانوا يضعون لهم الطعام على صخر ما في طريقهم ويبتعدون وبهذه الوسيلة كان هؤلاء التعساء يحصلون على طعامهم وكان الجذام هو تقريبا المرض الوحيد الذي كان يعرف القدامى عداوته ويتقونه على هذا الشكل[1].

إذ تنص المادة 60 فقرة 2 من قانون الصحة العامة على ما يلي: «**... ويمكن أن يفرض العزل الصحي على الشخص المصاب بمرض معد أو المضنون إصابته به كما يمكن إن دعت الضرورة إتلاف الأشياء أو المواد التي انتقلت إليها العدوى ولا يترتب على هذا الإجراء أي تعويض**».

لذا فيجب على الطبيب أن يعلم فورا المصالح الصحيّة المعنيّة بأيّ مرض معد شخصه وإلاّ سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائي.

مؤرخ في 05 رمضان 1417 موافق لـ 14 يناير 1997 يحدّد جدول التلقيح المضاد لبعض الأمراض المتنقلة، ص 39، ج ر عدد 36 لـ 01 جوان 1997، وكذلك قرار مؤرخ في 20 محرم عام 1421 الموافق لـ 25 أفريل 2000، يتعلّق بالتلقيح ضد إلتهاب الكبد الحموي ب، ص 27، ج ر عدد 39 لـ 04 جويلية 2000، وكذلك قرار مؤرخ في 30 جمادى الثانية عام 1428 الموافق لـ 15 يونيو 2007، يحدّد جدول التلقيح الإجباري المضاد لبعض الأمراض المتنقلة، ص 36، ج ر عدد 75، لـ 02 ديسمبر 2007.

1- قدري محمد محمود، الحماية القانونية المدنية للمريض، مرجع سابق، ص 151.

الفرع الثاني

الاستشفاء الإجباري للمريض عقليا

اعتنى المشرع الجزائري بفئة المرضى المصابين بأمراض عقلية حيث أورد ثلاث فصول ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها في الباب الثالث يحمل عنوان الصحة العقلية.

وضح فيها الإجراءات والتنظيمات التي تخص حالات التدخل لعلاج هذه الفئة من المرضى. إذ يسمح للسلطات الإدارية بالاستشفاء الإجباري للمريض عقليا، حينما يشكّل خطرا على الغير بدون طلب من هؤلاء، ذلك أنّه من قبيل الحالات المخلّة بالنظام العام ومصالح الغير [1]

لا يلتزم الطبيب في مثل هذه التدخلات الطبيّة بالحصول على رضا المريض ولا يعتدّ برفضه الخضوع لها، لأنّها ذات طابع إجباري، وتهدف إلى تحقيق مصلحة مزدوجة، هي المصلحة الفردية للمريض ومصلحة المجتمع منعا لعدوى هذه الأمراض. هكذا فإنّ الضرورات الاجتماعية تفرض أحيانا المساس بحق الشخص على بدنه[2]، كإخضاعه وهذا كلّه حماية لمصلحة عامة جديرة بالاحترام.

الخاتمة:

عرف المجال الطبي تطور عدة مفاهيم سواء مفهوم حرمة جسم الإنسان وكذا احترام إرادة المريض وحتى توازن العلاقة الطبية. إذ لم يعد الطبيب سيد القرار الطبي بل أضحت للديمقراطية تطبيق حتى في مجال العلاقة بين الطبيب والمريض بالرغم مما يعرف عنه هذه المهنة من فنية وتعقد.

ولاحظنا بأن مفهوم رفض المريض للعلاج بدأ بأخذ أبعادًا كثيرة ومتشعبة قد تمس بمصلحة المجتمع في بقاء أفراده بصحة جيدة ذلك ان عدة مفاهيم ظهرت في التشريعات الغربية مثل التعليمات المسبقة وحق إنهاء الحياة تتناقض مع قيم المجتمع الجزائري لكن قد تتأثر بها من خلال الترويج لها عبر وسائل الإعلام والاتصال المختلفة لذلك نوصى بما يلي:

- التأطير الصارم لحق المريض على رفض العلاج.
- إلزام الطبيب بإقناع المريض والتأكد من فهمه لمخاطر الرفض.
- حماية حق المجتمع في حرمة جسم الإنسان.

1- DOPONT (M), ESPER (C), PAIRE (C) droit hospitalier, 3eme édition, Dalloz, Paris, 2001. p344

2- حمود حمبلي،حقوق الإنسان بين النظم الوضعية و الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1995 ، ص 29.

قائمة المراجع

باللغة العربية:

أولا: الكتب

1- حمود حمبلي،حقوق الانسان بين النظم الوضعية و الشريعة الاسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1995

2- سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

3- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004

4- عصام أحمد محمد، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1986.

5- مأمون عبد الرشيد، رضا المريض عن العمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

6- ــــــــــــــــــ، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

ثانيا: مذكرات الماجستير:

1- صحراوي فريد، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود ومسؤولية، كلية الحقوق، لن عكنون، جامعة الجزائر، 2005.

ثالثا: المقالات

1-صاحب ليديا، "علاقة الطبيب بالمريض،الخضوع، التبصير أو التوافق"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 2، 2010، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

رابعا: النصوص القانونية والتشريعية

- **النصوص التشريعية**

1- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأول عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير 1985، يتعلق لحماية الصحة وترقيتها ، ج.ر عدد 08-، الصادر في 17 فبراير 1985، ملغى

2- قانون رقم 18-11، المؤرخ في 2 جويلية 2018، يتضمن قانون الصحة، ج.ر عدد 46، الصادر بتاريخ 2 جويلية 2018، معدل ومتمم.

- النصوص التنظيمية:

1- مرسوم رقم 69-88 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1969، يتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، جريدة رسمية، عدد 53، صادرة بتاريخ 5 ربيع الثاني عام 1289 الموافق لـ 20 يونيو سنة 1969 معدّل بالمرسوم رقم 85-282 مؤرّخ في 29 صفر 1406 الموافق لـ 12 نوفمبر 1985، ج ر عدد 47، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1985 .

2- مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 8 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد 52 لسنة 1992.

- **باللغة الفرنسية**

- **Ouvrages :**

1- DOSDAT Jean-Claude, le consentement au traitement médicale, revue française de droit administratif, N°3, Dalloz, France , mai-juin , 2003.

2- NARDINIS Christophe, les droits du malade hospitalisé, heures de France, paris, 2006

3- THERON Sophie, Regards critiques sur une modalité ambivalente de soin, éd Dalloz, paris, 2014.

- **texte juridique**

1- loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative au droits des malades et la qualité du système de santé jo du 4 mars 2002, consulter le lien suivant http//www.legifrance.gouve.fr

التلقيح الاصطناعي: آلية طبية للمساعدة على الإنجاب- تجميد الأجنة نموذجا

Artificial insemination: Medical Mechanism for Assisting Reproduction - Frozen Embryos Model

د/إقرشاح فاطمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة مولود معمري، تيزي وز

ملخص:

نتج عن تفشي ظاهرة العقم في وسط أغلب المجتمعات ضرورة التدخل الطبي لمساعدة الأزواج على الإنجاب، حيث تبنت الدول الغربية التلقيح الاصطناعي لحل هذا المشكل إلاّ أن الدول الإسلامية لم تتبنى هذه التقنية إلا مؤخرا خوفا من اختلاط النسب..الخ، وهو الشيء الذي أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة (أمر رقم 05-02) من خلال إجازته للتلقيح الاصطناعي وتحديد شروطه القانونية.

إلاّ أن قانون الصحة لم ينص على هذا الإجراء الاستثنائي إلا مؤخرا من خلال القانون رقم 18- 11 الذي استحدث من خلاله آليات المساعدة الطبية على الإنجاب، الذي يشمل كل التقنيات العلمية للإنجاب من بينها التلقيح الاصطناعي....الخ، بناء على، ذلك تدخل المشرع الجزائري لتنظيم عملية المساعدة على الإنجاب(التلقيح الاصطناعي عن طريق الأجنة...) من حيث الشروط المتعلقة بالعملية وبالطاقم الطبي وتكريس حماية خاصة لها.

الكلمات المفتاحية: المساعدة الطبية على الإنجاب، التلقيح الاصطناعي ، تجميد الأجنة، تجميد البويضات.

Abstract :

The prevalence of infertility in most societies has resulted in the need for medical intervention to help couples procreate. Western countries have adopted artificial insemination to solve this problem. However, the Islamic States have only recently adopted this technique for fear of mixed lineage. (Order No. 05-02) by authorizing IVF and establishing its legal requirements.

However, the Health Act only recently provided for this extraordinary measure through Act No. 18-11, which introduced mechanisms for medical assistance in reproduction, covering all scientific techniques for reproduction, including IVF, etc., on the basis of the Algerian legislature ' in terms of the conditions relating to the operation and the medical staff and devoting special protection to it.

Keywords: Medical assistance for reproduction ; artificial insemination ; frozen embryo ; freeze eggs.

مقدمة:

نتج عن تفشي ظاهرة العقم في وسط أغلب المجتمعات ضرورة البحث عن طرق أخرى للمساعدة على الإنجاب، إذ توصلت العلوم والأبحاث الطبية الحديثة إلى اكتشاف تقنيات أكثر حداثة تعتمد على وسائل اصطناعية في عملية الإنجاب ، وهو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي .

حيث تبنت المجتمعات الغربية هذه التنقية في البداية نتيجة كونها تتماشى مع ثقافتها الاجتماعية وديانتها، بعدها اعتمدت الدول العربية هذه التقنية مؤخرا من بينها الجزائر وذلك ما يترتب عنها من انعكاسات سلبية على المجتمعات الإسلامية لاسيما اختلاط النسب..الخ ، وهو الشيء الذي يتطلب تأطير هذه التقنية من مختلف جوانبها القانونية والشرعية والطبية.

الجدير بالذكر، أن التلقيح الاصطناعي يتخذ عدة صور وهو الشيء الذي أدى بنا من خلال مداخلتنا معالجة تقنية تجميد الأجنة كصورة من التلقيح الاصطناعي الخارجي للمساعدة على الإنجاب، والحفاظ على الإستقرار العائلي[1] ،وذلك بناء على الإشكالية التالية : **نطاق تدخل المشرع الجزائري في تنظيم عملية تجميد الأجنة على وجه يكفل فغالبة تطبيقها عمليا وأداء دورها في المساعدة على الإنجاب؟**

لمعالجة هذه الإشكالية انتهجنا المنهج الوصفي والتحليلي وذلك من خلال دراسة الموضوع الموضوع من زاوية الضوابط القانونية لعملية تجميد الأجنة (المبحث الأول)، والحماية المكرسة لعملية تجميد الأجنة (المبحث الثاني).

1-بلحاج العربي، المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة المحكمة العليا ،عدد 01، 2014.

المبحث الأول: الضوابط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي عن طريق تجميد الأجنة

التلقيح الاصطناعي عن طريق تجميد الأجنة يعتبر إجراء استثنائي يعالج العقم المثبت طبيا عند الأزواج، لكن معالجة هذا المشكل الذي يؤثر على الاستقرار العائلي لا يجب أن يكون على حساب اختلاط الأنساب، على هذا الأساس تدخل المشرع الجزائري لتنظيم هذه العملية الطبية ، و تبني عملية التلقيح الاصطناعي والمساعدة الطبية على الإنجاب، و عليه، أصبح من الضروري تحديد المقصود بعملية تجميد الأجنة (المطلب الأول)، و تماشيا لخصوصية هذه العملية وارتباطها بمسألة النسب جعل المشرع الجزائر ي يضع شروط قانونية لإجازة العملية سواء كانت تلك المتعلقة بالعملية بحد ذاتها أو المرتبطة بالطاقم الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالتلقيح الاصطناعي: تجميد الأجنة

نتج عن تعقيد عملية تحديد التعريف الدقيق للتلقيح الاصطناعي الذي تعقد معقدة بحد ذاتها من جهة وتعدد صورها من جهة أخرى، ضرورة إبراز المقصود بالتلقيح الاصطناعي بصفة عامة و في شكل تجميد أجنة بصفة خاصة (الفرع الأول)، بعدها يجب تحديد المقصود بهذه التقنية في التشريع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالتلقيح الاصطناعي –تجميد الأجنة

تعددت التعاريف الفقهية المقدمة للتلقيح ا لاصطناعي بمختلف صوره فهناك من عرف على أنه : " عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بيضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة، سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أو تم خارجها ثم أعيدت البيضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها، بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه بالطريق العادي" [2].

أما الجانب الآخر من الفقه يرى أن التلقيح الاصطناعي عبارة عن : " الجمع بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب " [3]،وهنا من عرفه على أنه تلقيح اصطناعي خارجي يتم فيه تلقيح البويضة من المرأة خارج جهازها التناسلي بماء الذكر

- نقلا عن: د/زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، 2الجزائر، 2010- ص 14.

3- المرجع نفسه، ص 15.

بعدها تعاد البويضة إلى رحم المرأة ، وعليه، تعد هذه التقنية طريقة استثنائية للإنجاب لا يمكن اللجوء إليها إلاّ عند وجود مبرر طبي ، لأن الجماع هو الأصل في عملية الإنجاب من جهة [4]،

أما بشأن عملية تجميد الأجنة فيقصد بها وضع البويضة المخصبة بالحيوانات المنوية للزوج في ثلاجة أو غرف كيميائية صغيرة تستخدم مادة النيتروجين السائل لتبريدها تحت درجة حرارة 20 تحت الصفر قصد إيقاف نموها،وعندما يريد الأطباء استعمالها يرفعون درجة الحرارة تدريجيا فتعود لها الحياة مرة أخرى في ظرف 12 ساعة ثم يعاد زرعها في الرحم تحت رقابة الهيئة الطبية المختصة [5].

ما تجدر الإشارة إليه، أنه يجب التمييز بين عملية تجميد البويضات وتجميد الأجنة لأنه طبيا هناك اختلاف جوهري،

-تجميد البويضات تعد عملية تجميع البويضات من المبيض وتجميدها وتخزينها لاستعمالها في المستقبل.

-أما تجميد الأجنة فهو عبارة عن تخصيب البويضات بالحيوانات المنوية للزوج، وتنشئتها لتصبح أجنة، ثم تجميده وتخزينها لحين الرغبة في الحمل في المستقبل.

الفرع الثاني: المقصود بالتلقيح الإصطناعي -تجميد الأجنة - في القانون الجزائري

إن المشرع الجزائري لم ينص على تقنية التلقيح الاصطناعي كآلية للمساعدة على الإنجاب في قانون الصحة القديم القانون رقم 85- 05[6] ، بل اكتفى بإجازة هذه التقنية في قانون الأسرة رقم 05-02[7] وذلك من خلال الإشارة إلى التلقيح الاصطناعي ، وذلك لارتباطها بمسألة النسب (لتجنب اختلاط الأنساب)، حيث نصت المادة 45 مكرر : " ***يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي،***

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

3-أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الإصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011،ص26-27

5-شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، 2011ص29.

- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج عدد 08، صادر في 176فبراير1985

- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27فبراير2005،يعدل ويتمم القانون رقم 84-11المؤرخ في 9يونيو 1984، المتعلق بقانون 17الأسرة، ج.ر.ج.ج عدد 15 ، صادر في 27 فبراير 2005.

-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."

من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري لم يعرف أيضا التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة لسنة 2005، بل اكتفي بتجديد الشروط القانونية لهذه التقنية من جهة، وإجازة التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري من جهة ثانية .

مما تقدم، لقد تنبأ المشرع الجزائري لهذا الفراغ القانوني لاسيما في قانون الصحة السابق ، حيث نص صراحة في قانون الصحة الجديد رقم 18-11[8] آليات المساعدة على الإنجاب من بينها التلقيح الاصطناعي من خلال تقنية تجميد الأجنة، وذلك من خلال استحداث قسم خاص (القسم الثالث) يتضمن المساعدة الطبية على الإنجاب، والذي من خلاله يكون المشرع الجزائري أجاز آليات الإنجاب خارج المسار الطبيعي من جهة، إن استعمال المشرع لمصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب كان لأجل تعريف أشمل ، بحيث أدرج فيها كل التقنيات المتعلقة بالإنجاب من بينها التلقيح الاصطناعي من جهة ثانية.

وعليه، يكون المشرع الجزائري نص على مختلف آليات المساعدة الطبية بما فيها التلقيح الإصطناعي من خلال تجميد الأجنة وذلك وفي أحكا المادة 370 من القانون رقم 18-11 السالف الذكر والتي تنص على: " ***المساعدة الطبية على الإنجاب في نشاط طبيعي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا.***

وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي."

من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري عرف المساعدة الطبية بصفة عامة والتي تشمل كل طرق الإنجاب، على أنها المساعدة على الإنجاب خارج المسار الطبيعي، دون أن يقد تعريف خاص

8-قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 29 يوليو 2018،(ملغى).

لعملية التلقيح الاصطناعي لاسيما عن طريق تجميد الأجنة. وعليه، كان على المشرع الجزائري وضع تعريف خاص بكل تقنية على وجه يكفل تحديد المفاهيم الدقيقة لها، لاسيما أمام تفشي ظاهرة العقم في الدول العربية مؤخرا وفي الجزائر خاصة [9].

المطلب الثاني: الشروط القانونية لعملية تجميد الأجنة

تشدد المشرع الجزائري في الشروط الواجب توافرها لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي –تجميد الأجنة- وذلك نتيجة كونها من العمليات الطبية الأكثر تعقيدا وذات آثار خاصة ، لذا يشترط أن تتم في وفق الشروط المرتبطة بالعملية من جهة (الفرع الأول)، وأن تتم وفق الشروط والضوابط المتعلقة بالطاقم الطبي والمؤسسة الصحية المختصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالعملية

قيد المشرع الجزائري عملية التلقيح الاصطناعي عن طريق تجميد الأجنة بمجوعها من الشروط القانونية سواء تلك المذكور في المادة 45 مكرر من الأمر 05-02[10] أو تلك الواردة في القانون 371 من القانون رقم 18-11 [11] والتي تتمثل فيما يلي :

أولا: أن يكون الزواج شرعيا

اشترط المشرع الجزائري أن تتم عملية تجميد الأجنة قائمة على أساس رابطة زوجية صحيحة وذلك لمنع اختلاط الأنساب من جهة ، واعتبارها طريقة للمساعدة على الإنجاب عند تعذر الإنجاب الطبيعي عند الزوجين. وهو الشيء الذي أكدت عليه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة السالف الذكر.

ثانيا: تقديم طلب كتابي من طرف الزوجين:

يشترط للاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب وفق أحكام المادة 371 من القانون رقم 18-11 السالف الذكر ضرورة تقديم الزوجين للطلب وهما في سن الإنجاب وعلى قيد الحياة يعانيان من العقم المؤكد طبيا. الملاحظ أنه، على الزوجين تأكيد هذا الطلب بعد شهر (1) من تاريخ استلامه من قبل الجهة المعنية.

9- الجدير بالذكر، أن استعمال المشرع الجزائري لمصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب كان لأجل تقديم تعريف أشمل ، بحيث أدرج فيها كل التقنيات المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي.

10- انظر المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02، المذكور سابقا.

11-انظر المادة 371 من القانون رقم 18-11، المذكور سابقا.

ثالثا: أن يتم التخصيب بالحيوانات المنوية للزوج وبويضة رحم الزوجة

يتضح من خلال هذا الشرط أن عملية تجميد الأجنة يجب أن تتم بمني الزوج وبويضة الزوجة اللذان يعانيان من العقم، و ذلك أنه لا يجوز اللجوء إلى الأم البديلة في عملية التلقيح الاصطناعي. وهو ما أكد عليه المشرع الجزائر ي في المادة 371 من القانون رقم 18-11 السالف الذكر،على أنه :" .....**لا يمكن اللجوء فيهما إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضات الزوجة دون سواهما، مع استبعاد أي شخص آخر...."**

مما تقدم، نجد أن قانون الأسرة لسنة 2005 سبق ضبط عملية التلقيح اللإصطناعي وتحديد شروطها القانونية، مقارنة بقانون الصحة لاسيما القانون 85-05 الملغى الذي لم يتبنى أصلا تقنية التلقيح الاصطناعي، واستمرت الوضعية إلى غاية سنة 2018 أين ترتب على تبني المشرع الجزائري آليات المساعدة على الإنجاب و والتي من خلالها تم تحديد الشروط الخاصة بالعملية هذا من جهة، من جهة أخرى نجد أن تحديد قانون الأسرة لشروط التلقيح الاصطناعي كان من زاوية تنظيم النسب ومنع اختلاط الأنساب فقط.

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالهيئة الطبية

حدد المشرع الجزائري مجموعة من الشروط الخاصة بالطاقم الطبي المكلف بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي -تجميد الأجنة، وذلك بهدف مراقبة مدى احترام المعايير الصحية لإنجاز هذه العملية المعقدة التي تتطلب إمكانيات مادية وبشرية عالية.، ومن أهم هذه الشروط نجد:

أولا: الحصول على الترخيص

يشترط على المراكز والمخابر المختصة بعملية التلقيح الاصطناعي بصفة عامة الحصول على الترخيص الإداري من الهيئات المختصة، وذلك بعد توافر الشروط القانونية والإمكانيات المادية والبشرة للقيام بالعملية [12].

ثانيا: إشراف لجنة طبية مختصة معتمدة على العملية

في إطار مراقبة عملية إجراء تجميد الأجنة والتلقيح الاصطناعي بصفة عامة ضرورة إشراف طاقم طبي معتمد على العملية، والتي حددها المشرع الجزائري في المادة 372 من القانون رقم 18-11 السالف

12-تنص المادة 372 من القانون رقم 18-11، المذكور سابقا:*" تتم الأعمال العيادية و البيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك."*

الذكر، والذي يشمل الممارسين المعتمدين لهذا الغرض يمارسون العملية في مؤسسات صحية أو مخابر مرخص لها من طرف وزير الصحة [13]. ومنه، يكون الهدف من هذا الإجراء مراقبة الممارسين لهذه العملية من الكفاءة ومدى احترامها للمعايير الصحية، وهو الشيء الذي أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 373 من القانون رقم 18-11 [14].

المبحث الثاني: الحماية المكرسة لعملية التلقيح الاصطناعي عن طريق تجميد الأجنة

تثير مسألة مدى توفير المناخ الملائم لنجاع عملية التلقيح الاصطناعي – تجميد الأجنة كإجراء استثنائي للحصول على الإنجاب، لاسيما أن العملية تتطلب مؤهلات عالية لدى الطاقم الطبي المؤهل لذلك التي سوف تتدخل في مجال الممارسة الطبية وفق قواعد البيو أخلاقية ، وذلك من خلال التقيد بالمعايير العالمية عند تجميد الأجنة التي تضمن الحماية الكافية لأزواج(المطلب الأول)، إلى جانب ذلك فإن تحقيق الحماية الشاملة في هذا الشأن يشمل أيضا الأجنة الزائدة التي يجب تحديد مصيرها لما قد يترتب عن ذلك مستقبلا من جهة، ومن زاوية أخرى يقع على عاتق الطبيب ضرورة التقيد بالتزامات خاصة سيما الحيطة والتبصير في هذا الشأن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: توفير المناخ الصحي لعملية تجميد الأجنة

تتميز عملية تجميد الأجنة بالتعقيد الدقة مما يتطلب ضرورة تقيد الطاقم الطبي بالمعايير العالمية الصحية لنجاح العملية وتحقيق غاية الأزواج في الإنجاب ، وذلك بداية من المرافقة الطبقية للعملية على مستوى مختلف مراحلها(الفرع الأول)، وذلك إلى جانب التقيد بالمعايير العالمية المتعلقة بشروط التجميد(الفرع الثاني).

الفرع الأول : التقيد بالمراحل المقررة علميا لتجميد الأجنة

تعد مسألة ممارسة عملية تجميد الأجنة وفق مراحله الأساسية من أهم الالتزامات المهنية التي تقع على عاتق الهيئة الطبية المكلفة بالعملية على وذلك بداية من:

-استخراج البويضات الصالحة للإخصاب بعد تخصيب المبيض عن طريق حقن الزوجة بهرمون مثل

13-انظر المتدة 373 من القانون رقم 18-11 ، المذكور سابقا.

14- تنص المادة 373 من القانون نفسه، ***" يجب أن تتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال...."***

هرمونات مثل هرمون HCG [15]

-بعدها تتم عملية استخراج الهرمون المنوي للزوج فغالبا هنا الطبيب المشرف على العملية يلتزم باختيار الحيوانات المنوية الجيدة الصالحة للإخصاب، والملاحظ أن الطبيب في هذه المرحلة يلتزم بمعاملة السائل المنوي بالحيطة والحذر لاختيار الحيوانات المنوية الجيدة [16]

- بعد ذلك تعمل الهيئة الطبية بالجمع بين الحيوانات المنوية والبويضات حيث تليها مباشرة بعدها مرحلة تجميد هذه البويضات، لكنه يجب التأكد من حدوث الإخصاب الذي يتم من خلال وضع البويضات والحيوانات المنوية في أنابيب الاختبار بعدها يتم إخراجها في حوالي 24 ساعة إلى 48 ساعة لفحص الإخصاب [17].

الفرع الثاني: تجميد الأجنة وفق المعايير الطبية العالمية

لقد تم تبني معايير عالمية صحية أكثر دقة تماشيا مع خصوصية العملية التي تتميز بالتعقيد والحذر مما يتطلب أن تتم وفق معايير وأمن صحي ، عموما بعد اقتراح إمكانية تجميد الأجنة عام 1983ثبت أن الأجنة المخزنة في النتروجين السائل (Azote liquide) تحت درجة 196 درجة مئوية تحتفظ بالقدرة التطورية، يحدث التجميد في مرحلة أربعة (4) خلايا في النيتروجين السائل عند(-196) درجة مئوية.

حيث يكون الجنين في هذه المرحلة من أكثر من 90% من الماء لذلك من الضروري تجنب تكوين بلورات الجليد التي من شأنها زيادة الحجم أن تمزق أغشية الخلايا أثناء التجميد، وبالتالي يتم التخلص من الماء عن طريق استبداله بالمضادات الخلوية الحقيقية(Antiget cellulaire)، بعدها يتم غمر الجنين في حمامات متتالية تحتوي على بروتين التبريد والسكروز بتركيزات مختلفة بصنع السكروز ، مما يؤدي إلى إطلاق الماء وعودة البروتين البارد بعدها يوضع الجنين في رقاقة بلاستيكية (Paillette en plastique)،

15-سعد عبد الاوي، المستجدات المعاصرة في قانون الأسرة ، أحكامها وأثرها في حل المشكلات الأسرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، الجزائر، 2020-2021، ص120.

16-- سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 292.

17- المرجع نفسه، ص292.

حيث يحتوي جزء من الرقاقة على جميع المعلومات اللازمة لتحديد الهوية بشكل جيد[18]

المطلب الثاني: إقرار التزامات خاصة للطبيب المشرف على عملية تجميد الأجنة .

بهدف توفير الحماية الكافية للأزواج لمساعدتهم على الإنجاب بالطريقة الاستثنائية غير العادية التي تتم عن طريق تجميد الأجنة، أصبح من الضرورية معالجة وضعية الأجنة الزائدة الهيئة لتموين الجنين (الفرع الأول)، كما أنه للزوجين حق الحصول على المعلومات الطبية الضرورية التي تسمح لهم بإجرائها بإرباح(الفرع الثاني).

الفرع الأول : الالتزام بحماية الأجنة الزائدة

غالبا ما تثير مسألة الأجنة الزائدة عدة تساؤلات وإشكالات بشأن مصيرها والذي يكون عند تجاوز عدد الأجنة التي تم الحصول عليها عند الأجنة المنقولة، فقد يتم تجميد الأجنة الزائدة بشرط أن تكون ذات نوعية جيدة من الصنفين 3و4 فقط .

الملاحظ أن وجود فراغ قانوني في هذا الإطار أدى بوزارة الصحة إلى إلى إصدار التعليمة رقم 300 الصادر في 12 ماي 2000التي عالجت حالة البويضات الزائدة في التلقيح الاصطناعي الخارجي، والتي أخضعت إلى شرط ضرورة موافقة الزوجين على الاحتفاظ والتجميد بالبويضات الزائدة، أما بشأن المدة المقررة لمدة التجميد في قد تصل لإلى ثلاثة سنوات (3) وبعد مرور عدة المدة الزمنية تحطم هذه البويضات الزائدة بعدها يحرر محضر بذلك، الملاحظ أيضا أنه بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة فإنه يترتب عنه تلقائيا التحطيم الإلزامي للبويضات الزائدة [19]

18-للمزيد من التفاصيل أنظر:

-La congélation s'effectue dans un appareil permettant une baisse de température progressive jusque vers -196 c^0 ,

La conservation des embrayons se fait en Azote liquide a -196c^0 et on a pu constater qu'après plusieurs années les taux de survie après décongélation n'étaient pars madéfies .

Voir ; La congélation d'embrayons, sur site www.chu-toulous.fr

19- انظر في هذا الصدد: -

- سايب عبد النور، مرجع سابق، ص 310.

بغدادي الجيلالي ، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة، مذكرة ماجستر ،كلية الحقوق، الجزائر 01، 2013-2014،

الفرع الثاني : الالتزام بالحيطة والتبصير عند تجميد الأجنة

إن إقرار المسؤولية الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي عن طريق تجميد الأجنة وذلك بهدف ضمان حقوق الأزواج، سواء من خلال نجاح العملية أو من حيث منع خلط البويضات.....الخ، ومنه، يتحقق ذلك بناء على تشديد الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب سواء من حيث التزامه بالحيطة والحذر و التزامه بالتبصير.

أولا: الالتزام بالتبصير

يلتزم الطبيب وفق مبدأ الحيطة والحذر بضرورة بإعلام الزوجين عن الموقف الصحي للعلمي والنتائج المحتملة للعملية،وذلك من أجل اتخاذ القرار المناسب سواء بالقبول أو الرفض [20] ، حيث أكدت المادة 43 من مدونة أخلاقية الطب على أنه" " ***يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن كل عمل طبي"*** [21]'

ثانيا: التزام بالحيطة والحذر

يلتزم الطبيب ببذل العناية الكافية أثناء القيام بعملية التلقيح وتجميد الأجنة وذلك لضمان عدم الخلط بين البويضات، وعدم إجراء الاختبارات على البويضة الملقحة وذلك من خلال التقيد بالمعايير العلمية للحفاظ على البويضات و سلامة الأجنة طوال مراحلها بداية من استخراجها من رحم الزوجة إلى غاية مرحلة الاحتفاظ بها وتجميدها إلى غاية استعمالها.

20- محمد حسن فلاح الحوامدة : " التزام الطبيب بتبصير المريض : دراسة تحليلية في ضوء قانون المسؤولية الطبية والصحية رقم 25 لسنة 2018"، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، قسم القانون المقارن ، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم العالمية، المجلد 04، 2023

21- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06جويلية 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر في 08 جويلية 1992.

خاتمة

في الأخير، نجد أن عملية تجميد الأجنة تعد من الآليات المستحدثة للمساعدة على الإنجاب التي تبنتها أغلب الدول من بينها الجزائر، وذلك بهدف تحقيق رغبة الأزواج على الإنجاب خار المسار الطبيعي، إلا أنها لا تخلو من عيوب خاصة من خلال ممارسة أحد الزوجين أو أشخاص خارج العلاقة الزوجية لهذه التقنية لما يتنافى مع المبادئ الأخلاقية، وذلك أمام غياب الرقابة الصارمة والوسائل الردعية للممارسات غير المشروعة من طرف المتدخلين في هذه العملية مهما كانت صفتهم .

كما نجد، ارتفاع مصاريف العملية يشكل عائق أمام الأزواج والعائلات ذات الدخل المحدود مما يعرقل حل مشكل الإنجاب من جهة، كما أن احتكار العيادات الخاصة لهذه العملية وغياب تأمين صحي لها أدى إلى عزوف الأزواج ذات الدخل الضعيف عنها.

وعليه، يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

1- على المشرع الجزائري ضبط المصطلحات المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب على وجه يكفل تبني عمليا كل هذه التقنيات.
2- على المشرع الجزائري وضع إطار قانوني عملياتي خاص بعملية التلقيح الاصطناعي-تجميد الأجنة على وجه يكفل استعمال هذه التقنية بطريقة قانونية من جهة ، وتحقيق غايتها في حل مشكل العقم الذي تفشى في الآونة الأخيرة.
3- على السلطة الوصية(وزارة الصحة) التدخل لضبط هذه التقنية من خلال إصدار تعليمات للمؤسسات والمركز والمخابر المؤهلة لإجراء عملية تجميد الأجنة ، على وجه يكفل توفير المناخ الملائم والأمن الصحي الضروريين لممارسة هذه العملية الدقيقة.
4- ضرورة فتح المؤسسات الإستشفائية العمومية لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي نتيجة ارتفاع تكاليفها.
5- ضرورة توفير تأمين طبي كافي يسمح للأزواج اللجوء غلى عملية تجميد الأجنة لمعالجة مشكل العقم والمساعدة على الإنجاب.

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

1- د/زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010.
2- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
3- شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، 2011.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

1- بغدادي الجيلالي ، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة، مذكرة ماجستر ،كلية الحقوق، الجزائر 01، 2013-2014.

2- سعد عبد الاوي، المستجدات المعاصرة في قانون الأسرة ، أحكامها وأثرها في حل المشكلات الأسرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، الجزائر، 2020-2021، ص120.
3- سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص

ثالثا: المقالات:

1- محمد حسن فلاح الحوامدة : " التزام الطبيب بتبصير المريض : دراسة تحليلية في ضوء قانون المسؤولية الطبية والصحية رقم 25 لسنة 2018"، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، قسم القانون المقارن ، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم العالمية، المجلد 04،2023.
2- بلحاج العربي، المبادئ القانونية التي تحكم عملية التلقيح الإصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة المحكمة العليا ،عدد 01، 2014.

رابعا: النصوص القانونية

1- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16فبراير1985،يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج عدد 08، صادر في 17فبراير 1985(ملغى).
2- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير2005،يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9يونيو1985،المتعلق بقانون الأسرة، ج.ر.ج.ج عدد 15، صادر في 27فبراير2005.
3- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 29 يوليو 2018.
4- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06جويلية 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر في 08 جويلية 1992.

موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة رقم 18-11

Algerian legislature's position on transfers and transplants of human organs in Health Act No 18-11

د. بغدادي ليندة
جامعة آكلي محند أولحاج -البويرة
د. عينوش عائشة
جامعة آكلي محند أولحاج -البويرة

ملخص:

استطاع التقدم العلمي في المجال الطبي أن يحقق العديد من الانجازات الهامة، وينقذ البشرية من الأمراض بل ومن الموت المحتم أحيانا، وذلك من خلال ما يتوصل إليه الباحثون في هذا الصدد من نتائج ايجابية، ومن أهمها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي أعادت العافية لأبدان المرضى، لكن حتى لا تخرج هذه العمليات الطبية – الإنسانية- عن هدفها النبيل استوجب الأمر تدخلا تشريعيا لوضع أطر وضوابط قانونية لها.

الكلمات المفتاحية: نقل، زرع ، الأعضاء البشرية، قانون الصحة، المشرع الجزائري

Abstract :

Scientific progress in the medical field was able to achieve many important achievements, and save humanity from diseases and sometimes even from inevitable death, through the positive results reached by researchers in this regard, the most important of which are the transfers and transplants of human organs that restored health to the bodies of patients, However, in order for these medical operations - humanitarian - to not deviate from their noble goal, the matter required legislative intervention to establish legal frameworks and controls for them

Keywords: Transfer, transplantation, human organs, health law, Algerian legislator.

مقدمة:

ظهرت في العصر الحديث نماذج مستجدة للممارسات الطبية، تجاوزت القواعد التقليدية للعمل الطبي، كما تجاوزت أيضا معتقدات الفكر التقليدي القائم على مبدأ معصومية الجسم البشري حيا وميتا. ولعل الموضوع الأكثر إثارة للجدل عند ظهوره هي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حيث كانت أول عملية ناجحة لزرع الكبد سنة 1967 قام بها الدكتور THOMAS Starzl من جامعة كولورادو، ليتوالى اتساع آفاق هذا النوع من العمليات ليشمل العديد من الأعضاء البشرية كالقلب والقرنية والكليتين ...إلخ، لتصل لبعض الحلول تجعل البشر في مواجهة ضمائرهم في بعض الحالات، حيث أتاح التقدم العلمي استباحة كرامة الكائن البشري حين سمح بإنتاج " الرضيع الدواء" لعلاج "أخ" أو "أخت" مريضة فتستأصل الأعضاء المريضة أو المعتلة وتستبدل من " الرضيع الدواء" ، وبذلك تتجاوز عمليات الزرع والنقل مسألة " حرمة الجسم البشري " لتسمح بإمكانية جعل الجسم "قطع غيار" للعلاج، وهذا ما يستوجب على المشرعين ضرورة التدخل بتنظيم الموضوع بإيجاد ضوابط توازن بين طموح الأطباء من جهة، والحفاظ على حرمة جسد الإنسان من جهة أخرى.

تعد عملية نقل وزرع الأعضاء من أهم العمليات الأكثر حساسية وتعقيدا في المجال الطبي، وهي عمليات في طور مستمر يكون هدفها إنقاذ حياة مريض من الموت المحقق لكن بالمقابل فهي لا تحقق أي فائدة للمتبرع بل بالعكس يمكن أن تعود سلبا على صحته، مما يجعل من تدخل المشرع أمر حتميا وضروريا لوضع الأطر والضوابط القانونية توازن بين طموح الأطباء في تطوير السبل العلاجية من جهة الحفاظ على حرمة جسد الانسان من جهة أخرى.

نظم المشرع الجزائري موضوع نقل الأعضاء في أول قانون للصحة رقم85-05 (ملغى)، وقام بتعديل بعض أحكامه في القانون 90-17 ونظر لزيادة الحاجة لمثل هذه العمليات وعلى اعتبار أن تكاليف إجراءها باهضة بالخارج وترهق جيوب الأغنياء وتبدو بعيدة المنال على الفقراء، بعد ذلك أنشأ المشرع الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بموجب مرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05 أفريل 2012 [1] ودخلت حيز التنفيذ في 2015، ليقوم بعد ذلك بإنشاء وحدة بحث في ميدان انتزاع وزرع الأعضاء تلحق بالوكالة

[1] مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05 أفريل 2012 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 22 الصادر بتاريخ 15 أفريل 2012.

الوطنية تزرع الأعضاء، ليختم المشرع هذه الجهود ويتوجها بإصدار قانون الصحة الجديد رقم 18-11 معدل ومتمم الذي حاول فيه إعادة تنظيم الأحكام القانونية للموضوع ضمن الباب السابع من الفصل الرابع البيوأخلاقيات، في المواد من 355 إلى 367 منه، ولمعالجة الموضوع طرحنا الإشكالية التالية:

فيما تتمثل الأحكام القانونية لعمليات زرع ونقل الأعضاء في في قانون الصحة رقم 18- ؟ وإلى أي مدى يمكن للأحكام القانونية المستجدة أن توازن بين حرمة الكيان الجسدي و التدخل الطبي للحفاظ على حياة المريض؟

إن إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء تمس بمبدأ حرمة الجسم البشري الذي تكرسه كل التشريعات الوضعية بلا استثناء لذا فمن البديهي أن يضع لها المشرع ضوابط قانونية تجعلها تؤدى في حدود أطرها الصحيحة ومتوافقة مع الهدف التي أجيزت لأجله وهي إنقاذ حياة المرضى. وبالرجوع لقانون الصحة الجزائري رقم 19-11 نجده قد وضع أحكاما تتعلق بأطراف عملية الزرع سواء للشخص المتبرع **(المبحث الأول)**، أو للشخص المتلقي لهذه الأعضاء **(المبحث الثاني)**.

تستوجب الدراسة استعمال عدة مناهج بدء بالمنهج الوصفي في كل ما يتعلق بالجوانب المفاهيمية أو الاصطلاحية، والمنهج التحليلي من خلال تفكيك العناصر الأساسية للموضوع محل البحث ودراستها بأسلوب متعمق كما تمت الاستعانة بالمنهج المقارن في بعض جوانب الدراسة أين تمت مقارنة أحكام القانون رقم 85-05 (الملغى) بالقانون رقم 18-11.

المبحث الأول: أحكام قانونية تخص الشخص المتبرع

اشترط المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11 معدل ومتمم، مجموعة من الضوابط والشروط واجب توافرها لدى المتبرع حماية له ولحقوقه وضمانا لعدم خروج عمليات نقل وزرع الأعضاء عن إطارها القانوني حيث استوجب أن لا يتم النزع إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية **(المطلب الأول)**، وموافقة حرة ومستنيرة **(المطلب الثاني)** وحتى نضمن هدفها وبعدها الإنساني يتطلب المشرع أن تكون هذه العمليات بين الأقارب **(المطلب الثالث)**

المطلب الأول: أن لا يتم نزع الأعضاء أو الأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية

إن المصلحة العلاجية هو هدف يجب توفره في جميع التدخلات والأعمال الطبية بشكل عام ضمانا لتطبيق مبدأ حرمة المساس بالجسم البشري، وتزداد أهمية تطبيق هذا المبدأ في مجال نزع وزرع الأعضاء

والأنسجة البشرية كونها الميدان الخصب للتعامل في جسم الإنسان[2].

أعاد المشرع الجزائري التنصيص على هذا الضابط في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 معدل ومتمم[3] بعدما كان متضمنا في المادة 161 الفقرة 1 من قانون الصحة رقم 85-05 الملغى[4] حيث جاء فيها: " لا يجوز نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية إلا لأغراض علاجية أو شخصية "، فعمليات نقل وزع الأعضاء البشرية يجب أن تتم بهدف علاج المرضى وإنقاذ حياتهم وليس لأعراض أخرى كالتهرب من الخدمة الوطنية فمثلا بتر أحد الأعضاء فمثل هذا العمل غير مشروع لأنه يعد تحايلا على القانون من جهة ويمس بالنظام العام من جهة أخرى لأنه لا يستهدف العلاج.

كما أن عمليات نقل الأعضاء التي تتم بهدف إجراء تجارب عملية، اتفق الفقه على عدم مشروعيتها كونها تجرى بهدف اكتساب المعارف العلمية وليس بقصد تحقيق فائدة علاجية للمريض[5]. كما يجب أن تكون عملية زرع العضو الطريقة الوحيدة لشفاء المريض كما يجب أن تكون عملية النزع لغرض تشخيصي حيث يتوقف تشخيص المرض على نزع أنسجة وخلايا للتمكن من تحديد المرض الذي يعاني منه المريض.

المطلب الثاني: الموافقة الحرة والمستنيرة للمتبرع

في حقيقة الأمر يعد هذا الشرط التزاما تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي والحصول على هذا الرضا يعد أمر ضروريا لا غنى عنه في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية لما لها من مخاطر قيد يتعرض لها المريض مستقبلا.

والمستجد في هذا الشرط أن موافقة المتبرع على عملية نزع العضو أو خلية من جسمه يكون أمام رئيس المحكمة المختص اقليميا والذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة بموجب المادة 360 الفقرة 04، وأضافت الفقرة الخامسة من

---

[2] إيمان أوسعيد، أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية في قانون الصحة الجديد، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر المجلد 7، العدد 2، 2019،ص 29.

[3] قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 46 الصادر في 29 يوليو سنة 2018.

[4] قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 8 الصادر بتاريخ 17 فيفري 1985 (ملغى).

[5] أسماء سعيدان، موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل وزرع الأعضاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2011، ص 344.

نفس المادة إمكانية سحب هذه الموافقة في أي وقت وبدون أي إجراء. وذلك بعد أن تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار والعواقب المحتملة لعملية النزع.

نلاحظ في هذا الصدد أن المشرع استبدل "الطبيب" في قانون الصحة الملغى بلجنة خبراء التي يحدد تشكيلها وسيرها وتنظيمها عن طريق التنظيم، ولعل الغاية من ذلك تأكيد الموافقة ودرء أي لبس بشأنها . وبعد تأكد لجنة الخبراء من الموافقة الحرة والمستنيرة للمتبرع ومطابقتها للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة تقدم ترخيصها بالزرع والعكس صحيح[6].

أما في حالة النقل من أشخاص متوفين أكدت المادة 362 من قانون الصحة رقم 18-11 على عدم جواز نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية منهم إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وأضافت عبارة:(**وفقا لمعايير يحددها الوزير المكلف بالصحة).**

إن تحديد لحظة الوفاة في القانون الجزائري يستند إلى القرار الوزاري رقم 34 الصادر عن وزير الصحة السابق عبد الحميد أبركان الصادر بتاريخ 19 نوفمبر2002 والذي تضمن المعايير العلمية التي تسمح بالإثبات الطبي والشرعي للوفاة، حيث حددت المادة الثانية منه كما يلي:

- الانعدام التام للوعي والنشاط الحركي،

- انعدام جميع ردود الفعل من جذع الدماغ أو غياب النشاط العضوي الدماغي،

الانعدام التام للتهوية العفوية، ويتم التأكد من ذلك عن طريق اختبار Hypercapine[7].

في حقيقة الأمر فإن انتزاع الأعضاء من المتوفي يستوجب التحقق من موت الشخص الذي يراد نقل عينه أو قلبه أو كليته لأنه كثيرا ما يحكم الأطباء بموت إنسان وتمتد عليه الأيدي بالتشريح أو بغيرة ثم يظهر بعد ذلك أنه حي فيذهب حكم الأطباء بموته إدراج الرياح، فربما تجرؤا على الحكم بموت إنسان من غير تأكد، ونقلوا عينه أو عضوا آخر منه قبل أن يموت[8] ، ولو رجعنا لنص المادة 362 الفقرة الأولى من القانون رقم 18-11نجد أن المشرع لم يوضح ما المعيار الذي تبناه في تحديد لحظة الوفاة حيث جاء في

[6] إيمان بوسعيد، المرجع السابق، ص32.

[7] رافع فريد، لالوش سميرة، ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى على ضوء المادة 362 من قانون 11/18 المتعلق بالصحة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 7، العدد 2، ديسمبر 2022،

[8] جمال رواب، الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر، 2017، ص 370.

المادة المذكورة سلفا على أنه:" لا يمكن انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة، وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة..."

نجد المشرع الجزائري في هذه المادة يذكر أولا "**المعاينة الطبية والشرعية للوفاة**"، ذلك أن مسألة تحديد لحظة الوفاة في حقيقة الأمر يتجاذبها معيارين أساسيين معيار حديث (طبي) ومعيار تقليدي (غالب علامات الوفاة فيه شرعية تحديدا التوقف النهائي للقلب والرئتين توقفا تاما)[9].

ليحيل الأمر بعد ذلك "للمعايير العلمية التي يقرها الوزير المكلف بالصحة" - وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي في القرار رقم 501 لسنة 1978 المتعلق بالإجراءات الخاصة لإثبات الوفاة حيث جاء فيه أن:" إثبات الوفاة على أدلة متفق عليها طبيا تسمح للطبيب أن يقتنع بموت الشخص على أن يكون ذلك المعيار مقبولا من وزير الصحة بعد أخذ رأي الأكاديمية الطبية الفرنسية"-.

حيث يتم التعبير عن الرفض وفقا لقانون الصحة الجديد بكل وسيلة لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض [10]الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء حسب المادة 16الفقرة2.

كما اشترط قانون الصحة الجديد وجوب اطلاع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفي. وفي حالة ما إذا لم يثبت رفض المتوفي للنزع تتم استشارة أفراد أسرة المتوفي البالغين بترتيب الأولية التالي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الاخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفي بدون أسرة قصد معرفة موقف المتوفي من المتبرع بالأعضاء المادة362 الفقرة 2 وفي حالة الإخلال بهذا الشرط أحالت المادة إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات.

كما منع المشرع الجزائري في المادة 363 من قانون الصحة رقم 18-11 كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع حيث تنص المادة 303 مكرر 17 من القانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فيفري 2009 [11].

---

[9] أن مسألة تحديد لحظة الوفاة تتنازعها وجهتان بين من يرى أنها من اختصاص الطب يحسمها الطبيب ويتحمل من ثم مسؤوليتها الجنائية ان هو أخطأ التقدير، ومن ثم فلا داعي لأن يتورط رجل القانون في تحديدها، وبين من يراها مسألة يكتسي خطورة كبيرة خشية أن يستعجل الفريق الطبي إعلان الوفاة تحت تأثير الرغبة في إحراز السبق الطبي في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية. بوالزيت ندى، إشكالات تحديد لحظة الوفاة في نقل وزرع الأعضاء من جث الموتى، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 50 ديسمبر 2018، المجلد أ، ص 135.

[10] سجل الرفض على الموقع الالكتروني http://rnr.ang.dz/ يتضمن الموقع "التسجيل"، "إلغاء التسجيل"، "تعديل المعلومات"، "تحميل استمارة التسجيل".

" يعاقب بالحبس من خمس سنوات (5) إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفق شروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول".

المطلب الثالث: شرط وجود قرابة عائلية بين المتبرع والمتلقي

اشترط المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11 وجود قرابة عائلية بين المتبرع والمتلقي حتى يضمن عدم دخول هذه العمليات في إطار الاتجار بها سواء تعلق الأمر بالأشخاص البالغين **(فرع أول)**، أما بالنسبة للأشخاص القصر وعديمي التمييز فقد حظر النزع منهم كأصل وحصر الاستثناءات بدقة **(فرع ثان)**.

الفرع الأول: وجوب توفر شرط القرابة بين المتلقي والمتبرع البالغ

على عكس قانون الصحة الملغى، حدد المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد بموجب المادة 360 فقرة 2 الأشخاص الذين يمكنهم التبرع وهم: أب، أو أم أو أخ أو أخت أو ابن أو ابنة أو جدة أو جد أو خال أو عم أو خالة أو عمة أو ابنة عم أو ابنة خال أو ابنة عمة أو ابن عم أو ابن خال أو ابن عمة أو ابن خالة، أو ابن شقيق أو ابن شقيقة أو ابنة شقيق أو ابنة شقيقة أو زوج أو زوجة أب أو زوج أم المتلقي.

ويمكن أن نلاحظ أن هذا الترتيب جاء بالنظر إلى أن التطابق المناعي بين المتلقي والمتبرع يكون أشد كلما توافرت صلة القرابة بين المتبرع والمتلقي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فالأصل أنه كلما كانت صلة القرابة أشد كلما استبعدنا وجود الدافع المالي للتبرع وتأكدت مجانيته، وأن الأمر منبعه تقاسم الألم مع المريض والرغبة في تحقق الشفاء عن طريق زرع العضو السليم في جسمه.

وفي حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي ذوي القرابة العائلية والمذكورين سلفا، يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء والمتمثل في تشكيل ثنائي متبرع، ملتقي متطابقين دون كشف هوية المتبرع والمتلقي.

وذلك بالموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي.

[11] قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 15 الصادر بتاريخ 8 مارس 2009.

كما منع المشرع أيضا النزع من الأشخاص المصابين بأمراض من شأنها أن تصيب المتبرع المتلقي حسب ما جاء في المادة 361 من قانون الصحة رقم 18-11 معدل ومتمم، وهذا الشرط منطقي وبديهي على اعتبار أن الزرع يكون لاستعادة الصحة وليس لانتقاصها. ويتم التثبت من ذلك عن طريق التحاليل الطبية اللازمة قبل إجراء عملية النزع.

ان الهدف من عمليات زرع الأعضاء البشرية هو تحقيق المنفعة للمريض المستقبل للعضو دون الإضرار بالمتبرع وعليه يستبعد من عمليات نقل الأعضاء الأشخاص الذين يسهل إصابتهم ببعض الأمراض مثل الالتهابات الرئوية والقرحة المعدية ، كما ان الأطباء يقومون بمجموعة من الفحوصات والتحاليل من بينها اختبار الايدز قبل نقل العضو أو زرعه،لاحتمالية انتقال المرض أثناء عمليات الزرع[12].

الفرع الثاني: حظر نزع أو زرع الأعضاء والأنسجة من القصر أو عديمي التمييز

كما منع انتزاع الأعضاء البشرية من القصر، حيث نصت المادة 361 على منع انتزاع أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية الأحياء ويردد على هذا الاستثناء حالتين:

- تتعلق الحالة الأولى بالسماح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت م 2/361.

- تتعلق الحالة الثانية بغياب حلول علاجية أخري لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، م 3/361.

استعمل المشرع في المادة 361 من قانون الصحة الجديد مصطلح "**القصر أو عديمي الأهلية**" خلافا لقانون الصحة رقم 85-05 (الملغى) الذي كان يستعمل عبارة "**الراشدين المحرومين من قدرة التمييز**"، لعل مرد ذلك عدم دقة الترجمة من النص (الأصلي) حيث تضمنت المادة 361 قاعدة عامة مفادها منع نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة من القصر كالأصل أما الاستثناء 2/361 فهو إباحة النزع في حالة غياب حلول علاجية أخرى لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته كل ذلك بشرط الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي.

[12] العلجة موسي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، المجلة النقدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، الجزء 3، العدد2، 2008، ص 334.

وهناك مسألة غاية في الأهمية لم يتضمنها قانون الصحة رقم 85-05 الملغى ولا قانون الصحة رقم18-11 وهي التنصيص الصريح على عدم جواز التبرع بالأعضاء التناسلية[13] ذلك ان الهدف من منعها حتى ولو كان لهدف علاجي بل حتى ولو لم يتسبب بأي ضرر للمتبرع كونها حاملة للشفرات الوراثية حتى بعد نقلها، وهو ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وهو ما يعد مخالف للنظام العام. ول أنه بالرجوع للمادة 274 من قانون العقوبات يفهم منه تجريم اقتطاع الخصيتين او المبيضين كونها تؤدي إلى قطع النسل وهو الغرض الأساسي للتجريم، كما أن هذا النص لا يمكن تطبيقه في حالة اقتطاع هذه الأعضاء من الموتى أو جزء منها من إنسان حي حيث لا يؤدي إلى قطع النسل، لذلك نجد فراغ تشريعي يخص هذه المسألة وبالتالي يمكن الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية[14].

المبحث الثاني: أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء بالنسبة للمتلقي

لا يمكن تصور عملية نقل وزرع الأعضاء إلا بوجود متلقي، حيث يكون شخصه محل اعتبار هو الأخر وقدم استوجب المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11 أن تكون عملية الزرع هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض **(المطلب الأول)**، وأن يكون هذا الأخير قد سجل اسمه في قائمة الانتظار التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء **(المطلب الثاني)**، وحتى لا تخرج عن بعدها الإنساني استوجب المشرع أن تكون هذه العمليات مجانية **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول: أن تكون عملية الزرع هي الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي وسلامته الجسدية

حيث أنه إذا وجدت وسيلة علاجية أخرى لم يكن هناك داع للجوء لعمليات الزرع، كما يشترط إعلام الطبيب للمريض المتلقي بكل الأخطار المتوقعة عن عملية الزرع المادة 364 من قانون الصحة رقم 18-11 وأن يكون موافق على إجرائها.

تضمن القانون رقم 18-11 اشتراط موافقة المتلقي كأصل في المادة 364 منه، واستوجب أن تتم بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين. وإذا تعذر الحصول على الموافقة فيمكن لأحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية الوارد في المادة 362، السالف ذكرها.

[13] والتي يقصد ها الأعضاء التي تساهم في عملية الإنجاب كالمبايض النسبة للمرأة والخصيتان والقضيب بالنسبة للرجل كما يلحق بهما المني.

[14] العلجة موسي، المرجع السابق،ص 330.

وإذا تعذر الاتصال بأحد أفراد أسرته البالغين في الوقت المناسب وكان من شأن التأجيل أن يؤدي إلى الوفاة يمكن أن تمارس عمليات زرع الأعضاء دون الحصول على الموافقة ويثبت هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وشاهدان اثنان (2) حسب المادة 364 ف 4 و 5 من القانون رقم 18-11.

المطلب الثاني: شروط تتعلق بوجوب التسجيل في قائمة المتلقين وإجرائها في المستشفيات المرخص بها

الأصل أن الغرض من إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء هو إنقاذ الأرواح البشرية لذا فمن باب أولى أن يتم إجراؤها للمرضى المحتاجين لها بالترتيب حسب تواريخ تسجيلهم في قائمة الانتظار (الفرع الأول)، كما قيد المشرع إجراء هذه العمليات في المؤسسات المرخص لها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تحديد المرضى المتلقين

استوجب المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد وجوب أن يتم منح الأعضاء والأنسجة التي تم نزعها فقط للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء[15] مراعاة وحماية لمبدأ الأولوية والإنصاف على أن تحدد وتقيم بصفة منتظمة حسب المادة 365 من قانون الصحة رقم 18-11 معدل ومتمم.

الفرع الثاني: وجوب قيام بعمليات زرع الأعضاء في المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف وزير الصحة بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء

يشترط المشرع الجزائري إجراء عمليات زرع الأعضاء في المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف وزير الصحة بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وذلك بالنظر لخطورة هذه العمليات من جهة، حماية لها من أي انحرافات قد تتعارض مع الصبغة الأخلاقية لها.

علما أن الترخيص يرتبط عادة بالإمكانيات المادية للمستشفى وليس مرتبط بكفاءة الأطباء، كونها عمليات دقيقة تتطلب أجهزة خاصة لضمان حفظ ونقل الأعضاء في الظروف الطبية الملائمة لنجاح التدخل الطبي.

---

[15] مرسوم تنفيذي رقم 12-177 المؤرخ في 5 أبريل سنة 2012 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها[(15)] وكذا القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 23 يونيو سنة 2016 الذي يحدد التنظيم الداخلي للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

عاقب المشرع الإخلال بهذا الشرط في المادة 433 من قانون الصحة كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة في مؤسسة غير مرخص لها بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة 50000إلى 100000 دج.

المطلب الثالث: وجوب أن تكون هذه العمليات مجانية

إن مبدأ " المجانية" هو مبدأ يكاد يكون محل "إجماع مطلق" في التشريعات التي اطلعنا عليها، حيث يكون العضو هبة مجانية دون مقابل مشروط، وفي هذا جاء نص المادة 358 من قانون الصحة رقم 18-11 صريحا بنصه على ما يلي:" لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها محل صفقة مالية".

على صعيد آخر يظهر هذا المبدأ من خلال المصطلحات الواردة في القانون تحديدا مصطلح " متبرع"، "تبرع" وهو ما يعني غياب أي مقابل مالي مهما كان شكله وأن الشخص الذي يقدم عضوا من أعضائه لا يطلب مقابلا ماليا، وهو بذلك مصطلح خاص يختلف عن اي مصطلح أخر يستعمل للدلالة عن التنازل عن الحقوق المالية، أين يستعمل المشرع في تلك الحالة مصطلح "الهبة" ومصطلح الواهب أو " الموهوب له"[16].

وقد قضت المادة 432 من قانون الصحة الجديد لسنة 2018 على ما يلي: " يعاقب كل من يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، من ستة(6) أشهر إلى سنة (1) وبغرامة من 200,000 دج إلى 400,000دج" كما يعاقب قانون العقوبات في المادة 303 مكرر 16 كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها حيث جاء في نص المادة" يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300,000دج إلى 100,000دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص".

[16] حميد زايدي، الضمانات القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، المجلد 17، العدد 01، 2022، ص368.

تثار في هذا الصدد مسألة في غاية الأهمية تتمثل أساسا في التعويض عن المصاريف الناتجة عن العمليات الجراحية أو التعويض عن الضعف الجسدي الناتج عن عملية نزع الأعضاء البشرية من المتبرع فهل يعد مقابلا ماليا وأجرا لقاء للتصرف في عضو من الأعضاء البشرية، أم هو استثناء يقيد المبدأ؟

نص المادة 367 من قانون الصحة رقم 18-11 تبنى مبدأ المجانية على إطلاقيته دون أن يحسم الأمر عكس المشرع الفرنسي الذي نص تتكفل مؤسسات الصحة بعمليات النزع والزرع ثم تعود بدورها على مؤسسات الضمان الاجتماعي. لذا يرى الفقه ضرورة تكفل الدولة بتعويض المتبرع عن طريق وثيقة التأمين المكتتبة لصالح المتبرع أو لصالح أسرته. ذلك أن تأمين حياة المتبرع من كل ضرر قد يلحق به مستقبلا يمنعه من التفكير في تلقى مقابل مالي من المريض[17].

منع قانون الصحة الجديد على الأطباء الذين يقومون بعمليات النزع تقاضي أي أجر عن العمليات وذلك بالنص الصريح في المادة 367 حماية للجسم الإنساني من المتاجرة بالأعضاء ليبقى الدافع الإنساني هو الدافع الأساسي منها .

خاتمة:

من خلال ما تقدم يتبن لنا أن المشرع الجزائري نظم موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية في وقت مبكر في قانون الصحة رقم 85-05 (الملغى) واستكمل مسيرة التنظيم في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 حيث أجاز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بتوافر ضوابط قانونية سواء في المتبرع أو المتلقي تتمثل أساسا في توافر حالة الضرورة العلاجية والموافقة المستنيرة والحرة، المجانية.

كما أنه أجاز الانتفاع بجسد وأعضاء الأموات شرط التحقق الطبيب والشرعي من الوفاة وتوافر الضرورة الطبية، وعدم تسجيل المتوفي لرفضه في سجل الرفض الذي تمتلكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. كل ذلك على أن يتم الزرع في المستشفيات العمومية المرخص لها من قبل وزير الصحة.

اذا كان المتبرع الحي قد يواجه مشاكل صحية مستقبلا عند التبرع بأعضائه فإن جسد الميت بالمقابل يشكل "كنزا بشريا" للأعضاء بما يمكن أن ينتزع منه من أعضاء يستحيل توفرها من المتبرع الحي مثل القلب والرئتين والبنكرياس والكبد لذا بات الحرص على أن يكون النقل بعد التأكد من الوفاة التامة للمتبرع منعا لأي ممارسة استباقية للاستفادة من أعضائه فحرمة الميت كحرمة الحي.

[17] حميد زايدي، المرجع السابق، ص 374.

في ختام الدراسة نقترح التوصيات التالية:

- ندعو المشرع الجزائري إلى الاهتمام وتدعيم الطب الوقائي كوسيلة كفيلة بتقليل الطلب على الأعضاء البشرية في ظل قلة عدد المتبرعين.

- وجوب كبح جماح العلم الذي لا يعرف الحدود مخافة ان ينظر الى الأعضاء البشرية كقطع غيار وذلك بالحرص على توفر الشروط القانونية لإجرائها .

- تفعيل وتعزيز دور المجالس الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء وضرورة توفير الإمكانيات اللازمة لتفعيل دورها في هذا الصدد.

- ضرورة دعم برامج نقل وزرع الأعضاء البشرية عن طريق تكثيف حملات التوعية وإشراك الفاعلين من قانونين ورجال طب والشرع من أجل تنوير الرأي العام بأهمية هذه العمليات وما يمكن أن تقدمه من إنقاذ حياة المرض والتخفيف من آلامهم.

قائمة المراجع:

أولا: النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية

1. قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 8 الصادر بتاريخ 17 فيفري 1985 (ملغى).
2. قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 15 الصادر بتاريخ 8 مارس 2009.
3. قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 46 المؤرخة في 29 يوليو سنة 2018.

ثانيا: النصوص التنظيمية

1. مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05 أفريل 2012 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 22 الصادر بتاريخ 15 أفريل 2012.
2. مرسوم تنفيذي رقم 12-177 المؤرخ في 5 أبريل سنة 2012 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها ، ج ر عدد 22 الصادر بتاريخ 15 أفريل 2012.

3. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 23 يونيو سنة 2016 الذي يحدد التنظيم الداخلي للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

ثانيا: المقالات

1. أسماء سعيدان، موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل وزرع الأعضاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2011.
2. إيمان أوسعيد، أحكام نزع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية في قانون الصحة الجديد، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر المجلد 7، العدد 2، 2019.
3. العلجة موسي، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، المجلة النقدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، الجزء 3، العدد2، 2008.

4. جمال رواب، الضوابط الشرعية والقانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر، 2017.
5. حميد زايدي، الضمانات القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، المجلد 17، العدد 01، 2022.

6. فريد رافع ، لالوش سميرة، ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى على ضوء المادة 362 من قانون 11/18 المتعلق بالصحة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 7، العدد 2، ديسمبر 2022.
7. ندى بوالزيت ، إشكالات تحديد لحظة الوفاة في نقل وزرع الأعضاء من جث الموتى، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ، المجلد أ، عدد 50 ديسمبر 2018.

التنظيم القانوني للمساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري والقانون الفرنسي

Legal regulation of medical assistance in reproduction in Algerian and French law

عيادي سارة
جامعة باجي مختار عنابة
د. حسين ميلود
جامعة باجي مختار عنابة

ملخص:

لقد أسفرت التطورات العلمية في مجال الإنجاب على ظهور مجموعة من الممارسات والتقنيات الطبية المساعدة على الإنجاب، والتي باتت في وقتنا هذا منتشرة على أوسع نطاق في جميع دول العالم، لما جاءت به هذه الممارسات من حلول لأكبر الحالات المرضية التي قد تواجه الزوجين و هي صعوبة أو عدم حصول الحمل طبيعيا. ونظرا لمحل هذه الممارسات والذي يحظى بقدوسيه وأهمية كبيرة خصوصا في مجتمعاتنا الإسلامية، بات من الضروري تدخل التشريعات لتنظيم هذه الممارسات وإقرار مدى مشروعيتها، وضوابط وقيود اللجوء إليها، لما في ذلك من حماية للأمشاج الآدمية من جهة، ومواكبة التطورات العلمية في هذا المجال وكذا القضاء على مشكل عدم الإخصاب من جهة أخرى. وهذا ما سنتطرق له بالدراسة في هذه المداخلة، محاولين التعرف على الخطة التي انتهجتها التشريعات المتقدمة في هذا المجال في تنظيمها لهاته الممارسات، إذ ستقتصر الدراسة على تنظيم التشريع الفرنسي للمساعدة الطبية على الإنجاب فضلا عن التعرف على موقف المشرع الجزائري منها.

Abstract

Scientific developments in the field of reproduction have resulted in the emergence of a range of medical practices and techniques that help reproduction, which at this time have become widespread in all countries of the world, as these practices have provided solutions to the greatest illnesses that the couple may face and are difficult or not naturally conceived. In view of these practices, which are particularly important in our Muslim societies, it is necessary to introduce legislation to regulate such practices and to establish their legitimacy, as well as to regulate and restrict their use, thereby protecting human feelings and keeping abreast of scientific developments and eliminating the problem of non-fertilization. This is what we will study in this intervention, trying to identify the plan taken by the advanced legislation in this area to regulate these practices. The study will only regulate French legislation on reproductive medical assistance and the position of Algerian legislation.

مقدمة:

يهب الله تعالى لمن يشاء ذكورًا ولمن يشاء إناثاً، ويجعلُ من يشاء عقيماً. وبين هذا وذاك قد يكون المرض سببا يحولُ دون الفصل في ما كتبه الله لأحد الزوجين، فلا يتأكد قدرتهما على الإنجاب لعدم حدوث الحمل ولا يتأكد عقمهما لوجود الإمكانية للحمل، ليفتح المجال للطب بالتدخل في تحقيق أسمى وأنبل أهداف الزواج. لتُعد المساعدة الطبية على الإنجاب من آخر المستجدات والتطورات في هذا المجال، حيث اعتبرت هذه الأخيرة ثورة علمية وطبية بالنظر لما ينطوي عليه هذا التدخل الطبي لإيجاد الولد من تقنيات وممارسات استطاعت إلى حد كبير تغيير المفاهيم التقليدية لعملية الإنجاب وألزمت على التخلي عما كان يعتبر من المسلمات، باستحداثها لبدائل طبية وبيولوجية لتصحيح الخلل أو المرض الذي حال دون حدوث الحمل بالطريقة الطبيعية. لتتجسد المساعدة الطبية على الإنجاب في كل نشاط أو ممارسة طبية خارج الرحم.تسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي متى كان هناك عائق حال دون ذلك، أي التدخل الطبي لتحقيق عملية الإخصاب بطريقة اصطناعية، وذلك إما داخل الرحمل لنكون أمام تقنية الإمناء الاصطناعي، أو خارجه عن طريق الإخصاب.

أولا: موقف التشريع الفرنسي

منذ ما يقرب عشرين عاما، ومع انطلاقة عجلة التقدم في مجال بيولوجيا الاستنساخ والإنجاب باستخدام الوسائل الطبية المساعدة، طرحت مسألة ملاءمة سن القوانين في هذا المجال، لما يلعبه هذا الأخير من دورا رئيسيا، من حيث أنه يضع القواعد ويعين الحدود في سبيل النأي بالأفراد عن كافة الأخطار التي تهددهم[1]. فقد حرص الفقه الفرنسي على مناقشة مدى ضرورة مواكبة المشرع لما أستحدث من ممارسات طبية وعلمية تجرى ممارستها على أرض الواقع وتنال الجسم البشري في أدق مكوناته ومن أهم هذه الممارسات عمليات نقل الأمشاج المجردة أو المخصبة.[2]

ظهرت أول محاولة لوضع تعريف قانوني للإنجاب باستخدام الوسائل الطبية المساعدة على الإنجاب في الاقتراح رقم 327 الصادر في 1988 المتعلق بالإنجاب باستخدام الوسائل الطبية المساعدة وذلك من قبل الأستاذ سيروسكلات بقوله: " هو كل عملية إنجاب يتم فيها الإستعانة بالتدخل المباشر لطبيب، أو فريق طبي في الخلايا الجرثومية الناضجة، أو الخلية الناتجة من اتحاد الخلايا البشرية وعلى وجه الخصوص التعامل مع البويضة الأنثوية غير الناضجة، ونقل الخلية البشرية، والسائل المنوي ومعالجة الخلايا بغرض التخصيب، وحفظها وتخصيبها في أنابيب وحفظ الخلايا"[3]. ليستجيب بعدها المشرع الفرنسي لتلك

[1]: برينجير لاسال و آخرون، قانون البيولوجيا البشرية وع ملحق بتقنين الصحة العامة الفرنسي، ترجمة أحمد محمد عيد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1، الأردن، 2014، ص 81.

[2] :René Frydman ,la procréation ,Revue Française d'études Constitutionnelles et Politiques ,1991 ,p 65.

[3]: برينجير لاسال و آخرون ، المرجع السابق، ص 83.

النداءات بإصداره لقانوني 653 و 654 لسنة 1994[4]، والذي عالج فيهما الممارسات الطبية المساعدة على الإنجاب AMP[5]. ووضع بموجبه قانون الصحة القواعد والضوابط التي تحكم هذه الممارسات.[6] حيث عرف في المادة 152-1 من قانون الصحة العامة[7] والتي تقابلها المادة 2141-1 من قانون الصحة المعدل بالمرسوم 2000-548 الصادر في 15-6 -2000 المساعدة الطبية على الإنجاب على أنها: " العمليات الإكلينيكية و البيولوجية، التي تتيح الأخصاب في الأنابيب واستزراع الأجنة، والتعشير الصناعي، وكل تقنية ذات أثر معادل تتيح الإنجاب خارج المسار الطبيعي لهذه العملية". هذه المادة تقابلها المادة L 2142-1من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل بالمرسوم 2018-04 الصادر في 3-1-2018[8]، هذه الأخيرة، وفضلا عن تقديمها تعريف للمساعدة الطبية على الإنجاب، فقد قدمت لنا الصور أو الممارسات المتصورة لهذه المساعدة، والمتمثلة في:

- الإخصاب في مختبر
- نقل الأجنة
- الإمناء الاصطناعي

---

[4] :Loi n 94-654 ,du 29 Juillet 1994 ,relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ,J O 30 Juillet 1994 ,JCP n 39 ,28 septembre 1994 ,textes 66974 ,p365.

[5] :AMP : assistance médicale à la procréation

[6] :Claudine BergolgnanEsper ,L'AMP :une activité strictement encadrée,adsp n 75 ,juin 2011 ,p 27.

[7] :« L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel. » .art 2141-1 de code de la santé publique français Ordonnance 2000-548 2000-06-15 Loi 2002-303 2002-03-04 art. 92 JORF 5 mars 2002 .

[8] : « Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle et de la stimulation ovarienne, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé Sous réserve de l'alinéa suivant, les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent être pratiquées que dans les laboratoires de biologie médicale accrédités selon les modalités prévues par les dispositions du chapitre Ier du titre II du livre II de la sixième partie.

Les activités cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation relatives aux gamètes en vue de don ne peuvent être pratiquées que dans des organismes et établissements de santé publics, ou dans des organismes et établissements de santé privés à but non lucratif. Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens au titre de ces activités.

A l'exception de l'insémination artificielle et de la stimulation ovarienne, les activités, tant cliniques que biologiques, d'assistance médicale à la procréation doivent être autorisées suivant les modalités prévues par les dispositions du chapitre II du titre II du livre Ier de la partie VI du présent code.

Pour être autorisés à exercer ces activités, les établissements, les laboratoires et les organismes mentionnés aux premier, deuxième et troisième alinéas ainsi que, le cas échéant, les groupements de coopération sanitaire doivent faire appel à des praticiens en mesure de prouver leur compétence et remplir les conditions déterminées en application des dispositions susmentionnées de la partie VI du présent code et des conditions de fonctionnement déterminées par voie réglementaire.

L'autorisation porte sur une ou plusieurs des activités d'assistance médicale à la procréation, avec ou sans tiers donneur. Elle est délivrée pour une durée de sept ans.=

=La mise en oeuvre de la fécondation in vitro est subordonnée à la réunion des autorisations clinique et biologique mentionnées au quatrième alinéa. » .Article L2142-1 de code de la santé publique français Modifié par Ordonnance n° 2018-4 du 3 janvier 2018 - art. 2.

- المحافظة على الأمشاج والأنسجة الجرثومية والأجنة.

من خلال ما سبق نستنتج اعتراف القانون الفرنسي بمشروعية هذه الوسائل، وجواز الاعتماد عليها للمساعدة على الإنجاب، وذلك بإقراره لتنظيما خاصا مستقلا ضمن قانون الصحة العامة، عالج فيه كافة الممارسات الماسة بالأمشاج واللقائح الآدمية. وعليه سوف نحاول التعرف على الحماية التي أقرها لهاته الأخيرة، ذلك من خلال التعرض لمجوعة الضوابط القانونية التي تضبط تطبيق هذه الممارسات الطبية المساعدة على الإنجاب. فضلا عن معرفة موقفه من كل الممارسات والإشكاليات التي تمخضت عن هذه الأخيرة، والتي سنستعرضها في الآتي.

1: قيد الموافقة

يختلف هذا القيد عما إذا كانت هذه الممارسات تنحصر فيما بين الزوجين أو العشيرين فقط، أو أنها تتسع دائرتها لتشمل طرف ثالث خارج عن نطاق علاقة الزوجية أو المعاشرة .

أ: قيد الموافقة في حالة الممارسة التي تنحصر بين الزوجين أو العشيرين: لم يختلف موقف المشرع الفرنسي في اشتراط سبق موافقة الأطراف المساهمين في هذه الممارسة على ما استقر عليه العمل في شأن شرط الرضا المتبصر من جانب المريض وسبق موافقته على ما سيخضع له من ممارسات وإجراءات طبية.

ب: قيد الموافقة في حالة الممارسة التي تتعدى إلى طرف ثالث غير الزوجين أو العشيرين: اشترط المشرع الفرنسي في هذه الممارسة موافقة كل من الزوجين أو العشيرين المتلقيين والمانح المتبرع وأحاط هذه الموافقة بمجموعة من القيود التي نتولى شرحها في الآتي:

ب-1: بالنسبة للمانح المتبرع، فقد ميز المشرع الفرنسي بين ما إذا كان التبرع بأمشاج مجردة، أو بأمشاج ملقحة.

-في حالة الأمشاج المجردة: اشترطت المادة 673 من قانون الصحة العامة والمعدلة بمقتضى المادة 10 -2 من القانون 654 لسنة 1994 على أن تكون :

* الموافقة كتابة من قبل المتبرع بالأمشاج –سواءا كانت حيوانات منوية أو بويضة- في عمليات الإنجاب الاصطناعي بمساهمة الغير.

* أن تكون الموافقة حرة مستنيرة.

* إضافة إلى اشتراط أن يكون المتبرع متزوجا أو عشيرا.[9]

-في حالة الأمشاج الملقحة: في هذه الحالة أيضا اشترط المشرع الفرنسي الموافقة المكتوبة للزوجين أو العشيرين صاحبي اللقيحة على إمكانية التبرع باللقيحة الى زوجين أو عشيرين آخرين[10]. كما أجاز المشرع الفرنسي وفي حالة وفاة أحد الزوجين أو العشيرين صاحبي اللقيحة المتبرع بها، الاكتفاء بالموافقة المنفردة للطرف الحي[11].

ب-2: بالنسبة للزوجين أو العشيرين الراغبان في الإنجاب بمساهمة الغير

اشترط المشرع الفرنسي أيضا وجوب موافقة الزوجين أو العشيرين اللذان يرغبان في الإنجاب بمساهمة الغير، و وضع بعض الشروط لهذه الموافقة والتي ذكرها في المادة 311 فقرة 20 من القانون المدني والمضافة بمقتضى المادة العاشرة من القانون 653 لسنة 1994، والمتمثلة في:

- أن تكون موافقة الزوجين أو العشيرين سرية.
- أن يتم إبداء هذه الموافقة أمام قاضي أو موثق.
- وجوب تنبيه القاضي أو الموثق للزوجين أو العشيرين بعواقب وتوابع هذه الممارسة، وما يترتب عنها من آثار قانونية، فأن تراجعا فلهما ذلك، و إلا قد رضيا عن تبصر و استنارة.[12]

2: قيد حالة الطرفين الراغبين في اللجوء إلى المساعدة الطبية للإنجاب

لقد اشترط المشرع الفرنسي في الطرفين الراغبين في اللجوء إلى المساعدة الطبية للإنجاب بعض الشروط و المتمثلة في:

- أن يكون الطرفين تربطهما علاقة زوجية أو علاقة معاشرة، بحيث لا تقل هذه الأخيرة عن سنتين.

---

[9] :« le Donneur doit faire partie d'un couple ayant procrée .Le consentement du donneur et celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit..... » Art 10, loi n 94-654.

[10] :« A titre exceptionnel ,les deux membre du couple ,peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L 152-5 »

[11] :« En cas de décès d'un membre du couple ,le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L 152-5 » ,Art L 152- 4 ,du code de la santé publique ,Art 8 ,loi n 94-654.

[12] : « les époux ou les concubins qui pour procréer recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur ,doivent préalablement donner dans des conditions garantissant le secret leur consentement au juge ou au notaire ,qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation..... » ,Art 311-20 Code Civil ,Art 10 ,Loi n 94-653 ,du 23 juillet 1994 ,Relative au respect du corps humain ,JCP ,N39 ,28 septembre 1994 ,textes 66973.

- ضرورة أن يكون الراغبين في اللجوء إلا أحد وسائل المساعدة الطبية للإنجاب على قيد الحياة أثناء إجراء عملية التخصيب.

- أن يكون كل منهما في مرحلة عمرية تسمح عادة بالإنجاب.[13]

3: قيد الغرض العلاجي للممارسة

لقد أكد المشرع الفرنسي على ضرورة توافر الغرض العلاجي كأحد القيود للجوء للمساعدة الطبية على الإنجاب، و هذا ما أكده في نص المادة 152 فقرة 2 من قانون الصحة العامة، والتي تقابلها المادة 2141-2فقرة 2 من قانون الصحة الجديد[14]، و التي نصت على أن التغلب على العقم الذي استعصى على وسائل العلاج التقليدية وتحقيق رغبة الزوجين أو العشيرين في الحصول على طفل يعد هو الهدف الرئيسي الذي ترمي عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب إلى تحقيقه[15]. كما اشترط أيضا أن يكون تدخل الغير في عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب لا يأتي إلا بثبوت استحالة إجراء التلقيح فيما بين طرفي العلاقة، سواء إذا كان ذلك بالتبرع بلقيحة[16] أو بأحد الأمشاج المجردة فقط[17]. ومن هنا نستنتج أن المشرع الفرنسي جعل من رغبة الرجل والمرأة في الحصول على طفل قرينة تثبت وجود المصلحة العلاجية التي تبيح إجراء هذا النوع من الممارسات الطبية.[18]

4: التأكد من سلامة اللقيحة قبل نقلها للرحم

وهذا ما أكددته المادة L2141-5[19]من قانون الصحة العامة، والتي اشترطت ضرورة التأكد من خضوع البويضات الملقحة لقواعد الأمن الصحي، وذلك بغرض التأكد من سلامتها وخلوها من الأمراض المعدية. حيث يتم هذا التأكد من خلال اللجوء إلى تقنية التشخيص السابق للزرع.

---

[13] :« l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants en âge de procréer ,mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination » ,Art L 152-2 du code de la santé publique ,Art 8 ,Loi n 94 -654 .Modifie par l article**L2141-2** ,Ordonnance 2000-548 ,2000-06-15 -Loi 2002-303 2002-03-04 art. 92 JORF 5 mars 2002.

[14] **:«** . . Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.... ».

[15] :« l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple .Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué.... » ,Art 152-2 ,Loi n 94-654.

[16] :« l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir » ,Art 152-6 ,Code De La Santé Publique ,Art 10 ,Loi n 94-654.

[17] :« Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation » ,Art 673-1 ,Code De La Santé Publique ,Art 10 ,Loi n 94-654.

[18]: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 310.

[19] :« L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses. » ,art 2141-5 de code de la santé publique français .

5: كتمان هوية المتبرع[20]

تعد فرنسا من الدول التي أكدت على ضرورة كتمان هوية المتبرع، حيث نصت المادة 2141-6 من قانون الصحة العامة الفرنسي على عدم إمكانية الزوجان اللذين يستضيفان الجنين ولا الشخص الذي تخلى عنه معرفة هوية الجنين. في حين أجازت هذه المادة استثناءا وفي حالة الضرورة العلاجية للطبيب إمكانية الإطلاع على معلومات طبية غير محددة على الزوجين اللذين تخليا عن الجنين. تأكيدا على هذا الضابط، جاءت المادة 316 من القانون المدني لتقطع أي صلة نسب بين المانح والطفل، ومنعت المادة رفع أي دعوى قضائية لإثبات النسب، وكذا عدم امكانية رفع الطفل دعوى المسؤولية ضد المانح أو المتبرع. وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على هذا الأمر، بإقراره أنه ليس في عدم تمكين الطفل من الوسائل الكفيلة للتعرف على هوية المتبرع أي مخالفة لمبدأ الحق في الرعاية الصحية.[21]

كما أكد القضاء الفرنسي على هذا الضابط، أين رفعت سيدة دعوى قضائية ضد مركز الدراسات وحفظ النطف والبويضات أمام المحكمة الإدارية Montreuil، تطالب فيها بإلزام المركز برفع السرية عن بعض البيانات غير الإسمية الخاصة بالمتبرع، إلا أن المحكمة رفضت الطلب، وأكدت أن القانون يمنع حصول الطفل الناتج عن التبرع بالأمشاج بأن يصل إلى المعلومات التي تمكنه من التعرف على أصوله البيولوجية، وأن هذا يتطابق مع الالتزامات الدولية في مجال حقوق الإنسان.[22]

---

[20]: لقد أكد المشرع الفرنسي على كتمان هوية المتبرع بصفة عامة، وذلك في نص المادة 16-8 من قانون المدني الفرنسي، و التي أكدت على عدم إمكانية إفشاء أية معلومات حول هوية المتبرع بأحد عناصر الجسم أو منتجاته.

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

En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. »

[21] :« Aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle ne prohibe les introductions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don et d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci. »

« L'interdiction de donner les moyens aux enfant ainsi conçus de connaitre l'identité des donneurs ne saurait être regardé comme partant atteinte à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par ce préambule ».

Cons conset .27 juillet 1994 .D 1995 ,237 ,note Mathieu, D 1995 ,Somm 299 ,obs. Favoreu .

لمزيد من التفاصيل أنظر: برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد–تلمسان، الجزائر، 2017/2016، ص 200.

[22] :« la loi interdisant à un enfant né d'une insémination artificielle avec tiers donneur d'avoir accès à ses origines personnelles est conforme aux engagements internationaux de la France garantissant la protection des droit fondamentaux. », TA Montreuil 14, juin 2012 ,req n 1009924 :AJDA 2012-1188 ,AJ Fam 2012.408 ,obs Xémard. D 2012. 1618 ,obs Mrikovic :Dict. Prem. Bioéthique et biotechnologie ,bull n 228 ,juin 2012 ,p.4 ,note Vigneau :JCP 2 juillet 2012 ,n 27 ,p 802 ,obs Binet :RTD civ. 2012 ,520 ,note Hauser.

كما أضاف مجلس الدولة الفرنسي بأن القواعد القانونية التي تحظر البوح بالمعلومات التي تسمح بالتعرف على هوية مانح المنتجات التناسلية، تعمل على إحداث توازن بين مصلحة المتبرعين والمستفيدين والطفل، وأن هذه الأحكام لا تتعارض مع المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان,

ثانيا: موقف التشريع الجزائري

تعتبر الوسائل الطبية المساعدة على الإنجاب من نتائج التطور العلمي في مجال الإنجاب والذي مر على ظهورها وقت كبير، هذه الوسائل لقت مسايرة قانونية لها من قبل العديد من التشريعات-الغربية خاصة- منذ أمد بعيد، إلا أنه وفي نفس الوقت تعتبر هذه الممارسات من المستجدات بالنسبة لبعض التشريعات، وأخص بالذكر هنا المشرع الجزائري. فإذا ما حاولنا البحث في معالجة القانون الجزائري للوسائل المساعدة على الإنجاب – ونحن نقصد هذا المصطلح- نجد أنه تم التنصيص عليه في تعديل قانون الصحة الجزائري[23] بالقانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 ، أما قبل صدور هذا الأخير نجد الإشارة الوحيدة لمسألة المساعدة الطبية على الإنجاب تظهر في نصه على ما أطلق عليه التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة. وعليه سأتطرق في هذه الدراسة، إلى التعرف على التنظيم القانوني للمساعدة الطبية على الإنجاب في قانون الصحة الجزائري، فضلا على التعرف على تنظيم المشرع الجزائري للتلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري

1: في قانون الأسرة

استعمل المشرع الجزائري مصطلح التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة[24] المعدل بالأمر 05-02 للدلالة على وسائل المساعدة الطبية على الإنجاب. وعليه سنقوم بتحليل ما جاءت به المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي أجازت اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي من قبل الزوجين، وذلك وفقا لمجموعة من الضوابط والمتمثلة في:

أ: الزواج شرعيا

أي أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلا في إطار علاقة زوجية مثبتة بعقد زواج[25] شرعي مستوفي لشروطه الشرعية والقانونية،[26] مما يعني أن المتزوجين عرفيا لا يمكنهما الاستفادة منه إلا بعد تثبيت

« les règles législatives interdisant la divulgation de toute information permettant d'identifier l'auteur d'un don de gamètes traduisent un juste équilibre entre les intérêts du donneur ,ceux des couples receveur et ceux de= =la personne issue du don et partant ,ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'art 08 de la Conv .EDH. » , CE ,avis 13 juin 2013 ,M.A ,req n 362981 ,AJDA 2013, 1246 :D2013 ,1626 .Obs. Grand :AJ Fam. 2013.416.

[23]: قانون الجزائري رقم 18-11المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 29 يوليو 2018.

[24]: الأمر 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 17 فيفري 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9/رمضان/ 1409الموافق ل 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور في الجريدة الرسمية، السنة 42، العدد 15.

[25]: : تنص المادة 4 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري على أنه: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

زواجهما بموجب حكم قضائي.[27] لكن المشرع غفل عن إيضاح المدة المفروضة لهذا الزواج لكي يجوز للزوجين اللجوء إلى أحد وسائل المساعدة الطبية على الإنجاب، وهي ما حددها المشرع الفرنسي بمدة سنتين. والأسئلة التي ستكرر في كل شرط من الشروط هي؛ هل هناك ما يلزم القائمين بهذه الممارسة باحترام هذا الشرط، وما الجزاء المترتب على مخالفته؟، وهل هناك جزاء لكل امرأة عزباء تلجأ إلى هذه الممارسة للإنجاب؟.

ب: رضا الزوجين وأثناء حياتهما على القيام بعملية التلقيح

لاشك أن رضا الزوجين لإجراء التلقيح الاصطناعي يعد شرطا جوهريا، ولعل حكمة المشرع في ذلك استبعاد طرق التلقيح الخارجة عن نطاق الشرع والتشريع. ويغيب رضا الزوجين في عملية التلقيح الاصطناعي متى أكرهت الزوجة مثلا على إجراءه خارج الأطر القانونية ، ومن ذلك إكراه الزوجة على حمل بويضة لامرأة جميلة، بهدف تبني تلك الصفات وراثيا على الطفل المولود بالتلقيح الاصطناعي أين تتحول المرأة إلى أم بديلة أو متصرفة في الرحم.[28]

كما اشترط المشرع موافقة الزوجين معا على التلقيح، أي لا يعتد بموافقة أحد الزوجين دون الآخر فالرضا هنا يجب أن يكون صريحا وواضحا، إضافة إلى اشتراط المشرع حياة الزوجين أثناء القيام بعملية التلقيح أي أنه لا يعتد بحياة الزوجين أثناء الموافقة على التلقيح، بل يجب اقتران حياة الزوجين بوقت الموافقة ووقت التلقيح. ومن هنا نستنتج رفض المشرع لمسألة التلقيح بعد وفاة الزوج باللجوء إلى الحيوانات المنوية المجمدة.

ج: أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

نستنتج من هذا الشرط أن المشرع قد غلق باب تدخل طرف ثالث في تطبيق التلقيح الاصطناعي، فاشترط أن يكون المني والبويضة للزوج والزوجة دون غيرهما، وهذا حرصا منه على حماية وصيانة الأنساب. إلا أن هذه الحماية تظل غير فعالة ووضع مثل هذا الشرط لتحقيقها لا جدوى له، لغياب النص الذي يلزم على احترامه، ومعاقبة كل من يخالفه. كما أن تحقيق الحماية للأنساب تتطلب وضع إجراءات و ترتيبات

---

[26]: بغدادي الجيلالي، الوسائل العلمية المساعدة على الانجاب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص 07.

[27]: تنص المادة 22 من قانون الأسرة على أنه: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية.".

[28]: مجدوب نوال، إشكالات إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة جيل البحث العلمي، مجلة إلكترونية منشورة على الموقع http://jilrc.com/.

للقيام بهذه العملية، وشروط يجب أن تتوفر في القائم بها، وهذا ما غاب في القانون الأسرة الجزائري، مما يجعل إمكانية اختلاط الأنساب، سواء عن طريق الخطأ أو عمدا جد محتملة، إن لم تكن أكيدة.

د: عدم جواز اللجوء إلى اللأم البديلة

من خلال هذا الشرط أيضا، نلاحظ أن المشرع قد غلق باب اللجوء إلى طرف ثالث لإتمام عملية التلقيح الاصطناعي، وهذا الطرف يكون في شكل أم بديلة و ذلك من خلال الإستعانة برحم غير رحم الزوجة لإعادة البويضة الملقحة –بالحيوان المنوي للزوج وبويضة الزوجة- إليه لإتمام مدة الحمل فيه إلى غاية الولادة. هذا الشرط أيضا جاء حرصا من المشرع على حماية الأنساب، وذلك لما تنطوي عليه هذه العملية من اختلاط نسب الجنين بين الأم البيولوجية وبين صاحبة الرحم، -وهذا ما سنقوم بتوضيحه أكثر في عنصر استئجار الرحم كأحد آثار الوسائل الطبية المساعدة على الإنجاب-، إضافة إلا ما قد تتضمنه هذه الممارسة من متاجرة بالجسد البشري وهو الأمر المجرم قانونا.

2: في قانون الصحة

لم يتطرق قانون حماية الصحة وترقيتها، ولا المرسوم التنفيذي 05-483 المؤرخ في 2005/11/10 المتعلق بتنظيم طب فترة ما قبل الولادة وما بعدها و طب المواليد حديثي الولادة وممارسة ذلك، إلى مسألة المساعدة الطبية على الإنجاب. وذلك بالرغم من تضمن المشروع التمهيدي المتعلق بقانون الصحة إليها، بموجب نص المادة 388 منه والتي نصت على تخصيص المساعدة الطبية على الإنجاب حصرا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة ويشكلان زوجا مرتبطا قانونا، ويعانيان عقم مؤكد طبيا، ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. ليستدرك بعدها المشرع الجزائري الأمر بصدور القانون رقم 18-11[29]، بنصه الصريح على المساعدة الطبية على الإنجاب، أين تضمن هذا القانون مجموعة من الضوابط الواجب الالتزام بها لضمان التطبيق السليم لهذه المساعدة الطبية، وكذا ضمان أكبر حماية ممكن للجنين من سوء استغلال المساعدة الطبية على الإنجاب.

لكن بداية وجب علينا التطرق إلى تعريف المشرع الجزائري لهذه الممارسات، والذي نجده في نص المادة 370 من هذا القانون، والتي عرفت المساعدة الطبية على الإنجاب على أنها: " هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا. تتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الصناعي". من

[29]: القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

هذا التعريف نلاحظ اعتراف المشرع الجزائري بهذه الممارسات كطرق بديلة للإنجاب في حالة وجود عقم لدى الزوجين، كما نجد أن المشرع حصر هذه الممارسات في[30]:

- تنشيط عملية الإباضة.
- التلقيح بواسطة الأنابيب.
- نقل الأجنة.
- التخصيب الصناعي.

أما عن ضوابط اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب التي نص عليها المشرع في هذا القانون[31] - والتي أغلبها تم النص عليها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، والتي سبق و تعرضنا لها بالشرح- تتمثل في الآتي:

أ: الضوابط المتعلقة بالزوجين

-**الطلب:** اشترط المشرع الجزائري على تقديم طلب من الزوجين إلى الجهة التي يتم على مستواها القيام بأعمال المساعدة الطبية على الإنجاب، بحيث يعبران فيه عن رغبتهما في الإستعانة بأحد وسائل المساعدة الطبية على الإنجاب لإحداث الحمل. لتُحدد بعدها المادة 371 من القانون نفسه الشروط المتطلب توافرها في الطلب.[32] والسؤال الذي قد يطرح في هذه الحالة هو عن الغاية من اشتراط المشرع وجود الطلب من الزوجين؟.

---

[30]: بالنظر إلى التطور الذي تشهده الممارسات الطبية المساعدة على الإنجاب بمرور كل يوم، كان من الأولى أن لا يحصر المشرع هذه الأخيرة، ذلك أنه من المحتمل جدا ظهور أحد الممارسات الأخرى مما قد يستدعي تعديل هذه المادة كل مرة. لذا نقترح العريف الآتي للمساعدة الطبية على الإنجاب :" **المساعدة الطبية على الإنجاب هي ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة أنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الصناعي ، أو أي تقنية أخرى تسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي**".

[31]: تنص المادة 371 من القانون 18-11 على أنه: " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وإمراة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي، ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر.

يقدم الزوج و الزوجة كتابيا وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية".

[32]: تتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون الطلب كتابة
- أن يكون الزوجين على قيد الحياة أثناء تقديم الطلب.
- أن يتم تأكيد هذا الطلب بعد شهر من استلامه من قبل المؤسسة المعنية.

حسب رأيي وبعد تحليل نصوص هذا القانون، فإن الغاية من وجود هذا الطلب هي أولا التأكد من موافقة الطرفين على اللجوء إلى هذه المساعدة الطبية على الإنجاب، فضلا عن التأكد من الشروط المتطلب توافرها في الزوجين، وذلك للفصل في الاستجابة لهذا الطلب أو لا. حيث أن هذا الأخير يرفق بمجموعة من الوثائق (كعقد الزواج، شهادة الميلاد للزوجين)، هذا ما أكده لنا رئيس مركز هبة للإنجاب بالجزائر العاصمة–دكتور ديك مراد-.

-**شرط أن يكونا الزوجين في سن الإنجاب**: هذا الشرط أو القيد فيه حماية لمصلحة الجنين، وذلك بضمان أن يكونا الزوجين قادرين على تربية ورعاية الجنين بعد ولادته، هذا من جهة. من جهة أخرى قد ينطبق هذا القيد على المرأة أكثر منه على الرجل[33]، نظرا لتوقف قدرة المرأة على الإنجاب في سن معين وباشتراط هذا القيد من شأنه غلق الباب أمام استغلال الأطباء لرغبة الزوجين في الإنجاب والموافقة على اللجوء إلى الوسائل المساعدة على الإنجاب، وذلك رغم علمهما بعدم قدرة الزوجة على الإنجاب. إلا أن السؤال الذي يطرح أيضا في هذه الحالة، عن من يحدد هذا السن، وهل هو نفسه بين الرجل والمرأة؟.

-**أن يكونا الزوجين على قيد الحياة.**

- **أن يكون الزوجين مرتبطين قانونا.**

-**وجود عقم مؤكد طبيا:**[34] فكما سبق وأشرت في مسألة التمييز بين العقم وعدم الإخصاب، فكيف يؤكد هذا العقم؟ وما الذي يقصده المشرع من استخدامه لهذا المصطلح؟.

---

[33]: من المتعارف عليه ومأكدته أغلب التجارب والبحوث العلمية أن سن المرأة يلعب دورا محوريا في نجاح عملية التلقيح الاصطناعي، إلا أن دراسة حديثة دحضت هذه النتائج بتأكيدها على أن عمر الرجل يؤثر أيضا في نجاح هذه العملية أو فشلها. وتوصلت دراسة أميركية إلى أن معدلات نجاح التخصيب الصناعي يعتمد على عمر الرجل وليس المرأة وحدها. وأشارت إلى أن احتمال الحمل يتراجع مع تقدم سن الرجال، مقارنة بمن هم أصغر ولديهم شريكة من نفس العمر. وقدم باحثون من جامعة هارفارد الأميركية دراستهم، التي شملت نحو 19 ألف دورة تخصيب صناعي، إلى الجمعية الأوروبية للتخصيب وعلم الأجنة. وتتناقض نتائج الدراسة مع فكرة استمرار قدرة الرجال دائما على التخصيب. وثمة اعتقاد بأن احتمالات الحمل، سواء كان طبيعيا أو بوسائل مساعدة، تتأثر بتحوّر الحيوانات المنوية أو تراجع عددها لدى الرجال الأكبر عمرا. نجاح التخصيب الصناعي يعتمد على عمر الزوج لا على سن الزوجة وحدها، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: https://alarab.co.uk/، تاريخ الدخول: 07-01-2020، ساعة الدخول: 19:46.

[34]: بإيراد المشرع لضابط وجود العقم للجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب نستنتج أنه اعتبر هذا الأخير حالة مرضية ممكنة العلاج، عن طريق التدخل الطبي.

بما أن هذا السؤال متعلق بمسألة طبية، كان لزاما استشارة أهل الاختصاص، فحسب الدكتور ديك مراد صاحب مركز هبه للإنجاب، وبعد سؤالنا عن السبب الذي يجعله يقرر اللجوء إلى أحد الممارسات المساعدة على الإنجاب فكان جوابه كالآتي: " يتم اللجوء لأحد هذه الممارسات متى تأكد طبيا أن الزوجين أو أحدهما يعاني من حالة مرضية يستحيل أو يصعب بسببها حدوث الإخصاب. أو في حال مرت مدة زمنية معينة ولم يرزقا الزوجين بمولود رغم عدم وجود المانع، فيطلبا مباشرة الإخصاب خارج الرحم. أما عن المدة الزمنية التي يمكن بعد مرورها اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب، فقد قال الطبيب ديك مراد أنها غير محددة في القانون، وغالبا يعمل بما هو موجود في باقي القوانين وخاصة القانون الفرنسي، والمدة تكون بمرور سنتين. في سؤال آخر عن هل يمكن اللجوء إلى هذه المساعدة حتى قبل مرور هذه المدة، فكان جوابه أنه إذا طلب الزوجين ذلك ممكن.[35]

ما يأخذ على المشرع الجزائري في هذه النقطة، هو غياب اشتراطه لوجود الغرض العلاجي وفقط للقيام بأحد الممارسات المساعدة على الإنجاب، أي وجود المرض الذي يستدعي العلاج وعليه لا تعد رغبة الزوجين في الإنجاب المبكر سببا في اللجوء لهذه المساعدة ذلك لغياب الغرض العلاجي. فترك الأمر خاضع لرغبة الزوجين قد يجعل من هذه الممارسات وبعدما كان اللجوء إليها استثناءا، وفي حال عدم تحقق الحمل بالطريقة الطبيعية، إلى ممارسة يلجأ إليها لتحقيق الحمل بسرعة وفي الوقت المرغوب فيه لنكون فعلا أمام ما سمي بأطفال تحت الطلب.

وعليه كان لزاما على المشرع التمييز بين مسألة عدم الإخصاب ومسألة العقم، فضلا عن تحديده للمدة التي يسمح بعد مرورها للزوجين وللمركز و للطبيب تنفيذ هذه الممارسات، لغلق الباب أمام كل متاجرة أو استغلال لوضع الأزواج، ولجعل هذه الممارسات حقا استثناء عن قاعدة أن الحمل يكون بممارسة جنسية طبيعية، وفي حال فشل ذلك يمكن اللجوء للاستثناء.

-**أن تكون الحيوانات المنوية للزوج و البويضات للزوجة**: وبهذا يكون المشرع قد أغلق باب تدخل طرف ثالث في هذه العملية- وهو ما يعرف بالمانح-، وذلك عن طريق التبرع بالحيوانات المنوية أو البويضات. باشتراطه أن تكون الأمشاج للزوجين دون غيرهما. كما نجد المشرع أضاف عبارة مع استبعاد أي شخص آخر، فحسب رأينا أن هذه الفقرة لم يقصد من ورائها المشرع استبعاد شخص آخر كمتبرع لأن نصه على أن تكون الحيوانات المنوية للزوج والبويضات للزوجة دون سواهما كافية للدلالة على عدم إمكانية الإستعانة بأمشاج الغير، وعليه فالعبارة السابقة، وحسب رأيي، قصد من ورائها المشرع استبعاد تدخل

[35]: ما يؤكد هذا هو الحالة التي قابلتها في هذا المركز وهي لسيدة متزوجة مرت سنة على زواجها ولم يتم الحمل وبرغبة منها ومن زوجها ورغم عدم وجود المانع الطبي من حدوث الحمل طبيعيا، قامت بإجراء عملية إخصاب خارج الرحم في هذا المركز.

طرف ثالث في صورة رحم بديل عن رحم الزوجة، أي أن المشرع إضافة إلى اشتراطه أن تكون الحيوانات المنوية والبويضات للزوجين، فقد اشترط أيضا أن يكون الرحم للزوجة دون اللجوء إلى طرف آخر في صورة رحم آخر.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة توصلنا إلى أن المساعدة الطبية على الإنجاب هي آخر و أهم المستجدات التي جاء بها قانون الصحة الجزائري لما تتميز به هذه الممارسة من أهمسة بالغة لدى الأزواج الذين يواجهون مشاكلا في عملية الإنجاب.

وعليه ونظرا لطبيعة هذه الممارسات ومحلها المقدس كان لزاما على التشريعات القانونية التدخل بتنظيمها ووضع الضوابط اللازمة والكافية التي تضمن تنفيذها ضمن الحدود المشروعة زمنع اي تجاوزات وممارسات غير مشروعة تحت إيطار طلب الإنجاب، وهذا فعلا ماأخذت به أغلب التشريعات سواءا العربية أو الغربية بما فيها مشرعنا الجزائري كما سبق لنا توضيحه.

الشروط القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري

Legal conditions for the process of transplantation and transplantation of human organs in Algerian legislation

د. لـــزرق آمـــــال
جامعة وهران -2-محمد بن أحمد.

الملخص:

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم التدخلات الجراحية التي يشهدها العصر الحالي، والتي قدمت خدمة للإنسانية، إذ أثبتت جدواها في علاج وشفاء المريض، وذلك باستبدال العضو التالف للمريض بالعضو السليم من إنسان آخر حيا كان أو ميتا لإنقاذ حياته، وقد أثارت هذه العمليات جدل وخلاف بين علماء الشريعة الإسلامية والقانون لكونها تتصل بالأحياء والأموات، وبسبب أنها لا تخلو من المخاطر على حياة الإنسان، وكذا المصالح المتزاحمة والمتعارضة بين أطرافها، والمتمثلة في إنقاذ المريض من جهة والحفاظ على صحة المتبرع وعدم الإضرار به من جهة أخرى .

الكلمات المفتاحية: العضو البشري، نقل وزرع الأعضاء، الاستئصال، الضوابط القانونية.

Abstract:

The transfers and transplantation of human organs are considered one of the most important surgical interventions witnessed by the current era, which provided a service to humanity, as it has proven its use in the treatment and recovery of the patient, by replacing the damaged member of the patient with a healthy organ from another living or dead person to save his life, and these operations have sparked controversy And a dispute between Islamic Sharia scholars and the law because it relates to the living and the dead, and because it is not without risks to human life, as well as the crowded and incompatible interests between its parties, which is to save the patient on the one hand and maintain the health of the donor and not harm him on the other hand.

Keywords: the human member; transfer and transplantation; eradication; legal controls.

مقدمـة

مع بزوغ القرن العشرين تطورت ميادين العلم في شتى المجالات، والتي لم يشهد لها مثيل لاسيما في المجال الطبي، حيث ظهرت وسائل فنية حديثة تخطى بها العلماء والجراحين حدود الأعمال الطبية التقليدية خاصة منها قسم الجراحة، ليدخلوا في معالجة الأمراض المستعصية والتي ظلت إلى وقت قريب قاتلة، وبذلك أنقذ آلاف المرضى من الموت الذي يهددهم، ولعل أهم وأعظم ما تحقق بالنسبة لحياة الإنسان وصحته هو عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، هذه الأخيرة التي تعتبر نتاج تقدم العلوم الطبية والبيولوجية التي تهدف إلى علاج المرضى، وتخفيف آلامهم ومعاناتهم وإنقاذهم من الهلاك، حيث استطاع الأطباء الجراحين استبدال الأعضاء البشرية التالفة التي لا تؤدي وظيفتها بأعضاء بشرية سليمة، منقولة من الأشخاص الآخرين سواء كانوا أحياء أو أموات، لكن رغم فعالية هذه العمليات في علاج المرضى من خطر الموت إلا أنّها لا تخلو من المخاطر على حياة الإنسان، لأنها تعد خروجا عن القواعد المستقرة والتي تحمي حق الشخص في سلامة وتكامل جسده.

إذ يعد جسم الإنسان من العناصر اللازمة لوجوده ولا تستقيم الحياة إلا بها، وهو لا يكون محل اتفاق إلا لصيانتها وحفظ كرامته، وعلى نحو لا يعد المساس بها انتهاكا لحرمة ومعصومية الكيان الجسدي، وقد أولت الشريعة الإسلامية الغراء اهتماما وغاية فائقين للإنسان الذي كرمته أيما تكريم وفضلته على سائر المخلوقات، إذ أنه من مقاصدها الكبرى المحافظة على الدين والنفس والعقل والمال والنسل، كما أنها شرّعت الحدود والقصاص لكل من ينتهك حرمة هذه الضرورات.

تتجلى أهمية نقل وزرع الأعضاء البشرية وضوابطها في التشريع في عدة مظاهر أهمها:

- أنّ الأطباء الذين يقومون بهذه العمليات هم في حاجة ماسة لمعرفة مدى شرعية هذه الوسيلة الطبية الفنية الحديثة، وذلك من الناحية القانونية والشرعية، وكذا الشروط الواجب توافرها حتى لا تترتب مسؤوليتهم الجنائية والمدنية.

- أنّ هذه العمليات أسهمت في بروز مفهوم جديد للعلاقات الإنسانية والاجتماعية، وما نجم عنه من إباحة تنازل الشخص عن عضو من أعضاء جسمه إلى شخص آخر هو في حاجة إليه، ومن ثم فإنّ هذا المتنازل هو أيضا في حاجة إلى معرفة الحدود التي يستطيع في إطارها أن يتصرف في سلامة

جسمه، وإمكانية السماح للطبيب الجراح بالمساس بتكامله الجسدي دون أن يقع هذا الأخير تحت طائلة العقاب، وكذا معرفة الضمانات التي يكفلها له القانون في حماية حريته وتكامله الجسدي.

- التقدم العلمي والفني في المجال الطبي والجراحي في الجزائر، والذي ساعد على ظهور نصوص نقل وزرع الأعضاء ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، وذلك بالاستعمال المتزايد للتكنولوجيا التي يستلزمها تنظيم مختلف الأوضاع الممكنة، سواء تعلق الأمر بالتجارب العلاجية أو الإنعاش الصناعي، وسعيا وراء إحاطة العمل الطبي بشرط الأمن والفاعلية، لأنه لا يمكن بدونها تطور الطب مع ضرورة توفير ضمانات قصوى للإنسان والمجتمع في حدود احترام التقاليد الاجتماعية والثقافية.

- أنّ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ذات أهمية بالغة، لكونها تثري وتعمق المفاهيم من خلال قيمة تفاعلها هيكليا، كميا ونوعيا مع التطورات المطردة التي يعرفها الميدان الصحي بالجزائر، كما أنها تجيب عن انشغالات إنسانية وطبية واقتصادية، لأنها تقلل من الحاجيات المتزايدة للمواطنين في مجال نقل لأعضاء، وهذا ما تترجمه الأعداد الهائلة من المرضى المسافرين للخارج قصد المعالجة، وما يكلف الاقتصاد الوطني من عملة صعبة.

الهدف من خلال هذه الدراسة إلى:

- تبيين شروط وضوابط إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى.

وقد استلزم علّي لدراسته إتباع المنهج الوصفي وكذا المنهج التحليلي.

فقد أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية العديد من المشاكل، وكانت موضع جدل في كل من المجال الطبي والقانوني و حتى الديني، لما فيها من مساس بسلامة جسم الإنسان، ولما فيها من مخاطرة أثناء القيام بها، سواء تمت تلك العمليات بين الأحياء، والتي تستلزم وجود شخص سليم يورد أو يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه لصالح شخص مريض، ومصاب في أحد أعضائه إصابة خطيرة قد تودي بحياته، ولا تجدي معه وسائل العلاج والجراحة التقليدية، ولا سبيل لإنقاذ حياته إلا عن طريق استبدال العضو التالف بالعضو السليم، مع أن المتنازل ليست له أي مصلحة علاجية في ذلك، أو أن تتم عمليات نقل الأعضاء البشرية من شخص ميت، وهي الأقل ضررا لأن استئصال الأعضاء فيها يتم من الجثة .

فكيف نظم التشريع الجزائري عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في ظل القانون المتعلق بالصحة 18-11؟

إن طبيعة الموضوع دفعتنا إلى تناول أكثر من منهج و عليه اتبعنا المنهج الوصفي لتوضيح بعض المفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسة من أجل المساعدة على فهم الموضوع وتحديده وحصره، كما اعتمدت المنهج التحليلي في تحليل موقف القوانين من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وكذا تحليل جملة من النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع، للوقوف على أوجه قصور وفعالية هذه النصوص في تحقيق الحماية المطلوبة.

للإجابة على هذه الإشكالية سنتطرق إلى ما يلي:

المبحث الأول: ماهية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

إنّ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي توصل إليها الطب مؤخرا، والتي انتشرت بشكل واسع وسريع تثير العديد من الصعوبات، لذلك فإنه لا يمكن البحث في هذه الأخيرة إلا بعد تحديد المقصود بالعضو البشري، والعملية التي يتم من خلالها نقله وزرعه.

المطلب الأول: تعريف العضو البشري وعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إحدى ثمار التقدم العلمي، وعليه يتعين معرفة المقصود بالعضو البشري (الفرع الأول)، وعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف العضو البشري

يعد التعريف بالعضو البشري من الأمور التي لا تخلو من صعوبة، ليس لتشابك هذا المصطلح وتداخله في علوم اللغة والطب والفقه الإسلامي والقانوني فحسب، بل ولأن وضع التعريف من الناحية الطبية أمر لا يتسم بالأهمية والضرورة التي يتسم بها من الناحية القانونية، إذ له أهمية بالغة في بناء الأحكام وترتيب الآثار.[1]

أولا: التعريف اللغوي للعضو البشري

العضو بضم العين وكسرها: أحد الأعضاء وهو: "" كل عظم وافر اللحم ""، ومن ذلك قولهم وعضيت الشاة و الجزور و تعضية إذ جزأتها أعضاء، وهو كذلك: ""جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف ""، وقد يطلق لفظ العضو أيضا ويراد به أطراف الإنسان.[2]

وما يلاحظ على هذه التعاريف اللغوية أنها لم تشمل جميع أجزاء جسد الإنسان لأنه يخرج من

[1] الأشهب العندليب فؤاد، الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان عن الأعمال الطبية الحديثة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، 2010 – 2011، ص 24.

[2] جمال الدين محمد مكرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1988، ص 264.

التعريف الأعضاء المتجددة كالدم والشعر والجلد .[3]

ويلاحظ كذلك على أنها ضيقت بشكل كبير من نطاق العضو ومفهومه على الأعضاء اليابسة، كما يلاحظ في هذا الجانب أيضا أن هناك أعضاء يابسة.

مثل القلب والكبد مع أنه ليس هناك اختلاف على كونها أعضاء، إلا أنها خالية تماما من العظام.[4]

وبسبب عدم كفاية التعريف اللغوي للعضو كان لابد من إيجاد تعريف يتجاوز المعنى اللغوي.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للعضو البشري

1-تعريف العضو في الفقه الإسلامي :

عرف قرار مجمع الفقه الإسلامي العضو البشري بأنه:" أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوهما كقرنية العين سواء كان متصلا أم انفصل عنه ".[5]

وعرف أيضا فقهاء الإسلام العضو بأنه: أي جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضو مستقل كاليد والكلية والعين وغير ذلك، أو جزء من عضو كالقرنية والأنسجة والخلايا وسواء منها ما يستخلف كالشعر والظفر أو ما لا يستخلف، وسواء منها الجامد كما ذكر" السائل كالدم واللبن"، وسواء كان ذلك متصلا به أو انفصل عنه .[6]

يتضح لنا من تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية ومجمع الفقه الإسلامي للأعضاء أنه تعريف واسع وشامل لجميع أعضاء الإنسان وأجزائه، وفتح الآفاق أمام عمليات نقل وزراعة الأعضاء وأزاح الكثير من العقبات التي من الممكن أن تواجه تلك العمليات، إلا أنه يؤخذ عليه في الوقت نفسه تضمنه لجميع الأجزاء البشرية، مع أن الكثير منها لا يعد من الأعضاء فهذا التعريف يعد الدم مثلا عضوا بشريا، وهو ما لا يعد دقيقا من الوجهة اللغوية والطبية .[7]

2 – تعريف العضو في الفقه الجنائي :

يعرف العضو بأنه: " عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية، والقادرة على أداء وظيفة معينة في

---

[3] بوساق محمد المدني، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، ص 251.

[4] محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة، عمان،2004، ص 18.

[5] علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة، قطر، الطبعة السابعة، د.ت، ص 673

[6] هامل فوزية، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 01/09، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2011 –2012، ص 31

[7] هيثم حامد المصاروة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء، دار المناهج، عمان، ص 18.

الجسم، سواء أكانت ظاهرة في وظيفتها أي خارجية أو كانت داخلية فكلها أعضاء بشرية " .[8]

كما عرف العضو بأنه:" جزء حي من المكونات الطبيعية للجسم، بحيث لا تتوقف على نقله تعريض حياة الإنسان للخطر ."[9]

ويقصد بكونه حيا أن يكون العضو مازال محتفظا بقيمته البيولوجية وقت النقل، أما كون أن يكون العضو من الأعضاء الطبيعية للجسم، يعني وجوب استبعاد الأعضاء الصناعية من مضمون العضو البشري لافتقادها خصائص العضو، وأهمها الطبيعة الحية للعضو البشري، ذلك لأنها مجرد شيء مادي، والملاحظ أن هذا التعريف قد حدد الأعضاء التي يمكن نقلها .[10]

ونجد أن تشريعات العديد من الدول لم تورد تعريفها للعضو البشري ولم تحدده، ومنها التشريع الجزائري الذي جاءت نصوصه عامة وخالية من أي إشارة وتحديد للعضو في قانون الصحة وترقيتها رقم 05/85 المعدل والمتمم بقانون 17/90 الصادر في 3 يوليو 1990، كما أن هناك البعض من التشريعات التي أوردت تعريفا للعضو البشري، منها التشريع الأردني في المادة الثانية من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم 23 لسنة 1977، حيث عرف العضو بأنه : "" أي عضو من أعضاء الجسم أو جزء منه ""، كذلك التشريع القطري عرف العضو في مادته الأولى كالآتي :""... العضو أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه يكون حيويا وهاما لإنقاذ المريض..."".

والملاحظ أن هذين التعريفين لم يأتيا بجديد بل عرفا الشيء بنفسه.[11]

كما تبدو أهمية هذا التعريف المتميز فيما اشتمل من تحديد معنى ومدلول عنصر هام جدا وهو العضو الآدمي، وهو ما يجعله يسهل عملية تكييف وتحديد المسؤولية الجنائية في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم أو المساس أو التعامل في أطرافه .[12]

ولم يتطرق القانون 18-11 المتعلق بالصحة إلى تعريف الأعضاء البشرية، فاسحا المجال للفقه والقضاء للخوض في مختلف المفاهيم .[13]

---

[8] محمد كتانة، سالي عطاري، مشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية وحقوق الإنسان، كلية الدراسات العليا بحث مقدم لجامعة بيرزيت، فلسطين، 2007 -2008، ص 2

[9] محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص21.

[10] محمد حماد مرهج الهيتي، نفس المرجع.

[11] المرجع نفسه، ص18.

[12] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2002، ص 15.

الفرع الثاني: تعريف عمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد تعددت المصطلحات الدالة على عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ نجد أن التشريعات قد استعملت مترادفات وألفاظ تؤدي نفس المعنى، فالمشرع الأردني استخدم مصطلح "الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان "، والمشرع المغربي استخدم مصطلح "التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها"، واستخدم المشرع الفرنسي مصطلح "نقل وزرع الأعضاء"، أما المشرع الجزائري فقد استخدم مصطلح" انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها ".

أولا: عملية نقل العضو البشري

تعرف عملية نقل العضو البشري بأنها العملية التي يتم بها استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المعطي، وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي في الحـال أو المآل .[14]

ويلاحظ من هذا التعريف أنه ليست كل أعضاء جسد المعطي يجوز نقلها، إنما هناك بعض الأعضاء فقط تكون قابلة وصالحة للنقل سواء من الناحية الفقهية أو القانونية، ويكون العضو قابلا للنقل من الناحية الفنية، إذا كان العضو سليما وإلا انتفت الحكمة من نقله، وإذا كانت حالة المعطي تسمح بذلك، بحيث أن نقل العضو لا يؤثر على حالة المعطي الصحية، أما أن يكون العضو قابلا للنقل من الناحية القانونية، يعني أن يسمح المشرع بنقله أي أن يكون مصنفا من ضمن الأعضاء القابلة للنقل.[15]

ثانيا: عملية زرع العضو البشري

ويسميه البعض غرس الأعضاء، وتعرف هذه العملية بأنها:"" نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف ""، وتعرف كذلك بأنها: "" نقل أعضاء سليمة من أجسام صحيحة إلى أجسام مريضة أعضاء منها أو تالفة "" .[16]

وتنقسم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى ثلاث فئات هي:

1. عمليات الزرع الذاتي: وهو زرع يتم على نفس الشخص المتبرع للأنسجة أو العضو المنقول، وهـو ما يعبر عنه بانتفـاع الشخص جـزء من نفسه لنفسه في حالة الضرورة، وذلك كإجراء العمليات

---

[13] وزيتونة لينة، لحرش أيوب تومي ، الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الحياد دراسة تحليلية على ضوء القانون 18-11 مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، جوان 2020، ص 43.

[14] محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص 31 .

[15] المرجع نفسه، ص 18.

[16] بوساق محمد المدني، المرجع السابق، ص 252.

الجراحية التي تكون عن طريق التصحيح والتعويض والترقيع، نتيجة الحوادث التي تحدث للإنسان أو التشوه نتيجة الحرائق، وغير ذلك عندما يحتاج الإنسان لإصلاح عيب في جسده [17]، وهذه الحالة لم يرد فيها أي اعتراض قانوني أو أخلاقي أو فقهي، ومبدئيا ينجح الزرع الذاتي دائما من الناحية الطبية لأن الخوف من رد العضو أو النسيج لا يحدث أبدا.[18]

2. عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين البشر : وهو زرع يتم على شخص ينتمي لنفس نوع المتبرع، وقد يكون المتبرع والمستفيد من نفس السلالة أي الزرع بين التوائم، فهو يتعلق إذا بزرع يتم بين أشخاص يملكون بالضرورة تكوينا وراثيا متشابهة بشكل كامل .[19]
3. عمليات الزرع من الحيوانات : وهو زرع يتم على كائن ينتمي لنوع آخر مختلف عن نوع المتبرع، وقد أجريت بعض الدراسات السابقة لزرع قرنية كلب عند الإنسان، كما تمت محاولة زرع قلب قرد عند الإنسان، ولكن يطرح إجراء مثل هذه التجارب على المرضى مشاكل أخلاقية وقانونية، لأنه حتى الآن لـم ينتج عن نقل أعضاء الحيوانات إلا الفشل المستمر .[20]

يتبين مما سبق أن التسمية الأكثر دلالة، والتي تعطي معنى واضح ودقيق هي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتألف من نوعين وهما:

- عملية نقل أو استئصال من الشخص المتبرع.
- عملية زرع العضو لدى الشخص المريض.

يضاف إلى هاتين العمليتين عملية استئصال العضو التالف من الشخص المريض، قبل زرع العضو السليم.

المطلب الثاني: الأعضاء محل الاستئصال في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

إنّ تقسيم وتصنيف الأعضاء البشرية له أهميته المعلومة في نطاق عمليات نقل الأعضاء دون زراعتها، وبشكل خاص إذا كان المعطي إنسانا حيا، وذلك لأنه على أساسه يتم تحديد إمكانية أو عدم إمكانية نقل العضو، ولكن هذا التصنيف يفقد أهميته إذا كان النقل يتم من جثة إنسان، إذ المبدأ في

[17] احمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1999، ص 96 .
[18] آمال عبد الرزاق مشالي، الطب الشرعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 229
[19] احمد عبد الدائم، المرجع نفسه، ص 97
[20] المرجع نفسه، ص 96.

نطاق ذلك أن جميع أعضاء الجثة قابلة للنقل متى أمكن الاستفادة منها بعد الوفاة، حتى الأعضاء المنفردة التي لا نظير لها في الجسم، والتي لا يجوز نقلها من جسم الإنسان الحي.

الفرع الأول: الأعضاء الجائز استئصالها

تتنوع الأعضاء البشرية وتتعدد، فقد تكون مزدوجة مثل الرئة والكلية والأذن، وقد تكون منفردة كالقلب، كما نجد أعضاء سائلة وتتمثل في الدم واللبن، وهناك أعضاء متجددة وأخرى غير متجددة وغيرها، ونظرا لاختلاف وتنوع الأعضاء المكونة للجسم البشري، فإنه يطرح التساؤل الآتي: ما هي الأعضاء التي يمكن أن تكون محلا لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والجائز استئصالها وزرعها؟

أولا: التبرع بالأعضاء المزدوجة

يقصد بالأعضاء المزدوجة التي لها نظير بالجسم، وأهم ما يميزها إضافة إلى صفة الازدواج أنها غير متجددة الخلايا، وقد ذهبت التشريعات إلى إباحة التنازل عن الأعضاء المزدوجة، والتي لا يؤثر استئصال إحداها إلى إلحاق أضرار جسيمة بالشخص المتنازل، بحيث يقوم العضو الثاني بنفس الأداء الذي يقوم به العضو المنزوع، والأعضاء المزدوجة في جسم الإنسان، والتي يمكن أن تكون محلا للتنازل حددها الأطباء بالأعضاء الآتية: الكلية، قرنية العين، الرئة وبعض الجينات .[21]

ثانيا: التبرع بالأعضاء الوحيدة المتجددة

الأعضاء المنفردة هي الأعضاء التي ليس لها نظير في جسم الإنسان، وهذه الأعضاء نوعان منها أعضاء متجددة وأخرى غير متجددة .[22]

إنّ الأعضاء الوحيدة المتجددة هي الأعضاء القابلة للاستخلاف، ويعوضها الجسم تلقائيا، ويمكن نقلها من جسم لآخر قصد الانتفاع بها، إذا توافرت شروط نقلها بسبب خطورة هذه العمليات [23]، ومن الأعضاء المتجددة الوحيدة نجد الخلايا الجذعية، وهي خلايا غير متحيزة لها القدرة عن الانقسام والتكاثر لتعطي أنواعا مختلفة من الخلايا المتخصصة، ويمكن الحصول على هذه الخلايا عن طريق الجنين وهو في مرحلة الكـرة الجرثومية .[24]

---

[21] مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر،2003، ص 199-200.

[22] محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص 24.

[23] هامل فوزية، المرجع السابق، ص 43.

[24] نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء، الإسكندرية، الطبعة الأولى،2008، ص 101.

الفرع الثاني: الأعضاء التي لا يجوز استئصالها

هناك بعض الأعضاء في جسم الإنسان لا يجوز استئصالها بسبب ما تشكله من خطورة عليه، والتي من بينها الأعضاء التناسلية والأعضاء الوحيدة غير المتجددة.

أولا: التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية

إنّ الأعضاء التناسلية هي تلك الأجزاء التي تساهم في عملية الإنجاب، وهي المبايض و الرحم في المرأة والخصيتان والقضيب في الذكر، ويلحق في ذلك مني الرجل وبويضات المرأة [25]، وكل يوم ينتج الرجل السليم ملايين من الحيوانات المنوية في خصيته [26]،التي تحمل الصفات الوراثية التي ورثتها تلك الخلايا الأولية من والدي حامل هذه الخصية، وبالتالي انتقال الصفات الوراثية إلى أبناء الشخص المنقولة إليه الخصيتين، والذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب والمحارم .[27]

أما الجهاز التناسلي للمرأة فيتكون من المبيض والرحم، يحتوي كل مبيض على عدد من البويضات، قد تم تكوينها قبل ولادة الأنثى من بطن أمها، وبالتالي إذا ما تم استقطاع المبيض ونقله إلى امرأة أخرى، فلا شك أنه يترتب على ذلك اختلاط الأنساب .[28]

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدّة بتاريخ 20 مارس 1990 ما يلي:

1. زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد فإن زرعهما محرم شرعا.
2. زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية جائزة لضرورة مشروعة .[29]

ولقد ذهبت بعض القوانين المقارنة إلى النص صراحة على تحريم نقل الأعضاء التناسلية سواء للرجال أو النساء، كالقانون الأردني الصادر برقم 203 لعام 1977 الذي نص عليها في مادته الثامنة،

---

[25] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2005، ص 159.

[26] طارق عبد المنعم محمد خلف، التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن،2010، ص29-30.

[27] مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص206.

[28] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 201.

[29] علي أحمد السالوس، المرجع السابق، ص 680.

والقانون التونسي بعدد 22 لعام 1999 في فصله الخامس، في حين لم تتعرض القوانين العربية الأخرى إلى هـذه المسألة ومنها القانون الجزائري .[30]

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 274 ق .ع يتبين أن المشرع يعاقب على جريمة الخصاء، حيث تنص هذه المادة على أنه: "كل من ارتكب جناية الخصاء، يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة "" ، ويلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يحدد مرتكب هذا النوع من الجرائم، مما يعني أنها ليست خاصة بالأطباء [31]، فهي جريمة يمكن أن ترتكب على الضحية بأية طريقة كانت، إذ يمكن الاستناد إلى نص المادة 274 من قانون العقوبات لمنع اقتطاع الخصيتين أو المبيضين، ولو تم برضا المجني عليه طالما لم تدع إلى ذلك ضرورة علاجية لبتر هذه الأعضاء.

ولكن نص المادة 274 من قانون العقوبات لا يمكن تطبيقه في حالة استئصال الأعضاء التناسلية من الموتى، لذلك نجد فراغا تشريعيا فيما يخص هذه المسألة، ونأمل من المشرع الجزائري التدخل، وإضافة مادة جديدة لنصوص قانون حماية الصحة المتعلقة بزراعة الأعضاء تمنع نقل الخصية عند الرجل والمبيض عند النساء، كما يجب أيضا وضع جزاءات في حالة ما إذا تم ذلك.

ثانيا: التبرع بالأعضاء الوحيدة غير المتجددة

وهي الأعضاء المنفردة التي لا يجوز نقلها كقاعدة عامة تتعلق حياة الإنسان بها، وعدم إمكان أن يحل محلها أو أن يؤدي وظيفتها عضو آخر، غير أنه هناك من الأعضاء ما يجوز نقل جزء منها وليس العضو بكامله، وهذا ما أثبتته التجارب حيث أثبتت إمكانية نقل جزء من الكبد وزرعه، حيث أعلنت الدوائر الطبية الهندية عن نجاح نقل جزء من كبد أم إلى وليدها الذي ولد بدون قناة صفراوية، وأوضحت الدوائر أنّ كبد الأم سيعود الى حجمه الطبيعي بعد ستة أسابيع[32] ، وكذلك من الأعضاء الوحيدة التي لا يجوز استئصالها الطحال، حيث تمت عدة عمليات لزرع الطحال لمعالجة النزيف الذي هو السبب الرئيسي للزرع ولكنها انتهت بالفشل .[33]

---

[30] مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 204-205.

[31] أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1996 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49 لسنة 1996 المعدل والمتمم بالأمر رقم 14/11 المؤرخ في 12 أوت 2011 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 44 لسنة 2011 معدل ومتمم.

[32] سطحي سعاد، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 18 – 19 .

[33] سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة، عمان، 1999، ص 95.

والطبيب الجراح الذي يقوم بعملية استئصال هذه الأعضاء الوحيدة غير المتجددة لا يفلت من العقاب ويسأل جنائيا عن جريمة القتل العمد.[34]

المبحث الثاني: الضوابط القانونية لعمليات زرع الأعضاء

تستند شرعية عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري إلى المادة 162 من قانون الصحة 05-85 (قانون الصحة وترقيتها الملغى) [35]، ولكنه لم يغير رأيه من عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون المتعلق بالصحة الجديد 11- 18 [36]، بحيث نص في المادة 355 منه على مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء لأغراض علاجية وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا.

المطلب الأول: ضوابط نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء

نظرا لخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية خاصة تلك التي تتم بين الأحياء، وما تمثله من انتهاك للسلامة الجسدية للمعطي، الذي يتنازل عن جزء من جسمه لمصلحة شخص آخر مع أنه ليست له أي مصلحة علاجية، كان لابد من تحقيق الموازنة بين مصالح الأطراف المتعارضة لحماية السلامة الجسدية من جهة، ومحاولة إنقاذ المريض المهدد بالخطر من جهة أخرى، هذه الموازنة التي لا تتم إلا بإحاطة هذه العمليات.

الفرع الأول: ضرورة الحصول على رضا طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يعتبر شرط الرضا مظهر من مظاهر الحصانة المقررة للجسم البشري، حيث أن مبدأ حرمته يمنع أي مساس بالسلامة البدنية للفرد سواء لمصلحته أو لمصلحة الغير إلا بالموافقة الصريحة للمعنى، وفي حدود ما يتفق مع النظام العام والآداب العامة، وعليه إن عملية استئصال الأعضاء من إنسان حي تستلزم الحصول على موافقة كل من الشخص المتبرع بالعضو(أولا)، والشخص المريض المستقبل لهذا العضو(ثانيا).

أولا: رضا المتبرع

---

[34] أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 87.

[35] قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985، ج ر العدد 8 لسنة 1985.والتي 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 ""

[36] قانون الصحة رقم 11-18، المؤرخ في 02 يوليو 2018، ج ر العدد 46 لسنة 2018.

إنّ المتبرع هو من أهم الأطراف في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فبدونه لا يمكن إجراء مثل هذه العمليات الجراحية، كما أنّ موافقته ذات أهمية بالغة خاصة من الناحية القانونية، وعليه لكي يعتد برضا المتبرع في هذه العمليات يشترط أن يكون ذلك الرضا مكتوبا متبصرا وحرا، كما يشترط الأهلية في المتبرع للاعتداد برضاه في عمليات نقل وزرع الأعضاء، كما يجب أن يكون الرضا:

1. أن يكون الرضا مكتوبا : إنّ المشرع الجزائري اشترط فيمن يتبرع بعضو من أعضائه أن تتم موافقته في شكل كتابي، ولم يكتف بطلب الشكل الكتابي للرضا فحسب، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث اشترط أن يكون التعبير عن الرضاء بحضور شاهدين، حيث أنّ الشخص بمفرده يمكن أن يتأثر وينساق وراء أهوائه و يتسرع في اتخاذ القرار
2. **أن يكون الرضا متبصرا أو مستنيرا** : لذا الموافقة المسبقة على إجراء العملية أمر ضروري لا غنى عنه، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 360 فقرة 4 من قانون الصحة رقم 18-11، كما يلي: لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع"، وفي الفقرة السابعة من نفس المادة تنص على أنه: تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار التي قد يتعرض لها والعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي".
3. **أن يكون الرضا حرا** : لقد اشترط قانون الصحة 18-11 موافقة المتبرع على عملية نزع عضو أو خلية من جسمه وهو ما نصت عليه المادة 360 الفقرة 05 بقولها:" يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا، الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون"، حيث أشترط المشرع في هذ المادة أن تكون الموافقة أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا وهذا نظرا لدقة وخطورة العملية والتي تتطلب إضفاء الصفة القانونية عليها، وهذا لتفادي أي إشكال أو تكذيب بشأن موافقة المتبرع.
4. **اشتراط الأهلية في المتبرع** : وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 361 من قانون الصحة بقولها :" يمنع نزع أعضاء وأنسجة خلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء".

إذا يشترط لصحة رضا المتبرع أن يكون بالغا، راشدا أي أتم 19 سنة كاملة .[37]

[37] طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: رضا المتلقي:

إنّ الحصول على رضا المتلقي يمثل أمرا هاما وضروريا، وذلك لما تنطوي عليه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من مخاطر قد يتعرض لها المريض في المستقبل، وعليه يتوجب أن يفرغ رضا المريض في شكل معين، وأن يكون رضاه مستنيرا واضحا، وكذلك أن يكون رضاء حرا، كما يجب أن تتوافر في المريض الأهلية القانونية.

أ- **شكل رضا المتلقي:** نص المشرع الجزائري على رضا المتلقي في مجال زراعة الأعضاء في الفقرة الأولى من المادة 364 من قانون الصحية بقولها:" لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية وبعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب، رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين."..

يتضح من هذه المادة ومن استقراء المادة44 من مدونة أخلاقيات الطب أن المشرع الجزائري ساوى بين المتنازل والمتلقي في مجال الرضا، فاشترط أن يوافق المريض بإرادته الحرة بعد أن يتأكد من أنّ هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياته أو سلامة جسمه، كما اشترط المشرع أن يتم رضا المتلقي في الشكل الكتابي، ليس هذا فحسب بل اشترط أن تتم أمام رئيس المصلحة التي قبل بها المتلقي للعلاج، وأن يتم الرضا بحضور شاهدين، وهذا من أجل إظهار وكشف الإرادة الكامنة في نفس المتلقي للوجود في صورة ملموسة، ولما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المستقبل .

ب -**أن يكون الرضا متبصرا أو مستنيرا** : يبرز التفاوت العلمي والنفسي بين المريض والطبيب وجود بعض الالتزامات على عاتق الطبيب أو الجرّاح نحو المريض، ومنها على وجه الخصوص إفادة المريض بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي.[38]

ج-**أن يكون الرضا حرا:** وهو من الشروط الأساسية للأخذ برضا المتبرع ولا تكون الإرادة حرة إلا إذا كانت صادرة من ذي أهلية(أهلية الشخص الملتزم بالموافقة) وكذا أن تكون الإرادة سليمة من أي عيب من عيوب الإرادة (الإكراه ، التدليس...) حيث أستحدث المشرع في قانون الصحة في المادة **197**فقرة **71**منه شرطا لإثبات صحة الرضا وهو أن تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد التأكد من الموافقة الحرة والمستنيرة ومطابقة للشروط، حيث يجب التأكد من مدى نون قدرته على إصدار موافقته التي يعتد بها من حيث توافر شرطي الإدراك والحرية ويتم التأكد من لجنة الخبراء من أن موافقة المتبرع حرة من خلال ملاحظته

[38] احلوش بولحبال زينب، رضا المريض في التصرفات الطبية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2000 – 2001، ص 41.

أمامها غير مكر أو مخدر أو مجنون، فإذا لاحظت اللجنة ذلك في الشخص المتبرع وجب عليها الامتناع عن إثبات أن الموافقة حرة ومستنيرة [39].

نجد أن المشرع الجزائري بتعديله لقانون الصحة أزال الإشكالات القائمة في القانون القديم الملغى يشأن حضور الشاهدين لإثبات الموافقة والتي أثارت إشكالات أخرى على أساس كيفية تعيين هؤلاء الشهود والشروط الواجب توافرها فيهما من أهلية ... فاقتصر قانون الصحة الجديد على الموافقة الحرة والمستنيرة فقط لرضا المتبرع والتي تكون أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا [40].

د-اشتراط الأهلية في المريض : إنّ الرضا لا يكون صحيحا إلا إذا صدر عن شخص قادر على التعبير عن إرادة معتبرة قانونا، لكن وباعتبار المريض الطرف المستفيد من عملية الزرع، فإن هذه العملية تتم ولو لم يكن كامل الأهلية لعدم بلوغه سن الرشد أو أنه يعاني من سفه أوعته[41] ، أو أنه غير قادر على فهم وتقدير عملية زرع العضو بسبب حالته الصحية المتدهورة، والتي لا تسمح للمريض بالتعبير عن إرادته، وفي كلتا الحالتين يخضع المريض لحماية القانون الذي حدد الأشخاص الذين يتولون الموافقة على عملية زرع العضو بدلا من المريض .[42]

هـ- **وجود علاقة قرابة بين المتبرع والمتلقي**: لم يشترط المشرع الجزائري في قانون الصحة الملغى 85-05 أي علاقة خاصة بين المتبرع والمتلقي، ولكنه اشترط في قانون الصحة الجديد 18-11 إلى علاقة القرابة بينهما في المادة 359 منه ، ومن استقرائها نجد أن صلة القرابة أصبحت عنصرا أساسيا، وقد حدد المشرع الجزائري مجموعة الأقارب الذين يجوز نقل الأعضاء البشرية بينهم ، ولقد أجاز المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 360 من نفس القانون في حالة عدم التطابق المناسب بين المتبرع والمتلقي الذين لهما قرابة عائلية ، إمكانية اقتراح اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء وذلك بدون كشف هوية المتبرع والمتلقي.

---

[39] عبد الكريم مأمون، "رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحة"، أطروحة دكتورة في القانون الطبي، كلية الحقوق جامعة تلمسان،2005، ص 334-335.

[40] رابح لالو، "نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، العدد 11، جانفي 2017، 167.

[41] أسامة السيد عبد السميع، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 49.

[42] محمد علي البار، الفشل وزرع الأعضاء، الأسباب والأعراض وطرق التشخيص، دار العلم، دمشق والدار الشامية، بيروت، ط1، 1992، ص 101.

المطلب الثاني: ضوابط نقل وزرع الأعضاء من الأموات إلى الأحياء

نص المشرع الجزائري على حرمة جثة الإنسان وأحاطها بحماية خاصة، ولكن هذا لا يمنع من استئصال من الجثة لأغراض علمية وعلاجية، ولتحقيق التوازن بين حرمة الجثة والمصلحة الإنسانية لا بد من توافر مجموعة من الشروط.

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالمتوفي:

حتى تتم عملية نقل وزرع الأعضاء من الميت إلى الحي لابد من توافر مجموعة من الشروط تتمثل في:

أولا: التحقق من الوفاة: أن التحقق من الوفاة يعد من أهم المسائل لذا نص المشرع الجزائري في المادة 362 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة:" لا يمكن نزع الأعضاء والأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة". وينظر القانون الجزائري للوفاة على أنها واقعة، في قانون الحالة المدنية يلزم بالإبلاغ عن الوفاة خلال 24 ساعة من حدوثها، وهو ما نصت عليه المادة 72 الفقرة الثانية منه. ولا يتم القيد في سجلات الحالة المدنية ولا يتم الدفن إلا بعد تقديم شهادة الوفاة.[43]

ثانيا: عدم اعتراض المتوفى قبل وفاته على انتزاع عضو منه: وهذا ما أكدته المادة 362 في فقرتها الأولى بقولها:" وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته".

الفرع الثاني: شروط صحة المتلقي

طبقا لأحكام قانون الصحة الجزائري لا بد من توافر شروط في المتلقي حتى تتم عملية زرع العضو المنقول إليه، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا: حالة الضرورة.

يعرف الفقه حالة الضرورة بأنّها:"" حالة الشخص الذي يتبين له بأن الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر محدق به أو بغيره هو أن يسبب للغير ضررا أقل "".

وينطلق الفقه الذي يرى في حالة الضرورة أساسا صالحا لإسباغ صفة المشروعية على عمليات نقل الأعضاء، من نقطة مؤداها أنّ الطبيب الذي يقوم بإجراء تلك العملية، إنما يدفع ضررا وخطرا جسيما يهدد الغير (المريض)، وذلك بإيقاع ضرر أقل جسامة على من ينتزع منه العضو، والطبيب في هذه الحالة هو المرجع في الموازنة بين الخطر الذي يهدد المريض والضرر الذي سيلحق بالمانح، وهو إذ يفعل ذلك إنما يكون عمله داخلا في نطاق حالة الضرورة، ومن ثم لا يسأل جنائيا ولا مدنيا عند البعض.

[43] تنص المادة 26 من القانون المدني على أنه:" تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة بذلك".

ثانيا: موافقة المتلقي:

إن المشرع الجزائري يشترط في المتلقي أن تكون موافقته بإرادته الحرة أو أن تصدر منه بعيدا عن إكراه أو أي ضغط خصوصا الضغوط العائلية التي تؤثر بشكل كبير على حالة المريض في اتخاذ القرار الصائب، فإذا كانت للضغوط العائلية أمرا مقبولا في مجال العمل الجراحي العادي [44]،إلا أنها تعد كذلك في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لأن هذه الأخيرة تنطوي على الكثير من المخاطر التي لا يجب أن يترك أمر تقديرها لإرادة الوالدين أو المريض، إذا تم التعبير عنها تحت تأثير ضغط عائلي3 .وعليه فلا بد أن يكون رضا المتلقي للعضو شخصي. يجب أن يتم رضا المتلقي في الشكل الكتابي وبحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبول المتلقي فيها وأمام شاهدين وهذا طبقا لمقتضيات المادة 196من القانون 18-11 المتعلق بالصحة هذا ويجب منح الأعضاء والأنسجة التي تم نزعها فقط للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء ويجب أن تحدد وتقيم بصفة منتظمة قواعد منح الأعضاء والأنسجة المتأتية من المتبرعين المتوفين ضمن احترام مبدأ الإنصاف وهذا طبقا لمقتضيات المادة 197من القانون.

الفرع الثالث: شروط خاصة بعملية التبرع:

اعتمد المشرع الجزائري مبدأ السرية في عمليات نقل ونزع الأعضاء البشرية وذلك في الفقرة الأولى من المادة 363 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة بنصها على ما يلي:" يمنع كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي، وهوية المتلقي لأسرة المتبرع".

طبقا لهذه المادة منع المشرع الجزائري كشف هوية المتبرع المتوفى وهوية المتلقي، والهدف من ذلك جعل الرضا الصادر من المانح بعيدا عن أي تأثير، وكذلك منع أي ابتزاز مادي يقع على المرضى الذين ينتظرون النزع أو ذويهم .[45]

نظم المشرع الجزائري مسألة نزع وزرع الأعضاء البشرية من خلال إصدار نصوص قانونية ينظم من خلالها هذه العملية وذلك بمقتضى القانون18-11 ، في قانون الصحة الجديد في القسم الأول من الفصل الرابع تحت عنوان أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في المواد 355إلى

[44] قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مذكرة ماجستير ،جامعة مولود معمري تيزي وزو،2011، ص123.

[45]عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران ،2010، ص 252.

367 منه وبالرجوع إلى محتوى كل مادة نجد أن المشرع قد أجاز هذه العمليات مع ضبطها بشروط من الواجب توافرها.

تستند شرعية عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء في القانون الجزائري إلى نص المادة 355من قانون الصحة 18-11، حيث نصت على أنه: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون يلاحظ أن هذ الفقرة تناولت الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأنسجة والأعضاء بين الأحياء، بالإضافة إلى سد الطريق أمام كل من يتخذ من هذه العملية أغراضا غير علاجية.

بالإضافة إلى هذا لقد أنشأ وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بتسبيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها هذا ما نصت عليه المادة 179 من هذا القانون، لا يمكن أن تنتزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية حسب نص المادة 358[46].

و حسب المادة 303 مكرر من قانون العقوبات يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات و بغرامة مالية 3000.000 دج إلى 10.000.000دج كل من يحصل على عضو من الأعضاء مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها [47].

خاتمة:

لقد سايرت غالبية التشريعات ومن بينها الجزائر إلى إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، ومن الأموات إلى الأحياء بشرط مراعاة المتطلبة قانونا من رضا المتبرع والمتلقي على حد سواء، وجود التوافق بين العضو المنقول والمتلقي، وعدم تعريض حياة المتبرع إلى الخطر.

أما بالنسبة للنقل من جثث الموتى فقد أجازه غالبية الفقه وأكده القانون الجزائري لأنها توفر الأعضاء المنفردة التي لا يمكن الحصول عليها من الأحياء، وهذا وفق شروط وضوابط قانونية محددة.

-النتائج:

1- أن اشتراط الكتابة لمباشرة الاقتطاع من جسم المتبرع تشكل دليلا مهما على حصول الطبيب على موافقته، كما أن لها فائدة كبيرة في التنبيه إلى خطورة العملية بالنسبة للمتبرع، إذ أن مطالبته بالتوقيع على الوثيقة تجعله يدرك أهمية وخطورة ما هو مقبل عليه، مما يدفعه إلى التفكير مجددا قبل التوقيع.

46 حاوش هدى، أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 11،2017، ص 148-149.

47 الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات.

2- أن المشرع الجزائري يمنع اقتطاع الأعضاء من القصر، وكذا الأشخاص المحرومين من نعمة الإدراك، وهذا يحقق الحماية القانونية اللازمة للقاصر أو من في حكمه، لأن الموافقة على نقل الأعضاء يحتاج إلى تخمين طويل والى استعداد نفسي لدى المتبرع، وهذا ما يفتقر إليه القاصر.

الإقتراحات:

1- إصدار قانون خاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، مستقل عن بقية القوانين الأخرى كالقانون الصحة، ووضع جزاءات في حالة مخالفة هذا القانون.

2- على المشرع الجزائري النص على أن يبقى الاقتطاع من جسم إنسان حي استثنائية، فالأصل أنه لا يجوز اللجوء إليه إلا بعد استنفاذ كل الوسائل الأخرى بما فيها إمكانية الإقتطاع من جثث الموتى، وذلك على أساس أن المفسدة المترتبة على الاستقطاع من الجثة أقل بكثير من جسم إنسان حي من جهة، وتجنب تعريض إنسان سليم لمخاطر جسيمة من جهة أخرى.

3- العمل بنظام البطاقات، وذلك بالتأشير على إحدى الوثائق الشخصية بما يفيد قبول أو رفض الاقتطاع من جثة حامل الوثيقة، ولكي تجنب الأطباء عند الحاجة مشقة البحث عن إرادة المتوفى، بحيث يكفي الاطلاع على الوثيقة المعنية للتعرف على موقفه.

4- الدعوة إلى مزيد من الدراسات والبحوث المقارنة المعالجة لموضوع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، بما يكفل معالجة الجوانب التي تستحق التجريم والعقاب.

5- دعوة علماء الدين ووسائل الإعلام إلى مزيد من الاهتمام بالتوعية بأهمية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، خاصة التي تتم من جثث الموتى، طالما أنها لا تخلف أضرار جسيمة بالغة.

قائمة المراجع:

القواميس:

1- جمال الدين محمد مكرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1988.

أولا: الكتب:

1- احلوش بولحبال زينب، رضا المريض في التصرفات الطبية، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2000 – 2001.

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

3- أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2016.

4- أسامة السيد عبد السميع، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

5- الأشهب العندليب فؤاد، الحماية الجنائية لحرمة جسم الإنسان عن الأعمال الطبية الحديثة، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة ،2010 -2011.

6- آمال عبد الرزاق مشالي، الطب الشرعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.

7- بوساق محمد المدني، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، دون سنة نشر.

8- سطحي سعاد، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2017.

9- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة، عمان ،1999.

10-طارق عبد المنعم محمد خلف، التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن،2010.

11-عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2005.

12-علي أحمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة، قطر، الطبعة السابعة، دون سنة نشر.

13-مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، د راسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.

14- محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة، عمان،2004.

15- محمد علي البار، الفشل وزرع الأعضاء، الأسباب والأعراض وطرق التشخيص، دار العلم، دمشق والدار الشامية، بيروت، ط 1،.1992

16-مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر،2003.

17-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2002.

18-نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء، الإسكندرية، الطبعة الأولى،2008.

19- هيثم حامد المصاروة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء، دار المناهج، عمان، دون سنة نشر.

ثانيا: مذكرات الماجستير وأطاريح الدكتوراه:

1. **مذكرات الماجستير:**

1- هامل فوزية، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون 01/09، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2011 -2012.

2- قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مذكرة ماجستير ،جامعة مولود معمري تيزي وزو،2011.

2. **أطاريح الدكتوراه:**

- عبد الكريم مأمون، "رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحة"، أطروحة دكتورة في القانون الطبي، كلية الحقوق جامعة تلمسان ،2005.
- عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران ،2010.

ثالثا: المجلات و المقالات:

- وزيتونة لينة، لحرش أيوب تومي ، الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الحياد دراسة تحليلية على ضوء القانون 18-11 مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، جوان 2020، ص 43.
- حاوش هدى، أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، 2017.

رابعا : النصوص القانونية.

أ/النصوص التشريعية:

1- الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 جوان 1988 يتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 49 لسنة 1966، معدل ومتمم بالأمر 14/11 مؤرخ في11أوت2011 يتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2011 معدل ومتمم.

2- الأمر رقم 70 20-المؤرخ في 19 فيفري 1970 يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 1970، معدل ومتمم.

3- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 لسنة 1975، معدل ومتمم بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

4- القانون رقم 85 05-المؤرخ في 16 فيفري 1985 يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08 لسنة 1985، معدل ومتمم بالقانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990 يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 35 لسنة 1990، معدل ومتمم.

5- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية عدد 46، الصادر في 29 جويلية 2018.

ب/النصوص التنظيمية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06 جويلية 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 1992.

ضرورة تدعيم الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء

The need to strengthen the National Agency for Organ Transplantation

د. فارسي زوجة قاصد جميلة
كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر

ملخص:

يثير موضوع نزع و زرع الأعضاء البشرية عدة إشكالات قانونية و فقهية، مما يستدعي تدخل المشرع قصد وضع ضوابط قانونية للعملية، كون الموضوع يعد مسرح لظواهر إجرامية منها الاتجار بالأعضاء البشرية. أنشأت الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر التي تقوم بمهام عديدة تتمثل أساسا في تنظيم عملية زرع الأعضاء البشرية رغم الصعوبات التي تواجهها.

الكلمات المفتاحية: الوكالة الوطنية ،زرع الأعضاء ، الموت الدماغي ، التنظيم القانوني.

Abstract: The issue of removing and transplanting human organs raises several legal and jurisprudential problems, which requires the intervention of the legislator in order to establish legal controls for the process, as the issue is considered a scene for criminal phenomena, including trafficking in human organs. The National Agency for human Organ Transplantation was established in Algeria , which undertakes many tasks, the most important of which is organizing the human organ transplantation process, despite the difficulties it faces :(Times New Roman font, bold, measuring14not) Do not exceed 120 words).

Keywords: National agency, Organ transplantation, brain death, legal regulation.

مقدمة:

يعد موضوع نزع و زرع الأعضاء البشرية من مواضيع الساعة لدى المجتمع الجزائري، رغم أن المسألة قد فصل فيها بالنسبة للقوانين المقارنة على الخصوص أين أصبحت المجتمعات الغربية المعاصرة تتعامل مع مسألة نزع و زرع الأعضاء البشرية بصفة عادية دون وجود أية حواجز طبية أو أخلقية أو حتى دينية لا يزال موضوع زرع الأعضاء في الجزائر محدودا جدا فلم تأتي أولى التشريعات القانونية فيه الاّ عام 1985 رغم أن لجنة الإفتاء للمجلس الإسلامي الأعلى بخصوص شرعية زرع الأعضاء دينيا كانت عام 1972 كان من الازم على المشرع الجزائري أن يواكب باقي التشريعات المقارنة في الموضوع ، ذلك راجع للطلب المتزايد لعمليات زرع الأعضاء التي كانت تجرى في الخارج و المكلفة لخزينة الدولة. تواصلت اهتمامات الدولة بموضوع الرعاية الصحية للمواطن من خلال اصدار العديد من التشريعات منها قانون 18-11 المعدل و المتمم بموجب الأمر 20-02.

لقد نص قانون الصحة 18-11على عدة مجالات تتعلق بالصحة منها موضوع نزع وزرع الأعضاء البشرية و قصد تنظيم اجراء العملية في اطار قانوني لمنع وجود تجاوزات خطيرة تتعلق أساسا بالمتاجرة بالأعضاء البشرية ، تم انشاء جهاز مؤسساتي يتولى مهمة الاشراف على عمليات زرع الأعضاء سنة 2012 و هي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية، المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05أفريل 2012 المتضمن الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها و تسييرها .التي تعمل على التنسيق و التنظيم كذا تلبية طلبات زرع الأعضاء ، سواء من الحي نحو الحي أو من الميت نحو الحي ، من خلال كل ذلك سوف نتطرق في ورقتنا البحثية الى الوضع القانوني لهذه الوكالة وعرض مختلف المهام الموكلة لها قانونا ، مع تقيم جهودها في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية .و قبل التطرق الى ذلك سوف نحاول التعرف على رأي الفقه بشأن عملية نزع و زرع الأعضاء البشرية باعتباره أكبر عائق يصادفه رجال الطب هو الجانب الديني.

أولا: الجدل الفقهي الديني بشأن نزع و زرع الأعضاء البشرية :

تتباين فترات تناول موضوع زرع الأعضاء البشرية في مختلف دول العالم، اذ هناك من الدول التي كانت سباقة في ذلك تعرف حاليا تقدما ملحوظا في الميدان و هي الدول المتقدمة ، بالمقابل نجد بعض الدول لم تخطو خطوات معتبرة في مجال زرع الأعضاء، ذلك راجع لعدة أسباب منها عدم وفرة الإمكانيات المادية و

التكنولوجيا الازمة لذلك أو لاعتبارات دينية بحتة. هنا انقسم الفقه الإسلامي الى اتجاهين بين معارض و مؤيد و لكل حججه

أ)الرأي الفقهي المعارض لعمليات نقل وزرع الأعضاء

يستمد أصحاب هذا الاتجاه الى القرآن الكريم منه قوله تعالى (ولقد كرمنا بني آدم و حملناهم في البر و البحر ورزقناهم من الطَّيبات و فضلناهم على كثير ممَّن خلقنا تفضيلا) لقد نهاها الله تعالى من أن نعرض أنفسنا الى التهلكة و هو الأمر الذي قد يحدث حال استئصال عضو من جسدنا الأمر الذي نهانا عنه ديننا الحنيف ، خاصة اذا علم الانسان أن هوان الدنيا أفضل عند الله من قتل انسان لنفسه فحياة المسلم حرمة لا يجوز التعدي عليها بدون وجه حق الى جانب ذلك استند أصحاب هذا الاتجاه الى السنة الشريفة منها قوله صلى الله عليه و سلم (لا ضرر ولا ضرار) كون أن استئصال عضو من جسد الانسان سيؤدي به الى ضر ر [1]

ب) الرأي الفقهي المؤيد لنقل وزرع الأعضاء البشرية

يرى جانب آخر من الفقه أن عملية التبرع بالأعضاء جائزة شرعا وهم بدورهم لديهم حجج و براهين في ذلك منها أن القصد من العملية هو انقاذ حياة شخص في خطر ، لقد صدرت عدة فتاوي من عدة أطراف سواء المجاميع الفقهية الإسلامية أو من لجان الفتوى ، سندهم في ذلك أن الضرورات تبيح المحظورات و ذلك بالتأكيد يكون ضمن ضوابط شرعية ، ما دام الغرض هو انقاذ حياة انسان ، فالضرورة تتمثل في انقاذ حياة مريض باستئصال عضو من أعضاء شخص ميت لزرعها في جسم انسان حي[2]، كما يستند أصحاب هذا الاتجاه الى الكتاب الحكيم منه قوله تعالى (...وقد فصَّل لكم ما حرَّم عليكم الاَّ ما اضطررتم اليه)صورة المائدة الآية 03، فالقرآن الكريم كتاب صالح لكل زمان و مكان ، كما يستند هذا الاتجاه الى السنة النبوية الشريفة منها قوله صلى الله عليه و سلم (خير الناس أنفعهم للناس كل معروف صدقة) و (الله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه) [3]

---

[1]- بربوشيمراد ، رزاق مالك العيد ، الاطار القانوني لزراعة الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري، مذكرة ماستر ، جامعة غرداية ، كلية الحقوق و العلوم الإنسانية ، 2020-2021 .ص –ص، 17-16.

[2]- ط.د/ عبد العالي قزي ،أ.د رحماني، أحكام نقل الأعضاء من الميت دماغيا بين الضرورة الطبية و الضوابط الشرعية و القانونية ، مجلة الشهاب ، مجلد 04، عدد03 ،سبتمبر 2018 ص 160،

[3]- بربوشي مراد، رزاق مالك العيد، المرجع السابق، ص 18

لقد أخذت التشريعات الوضعية بنزع وزرع الأعضاء البشرية في تشريعاتها متخذة في ذلك حالة الضرورة كأساس قانوني لها ، مع منع الاتجار بهذه الأعضاء البشرية بل تستخدم لغرض انساني بحث ليس للمتاجرة بها .كونها محل معاملات غير قانونية و لا بد من وضع حد لذلك الجزائر من بين الدول التي حاربت و جرمت الاتجار بالأعضاء البشرية ، كما نص قانون الصحة لعام 1985 المعدل بموجب قانون الصحة 18-11 على انشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية مكلفة إياها بجملة من الاختصاصات التي ترمي الى تأطير عمليات زرع الأعضاء في الجزائر

ثانيا: دور الوكالة الوطنية في عملية زرع الأعضاء البشرية

تعد الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية الجهاز الرسمي المكلف بالعملية ، تقوم بمهامها رغم الصعوبات التي تتلقاها في الميدان و المرتبطة أساسا بالذهنيات .

أ)وكالة وطنية لتأطير و مراقبة نزع و زرع الأعضاء البشرية

كانت الجزائر من الدول التي عرفت تأخر في مجال التشريعي بخصوص موضوع نزع و زرع الأعضاء البشرية رغم الفتوى التي أصدرتها لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 20أفريل 1972 التي من بين ما جاء فيها " ...ان حفظ النفوس من الكليات المتفق عليها بين القوانين الوضعية و الشرائع السماوية ، و من أغراض الشريعة الإسلامية حفظ النفس و المال و العرض رو الدين و العقل .."[4]

لم تتطرق مختلف قوانين الصحة الجزائرية لموضوع تعريف زرع الأعضاء البشرية ، تاركتا المسألة للفقه الذي حاول إعطاء تعريفات متنوعة لزرع الأعضاء منها: " استبدال عضو أو نسيج مصاب بآخر سليم ، و قد يكون مصدر العضو المنقول الشخص ذاته ، كاستئصال شرياني من الأرجل لاستبداله بشريان تألف من القب أو يكون الاستبدال من شخص آخر"[5].كما يقصد به كذلك: " نقل مادة خلوية أو نسيجية حية سواء من جزء لآخر عند نفس الفرد أو من فرد لآخر، أي أن الزرع هو عبارة عن طعم نسيجي أو ترقيع ومثاله الترقيع الجلدي" أو أنها: " عملية من خلالها يستبدل عضو مريض بعضو سليم مأخوذ من شخص

[4] -أ/ لالورابح ، نتق و زرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، العدد الحادي عشر ص 160(المقال من ص-ص ، 158-176)

[5] - خالد فؤاد فهمي ، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية و مكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2012، ص 36.

حي أو ميت ، فالشخص الذي يتم له الزرع يسمى المستقبل ، و الشخص الذي يتم النقل منه يسمى المتبرع و العضو المنزوع يسمى الغريسة "[6].

حسب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 12-167فان الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية هي مؤسسة عمومية ذات طابع اداري تكون لها شخصية معنوية و استقلال مالي تعمل الوكالة تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة [7].تقوم الوكالة بعدة مهام حددتها المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 12-167من بينها:

- مراقبة مطابقة تسيير المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع وزرع الأعضاء، و كذا بنوك الأنسجة و الخلايا للمقاييس المعمول بها في هذا المجال.
- تسجيل المرضى في انتظار انتزاع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا
- إقامة و ترقية علاقات التبادل مع المؤسسات الوطنية و الأجنبية في ميادين نشاطات الوكالة قصد تدعيم و تطوير التأطير التقني و تكوين المستخدمين و نشاطات الانتزاع و الزرع.[8]

كما نص القرار الوزاري المشترك المحدد للتنظيم الداخلي للوكالة في المدة 2 منه على انشاء القسم الطبي لزرع الأعضاء و الذي من بين مهامه انتزاع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا مع اعداد و اقتراح قواعد الممارسة الحسنة لعملية زرع الأعضاء .[9]

تتم عملية نزع و زرع الأعضاء من الحي نحو الحي أو من الميت نحو الحي وفق ضوابط قانونية حددتها المواد 357الى 367 من قانون الصحة رقم 18-11 منها اشتراط موافقة المتبرع الصريحة هذا ان كان التبرع من الحي نحو الحي أما اذا كان من الميت نحو الحي فهنا يشترط موافقة أهل المتوفي اذا كان لم يدلي عن رفضه لذلك في سجل الرفض، و هنا يتم النزع خلال فترة الموت الدماغي ، حيث يصنف الانسان على أنه في مرحلة الموت الدماغي عندما يبلغ المرحلة الثالثة أين يكون فيها بين الحياة و الموت ، و التي هي مرحلة

---

[6]- بولقواس ابتسام ، "التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر" المجلة الافريقية للدراسات القانونية و السياسية ، جامعة أحمد دراية ، أدرار ، الجزائر ، المجلد 4، العدد2، ديسمبر 2020 ص-ً 69-70.(المقال من ص –ص، 68-87)

[7]-المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 5 أبريل 2012 و الذي يتضمن انشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها و سيرها ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 22لعام 2012 .و التي حدد نظامها الداخلي بموجب قرار وزاري مشترك مؤرخ 23 يوليو 2016 جريدة رسمية العدد64لعام 2016.

[8] - المادة 5 من المرسوم التنفيذي 12-167.

[9] - المادة 2و3 من المرسوم الوزاري المشترك المؤرخ في 23 يونيو 2016 المتضمن التنظيم الداخلي للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء .

قصيرة تتوقف فيها خلايا الدماغ عن العمل فيما تستمر بقية الخلايا ، فهذه المرحلة ذات أهمية كبيرة في مجال نقل و زرع الأعضاء ، فالموت الدماغي يعد موردا هاما لعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية [10] .كما أشار الناطق الرسمي للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية الى أن عملية نقل و زرع الأعضاء من الميت نحو الحي ذات أهمية و فائدة كبيرة اذا ما قورنت بتلك التي تجرى من الحي نحو الحي ، ذلك راجع الى الخطورة المنعدمة فيما يخص عملية الميت نحو الحي كون أن الميت ميت فحين أن الحي نحو الحي تكون فيها المراقبة مزدوجة بحيث من الضروري مرافقة المتبرع من عدم وجود مضاعفات صحية[11]ناتجة عن استئصال عضو من أعضائه ، فالوفاة تحدد بالإثبات الطبي و الشرعي وفق المقاييس العلمية المعتمدة .

ب)حدود الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء في أداء مهامها .

لا يزال التبرع بالأعضاء البشرية في الجزائر يسير بخطى بطيئة ، رغم التأطير القانوني للعملية ، فالتدخلات التي تمت لنقل الأعضاء من أشخاص موتى دماغيا الى أشخاص أحياء محدودة جدا ، مقارنة بالمعدلات العالمية رغم تزايد عدد المرضى ، فحسب الأطباء فان هذا التقهقر يرجع أساسا الى نقص التوعية و الاعتقادات الخاطئة من الناحية الدينية [12].رغم تزايد الطلب نظرا لارتفاع عدد المرضى الذين هم بحاجة الى عمليات زرع الأعضاء ، كما أنه يرجع البعض سبب ذلك الى المعوقات التي يوجهها رجال الطب في الجزائر في مجال نزع و زرع الأعضاء البشرية، منها أن هذه العمليات قد لا تنجح لأسباب عديدة مثل رفض جسم المريض التكيف مع العضو الجديد الى جانب الأخطاء الطبية التي قد يقع فيها الطبيب الجراح في هذا النوع من العمليات، كونها تتطلب إمكانيات طبية حديثة و متطورة تستدعي التحكم فيها [13] مهما تكن العقبات التي تواجهها الوكالة الوطنية فبإمكانها تجاوزها وتوفير كل الإمكانيات المادية لإجراء عمليات زرع الأعضاء قصد تلبية الطلب المتزايد خاصة زراعة الكلى و الكبد، الا أن أكبر عائق تواجهه هذه الوكالة يتمثل في عزوف الناس عن الموضوع بحكم المعتقدات الخاطئة التي تواكب أفكارهم.

الخاتمة:

[10] -لينة دلول ، رغم توفر الكفاءات الطبية و تكييف القوانين : ضعف ثقافة التبرع بأعضاء الموتى دماغيا يرهن حياة المرضى ، جريدة النصر ، نشر بتاريخ 13مارس 2023.

[11] - الناطق الرسمي للوكالة الوطنية لنزع و زرع الأعضاء ، حوار تلفزيوني مع قناة النهار بتاريخ 15 ماي 2022 متوفر عبر الموقع http://bit.lyt2Yt89Qa

[12] - لينة دلول ، المرجع السابق .

[13] -لالو رابح المرجع السابق ، ص 174.

من خلال دراستنا للموضوع ، نستطيع القول أن عملية نزع و زرع الأعضاء البشرية في الجزائر لا تزال تجربة فتية تحتاج الى العديد من المجهودات خاصة في مجال تغيير الذهنيات و المعتقدات الخاطئة بخصوص منح الأعضاء ، خاصة من الميت نحو الحي ، قصد تلبية العديد من الطلبات المتزايدة التي تتجاوز العرض ، خاصة اذا علمنا أن هناك أعضاء لا يمكن للمتبرع الحي أن ينتزعها من جسده كون ذلك يؤدي الى فقد الحياة كالقلب و الكبد الذي من المستحسن أن ينتزع من الميت نحو الحي ، كما يجب تدعيم الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية من خلال المتابعة المستمرة للمتبرع الحي الذي قد يعاني من مضاعفات مستقبلا أي بعد اجراء عملية نزع عضو من جسمه.

.قائمة المراجع

الكتب :

خالد فؤاد فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2012.

المقالات:

- بو لقواس ابتسام، "التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر" المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية،أدرار،الجزائر، المجلد 4، العدد2، ديسمبر 2020 (ص –ص، 68-87)

- بربوشي مراد، رزاق مالك العيد، الاطار القانوني لزراعة الأعضاء البشرية في قانون الصحة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة غرداية ، كلية الحقوق و العلوم الإنسانية ، 2021-2020 .

- ط.د/ عبد العالي قزي ،أ.د رحماني، أحكام نقل الأعضاء من الميت دماغيا بين الضرورة الطبية و الضوابط الشرعية و القانونية ، مجلة الشهاب ، مجلد 04، عدد03 ،سبتمبر 2018 ص 160، (ص-ص 151-185)

-أ/ لا لو رابح، نقل و زرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد الحادي عشر (ص-ص ، 158-176)

- خالد فؤاد فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2012.

القوانين:

[1]-المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 5 أبريل 2012 و الذي يتضمن انشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها و سيرها الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 22لعام 2012 .و التي حدد نظامها الداخلي بموجب قرار وزاري مشترك مؤرخ 23 يوليو 2016 جريدة رسمية العدد64لعام 2016.

المرسوم الوزاري المشترك المؤرخ في 23 يونيو 2016 المتضمن التنظيم الداخلي للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

المقالات واللقاءات الصحفية:

[1] -لينة دلول، رغم توفر الكفاءات الطبية و تكييف القوانين : ضعف ثقافة التبرع بأعضاء الموتى دماغيا يرهن حياة المرضى ، جريدة النصر ، نشر بتاريخ 13مارس 2023.

[1] - الناطق الرسمي للوكالة الوطنية لنزع و زرع الأعضاء ، حوار تلفزيوني مع قناة النهار بتاريخ 15 ماي 2022 متوفر عبر الموقع http://bit.lyt2Yt89Qa

مسؤولية الطبيب في حالة عدم إتباع الشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي طبقا للقانون

The doctor's responsibility in the event that the legal conditions for the artificial insemination process are not followed in accordance with Algerian law

د. موزالي نور الدين

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة -خميس مليانة-

ط/د. قوميري حميدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو

مقدمة

تنص المادة 45 مكرر الفقرة 1 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 [1] المعدل لقانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي"، كما نصت المادة 370 الفقرة 1 من القانون 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة[2]، المعدل والمتمم بالأمر 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020،[3]على أن المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد.

تعتبر تقنية التلقيح الاصطناعي من التقنيات الحديثة التي أفرزتها التطورات العلمية المعاصرة في مجال الطب، فهي من العلوم الطبية الحديثة التي يلجأ إليها الزوجان في حالة تعذر الإنجاب طبيعيا، تتم عن طريق التدخل الطبي بمعنى تدخل طرف ثالث خارج عن العلاقة الزوجية، فهي من الوسائل الحديثة المعتمدة في معالجة العقم في وقتنا الحالي.

أخضع المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي لضوابط قانونية صارمة حتى لا يترتب عليها آثار وانعكاسات سلبية تمس بالمبادئ وقيم المجتمع الجزائري التي تنحدر من الشريعة الإسلامية، من هذه الانعكاسات اختلاط الأنساب.

فحتى وإن كانت لهذه العملية فائدة في تحقيق حلم الإنجاب لدى الزوجين، لاسيما وأن الغاية الأسمى والهدف الرئيسي من العلاقة الزوجية هو إنجاب الأطفال، إلا أن القانون الجزائري فرض على الطبيب شروط قانونية تستوجب الاحترام حتى لا تخرج عن الهدف الذي وجدت من أجله، تتمثل في شروط موضوعية وأخرى إجرائية الواجبة الإتباع من أجل المساعدة الطبية على الإنجاب. وفي حالة عدم

[1] الجريدة الرسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فيفري سنة 2005.

[2] الجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة في سنة في 29 جويلية 2018، ص 3.

[3] الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في سنة في 30 أوت 2020، ص 4.

إتباع الطبيب لهذه الشروط القانونية التي هي بمثابة القواعد الطبية والأصول المهنية، تترتب عليه مسؤولية مدنية طبقا للقواعد العامة ومسؤولية جنائية طبقا لأحكام القانون رقم 18-11 السابق الذكر.

تكتسي أهمية الدراسة في بيان الشروط القانونية الواجب إتباعها من طرف الطبيب باعتباره طرفا ثالثا لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، كونها من المواضيع المهمة والحساسة التي تستوجب توضيح القواعد والأصول الطبية من الناحية القانونية الواجبة الإتباع من قبل الطبيب للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي. كما تبرز هذه الأهمية من الناحية العلمية، في دور العلم والمعرفة وتثمينهما في خدمة البشرية، ومن الناحية الميدانية في انتشار هذه الوسائل الطبية الحديثة وتزايد الإقبال عليها من قبل الزوجين اللذين تعذرا عليهما الإنجاب الطبيعي.

لدراسة موضوع "مسؤولية الطبيب في حالة عدم إتباع الشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي طبقا للقانون الجزائري"، تم الاعتماد على المنهج الوصفي من أجل وصف وتحديد الشروط الواجب إتباعها لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي من طرف الطبيب، والمسؤولية المترتبة عليه في حالة إخلاله بالتزاماته الطبية، والمنهج التحليلي لتحليل المواد القانونية المتعلقة بالدراسة.

وبناء على ما سبق تم طرح الإشكالية التالية:

ما هي الآثار المترتبة في حالة إخلال الطبيب بالشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي، طبقا للقانون الجزائري؟

تأسيسا على ما سبق، وللإجابة على الإشكالية تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين:

- المبحث الأول: الشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي
- المبحث الثاني: قيام مسؤولية الطبيب في حالة عدم احترام الشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي.

المبحث الأول: الشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي

تطرق المشرع الجزائري للشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والقانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، المعدل والمتمم، بالأمر رقم 20 -02 السابق الذكر في مواده من 371 إلى 373. تتكون هذه الشروط من شروط موضوعية وأخرى إجرائية يجب إتباعها من أجل المساعدة الطبية على الإنجاب.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية

تنص المادة 45 مكرر الفقرة 2 والفقرة 3 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل لقانون الأسرة السابق الذكر على ما يلي: "يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا،
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"

كما تنص المادة 371 الفقرة 1 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، المعدل والمتمم، على أنه: " تخصص المساعدة الطبية حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة يشكلان زوجا مرتبطا قانونا يعانيان من عقم مؤكد طبيا، ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي، ولا يمكن اللجوء فيهما للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر".

تتمثل الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الجزائري من خلال المواد القانونية السالفة الذكر لأجل القيام بعملية التلقيح الاصطناعي فيما يلي: وجود عقد زواج بين الزوجين، رضا وموافقة الزوجين، بلوغ سن معين لإجراء التلقيح الاصطناعي، أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة، ومنع التلقيح باستعمال الأم البديلة.

الشرط الأول: وجود عقد زواج بين الزوجين

يستنتج هذا الشرط من عبارتي أن يكون الزواج شرعيا في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، وزوجا مرتبطا قانونا في المادة 371 الفقرة 1 من القانون 18-11، المتعلق بالصحة المعدل والمتمم، وبالتالي حتى يتمكن الطبيب من إجراء التلقيح الاصطناعي لأي زوجين يجب أن يتأكد من وجود رابطة زوجية معترف بها من الناحية القانونية، بحيث لا يمكن إجراء التلقيح الاصطناعي إذا كان العقد عرفيا، أو عدم وجود علاقة زوجية أصلا، لاسيما وأن الهدف من التلقيح الاصطناعي قد تم تقريره لعلاج عقم الزوجين وفقط، لذلك على الطبيب قبل القيام بالتلقيح الاصطناعي التأكد والتحقق من وجود الرابطة الزوجية الشرعية والقانونية باشتراط وثيقة تثبت ذلك مثل الدفتر العائلي.

إن الهدف من هذا الشرط يتمثل في حرص المشرع الجزائري على تجنب اختلاط الأنساب، فلا يمكن إجراء عملية التلقيح بين شخصين لا تربطهما علاقة زوجية معترف بها شرعا وقانونا، كما لا يمكن إجراء هذه العملية بين زوجين مطلقين.

الشرط الثاني: رضا وموافقة الزوجين

لا يمكن للطبيب إجراء عملية التلقيح الاصطناعي في حالة عدم رضا وموافقة الطرفين أو عدم رضا وموافقة أحد الزوجين سواء كان الزوج أو الزوجة، بحيث يحق لكل من الزوج والزوجة أن يوافق على هذه العملية من عدمها، حسب عقيدته الشخصية وظروفه الاجتماعية، وإذا كان يرغب في الإنجاب أم لا، إذ اشترطت المواد السابقة أن يكون الرضا شخصي، كما يجب أن يكون صريح لا يكتنفه أي غموض[4].

الشرط الثالث: اشتراط سن معين لإجراء التلقيح الاصطناعي

[4] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 9.

اشترطت المادة 371 الفقرة 1 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، المعدل والمتمم، بلوغ الزوجين سن معينة لإجراء التلقيح، غير أن القانون أغفل عن تحديد هذا السن، وبالتالي يمكن الرجوع إلى المادة 7 من قانون الأسرة، المعدل بالأمر، رقم 05-02 التي تنص على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة"، واعتبار سن الرشد هو السن القانوني لإجراء التلقيح الاصطناعي.

الشرط الرابع: أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة

بالنظر لكون عملية التلقيح الاصطناعي من الطرق البديلة للإنجاب الهدف منها تحقيق نفس الغاية والهدف من التلقيح الطبيعي، لذلك يشترط في عملية التلقيح الاصطناعي أن يكون بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة، بحيث تحاط عملية التلقيح الاصطناعي بجملة من الضوابط والشروط الشرعية والقانونية والأخلاقية[5]، من هذه الشروط والضوابط أن يتم التلقيح بماء الزوج وبويضة رحم الزوجة، سواء كان التلقيح داخل رحم الزوجة أو خارج رحم الزوجة.

إن المسعى من وراء تقرير هذا الشرط هو تفادي اختلاط الأنساب والحفاظ على المبادئ التي تقوم عليها الأسرة في المجتمعات الإسلامية.

الشرط الخامس: منع استعمال رحم الأم البديلة

ظهر هذا النوع من التلقيح في الدول الأجنبية، مثل الولايات المتحدة الأمريكية والدول الأوربية، ثم بدأ بالانتشار حتى في بعض الدول العربية، بحيث يعود أحيانا سببها إلى عدم قدرة الزوجة على الحمل واحتمالية حدوث الإجهاض، وأحيانا أخرى، تكون لأسباب غير طبية كالرغبة في الحفاظ على رشاقة الجسم وتجنب آلام الحمل والولادة.

لقد أصبحت أرحام النساء خاصة الفقيرات منهن في الدول المنتشرة فيها هذا النوع من التلقيح عبارة عن بضاعة للبيع والإيجار يستعملها الأغنياء والأثرياء الذين يريدون الحصول على الذرية دون تحمل تبعات ومعاناة الحمل والولادة[6].

بينما منع لمشرع الجزائري، الذي يعتد بالشريعة الإسلامية الغراء كمصدر رسمي احتياطي أول لمصادر القانون، إجراء التلقيح بالاعتماد على رحم الأم البديلة أو تأجير الرحم الذي يتم من خلاله زرع البويضة الملقحة لزوجين ما في رحم امرأة أخرى.

المطلب الثاني: الشروط الإجرائية

يلتزم الطبيب الذي يقوم بعملية التلقيح الاصطناعي بإتباع مجموعة من الإجراءات التي فرضها عليه القانون وهي: أن يتم التلقيح بوجود ترخيص إداري، أن يتم التلقيح تحت إشراف لجنة طبية.

---

[5] سكريفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016-2017، ص 33

[6] سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 339.

الشرط الأول: أن يتم التلقيح بوجود ترخيص إداري

طبقا لما نصت عليه المادة 372 الفقرة 2 من القانون رقم 18-11 على أنه: "تتم الأعمال العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز أو مخابر **يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك**"

اشترط المشرع الجزائري على المصالح والمؤسسات التي تقوم بعملية التلقيح الاصطناعي الحصول على ترخيص من طرف الوزير المكلف بالصحة، بمعنى أن تكون تحصلت على ترخيص إداري مسبق للقيام بهذه العملية من السلطة الوصية. إن الهدف من هذا الإجراء هو الحد من الممارسات الغير قانونية التي قد يترتب عنها انعكاسات سلبية على صحة المرضى، وكذا لسد الباب أمام الأشخاص الذين يمارسون عملية التلقيح الاصطناعي بطريقة عشوائية وغير منظمة ولا تتوافر على المقاييس اللازمة المعمول بها، لاسيما وأن هذه العملية جد حساسة نظرا لخطورتها عند عدم إتباع الضوابط القانونية والأسس التي تقوم عليها.

بالإضافة إلى ما سبق، تستلزم ممارسة عملية التلقيح الاصطناعي توافر الوسائل المادية والعلمية، وتوافر السلامة والأمن الصحي للقيام بها، وهذا ما نصت عليه المادة 373 الفقرة 1 بقولها: "يجب أن يتم تنفيذ المساعدة الطبية على الإنجاب مع مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في هذا المجال، المحدد عن طريق التنظيم."

الشرط الثاني: أن يتم التلقيح تحت إشراف لجنة طبية ومراقبة المصالح الصحية المختصة

كان للتطور الطبي الإحيائي أثرا بالغا على مفهوم العمل الطبي نظرا لاتساع نطاق هذا الأخير، فبعد أن كان يتسم بالبساطة أصبح اليوم أكثر تعقيدا من ذي قبل نتيجة ما أفرزه العلم الحديث من تطور وسائل الطب وطرقه، وظهور طرق معالجة جديدة لعديد من الأمراض التي ظهرت في العصر الحالي[7]، ومن هذه الطرق والوسائل تقنية التلقيح الاصطناعي، ونظرا لخطورتها في حالة ممارستها دون رقابة، فقد اشترط المشرع الجزائري أن يتم التلقيح تحت إشراف لجنة طبية ومن قبل ممارسين معتمدين، طبقا لأحكام المادة 372 الفقرة 2 من القانون رقم 18-11 السابق الذكر، وأن تخضع المؤسسات والمصالح التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة وفقا لما نصت عليه المادة 373 الفقرة 2 من القانون رقم 18-11 السابق الذكر بأن :" تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة، ويتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها إلى السلطة الصحية المعنية".

المبحث الثاني: قيام مسؤولية الطبيب في حالة عدم إتباع الشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي

[7] النحوي سليمان، التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010-2011، ص 359.

رتب المشرع الجزائري في حالة عدم إتباع الطبيب لهذه الشروط القانونية والقواعد الطبية والأصول المهنية، مسؤولية مدنية طبقا للقواعد العامة(المطلب الأول) ومسؤولية جنائية (المطلب الثاني) طبقا لأحكام المادة 433 و434 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة السابق الذكر.

المطلب الأول: المسؤولية المدنية

لا تقتصر مسؤولية الطبيب في حالة عدم إتباع الشروط الواجبة للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي المذكورة آنفا، بل تمتد إلى مراعاة ما تقضي به واجبات الحيطة والحذر قبل إجراء هذه العملية، بإجراء الفحوصات اللازمة، تشخيص الحالة بدقة وعلى حدى، كما تمتد مسؤوليته إلى مرحلة التنفيذ بحيث يلتزم الطبيب بالرعاية والحيطة في القيام بواجبه تجاه الزوجين[8].

تترتب المسؤولية المدنية للطبيب في حالة عدم التزامه بالشروط القانونية الواجب إتباعها في المساعدة الطبية على الإنجاب، بحيث يكون مسؤولا بموجب المسؤولية العقدية باعتبار وجود علاقة عقدية بين الطبيب والأشخاص المقبلين على التلقيح(الفرع الأول)، ومسؤولية تقصيرية بمقتضى القانون(الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية العقدية

لكي يكون الطبيب المشرف على عملية التلقيح الاصطناعي مسؤولا في إطار المسؤولية العقدية، يجب أن يكون قد ارتكب خطأ طبي بمخالفة الشروط الواجب إتباعها في القيام بهذه العملية، وأن يكون قد ألحق ضررا بالزوجين أو بأحدهما، وان يكون الضرر هو نتيجة للخطأ الطبي الذي ارتكبه.

أولا-الخطأ

يعتبر الخطأ العقدي من أولى أركان تحقق المسؤولية العقدية، ويعرف الخطأ العقدي بصفة عامة، بأنه امتناع أحد المتعاقدين عن الوفاء بما التزم به بموجب العقد، فهو عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي والإخلال به.

يختلف تحقق الخطأ العقدي بين نوعي الالتزام، التزام بتحقيق غاية، والتزام ببذل عناية أو وسيلة. ففي النوع الأول من الالتزام والذي يرمي إلى تحقيق النتيجة المتوخاة من إبرام العقد، فإنه لكي نقول إن المدين قد نفذ التزامه، عليه أن يحقق الغاية أو الهدف الذي التزم من أجله والذي يسعى إليه الدائن[9]. أما إذا كان الالتزام ببذل عناية، فإن المدين عليه أن يبذل من العناية لتنفيذ التزامه دون أن يكون مسؤولا عن عدم تحقق النتيجة.

[8] الزغيب بدر محمد، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 36.

[9] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص312.

ويعد التزام الطبيب التزام ببذل عناية، بحيث يقتضي أن يقوم ببذل جهود تتفق مع الأصول المعروفة في علم الطب، وتكون العناية المطلوبة هي العناية التي يقدمها طبيب مثله في الظروف نفسها، فإذا تقاعس الطبيب عن بذل العناية اللازمة تجاه مرضاه بأن أهمل في القيام بما هو مطلوب منه، فإنه يعتبر مسؤولا عن الأضرار التي تصيب المريض[10].

ويستوي أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام العقدي طبقا للقواعد العامة ناشئا عن عمده أو عن إهماله[11]، وبالتالي فإن الطبيب يكون مسؤولا عن الأخطاء الطبية العمدية في القيام بتقنية التلقيح الاصطناعي، وكذا عن الأخطاء الطبية الناتجة عن إهماله.

في هذا السياق، توجد نظرية تقسم الخطأ غير العمدي إلى ثلاثة أقسام، خطأ جسيم الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل وهو أقرب ما يكون إلى العمد، خطأ يسير الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد، وخطأ تافه لا يرتكبه الشخص الحريص.[12] فمسؤولية الطبيب تترتب إذا ما صدر عنه خطأ أثناء التدخل الطبي وسبب ضررا للمريض، غير أن طبيعة هذا الخطأ تتغير فقد تكون إما خطأ يسير أو جسيم، مادي أو فني، فردي أو نتج عن الفريق الطبي[13]، وهذا التقسيم يساعد القاضي في تقدير التعويض.

ثانيا-الضرر

يعرف الضرر بأنه "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة"، وفضلا على كون الضرر مقياس لتقدير التعويض المستحق للدائن بالالتزام المخل به من طرف مدينه، فإن انتفاءه يحول دون قبول دعوى المسؤولية وذلك طبقا لقاعدة "لا دعوى بدون مصلحة"[14].

وقد أقر المشرع الجزائري عنصر الضرر باعتباره ركن من أركان المسؤولية العقدية من خلال المادة 176 من القانون المدني الجزائري[15] بقولها «... الضرر الناجم عن عدم تنفيذه التزامه... ».

والضرر نوعين، ضرر مادي يمثل الأموال التي يدفعها الزوجين مقابل عملية التلقيح من بداية الفحوصات وإجراء التحاليل إلى عملية إجراء التلقيح، سواء كان تلقيح داخل الرحم عن طريق وضع الحيوانات المنوية داخل رحم المرأة، أو التلقيح خارج الرحم عن طريق سحب البويضات بعد إجراء عملية التنشيط للمبيض، بعدها تلقيح البويضة بماء الزوج وإرجاع البويضة الملقحة لرحم المرأة.

---

[10] سايب عبد النور، المرجع السابق، ص 330.

[11] السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص310.

[12] السنهوري أحمد عبد الرزاق، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 954.

[13] عبيد فتيحة، المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2019- 2020، ص 122.

[14] فيلالي علي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص282- 283 .

[15] القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

وضرر معنوي، يمكن أن يلحق بالزوجين في مصالحهم الغير مالية، وقد تناول المشرع الجزائري التعويض عن الضرر المعنوي من خلال المادة 182 مكرر من القانون المدني.

يشترط في الضرر من جراء عملية التلقيح الاصطناعي نتيجة عدم إتباع الطبيب للشروط والضوابط القانونية الواجب احترامها، أن يكون ضررا محققا، مباشرا، متوقعا، شخصيا، ولم يعوض بعد، فالطبيب لا يسأل إلا عن الضرر المباشر طبقا لما نصت عليه المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري بقولها: «...بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.».

يشترط في الضرر، أن يكون شخصيا بمعنى أن يكون طالب التعويض الزوجين في هذه الحالة أو أحدهما قد ألحقه ضرر بشخصه، وذلك طبقا للمبدأ الذي يقضي بأنه لا دعوى بدون مصلحة.

وإذا كانت المسؤولية العقدية تقتضي حتما وجود ضرر للطرف الثاني، فإن ذلك لا يتحقق بالنسبة للأضرار التي قد تم إصلاحها بطريقة أو بأخرى، حيث لا يمكن للمتضرر الذي استفاد من تعويض عن الضرر الذي لحق به، أن يطالب بالتعويض مرة أخرى[16]. ففي حالة ما إذا تم إصلاح الضرر الذي لحق بالزوجين أو بأحدهما من جراء خطأ الطبيب في عدم احترامه وإتباعه للشروط القانونية الواجب إتباعها في التلقيح الاصطناعي فلا يمكن لهما المطالبة بالتعويض مرة أخرى.

ثالثا-العلاقة السببية

يشكل ركن الرابطة السببية، ركن أساسي في المسؤولية العقدية في المجال الطبي، حيث لا يمكن نسب الضرر الذي لحق بالمريض، إلى الطبيب الذي أخل بالتزامه، إذا لم تكن هناك علاقة سببية تجعل الخطأ العقدي سبب الضرر أو بالأحرى سبب وقوعه، ويشترط في العلاقة السببية بين الخطأ الطبي في عملية التلقيح الاصطناعي والضرر أن تكون محققة ومباشرة،

العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالزوجين أو بأحدهما من جراء إخلاله في احترام الشروط القانونية الواجب إتباعها لإجراء التلقيح الاصطناعي هي مفترضة، فلا يكلف المتضرر بإثباتها، بل يكفي أن يثبت بأن الطبيب قد أخل بالتزامه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يثبت الضرر الذي أصابه. غير أن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس، بأن يعمل الطبيب على نفي الرابطة السببية بين الإخلال بالتنفيذ والضرر الذي لحق بالمريض، عن طريق إثبات السبب الأجنبي.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية

يترتب على الطبيب في حالة عدم إتباع الشروط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي، وسبب بذلك ضررا للمريض، مسؤولية تقصيرية، طبقا لأحكام المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[16] فيلالي علي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص303- 304 .

فقبل أن يكون هذا الإخلال الذي يشكل خطأ طبي من طرف الطبيب الذي يقوم بعملية التلقيح هو إخلال بالتزام عقدي، فهو إخلال بالتزام قانوني، بمعنى إخلال بالشروط والضوابط القانونية المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية، غير أنه لا يمكن للمتضرر من جراء هذا الإخلال بالالتزام الطبي أن يجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في آن واحد من أجل الحصول على التعويض، كأن يرفع دعوى قضائية على أساس المسؤولية العقدية، ودعوى قضائية أخرى على أساس المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية

تنص المادة 433 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، المعدل والمتمم، السابق الذكر بما يلي: "يعاقب كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية أو يمارس نشاطات المساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسة غير مرخص لها، بالحبس من سنتين إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 500,000 دج إلى 1,000,000 دج".

كما تنص المادة 434 من نفس القانون على أنه: "يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 371 من هذا القانون، المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500,00 دج إلى 1,000,000 دج"

عمل المشرع الجزائري من خلال هاتين المادتين على فرض جزاءات وعقوبات ردعية في حالة عدم احترام الشروط القانونية المقررة لعملية التلقيح الاصطناعي من طرف الطبيب الذي يقوم بتقنية التلقيح الاصطناعي، حيث تجمع العقوبات في هذا المجال بين عقوبات مالية بدفع غرامات مالية، وعقوبات جسدية، تتمثل في الحبس الذي قد تصل مدته إلى خمس سنوات، وهذه العقوبات تتحدد حسب درجة الخطأ الطبي الناتج عن الإخلال بالضوابط القانونية والشروط والإجراءات الواجب إتباعها في القيام بعملية التلقيح الاصطناعي.

وما يلاحظ بصدد تقرير المسؤولية الجنائية في هذا المجال، أن المشرع الجزائري تدارك النقص الموجود في قانون الأسرة ضمن المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05 -02 المعدل لقانون الأسرة، الذي لم ينص من خلالها على العقوبات الردعية الناجمة عن عدم احترام الطبيب للشروط القانونية الواجب إتباعها في عملية التلقيح الاصطناعي، حيث عالج هذا السكوت بموجب أحكام جديدة في القانون المتعلق بالصحة رقم 18 -11 المعدل والمتمم السابق الذكر[17]، وبذلك فإن تكريس هذه العقوبات من المشرع الجزائري، تشكل خطوة مهمة من أجل ردع المصالح والمؤسسات التي لا تحترم الشروط المتبعة للقيام بمثل هذه

[17] بلماحي فؤاد سيدي محمد صديق، بسعيد مراد، المساعدة الطبية على الإنجاب في التشريع الجزائري -التلقيح الاصطناعي نموذجا-، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 5، العدد 1، المركز الجامعي أفلو، الجزائر، 2022، ص ص 365-379؛ المقال منشور في الموقع الإلكتروني التالي:https://www.asjp.cerist.dz.

العمليات، وبالتالي تقرير الحماية للزوجين المقبلين على التلقيح، والحفاظ على الشروط والمعايير المعمول بها في هذا الميدان التي لا تتعارض مع مبادئ وعقيدة المجتمع الجزائري.

خاتمة

باعتبار أن التلقيح الاصطناعي تقنية حديثة للمساعدة على الإنجاب وأحد الوسائل العلاجية الحديثة لعلاج العقم، وانسجاما مع الدور المنوط بها والهدف التي وجدت لأجله، أحاطها المشرع الجزائري بضوابط وشروط قانونية يجب إتباعها من طرف الطبيب الذي يقوم بها، وهي شروط مهمة ومنطقية لتفادي الانعكاسات الخطيرة التي يمكن أن تحدث من جراء عدم احترام هذه الشروط، سواء كانت هذه الانعكاسات تمس بالزوجين المقبلين على التلقيح، أو تمس بأخلاقيات الطب وأصول المهنة، أو بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الجزائري باعتباره من المجتمعات التي تقوم على مبادئ الشريعة الإسلامية، بحيث يمكن أن تؤدي هذه العملية في حالة عدم احترام المقاييس القانونية المضبوطة بالنصوص التشريعية إلى المساس بسلامة وصحة الزوجين، وإلى اختلاط الأنساب الذي يتنافى مع الغاية التي قررت لأجلها تقنية التلقيح الاصطناعي كحل بديل للإنجاب بالطرق الطبيعية.

لقد رتب المشرع في حالة ما إذا أخل الطبيب بالشروط القانونية والإجراءات الواجب إتباعها من أجل ممارسة هذه التقنية، مسؤولية مدنية طبقا للقواعد العامة، إضافة إلى مسؤولية جزائية طبقا للقانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة ،المعدل والمتمم.

غير أنه ونظرا للطابع الحساس الذي تتسم به عملية التلقيح عن طريق المساعدة الطبية، ولتفادي المخاطر التي يمكن أن تنجر في حالة عدم إتباع واحترام الضوابط القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة والقانون المتعلق بالصحة، لاسيما بعد تسجيل العديد من التجاوزات من قبل المؤسسات العاملة في هذا المجال، فإنه يجب على المشرع الجزائري القيام ببعض التدابير منها:

- تفعيل ضمانات أكثر حمائية للزوجين في مواجهة الممارسات الطبية غير المشروعة في هذا المجال.
- تشديد العقوبات المنصوص عليها في المادتين 433 و434 من قانون الصحة رقم 18-11، المعدل والمتمم، لتصبح أكثر ردعا للطبيب وللمصالح والمؤسسات التي تقوم بالتلقيح الاصطناعي في حالة عدم إتباع القواعد والضوابط القانونية التي تقوم عليها هذه التقنية.
- فرض رقابة إدارية صارمة على نشاط هذه المصالح والمؤسسات من قبل الهيئات المختصة، مثل الغلق الإداري في حالة ثبوت مخالفتها للضوابط القانونية المقررة.

قائمة المراجع:

أولا-الكتب

1- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

2- السنهوري أحمد عبد الرزاق، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

3- فيلالي علي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010.

ثانيا- أطروحة دكتوراه

1- النحوي سليمان، التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1.

2- سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018.

3- عبيد فتيحة، المسؤولية المدنية لطبيب النساء والتوليد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، 2019-2020 .

ثالثا- مذكرات ماجستير

1-- الزغيب بدر محمد، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.

2- بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.

3- سكريفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016-2017.

رابعا- المقالات

- بلماحي فؤاد سيدي محمد صديق، بسعيد مراد، المساعدة الطبية على الإنجاب في التشريع الجزائري -التلقيح الاصطناعي نموذجا-، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 5، العدد 1، المركز الجامعي أفلو، الجزائر، 2022، ص-ص 365-379، المقال منشور في الموقع الإلكتروني التالي: https://www.asjp.cerist.dz .

خامسا-النصوص القانونية

1- القانون المدني الجزائري.

2- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

3- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية عدد 46، المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020،الجريدة الرسمية عدد 50.

متطلبات السلامة الجسدية في التجارب الطبية على جسم الإنسان

Physical safety requirements for medical experiments on the human body

عبدالله ونوغي

جامعة مولود معمري -تيزي وزو-

ملخص:

إنصبت معظم الجهود القانونية على المستوى الدولي والداخلي للدول في محاولة تحقيق التوازن بين مصلحتين، الأولى، علمية تتمثل في التقدم العلمي والطبي، الثانية، حقوقية تتمثل في ضمان سلامة الجسدية للخاضعين للتجارب الطبية حيث لا يمكن أن نفاضل بينهما لأهميتها على المستوى الفردي وعلى المستوى المجتمعي، ولتحقيق الأهداف العلمية والحفاظ على المكاسب الحقوقية، تم تأطير التجارب الطبية على جسم الإنسان بمجموعة من الضوابط منها ما يخص الهياكل التنظيمية ومنها ما يعنى بالجانب الموضوعي، من خلال وضع معايير الكفاءة و اشتراط الأسس العلمية و احترام المبادئ الاخلاقية في المجال الطبي و أهم شيء هو نيل الرضا الحر والمستنير للمتطوع.

الكلمات المفتاحية: (التجارب ،الطبية ، حقوق الانسان، الرضا الحر و المستنير، المسؤولية)

Abstract

Most legal efforts, both at the international and national levels, aim to strike a balance between two interests: scientific progress and the protection of individuals undergoing medical experimentation. Both interests are of equal importance, both individually and socially. Medical experimentation on the human body is governed by a set of rules to achieve scientific objectives and preserve acquired rights. These rules establish competence criteria, require solid scientific foundations, and respect ethical principles in the medical field. The most important aspect is obtaining the free and informed consent of volunteers**.**

Keywords: clinical tials; human rights; informed consent; civil responsability

مقدمة:

تحتل التجارب الطبية على جسم الإنسان أهمية كبيرة في مجال الطب والعلوم الصحية، لما لها من دور في تطوير المعرفة الطبية، تقييم سلامة و فعالية العلاجات و الأدوية، تحسين اللقاحات وتخصيص العلاجات، لكن بإسم التجارب الطبية تم إرتكاب العديد من الانتهاكات بحق البشر، مما خلق طرف رافض للتجارب الطبية بحجة الدفاع على حقوق الانسان.

مع التقدم المعرفي والتكنولوجي، بزرت تحديات جديدة في المجال الطبي، تتطلب تنظيمًا قانونيًا دقيقًا للتعامل معها، مما جعل هذا الموضوع يحظى بإهتمام قانوني خاص، حيث خلص فقهاء القانون ضرورة توفير ضوابط ومعايير صارمة لحماية سلامة المشاركين والتأكد من احترام حقوقهم وكرامتهم، و ضمان حق السلامة الجسدية للمشاركين، حيث يستند هذا الأخير على ثلاث عناصر أساسية: الأول، هي الحق في أن تظل أعضاء الجسد وأجهزتها تؤدي وظائفها بطريقة عادية وطبيعية. الثاني، هي الحق في الإحتفاظ بجميع أعضاء الجسد كاملة وغير مشوهة، أما العنصر الثالث فيتمثل في الحق في التخلص من الألم الجسدي، وتعد هذه العناصر من المبادئ الأساسية في قواعد الأخلاق والدين.

رغم الاعتراف بالحق في السلامة الجسدية الا أن علماء الطب وفقهاء القانون والشريعة أقروا بأهمية التجارب الطبية على جسم الانسان، سواء تلك العلاجية أو العلمية، هنا نكون أمام معضلة التوفيق بين مصلحتين مترابطتين، وهما حماية حق الفرد في سلامة جسده، وفي الوقت ذاته الإستجابة لمتطلبات التطور العلمي في مجال التجارب الطبية على جسم الإنسان، وهذا ما انصبت عليه مختلف الجهود الدولية والوطنية لتحقيقه بوضع قواعد تضبط سير التجارب الطبية و تنظيمها.
و هذا ما يدفعنا لطرح الإشكالية التالية:

فيما تتمثل الضمانات التنظيمية والموضوعية التي نصت عليها القوانين الوضعية لضمان السلامة الجسدية في التجارب الطبية على جسم الإنسان؟

للإجابة على هذه الاشكالية إرتأينا نقسم بحثنا إلى مبحثين:
المبحث الأول سنتناول فيه الهيكل التنظيمي للتجارب الطبية لجسم الإنسان سنعرض فيه المتدخلين في التجارب العلمية من مؤسسات وموارد بشرية وأهم معايير الكفاءة المتطلبة، ثم أجهزة الرقابة الضابطة لهذه الممارسات الطبية، بينما **المبحث الثاني** سنتحدث عن الضوابط الموضوعية للتجارب الطبية على جسم الإنسان، سنعرض فيه أهم المبادئ العلمية والأخلاقية و القانونية التي تهدف إلى حفظ السلامة الجسدية للإنسان و كرامته.

.

المبحث الأول: الهيكل التنظيمي للتجارب الطبية على جسم الانسان.

جاءت مختلف المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية التي تناولت موضوع التجارب الطبية على جسم الإنسان بمعايير عديدة تهدف لضمان أمثل للسلامة الجسدية للبشر المشاركين فيها، منها ماهو متعلق بالجانب التنظيمي، حيث جاءت الجهود الدولية والوطنية لتكريس إطار تنظيمي محكم يضمن الجودة ويقلل من الأخطار والعشوائية، فمن خلالها يمكننا إستشفاف الهيكل التنظيمي الأمثل لتأطير التجارب الطبية على جسم الانسان، وهو على مستويين من الفاعلين، المستوى الأول يتمثل في المتدخلين في التجربة الطبية، ولهم علاقة بالجانب الطبي(**الفرع الأول**)، والمستوى الثاني يتمثل في أجهزة الرقابة أي تهتم بضبط نشاط التجارب الطبية(**الفرع الثاني**).

المطلب الأول: المتدخلين في التجارب الطبية

يتدخل في إجراء التجارب الطبية على جسم الانسان العديد من الفاعلين، كالمؤسسات الحاضنة لهذه التجارب(**الفرع الأول**)، وأيضا الجهات المباشرة للتجارب الطبية،من مرقي والطاقم الطبي المشرف على التجارب الطبية (**الفرع الثاني**)، وأخير المتطوعين، موضوع هذه التجارب(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول : المؤسسات المؤهلة والمجهزة.

تشترط العديد من التشريعات على ضرورة توفر هذه المراكز أو المستشفيات أو الجهات التي تقوم التجارب الطبية على شروط معينة نذكر منها على سبيل المثال[1]:

- أن تكون مزودة ومجهزة بجميع الأدوات والأجهزة والمعدات التي تمكن من إجراء البحث طبي بكفاءة عالية.
- أن تكون على إستعداد للتعامل مع الحالات الطارئة وفق ما تقتضية طبيعة البحث الطبي.
- أن تعامل مع مخابر التحاليل معتمدة ومرخصة من طرف السلطات العمومية.
- أن تكون مجهزة ومدعمة بالوسائل والتجهيزات اللازمة لحفظ وتخزين كل ما يتعلق بتدخل طبي وفقا لطبيعته.
- أن تكون مزودة بالأجهزة والوسائل اللازمة لحفظ البيانات والسجلات المتعلقة بالبحث الطبي.

بالعودة إلى القانون المقارن نجد أن القانون الفرنسي يشترط لإجراء هذه التجارب أن توفر الامكانيات المادية والتقنية اللازمة وعلى الشروط الامنية الضرورية لسلامة الأشخاص الخاضعين لهذه التجارب وفقا لنص المادة 1124-4-1 من قانون الصحة العمومي الفرنسي[2].

وقد اعتمد المشرع الجزائري على هذا الشرط أين حصر إجراء الدراسات العيادية في الهياكل المعتمدة والمرخصة لهذا الغرض حسب الكيفيات المحددة من طرف الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية، وذلك في نص

---

[1]- عبدالعزيز عبدالمعطي علوان، الضوابط الدستورية والقانونية لإجراء البحوث الطبية الإكلينيكية، **مجلة روح القوانين**، عدد 26، إصدار أكتوبر 2021، ص387.

[2] بركات عماد الدين، التجارب العلمية والطبية على جسم الإنسان في ضوء قواعد المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة-،أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية6أدرار، 2019،ص206.

الماده 379 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة[3] وأيضا نص المادة السابعة من قرار الوزاري 387، وأيضا نص المادة 10 منه التي تنص صراحة على أن التجارب الطبية لا يمكن إجراؤها إلا في ظروف مادية وتقنية متوافقة مع التجربة الطبية ومع الأصول العلمية التي تكفل أمن الأشخاص المتطوعين[4].

الفرع الثاني: الجهات المباشرة للتجارب الطبية

تتمثل الجهات المباشرة في التجارب الطبية على جسم الانسان في المرقي والطبيب الباحث وأطقمهما، حيث نصت معظم التشريعات والمواثيق على جملة من الشروط والإلتزامات عليهما كضمانة أساسية لضمان السلامة الجسدية للمتطوع.

أولا: المرقي.

المرقي أو ما يسمى بالفرنسية بـ « **Le Promoteur**» وهو الشخص المبادر للتجربة الطبية، يمكن أن يكون شخصا معنويا (مثل مخبر صيدلي أو مؤسسة صيدلية أو مصنع لأدوات الطبية، مقدم خدمات، جمعية علمية، مؤسسة صحية) أو شخصا طبيعيا (مثل الطبيب)، يكون المرقي هو المسؤول على تنظيم ومتابعة التجربة، وفي هذا السياق يلتزم بإختيار الأطباء الباحثين[5]، كما يمكنه إستقدام مرقيين متعاونين، لتقسيم المهام الكثيرة التي تقع على عاتقه، ومن مهامه الأساسية[6]:

- إعداد وتحرير بروتوكول سير التجربة الطبية وتقديمه إلى الجهات المختصة.
- الحصول على موافقة لجنة أخلاقيات البحث والترخيص من السلطات العمومية المختصة.
- التعاقد مع شركات التأمين.
- تعيين الأطباء الباحثين وفريق العمل.
- الحصول على الرضا الحر والمستنير للأشخاص المشاركين في التجارب الطبية.
- العمل على رقابة الجودة وضمان سلامة المتطوعين أثناء التجربة.
- العمل على توفير الوسائل اللازمة لإنجاح التجربة.
- إخطار السلطات المختصة بكل ما يتعلق بالتجربة الطبية سواء من نتائج أو مضاعفات سلبية.
- إعداد تقرير ملخص عن نتائج التجربة.
- متابعة حالة المتطوعين بعد التجربة.

---

[3] القانون رقم18-11 المؤرخ في 02 يوليو2018، يتعلق بالصحة، ج.ر العدد ،46 الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018.

[4] القرار رقم 387 المؤرخ في 31 يوليو ،2006 المتعلق بالتجارب العيادية.(وزارة الصحة)

[5] Les intervenants dans un essai clinique. Une multiplicité d'acteurs au service de la recherche./ https://www.sante.fr/
Lu le 12 Mai 2023 A 21:30

[6] Marjolaine Frairrot. Les @évolutions réglementaires en recherche clinique. these pour le diplome d'etat de docteur en pharmacie. universite de rouen normandie ufr sante. 2019 pp 30-77

أوكل المشرع الجزائري ذات المهام إلى المرقي في التجارب الطبية وذلك بموجب المواد من 381 إلى 399 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة المعدل والمتمم، وأيضا نصت عليه المادتين 4 مو 5 ن القرار الوزاري 387 المتعلق بالتجارب الطبية الصادر عن وزارة الصحة سنة 2006.

ثانيا: الطبيب الباحث[7].

الطبيب الباحث أو مايسمى بالفرنسية ب « **investigateur** » هو الطبيب المسؤول عن إجراء التجربة، فهو يتحمل المسؤولية العلمية للتجربة، حيث يتعين عليه التوقيع على بروتوكول التجربة المعد من طرف المرقي، وبذلك من مهامه إدراج المتطوعين، جمع البيانات وتحليلها...إلخ، وهذا ما إعتمده المشرع الجزائري على ضوء القانون 18-11 المتعلق بالصحة المعدل والمتمم والقرار الوزاري 387 المؤرخ في 31 جويلية 2006 والمتعلق بالتجارب الطبية، والقرار القرار الوزاري 388 المؤرخ في 31 جويلية 2006 والمحدد لإجراءات إنجاز التجارب الطبية، حيث إشترط فيه الكفاءة والخبرة،كما يمكن أن يساعده فريق طبي متكامل مثل:

- مستخدمين شبه طبيين كالممرضين، المخبريين، المساعدين الإجتماعيين.
- منسق، وهو طبيب يتولى التنسيق بين مختلف الدراسات العيادية التي تجرى في نفس الوقت خاصة في التجارب متعددة المراكز.
- مسؤول اللوجيستيك والإحصاء.

الفرع الثالث: الشخص الخاضع للتجربة.

يعتبر الأشخاص محل التجارب الطبية « **sujet de l'essai clinique** » محور كل هذه النقاشات والدراسات الأخلاقية والقانونية، فالهدف الأساسي هو كيفية تحقيق التقدم العلمي على نحو يضمن السلامة الجسدية للأشخاص الخاضعين لهذه الممارسات الطبية، لذا إنصبت معظم الجهود الدولية سواء عن طريق المنظمات الحكومية وغير الحكومية أو التشريعات الداخلية للدول إلى تحقيق أكبر قدر من الضمانات لحماية المتطوعين، أهمها الرضا الحر والمستنير للأشخاص المستعدين للتطوع.

المشاركين في التجارب الطبية يمكن أن يكونوا مرضى أو أشخاص في حالة سليمة، حيث كل تجربة طبية تخضع لإنتقاء أشخاص وفق مميزات محددة تساعد على معالجة الإشكالية المطروحة في التجربة.

المطلب الثاني: الجهات الرقابية على التجارب الطبية على جسم الانسان.

تنطوي التجارب الطبية على جسم الانسان على مخاطر قد تضر بصحة المتطوع، لذا يشترط خضوعها لرقابة السلطات العمومية ومن جهات متخصصة، للتأكد من كفاءة وخبرة القائم بالتجربة.

تسلك التشريعات المقارنة في الرقابة على التجارب الطبية على جسم الانسان طريقتين[8]، إما إسناد هذه الرقابة إلى أجهزة مختلطة تتضمن أعضاء ينتمون إلى المهن الطبية وغير الطبية بغرض تحقيق رقابة إجتماعية

[7] Jean-Philippe Chippaux. Pratique des essais cliniques en Afrique, IRD Edition, paris, 2004 p 73

على التجارب، كما هو عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية[9]، إما الطريقة الثانية،رقابة مزدوجة، بإسناد مهمة الرقابة إلى لجنة إستشارية طبية، بالإضافة إلى الرقابة التي تمارسها السلطة التنفيذية في الدولة، وهذا ما تبنته معظم التشريعات.

الفرع الأول: الرقابة الإدارية.

لا يمكن إجراء أي تجربة طبية على جسم الانسان على الانسان دون موافقة السلطات العمومية، التي تقوم بدورها في ضبط هذه الممارسات بفرض إجراء الترخيص لضمان عدم انتهاك المعايير المنصوص عليها في المواثيق والاعلانات الدولية والقوانين الداخلية، إذ لا يباشر أي تدخل طبي وجراحي مستحدث على جسم الانسان الا بعد الحصول على ترخيص من السلطات العمومية أو من تنتدبهم .

في الجزائر،الدراسات العيادية وفق قانون الصحة الجزائري لا يمكن اجراؤها إلا بعد إستكمال شرط إجرائي واقف وهو الحصول على الترخيص من طرف الوزير المكلف بالصناعات الصيدلانية، الذي يبت فيه بالقبول أو الرفض في أجل ثلاثة أشهر بعد تقديم الطلب الطبي والتقني من طرف المرقي الذي يتضمن بروتوكول البحث وتصريح بخصوص إنجاز الدراسة العيادية[10].

ومن جملة التراخيص التي يصدرها الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية والتي تقع على عاتق المرقي من أجل مباشرة الدراسة العيادية نجد :

- ترخيص استيراد العتاد الضروري لمباشرة بالدراسة العيادية[11]
- تسليم شهادة نقل العينات البيولوجية لغرض الدراسة العيادية[12]

الفرع الثاني: رقابة لجنة أخلاقيات البحث.

تستدعي خطورة التجارب الطبية التي يكون محلها جسم الانسان ضرورة إخضائها للرقابة من لجان أخلاقيات البحث، مستقلة ومتخصصة، للتأكد من سير هذه الممارسات الطبية والعلمية وفقا للقواعد القانونية والأخلاقية التي تنظم هذا المجال وهي من أهم توصيات إعلان هلنسكي.

---

[8] بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص234

[9] . حبث يجب تقديم طلب الترخيص إلى إدارة الغذاء والدواء الأمريكية (FDA) في حالة الأبحاث السريرية الخاضعة لتنظيمها. يجب أن يتضمن الطلب معلومات مفصلة حول الدراسة المقترحة، بما في ذلك الهدف والتصميم والمنهجية والبيانات المتوقعة وتفاصيل السلامة والأدوات المستخدمة والأخلاقيات لذلك وايضا ما يتعلق بتضارب المصالح خاصة بما يتعلق بالممولين والتلاعب بنتائج البحث

[10] المادة 381، القانون 18-11 مرجع سابق.

[11] المادة 389، المرجع نفسه.

[12] المادة 390، المرجع نفسه.

أولا: أهمية لجان أخلاقيات البحث.

تكمن أهمية هذا النوع من اللجان كونها ضمانة لحماية الخاضعين للتجارب الطبية خاصة الطوائف الضعيفة من الإستغلال وعدم إنتهاك حقوقهم، وذلك بإلزام جميع الفاعلين في التجارب الطبية على جسم الانسان بضرورة مراعاة الجوانب الأخلاقية والقانونية قبل، أثناء وبعد إجرائها.

وهذا ما نصت عليه العديد من المواثيق الدولية منها إعلان هلينسكي في المادة 23 فقرة 1 التي تنص على وجوب إخضاع هذه التجارب للجنة أخلاقيات البحث، حيث يجب أن يخضع بروتوكول البحث إلى تقييم وتعليق وارشاد وايضا موافقتها، قبل بداية التجربة التي يجب أن يكون عملها في شفافية وإستقلالية، دون أن يكون لها أي تأثير على نتائج البحث، حيث تأخذ بعين الاعتبار القوانين والتنظيمات الداخلية للدول التي تجرى فيها التجارب الطبية وأيضا المعايير الدولية، دون أن يكون لها يد في تقييد أو إسقاط أي حق من الحقوق التي تحمي المتطوعين في التجارب الطبية[13].

يجب أن يكون للجنة حق المتابعة على الأبحاث الجارية. كما يجب على الباحث تزويد اللجنة بمعلومات حول المتابعة، بما في ذلك أي حدث غير مرغوب فيه خطير.

و تضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أنه لا يمكن إجراء أي تعديل على البروتوكول دون تقييم وموافقة من اللجنة. في نهاية البحث، كما يجب على الباحثين تقديم تقرير نهائي إلى اللجنة يحتوي على ملخص للإكتشافات والاستنتاجات منه.

ثانيا: نماذج لجان أخلاقيات البحث.

مهمة اللجان دائماً كانت وما زالت متمحورة حول حماية المرضى، وهي من التوصيات الأساسية في إعلان هلنسكي وأخذت به معظم التشريعات الداخلية للدول على سبيل المثال:

لجنة حماية الأشخاص في فرنسا[14]

لجنة أخلاقيات البحوث اللبنانية[15]

لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية في الجزائر[16]

المبحث الثاني: الضوابط الموضوعية للتجارب الطبية على جسم الانسان.

يلعب التنظيم الهيكلي المحكم دور كبير في التقليل من نسبة الأخطاء والرفع من مستوى الجودة في التجارب الطبية التي يكون موضوعها جسم الانسان، لكن هذا لا يكفي لضمان حق السلامة

---

[13] Déclaration d'Helsinki de L'AMM - Principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains 2013

[14] Lemaire, F. La mission des Comités de protection des personnes en France : ni éthique, ni scientifique ? **M/S: médecine sciences**, n° 10, vol. 21, octobre 2005 p 877.

[15] بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص234

[16] المادة 382 من القانون 18-11، مرجع سابق.

الجسدية للإنسان المشارك في التجربة، بل لابد لمؤطري التجارب الطبية والمباشرون للتجربة التقيد بعدة ضوابط يمكن اعتبارها موضوعية والتي جاءت بعد جهود جماعية و فردية، على المستوى الدولي وعلى المستوى الوطني، بغية ضمان السلامة الجسدية.

ولتحقيق الأهداف الطبية المتوخاة من هذه التجارب يتعين على القائمين عليها التقيد بمجموعة من المعايير والأسس العلمية والأخلاقية كضمانة لسلامة الجسم (**المطلب الأول**)، وبمجموعة من الضوابط القانونية كضمانة مباشرة لحقوق المتطوع المكفولة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: إتباع الأصول العلمية والقواعد الأخلاقية الطبية.

لكل مهنة -بما فيها المجال الطبي- أصول علمية وعملية يجب مراعاتها وعدم الإخلال بها، ويقع على الطبيب القائم بالتجربة الطبية الإلتزام بمراعاة المنهجية السليمة في ممارسة مهنة الطب[17]، من أسس علمية (**الفرع الأول**) وقواعد أخلاقية (**الفرع الثاني**).

الفرع الاول : إحترام الأسس العلمية المتعارف عليها.

تنص المادة 21 من إعلان هلنسكي على وجوب تطابق وتوافق الأبحاث الطبية التي يخضع لها البشر مع المبادئ العلمية والمؤسسة على معارف علمية معمقة ومصادر معلومات موثوقة. ويمكن أن نذكر أهم هذه الأسس العلمية فيما يلي:

أولا: إجراء التجارب المخبرية على الحيوانات أولا[18].

قد تستعمل الحيوانات في الطب لأغراض متعددة، منها التعرف على تأثير بعض العقاقير على جسم الإنسان قبل إستعمالها على الإنسان، وقد يقتل ويشرح لفحص أنسجته المصابة، أو لدراسة التحولات الوظيفية في الجسم بعد إعطاء بعض العقاقير، ومن التوصيات التي جاء بها إعلان هلنسكي وفي المادة 21 منه، يعتبر إجراء التجارب على الحيوان قبل الانسان من الأسس العلمية التي يجب أن تراعي قبل إجراء التجارب على الإنسان، ولعل فضيحة دواء ثاليدوميد سنوات الستينات من القرن الماضي أصبحت من أهم الأمثلة التي تؤكد ضرورة إجراء التجارب على الحيوان قبل الانسان[19].

---

[17] عبدالعزيز عبدالمعطي علوان، مرجع سابق، ص375.

[18] المادة 21 من اعلان هلنسكي المتضمن المبادئ الأخلاقية المطبقة على الابحاث الطبية على البشر.

[19] Benkimoun, Paul. « Recherche clinique et financement privé : les liaisons dangereuses », ***Les Tribunes de la santé***, vol. 28, n° 3, 2010, p 1.

ثانيا: إعداد بروتوكول خاص بالتجربة[20].

يجب أن يكون تصميم وإجراء جميع البحوث التي تشمل البشر موصوفة ومبررة بوضوح في بروتوكول بحث، يجب أن يحتوي هذا البروتوكول على جميع المعلومات المتعلقة بالتجربة، وأن يشير إلى الآليات المعتمدة التي تضمن إحترام القوانين والتنظيمات الداخلية والنصوص الدولية.

كما يجب أن يتضمن البروتوكول معلومات تتعلق بالتمويل والجهات الراعية والإنتساب المؤسسي وتضارب المصالح المحتمل والحوافز للمشاركين، في التجارب الطبية، وأن يذكر فيه أيضًا الترتيبات المناسبة للتدخل بعد التجربة الطبية.

كلفت معظم التشريعات المرقّي بإعداد بروتوكول التجربة الطبية، سواء كانت تجربة علاجية أو غير علاجية، ويتولى عرضه للموافقة على الجهات الرقابة خاصة لجنة الاخلاقيات الطبية لكل بلد.

ثالثا: الكفاءة العلمية للقائمين على التجربة.

جاء في نص المادة 8 من تقنين نورمبرغ[21] أن من شروط إجراء التجارب الطبية، كفاءة الباحث الذي يقوم بالتجربة. حيث يجب أن يكون للباحث المؤهل العلمي اللازم والخبرة في هذا المجال، حتى لا يؤدي تنفيذه للتجربة إلى وقوع أي أضرار على المشاركين[22]، تأكيدا على ذلك جاء في المادة 12 من تقنين هلنسكي: «**يجب أن يقتصر إجراء وتنفيذ الأبحاث التي تجري على الإنسان، على من يتمتع بالخبرة والدراية والتخصص، وذلك تحت إشراف طبي فني، وتقع مسؤولية البحث على القائم بالتنفيذ**» .

كرس المشرع الجزائري هذا المعيار بموجب نص المادة 380 الفقرة الثانية والثالثة من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة: «**...لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذاكانت منفذة تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث يثبت خبرة مناسبة...**».

الفرع الثاني : إحترام القواعد الأخلاقية الطبية.

يجب على المؤسسات الطبية والباحثين الإلتزام بقوانين السلامة والأخلاقيات المهنية والتصرف بشفافية ونزاهة مع المشاركين في التجارب الطبية ويشمل هذه الأسس عموما ما يلي:

[20] Art 22 : Déclaration d'Helsinki de L'AMM - Principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains 2013

[21] Le Code de Nuremberg /
https://www.frq.gouv.qc.ca/app/uploads/2021/03/code_nuremberg_1947.pdf
lu: le 10 Mai 2023

[22] عبدالعزيز عبدالمعطي علوان، مرجع سابق، ص416

أولا: الحفاظ على السر الطبي.

يعتبر الحفاظ على السر الطبي من أقدم المادئ الأخلاقية الملازمة للمجال الطبي، وهو يشير إلى المعلومات والبيانات التي يتعرف عليها الأطباء والمهنيون الطبيون أثناء ممارستهم لمهنتهم أو بسببها، والتي يجب أن تبقى سرية ولا يجوز إفشاؤها إلا في الحالات المشروعة والمحددة بوجود ضرورة قوية ووجيهة[23]، وهو من التوصيات التي جاء بها إعلان هلنسكي بموجب نص المادة 21 منه.

ففي مجال البحوث الطبية، يجب على الباحثين أخذ العديد من الاحتياطات لحماية سرية المعلومات المتعلقة بالمشاركين في الدراسة. و من بعض الإجراءات الأمنية التي يمكن أن يتخذها الباحثون[24]:

1. **التجهيل وإزالة المعلومات الشخصية:** يجب على الباحثين إزالة أو تجهيل أي معلومات تؤدي إلى التعرف على المشاركين في البحث، يمكن ذلك عن طريق إزالة الأسماء، العناوين، أرقام الهوية، أو أي معلومات شخصية أخرى تحدد هوية المشارك.
2. **الحفاظ على البيانات في مكان آمن:** يجب أن يتم تخزين المعلومات بطرق آمنة، مثل استخدام أنظمة التشفير وقواعد البيانات المؤمنة، يجب أيضًا تقييم مخاطر الوصول غير المصرح به واتخاذ التدابير اللازمة لمنعه.
3. **الوصول المقيد:** يجب أن يكون الوصول إلى المعلومات مقتصرًا على الأشخاص المخولين فقط، مثل أعضاء فريق البحث المعنيين بتحليل البيانات، يجب تطبيق سياسات وإجراءات لمنع الوصول غير المصرح به وتقييد الوصول إلى أدنى عدد ممكن من الأشخاص.
4. **التدريب والوعي:** يجب توفير التدريب والتوعية لفريق البحث بشأن أهمية حماية سرية المعلومات والتزامهم بالقوانين والأخلاقيات المتعلقة بالبحث الطبي، يجب أن يكون لدى الفريق فهم جيد للمخاطر المحتملة وكيفية التصرف في حالة حدوث انتهاك أمني.
5. **الامتثال للوائح والقوانين:** يجب أن يلتزم الباحثون باللوائح .

أحاطت اغلب التشريعات الداخلية للدول هذا المبدأ الأخلاقي بحماية قانونية، منهم المشرع الجزائري الذي أكد في نصوص المواد 24 ،196، 380 و412 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة والمعدل والمتمم، على إلزام كل مهني الصحة بالتقيد بهذا المبدا تحت طائلة العقوبات الجزائية.

ثانيا: حظر المكافأة على المشاركة في التجارب.

إتجهت أغلب التشريعات لحظر إستقدام أشخاص للمشاركة في التجارب الطبية بمقابل مالي، لما له من إنعكاسات سلبية خاصة على الفئات الهشة في المجتمع، فقد تستغل بعض المؤسسات الطبية المختصة في البحث العلمي حاجة الأشخاص من طبقات إجتماعية معينة بتقديم مبالغ مالية لإقناعهم بالمشاركة في التجارب، حيث

---

[23] بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص228

[24] عبد الرحمن ابن ابراهيم ابن عبد العزيز العثمان، التجارب الطبية على الإنسان -دراسة فقهية- ،رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في الفقة ،كلية الشريعة بالرياض، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية،السعودية، 1432هـ، ص426

يعتبر غير مقبول من الناحية الأخلاقية تعريض سلامة الشخص للضرر المحتمل في التجارب الطبية مقابل مبلغ مالي، ويذهب الكثير الى اعتبار منح مقابل يعتبر ضربا لمبدأ الرضا الحر للخاضع للتجربة وهو نوع من الإكراه الاقتصادي غير المباشر.

ومن الناحية القانونية، فإن هناك تشريعات ولوائح تهدف إلى حماية المشاركين في التجارب الطبية وتنظيمها، إتجهت لحظر إجراء التجارب الطبية على جسم البشر بمقابل مادي لهم، إلا ماكان على سبيل التعويض المستحق.

نص القانون المدني لكيبيك(كندا) في المادة 25 منه على منع إعطاء أي مقابل للمشاركين في التجارب الطبية إلاّ ماكان على سبيل التعويض[25]، وهو التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق الشخص بسبب التجربة، وأيضا التعويض عن مايكون قد أنفقه المتطوع في سبيل إجراء التجربة من أكل، نقل، مبيت وغيرها من النفقات المتعلقة بالتجربة ذات الاهداف العلمية.

بالنسبة للقانونين الجزائري[26] والفرنسي[27] ذهبا إلى نفس التوجه بحظر إجراء التجربة بمقابل، وتقديم التعويض عن الأضرار والمصاريف التي ترتبت له بسبب التجربة.

ثالثا: تغليب مصلحة المتطوع.

يشترط في التجارب الطبية، أن تكون فوائد التجربة أكبر من المضار التي قد تحدثها، ويقصد بذلك أن الفوائد المتوقعة من التجربة يجب أن تكون أكثر من المخاطر المحتملة التي يمكن أن تنجم عنها.

وبالتالي يجب أن تكون هدفها الأساسي هو العلاج أو تحسين الصحة، حيث أن نجاح مثل هذه التجارب يترتب عليه فائدة عامة للبشرية جمعاء، لذا يجب إجراء توازن بين المخاطر والفوائد المحتملتين التي ستحققها التجربة، فإذا كانت المخاطر كبيرة والفوائد غير متناسبة مع هذه المخاطر، فإن ذلك يعني أنه غير مناسب لإجراء التجربة، لذا يرى البعض أنه يجب أن تسمو المصلحة الخاصة للشخص المشارك في التجربة على المصالح العلمية أو المجتمع بشكل عام، فليس مقبولًا التضحية بحياة شخص من أجل تجربة علمية.

وقد أكد إعلان طوكيو على أنه لا يجوز إجراء التجربة إلا إذا كانت أهمية الهدف المقصود تفوق المخاطر المتوقعة على الشخص الذي سيخضع للتجربة[28]، وفي هذا السياق نصت المادة 20 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي على أنه:« **لا يجب إجراء أبحاث أو فحوص أو وصف علاج يترتب عليها أخطاراً للمريض لا مبرر لها أو بدون توفر غرض طبي جاد**»[29].

---

[25] Gagné, Mathieu. L'expérimentation humaine : l'intégration des règles bioéthiques en droit québécois. **Les Cahiers de droit**, Vol 42, N° 4, 2001,p 1153

[26] أنظر المادة 392 والمادة 399 من قانون 18-11، مرجع سابق.

[27] Marjolaine Frairrot , op-cit , p59

[28] عبدالعزيز عبدالمعطي علوان، مرجع سابق، ص414.

[29] بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص209

و هو نفس الموقف المتخذ في مدونة الأخلاق الطبية الجزائرية بموجب نص المادة 18: **«لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، وبعد التأكد من أن هذا العالج يعود بفائدة مباشرة على المريض».**[30]

رابعا: النزاهة في النشر العلمي.

يعتبر مجال التجارب الطبية على جسم الانسان مجال خصب لإرتكاب العديد من المخالفات العلمية والأخلاقية، خاصة في الدول التي تعرف إزدهار الصناعة الصيدلانية التي تدر ملايير الدولارات على الشركات الكبرى في هذا المجال، أين تلعب هذه الأخيرة دور كبير في البحوث الطبية عبر التمويل، والتي يكون أغلبها لتقييم الأدوية، مما يدفع للتساؤل حول مدى إستقلالية هذه البحوث وموثوقيتها، وعدم تعارض المصالح مع هذه الشركات الممولة، وعلى سبيل المثال، أجلت شركة أدوية، لمدة سبع سنوات، نشر دراسة خلصت إلى أن تحضيرها لليفوثيروكسين لم يكن أكثر فعالية من الأدوية الجنيسة الأرخص تكلفة الموجودة في السوق[31].

في هذا السياق جاء في نص المادة 36 من إعلان هلنسكي أن لدى الباحثين والمؤلفون والراعون والكتّاب والمحررون جميعًا إلتزامات أخلاقية تتعلق بنشر نتائج البحث، فلدى الباحثين واجب توفير نتائج بحوثهم التي تشمل المشاركين البشر للجمهور، من جهة أخرى، جميع الأطراف مسؤولة عن تقديم تقارير كاملة ودقيقة.

و عليه يجب نشر أو إفشاء النتائج السلبية وغير المرضية بالإضافة إلى النتائج الإيجابية عن طريق أي وسيلة، كما يجب أن يذكر التقرير مصادر التمويل والإنتماءات المؤسسية، وتضارب المصالح. كما يجب رفض تقارير البحث التي لا تتوافق مع المبادئ الاخلاقية التي وصت بها المواثيق الدولية.

المطلب الثاني: الضمانات القانونية للمتطوع في التجربة الطبية.

يقصد بها الضمانات القانونية الكفيلة بضمان كرامة الشخص الخاضع للتجربةّ، وتتمثل أساسا في عدم خضوعه لأي تجربة دون أخذ رضاه الحر والمستنير(**الفرع الأول**)، ثم حقه في التعويض عن الاضرار التي تلحقه بسبب التجارب الطبية (**الفرع الثاني**)

الفرع الأول: الرضا الحر والمستنير للخاضع للتجربة.

يعتبر شرط الرضا من الأسس القانونية التي لا يمكن أن يتجاوزها المشرفون على التجارب الطبية عند مباشرتهم لها، حيث نصت عليه جميع القوانين الدولية على غرار تقنين نورمبرج وإعلان هلسنكي ،وتبنته جميع التشريعات الداخلية للدول، بالمقابل أحاطته بجملة من الخصائص، نظرا لخصوصية التجارب الطبية على جسم الإنسان وخطورتها (**أولا**) كما طرح إشكال أهلية بعض الفئات الضعيفة في المجتمع(**ثانيا**)

---

[30] مرسوم تنفيذي رقم 92-276، ممضي في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب. ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 08 يوليو 1992، ص 1420.

[31] Benkimoun, Paul, OP-CIT, p27.

أولا:خصائص الرضا في التجارب الطبية على جسم الانسان

يقصد برضا الخاضع للتجربة هو تعبير هذا الأخير تعبيرا صريحا بما يفيد موافقته التامة على أن يكون موضوع تجربة طبية، لكن لخطورة هذه التدخلات الطبية على جسم الإنسان أحاطت الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية رضا المريض بجملة من الخصائص تتمثل أساسا في الرضا الحر، الرضا المستنير، وحق العدول عن التجربة.

أ- الرضا الحر

يعتبر الرضا من أهم شروط أي معاملة كانت، فالإرادة الحرة للخاضع للأعمال الطبية تعتبر من المبادئ الجوهرية في التدخلات الطبية على جسم الانسان سيما تلك التي تنطوي على خطر على سلامته الجسمانية مثل التجارب الطبية.

لذا يتعين أن تكون الإرادة سليمة لا يشوبها أي عيب من عيوب الرضا، وهذا ما جاء في نص المادة الأولى من تقنين نورمبرغ[32] ونص المادتين 25 و26 من أعلان هلسنكي، وبالعودة إلى تشريعات الوطنية نجد أن المشرع الفرنسي نص كذلك على شرط الارادة الحرة أو رضا الحر بموجب نص المادة 1122 1/1 في قانون الصحة العمومية.

بالنسبة للمشرع الجزائري كذلك نص على هذا الشرط بموجب نص المادة 386 من القانون 11/18 المتعلق بالصحة سالف الذكر.

ب- الرضا المستنير

التزام القائمين على التجربة الطبية بالحصول على رضا الحر للمريض المتطوع السليم أو حتى المريض لا يكتمل إلا اذا كان الرضا عن بصيرة بكل تفاصيل تجربة حيث يجب تزويد المتطوع بكافة المعلومات الضرورية التي تحمله على قبول أو رفض إجراء التجارب عليه ومن جملة ما يجب أن يعرفه المتطوع على سبيل المثال:

- محتوى الدراسة وطبيعتها الغرض منها، مدتها، الوسائل المستعملة ونجاعتها.
- إعلامه بالمخاطر والأضرار المحتملة والآثار الجانبية
- الضمانات القانونية والحقوق المكفولة له من عدمها

وهو من المبادئ التي أقرتها معظم الوثائق الدولية والتشريعات الداخلية على سبيل المثال المادة 26 من إعلان هلسنكي بوجوب إعلام الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية بكل ما يحيط التجربة سيما مصدر التمويل الفوائد والمخاطر والطرق المعتمدة ...إلخ.

[32] Le Code de Nuremberg, op-cit

أما المشرع الفرنسي فقد ألزم الطبيب بوجوب إعلام الشخص الخاضع للتجربة بكل ما يتعلق بها سواء طرق سيرها، مدتها، الإحتمالات الإيجابية والسلبية، والوضع القانوني للمتطوع قبل وأثناء وبعد إجراء التجربة وذلك بموجب نص المادة 1122 الفقره 2 و 3 من قانون الصحة العمومية الفرنسية.

كرس المشرع الجزائري هذا الشرط بموجب نص المادة 386 من قانون الصحة سالف الذكر وهي من الإلتزامات التي تقع على عاتق المرقي، وأيضا نجد في القرار 387 المتعلق بإجراء التجارب الدوائية حيث أوجب نص المادة 21 الطبيب على اعلام المتطوع بكل تفاصيل التجربة.

ت- **الشكلية في الرضا**

يتعين على القائمين بالتجربة على جسم متطوع الحصول على رضاه بشكل مكتوب وهذا دوما نظرا لخطورة هذه التدخلات طبية، مما يستدعي المزيد من الحذر، تطبيقا لتوصيات إعلان هلسنكي حيث جاء في نص المادة 26 منه على إستحباب الحصول على الرضا الحر والمستنير للمتطوع كتابة أو توثيق موافقته شكليا بحضور شهود، وهذا ما تبنته العديد من التشريعات الوطنية من المشرع الفرنسي بموجب الفقرة الثالثة من المادة 1122-1-6 من قانون الصحة العمومية الفرنسية.

ولم يحد المشرع الجزائري عن هذه القاعدة فقد نص على وجوب الشكلية بموجب نص المادة 386 من قانون 18-11 متعلق بالصحة، كما اشترط المشرع إدراج الموافقة ضمن بروتوكول الدراسة.

ث- **حق العدول عن الموافقة.**

بالعودة إلى القواعد العامة للإلتزامات فإنه لا يجوز إنهاء الإتفاق بإرادة منفردة، إلا أن المبادئ المنظمة للتجارب الطبية على جسم الانسان أعطت للمتطوع في التجارب الطبية حرية العدول عن المشاركة في أي وقت وفي أي مرحلة من مراحل التجربة، دون الحاجة إلى تبرير ودون أن يترتب على إنسحابه آثار قانونية أو مسؤولية مدنية أو جزائية جراء إخلاله بالتزامه التعاقدي.[33]

يكفل حق العدول على التجربة أو عن الموافقة لإجراء التجربة العديد من المواثيق والإعلانات الدولية أهمها نص المادة 9 من تقنين نورمبرغ، ونص المادة 26 من إعلان هلسنكي.

تبنى المشرع الجزائري نفس المبدأ بموجب نص المادة 386 النقطة الثانية قانون الصحة الجزائري والمادة 22 من القانون من القرار الوزاري 387 المتعلق بالتجارب الطبية.

[33] عبد الرحمن ابن ابراهيم ابن عبد العزيز العثمان، مرجع سابق، ص 165.

ثانيا: أهلية الفئات الهشة في المجتمع.

لكي يكون لرضا المتطوع قيمة قانونية، يجب أن يكون صادرا عن ذي أهلية وفق قوانين تلك الدولة بإعتبار أن العلاقة التي تربط المتطوع مع الجهة القائمة بالتجربة هي علاقة تعاقدية أي تقوم على العقد بالمعنى الصحيح.

تعتبر الأهلية القانونية هي قدرة وصلاحية الشخص على مباشرة حقوقه وتحمل المسؤوليات، حيث يتوقف عنصر الأهلية لدى الإنسان على مدى معرفته بما يمكن أن يتمتع به من حقوق ومدى ما يمكن أن يلتزم به من واجبات[34]، ولكي يكون شخصا ذا اهلية قانونية، تشترط التشريعات أن يكون سليم العقل، بالغا سن محددة، وغير محجور عليه، أما بالنسبة للتجارب الطبية لم تحدد التشريعات وخاصة القانون الجزائري سنا عمريا محددا بل يجب العودة إلى نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري التي نصت أنه تكتمل أهلية الشخص ببلوغ السن 19 سنه لمباشرة حقوقه وتمام العقل وعدم الحجر عليه.

لا يطرح رضا الأشخاص الذين يتمتعون بأهلية الأداء والذين يمكنهم التعبير عن إرادتهم بكل حرية أي مشكل قانوني، إنما يثار الجدل حول الأشخاص الذين يصعب التعرف على آرائهم سواء كانت إرادتهم غير كاملة أو معدومة، لهذا نجد المواثيق والقوانين عالجت عدة حالات نذكر أهمها:

1- حالة وجود علاقة تبعية والإكراه.

تنص المادة 27 من إعلان هلسنكي على توصية للأطباء بتوخي الحذر عند السعي للحصول على الموافقة المستنيرة للمتطوع، إن كان هذا الأخير في علاقة تبعية أو حصل على موافقته تحت الإكراه. في هذه الحالة يجب أن يتولى مهمة الحصول على الرضا الحر والمستنير شخص آخر مؤهل ومتخصص خارج عن علاقة التبعية، ويدخل في هذه الحالة فئة المسجونين ومن في حكمهم.

تعتبر هذه الفئة فاقدة لجزء من إرادهتا وهذا ما يدفع ببعض القائمين على التجارب الطبية إلى الإستفادة منهم ودون إعتبار لرضاهم في حالات، فتقييد حريتهم يجعلهم عرضة للإكراه على الخضوع إلى التجارب الطبية والمساومة، ومثال ذلك ما قام به النازيون خلال الحرب العالمية الثانية باستخدام السجناء من أجل "البحث العلمي"[35].

يعتبر إستغلال وضعية هذه الفئة وإكراههم على التجارب محرم وفقا للعديد من الاتفاقيات والاعلانات الدولية مثل إتفاقية جنيف 1984 وقرار رابطة الأطباء العالمية 1973، إعلان طوكيو 1975، التي نصت جميعها على ضرورة احترام حقوق الإنسان[36]، كما كان لبعض التشريعات نفس الموقف الرافض، ونذكر على سبيل المثال القانون البلجيكي في نص المادة 90 من قانون آداب مهنة الطب، وفي فرنسا بموجب في نص المادة 380 من قانون

---

[34] حمزه خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس-الدار البيضاء، الجزائر، 2014، ص 188

[35] مهداوي عبدالقادر. ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بين مواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي. **مجلة القانون والمجتمع**, مجلد2، عدد2، سنة 2014، ص52

[36] بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، .2013، صفحه 121.

الإجراءات الجنائية ، لكن قانون الصحة العمومية في فرنسا أباح ذلك في حالة توقع الحصول على منفعة شخصية مباشرة لصحتهم وذلك بموجب نص المادة 1121-5 منه.

أما في الجزائر بالعودة إلى القرار 387 المتعلق بتجارب الطبية تنص المادة 12 منه أنه لا يمكن أن يكون موضوع تجربة طبية الأشخاص الذين سلبت حريتهم بموجب حكم قضائي أو إداري.

2- حالة عدم أهلية الشخص محل التجربة.

عندما يكون موضوع التجربة الطبية أشخاص ناقصي أو معدومي الأهلية ومن لا يمكنهم التعبير عن رضاهم الحر والمستنير يتعين على الطبيب السعي إلى أخذ موافقة ممثلهم القانوني وذلك بموجب نص المادة 28 من إعلان هلسنكي، وهو نفس موقف المشرع الجزائري في نص المادة 386 من القانون 18-11 المعدل والمتمم التي تنص: "... **وعند تعذر ذلك ممثليهم الشرعيين عن موافقتهم..**"، وفي نص المادة 12 من قرار 387 يتعلق بالتجارب الطبية أيضا.

بالمقابل يضيف نص المادة 28 من إعلان هلسنكي أن هذه الفئات لا يجب تضمينها في أي بحث لا يرجى منه أي فائدة مباشرة للشخص، إلا إذا كان يعود بالفائدة على الفئة التي ينتمي إليها حيث لا يمكن أن يتحقق مع أشخاص خارج تلك الفئة، شريطة أن تكون المخاطر والآثار السلبية الناجمة عنها ضعيفة وغير مؤثرة، لكن تضيف المادة 29 هذه الفئات ومن يقع في حكمها يتم الاعتبار برأيها بالإضافة إلى رأي الممثل القانوني، حيث إذا رفض الشخص موضع التجربة الطبية فلا بد من إحترام معارضته.

يدخل في هذه الحالة العديد من الفئات الهشة منها القصر، والمجانين والأشخاص ذوي العجز البدني والعقلي.

بالنسبة للأشخاص العاجزين عقليا وبدنيا في حالة غياب الممثل القانوني وعدم إمكانية تأخير التجربة لدواعي علمية أو علاجية، يمكن مباشرة التجربة دون أخذ الموافقة الحرة والمستنيرة بعد أخذ الموافقة من لجنة أخلاقيات البحث المختصة[37]، شريطة ذكر ذلك في بروتوكول البحث، وذكر الأسباب الخاصة التي حالت دون تمكن المعنيين من إعطاء الرضا والمستنير، لكن يجب الحصول على الرضا الحر والمستنير للشخص في حالة العجز العقلي والبدني في أقرب فرصة ممكنة منه أو من ممثله القانوني متى كان ذلك ممكنا.

نجد أن المشرع الجزائري يمنع إجراء التجارب على هذه الفئة وذلك بموجب نص المادة 12 و13 من القرار الوزاري 387 سالف الذكر، حيث ينص أن المرضى في حالة الإستعجالية أو المرضى المقيمين في المستشفى دون ارادة حرة، لا يمكن أن يخضعوا للتجربة الطبية.

3- المرأة الحامل والأجنة

[37] Art 30 : Déclaration d'Helsinki de L'AMM - Principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains 2013

يعرف الجنين بأنه ما في الرحم من بدء التكوين بحدوث التلقيح والإستقرار فيه، ومن الناحية الطبية فإن الحمل لا يتم إلا نتيجة إتصال حيوان منوي من الرجل بالبويضة التي يفرزها مبيض المرأة، فإذا إتحدت البويضة بالحيوان المنوي تم الإخصاب، وتكوين خلية مخصبة تحمل الصفات الوراثية لكل من الأب والأم[38].

يعتبر فريقا من الأطباء أن إجراء التجارب على الأجنة أمر ضروري للوقوف على أكثر الأمراض شيوعا والتي تسبب الوفيات المبكرة عند الرضع والأجنة والوقوف على أسبابها، حيث لا يمكن فهم طبيعة هذه الأمراض دون الدراسات المعمقة عليها.

ذهب جانب من الاطباء وخاصة المسلمين إلى رفض التجارب الطبية على الأجنة طالما علامات الحياة ظاهرة عليها، إنما يجيزون التجارب الطبية على الأجنة الميتة بعد الاذن المسبق لذويه[39].

بين الرأي المؤيد والمعارض، توصل الفقه إلى وضع مجموعة من الضوابط عند إخضاع الأجنة البشرية للتجارب، نلخص أهمها فيما يلي[40]:

- الرضا الحر والمستنير للزوجين بهذه التجارب.
- عدم حمل الجنين في بيئة مصطنعة للقيام بالتجارب الطبية.
- ضرورة إخضاع التجربة على الجنين إلى رقابة صارمة من سلطة مختصة لمراعاة الجوانب الأخلاقية والقانونية.
- أن يكون الغرض من التجربة هو العلاج.
- التناسب بين المخاطر والمنافع .

وهذا ما ذهب إليه عموما المشرع الفرنسي والمصري والسعودي[41].

أما بالنسبة للحوامل والمرضعات ذهبت العديد من التشريعات إلى إباحة إخضاع النساء الحوامل والمرضعات إلى التجارب الطبية، شريطة أن تعود هذه التجارب بالفائدة والمنفعة الفردية المباشرة عليهن أو على الحمل، ولا تشكل أي خطر على صحتهن ولا على الجنين أو الطفل الرضيع،[42] أما بالنسبة لمسالة الرضا الحر والمستنير، تفرق التشريعات بين حالتين:

- الحالة الاولى: التجارب العلمية التي تستهدف صحة المرأة الحامل لوحدها وهنا يكفي الرضا الحر المستنير للمرأة الحامل فقط.

---

[38] بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 180

[39] المرجع نفسه، ص 183

[40] أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2010، ص140 وما يليها.

[41] بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 183

[42] عبد العزيز عبد المعطي علوان، مرجع سابق، ص397.

- الحالة الثانية: إذا كانت التجربة متعلقة بالجنين فهنا لا يكفي إرادة المرأة الحامل لوحدها بل يشترط الحصول على الرضا الحر والمستنير للاب أيضا.

بالنسبة للمشرع الجزائري، يرى أن النساء الحوامل والمرضعات يمكن أن يكن موضع تجارب طبية، في حالة عدم احتمالها أي خطر جدي على صحتهن أو الجنين أو الرضيع. بالإضافة الى أن يجب أن تحقق التجربة تقدما علميا لفهم الظواهر المصاحبة للحمل والولادة والرضاعة والتي لا يمكن تحقيقه بطريقة أخرى.

4- المرضى الميؤوس من شفائهم وجثث الموتى.

أجازت العديد من التشريعات إخضاع المرضى الميؤوس من شفائهم للتجارب الطبية، مثلا قانون الصحة العامة الفرنسي أجاز ذلك على مرضى الإيدز وحامله بعد نيل رضاهم الحر المستنير، وهو نفس موقف القضاء الفرنسي الذي إشترط أن تسبقها تجربة على الحيوان، حيث يخضع إجراء هذه التجربة لضمير طبيب ومدى درايته[43].

بالنسبة لجثث الموتى، يعتبر إجراء تجارب طبية على الأموات من الممارسات التي عرفها الانسان منذ الازل على إختلاف أغراضها منها تحنيط الموتى الذي مارسه المصريون القدامى وتشريح الموتى لدى اليونانيين القدماء وحتى علماء المسلمين[44]، وفي العصر الحالي يميل الأطباء كذلك لجثث الموتى واستخدامها في إجراء التجارب.

بالعودة إلى القانون المقارن نجد أن المسالة لم يتم تناولها بشكل كبير ومباشر، إنما تم التطرق بإسهاب إلى مسألة نقل أعضاء الأموات إلى الأحياء. فنجد أن القانون الفرنسي إشترط نقل الأعضاء إلى الأحياء لغرض العلاج أو لأهداف علمية، أما المشرع المصري نص صراحة على إمكانية إجراء تجربة على جثث الموتى بعد طلب إحدى الهيئات الرسمية وإذن مفتش الصحة ورضا الممثل القانوني للشخص المتوفى. بالنسبة للمشرع العراقي فقد أجاز التصرف بجثث الموتى لأغراض علمية دون موافقة أحد[45]، أما المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه المسألة لكن بالعودة إلى قانون العقوبات[46] في المادتين 151 و153 يعاقب على انتهاك حرمة الميت أو تشويه أو تدنيس جثة الميت و لكن يفهم من نص المادة 362 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة فيما يتعلق نقل الاعضاء من الاحياء أنه مباح تلقائيا الا إذا عبر الشخص المعني عن رفضه، و هنا يمكن إسقاط نفس الحكمم على التجارب الطبية .

---

[43] بركات عماد الدين، نفس المرجع، ص 191.

[44] أحمد، أحمد محمد لطفي. التجارب الطبية على الإنسان بين ضرورة التقدم الطبي وحرمة الجسم البشري : رؤية فقهية طبية معاصرة. ***مجلة الحقوق***، مج. 13، ع. 2، البحرين، 2016، ص421.

[45] بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص 189.

[46] أمر رقم ،156-66 المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر، العدد 48، الصادرة بتاريخ 10 جوان 1966، المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: تأمين الخاضع للتجربة.

يعتبر التأمين على المخاطر في المجال الطبي عقدًا يضمن إلتزام المسؤول بتقديم التعويض المالي المناسب للمتضرر في حالة حدوث خطأ طبي. وبالتالي، يحقق هذا العقد حق المتضرر في الحصول على التعويض المناسب الذي يعتبر دينًا ملزمًا على المسؤول المؤمن له.

أولا: أهمية التأمين.

يعتبر التأمين هنا حماية للمسؤول الطبي وضماناً للمتضرر، وبالتالي يوفر نوعًا من الضمان للطرف الضعيف في حالة عدم قدرة المسؤول على تحمل التعويض المالي[47].

أولاً، بالنسبة للمسؤول الطبي، فإن التأمين يوفر له حماية مالية في حالة حدوث مطالبات قانونية ضده بسبب الأخطاء طبية أو الإهمال. ويمكن أن تكون هذه المطالبات مكلفة جدًا وتهدد إستقراره المالي ومستقبله المهني، والتأمين يغطي تكاليف المحاماة والتعويضات المستحقة، مما يخفف العبء المالي عن المسؤول ويساعده في مواجهة التحديات القانونية.

ثانيًا، بالنسبة للمتضرر، فإن التأمين يضمن له حقه في التعويض في حالة تعرضه لأضرار ناتجة عن خطأ طبي. فيحميه من الوقوع في حالة عدم قدرة المسؤول على تحمل التعويض المالي المستحق بسبب نقص في موارد المسؤول أو تفادي مسؤوليته. بالتأمين، يضمن المتضرر أن هناك جهة تكفل تعويضه في حالة إثبات التقصير الطبي.

ثانيا: التأمين على التجارب الطبية.

التأمين على التجارب الطبية ليس إلزاميًا في جميع البلدان (على الرغم من أنه موصى به بشدة)، في الولايات المتحدة مثلا، التأمين ليس شرطًا أساسيًا، وبالتالي لن تطلب منك أي سلطة إثبات أن المرقي مشمول بالتأمين في التجربة الطبية[48]. أما في بلجيكا، على سبيل المثال، من الإلزامي الحصول على تأمين للتجارب الطبية، يتم طلب شهادة التأمين قبل تقديم البروتوكول إلى لجنة الأخلاقيات.

عموما ينبغي على المرقي أن يلتزم بإبرام عقد تأمين للمشاركين في البحث الطبي، وذلك مع إحدى شركات التأمين المعتمدة، يهدف هذا العقد إلى تغطية أي ضرر قد يلحق بالمشاركين نتيجة للمشاركة في البحث الطبي، لذا

---

[47] بركات عماد الدين، نفس المرجع، ص349

[48] Bonnes pratiques pour l'assurance des études cliniques https://www.iforct.fr
شوهد يوم 14 ماي 2023 على الساعة 10:00

يجب أن يكون شاملاً لمدة البحث الطبي وفترة متابعته، ويستمر لمدة ما بعد انتهاء البحث الطبي، يتم اعتماد قيمة هذا التأمين من قبل هئات المختصة لكل دولة.

تنص القوانين الفرنسية على ضرورة عقد تأمين يغطي المسؤولية المدنية للمشرف على الأبحاث ومساعديه، حيث يعتبر هذا التأمين إلزاميًا في النظام العام المنصوص عليه بالقانون الفرنسي.

يهدف هذا التأمين إلى تغطية الأضرار المادية الناشئة عن إجراءات الأبحاث، بالإضافة إلى ذلك، يُطالب كل مستشفى بتعاقد تأمين خاص يغطي المسؤولية الطبية المرتبطة بالأضرار التي يتعرض لها الأشخاص الذين يخضعون للتجارب الطبية.[49]

كرس المشرع الجزائري هذه المبدأ في نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في قانون 18-11 المتعلق بالصحة المعدل و المتمم بمقتضى نص المادة 397: **"يتعين على المرقي في الدراسات العيادية التدخلية، اكتتاب تأمين يغطي مسؤوليته المدنية والمهنية بخصوص النشاط الذي يقوم به."**

خاتمة

تتوجه الاهتمامات الدولية والوطنية في المجال القانوني والحقوقي إلى ضمان سلامة الأفراد وحماية حقوقهم خلال إجراء التجارب الطبية، وتعتبر وضع الضوابط والسياسات المناسبة ضرورة حيوية للتأكد من أن هذه التجارب تتم بطرق آمنة وأخلاقية:

لضمان لتحقيق التوزان بين ضمان السلامة الجسدية وإستمرار البحوث الطبية يجب:

1- من الناحية التنظيمية:

- إجراء التجارب في مؤسسات مؤهلة من الناحية اللوجيستيكية.
- إشتراط الكفاءة والصرامة في القائمين على التجارب الطبية.
- يتولى الجانب التنظيمي والتمويلي في التجارب الطبية مرقي.
- يتولى المسؤولية العلمية في التجرب الطبية طبيب باحث ذا خبرة.
- تخضع التجارب الطبية الى رقابة مزدوجة الاولى من السلطات العمومية والثانية من لجنة اخلاقيات البحث، حيث لا تبدأ التجربة الا بعد ترخيص من هذه الجهات.
- يتضمن الملف برتوكول البحث يحرره المرقي يتضمن كل تفاصيل التجربة.

[49] بركات عماد الدين، مرجع سابق، ص351

2- من الناجية الموضوعية:

- إحترام الأسس العلمية المتمثلة أساسا في إجراء التجارب على الحيوان قبل الانسان، و إشتراط الكفاءة في القائمين على التجربة وإعداد برتوكول البحث.
- إحترام القواعد الاخلاقية منها الحفاظ على السر الطبي، مجانية التجارب الطبية، تغليب مصلحة المتطوع و تغليب مصلحة المتطوع.
- الحصول على موافقتهم المستنيرة قبل المشاركة في التجربة و حماية الفئات الضعيفة.
- الحق في التعويض عن الاضرار الناجمة بسبب التجارب الطبية.

المراجع باللغة العربية

أ- الكتب

1- أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2010.

2- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، .2013

3- حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس-الدار البيضاء، الجزائر، 2014

ب- رسائل الدكتوراه

1- بركات عماد الدين، التجارب العلمية والطبية على جسم الإنسان في ضوء قواعد المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة-،أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أحمد دراية6أدرار، 2019.

2- عبد الرحمن ابن ابراهيم ابن عبد العزيز العثمان، التجارب الطبية على الإنسان -دراسة فقهية- ،رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في الفقة ،كليه الشريعة بالرياض، جامعه الامام محمد بن سعود الاسلامية،السعودية، 1432ه

ت- المقالات

1- أحمد، أحمد محمد لطفى. التجارب الطبية على الإنسان بين ضرورة التقدم الطبي و حرمة الجسم البشري : رؤية فقهية طبية معاصرة. مجلة الحقوق،مج. 13، ع. 2، البحرين، 2016، ص ص. 399-455.

2- عبدالعزيز عبدالمعطي علوان، الضوابط الدستورية والقانونية لإجراء البحوث الطبية الإكلينيكية، مجلة روح القوانين، عدد 26، إصدار أكتوبر 2021، ص375.

3- مهداوي عبدالقادر. ضوابط التجارب الطبية على الإنسان بين مواثيق حقوق الإنسان وأحكام الفقه الإسلامي، مجلة القانون والمجتمع، مجلد2، عدد2، سنة 2014 ,ص ص 46-68

ث- النصوص القانونية

- **النصوص التشريعية**

1- أمر رقم 66-156المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر، العدد ،48 الصادرة بتاريخ 10 جوان ،1966 المعدل والمتمم

2- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو ،2018 يتعلق بالصحة، ج.ر العدد ،46 الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018.

- **النصوص التنظيمية**

1- مرسوم تنفيذي رقم 92-276، ممضي في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب. ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 08 يوليو 1992، ص 1420.

2- القرار رقم 387 المؤرخ في 31 يوليو ،2006 المتعلق بالتجارب العيادية .

المراجع باللغة الفرنسية

- **Codes et déclarations internationaux**

1- Le Code de Nuremberg 1947
2- Déclaration d'Helsinki de L'AMM - Principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains 2013

- **Livres**

1- Jean-Philippe Chippaux. Pratique des essais cliniques en Afrique, IRD Edition, paris, 2004

- **Theses**

1- Marjolaine Frairrot. Les @évolutions réglementaires en recherche clinique. THESE pour le DIPLOME D'ETAT DE DOCTEUR EN PHARMACIE. UNIVERSITE DE ROUEN NORMANDIE UFR SANTE. 2019 pp 30-77

- **Articles**

1- Benkimoun, Paul. « Recherche clinique et financement privé : les liaisons dangereuses », **Les Tribunes de la santé**, vol. 28, no. 3, 2010, pp. 23-37
2- Gagné, Mathieu. L'expérimentation humaine : l'intégration des règles bioéthiques en droit québécois. **Les Cahiers de droit**, Vol 42, N° 4, 2001, 1125pp1125–1158.
3- Lemaire, F. La mission des Comités de protection des personnes en France : ni éthique, ni scientifique ? **M/S: médecine sciences**, n° 10, vol. 21, octobre 2005 .Pp 876–879

- **Sites Internet :**

1- https://www.legifrance.gouv.fr
2- https://www.iforct.fr
3- https://www.sante.fr/
4- https://www.frq.gouv.qc.ca

دور التشريع العقابي في حماية السلامة الجسدية للإنسان في ظل التجارب الطبية.

The role of punitive legislation in protecting the physical integrity of humans in light of medical experiments

د. عائشة عبد الحميد

جامعة الشادلي بن جديد الطارف -الجزائر

الملخص:

إن مسألة إجراءات الطبية على جسم الإنسان ومدى مشروعيتها، وضوابط وطبيعة المسئولية القانونية المترتبة عن ذلك، خاصة عندما يتجاوز التطور الطبي والتقني حدود الأعمال الطبية التقليدية، ويعرض الكيان الجسدي للإنسان إلى انتهاكات خطيرة غير مسبوقة، فكان لزاما مواجهة المخاطر التي يتعرض لها الإنسان نتيجة المساس بجريمة جسده.

ويتطور الجدل عندما يتعلق الأمر بإجراء تجارب طبية على إنسان سليم الصحة، من أجل تحقيق غرض علمي بحت.

فهنا نكون أمام مسألتين، المسألة الأولى: مصلحة الخاضع للتجربة في سلامة صحته البدنية والعقلية.أما المسألة الثانية: هو مصلحة المجتمع في تقدم الطب الذي يخدم الإنسانية.

بحلول 1990، تفطن المشرع الجزائري لمشكلة إجراء التجارب الطبية على الإنسان وما تثيره من مشاكل قانونية، حيث عالجها بالقانون رقم 90-17، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة.

الكلمات المفتاحية: السلامة الجسدية؛ الطب؛ القانون؛ العقاب.

Abstract :

The issue of medical procedures on the human body and the extent of their legality, and the controls and nature of the legal responsibility resulting from this, especially when medical and technical development exceeds the limits of traditional medical work, and exposes the physical entity of man to serious and unprecedented violations, it was necessary to face the risks to which the human being is exposed as a result of compromising the crime of his body.

The controversy develops when it comes to conducting medical experiments on a healthy human being, for a purely scientific purpose.

Here we are faced with two issues, the first is the interest of the experimenter in the safety of his physical and mental health, and the second issue is the interest of society in the progress of medicine that serves humanity.

By 1990, the Algerian legislature had recognized the problem of conducting medical experiments on human beings and the legal problems it raised, addressing it with Law No. 17-90, amending and supplementing Law No. 85-05 on the protection of health.

Keywords: physical integrity; medicine; law; punishment.

مقدمة:

إن حتمية التطور العلمي سايرتها جميع العلوم من دون استثناء والعلوم الطبية كغيرها من العلوم التراكمية استجابت لهذه الحتمية بالتمرد على حدود الأعمال الطبية التقليدية والولوج إلى عالم الاستكشاف، من خلال اتساع مجال المبادرة الطبية والخروج من حدود العمل الطبي التشخيصي والعلاجي في إطار الممارسات الطبية المستقرة والمتعارف عليها إلى عالم المبادرة عن طريق التجريب والبحث من أجل وقاية أكيدة أو تشخيص أدق أو علاج أنجع لأمراض عصيت واستعصت، أو لترميم جسم الإنسان جراء الإصابات والحوادث والأسقام التي عطلت وظائفه، كل ذلك على حساب الحق في سلامة الجسم لأن حرمة هذا الأخير هي بلا شك مطلب شرعي واجتماعي وذاتي، وفي المقابل مقاومة الأمراض والعلاج وتخفيف الآلام هي الأخرى كذلك، لذلك ولاعتبارات عدة أملتها المصلحة والضرورة أضفت نوع من المرونة على مبدأ حرمة ومعصومية الجسم.

كما أن رسالة الطب تواصلت في بذل جهود أكبر للقضاء على أوبئة وأمراض فتاكة ومستعصية لطالما هددت البشرية، ولما كانت سلامة الإنسان من مقتضيات المصلحة الفردية والجماعية فقد أباحت اللجوء إلى مختلف التقنيات العلمية والطبية لضمانها، وأكثر من ذلك فقد أفرزت العلوم الطبية حديثا من خلال وتيرة تسارعها المبهر إلى اكتشاف تقنيات وممارسات طبية جد متطورة وغير مألوفة، ذلك ما أكد عمليا نسبية حرمة ومعصومية جسم الإنسان، حيث أصبح هذا الخير محل لتدخلات طبية لم تكن لتخطر على البال كالعلاج بالتعديل الجيني والاستنساخ العلاجي وغيره، ولها على خطورتها مرت قصرا على مرحلة البحث والتجريب الطبي، فتطور العلوم الطبية والتصدي لأمراض كادت أن تفتك بالبشرية لم يكن بالصدفة وإنما لتراكم المعرفة التي استنتجها الإنسان باستعمال المنهج الطبي التجريبي من مجرد الخيال إلى المخبر فللحيوان إن أمكن ثم الإنسان.

ومن هنا يمكن طرح الإشكالية التالية:

- كيف عالج المشرع الجزائري إجراء التجارب الطبية من نظر التشريع الجزائري؟

ومن هنا نقوم بالتقسيم التالي:

- **أولا:** إجراء التجارب الطبية في قانون الصحة المعدل والمتمم.
- **ثانيا:** دور التشريع الجزائي في المعاقبة على السلامة الجسدية لجسم الإنسان.

أولا- إجراء التجارب الطبية في قانون الصحة المعدل والمتمم:

تختلف التجارب الطبية على جسم الإنسان باختلاف الغرض منها، فإذا كان هدفها علاج المريض تعتبر التجربة علاجية، أما إذا كان الغرض منها الحصول على مكاسب ومعارف جديدة تكون التجربة علمية.

وقد أعاد المشرع الجزائري تنظيم موضوع التجارب الطبية والعلمية في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02، المؤرخ في 02 يوليو 2020، في القسم الرابع بعنوان "أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء من الفصل الرابع إلى الباب السابع الذي جاء بعنوان "الأخلاقيات والأدبيات والبيو-أخلاقية الطبية"، حيث نظم المشرع الجزائري موضوع التجارب الطبية في 23 مادة (من المادة 337 إلى 339) من قانون الصحة الجديد.

1- الضوابط المتعلقة بالتجارب الطبية:

إن الطب كغيره من العلوم في تقدم مستمر، حيث أن الإنسان أو الطبيب قد يعجز أحيانا عن ملاحقة الجديد في هذا الميدان واستيعابه، وكان من شأن هذا التقدم أن تغيرت وسائل العلاج التقليدية.

حيث يشترط لإباحة التجارب الطبية على الإنسان وجوب مراعاة مجموعة من الضوابط القانونية التي تضمنتها المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية.

ففي هذه الحالة أجاز النظام القانوني لإجراء التجارب على جسم الإنسان، فإن ذلك يخضع لشرطين أساسيين يمثلان حد أدنى لمشروعية التجربة الطبية على جسم الإنسان.

أ- تحقق رضا المريض:

يقصد هنا برضا المريض، تعبيره عن إرادته تعبيرا صريحا بما يقيد موافقته على تدخل الطبيب لإجراء العلاج اللازم له أو رفضه، فالرضا سابقا على العمل الطبي وذلك حفاظا على ما لجسم

الإنسان من حصانة.[1]

وعليه لا يكون التدخل الطبي في التجارب الطبية مشروعا إلا إذا وافق عليه المريض.

وكذلك في حالة وجود المريض في خطر لا يسمح بالانتظار لإنقاذ حياته وتعذر أخذ موافقته لونه في حالة غيبوبة وتعذر الإذن ممن ينوبه لغيابهم.[2]

ويشترط في الرضا الشروط التالية:

- أن يكون صادرا على أي إكراه أو ضغط.

كما يقصد بهذا الشرط حرية المريض في اختيار التدخل الطبي والجراحي أو رفضه.

- أن يكون المريض على دراية وعلم بعواقب التجارب الطبية، نظرا لخطورتها البالغة وأثرها على صحة الإنسان وحياته.

- أن يصدر هذا الرضا والقبول في شكل مكتوب، فهذا الرضا لا يشترط فيه شكلية خاصة، حيث أن يمكن أن يكون شفوي ويمكن حتى أن يكون ضمنيا.[3]

ب- تتحقق المصلحة من إجراء التجربة الطبية:

إن الموافقة الحرة على إجراء التجربة الطبية بالرغم من أهميتها واعتبارها الضابط الأساسي لإضفاء المشروعية على التجربة على جسم الإنسان، إلا أنها ليست كافية وحدها لضمان صحة المريض، أو الخاضع للتجربة، لذلك أوجب القانون ضابط المصلحة من إجراء التجربة تفاديا للمخاطر التي قد تنتج عنها أو للوقاية منها.

ومن الشروط الواجب توافرها لإجراء التجارب الطبية:

- توفر الخبرة والدراية في هذا المجال.

- أن يكون متخصصا كي لا تؤدي ممارسة التجربة إلى أخطار وأضرار تفوق المنفعة على الخاضع للتجربة من إجرائها.

- أن تخضع للرقابة من جهات متخصصة.

---

[1]- العمري صالحة، الحماية القانونية من مخاطر النشاط الطبي والصيدلي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017، ص83.

[2]- لحيق عبد القادر، التزامات الطبيب من خلال تدخلاته الطبية، مذكرة ماجستير، جامعة أو بكر بلقايد، تلسمان، 2016، ص93.

[3]- بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الطبية المعاصرة، ص150.

وهذا ما نصت عليه المادة 162 مكرر من قانون حماية الصحة وترقيتها في فقرتها الثانية: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية".

- أن يكون ممارسات التجارب الطبية العلمية لغايات علمية بحتة دون موافقة ذات المجلس.

2- موقف المشرع الجزائري من التجارب الطبية:

أعاد المشرع الجزائري تنظيم موضوع التجارب الطبية والعلمية في قانون الصحة الجديد رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، في القسم الرابع بعنوان "أحكام تتعلق بالبحث في مجال طب الأحياء من الفصل الرابع من الباب السابع الذي جاء بعنوان: الأخلاقيات والأدبيات اليوم أخلاقية الطبية"[4]

فقد انتظر الكثيرون من أهل الاختصاص صدور هذا القانون، لأن نصوص القانون السابق 85-05 الملغى كانت تنظم هذا الموضوع في مادتين فقط، وهو ما كان يعتبر قصورا كبيرا من المشرع الجزائري، وكانت المادتين الوحيدتين التي تنظمان هذا الموضوع هما المادة 168 مكرر 01 و 168 مكرر 03 من قانون الصحة.

ويهدف المشرع الجزائري من خلال هذا القانون إلى تقرير مشروعية التجارب الطبية بصفة عامة، العلاجية منها أو العلمية وإخضاعها لتنظيم محكم لحماية الأشخاص الخاضعين لها.

إذ تنص المادة 337 من قانون الصحة الجزائري، بأنه: "يتمثل البحث في مجال طب الأحياء في إجراءات دراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف الوبائية التشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية".[5]

حيث استحدث قانون الصحة الجديد 18-11 مجموعة من الضوابط والشروط اللازمة لإجراء التجارب الطبية، إذ يشترط لإباحة التجريب على الإنسان، وفقا لما جاء في النصوص القانونية ضرورة توفر الشرط التالية:

- احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية طبقا لنص المادة 378 من قانون الصحة.
- احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجربة وكرامة الآدمية، فلا يجوز المساس بجسم الإنسان، إلا لتحقيق مصلحة علاجية له أو للأغراض العلمية طبقا لنص المادة المادتان 17 و 18 من م.أ.ط.

[4]- القانون رقم 18-11 المتعلق بقانون الصحة.

[5]- منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري، مجلة العلوم القانونية، جامعة القاهرة، مجلد 8، العدد 01، 1989، ص94.

- يجب أن تحقق التجارب الطبية معدل فائدة لصالح الشخص المعني بالدراسة مقارنة بالخطر المتوقع منها طبقا لنص المادة 380 فقرة 03 من قانون الصحة الجزائري.
- إجراء التجارب والأبحاث الطبية والعلمية تحت إدارة ورقابة طبيب باحث يتمتع بخبرة كافية.
- توفير الظروف المادة والبشرية والتقنية الكافية لإجراء التجارب الطبية والعلمية والتي تتفق مع خصوصية وخطورة هاته العمالة الطبية، وتوفر مقتضيات الصرامة العلمية والأمن للشخص المعني بالدراسة طبقا لنص المادة 380 فقرة 04 من قانون الصحة الجزائري.
- وجوب تقديم ملف طبي وتقني يتضمن موضوع الدراسة العيادية والهدف منها ومنهجيتها والمنافع والأخطار المتوقعة، للحصول على الترخيص بإجراء هاته الدراسات العيادية من طرف الوزير المكلف بالصحة، ويقدم تصريح بشأن إنجاز الدراسات العيادية.

وأورد المشرع الجزائري جزاءا على مخالفة هذا الإجراء المتعلق بالحصول على ترخيص من الوزير المكلف بالصحة، في المادة 432 من قانون الجزائي، إذ رتب عقوبة الحبس من سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات بغرامة من 5000.000 دج إلى 10.000.000 دج.[6]

- وجوب موافقة الشخص الخاضع للتجربة وممثلوهم القانونيين، وتبصره تبصيرا كاملا بالمخاطر والنتائج والبدائل المحتملة، التي تترتب على التجربة، ومدتها، والهدف منها.
- يكون للشخص الخاضع للتجربة الحق في الرجوع عن رضائه في أي وقت طبقا لنص المادة 386 فقرة 03 من قانون الصحة الجزائري.
- الحرص على حياة وصحة الخاضع للتجربة.
- وجوب إدراج موافقة الشخص الخاضع للتجربة ضمن البروتوكول الدراسات الخاص بكل تجربة طبية.
- إجراء فحص طبي مسبق على الشخص الخاضع للتجربة وتسليم نتائج هذا الفحص قبل بدأ التجريب عليه وقبل الموافقة.[7]

[6]- نصت المادة 438 من قانون الصحة الجزائري بأنه: "يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 38 من هذا القانون، المتعلقة بالدراسات العليا، بالحبس من سنتين (02) إلى (05) سنوات وبغرامة من 5.000.000 دج إلى 10.000.000 دج"؟

[7]- المادة 393 من قانون الصحة الجزائري، نصت على أنه: "يجب أن يسبقها فحص طبي للأشخاص المعنيين، وتسلم لهم النتائج هذا الفحص قبل التعبير عن إرادتهم".

- ويلتزم المرقي أو المشرف على مشروع التجربة بضمان تعويض المضرور عن كل الأضرار التي لحقت به بسبب التجربة.

وعليه فإن القانون الطبي الجزائري يميل إلى الإقرار بمشروعية التجارب والأبحاث الطبية، بما فيها التجارب غير العلاجية على الإنسان والعمليات الجراحية التجريبية، التي تهدف إلى العلاج وإلى تحقيق المزيد من التقدم الإنساني في العلوم الطبية، وهكذا يتبين الأساس القانوني للتجارب الطبية والعلمية على الإنسان في التشريع الجزائري، فالمشرع أقر بذلك صراحة وبالخصوص التجارب الطبية غير العلاجية، فالقانون الجزائري أخذ السير في الاتجاه الذي سارت عليه الكثير من دول العالم في مشروعية التجارب الطبية والعلمية، مع الأخذ في الاعتبار الشروط المتعلقة بحماية السلامة البدنية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية، وغيرها من الشروط ذات الطبيعة العلمية.

وقد وفق المشرع الجزائري من خلال إعادة تنظيمه لموضوع التجارب الطبية والعلمية على جسم الإنسان، من خلال إعادته تنظيم هذا الموضوع وأورد له قسم مستقل به في قانون الصحة رقم 18-11، مستدركا بذلك التأخر الذي كان مسجلا في هذا المجال، محددا بذلك الضوابط والشروط التي تحكم هذا النوع من الأعمال الطبية، وتكريس الحماية القانونية للأشخاص الخاضعين لها.

ثانيا- دور التشريع الجزائي في المعاقبة على السلامة الجسدية لجسم الإنسان:

نصوص الحق في سلامة الجسم تلي مباشرة تلك التي تحمي الحق في الحياة والاقتران بين الحقين ينبئ عن العلاقة الوثيقة التي في ذهن المشرع الجزائي و هي علاقة تبرز أهمية الحق في سلامة الجسم، وقد تقررت الحماية الجزائية على الحق في سلامة الجسم من خلال تجريم الأفعال المادية الماسة بعناصر هذا الحق أي الإخلال بالسير الطبيعي لوظائف الحياة في الجسم والتكامل الجسدي والتحرر من الآلام البدني[8]، ونتيجة هذا المساس في ما يلحق جسم الإنسان من تعطيل للأعضاء أو إعاقتها من أداء وظيفتها على النحو العادي الذي أراده الله لها، كما يحدث الاعتداء حينما لا يتمكن الجسم من الاحتفاظ بمستواه الصحي الذي كان يتمتع به قبل وقوع الاعتداء[9]، والقاعدة أنه لا يعاقب على المشروع في جنح الضرب والجرح إلا

[8]- فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص361.

[9]- محمود زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص361.

بناء على نص صريح في القانون على الجرائم التي بمجرد أن تتم تتحقق النتيجة المعاقب عليها[10]، والقاعدة كذلك أن يسأل الجاني عن هذه الجرائم مهما كانت جسامة الأذى المترتب عنها، بحيث يستوي أن يكون هذا الاعتداء جسيما أو بسيطا، إلا أن القانون يضع اعتبار للجسامة في النتيجة ويعتبرها ظرف من ظروف تشديد العقاب.[11]

أ- الاعتداء بالخطأ والضرب والجرح العمد:

عاقب القانون الجزائري كل خطأ مفضي إلى الإصابة والجرح الناتج عن رعونة، عدم احتياط، عدم انتباه، إهمال، عدم مراعاة الأنظمة، كما عاقب كل إحداث لمرض أو لعجز كلي عن العمل أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقدان البصر أو أية عاهة مستديمة، كذلك بخصوص العمد في إطار الضرب والجرح وأي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي أو إعطاء مواد ضارة بالصحة عمدا دون قصد إحداث الوفاة[12]، التي لا تترك أثر أو تلك التي تنتج عنها عاهات أو حتى التي تفضي إلى الوفاة دون قصد إحداثها.

ب- صورة خاصة أوردها المشرع الجزائري:

ذكر المشرع الجنائي الجزائري بهذا الشأن عدة صور في مواضيع متفرقة، نذكر الصورة والتي من خلالها تنتهك حرمة جسم الإنسان أو أي إنسان الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين بالتعدي عن طريق الضرب والجرح العمدي[13]، كما عني المشرع في صورة أخرى بحماية جسم القاصر ما دون سنة عشر سنة من الضرب والجرح العمدي أو حرمانه عمدا من الطعام أو العناية اللازمة إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر أو تعريضه إلى أعمال العنف أو التعدي[14]، بالإضافة إلى تجريم كل من ارتكب جناية الخصاء.[15]

كذلك من الجرائم الماسة بالحق في سلامة الجسم نذكر تدخل الطبيب بعملية قطع الحمل بدون سبب مشروع من غير الشروط المنصوص عليها في القانون[16]، بالإضافة إلى منع الأطباء إجراء عمليات

---

[10]- حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم الاعتداء على الأموال، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص145.

[11]- نتوح عبد الشاذلي، مرجع سابق، ص139.

[12]- المادة 275 من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[13]- المادة 267 من الأمر 66-156، نفسه.

[14]- المواد 269، 270، 271، من الأمر 66-156، نفسه.

[15]- المادة 274 من الأمر 66-156، نفسه.

[16]- المادة 33 من المرسوم التنفيذي 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب، (ج.ر)، عدد 52.

التعقيم سواء للرجال أو النساء إلا في الحالات المستوجبة لذلك وإلا عد اعتداء صارخا على الحق في سلامة الجسم وحق الكيان البشري في حماية وجود المستقبلي[17]، مما يعرض الطبيب إلى المسؤولية الجزائية لأن العقم بغير ضرورة علاجية يتخذ حكم الخضاء المنوه إليه سابقا، ذلك لأن سلوك الطبيب في الحالة من شأنه إحداث نتيجة جريمة هي إهدار فاعلية الجهاز التناسلي أي فقدان فاعلية الإنجاب التناسلي وهي عاهة مستديمة يستحيل برؤها، أما في حالة نشأت هذه العاهة من دون قصد إحداثها فتأخذ حكم الإيذاء المفضي إلى عاهة مستديمة.[18]

وحماية لجسم الإنسان يعاقب من يمارس أو يحرض أو يأمر بممارسة التعذيب والذي عرفه المشرع بكل عمل ينتج عنه عذابا جسديا كان أو عقليا يلحق عمدا يشخص ما ومهما كان سببه، ولو كان فاعله موظف يمارسه من أجل الحصول على اعترافات أو معلومات أو لأي سبب آخر.[19]

ومن ما يمكن ذكره كذلك الحماية القانونية المقررة للحق في سلامة جسم المرأة الحامل أو المفترض حملها في جريمة الإجهاض حيث هناك هدر بحق الحياة للجنين بالإضافة إلى المساس بسلامة وصحة المرأة الحامل، حيث جرم المشرع كل من أجهضها أو شرع[20] أو حرض[21] على ذلك بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق، كما تشدد العقوبة في حالة العود[22] أو إذا أفضى الإجهاض إلى الموت[23]، هذا وقد حصر[24] المشرع جملة من أصحاب مهنة الطب والطلبة الذين يشملهم العقاب بالقيام بهذا الفعل المجرم بمجرد أو حتى لمجرد إرشاداتهم أو بتسهيلاتهم لإحداث ذلك، كما عاقب المشرع كل امرأة أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو لمجرد أنها وافقت على استعمال الطرق أرشدت إليها أو أعطيت لها لغرض الإجهاض.[25]

وفي إطار الاتجار بالأعضاء جرم المشرع الجزائري كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه[26] أو أنسجة أو خلايا أو مواد من جسمه[27] أو شرع في ذلك[28] مقابل منفعة مالية أو أية منفعة

---

[17]- عباس بوسندة، الحماية الجنائية للإنجاب البشري، مجلة الراشدية، العدد الثاني، جامعة معسكر، الجزائر، جوان 2010، ص69.

[18]- عباس بوسندة، المرجع نفسه، ص70.

[19]- المادة 263 مكرر ومكرر 1 ومكرر 2 من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، سابق ذكره.

[20]- المادة 304 من الأمر 66-156، نفسه.

[21]- المادة 310 من الأمر 66-156، نفسه.

[22]- المادة 305 من الأمر 66-156، نفسه.

[23]- المادة 304-2 من الأمر 66-156، نفسه.

[24]- المادة 306 من الأمر 66-156، نفسه.

[25]- المادة 309 من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، سابق ذكره.

[26]- المادة 303 مكرر 16 من الأمر 66-156، نفسه.

أخرى مهما كانت طبيعتها، أو كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول عل ذلك[29]، أو كل من ينتزع عضو من أعضاء أو أنسجة أو خلايا أو مواد من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على موافقته وفق الشروط المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها.[30]

هذا ويشترط في جريمة الضرب والجرح أو أي فعل من أفعال العنف العمدية القصد العام أي انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بأركانها كما يتطلبها القانون بالإضافة إلى القصد الخاص[31] ويتوفر ذلك متى ارتكب الجاني فعله عن إرادة وعلم مترتب على ذلك المساس بسلامة جسم المجني عليه أو بصحته أو بإيلامه أو حتى بإزعاجه.[32]

خاتمة:

مما سبق نستخلص ما يلي

1- وجوب تعزيز قانون العقوبات الجزائري والنصوص المكملة الخاصة بنصوص جديدة من شأنها التوفيق بين حق المجتمع في التقدم العلمي وحق الفرد في سلامته البدنية والنفسية.س

2- ضرورة قيام المشرع الجزائري بتحديد وضبط المسؤولية الجزائية المترتبة عن إجراء التجارب الطبية بطريقة دقيقة.

3- وضع نصوص عقابية خاصة لردع الإخلال بكل ضابط من ضوابط المشروعية على حدا.

---

[27]- المادة 303 مكرر 18 من الأمر 66-156، نفسه.

[28]- المادة 303 مكرر27 من الأمر 66-156، نفسه.

[29]- المادة 303مكرر 2-16 من الأمر 66-156، نفسه.

[30]- المادة 303 مكرر 17 من الأمر 66-156، نفسه.

[31]- محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص124 و125.

[32]- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص100.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- النصوص القانونية:

1. القانون رقم 18-11 المتعلق بقانون الصحة الجزائري.
2. المادة 263 مكرر ومكرر 1 ومكرر 2 من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
3. المادة 303 مكرر 16 من الأمر 66-156، من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
4. المادة 303مكرر 2-16 من الأمر 66-156، من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
5. المادة 303 مكرر 17 من الأمر 66-156، من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
6. المادة 303 مكرر 18 من الأمر 66-156، من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
7. المادة 303 مكرر27 من الأمر 66-156، من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
8. المادة 33 من المرسوم التنفيذي 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب، (ج.ر)، عدد52.
9. المواد 267، 269، 270، 271، 274، 275، 304، 305، 306،309، 310 من الأمر 66-156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

ثانيا- الكتب القانونية:

1. بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الطبية المعاصرة.
2. حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم الاعتداء على الأموال، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
3. فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
4. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.

5. محمود زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
6. منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري، مجلة العلوم القانونية، جامعة القاهرة، مجلد 8، العدد 01، 1989.
7. نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2009.

ثالثا- المقالات العلمية:

1. عباس بوسندة، الحماية الجنائية للإنجاب البشري، مجلة الراشدية، العدد الثاني، جامعة معسكر، الجزائر، جوان 2010.

رابعا- الرسائل والمذكرات:

1. العمري صالحة، الحماية القانونية من مخاطر النشاط الطبي والصيدلي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017.
2. لحيق عبد القادر، التزامات الطبيب من خلال تدخلاته الطبية، مذكرة ماجستير، جامعة أو بكر بلقايد، تلسمان، 2016.

جسم الإنسان والممارسات الطبية الحديثة في ظل المواثيق الدولية والإقليمية

The human body and Modern medical practices in shade of international and regional charters

فاطيمة شركون، طالبة دكتوراه

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

ملخص :

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز مبدأ حرمة وقدسية جسم الإنسان في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة في المجال الطبي الذي يمس بجسده، الحق في سلامة الجسد مقترن بحق الحياة، لذلك يعد من الأولويات التي عنيت بها المواثيق الدولية والإقليمية، فهو حق من حقوق الإنسان النابعة من مبدأ الكرامة الإنسانية، وهي من الحقوق اللصيقة بالشخصية، الذي يهدف إلى حماية حق الإنسان في سلامة جسده من المخاطر التي تهدده جراء التطور التكنولوجي خاصة في عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية وأبحاث الاستنساخ البشري.

الاتفاقيات الدولية والإقليمية اعترفت لكل فرد بحق التمتع بمنافع التقدم العلمي والحرية، واهتمت بالكرامة الإنسانية واعتبرتها من الحقوق الأساسية كونها متأصلة من الإنسان.

الكلمات المفتاحية : جسم الإنسان، العمل الطبي، الحق في السلامة الجسدية، الكرامة الإنسانية، المواثيق الدولية والإقليمية.

ABSTRACT:

This study aims to highlight the principle of inviolability and sanctity of the human body in shade of modern technological developments in the medical field that affect his body, the right to physical integrity is combined with the right to life, therefore it is one of the priorities that international and regional charters have paid attention, it is a right of a human rights stemming from the principle of human dignity, it is one of the rights attached to the personality, which aims to protect the right to physical integrity from the risks that threaten it due to technological development, especially in transfers and transplants of human organs and tissues and human cloning research.

International and regional conventions recognize everyone's right to enjoy the benefits of scientific progress and freedom, and take care of human dignity and considered it one of the fundamental rights as it is inherent from the human being

Keywords: the human body; medical work; the right to physical integrity; human dignity; international and regional charters.

مقدمة:

تعتبر السلامة الجسدية من أهم الحقوق الأساسية للإنسان، وهو حق كرسته جميع التشريعات الدولية بعدم جواز المساس بجسم الإنسان أو الاعتداء على كيانه الجسدي والمعنوي، ورغم أن مبدأ حرية جسم الإنسان يقتضي حظر المساس به، إلا أن ضرورة العلاج تبرر ماهو محظور، وهذا الاستثناء في حدود ما تقتضيه المصلحة العامة.[1]

ونظرا للتطور التكنولوجي الهائل في المجال الطبي الذي يشهده العالم حاليا، تعددت أشكال المساس بجسم الإنسان وتنوعت صور التصرف بعناصر وأعضائه، وخوفا من انتهاك حرمة جسد الكائن البشري، عنيت الاتفاقيات الدولية منها والإقليمية بالنص على مبدأ احترام الكرامة الإنسانية ضمن ما يسمى بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، فمبدأ حرمة الجسد في ظل القانون الدولي هو وليد عام هو الكرامة البشرية الذي يحق لكل البشر دون تمييز اللون أو الجنس أو الديانة.[2]

فتم اعتماد مجموعة من الإعلانات الدولية سواء على مستوى منظمة الأمم المتحدة أو وكالتها المتخصصة الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان وإعلان الأخلاقيات الحيوية والإعلان العالمي لحظر الاستنساخ البشري، وكرست مبدأ سمو الإنسان على مصلحة المجتمع.[3]

وهذا ما يدفعنا إلى طرح الإشكال القانوني التالي :

-ماهي الحماية القانونية المقررة لحماية سلامة الجسد البشري في ظل الممارسات الطبية الحديثة؟

للإجابة على هذه الإشكاليات سنعتمد على المنهج التحليلي مستندين في دراستنا على أهم التشريعات الدولية والإقليمية التي عالجت هذه المسألة في ظل التطور التكنولوجي في المجال الطبي، متطرقين بذلك في المبحث الأول : الإطار المفاهيمي لحق الإنسان في السلامة الجسدية. أما المبحث الثاني نعالج من خلاله : المبادئ الأساسية في السلامة الجسدية.

[1] طفياني مختارية، الحق في السلامة للمريض في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد7، العدد 1، 2021، الجزائر، ص212-213.

[2] أحلوش بولحبال زينب، حرمة الجسد والعمل الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2016، ص6.

[3] عيساوي فاطمة، أثر الأعمال الطبية المستحدثة على الحق في السلامة الجسدية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019/01/10، ص8.

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي لحق الإنسان في السلامة الجسدية

تعتبر السلامة الجسدية من الحقوق المقررة قانونا فهو حق يقوم على مبدأ حرمة جسم الإنسان لا يجوز المساس بسلامته، فلكل شخص الحق في جسمه يكفله القانون ويحميها من أي اعتداء عليه، سنعرض في هذا المبحث تعريف الحق في السلامة الجسدية من الناحية القانونية والطبية (المطلب الأول)، ثم نبين الأساس القانوني لحرية التصرف في جسم الإنسان في التدخلات الطبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تعريف الحق في السلامة الجسدية

الفرع الأول : من الناحية القانونية

نعرف أولا الحق لغويا واصطلاحا :

أ-تعريف الحق لغويا :

الحق لغة هو "الشيء الثابت أو النصيب الواجب سواء للفرد أو الجماعة، ويُعرف أيضا بأنه الملك والمال أو الأمر الموجود والثابت".

كما يعرف الحق في المعاجم القانونية المتخصصة بأنه : "ما قام على العدالة أو الإنصاف، وفي الشريعة الإسلامية فإن لفظ الحق يشير إلى الله سبحانه وتعالى حيث أنه اسم من أسمائه الحسنى".

ب-تعريف الحق اصطلاحا :

يعرفه الفقيه سافيني Savigny بأنه: "قدرة أو سلطة إرادية يُخولها القانون لشخص معين ويرسم حدودها".

كما يعرفها الفقيه الألماني أهيرينج IHERING أنه : "مصلحة يحميها القانون" وهذه المصلحة تكون إما مادية أو معنوية، ويقوم الحق على عنصرين أساسيين هما : العنصر الموضوعي (المصلحة) والعنصر الشكلي (الحماية القانونية).[1]

ج-تعريف الحق في السلامة الجسدية قانونا :

إن الحق في سلامة الإنسان يعتبر من الحقوق الأساسية التي لها صلة مباشرة بشخصية الإنسان، كالحق في الحياة، والحق في الأمن، وهي حقوق لصيقة بشخصه.

[1] رمزي حوحو، المسؤولية الدولية عن انتهاك حق الإنسان في السلامة الجسدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، جوان 2008، ص212-213.

عرفه الفقيه الفرنسي Merle Philipe بأنه :

"Le droit de la protection contre les actes buchantes du corps humain".

أي هو :"حق الحماية ضد الأفعال الماسة بجسم الإنسان".[1]

ويعرفه الدكتور عصام أحمد محمد : "الحق في السلامة الجسدية هو مركز قانوني يخول شاغله في حدود القانون الاستثمار بتكامله الجسدي والمستوى الصحي الذي يعاشه وبسكينته البدنية والنفسية".

الحق في السلامة الجسدية من أهم المبادئ التي استقر عليها القضاء الفرنسي في قانون رقم 653-94 الصادر في 29 يوليو 1994 في إطار احترام الإنسان وحمايته حيث نصت المادة 1/16 منه على : " أن لكل شخص الحق في احترام جسمه وجسده، جسم الإنسان غير قابل للمساس و الاعتداء".

مما يعني أن الحق في السلامة الجسدية في هذا القانون أنه يحمي جسم الإنسان وسلامته من كل الآلام البدنية والتكامل الجسدي.[2]

الفرع الثاني : من الناحية الطبية

اتجه الطب التقليدي إلى إدراج مفهوم الحق في السلامة الجسدية في إطار صحة الكائن البشري، فالصحة هي "اتحاد مادة الجسم بجميع جزيئاته وقدراته على الإدراك، والشخص المعافى هو الذي يتمتع بسلامة الجسم في مجموع هذه العناصر على نحو يحقق الانسجام والملائمة بينهما". أما " المرض فهو عجز مؤقت أو نهائي للجسم عن تحقيق كل أو جزء من أهدافه الحياتية لخلل في البرنامج الجيني أو الاستراتيجيات الفردية أو لضغط كبير في المحيط أو حالة من القلق اتجاه فعالية هذا الجسم".[3]

وتعرف الصحة بأنها : "قدرة الجسم على استغلال ايجابيات المحيط وتطويق سلبياته بفضل برنامج جيني سليم واستراتيجيات فردية ملائمة، وذلك لتحقيق جزء أو كل من الأهداف الآلياتية أو حالة الرضا عن درجة فعالية هذا الجسم".

---

[1] رابح فعرور، الحق في سلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد15، العدد2، 2018،ص64-65.

[2] عيساني رفيقة، الحماية القانونية للسلامة الجسدية في ظل التطور التكنولوجي الطبي، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، مجلة القانون العام الجزائري المقارن، المجلد الثامن، العدد1، ماي 2022،ص74.

[3] يوشي يوسف، حماية الجسم البشري من التلوث البيئي في القانون والاتفاقيات الدولية، جامعة تيارت، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، الجزائر، المجلد1، العدد2، 2012،ص257-258.

من خلال ما ذكر يمكن القول أن حماية السلامة الجسدية هي تجريم كل فعل يمس بجسم الإنسان ويسبب له ضررا. والمعنى الحقيقي للحماية يرتكز على سير الحياة وفق مبادئ توفر الحفاظ على جسمه وحياته أهمها :

1. الاحتفاظ بالمستوى الصحي العام : معناه الاحتفاظ بعمل جميع أعضاء الجسم وتأدية أدوارها على الوجه الكامل دون خلل أو علل.
2. التكامل الجسدي : يقصد بها عمل أعضاء الجسم في وحدة متناغمة ومعينة، وأي أساس به هو اعتداء على الحق في السلامة الجسدية للإنسان.
3. الراحة البدنية : هو خلو جسم الإنسان من الألم، وأي مساس به من شأنه إحداث ضرر فيه يعتبر مساس بالسلامة الجسدية.[1]

المطلب الثاني : الأسس القانونية لحرية التصرف في الجسم في التدخلات الطبية

تعددت الآراء والمذاهب في تحديد الأساس القانوني الذي يقوم عليه مبدأ حرمة جسم الإنسان في القوانين الوضعية والتي يمكن جمعها في المبادئ الآتية :

1-مبدأ التكامل الجسدي :

يقصد به مصلحة الفرد في الاحتفاظ بأعضاء جسمه كافة،[2] وذلك استنادا للمبدأ الذي يضع جسم الإنسان خارج التعامل القانوني، ولكن مع التطور الهائل في العلوم الطبية فقد أصبح من الممكن أن ينقل الفرد ملكية أحد أجزاء جسمه أو أحد أعضائه لمصلحة الغير، فقد أصبح مبدأ حرمة جسم الإنسان محلا للاتفاقيات القانونية[3]، وعليه يمنع أي اعتداء على تكامل جسمه، سواء كان ذلك لمصلحته أو لمصلحة الغير أو المجتمع، إلا إذا أعطيت موافقة واضحة وصريحة لصاحب الشأن، ذلك أن جسم الإنسان محمي من خلال النصوص التي تهدف إلى حماية تكامله الجسدي.[4]

2-الحق في الاحتفاظ بالمستوى الصحي الجسدي :

بموجب نص المادة الأولى من ميثاق منظمة الصحة العالمية OMS أن : "الصحة هي حالة من اكتمال السلامة بدنيا وعقليا واجتماعيا، لا مجرد الخلو من المرض أو العجز"، كما حددّها الأطباء بأنها : "

---

[1] عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص75.

[2] محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكلفها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، 1959،ص540.

[3] أسماء خليفي، أسيا ملايكية، نسبة مبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، جامعة حي مختار عنابة، الجزائر، مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد7، العدد2، 2022،ص27.

[4] رحال عبد القادر، الضوابط الشرعية والقانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية بين الفقه والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، 2020،ص150.

قدرة الجسم على استغلال ايجابيات المحيط وتطويق سلبياته بفضل برنامج جيني سليم، واستراتيجيات فردية ملائمة، لتحقيق جزء أو كل من الأهداف الحياتية".[1] وتتميز الصحة بخاصية نسبية تختلف من شخص إلى آخر في فترات زمنية معينة ومتباينة بين فترة الشيخوخة والشباب، ويرى الأطباء بأن الفعل يعد مساسا بالصحة إذا مس حقه في العناية الطبية، فحق الشخص في حماية صحته من الأخطار الخارجية كالأدوية وتوفير المستوى الملائم من الرعاية الصحية.[2]

3-الغاية الأساسية للمساس بجسم الإنسان هي شفاء المريض :

إن هدف الطبيب من المساس بجسم الإنسان هو بغية شفاء المريض، فهذه الغاية تضفي ضفة الشرعية من عدمه على سلوكه، فالطبيب الذي يهدف أساسا إلى شفاء المريض ويجري عليه تجارب بهدف الاستقرار على الوسيلة المناسبة مع حالته الصحية تكون غايته مشروعة، ولا تثار مسؤولية الطبية، أما إذا خرج الطبيب من الغاية المرجوة وهي شفاء المريض، تقوم مسؤولية بمجرد المساس بجسم الإنسان، لأن الطبيب إذا ابتعد عن هدف الشفاء التي أبيحت له من أجلها مزاولة مهنته أسقط عن نفسه الحماية التي يسبغها القانون على فعله.[3]

4-الترخيص بمزاولة العمل الطبي وإتباع أصول المهنة :

يعرف الطبيب بأنه العارف بتركيب الأبدان وجراح الأعضاء والأمراض الحادثة فيها وأسبابها وأعراضها والأدوية النافعة فيها، ومن لم يكن كذلك لايجوز له معالجة المرضى والإقدام على العلاج والمخاطرة فيه ولا أن يتعرض لما لا علم له فيه.

فالطبيب يجب أن يكون ملمّا بتقنيات العلاج ومتبعا لأصول المهنة المتعارف عليها في الطب، ومنه يكون قائما على حفظ الصحة الموجودة، ورد الصحة المفقودة بحسب الإمكان، وإزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان، واحتمال أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما، وتفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما، فالعلاج يجب أن ينصب على هذه الأصول.[4]

[1] رحال عبد القادر، المرجع نفسه، ص151.
[2] بوشي يوسف، المرجع السابق، ص285.
[3] أسماء خليفي، أسيا ملايكية، المرجع السابق، ص28.
[4] مخلوف هشام، جسد المريض بين المبادئ الشرعية والموافقة الذاتية على العلاج، جامعة الجزائر 1، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد التاسع، مارس 2018،ص974.

فالترخيص القانوني بمزاولة العمل الطبي هو الأساس القانوني الذي يبيح المساس بجسم الإنسان، وبناء على ذلك فإن الترخيص القانوني للطبيب بمزاولة عمله هو الأساس للإعفاء من المسؤولية الجنائية وهذا ما أخذ به أغلبية الفقهاء وشراح القانون . وهذه الرخصة تمنح من وزارة الصحة، وكل شخص يخرج عن هذه القاعدة يعد ممارسا غير شرعيا لمهنة الطب ويتعرض صاحبها للعقوبة المقررة قانونا.[1]

5-الحصول على موافقة المريض لإباحة المساس بجسمه :

أساس إباحة العمل الطبي عند أهل القانون هو رضا المريض بالتدخل الطبي أو الجراحي، أي تنازل المريض عن الحماية التي يقررها القانون لجسمه، فتنتفي بذلك عن العمل الطبي صفة الاعتداء على حق يحميه القانون ويكون بذلك مباحا،[2] وحصول الطبيب على رضا المريض بعد اطلاعه على أخطار المرض، فالموافقة الحرة الكاملة المستنيرة للشخص المعالج أو الولي أو الوصي أو من له علاقة قرابة مباشرة ضرورية ومهمة قبل البدء في أي عمل طبي على الجسم البشري نظرا لحرمة وقدسية كيانه[3]، لأن الحق في سلامة الجسم ذو أهمية اجتماعية واضحة بل أنه حق للمجتمع الذي يهمه محافظة كل فرد من أفراده على سلامة جسمه كي يستطيع القيام بوظائفه على الوجه الأكمل، فإذا رضي المريض بالاعتداء على سلامة جسمه اقتصر أثر رضائه على الجانب الفردي دون الجانب الاجتماعي، فحق المجتمع يظل قائما ويخضع فعل الاعتداء للتجريم.[4]

المبحث الثاني : المبادئ الأساسية في السلامة الجسدية

يعد حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسده من الأولويات التي عنيت بها المواثيق الدولية والإقليمية، فهو حق من حقوق الإنسان النابعة من مبدأ الكرامة الإنسانية، وتعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية القانونية. نعالج هذا المبحث ضمن مطلبين الأول يتناول مبدأ حرمة الكرامة الإنسانية في

[1] أسماء خليفي، أسيا ملايكية، المرجع السابق، ص29.

[2] رابح فعرور، المرجع السابق، ص76.

[3] منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، كلية الحقوق، جامعة عمان العربية، الأردن، مجلة الكوفة، العدد7، دون ذكر السنة،ص17.

[4] كابوية رشيدة، الحق في السلامة الجسدية للإنسان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، أدرار،2015،ص176.

المواثيق الدولية والإقليمية، والمطلب الثاني يعالج احترام الكرامة الإنسانية في المجال الطبي ضمن المواثيق الدولية والإقليمية.

المطلب الأول : مبدأ حرمة الكرامة الإنسانية في المواثيق الدولية والإقليمية

يرجع مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلى معصوميته وقدسيته، فالكرامة الإنسانية هي أصل كل حقوق الإنسان المنصوص عليها في المواثيق الدولية (الفرع الأول) ، وفي المواثيق الإقليمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الحق في الكرامة الإنسانية في المواثيق الدولية

أ-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان :

جاء في ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[1] أن "الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام في العالم".

كما نصت المادة الأولى منه على أنه : "يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وُهبوا عقلا وضميرا، وعليهم أن يعامل بعضهم بعض بروح الإخاء"، ونصّ الإعلان لحقوق الإنسان على مجموعة من الحقوق مثل الحق في الحياة والحرية والسلامة الشخصية، ومنع الرق وتجارة الرقيق ومناهضة التعذيب أو المعاملة القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة والحق في الحياة الخاصة.[2]

أشار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى مجموعة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية الخاصة بمبدأ احترام الكرامة الإنسانية مثل الحق في العمل والأجر العادل الذي يضمن عيشة لائقة للإنسان داخل الأسرة، والحق في مستوى معيشي كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته[3]، يتضمن ذلك التغذية والملبس والمسكن والعناية الطبية وتأمين معيشته في حالة المرض والعجز.

إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لم يكن دوره خلق الحقوق وإنشاؤها وإنما التصريح بوجودها وضرورة احترامها، لأن هذه الحقوق المنصوص عليها في الإعلان ماهي إلا إرثا توارثته الإنسانية جيلا بعد

[1] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 270 ألف في دورتها الثالثة بتاريخ 1948/12/10، يتضمن ديباجة و30 مادة.

[2] أنظر المواد : 3، 4، 5، 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

[3] عيساوي فاطمة، المرجع السابق، ص206.

جيل ولا يمكن التنازل عنه، ومنذ صدور هذا الإعلان، فان فكرة حقوق الإنسان ارتقت قيمتها إلى المستوى الدولي ودخلت دائرة اهتمامات القانون الدولي.[1]

ب-العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية :

لم تغفل الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية[2]النص على احترام الإنسانية، فقد تبنت نفس ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وجاء في المادة العاشرة منها : "يعامل جميع الأشخاص المحرومين من حرياتهم معاملة إنسانية مع احترام الكرامة المتأصلة في الإنسان"، حيث تضمنت هذه الاتفاقية مجموعة من الحقوق الأساسية للفرد التي تضمن للفرد احترام الكرامة الإنسانية كمنع التعذيب أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو المُهينة، وعدم إخضاع الفرد دون رضائه الحر للتجارب الطبية أو العلمية، وتجريم الرق والاتجار بالرقيق بجميع أشكالها، منع سجن شخص على أساس عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدي، والحق في حماية الحياة الخاصة.[3]

ج-العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية :

تبنت الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[4]نفس ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فنصت باعترافها بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة الدولية وحقوقهم المتساوية، وتضمنت مجموعة من الحقوق الهادفة إلى احترام الكرامة الإنسانية منها : ضمان لكل فرد حياة صالحة وعادلة تكفل معيشة شريفة له ولعائلته ومستوى معيشي مناسب، مع التحرر من الجوع، وحق كل فرد في التمتع بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والعقلية، كذلك تبنت هذه الاتفاقية الحق في التعليم وسيلة للإحساس بالكرامة، كما اعترفت لكل فرد بحقه في التمتع بمنافع التقدم العلمي والحرية التي لا يمكن الاستغناء عنها في البحث العلمي والنشاط الخلاق.[5]

---

[1] أحلوش بولحبال زينب، المرجع السابق، ص140.

[2] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف الصادر في 16 سبتمبر1966، المتضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والنافذ في 23 مارس 1976.

[3] أنظر المواد : 7، 8، 11، 17 من اتفاقية العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

[4] المرجع نفسه.

[5] أنظر المواد : 11،12، 13 من اتفاقية العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

يتبين لنا أن هذه الاتفاقيات الدولية اهتمت بالكرامة الإنسانية واعتبرتها من الحقوق الأساسية للإنسان سواء كانت مدنية سياسية أو اقتصادية، اجتماعية وثقافية، كونها متأصلة من الإنسان تتأذى بالفرد أن يكون جسمه أو أحد عناصره محلا للبيع أو المتاجرة.

الفرع الثاني : الكرامة الإنسانية في المواثيق الإقليمية

أ-الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان :

تعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[1] أهم النصوص الدولية التي تحمي حقوق الإنسان على الصعيد الإقليمي، فقد نصت على مجموعة من الحقوق تتمثل في حظر التعذيب والمعاملة اللاانسانية الحاطة من كرامة الإنسان، منع الرق، حق كل فرد في الحرية والأمن الشخصي، والحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية والمسكن والمراسلات.[2]

ب-ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي :

جاء في ديباجة ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي[3] أنه :

"يتأسس الاتحاد الأوروبي على القيم العامة التي لا تتجزأ عن الكرامة الإنسانية والحرية والمساواة". ونصت في فصولها المعنونة بالكرامة والحرية والمساواة، المواطنة والعدالة، وجاء في المادة الأولى منها أن الكرامة الإنسانية مقدسة يجب احترامها وحمايتها، بالإضافة إلى المواد الأخرى من هذا الميثاق التي أكدت على الحق في الحياة، الحق في السلامة البدنية والعقلية، الحق في لاّ تعرض أو عدم التعذيب والمعاملة القاسية أو المهينة، الحق في الحرية والأمن واحترام الحياة الخاصة والحياة العائلية وحماية البيانات الشخصية.[4]

ج-الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان :

جاءت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان[5] في ديباجتها أن حقوق الإنسان لا تُستمد من كونه مواطنا في دولة بل تستند إلى الصفات المميزة للشخصية البشرية، ونصت في مادتها الأولى الفقرة الثانية أن

---

[1] Convention européenne des droits de l'homme, signé par les états membres des conseils de l'Europe le 04 novembre 1950 et entré en vigueur le 03 septembre 1953.

[2] أنظر المواد : 3،4، 5،8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

[3] Charte des droits fondamentaux de l'union européen, signé et proclamée par les présidents du parlement européen, du conseil et de la commission lors du conseil européen de Nice le 27 décembre 2000, journal officiel des communiés européenne. (2000/C364/01) du 18/12/2000, acqui la valeur que les traité depuis 1er décembre 2009.

[4] أنظر المواد : 2،3،4، 5،8،14 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي.

[5] اتفاقية منظمة الدول الأمريكية-سان خوسيه- في 22 نوفمبر 1969، تتضمن الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، دخلت حيز التنفيذ في 15 جويلية 1978.

كلمة "إنسان" أو "شخص" في هذه تعني كل كائن بشري، فهذه المادة تشمل حماية الجنين كونه يعتبر كائنا بشريا بالرغم من عدم تمتعه بالشخصية القانونية، بالإضافة إلى مجموعة من الحقوق مثل منع التعذيب والمعاملة القاسية ولمهينة الحاطة من كرامة الإنسان، منع الرق، وكل أشكال الاتجار بالرقيق، الحق في الحرية والأمان الشخصي واحترام شرفه وحماية كرامته وحياته الخاصة ومسكنه ومراسلاته.[1]

د-الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب :

تبنى الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب[2] مبدأ احترام الكرامة الإنسانية المتأصلة في الإنسان، فجاء في ديباجته أن الحرص على المساواة والعدالة والكرامة أهداف أساسية لتحقيق التطلعات المشروعة للشعوب الإفريقية، ونصت هذه الديباجة على أن : "لكل فرد الحق في احترام كرامته والاعتراف بشخصيته القانونية، وتحظر كافة أشكال استغلاله وامتهانه واستعباده خاصة الاسترقاق والتعذيب بكافة أنواعه والعقوبات والمعاملات الوحشية واللاانسانية أو المذلة.[3]

ه-الميثاق العربي لحقوق الإنسان :

نص الميثاق العربي لحقوق الإنسان[4] في ديباجته على إيمان الأمة العربية بكرامة الإنسان، وتضمن مجموعة من الحقوق الأساسية مثل حق كل فرد في الحياة والحرية وسلامة شخصيته، منع التعذيب والمعاملة القاسية والحط من الكرامة، منع الخضوع للتجارب الطبية أو العلمية دون موافقة المستنيرة للشخص، تجريم المساس بالحياة الخاصة، وتشمل خصوصيات الأسرة وحرمة المسكن، وسرية المراسلات والاتصالات الخاصة، والاعتراف بالشخصية القانونية للإنسان.[5]

من خلال هذه النصوص الدولية والإقليمية يتبين لنا بصفة واضحة اعتراف المجتمع الدولي بالكرامة الإنسانية يجب حمايته دوليا ووطنيا، إن الكرامة الإنسانية صفة متأصلة في الإنسان، وهي تحمل كل الحقوق والحريات الأساسية.

---

[1] أنظر المواد : 5،6، 7،11 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

[2] ميثاق نيروبي المؤرخ في 28 جويلية 1981، يتضمن الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، دخل حيز التنفيذ في 26 أكتوبر 1986.

[3] أنظر المادة 5 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان.

[4] قرار جامعة الدول العربية رقم5427، مؤرخ في 15 ديسمبر1997، المتضمن الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

[5] أنظر المواد : 5،13، 14،17، 18 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

وعليه احتراما للكرامة الإنسانية ولمبدأ حرمة جسم الإنسان يجب استبعاد هذا الجسم من دائرة المعاملات التجارية.

المطلب الثاني : احترام الكرامة الإنسانية في المواثيق الدولية والإقليمية في المجال الطبي

أكدت النصوص الدولية لأخلاقيات الطب على الكرامة الإنسانية وعدم المساس بحرمة وقدسية الجسد البشري على المستوى الدولي والإقليمي.

الفرع الأول : في المواثيق الدولية

جاءت نصوص دولية تتعلق بشكل خاص بتطبيقات الأخلاقيات الحيوية، وبمنجزات التقدم العلمي والتكنولوجي في المجال الطبي والوراثة وعلم الأحياء تضمن احترام الكرامة الإنسانية، ومن هذه النصوص الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان أو الجنيوم البشري وحقوق الإنسان الذي اعتمده المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو[1] في الاجتماع التاسع والعشرون المنعقد بتاريخ 11 نوفمبر 1997 وبالإجماع، وتكرس هذا الإعلان مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في أماكن عدّة منه، نصت ديباجة الإعلان العالمي للمجين البشري وحقوق الإنسان على أن البحوث في مجال المجين البشري يجب أن تحترم بشكل كامل كرامة الإنسان وحريته وحقوقه، وتنص المادة الأولى لهذا الإعلان أن المجين البشري هو قوام الاعتراف بكرامة جميع أعضاء الأسرة البشرية وتنوعهم، وتضمن المادة الثانية من نفس الإعلان حق الإنسان في احترام كرامته وحقوقه أيا كانت صفاتهم الوراثية، وتقتضي هذه الكرامة عدم اختزال الأفراد في صفاتهم الوراثية، وتقتضي هذه الكرامة عدم اختزال الأفراد في صفاتهم الوراثية وحدها، وتمنع المادة السادسة منه تعرض أي شخص لأي شكل من أشكال التمييز القائم على الصفات الوراثية والذي يكون غرضه أو نتيجته الاعتداء على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية والمساس بالكرامة.[2]

[1] تبنت منظمة اليونسكو الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان في الاجتماع التاسع والعشرين المنعقدة بتاريخ 11 نوفمبر 1997. وبموجب القرار رقم C/1729 تنفيذ الإعلان العالمي بشأن "المجين البشري وحقوق الإنسان"، صادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة بدورها عليه بموجب القرار رقم AIRE/53/152 الصادر عن دورتها الثالثة والخمسين 1998.

[2] فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية (دراسة قانونية مقارنة)، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، 2011، ص265.

جاء في الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان على سُمو احترام الكرامة الإنسانية على إجراء البحوث العلمية لاسيما في مجال علم الأحياء وعلم الوراثة والطب، وأن لا تعلو هذه البحوث العلمية على حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

كما أكّد هذا الإعلان على منع الممارسات التي تتنافى وكرامة الإنسان، مثل الاستنساخ البشري لغايات التكاثر، ويتم تكريس حق الجميع في الانتفاع بمنجزات التقدم العلمي في مجالات الطب وعلم الأحياء والوراثة فيما يخص المجين البشري وذلك في إطار احترام كرامة وحقوق كل فرد، كما يحث الدول على اتخاذ التدابير المناسبة لمزاولة البحوث العلمية في مجال المجين البشري بما يضمن احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والكرامة البشرية، وحماية الصحة العامة.[1]

صرحت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديباجة الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر[2] تأييدها للإعلان العالمي بشأن المجين البشري، وحقوق الإنسان والحريات الأساسية للأفراد، كما أشارت إلى إدراكها ما قد يترتب على استنساخ البشر من أخطار جسيمة طبية. إذ يدعو هذا الإعلان الدول الأعضاء إلى اتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية الحياة البشرية في مجال تطبيقات علوم الحياة، وإلى حظر جميع أشكال الاستنساخ البشري ما دامت تتنافى مع الكرامة الإنسانية وحماية الحياة البشرية.[3]

الفرع الثاني : في المواثيق الإقليمية

نجد على المستوى الإقليمي أول اتفاقية دولية ملزمة لأخلاقيات وهي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبيوطبي[4] التي جعلت من أهدافها حماية كرامة الكائن البشري وحقوق الإنسان في مواجهة البيولوجيا والطب، فهذه الاتفاقية تحمي الكرامة الإنسانية للكائن البشري وتشمل حتى ذلك الجنين في جميع مراحل تكوينه، حيث نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أن : "الدول الأطراف تحمي الكائن البشري في كرامته وهويته وتضمن لكل شخص دون تمييز احترام سلامته وحقوقه وحرياته الأساسية الأخرى، في مواجهة تطبيقات البيولوجيا والطب". كما جاء في المادة الثانية منها : "يجب أن يُرجح خير

[1] أنظر المواد : 10،11، 12، 15 من الإعلان السابق.

[2] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقمAIRE/59/280، المؤرخ في 08مارس2005، يتضمن إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر.

[3] فواز صالح، المرجع السابق، ص268-269

[4] Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, convention sur les droits de l'homme et biomédecine, Oviedo, 4 Avril 1997.

الكائن البشري ومصلحته على مصلحة المجتمع أو مصلحة العلم وحدها"، ومنعت الاتجار بجسم الإنسان وعناصره لا يُمكن أن تكون كماهي مصدرا للربح.[1]

جاء في البروتوكول الملحق[2] باتفاقية حقوق الإنسان والبيوطبي في باريس بتاريخ 1998/01/12 المتعلق بحظر استنساخ الكائنات البشرية عن طريق الاستحداث المتعمد لكائنات بشرية متطابقة وراثيا منافيا للكرامة الإنسانية. وتبنت الاتفاقية بروتوكول آخر في مدينة ستراسبورغ الفرنسية بتاريخ 2001/01/24 متعلق بزرع الأعضاء والأنسجة البشرية على أنه : "جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته في حالتها الطبيعية لا تكون مصدرا لكسب مالي أو أي مقابل آخر"، وهذا حماية للكائن البشري في كرامته وهويته، وتضمن الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان والطب الحيوي لكل شخص دون أي تمييز احترام السلامة الجسدية وحقوقه وحرياته الأساسية في مجال زرع الأعضاء والأنسجة ومن تم فقد نصت المادة الأولى من الاتفاقية على أن : "الدول الأطراف تحمي الكائن البشري في كرامته وهويته، وتضمن لكل شخص دون تمييز احترام سلامته وحقوقه وحرياته الأساسية الأخرى في مواجهة تطبيقات البيولوجيا والطب".[3]

نستخلص مما سبق أن احترام الكرامة الإنسانية هو أساس استبعاد جسم الإنسان من المعاملات التجارية، وقد نصت عليه المواثيق الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان بصفة عامة وبأخلاقيات الطبية بصفة خاصة، وذلك أن التطور العلمي في المجال الطبي أدى إلى ازدياد الحاجة إلى عناصر الجسم ومشتقاته في مختلف الميادين العلاجية أو البحثية، هذا ما أدى إلى حظر المساس بجسم الإنسان وحرمته وإدخال عناصره ومشتقاته في التجارة والربح.

[1] عيساوي فاطمة، المرجع السابق، ص215-216

[2] Le Protocol additionnel à la convention sur les droits de l'homme et le biomédecine, portant l'interdiction du clonage d'être humain, adopté par la comité des ministères de l'Europe, ouvert à la signature à Paris le 12 janvier 1998, entré en vigueur le 01 Mars 2001.

[3] Le Protocol additionnel à la convention sur les droits de l'homme et le biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, signé à Strasbourg, le 24/01/2002, entré en vigueur le 1 er Mai2006.

خاتمة:

إن التقدم العلمي والتكنولوجي الحديث في مجال العلوم الطبية أدى إلى حدوث الكثير من المواجهات في المجال الطبي خاصة أنه يمس بحرمة جسم الإنسان وقدسيته وهو يعتبر حق من الحقوق اللصيقة بشخصيته لا يجوز المساس به إلا في الحالات التي يسمح بها القانون.

ومن خلال دراستنا توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات تتمثل فيمايلي :

أولا : النتائج

- الحق في السلامة الجسدية مقترن بالحق في الحياة، فهو أسمى الحقوق الإنسانية الواجب حمايتها في ظل هذا التطور العلمي وما يشهده من انتهاكات على جسم الإنسان في الأعمال الطبية.
- الحق في سلامة الجسم تعني حظر المساس بجسم الإنسان بصفة كلية أو ببعض عناصره ومنتجاته إلا في الحدود التي رسمها القانون.
- الأعمال الطبية التي تقع على جسم الإنسان تمس بحقه في سلامة جسده بغية حمايته من الأمراض أو علاجه أو شفائه، لابد أن تتوافر مجموعة من الشروط المتمثلة في الترخيص القانوني، الرضا الحر والمستنير للمريض، قصد العلاج، وهي تعتبر أساس إباحة الأعمال الطبية.
- أكدت الاتفاقيات الدولية والإقليمية على مبدأ حرية الكرامة الإنسانية في المجال الطبي على جسده وأعضائه ومنتجاتها أنها ليست بضائع لأن جسمه خارج نطاق التعامل القانوني.
- عدم مشروعية الاستنساخ البشري التكاثري بما فيه من إحاطة للكرامة الإنسانية.

ثانيا : التوصيات المقترحة

- بذل المزيد من الجهود لوضع اتفاقية دولية ملزمة لجميع الدول لتنظيم الأعمال الطبية والبيولوجية حماية لكرامة وحقوق الإنسان.
- ضرورة توفير حماية أكثر لجسم الإنسان في ظل التطور الطبي الحديث، وذلك بوضع قوانين وقواعد حديثة تتماشى والتطور لضمان حماية الإنسان لأن البحث العلمي يجب أن يكون في خدمة الإنسان.
- وضع حماية جنائية ردعية لضمان حماية السلامة الجسدية من الاعتداءات الواردة عليه.

قائمة المراجع :

أولا : المراجع باللغة العربية

I.التشريعات الدولية

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 270 ألف في دورتها الثالثة بتاريخ 1948/12/10، يتضمن ديباجة و30 مادة.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف الصادر في 16 سبتمبر1966، المتضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والنافذ في 23 مارس 1976.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف الصادر في 16 سبتمبر1966، المتضمن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والنافذ في 23 مارس 1976.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقمAIRE/59/280، المؤرخ في 08مارس2005، يتضمن إعلان الأمم المتحدة بشأن استنساخ البشر.
- قرار جامعة الدول العربية رقم5427، مؤرخ في 15 ديسمبر1997، المتضمن الميثاق العربي لحقوق الإنسان.
- اتفاقية منظمة الدول الأمريكية-سان خوسيه- في 22 نوفمبر 1969، تتضمن الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، دخلت حيز التنفيذ في 15 جويلية 1978.
- ميثاق نيروبي المؤرخ في 28 جويلية 1981، يتضمن الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، دخل حيز التنفيذ في 26 أكتوبر 1986.
- تبنت منظمة اليونسكو الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان في الاجتماع التاسع والعشرين المنعقدة بتاريخ 11 نوفمبر 1997. وبموجب القرار رقم C/1729 تنفيذ الإعلان العالمي بشأن "المجين البشري وحقوق الإنسان"، صادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة بدورها عليه بموجب القرار رقم AIRE/53/152 الصادر عن دورتها الثالثة والخمسين 1998.

II.الرسائل الجامعية :

- أحلوش بولحبال زينب، حرمة الجسد والعمل الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2016.
- كابوية رشيدة، الحق في السلامة الجسدية للإنسان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، أدرار،2015.

- عيساوي فاطمة، أثر الأعمال الطبية المستحدثة على الحق في السلامة الجسدية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019/01/10.

III. المقالات :

- أسماء خليفي، أسيا ملايكية، نسبة مبدأ حظر التصرف في جسم الإنسان، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، جامعة حي مختار عنابة، الجزائر، مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد7، العدد2، 2022.
- -طفياني مختارية، الحق في السلامة للمريض في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد7، العدد 1، 2021، الجزائر.
- -يوشي يوسف، حماية الجسم البشري من التلوث البيئي في القانون والاتفاقيات الدولية، جامعة تيارت، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، الجزائر، المجلد1، العدد2، 2012.
- -محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكلفها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، 1959.
- -منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، كلية الحقوق، جامعة عمان العربية، الأردن، مجلة الكوفة، العدد7، دون ذكر السنة.
- -مخلوف هشام، جسد المريض بين المبادئ الشرعية والموافقة الذاتية على العلاج، جامعة الجزائر 1، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد التاسع، مارس 2018.
- -عيساني رفيقة، الحماية القانونية للسلامة الجسدية في ظل التطور التكنولوجي الطبي، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، مجلة القانون العام الجزائري المقارن، المجلد الثامن، العدد1، ماي 2022.
- -فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية (دراسة قانونية مقارنة)، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق،جامعة دمشق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، 2011.
- -رابح فعرور، الحق في سلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد15، العدد2، 2018.

- -رحال عبد القادر، الضوابط الشرعية والقانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية بين الفقه والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، 2020.
- -رمزي حوحو، المسؤولية الدولية عن انتهاك حق الإنسان في السلامة الجسدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، جوان 2008.

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية

I. Ligislations :

- -convention européenne des droits de l'homme, signé par les états membres des conseils de l'Europe le 04 novembre 1950 et entré en vigueur le 03 septembre 1953.
- -onvention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, convention sur les droits de l'homme et biomédecine, Oviedo, 4 Avril 1997.
- harte des droits fondamentaux de l'union européen, signé et proclamée par les présidents du parlement européen, du conseil et de la commission lors du conseil européen de Nice le 27 décembre 2000, journal officiel des communiés européenne. (2000/C364/01) du 18/12/2000, acqui la valeur que les traité depuis 1er décembre 2009.
- Le Protocol additionnel à la convention sur les droits de l'homme et le biomédecine, portant l'interdiction du clonage d'être humain, adopté par la comité des ministères de l'Europe, ouvert à la signature à Paris le 12 janvier 1998, entré en vigueur le 01 Mars 2001.
- le Protocol additionnel à la convention sur les droits de l'homme et le biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, signé à Strasbourg, le 24/01/2002, entré en vigueur le 1 er Mai 2006.

الجراحة التجميلية التحسينية في ميزان الشريعة الإسلامية -نظرة فقهية مقاصدية-

Enhancement plastic surgery in the balance of Islamic law - a jurisprudential perspective -

د. زردومي فلة

جامعة باتنة 1

مقدمة:

خلق الله الإنسان في أحسن تقويم وصورة، وجُبل على حب الجمال والسعي إلى الاتصاف به، لكن الإسلام لم يطلق العنان لرغباته بل ضبطها بمقتضى الهدي الرباني، فحدد حدودا تحكم حياة الإنسان حرصا على إنسانيته، فحرّم بعض أشكال الزينة كالوصل والوشم والوشر والنمص وغيرها مما فيه خروج عن الفطرة وتغيير خلق الله والتدليس والإيهام، وبما أنّ الشارع نصّ على بعضها فقد ألحق الفقهاء بعضها الآخر على أشباهها ونظائرها، رغم ذلك فإنّ حرص الإنسان على جماله ومظهره لم يفتأ يتنامى خاصة ما تعلق بالمظهر الخارجي، كما حرص ومنذ القدم على إصلاح أيّ تشوه خلقي أو مكتسب في مظهره، ومع التقدم في العلوم الطبية والتقنية أصبح الجمال عملا وصناعة وهدفا اجتماعيا واقتصاديا وإعلاميا خاصة ما كان متعلقا بالمرأة في سياق منهجية وحُمّى الغرب تجاه المرأة واستغلالها، حتى أضحت جراحة التجميل في غالبها تخلو من الغرض العلاجي، مما جعلها محل شك ليس فقط دينيا بل وقانونيا، بين من يراها مجرد ترف خاصة بانطوائها على مخاطر قد تضر الإنسان وسلامته الجسدية وبين من يراها مرتبطة بالصحة النفسية وبالتالي أكسبها اعتبارا وأهمية، ومع الإقبال المتزايد على هذه الجراحة بطرقها المختلفة في الدول العربية والإسلامية والجزائر خصوصا وإن كان ذلك يتم في نطاق من السرية والتخوف من نظرة الآخر، تظهر أهمية الدراسة وضرورة إعطاء المسألة حقها من البحث للفصل في الإشكاليات التي تثيرها والإجابة على استفهامات تؤرق كثيرا الراغبين في الإقدام عليها خاصة من الناحية الشرعية، فارتأيت أن يكون عنوان هذه الدراسة: " **الجراحة التجميلية التحسينية في ميزان الشريعة الإسلامية -نظرة فقهية مقاصدية-**".

إشكالية الدراسة:

يمكن صياغة إشكالية الدراسة من خلال السؤال المحوري التالي:

ما هو موقف الشريعة الإسلامية من الجراحة التجميلية التحسينية؟ وهل المساس بجسم الإنسان من أجل جراحة ترفيّة عملٌ مقبول شرعا؟

هدف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان الحكم الشرعي للجراحة التجميلية التحسينية، وبالتالي إبراز قدرة الفقه الإسلامي في احتواء كل ما يستجد من نوازل معاصرة في حياة الناس ومعالجته لها وفق ما يحقق مقصود الشارع الحكيم من الخلق، وبالتالي صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.

منهجية الدراسة:

اتبعت المنهج الوصفي التحليلي بوصف حقيقة الجراحة التجميلية خاصة التحسينية وبيان واقعها، كما اعتمدت على المنهج المقارن بتتبع آراء الفقهاء المتباينة واجتهاداتهم في المسألة محل الدراسة بين رافض ومؤيد.

هيكل الدراسة:

للإجابة على الإشكالية وتحقيقا للأهداف المبتغاة، قسمت الدراسة إلى:

-المقدمة.

المبحث الأول: ماهية الجراحة التجميلية (التعريف الأسباب).

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الجراحة التجميلية الضرورية والحاجية.

المبحث الثالث: موقف الفقهاء وآرائهم حول الجراحة التجميلية التحسينية.

الخاتمة.

المبحث الأول: ماهية الجراحة التجميلية

أولا: تعريف الجراحة التجميلية

وردت عدة تعريفات للجراحة التجميلية باعتبارها لقبا لعلم في الاصطلاح الطبي والقانوني.

1.في الاصطلاح الطبي: ونورد التعريفات التالية:

1. 1.تعريف د. أحمد محمد كنعان: "هي فن من فنون الجراحة يرمي إلى تصحيح التشوهات الخلقية... وقد تجرى الجراحة التجميلية لتصحيح التشوهات الناجمة عن الحوادث المختلفة"[1].

نلاحظ أن هذا التعريف يقسّم العيوب التي تخضع للجراحة التجميلية إلى نوعين الطبيعية والطارئة كما هو مبيّن.

1. 2.تعريف لويس دارتيج: "مجموعة من العمليات التي تتعلق بالشكل والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد"[2].

ويركز هذا التعريف على الآثار النفسية والاجتماعية التي تخلفها العيوب الطبيعية والمكتسبة.

[1]- الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس بيروت، ط1، 2000، ص 237.

[2]- الخطأ الطبي الجراحي: منير رياض حنا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008، ص 501-502.

1. 3.تعريف الموسوعة الطبية: "جراحة تُجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة، أو وظيفته إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوّه"[3].

وهذا التعريف يشير إلى أهداف الجراحة التجميلية بأنها تكون لدواعي تحسينية أو وظيفية.

2.في الاصطلاح الفقهي:

2. 1.تعريف المجمع الفقهي الإسلامي: "هي الجراحة التي تعنى بتحسين وتعديل شكل جزء أو أجزاء من الجسم البشري الظاهر أو إعادة توظيفه إذا طرأ عليه خلل مؤثر"[4].

2. 2.تعريف د. عبد الوهاب سلامة طويلة: "هي عمليات جراحية صغيرة أو كبيرة يراد منها علاج عيوب خلقية أو طارئة تتسب في إيلام صاحبها بدنيا أو نفسيا أو تعوقه في أعماله، وربما يقصد بها تحسين موضع في الجسم طلبا للجمال والإغراء"[5].

وهذا تعريف جامع شامل لجراحة التجميل بأنواعها، وبالتالي وانطلاقا من التعريفات السابقة، نقول: إنّ الجراحة التجميلية: هي كل إجراء طبي جراحي يهدف إلى إصلاح خلل أو وظيفة أحد أعضاء الجسم الظاهرة، أو تعديل تشوه في شكله، أو تحسين صورته أو تغيير هيئته، وبالتالي نكون قد طرقنا مختلف جوانب الجراحة التجميلية.

ثانيا: أسبابـــــها

تتعدد الأسباب والبواعث التي تدفع على الإقدام على العمليات الجراحية التجميلية، هذه بعضها:

1.الأسباب الصحية الجسمية:

بغرض علاج التشوهات الخلقية أو علاج آثار الحوادث الطارئة أو أمراض طارئة كالأورام مثلا أو آثار بعض الأمراض كانحسار اللثة بسبب الالتهابات، أو تحسين وظيفة الأعضاء كتجميل الأنف لتحسين وظيفة التنفس[6].

2.الأسباب الصحية النفسية:

وهي العقد النفسية والآلام النفسية المترتبة عن قبح المنظر الناتج عن تشوهات أو إعاقات أو غيرها مما يولد بها البعض والتي تولّد لدى صاحبها نفورا من نفسه كما تتسبب له بالكآبة والانطواء على الذات، وتجعله خائفا من المجتمع الذي يعيش وسطه والذي قد يؤثر بسبب موقفه على سيرورة حياته في الدراسة أو العمل أو شريك الحياة، وبعض هذه العقد النفسية قد تتحول إلى أمراض نفسية تتجسد في

---

[3]- الموسوعة الطبية الحديثة: مجموعة من الأطباء، ترجمة: د. أحمد عمار وآخرون، مؤسسة سجل العرب، القاهرة، ط2، 1970، ج3، ص 454.

[4]- القرار رقم 173 (18/11)، الدورة 18 بماليزيا 2007، على موقع المجمع: http://iifa.aifi.org/ar/2283html/2007

[5]- فقه الألبسة والزينة، نقلا عن الجراحة التجميلية أحكامها وضوابطها، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية بكلية دار العلوم، القاهرة، عدد 2012/31، ص 587-588.

[6]- ينظر: الضوابط الشرعية للجراحات التجميلية: إنصاف حمزة الفعر، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، عدد 22، 2021/02/05، ص 44، منشور على موقع: http :www.ajrsp.com/vol/، تاريخ التصفح:2022/04/30.

البحث المستمر عن الكمال يصل أحيانا إلى درجة الهوس ضد إرادة الخالق وضد الزمن والسنة الطبيعية في الخلق.

3.الأسباب الجمالية:

وهي أسباب هدفها التجميل البحت، ويتمحور ذلك حول الرغبة في الظهور بمظهر حسن ومُغرٍ وتغطية بعض ما يعتقده الشخص بأنه عيب وقصور ولا يرضي شعوره بالكمال، وهذه الأسباب مرتبطة بالأسباب النفسية.

4.أسباب أخرى: منها

-الفرار من العدالة من طرف المجرمين.

-تدليس المسنات من أجل الزواج.

-التشبه بشخصيات أسطورية مبهرة أو الأبطال والمشاهير، وحتى بعض الحيوانات، وهذا ما بدأ ينتشر في الغرب خاصة في أوربا.

-أسباب اقتصادية وإعلامية ومدى تأثير أحدهما على الآخر.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الجراحة التجميلية الضرورية والحاجية.

1.تعريفها:

وتسمى بالجراحة التقويمية والترميمية (Plastic Surgey)، وتتعلق بالعيوب بنوعيها:

1.1.العيوب الخلقية: وهي العيوب التي ولد بها الإنسان كالشفة الأرنبية أو التصاق أصابع الرجلين واليدين أو كتشوه الأعضاء الجنسية أو وجود بعض ما هو زائد في الجسم وغيرها.

1. 2.العيوب المكتسبة: وهي عيوب طارئة ناشئة عن حوادث وحروق كالكسور الشديدة وتشوهات الجلد بسبب الحروق.

والجراحة التجميلية الضرورية والحاجية هي جراحة علاجية ترمي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي أو تدارك عجز ناتج عن الولادة أو بعده لأي سبب من الأسباب، وبما أنها لا تستدعي الاستعجال ولا الإسعاف كعنصرين أساسيين في الطب هذا ما يجعلها تبقى تحت إطار الجراحة التجميلية[7].

2.حكمها الشرعي:

مما لا شك فيه أن العيوب الخلقية والمكتسبة التي تُلحق ضررا بصاحبها لا حرج في ردها إلى أصلها إذا توفرت الدوافع الموجبة للترخيص بفعله إضافة إلى ضوابطه[8]، بل هي من باب القاعدة الفقهية

[7]- ينظر: خصوصية الجراحة التجميلية فقها وقضاء وتشريعا: .حساين سامية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 11 (1)، 2016/02/13، ص 167.

[8]- قرار المجمع الفقهي الإسلامي السابق، 173 (18/11).

العظيمة "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب" وهي كذلك من باب الضرورات التي يتعلق بعضها بحفظ كلية النفس، وحتى الجراحة الحاجية تُنزّل منزلة الضرورة إعمالا لقاعدة "الحاجة تنزّل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة" وقاعدة"المشقة تجلب التيسير"، وقد أذن الرسول صلى الله عليه وسلم لرجل قطعت أنفه في الحرب أن يتخذ أنفا من ذهب، ففي سنن أبي داود (برقم 3234): "أنَّ عرفجةَ بنَ أسعدَ قُطِعَ أنفُهُ يومَ الكُلَابِ فاتَّخذَ أنفًا من وَرِقٍ فأنتَنَ عليهِ فأمرَهُ النبيُّ صلَّى اللهُ عليهِ وسلَّمَ فاتَّخذ أنفًا من ذهبٍ"، والحديث أصل في إزالة العيوب ورفع الضرر لأن ذلك من باب التداوي والمعالجة.

وعليه: فهي جراحة مشروعة تشهد أدلة الشرع بجوازها ولا بد من إجرائها لأن هدفها التداوي والمعالجة الطبية، وهي من زاوية الضروري والحاجي بالنسبة لبواعثها الموجبة لفعلها ومن زاوية أخرى تجميلية بالنسبة لآثارها ومآلاتها، أي "إنها لا ترتكز على الناحية الجمالية ولكن التجميل يظهر في النتيجة النهائية بصفة تبعية للإجراء الجراحي"[9].

3.ضوابطهـــــا:

وضع العلماء جملة من الضوابط أهمها[10]:

-الرجوع إلى أهل الاختصاص والخبرة الطبية.

-ضرورة توفر الأهلية في الطبيب الجراح.

-ضرورة اعتبار إذن المريض أو وليه.

-الانضباط بقواعد الشرع أثناء عملية التجميل.

-الابتعاد عن التدليس والغش.

-أن لا يترتب عليها ضرر أكبر من منفعتها.

-أن تترتب المصلحة المحققة على فعل الجراحة.

المبحث الثالث: موقف الفقهاء وآرائهم حول الجراحة التجميلية التحسينية.

رغم أن الغرض من الأعمال الطبية هو علاج المرضى وتخليصهم من آلامهم ومعاناتهم فقد برزت في العقود الأخيرة جراحات هدفها تحسين المظهر وتجديد الشباب إذْ تجري على جسم معافى تماما لدواعٍ جمالية بحتة، وهو ما اصطلح عليه بالجراحة التجميلية التحسينية أو (Cosmetic/ Aesthetic suregy)، وبالتالي إذا كانت الجراحة التجميلية العلاجية تقترب أكثر من الطب فإن الجراحة التجميلية التحسينية تبتعد عنه.

---

[9]- أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها: محمد بن المختار الشنقيطي، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1997، ص 184-185.

[10]- ينظر: الجوانب الفقهية والشرعية لجراحة التجميل دراسة مقارنة: نادية محمد قزمار، رسالة دكتوراه مخطوط، جامعة عمّان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية، 2006، ص 164-170، البيوتيقا وفقه النوازل (العمليات التجميلية أنموذجا): مباركة حاجي، مجلة تطوري، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة سعيدة، مج8، عدد1، 2021، ص 47-61.

1.تعريف الجراحة التجميلية التحسينية:

1. 1.التعريف الأول: "هي الجراحة التي تجرى لتحسين الشكل والمظهر دون ضرورة أو حاجة معتبرة"[11].

1. 2.التعريف الثاني: "جراحة لتحسين المظهر وتجديد الشباب دون وجود دوافع ضرورية أو حاجية تستلزم فعلها"[12].

من خلال ا لتعريفين السابقين نخلص إلى أن:

***المراد بتحسين المظهر:** بالوصول بالجسم إلى الصورة المثالية الأجمل حسب تصور صاحبها.

***المراد بتجديد الشباب (التشبيب):** إزالة آثار الشيخوخة وتقدم السن.

وبالتالي نستنتج نوعين لهذه الجراحة التجميلية:

الأول: جراحة تتعلق بالشكل عموما.

ومن أمثلة هذا النوع نذكر ما يلي[13]:

-تجميل الأنف وتغيير شكله وذلك بالأخذ من طوله وعرضه وارتفاعه.

-تجميل الذقن بتغيير شكل عظم الفك أو وضع ذقن صناعية.

تجميل الثديين تكبيرا وتصغيرا.

-تجميل الأذن.

-شفط الدهون.

-تجميل البطن وإزالة القسم الزائد وسحبه جراحيا تحت الجلد.

الثاني: جراحة تتعلق بالتشبيب خصوصا.

ومن أمثلة هذا النوع[14]:

-جراحة الوجه لإعادة تشكيل بعض الأجزاء في الرأس والرقبة وهي عادة الأنف والأذنان والذقن وعظام الوجنتين وخط العنق وشد الوجه وجراحة جفن العين[15].

-شد البطن.

-رفع الثديين.

---

[11]- جراحة التجميل التحسينية: د. أنس عبد الفتاح أبو شادي، مجلة الدراية، جامعة الزهر، عدد 15، 2015، ص 480.

[12]- موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الجراحية التجميلية: إلهام عبد الله باجنيد، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، م ع س، عدد 78، مايو 2008، ص 117.

[13]- ينظر: الموسوعة الطبية الحديثة، مرجع سابقن ج3، 455، 456ن، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي: د. محمد خالد منصور، دار النفائش، الأردن، ط1، 1999، ص 65.

[14]- ينظر: مؤسسة مايو الطبية على موقعها: http://www.mayoclinic.org/ar، وموقع: مؤسسة الجراحة التجميلية والترميمية وطب التجميل في إسبانيا: (BMC) BARCELONA Medical consulting. http://bmc.cat/ar/، تاريخ التصفح: 2022/04/30.

[15]- وتعد النساء الفئة الأكثر إقبالا على هذه العمليات بنسبة 87 بالمائة وتأتي في مقدمتها جراحة تكبير الثديين ثم يليها شفط الدهون ثم تجميل الأنف، أما الرجال فنسبته 13 بالمائة بعمليات رأب الجفن وهي العملية التي تشهد أكبر إقبال من طرف الرجال.

-تجميل اليدين والساعد والأرداف.

2.الأراء الفقهية حول الجراحة التجميلية التحسينية وأدلة كل رأي

2. 1. الآراء الفقهية:

اختلف العلماء والباحثون المعاصرون حول هذه النازلة على قولين اثنين هما:

الرأي الأول:

يذهب هذا الفريق إلى حرمة العمليات التجميلية التحسينية لأنها عمليات للترفيه فقط، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين، منهم: الشيخ ابن عثيمين، الشيخ ابن باز، الشيخ ابن غذيان، الشيخ عبد الرزاق عفيفي، الدكتور محمد المختار الشنقيطي، الدكتور القرضاوي، وقرار المجمع الفقهي الإسلامي[16].

الرأي الثاني:

يذهب هذا الفريق إلى التفصيل في المسألة بحيث يرون أنّ لكل عملية تجميلية تحسينية حكمها المنفرد عن الآخر، إذ لا يصح جمع كل العمليات في حكم واحد، وممن ذهب إلى هذا الرأي: الدكتور صالح بن محمد الفوزان، الدكتور محمد عثمان شبير، الدكتور هاني الجبير وغيرهم[17].

2. 2.الأدلة المعتمدة لدى كل فريق

2. 2. 1.أدلة الفريق الأول

-من القرآن: قوله تعالى: "وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ" (النساء: 118)، ووجه الدلالة: أنها آية وردت في سياق الذم، وبيان المحرمات التي يسوّل الشيطان فعلها للعصاة من الناس ومنها تغيير خلق الله تعالى[18].

والآية وإن كان يترجح فيها معنى التغيير المعنوي نظرا لدلالة الآية الأخرى: "فطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النّاسَ عَلَيْها لا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ القَيِّمُ ولَكِنَّ أَكْثَرَ النّاسِ لا يَعْلَمُونَ" (الروم: 30)، إلا أنّ التغيير يشمل ما هو معنوي وحسي عملا بالأدلة الأخرى.

فجراحة التجميل التحسينية تشتمل على تغيير خلق الله والعبث بها حسب الأهواء والرغبات مما يدخلها في المذموم شرعا، وتعتبر من جنس المحرمات[19].

---

[16]- الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية : مصلح بن عبد الحي النجار، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، "قضايا طبية معاصرة" 1431 هـ، ج3، ص 2499، أحكام الجراحة الطبية، للشنقيطي، ص 193، الأحكام الطبية، لخالد منصور، ص 198، برنامج الشريعة والحياة حوار مع الدكتور القرضاوي، على اليوتيوب، نشرت بتاريخ 2021/4/24.

[17]-ينظر: أحكام جراحة التجميل ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، "ندوة العمليات التجميلية بين الشرع والطب"، الرياض، م ع س، فبراير 2007، ج2، ص 524، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج3، ص 2502.

[18]-وقفة مع تفسير الآية والاختلاف حول ضابط "تغيير خلق الله"دراسة نقدية: عبد الله منكابو، ص 11، 12، كتاب منشور على موقع: http://uqu.edu.sa/page/ar/206044.

[19]- مشروعية الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية: د. فريد عيسوس، مجلة الشهاب، المعهد الوطني للعلوم الإسلامية، الوادي، عدد 9، ديسمبر 2017، ص 142.

-من السنة: حديث عبد الله بن مسعود أنه قال: "لعنَ اللهُ الواشماتِ، والمسْتَوْشِماتِ، والنامِصاتِ، و الْمُتَنَمِّصاتِ، والْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ، الْمُغَيِّرَاتِ خلْقَ اللهِ"[20].

ووجه الدلالة: جاء النص على العلة من المنع وهي تغيير خلق الله والتعليل كذلك باللام "للحسن" وهما معنيان أو وصفان يتحققان في الجراحة التحسينية، فهي تغيير للخلق طلبا للحسن، ويقاس عليها سائر ما ظهر من تجميل في عصرنا الحاضر لجامع التغيير للخلق.

-تنطوي الجراحة التجميلية التحسينية على معنى الغش والتدليس وهو محرم شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا"[21]، فهذا غش متبادل من النساء تجاه الرجال ومن الرجال تجاه النساء، وهذا محرم[22].

-تنطوي هذه العمليات على محظورات منها الاطلاع على العورات ومسها والنظر إليها لغير ضرورة وحاجة معتبرة شرعا، وبالتالي انتفاء الأسباب الموجبة للترخيص، فيبقى الأصل على الحرمة[23].

-المآلات الضررية التي تترتب على هذه العمليات وكثير منها ينتهي بعواقب غير محمودة، وبالتالي الحكم بمنعها اعتبارا للقاعدة المقاصدية العظيمة "اعتبار مآلات الأفعال"، والتي تقضي بمراعاة ما تؤول إليه الأمور في مستقبلها المتوقع وعدم الاقتصار على الحال فقط.

2. 2. 2.أدلة الفريق الثاني:

-من القرآن: قوله تعالى: "قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ"(الأعراف: 32)، ووجه الدلالة أن الله تعالى أعاب تحريم الزينة على عباده، وعمليات التجميل تحقق الزينة التي أباحها الله تعالى، وهذا من باب تحقيق المصلحة أيضا، وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه تحميل للدليل ما لا يتحمله، كما أن اعتبار العمليات التحسينية من الزينة وأن ذلك مصلحة وجلب المصلحة مطلوب إلا أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، والمفاسد هنا أرجح من المصالح أو مساوية لها فلا تقدم عليها، فما بالك إذا كانت هذه المصالح وهمية غير معتبرة.

وقوله تعالى: "وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ" (النساء: 118)، والآية مختصة بما كان يفعله أهل الجاهلية من تغيير في دين الله بالتحليل والتحريم، وقد قال الزجّاج: "إن الله تعالى خلق الأنعام لتُركب وتُؤكل فحرموها على أنفسهم وجعل الشمس والقمر والحجارة مسخرة للناس فجعلوها آلهة يعبدونها فقد غيروا ما خلق الله"[24].

---

[20]- أخرجه النسائي في السنن الكبرى، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991، رقم الحديث 9399، ج5، ص 425.

[21]- أخرجه مسلم في صحيحه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت، رقم الحديث 164، ج1، ص 99.

[22]- أحكام الجراحة الطبية، للشنقيطي، مرجع سابق، ص 193-195.

[23]- الجراحة التجميلية وموقف الفقه الإسلامي منها: د. محمد مقبول حسين، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر، عدد1/2، 2006/05/05، ص 130.

[24]- الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله الأنصاري القرطبي، دار الحديث، القاهرة، ط 2010، ج5، ص 391.

-من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "الْفِطْرَةُ خَمْسٌ أَوْ خَمْسٌ مِنَ الْفِطْرَةِ الْخِتَانُ، وَالِاسْتِحْدَادُ، وَتَقْلِيمُ الأَظْفَارِ، وَنَتْفُ الإِبِطِ، وَقَصُّ الشَّارِبِ"[25]، إضافة إلى نصوص كثيرة في السنة النبوية تتحدث عن الاكتحال والخضاب وتغيير الشيب به وقص السبال وغير ذلك، فهذه النصوص النبوية تفيد أن تغيير خلق الله يكون مباحا كما يكون ممنوعا، والفيصل هو النص الشرعي وليس الإشكال في المنصوص عليه من تغيير خلق الله ولكن الإشكال في المسكوت عنه، فتغيير خلق الله المسكوت عنه للمنفعة جائز[26].

وقد نوقش هذا بأنّ ما ورد في السنة يدل على أن الحكمة منه هي النظافة والصحة وما يميز المسلم عن غيره من اليهود والنصارى، وما يميز المرأة عن الرجل، وبأن القول بأن المسكوت عنه يفيد الإباحة هذا ليس على إطلاقه أبدا وينافي قواعد ومقاصد الشرع.

-إن تعميم العلة بمنع التحسين غير مقبول، والعلة متى فُقد اطرادها دل على إبطال علّيتها كما هو مقرر في أصول الفقه[27].

-إنّ الأضرار المترتبة على هذه العمليات ليست عامة فهي في بعضها دون الآخر وفي حالات دون أخرى.

-إن الأمراض النفسية المترتبة عن الكآبة نتيجة عدم الرضا عن المظهر الخارجي فيكون لها محل اعتبار، لأن الأمراض النفسية لا تقلّ خطورة عن الأمراض العضوية، فالربط بين الصحة البدنية والنفسية جزء لا يتجزأ من المفهوم العام للصحة[28].

2. 3.سبب الخلاف بين الفريقين ورؤية نقدية:

يرجع سبب الخلاف بين الفريقين إلى:

-السبب الأول هو عدم تحرير محل النزاع في مختلف الدراسات والأبحاث التي اطلعت عليها فبدى الخلاف واسعا ومتشعبا، فأصبح من الصعب ضبط المسألة والإحاطة بها.

-الاختلاف في تأويل النصوص لأنها جاءت عامة.

-الاختلاف في علة التحريم، فمن ذهب إلى أنها تغيير خلق الله للحسن قال بالحرمة، ومن رأى أنها للتدليس والخداع قال بالجواز إذا خلت من ذلك، وأنه لا يجوز القياس على الحديث لأن لكل مسألة حكمها الخاص.

-الاختلاف في تقدير المصلحة مع العلم أن المصلحة يجب أن تكون خاضعة لشروط وضعها وحددها العلماء لتكون معتبرة شرعا.

---

[25]- أخرجه مسلم في صحيحه، رقم 164، ج1، ص 99.

[26]- جراحة التجميل التحسينية: أنس أبو شادي، مرجع سابق، ص 431.

[27]- الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية، للجبير، مرجع سابق، ص 154.

[28]- التنظيم القانوني لجراحة التجميل التحسينية دراسة مقارنة في النظام السعودي والفقه الإسلامي والقانون الفرنسي: د. محمد بن أحمد البديرات، ص 2361، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، عدد 36، 2021، ص 2361.

-الاختلاف في تقدير الحاجة واعتبارها رغم أن الحاجة شرعا هي "ما يحتاجه الأفراد والأمة للتوسعة ورفع الضيق إما على جهة التأقيت أو التأبيد، فإذا لم تُراعَ دخل على المكلفين الحرج والمشقة[29]"، وبالتأمل نجد أن هذا لا يتحقق في رأي المجيزين إطلاقا.

-محاولة المجيزين تحميل الأدلة ما لا تحتمله متذرعين بأن المسألة من المسكوت عنه، ومن المعلوم أن المسألة شائكة ولم تتناول من كافة جوانبها وجل ما ارتكزوا عليه مشروعية طلب الجمال والتجمل للزوج، بينما تغافلوا عن مضار كثيرة تفتح باب فساد كبير أمام الناس بدأت بوادره تظهر وهي آخذة في الانتشار، حتى أن بعض الأشخاص يغير من خلقته فلا تكاد تعرفه وينتقل بين الصور التجميلية لأن رضاه على شكله غير محدود، وهذا ينافي مبدأ سد الذرائع.

-معظم عمليات التجميل نمطية تتبع الطابع الغربي والصورة التي رسخها عن الجسم المثالي ترسيخا لقيمه المادية الخاوية التي تبحث عن السعادة المفقودة، لذا تجد التهافت على الحصول على هذه الصورة دون غيرها، وهذا من التشبه بالكفار، فلئن كانت مخالفة الكفار من الأصول الشرعية، ولئن كان مؤكدا في العقائد والعبادات فقد جاء النهي عن التشبه بهم في بعض صور التجميل، فضلا عن النصوص التي جاءت بالنهي عن عموم التشبه بهم خاصة إذا كان تشبها بأهل الشر منهم والفسوق لأن ذلك مظنة تقليدهم في سائر أعمالهم، لقول ابن تيمية: "المشابهة في الأمور الظاهرة تورث تناسبا وتشابها في الأخلاق والأعمال ولهذا نهينا عن مشابهة الكفار"[30].

2. 4.الترجيح بن الآراء في ضوء المقاصد:

عملا بقواعد الشرع ومقاصده ومعانيه العظيمة التي لاتقف عند الألفاظ والمباني بل تتعدى إلى المقاصد والمعاني واعتبارا للمآلات الضررية وسد الباب أمام المفاسد الواقعة والمتوقعة يترجح -والله أعلم- الرأي الأول القائل بتحريم العمليات التجميلية التحسينية، خاصة مع العبث بخلق الله تعالى من دون وجود ضرورة ولا حاجة من قبل الطبيب الجراح أو الشخص المقدم عليها، وتعتبر الدوافع التي يعتذر بها حول تألم الشخص نفسيا بسبب عدم تلبية رغبته بتحسين مظهره وتحقيق جمال وكمال يرضي نفسه غير كافية للترخيص له بالإقدام على هذه العمليات، وكما يقول الدكتور الشنقيطي: "علاج الأوهام والوسواس إنما هو بغرس الإيمان في القلوب وزرع الرضا عن الله تعالى فيما قسمه من الجمال والصورة، والمظاهر ليست هي الوسيلة لبلوغ الأهداف والغايات النبيلة، وإنما يدرَك ذلك بتوفيق الله ثم بالتزام شرعه والتخلق بالآداب ومكارم الخلاق"[31].

---

[29]- الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها: أحمد كافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004، ص 33-34.

[30]- مجموع الفتاوى: أبو العباس بن عبد الحليم بن تيمية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، دط، 1995، ج22، ص 154.

[31]- أحكام الجراحة الطبية، ص 191.

كما ذهبت الموسوعة الطبية إلى أنّ: "عمليات التجميل لا تغير من شخصية المريض تغييرا ملحوظا، وأنّ العجز عن بلوغ هدف معين في الحياة لا يتوقف كثيرا على مظهر الشخص، فالمشكلة في ذلك أعمق كثيرا مما يبدو من ظواهر هذه الأمور، وعلى هذا فعمليات التجميل الاختيارية (التحسينية) غير محققة النتائج ومن الخير ترك الإغراق في إجرائها أو المبالغة في التنبؤ بنتائجها"[32].

ونختم بقوله صلى الله عليه وسلم: "إنَّ الحلالَ بيّنٌ وإنَّ الحرامَ بيّنٌ وبينهما أمورٌ مُشتبِهاتٌ لا يعلمهنَّ كثيرٌ من الناس فمنِ اتَّقى الشُّبُهاتِ استبرأ لدِينِه وعِرضِه، ومن وقع في الشُّبهاتِ وقع في الحرامِ، كالراعي يرعى حول الحِمى يوشكُ أن يرتعَ فيه، ألا وإنَّ لكلِّ ملكٍ حمًى، ألا وإنَّ حمى اللهِ محارمُه، ألا وإنَّ في الجسدِ مُضغةً إذا صلُحتْ صلُح الجسدُ كلُّه وإذا فسدتْ فسد الجسدُ كلُّه ألا وهي القلبُ"[33].

فمن اجتنب المشتبهات فقد طلب البراءة لنفسه، ومن وقع فيها واجترأ عليها فقد عرض نفسه للخطر وأوشك على الوقوع في الحرام لأنه تهاون في الشبهات وهي خطر كبير عليه، والتساهل فيها يؤدي إلى الاستهتار واللامبالاة واتباع الهوى، وهذا يوقع في الحرام، فالشبهة تجر إلى الصغيرة والصغيرة تجر إلى الكبيرة وبالتالي يرجع على القواعد الكلية للمقاصد بالنقض والإبطال وهذا مردود مرفوض في الشريعة الإسلامية.

الخاتمة:

1.النتائج:

-الجراحة التجميلية هي عمليات جراحية صغيرة أو كبيرة هدفها علاج عيوب خلقية منذ الولادة أو طارئة تعوق صاحبها بدنيا ونفسيا، أو يقصد بها تحسين موضع في الجسم طلبا للجمال البحت.

-تنقسم الجراحة التجميلية إلى ضرورية وحاجية (علاجية ترميمية)، وجراحة تجميلية تحسينية (اختيارية).

-الجراحة التجميلية الضرورية والحاجية جائزة باتفاق الفقهاء.

-الجراحة التجميلية التحسينية اختُلِف في حكمها بين مانع ومجيز.

الجراحة التجميلية التحسينية المغيرة لخلق الله ما كانت موصلة للحرام والفجور، وما ترتب عليها ضرر غالب أو ما فيها تلاعب وعبث بالجسم وهذا هو الغالب على هذا النوع من العمليات.

-من الضروري إحاطة العمليات التجميلية بأطر وضوابط شرعية مستقاة من الأدلة الشرعية وتستضيء بمقاصد الشريعة الإسلامية وعللها وحكمها، ومتى روعي ذلك تحقق الاحتراز من الوقوع في المحضورات الشرعية، ودُفعت المفاسد الواقعة والمتوقعة في العاجل والآجل.

---

[32]- الموسوعة الطبية الحديثة، ج3، ص 455.

[33]- أخرجه مسلم، برقم 1599.

2.التوصيات:

-تعزيز الدور التكاملي بين الأطباء والفقهاء ورجال القانون في مجال المستجدات الطبية، خاصة ما تعلق منها بحرمة جسم الإنسان.

-إحاطة هذه الجراحات بسياج قانوني حازم للتقليل من مضارها ما دامت عرفت انتشارا في مجتمعاتنا المسلمة سواء ما يتم منها علنا أو خفية.

-ضرورة ربط المناهج الطبية بالأحكام الشرعية.

-تنظيم لقاءات دورية توعوية في مختلف المنابر الاجتماعية والدينية والإعلامية ومواكبة كل ما يستجد في مجال الجراحة التجميلية خاصة التحسينية لحماية مريديها والراغبين بها من مخاطرها سواء على الصحة الجسمية والنفسية وحتى الروحية.

***قائمة المصادر والمراجع:**

1-أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها: محمد بن المختار الشنقيطي، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1997.

2-أحكام جراحة التجميل ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، "ندوة العمليات التجميلية بين الشرع والطب"، الرياض، م ع س، فبراير 2007، ج2.

3-الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي: د. محمد خالد منصور، دار النفائس، الأردن، ط1، 1999.

4-البيوتيقا وفقه النوازل (العمليات التجميلية أنموذجا): مباركة حاجي، مجلة تطور، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة سعيدة، مج8، عدد1، 2021.

5-التنظيم القانوني لجراحة التجميل التحسينية دراسة مقارنة في النظام السعودي والفقه الإسلامي والقانون الفرنسي: د. محمد بن أحمد البديرات، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، عدد 36، 2021.

6-الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله الأنصاري القرطبي، دار الحديث، القاهرة، ط 2010، ج5.

7-جراحة التجميل التحسينية: د. أنس عبد الفتاح أبو شادي، مجلة الدراية، جامعة الزهر، عدد 15، 2015.

8-الجراحة التجميلية وموقف الفقه الإسلامي منها: د. محمد مقبول حسين، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر، عدد1/2، 2006/05/05.

9-الجوانب الفقهية والشرعية لجراحة التجميل دراسة مقارنة: نادية محمد قزمار، رسالة دكتوراه مخطوط، جامعة عمّان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية، 2006.

10-الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها: أحمد كافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004.

11-خصوصية الجراحة التجميلية فقها وقضاء وتشريعا: .حساين سامية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 11 (1)، 2016/02/13.

12-الخطأ الطبي الجراحي: منير رياض حنا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008.

13-السنن الكبرى للنسائي، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991، ج5.

14-صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت، ج1.

15-الضوابط الشرعية للجراحات التجميلية: إنصاف حمزة الفعر، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، عدد 22، 2021/02/05، منشور على موقع/ http :www.ajrsp.com/vol

16-الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية : مصلح بن عبد الحي النجار، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، "قضايا طبية معاصرة" 1431 هـ، ج3.

17-القرار رقم 173 (18/11)، الدورة 18 بماليزيا 2007، على موقع المجمع: http://iifa.aifi.org/ar/2283html/2007

18-موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الجراحية التجميلية: إلهام عبد الله باجنيد، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، م ع س، عدد 78، مايو 2008.

19-الموسوعة الطبية الحديثة: مجموعة من الأطباء، ترجمة: د. أحمد عمار وآخرون، مؤسسة سجل العرب، القاهرة، ط2، 1970، ج3.

20-الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس بيروت، ط1، 2000.

21-مؤسسة مايو الطبية على موقعها: http://www.mayoclinic.org/ar

22-مؤسسة الجراحة التجميلية والترميمية وطب التجميل في إسبانيا: (BMC) BARCELONA Medical consulting. http://bmc.cat/ar/

23-وقفة مع تفسير الآية والاختلاف حول ضابط "تغيير خلق الله"دراسة نقدية: عبد الله منكابو، كتاب منشور على موقع: .http://uqu.edu.sa/page/ar/206044

24-مجموع الفتاوى: أبو العباس بن عبد الحليم بن تيمية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، دط، 1995، ج22.

25-مشروعية الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية: د. فريد عيسوس، مجلة الشهاب، المعهد الوطني للعلوم الإسلامية، الوادي، عدد 9، ديسمبر 2017.

الإشكالات القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي واستئجار الأرحام

دراسة فقهية طبية مقارنة بالتشريع الجزائري

Legal problems of artificial insemination and surrogacy
A medical jurisprudential study compared to Algerian legislation

عبد القادر رحال، أستاذ

كلية العلوم الإسلامية – جامعة الجزائر 1

مقدمة:

خلق الله عز وجل الرجل والمرأة، وهيأ لهم الأسباب للإنجاب، وجعل الزواج بابا لذلك، كما هيأ لعملية الإنجاب أن تتم بطريقة طبيعية، إلا أنه قد يتعذر الحمل الطبيعي لأي سبب كان في الزوج، أو في الزوجة، فيضطران إلى البحث عن وسائل للمساعدة على الإنجاب.

ذلك أن العقم – كونه قدرا ينبغي التسليم به - فإن له من الآثار السلبية التي تنعكس عليهم وعلى بقية أفراد الأسرة، ومع التطور الكبير الذي شهدته الساحة الطبية، أصبح ما كان من المعضلات يرجى علاجه بأساليب ووسائل، وكان من أبرز الوسائل التي ساهمت في عملية المساعدة على الإنجاب ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي.

وبالبحث في التشريع الجزائري، نجده أن واكب هذا التطور، وأدرجه في التشريع، حتى لا يترك الفراغ التشريعي الذي يثير جملة من الإشكالات، كان من الأولى تفاديها.

فالمشرع بعد سنه لهذه التقنية، وضع لها شروطا وضوابط، ورتب عن مخالفة هذه الشروط الجزاء الجنائي.

والأمر نفسه بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية، الذين تناقشوا في جل قرارات المجامع الفقهية هذه النوازل، وأبرزا الحكم فيها بما تقتضيه حكمة الشرع في المحافظة على السلامة الجسدية، وتحقيقا للحق في الإنجاب الذي يعتبر مقصدا أسمى، الذي به يحفظ التواجد البشري.

من خلال هذه الأهمية التي تدفع للبحث عن أسس هذه العملية وأساليبها وضوابطها، ارتأيت أن تكون الورقة البحثية إنطلاقا من الإشكالية التالية:

هل ساهمت عملية المساعدة على الإنجاب في تحقيق الهدف المرجو منها ؟

هل وافق التشريع الجزائري عليها بإطلاق ؟ أم أنه قيدها وفرض عليها شروطا ؟

هل توافق موقف المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في إباحة وحظر صور المساعدة على الإنجاب ؟.

المنهج المتبع:

سلكت في الورقة البحثية المنهج التحليلي المقارن، وذلك بتحليل النصوص الواردة في الموضوع ومناقشتها، وبعدها مقارنة بعض أحكامها بما استقر في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: مفاهيم عن التلقيح الاصطناعي

المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي

الفرع الأول: حقيقته لغة

لقح ألقَح الفحل الناقةَ، والريحُ السحابَ. ورياحٌ لواقِحُ، ولا يقال مَلاقِحُ. وهو من النوادر. وقد قيل: الأصل فيه ملقحة ولكنها لا تُلْقِح إلا وهي في نفسها لاقِحٌ، ولَقِحَتِ الناقةُ بالكسر لقَحاً ولَقاحا بالفتح فهي لاقح. واللَقاح أيضاً: ما تلقح به النخلة[1].

الفرع الثاني: قانونا

لم يتم تحديد معالم المساعدة الطبية على الإنجاب، أو ما يصطلح عليه بالتلقيح الاصطناعي، إلا في قانون الصحة الجديد، وذلك في نص المادة 370 منه تحت مسمى المساعدة الطبية على الإنجاب بأنه ": المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا، وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح، بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي "[2].

كما نجد أن التشريع الفرنسي حدد مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب في نص المادة 152-1 من القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد والمساعدات الطبية للإنجاب الاصطناعي والذي صدر بتاريخ 1994/07/29 الذي عدل فيه قانون الصحة، فنص على أن :" المساعدة الطبية على الإنجاب كل تصرف

[1] الجوهري الفرابي، الصحاح تاج اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ، 1987م، 401/01.

[2] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتضمن قانون الصحة الجزائري، ج، ر ع 44.

سريري أو حيوي يسمح بالحمل ضمن مخبر، نقل جنين، التلقيح الاصطناعي، وكذلك كل وسيلة تتمتع بنفس الأثر، وتسمح بالإنجاب خارج السياق الطبيعي "[3].

وإذا ما بحثنا في الفقه، نجد أنهم اتفقوا على حقيقة التلقيح الاصطناعي، وإن اختلفت تعبيراتهم، فقيل بأنه :" الجمع بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، وبرعاية طبيب مختص قصد الإنجاب "[4]. ومنها بأنه :" عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة، سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أو تم خارجه، ثم أعيدت البيضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها، بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهم إنجابه بالطريق الطبيعي "[5].

فهو إذن وسيلة يتمكن الطبيب بمقتضاها من أخذ الحيوانات المنوية حية من الرجل وتوصيلها إلى بويضة الزوجة، حتى تتم عملية التلقيح والحمل داخل رحم الزوجة، وبعد اكتمال نمو الجنين تتم الولادة[6] .

الفرع الثالث: التلقيح الاصطناعي طبيا

يعرف التلقيح الاصطناعي من الناحية الطبية بأنه إدخال الحيوانات المنوية داخل الرحم بطريقة مباشرة، وذلك باستخدام أدوات وإبر دقيقة جدا، الهدف منها هو إعطاء الحيوانات المنوية دفعة البداية، وحتى تعمل عملا جيدا في التخصيب، يلزم فحص قناة فالوب والتأكد من عدم وجود حالات للغلق.

تتم العملية خلال دورة المرأة الطبيعية، أو مع أدوية الخصوبة المحفزة للمبيضين.

تعريف العقم:

هو عدم القدرة على الإنجاب، ويكون في الرجال و في النساء، وفيه قوله تعالى :" لله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور * أو يزوّجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما "[7]. وأسبابه كثيرة، يرجع بعضها لوجود خلل خَلقي، وينتج بعضها عن اضطرابات هرمونية...[8].

---

[3] وقد رودت صياغتها كالآتي:

Art 152-1 :L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ». Loi no 94-654.

[4] إقروفة زوبيدة، التلقيح الاصطناعي، دار هومة، الجزائر، الجزائر، 2010، ص 15.

[5] حسين هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص 119.

[6] إسماعيل البرنزجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2009، ص 18.

[7] سورة الشوري، الآية 49، 50.

[8] أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، ط1، 1420هـ، 2000م، ص 733.

المطلب الثاني: الضوابط الفقهية والقانونية للتدخل الطبي قصد المساعدة على الإنجاب

لما كانت عملية التلقيح الاصطناعي وسيلة للمساعدة على الإنجاب، ولها أساليب وطرق، فإن المشرع الجزائري وضع جملة من الضوابط والشروط يلزم مراعاتها حتى يتم إ

الفرع الأول: الضوابط القانونية والجزاء المترتب عن مخالفتها

أولا: الضوابط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي

أورد المشرع الجزائري في الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة في نص المادة 45 منه على مشروعية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، طبقا لجملة من الضوابط يلزم مراعاتها أثناء العملية الطبية حيث نص على أنه :" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها "[9].

وهذه الضوابط المنصوص عليها في قانون الأسرة، أكد عليها المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد، في نص المادة 371 منه على أنه :" تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا[10]، يعانيان من عقم مؤكد طبيا، ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي، ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر.

يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية "[11].

ولإعطاء أكثر ضمانة للعملية، ألزم المشرع الجزائري ضرورة حصول المؤسسات الاستشفائية وكذا المخابر على ترخيص من وزير الصحة، وهو ما ورد ذكره في نص المادة 372 من قانون الصحة :" تتم الأعمال

---

[9] القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 ديسمبر 2005 المعدل للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[10] وهو الزواج الذي توافرت فيه الشروط الشرعية والقانونية طبقا لنص المادة 09 الذي ألزمت توافر ركن الرضائية، وكذا نص المادة 09 مكرر التي نصت على الشروط من أهلية وصداق وولي وشهود والخلو من الموانع الشرعية ".

وبناء عليه، لا يمكن للمتزوجين عرفيا إجراء هذه العملية، باعتباره زواج غير قانوني غير مسجل في الحالة المدنية.

[11] القانون رقم 18-11 المؤرخ في يوليو 2018 المتعلق بقانون الصحة الجزائري.

العيادية والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك ".

كما أن المشرع منع تداول بهدف البحث العلمي للحيوانات المنوية وكذا البويضات، وهو ما ورد في نص المادة 374 من قانون الصحة :" يمنع التداول لغاية البحث العلمي التبرع والبيع وكل شيء آخر من المعاملة المتعلقة:

- بالحيوانات المنوية،
- بالبويضات حتى بين الزوجات الضرات،
- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا...".

من خلال هذه النصوص، نجد أن المشرع قد تشدد في وضع الشروط والضوابط حرصا على حماية الأنساب وعدم الاختلاط، وكذا حرصا على عدم انتهاك حرمة جسم الإنسان بغير وجه حق، فنجده اشترط عنصر الرضائية بين الزوجين، فلا يمكن أن تتم عملية المساعدة الطبية على الإنجاب دون موافقتهما.

كما أنه منع إجراء العملية بعد حصول الطلاق أو الوفاة، واشترط إتمام العملية أثناء حياتهما.

ثانيا: الجزاء المترتب عن مخالفة الضوابط والشروط

رتب المشرع الجزائري عن أي مخالفة تتم أثناء عملية المساعدة الطبية على الإنجاب متابعة جزائية، وذلك طبقا لما ورد في الباب الثامن من قانون الصحة

حيث نصت المادة 434 من قانون الصحة على أنه :" يعاقب بالحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات كل من يخالف ضوابط التلقيح الاصطناعي الواردة في نص المادة 371 من ذات القانون، وبغرامة من 500 ألف دج إلى 01 مليون دج ".

كما نصت المادة 440 من قانون الصحة على العقوبات التكميلية :" يمكن أن يعاقب، علاوة على ذلك، كل من يرتكب إحدى المخالفات المذكورة أعلاه، بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات ".

الفرع الثاني: الضوابط الشرعية[12]

[12] قرار مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، رقم 235، لعام 1405هـ.

بكر أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1416هـ، 1996م، 268/01 وما بعدها.

لما كانت مسألة التلقيح الاصطناعي من النوازل الحديثة، فإن مجمع الفقه الإسلامي بعد النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثقة إلى أي وضع جملة من الضوابط لإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي تمثلت فيما يلي:

أولا: أن انكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل شرعا بينها وبينه الاتصال الجنسي لا يجوز بحال من الأحوال، إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحا لهذا الانكشاف.

ثانيا: أن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض أو أي شيء سبب لها إزعاجا، مباحا شرعا، ويجوز لها الانكشاف بقدر الضرورة، مع ضرورة أن يكون المعالج امرأة إن أمكن.

ثالثا: أن حاجة المرأة المسلمة التي لا تحمل، وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضا مشروعا يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي.

رابعا: أن الأسلوب الأول الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعا بالشروط العامة، وبشرط أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية من أجل الحمل.

خامسا: أن الأسلوب الثالث الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحهما خارجيا في أنبوب الاختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة، هو أسلوب مقبول مبدئيا في ذاته بالنظر الشرعي، لكنه غير سليم تماما من موجبات الشك، فينبغي ألا يلجأ إليه إلا للضرورة القصوى.

سادسا: أن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض إرادتها للحمل، فقد ظهر للمجلس أنه جائز عند الحاجة وبالشروط.

وبعدها أقر المجلس تصويبا في التوقف عن الحكم فيه لشبهة الاختلاط فقرر ما يلي:" إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة زوجها لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة تم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البويضة من أم ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل المعاشرة، ويوجب ذلك من اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين، والتباس ما يترتب عليه من أحكام، وإن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في هذه الحالة.

وفي حالات الجواز الثلاث يقر المجلس أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البذرتين، ويتبع الميراث والحقوق الأخرى.

سابعا: أن الأساليب الأربعة الأخرى في الطريق الداخلي والخارجي فجميعها محرمة شرعا، ولا مجال لإباحة شيء منها.

المطلب الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي الداخلي

هو عبارة عن عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها، وهذا النوع من التلقيح يكون بأسلوبين فقط وهما:

أولا: الأسلوب الأول

أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج، وتحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها، حتى تلتقي النطفة التقاءً طبيعيا بالبويضة التي يفرزها مبيض زوجته، ويقع التلقيح بينهما، ويتم العلوق في جدار الرحم بإذن الله.

وهذا الأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال المني عند الجماع إلى الموضع المناسب.

ثانيا: الأسلوب الثاني

أن تؤخذ النطفة من رجل، وتحقن في الموقع المناسب من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخليا، ويتم العلوق كما في الأسلوب الأول.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب عندما يكون الزوج عقيما لا بذرة في مائه، فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

الفرع الثاني: التلقيح الاصطناعي الخارجي

وهذا النوع من التلقيح له عدة أساليب وهي كالآتي:

الأسلوب الثالث:

أن تؤخذ نطفة من زوج، وبويضة من مبيض زوجته فتوضعا في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج بويضة زوجته في وعاء الاختبار ، وبعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر، تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة لتعلق في جداره وتنمو وتتخلق ككل جنين. وبعدها مرور فترة الحمل، يولد الطفل، والذي يسمى بطفل الأنبوب.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عقيما بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها ورحمها (قناة فالوب).

الأسلوب الرابع:

أن يتم تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج، وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته (تسمى المتبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا، ولكن رحمها سليم قابل لعلوق اللقيحة فيه.

الأسلوب الخامس:

أن يجري التلقيح الخارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة رجل وبويضة من امرأة ليست زوجته (يسمونهما متبرعين) ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة.

ويلجأ إلى هذا الأسلوب حينما تكون المرأة المتزوجة التي زرعت فيها اللقيحة عقيما بسبب تعطل مبيضها، لكن رحمها سليم، وزوجها أيضا عقيم ويريدان الولد.

الأسلوب السادس:

أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بالحمل.

ويلجأ إلى هذا عندما تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها، ولكن مبيضها سليم منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترفها، فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها.

الأسلوب السابع:

هو نفس الأسلوب السادس إذا كانت المرأة المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، فتتطوع الضرة للحمل.

وهذا الأسلوب لا يجري في البلاد الأجنبية التي تمنع تعدد الزوجات.

المبحث الثاني: استئجار الأرحام في النظر الفقهي والقانوني

أدى التطوّر الطبي الكبير في مجال علاجات العقم إلى إيجاد الحلول للكثير من مشاكل العقم الصعبة التي لم يكن لها أي حلّ من قبل، بل كانت تؤدي إلى حرمان الأزواج من الإنجاب طيلة حياتهم. تنشأ إحدى هذه المشاكل بسبب عدم قدرة رحم المرأة على حمل الجنين بحيث لا يكون رحم المرأة في صحة كاملة للحمل أي لا يقدر المحافظة على الجنين لتسعة أشهر على الرغم من سلامة البويضات لديها. وهنا، يمكن للزوجين اللجوء لاستئجار الرحم أو ما يعرف بالرحم البديل للتمكّن من الإنجاب.

المطلب الأول: مفاهيم استئجار الأرحام

الفرع الأول: حقيقة استئجار الأرحام

أولا: مفهوم الرحم

هو العضو الذي يتخلق فيه الولد، وقد وصفه الله تعالى بالقرار المكين في قوله تعالى :" ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين* ثم جعلناه نطفة في قرار مكين "[13]، لأنه يمسك الجنين طوال مدة الحمل، ويوفر له كل ما يحتاجه من غذاء وحماية حتى يأذن الله تعالى له بالخروج[14].

ثانيا :تعريف استئجار الأرحام

هو عقد تلتزم به امرأة بتأجير رحمها لرجل ليس زوجا لها، والانتفاع به، وذلك بأن يضع حيوانه المنوي عن طريق التلقيح الاصطناعي لمدة معينة أقصاها مدة الحمل، وذلك لقاء أجر معين متفق عليه، وبأن تسلم المولود لوالده بعد ولادته "[15].

من خلال هذا التعريف، يتبين بأن عملية استئجار الأرحام تتم من خلال اللجوء لامرأة متطوعة تملك رحمًا سليمًا، تقوم بتأجير الرحم لحمل جنين الزوجين. تبدأ هذه العمليّة من خلال اللجوء للتلقيح الصناعي أو ما يعرف بأطفال الأنابيب بحيث تتم عملية التلقيح أو تخصيب بين النطفة والبويضة مخبريًّا ليتمّ زرعه بعد ذلك بداخل رحم المرأة التي تقوم بتأجير الرحم، سواء كان بمقابل مالي أو بطريق التبرع.

الفرع الثاني: أسباب اللجوء إلى استئجار الرحم

تتعدد أسباب فشل التلقيح الصناعي، وربما يحتاج الزوجين إلى أكثر من تجربة لنجاح هذه العمليّة، إلّا أنّ فشل التلقيح الصناعي لا يعني بالضرورة وجوب اللجوء للرحم البديل. كما أنه ليست كل مشاكل الرحم تستدعي استئجار الرحم، ولكن يوصي الطبيب باللجوء إلى هذه الوسيلة في حال معاناة المرأة من مرض خاص طويل المدى يؤثر على سلامة الرحم وقدرته على حمل الجنين. وهنا من الممكن أن تمتلك المرأة بويضات ذات جودة عالية قابلة لتكوين الجنين، ثم تضطر للاستعانة بالرحم البديل لاستكمال الحمل وحصول الإنجاب .

---

[13] سورة المؤمنون، الآية 12، 13.

[14] أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، ط1، 1420هـ، 2000م، ص 474.

[15] الصالحي شوقي زكريا، الرحم المستأجرة وبنوك الأجنة، دار العلم والإيمان، القاهرة، 2005، ص 15.

قد يلجأ الأفراد لهذا الإجراء عندما يكون الحمل غير ممكن طبيًا، أو عندما تكون مخاطر الحمل شديدة الخطورة بالنسبة للأم المقصودة، فتتولد الرغبة في تأجير الرحم الذي يعتبر أحد تقنيات التلقيح بالمساعدة في الإنجاب.

.المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني لعملية استئجار الأرحام

الفرع الأول: التكييف الفقهي لعملية استئجار الأرحام

اتفقت كلمة الفقهاء على تحريم استئجار الأرحام سواء تم ذلك بطريق الأجرة، ام بطريق التبرع، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامية بمكة المكرمة في دورته الثامنة من يوم السبت إلى يوم الاثنين 06 جمادى الأولى 1405هـ الموافق ل 28 يناير 1995.

واستدلوا بقوله تعالى :" والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون "[16]. وقوله أيضا :" يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما "[17].

كما استدلوا بأن الأصل في الأبضاع التحريم، ولا يباح منها إلا بنص من الشارع، والرحم تابع لبضع المرأة، فكما أن البضع لا يحل إلا بعقد شرعي صحيح، فكذلك الرحم لا يجوز شغله بغير حمل الزوج، فبقي على أصل التحريم، ذلك أن في عملية استئجار الأرحام لا يوجد علاقة زوجية بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة الرحم البديلة، فيكون حملها للنطفة من رجل غير زوجها غير مشروع.

وأما ما ادعوه أن ثمة مصلحة وضرورة تبيح ذلك، بناء على قاعدة الضرورة تبيح المحضورات[18]، فهذا لا يسلم به، لأن حد الضرورة أن يبلغ الإنسان حد الهلاك أو يكاد أن يهلك.

الفرع الثاني: التكييف القانوني لعملية استئجار الأرحام

تباينت آراء التشريعات الأجنبية بخصوص مسألة استئجار الأرحام، بين مؤيد لها ومعارض، وقد كان من التشريعات التي حظرت عملية استئجار الأرحام التشريع الفرنسي، فقد اعتبر العقد المبرم في الاستئجار

---

[16] سورة المعارج، الآية 29، 30.

[17] سورة الشورى، الآية 49، 50.

[18] تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ، 1991م، 45/01. السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هن 1991م، ص 84.

عقدا باطلا، وذلك بموجب نص المادة 16-7 منه على أنه :" أي اتفاق ينص على الحمل لحساب الغير يعد باطلا "[19]

واعتبرها جريمة تستوجب جزاء، وذلك بعدما أصدر القانون المتعلق باحترام الجسم البشري بتاريخ 1994/07/29، حيث ورد في نص المادة 227-12 من قانون العقوبات الفرنسي[20] تجريم اللجوء إلى الإنجاب بوساطة الأم البديلة والعقاب عليه بالحبس، مع تشديد العقوبة إن تمت العملية بمقابل مالي طبقا لنص المادة 227-13 من قانون العقوبات الفرنسي.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فنجده قد ساير التشريعات التي منعت اللجوء إلى استئجار الأرحام، فنص صراحة على المنع من هذه العملية في نص المادة 45 من قانون الأسرة :" لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ".

كما نجد أن المشرع الجزائري قد رتب الجزاء في حال تخلف شرط أو ضابط في عملية المساعدة على الإنجاب، وذلك طبقا لما ورد في نص المادة 434 من قانون الصحة على أنه :" يعاقب بالحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات كل من يخالف ضوابط التلقيح الاصطناعي الواردة في نص المادة 371 من ذات القانون، وبغرامة من 500 ألف دج إلى 01 مليون دج ".

حيث أن المشرع قد اشترك في نص المادة 371 أن تتم العملية بين رجل وامرأة يشكلان زوجا، ووهو ما يستشف منه عدم مشروعية استئجار الرحم، وترتيب الجزاء عن إجراء العملية باستعمال الأم البديلة.

وقد وردت صياغة المادة كالآتي:

[19] **Art16-7** Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. Code civil de France, 05-01-2014

[20] **Art 227-12** Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende. Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. Est puni des peines prévues
au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un p.100 227-13 Code pénal
CHAPITRE VII : Des atteintes aux mineurs et à la famille
enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double. La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines.

خاتمة:

من خلال عرض موضوع المساعدة الطبية على الإنجاب خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج تمثلت فيما يلي:

أولا:أن التطور الطبي ساهم بشكل كبير في وضع حد لأزمة الإنجاب، وقدم حلولا وأساليب يمكن اللجوء تحقيقا للرغبة في الإنجاب.

ثانيا: أن المشرع الجزائري قد ساير التطور الطبي، وأدخل هذه النوازل ضمن نصوص قانون الأسرة وقانون الصحة.

ثالثا: احتاط المشرع الجزائري لعملية المساعدة على الإنجاب بوضع شروط وضوابط، شدد في وجوب مراعاتها، وعدم الإخلال بها.

رابعا:: ساير المشرع الجزائري التعديلات التي أدخلتها جل التشريعات العربية والأجنبية في تشريعاتها الداخلية، تفاديا لأي فراغ تشريعي قد يترتب عنه مشاكل في القضاء.

خامسا: اتفقت كلمة الفقهاء على تحريم استئجار الأرحام تفاديا لاختلاط الأنساب، وحرصا على دفع أي شبهة تثير إشكالات شرعية وقانونية.

الأحكام القانونية لرضا المتبرع بالعضو البشري

Legal provisions for the consent of the human organe donor

فريد رافع

طالب دكتوراه

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بومرداس

الملخص

يعتبر الرضا ركنا ضروريا لصحة مختلف التصرفات القانونية، وتزداد أهميته في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لاصطدامها بمبدأ حرمة ومعصومية الجسد البشري، وتأتي هذه الورقة البحثية لتعالج الإشكالات القانونية التي يطرحها رضا المتبرع بالعضو البشري بدءا بكيفية الحصول على هذا الرضا، وطرق اثباته، مرورا بالضمانات القانونية التي يكفلها المشرع لحماية رضا المتبرع، ووصولا إلى كيفيات التعبير عن إرادة الشخص في التبرع بأعضائه لما بعد الوفاة، ومدى انتقال الحق في التصرف في الجثة إلى أقارب المتوفى.

الكلمات المفتاحية: الرضا، المتبرع، العضو البشري، العدول، الجثة، الموافقة المفترضة

Abstract :

Consent is considered a necessary condition for the validity of various legal acts, and its importance increases in the operations of removal and transplantation of human organs, due to its collision with the principle of sanctity and infallibility of the human body, This research paper comes as an attempt to answer the legal problems of the Consent of the human organ donor, starting by how to obtain this consent, And the ways to prove it, passing by the Legal guarantees that provided by the legislator to protect the donor's consent, and ending with the ways of expressing the person's desire to donate their organs after their death, and The extent to which the right to dispose of the body is transferred to the relatives of the deceased.

Keywords : consent, donor, human organ, decency, corpse, presumed consent.

مقدمة:

تعتبر عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية فتحا عظيما في مجال الطب الحديث، بوصفها واحدة من التدخلات الجراحية التي أنقذت أرواح الكثير من المرضى وخلصتهم من آلامهم ومعاناتهم اليومية مع المرض، وتقوم هذه العمليات على استبدال العضو التالف من جسم المريض، بعضو بشري سليم يستقطع من جسم شخص حي أو من جثة شخص ميت.

ونظرا لأهمية هذه العمليات من جهة وخطورتها من جهة أخرى، فقد سارعت مختلف التشريعات عبر العالم إلى تقنينها بنصوص قانونية مستقلة أو ضمن فصول قوانين الصحة الخاصة بها[1]، بقواعد قانونية آمرة، يترتب على مخالفتها قيام مسؤولية القائمين بها بكل أنواعها (المدنية، الجنائية و الإدارية).

ولعل من أهم الضوابط القانونية التي تحكم هذه العمليات اشتراط رضا المتبرع بالعضو، باعتباره أهم طرف في هذه العملية، سواء كان شخصا حيا سليما ومعافى، يتمتع بالحق في التكامل الجسدي، الذي يقره مبدأ حرمة وقدسية الجسد، أو شخصا ميتا له حرمة خاصة، تمليها القوانين مراعاة لمشاعر أقاربه.

يعتبر رضا المتبرع بالعضو البشري أهم شرط ينبغي توافره للقول بمشروعية نزع الأعضاء البشرية من الأحياء أو من الجثث، ولذلك أوردت له مختلف التشريعات نصوصا خاصة، ولم تكتفي بالقواعد العامة، وهو ما يدعونا إلى التساؤل عن: **خصوصيات رضا المتبرع في عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية؟**

للإجابة عن هذه الإشكالية ينبغي توظيف المنهج التحليلي الوصفي، للبحث عن خصوصيات رضا المتبرع الحي بالأعضاء البشرية (المبحث الأول)، ثم تبيان طبيعة وخصوصيات الرضا عند نزع الأعضاء البشرية من جثث الموتى (المبحث الثاني).

[1] نظم المشرع الجزائري عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية في قانون الصحة 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439هـ، الموافق لـ 02 يوليو سنة 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، صادرة في 16 ذو القعدة عام 1439هـ، الموافق لـ 29 يوليو سنة 2018م، وذلك ضمن القسم الأول المعنون" بأحكام تنعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية"، من الفصل الرابع المعنون ب"البيوأخلاقيات"، من الباب السابع المعنون "بالأخلاقيات والأدبيات والبيوأخلاقيات الطبية"، وذلك في المواد من 355 إلى 367.

المبحث الأول: رضا المتبرع في عمليات زرع الأعضاء بين الأحياء

نظرا لأهمية عملية استئصال الأعضاء البشرية من جسم المتبرع الحي، وما قد تشكله من خطورة على تكامله الجسدي، وعلى صحته العامة، فقد اشترطت معظم التشريعات ضرورة الحصول على رضاه قبل إجراء العملية(المطلب الأول)، وأوردت جملة من الضمانات لحماية هذا الرضا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قيام رضا المتبرع الحي بالعضو البشري

يعتبر الالتزام بالحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للمتبرع بالخضوع لعملية الاستئصال شرطا ضروريا للقول بمشروعية العملية (الفرع الأول)، ونظرا لخطورة العملية على المتبرع فقد نصت معظم التشريعات على أن تكون هذه الموافقة صريحة، وأن يتم اثباتها بالطرق الرسمية(الفرع الثاني)

الفرع الأول: الالتزام بالحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للمتبرع

تقضي مختلف التشريعات بضرورة الحصول على رضا المتبرع قبل الشروع في عملية نزع العضو الشبري من جسمه، على أنها تشترط في هذا الرضا أن يكون حرا ومستنيرا.

يقع على الطبيب التزام بإعلام المتبرع[2] بصورة واضحة وصريحة بتفاصيل عملية نزع العضو من جسمه، وكل المعلومات المتعلقة بها، وكذا المخاطر الحالية والمستقبلية التي قد يتعرض لها جراء ذلك، وكذا تأثير العملية على الأداء الوظيفي لجسمه بشكل عام وعلى العضو المتبقي بشكل خاص، علاوة على تأثيرها على حالته النفسية وحياته الشخصية والأسرية والمهنية، وبذلك يمكنه أن يُكوِّنَ صورة واضحة عما يمكن أن تؤول إليه حالته الصحية.[3]

ويتعين من جانب آخر، أن يحاط المتبرع علما بالفائدة المحتملة، التي يمكن أن تعود على المريض جراء زرع العضو في جسمه، ونسب نجاح العملية، ومدى إسهامها في شفاء المريض، إذ على ضوء هذه

[2] يعتبر الالتزام بإعلام المتبرع شرطا ضروريا للحصول على رضاه، وبالتالي فرضا المتبرع ما هو إلا نتيجة للإعلام، وعليه يترتب على غياب الإعلام عدم سلامة رضا المتبرع. أسماء سعيدان، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2013، ص 16.

[3] عبد الستار مزياني، المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2022، ص 128.

المعلومات يتمكن المتبرع من الموازنة بين ما قد يتعرض له من مخاطر نتيجة عملية الاستئصال، وما سيعود على المريض من منفعة نتيجة عملية الزرع.[4]

وقد أجمعت مختلف التشريعات على اشتراط تبصير المتبرع كإجراء سابق لصحة رضاه، ومن ذلك ما قضت به المادة 10 من القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار بها[5]، إذ وضعت " على عاتق اللجنة الطبية التزاما بالتأكد من أن عملية استئصال العضو البشري أو النسيج لا تعرض حياة المتبرع للخطر، وعليه تبصير المتبرع بالأخطار والنتائج الطبية المؤكدة والمحتملة لعملية الاستئصال"، و هو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري، إذ نصت المادة 8 من قانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية على أنه:" لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي – إذا كان مدركا- بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة 13 من نفس القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة على المدى القريب أو البعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقي..."

ويذهب المشرع الفرنسي في نفس هذا الاتجاه، إذ تقضي الفقرة الثالثة من المادة 1-1232 من قانون الصحة العامة، المعدلة سنة 2021 بأنه يجب على المتبرع، الذي تم اخطاره مسبقا من قبل لجنة الخبراء بالمخاطر التي قد يتعرض لها، والعواقب المحتملة للنزع، أن يعبر عن موافقته على التبرع ...أمام رئيس المحكمة الذي يتأكد أن الموافقة مجانية ومستنيرة.[6]

---

[4] العلجة مواسي، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 192.

[5] اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين بالقرار رقم 791 في 19-11-2009 متوفر على الرابط http://www.protectionproject.org

[6] L'article 1232-1 code de la santé dispose que: III.-Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal judiciaire ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier et second alinéas du I et, le cas échéant, au II. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment", disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 360 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة على أنه:" لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها، بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع" وأوكل لرئيس المحكمة المختص إقليميا مهمة التأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة[7]

وقد أسند الالتزام بالإعلام المسبق للمتبرع بالأخطار التي قد يتعرض لها و بالعواقب المحتملة للنزع، و كذا النتائج المرجوة من الزرع بالنسبة للمتلقي للجنة الخبراء المنصوص عليها في الفقرة السابعة من المادة 362، والتي أوكلت لها مهمة منح الترخيص بالنزع، بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة، ومطابقة للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة، وقد أحالت الفقرة الأخيرة من نفس المادة تحديد تشكيلتها، تنظيمها و سيرها إلى التنظيم، وهو مالم يصدر إلى حد كتابة هذه الأسطر، وهذا بعد مرور أكثر من 5 سنوات من صدور قانون الصحة، لذا على المشرع أن يتدارك هذه الثغرة، ويصدر نصا تنطيميا خاصا بهذه اللجنة، التي تعتبر حجر الزاوية، نظرا للدور الكبير الذي تلعبه في ضبط عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، ومراقبة مشروعيتها.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن احاطة المتبرع علما بالحالة الصحية للمريض، واحتمالات شفائه من خلال زرع العضو البشري المنزوع من الأول لا يعد من قبيل افشاء السر المهني، وذلك على أساس أن المتبرع يعد طرفا من أطراف العملية، وليس من الغير.[8]

لا يكفي لصحة الرضا أن يكون مستنيرا، بل لا بد أيضا من أن يكون هذا الرضا حرا، بمعنى أنه يتعين أن تكون إرادة المتبرع خالية من جميع الضغوطات التي تعيبها، سواء كانت نفسية أو جسدية، لكي يعتد بالرضا الصادر عنها، فلا يكون لرضا المتبرع أي قيمة قانونية إذا كان ضحية غلط أو تدليس أو وقع تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم الاختيار لديه.[9]

---

[7] تنص الفقرة الخامسة من المادة تنص الفقرة الخامسة من المادة 360 من قانون 18-11 :"يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع، وعند الاقتضاء للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة، و أن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

[8] عبد النور سايب، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 111.

[9] نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة)، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 219، Houda haouche, Le consentement du donneur en matière de prélèvement d'organes, revu des études juridiques, v 3, n 2, , université Yahia Fares, Médéa p 351.

وللتأكد من عدم وجود ضغوط تعيب إرادة المتنازل، ومن أن حالته العقلية والنفسية سليمة تماما عند تنازله عن عضو من أعضائه فقد أوجبت بعض التشريعات ضرورة إخضاع المتبرع لفحص طبي شامل من الناحيتين النفسية والعقلية، على غرار ما أشار إليه القانون المدني الكندي لمقاطعة كيبك في مادته الحادية والعشرين، التي قضت بضرورة اخضاع المتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال لبعض الاختبارات الفسيولوجية والنفسية، بواسطة فريق طبي للتأكد من سلامة رضاه.[10]

هذا و يستوجب القانون في عمليات التبرع بالأعضاء أن يكون رضا المتبرع صادرا عن إرادة حرة ومستنيرة، لأن التصرف الوارد على العضو البشري تصرف ضار ضررا محضا للمتبرع وهو ما يصعب توافره لدى القاصر، أو من في حكمه من ناقصي الأهلية أو عديميها، وذلك لعدم ادراكهم الكامل لخطورة الفعل الذي سيقدمون عليه، لذا يجب أن يصدر الرضا عن متبرع كامل الأهلية القانونية [11]، أي بالغا سن الرشد، وغير محجور عليه، كي يصبح قادرا على إدراك تصرفاته، وفهم جميع النتائج التي يمكن أن تترتب على هذه العملية، فيمكنه بذلك أن يميز بين الأفعال النافعة وتلك الضارة له، ويتخذ بناء على ذلك القرار السليم والملائم.[12]

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 361 من قانون 18-11 على أنه:" يمنع نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء."

يتضح من النص أن المشرع الجزائري يشترط كمال الأهلية للقول بمشروعية نزع الأعضاء من الأحياء، وبمفهوم المخالفة يقضي بعدم جواز نزع الأعضاء من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية[13]، ولا يعتد لا بموافقة الأبوين ولا بموافقة الممثل الشرعي لهؤلاء، على أساس أن مثل هذه العملية تشكل خطرا على صحة المتبرع القاصر أو عديم الأهلية وسلامتهما الجسدية، وبالتالي لا تصح النيابة في التعبير عن الرضا فيما يخص عمليات نزع الأعضاء.

---

[10] نصر الدين مروك، نفس المرجع، ص 221.

[11] عبد الستار مزياني، مرجع سابق، ص 130.

[12] أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 21.

[13] يذهب المشرع الفرنسي في نفس هذا الاتجاه إذ نصت المادة 2-1231 المعدلة سنة 2021 على:
"Aucun prélèvement d'organes، en vue d'un don، ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation à la personne".

غير أن المشرع الجزائري يسمح على سبيل الاستثناء بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر لصالح إخوته فقط، أو صالح أبناء الأعمام أو العمات وبناتهم أو أبناء الأخوال أو الخالات وبناتهم، ومرد ذلك هو الطبيعة المتجددة للخلايا الجذعية، وقد اشترط المشرع في هذه الحالة الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو الممثل الشرعي.[14]

الفرع الثاني: إثبات رضا المتبرع الحي بالعضو البشري

نظرا لخطورة العملية التي سيقدم عليها المتبرع بالعضو البشري، فقد اشترطت معظم التشريعات الموافقة الصريحة هذا الأخير، واثباتها بطريقة رسمية، كالكتابة أو شهادة الشهود، أو التعبير عنها أمام جهة رسمية.

تشترط أغلب التشريعات على المتبرع إثبات موافقته ورضاه بالتبرع بعضو من أعضائه كتابة، قبل إجراء عملية نزع العضو من جسمه، وذلك من خلال نماذج مسبقة لوثيقة الرضا، تحتوي على عناصر الإعلام المرتبطة بنوع العملية ، مخاطرها، وكل ما يوجب القانون إعلام المتبرع به، تحمل توقيعه أو توقيع من يمثله في القوانين التي يجيز ذلك، على أن تكون هذه الكتابة دالة دلالة واضحة على موافقة المتبرع ، إذ تمثل الكتابة دليلا مهما على حصول الطبيب على موافقة المتبرع ، و أداة لإثبات رضاه، وعلى هذا الأساس لا يجوز للطبيب مباشرة عملية نزع العضو من جسم المتبرع إلا بعد حصوله على وثيقة الرضا هذه.[15]

ومن بين التشريعات التي تقضي بإثبات موافقة المتبرع كتابيا، نجد التشريع الأردني الذي اشترط في الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 23 لسنة 1977، المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1980، وجوب الموافقة الخطية للمتبرع على التبرع بعضو من أعضائه قبل إجراء عملية الاستئصال، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري ، إذ تشترط الفقرة الأولى من المادة 05 من القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية ، وفي جميع الأحوال:" أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتا بالكتابة، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون."[16]

---

[14] تنص الفقرة الأخيرة من المادة الأخيرة من المادة 361 من قانون 18-11:" وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى، يمكن أن يتم هذا النزع بشكل استثنائي لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله، أو ابنة عمته أو ابنة خالته، أو ابن عمه أو ابن خاله، أو ابن عمته أو ابن خالته، ويقتضي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي".

[15] عبد الكريم مامون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 386-387.

[16] قانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، الجريدة الرسمية العدد 9 مكرر، صادرة في 6 مارس 2010، متوفر على الرابط: https://manshurat.org

في حين تشترط تشريعات أخرى لإثبات موافقة الشخص على التبرع بعضو من أعضائه إلى جانب الكتابة شهادة شخص أو أكثر يوقعون على وثيقة الرضا، وذلك من أجل تفادي أي لبس في حقيقة وجود الرضا[17]، وهذا ما ذهب إليه التشريع القطري في المادة 05 من القانون رقم 15 لسنة 2015، والتي تقضي بأنه:" للشخص كامل الأهلية أن يتبرع بعضو أو أكثر من أعضاء جسمه، أو بأنسجة أو خلايا، بموجب إقرار كتابي، يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية."

وتذهب تشريعات أخرى إلى اشتراط إثبات موافقة المتبرع على التبرع بعضو من أعضائه أمام جهة رسمية، وفي ذلك ضمان لحماية رضا المتبرع من أي إكراه أو استغلال، ومن بين هذه التشريعات نجد التشريع المغربي، حيث اشترط في المادة 10 من القانون رقم 98-16 صدور الرضا أمام رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر إقامة المتبرع، أو أمام القاضي الذي يعينه رئيس المحكمة لهذا الغرض.[18]

أما بخصوص التشريع الجزائري فيستشف من نص الفقرة الخامسة من المادة 360 من قانون 18-11 التي تقضي بأنه:" يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع، وعند الاقتضاء للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون". أن المشرع الجزائري يشترط إثبات الموافقة على التبرع عن طريق الكتابة الرسمية، من خلال محضر يوقع عليه المتبرع أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا، وحسنا فعل، فتكليف السلطة القضائية بمراقبة مشروعية التبرع بالأعضاء، والتأكد من الموافقة الحرة والمستنيرة للمتبرع فيه من المصداقية ما يبعث الطمأنينة في نفس المتبرع، ويقضي على المنازعات التي قد تثور بشأن تحقق الرضا من عندمه.[19]

المطلب الثاني: ضمانات حماية رضا المتبرع الحي بالعضو البشري

لما كان المتبرع شخصا سليما و معافى، فقد تشددت مختلف التشريعات بخصوص الحصول على رضاه الصريح وموافقته الحرة والمستنيرة، و أوردت جملة من الضمانات القانونية التي تحمي رضاه، ومنها

---

[17] العلجة مواسي، مرجع سابق، ص 220.

[18] لخضر معاشو، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 158.

[19] سعاد هواري، خصوصية الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 5، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2019، ص 71.

تمكينه من العدول عن هذا الأخير(الفرع الأول)، وتدعيما لهذه الحماية فقد رتبت مسؤولية الطبيب في حالة الإخلال بالحصول على رضا المتبرع(الفرع الثاني)

الفرع الأول: تمكين المتبرع من سحب موافقته على التبرع[20]

الأصل في الرضا أنه متى صدر عن صاحبه مستوفيا لشروط صحته كان ملزما له، وبالتالي لا يجوز له الرجوع عما تعهد به، غير أنه نظرا لخصوصية عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، وما تنطوي عليه من خطورة جاز الخروج عن هذه القاعدة وتمكين المتبرع من الرجوع عن موافقته على التبرع

فحتى لا يكون المتبرع فريسة لأي نوع من أنواع الضغوط المادية فقد تقرر له الحق في العدول عن رضائه، دون تعويض المتنازل له عن المصاريف التي أنفقها، وذلك نظرا للطبيعة الخاصة للزرع، فإذا كان مقررا للموصي بأشياء مالية الرجوع عن وصيته، فإنه من باب أولى إعمال تلك القواعد بصدد زرع الأعضاء وأنه لا يجوز إنزاله منزلة الهبة إلا إذا قبل الموهوب له أو وجد عذرا مقبولا للرجوع عن الهبة، ويختص القاضي بتقدير مدى ملاءمة العذر فإن مثل تلك الأحكام لا نرى إعمالها بصدد زرع الأعضاء لأن هذا الزرع إنما يعد تصرفا قانونيا قائما بذاته مؤداه أن المتنازل له يكون له حق ولكنه حق غير مؤكد أي قابل للزوال بتحقق شرط العدول، فإذا تخلف هذا الشرط لحين اجراء النزع فقد تأكد حق المتنازل له.[21]

وقد اتفقت غالبية التشريعات على أنه يجوز للمتبرع أن يرجع في تبرعه في أي وقت يشاء، دون قيد أو شرط، على أن يكون ذلك قبل إجراء عملية الاستئصال، ودون أدنى مسؤولية نحو المريض وأهله[22]، أما

---

[20] يعتبر العدول عن الرضا من الحقوق المتعلقة بالنظام العام، لتعلقه بحماية الكرامة الإنسانية، فهذه الكرامة تأبى أن بفرض على الإنسان أن يتصرف في جسمه، وبالتالي له أن يمارس حقه في العدول عن الموافقة، لخضر معاشو، مرجع سابق، ص 221.

[21] علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، د.ط، دار الكتاب الحديث، مصر، 2004، ص 29

[22] إذا كان العدول جائزا، فإن المتبرع متى رجع عن تصرفه لا يلتزم بدفع مبلغ نقدي بدلا عن التنفيذ العيني، ولكن إبرام التصرف قد يؤدي إلى تحمل المتلقي بعض المصاريف اللازمة لإتمام العملية، ومتى رجع المتنازل عن موقفه فمن المنطقي أن يلتزم بتعويض هذه النفقات والمصاريف، والمتنازل لا يلتزم بدفع التعويض جزاء عن عدوله، لأن العدول من طبيعة التصرف نفسه، لكن قد يلتزم بدفع المصاريف الفعلية التي تكلفها المتلقي وضاعت عليه نتيجة العدول، نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص 208.

بعد العملية فلا يجوز به طلب استرجاع العضو بعد زرعه في جسم المتلقي لأنه صار جزءا من هذا الأخير، وحتى ولو كان ذلك بموافقة المريض، لما سيمثله ذلك من خطورة بالغة على حياته.[23]

ذلك لأن استئصال العضو يؤدي الى سقوط الحق في العدول عن التبرع وإطلاق حرية التراجع في أي وقت يشاء قد يؤدي الى تضرر المريض المتلقي للعضو الدي قد تتدهور حالته الصحية والنفسية عند علمه بتراجع المتبرع له كما قد يفوت عليه فرصة في ان يتلقى عضو من شخص اخر يتبرع له به.[24]

و من التشريعات التي نصت على حق المتبرع في العدول عن رضاه بالتبرع، نجد القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيها،إذ تقضي المادة السابعة منه بأنه يجوز :" للمتبرع العدول عن تبرعه في أي وقت قبل القيام بعملية الاستئصال دون قيد أو شرط"، كما تنص المادة الخامسة من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية في فقرتها الرابعة على أنه:"... يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل."، وهو عين ما يأخذ به المشرع الفرنسي في المادة L1231-1 التي تمنح للمتبرع حق الرجوع عن الموافقة على التبرع بدون أي شكليات وفي أي وقت شاء.[25]

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد ذهب في نفس الاتجاه إذ نصت المادة 360 من قانون الصحة 18-11 في فقرتها السادسة على أنه:" يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء."

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري منح للمتبرع الحق في العدول عن رضاه، أسوة بما نصت عليه مختلف التشريعات المقارنة، غير أن صياغة هذا النص جاءت ناقصة بعض شيء، سواء من حيث الوقت المسموح فيه للمتبرع بسحب موافقته أو من حيث الإجراءات اللازمة لهذا السحب، وعليه كان من الأولى النص على إمكانية سحب الموافقة في أي وقت قبل البدء في عملية تخدير المتبرع تحسبا لعملية نزع العضو البشري من جسمه، إذ لا جدوى من سحب موافقته بعد نزع العضو، أما بخصوص

---

[23] لحضر معاشو، مرجع سابق، ص 221-222.

[24] فطة نبالي معاشو، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 ص 35-34.

[25] L'article 1231-1 dispose que : "Le consentement est révocable sans forme et à tout moment", code de la santé publique, disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

إجراءات سحب الموافقة فنرى أنه من الأفضل إفراغ العدول عن الموافقة في دعامة مكتوبة، حماية للطرفين (الطبيب والمتبرع) في حالة حدوث أي نزاع قضائي.

الفرع الثاني: قيام المسؤولية الطبية عن الإخلال برضا المتبرع

إذا كان القانون قد وضع التزاما على عاتق الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمتبرع، فإن أي خلال بهذا الالتزام يترتب عليه قيام المسؤولية المدنية (أولا) أو الجزائية (ثانيا).علاوة على المسؤولية الإدارية للمرفق الطبي الذي تمت فيه العملية، وكذا المسؤولية التأديبية للطبيب، وسنكتفي ههنا بالحديث عن المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب عن الخطأ في الحصول على رضا المتبرع بالعضو البشري.

أولا: المسؤولية المدنية عن الخطأ في الحصول على رضا المتبرع:

يسأل الطبيب مدنيا عن مخالفة الشروط القانونية المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء البشرية، ومنها الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمتبرع، وذلك وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، على اعتبار أن الالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمتبرع هو التزام قانوني فرضه قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب.

يترتب على استئصال الطبيب الجراح للعضو من جسم المتبرع دون إبداء هذا الأخير موافقته الصريحة على ذلك، قيام المسؤولية المدنية للطبيب على أساس خطئه المتمثل في إخلاله برضا أطراف العملية، ولدفع هذه المسؤولية يتعين على الطبيب أن يثبت حصوله على موافقة المدعي بإحضار وثيقة الرضا التي اشترطها المشرع الجزائري.

كما تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في حالة ما إذا استأصل العضو من جسم المتبرع الذي عدل عن موافقته بعد إبدائها، لأن العدول يزيل الأثر القانوني للرضا الصادر من المتبرع، فلا يجوز للطبيب الاحتجاج بالموافقة المسبقة لدفع المسؤولية عنه، كما تقوم المسؤولية المدنية للطبيب عند مباشرته للعملية استنادا إلى رضا مشوب بعيب من عيوب الإرادة، لأن الأصل أن الطبيب ملزم بالتأكد من أن رضا المتبرع حر وسليم، لأن من شأن ذلك إلحاق ضرر معنوي بالمتبرع، يمكن لهذا الأخير بموجبه المطالبة بحقه في التعويض.

كما يعتبر الطبيب مخطئا إذا باشر عمله الجراحي دون إعلام المتبرع بمخاطر العملية، أو كان إعلامه ناقصا إلى حد عدم تلقي أطراف العملية لمعلومات كافية تمكنهم من التعبير عن موافقتهم الحرة والمستنيرة.[26]

تجدر الإشارة إلى أن الأخطاء المتعلقة بالحصول على الرضا الحر والمستنير لا تقيم لوحدها مسؤولية الطبيب المدنية، وإنما لا بد من أن يترتب عليها حدوث أضرار مادية أو معنوية أو جسدية للمتبرع، وأن تكون تلك الأخطاء سببا في حدوث الضرر للمتبرع.

ثانيا: المسؤولية الجنائية عن الاخلال بالحصول على رضا المتبرع:

إن شرط الحصول على موافقة الشخص على اقتطاع الأعضاء البشرية من جسمه يعتبر شرطا جوهريا، يترتب على الإخلال به قيام المسؤولية الجزائية في حق القائم به، وهي الجنحة المعاقب عليها بمقتضى المادة 303 مكرر 17 من قانون 01-09 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري، والتي تنص على أن:" يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات، وبغرامة من 500.000 إلى 1000.000 دينار كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول"

كما يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من شخص على قيد الحياة دون مراعاة التشريع الساري المفعول [27].

على أن تشدد العقوبة بموجب المادة 303 مكرر 20 في حالة اقتران الجريمة بظرف من الظروف المشددة، كأن تكون الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية أو إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.أو إذا ارتكب الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله، أو ارتكبت من طرف جماعة إجرامية منظمة، أو إذا كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية[28].

---

[26] عبد النور حمادي، الشروط القانونية المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 1، العدد 2، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص 159-160.

[27] المادة 303مكرر 19من قانون العقوبات

[28] يعاقب على نزع الخلايا و الأنسجة دون موافقة الشخص مع اقتران ذلك بالظروف المشددة المذكورة أعلاه بالحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500.000 إلى 1.000.000 دج، أما إذا اقترن الحصول على العضو دون موافقة

وعلاوة على هذا قضى المشرع الجزائري بتطبيق العقوبات التكميلية[29] المنصوص عليها في المادة التاسعة من قانون العقوبات، على الشخص الطبيعي وبعدم استفادة الشخص المدان بإحدى هذه الجرائم من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من نفس القانون[30]، كما قضى بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إحدى هذه الجرائم من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة 10 سنوات على الأكثر، هذا و يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج كل من علم بارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك. على أن تأمر الجهة القضائية المختصة، في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها أعلاه، بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكابها، والأموال المتحصل عليها بصفى غير مشروعة، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية[31].

ويعفى طبقا للمادة 303 مكرر 24 كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها[32]، على أن تخفض العقوبة إلى النصف إذا تم

الشخص بظرف مشدد من الظروف المذكورة أعلاه فيعاقب على هذه الجريمة بالسجن من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 إلى 2.000.000 دج.

[29] العقوبات التكميلية حسب المادة 09 من قانون العقوبات، المعدلة بموجب بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.(ج.ر84 ص.12) هي:

- 1الحجر القانوني، - 2الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، - 3تحديد الإقامة، - 4المنع من الإقامة، - 5المصادرة الجزئية للأموال، - 6المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، - 7إغلاق المؤسسة، - 8الإقصاء من الصفقات العمومية، - 9الحظر من إصدار الشيكات و/ أو استعمال بطاقات الدفع، - 10تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، - 11سحب جواز السفر، - 12نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

[30] تنص المادة 53 من قانون العقوبات:" يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي، الذي قضي بإدانته، وتقررت إفادته بظروف مخففة، وذلك إلى حد:

- 10 سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي الإعدام.
- 05 سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤبد.
- 03-سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من 10-سنوات إلى 20 سنة.
- سنة واحدة حبسا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من 05 سنوات إلى 10 سنوات".

[31] المادة 303 مكرر 23 من قانون العقوبات الجزائري.

[32] يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المتعلقة بزرع الأعضاء البشرية بنفس العقوبات المقررة للجرائم التامة. المادة 303 مكرر 27

الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية، من ايقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة.

أما بالنسبة للشخص المعنوي، فيكون مسؤولا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 من قانون العقوبات[33]، وتطبق عليه العقوبات الواردة في نص المادة 18مكرر من نفس القانون[34].

بناء على ما سبق يمكن القول أن خطورة العمل الطبي الجراحي، الذي سيخضع له المتبرع الحي كان وراء تشدد مختلف التشريعات في تنظيمها لركن الرضا، وحسنا فعلت، فإذا قام المتبرع بالتبرع بعضو من أعضائه على سبيل الرحمة والإيثار، فلا أقل من أن نوفر له من الحماية القانونية ما يصون رضاه، و يجعل موافقته حرة من كل الضغوط، وإذا كان الحال كذلك فهل يخضع ركن الرضا في نزع الأعضاء البشرية من الجثث لنفس العناية التي يوليها القانون لركن الرضا عند نزع الأعضاء من الأحياء؟

المبحث الثاني: رضا المتبرع في عمليات نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء

إذا كان جسم الإنسان يحظى بقدسية وحرمة، تجعل كل مساس به دون موافقة صاحبه فعلا مجرما، فإن جثته بعد وفاته تحظى بنفس الحرمة والقدسية، فلا يجوز المساس بها في إطار عمليات نزع الأعضاء إلا بناء على موافقة الشخص حال حياته (المطلب الأول)، أو موافقة الغير، المخول له قانونا التصرف في جثة الميت في حالة عدم تعبير الشخص عن موقفه بشأن التبرع بالأعضاء بعد الوفاة (المطلب الثاني).

---

[33] تنص المادة 51عقوبات على ما يلي:" باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه، من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك.
إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال."

[34] تنص المادة 18 مكرر: (معدلة) العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات هي – 1 : الغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة 2 . -واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية - : حل الشخص المعنوي، -غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، -الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، -المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، -مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، -نشر وتعليق حكم الإدانة، -الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته.

المطلب الأول: التصرف في الجثة بناء على إرادة المتوفى

أجاز كل من الفقه والتشريع استقطاع الأعضاء البشرية من جثث الموتى، تحقيقا لأغراض علاجية أو تشخيصية، إلا أن هذه الإجازة ليست مطلقة، إذ لا بد أن تكون بناء على الموافقة الصريحة (الفرع الأول)، أو المفترضة (الفرع الثاني) للمتبرع.

الفرع الأول: الموافقة الصريحة على التبرع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة

اختلفت التشريعات المقارنة بشأن الشكل الذي تأخذه الموافقة الصريحة للشخص على التبرع بعضو من أعضائه بعد وفاته، إذ ذهب البعض إلى اشتراط التعبير عن هذه الموافقة عن طريق الوصية (أولا)، في حين تفرض تشريعات أخرى التعبير عن الموافقة على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة عن طريق بطاقات التبرع (ثانيا).

أولا: الايصاء بالأعضاء البشرية لما بعد الوفاة:

تطبيقا للقواعد العامة المعروفة في قوانين الأحوال الشخصية أجازت العديد من التشريعات للشخص أن يعبر عن موافقته على التبرع بعضو من أعضائه عن طريق الوصية بها، سواء لأغراض علاجية أو علمية، واشترطت لصحة هذه الوصية توافر الشروط التالية:

- أن تصدر الوصية قبل وفاة الموصي، وبناء على رضاه الحر، وغير المشوب بعيب من عيوب الإرادة، كالإكراه أو الضغوط سواء كانت مادية أو أدبية.[35]
- أن يكون الموصي أهلا للتبرع، بأن يكون عاقلا، بالغا سن الرشد، وغير محجور عليه، أما إذا كان ناقص الأهلية فيشترط زيادة على وصيته الحصول على موافقة ممثليه الشرعيين[36].
- أن يكون محل الوصية مشروعا، وذلك بأن يكون عضوا مزدوجا كالكلية أو القرنية أو منفردا كالقلب أو الكبد، إذ لا يجوز لا شرعا ولا قانونا التبرع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية، لأن نقلها إلى شخص آخر قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب.[37]
- أن تكون الوصية دون مقابل مادي.

---

[35] عبد النور سايب، مرجع سابق، ص 176.

[36] العلجة مواسي، مرجع سابق، ص 226.

[37] هيثم حامد المصاروة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار المناهج، عمان، الأردن، 2000، ص 192.

- أن تفرغ الوصية في شكل مكتوب.
- وطالما كانت الوصية من التصرفات القانونية المضافة لما بعد الموت، فللموصي الرجوع عنها قبل وفاته دون أدنى مسؤولية.[38]

ثانيا: بطاقات التبرع بالأعضاء البشرية

نظرا لصعوبة الحصول على الأعضاء البشرية بناء على الوصية الصادرة من المتوفى ، وما تستلزمه هذه العمليات من سرعة يقتضيها الخوف من تلف الأعضاء البشرية، يذهب جانب آخر من التشريعات المقارنة إلى اعتماد بطاقات للتبرع بالأعضاء البشرية يحملها الشخص الراغب في التبرع بعضو من أعضائه بعد وفاته، فإذا توفي حاملها، وعثر على هذه البطاقة معه، فإن ذلك يغني عن اتخاذ الاجراءات القانونية للحصول على الرضا بالاستئصال، كما تغني عن الحصول على رضاء أفراد أسرة هذا الشخص، خاصة إذا كانوا في أماكن بعيدة يصعب الاتصال بهم في الوقت المناسب.[39]

لكن نظرا رغم سرعة وسهولة هذه الطريقة في إثبات موافقة الشخص، إلا أنها لم تعتمد كثيرا، وهذا نظرا للخطورة التي تشكلها بالنسبة لحامليها، إذ قد يتعرضون للاعتداء فقط لأنهم يحملونها، هذا من أجل الاستفادة من أعضائهم في أسرع وقت ممكن.[40]

الفرع الثاني: الموافقة المفترضة على التبرع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة

تأخذ أغلب التشريعات الأوروبية بنظام الموافقة المفترضة كآلية لتبرير التصرف في جثة المتوفى في إطار عمليات نوع وزرع الأعضاء البشرية، ويعكس هذه الموافقة سجل إلكتروني معد خصيصا لهذا الغرض، يتم من خلاله تسجيل الشخص لرفضه التبرع بعضو من أعضائه بعد وفاته، فإذا لم يقم بالتسجيل في هذا السجل أعتبر موافقا على عملية الاقتطاع من جثته، وهو ما يعرف بقرينة الموافقة[41]،

---

[38] فريد رافع، الحماية القانونية للجثة الآدمية في إطار عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، مداخلة مقدمة في إطار أشغال الملتقى الوطني مستجدات البيوأخلاقيات الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، يوم 26 أفريل 2023، ص 9 (غير منشورة).

[39] حسام الدين السيد عز العرب، المسؤولية المدنية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري وفي قوانين الدول العربية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2019، ص 160.

[40] العلجة مواسي، مرجع سابق، ص 229.

[41] عبد الكريم مامون، مرجع سابق، ص 402.

لما كانت قضية إثبات موافقة المتوفى على الاقتطاع من جثته من أهم المشاكل القانونية التي تعترض الأطباء الجراحين من الناحية العملية، اعتمد القانون الفرنسي حيلة قانونية، نقل بموجبها عبء اثبات الموافقة من الجراح إلى المتبرع بالعضو، ومفاد ذلك أن الاقتطاع من الجثث جائز، إلا إذا عارضه المتوفى صراحة أثناء حياته، بمعنى أنه يعتبر كل شخص موافقا على التبرع بعضو من أعضائه، بعد الوفاة بقصد الزرع، إذا لم يعبر عن معارضته له وهو على قيد الحياة.[42]

إذ تستخلص موافقة الشخص على الاقتطاع بطريقة ضمنية، على أساس أن الذي لم يعترض على الاقتطاع يعتبر موافقا عليه، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في الفقرة الثالثة من المادة 1-1232 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدلة سنة 2016 والتي تقضي بأنه:" يمكن إجراء هذا النزع المباشر على شخص بالغ طالما أنه لم يعلن، خلال حياته، عن رفضه لمثل هذا النزع المباشر، وذلك بشكل أساسي عن طريق التسجيل في سجل وطني آلي يتم توفيره لهذا الغرض. يمكن إلغاء هذا الرفض في أي وقت".[43]

هذا وقد سلك المشرع الجزائري مسلك نظيره الفرنسي، فقضى في الفقرة الأولى من المادة 362 من قانون 18-11 بأنه:" يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته"، وأضاف في الفقرة الثانية من نفس هذه المادة بأنه:" يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، لا سيما من خلال التسجيل في سجل الرفض، الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء..."

يتضح من الفقرتين أن المشرع الجزائري يأخذ بنظام الموافقة المفترضة لنزع الأعضاء من جثث الموتى، من خلال اشتراطه لضرورة تقييد المعارضة على نزع الأعضاء من الجثث في السجل الوطني للرفض، وبالتالي فغياب التسجيل في هذا الأخير يعتبر قرينة على الموافقة.

يرى الدكتور عبد الستار مزياني أن لجوء المشرع الجزائري لمبدأ الموافقة المفترضة في تعديل قانون الصحة سنة 2018، كان نتيجة لاصطدام الموافقة الصريحة بالنزع قبل الوفاة، بعدم لجوء الأشخاص

[42] Houda Haouche, op cit, p 7

[43] L'article 1232-1 dispose que :" Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révocable à tout moment."

أساسا في حياتهم إلى التعبير عن إرادتهم ، بخصوص التبرع بالأعضاء بعد الوفاة، ومن ثم فقدان إمكانية استغلال أعضاء الموتى، وحرمان المرضى من فرصة الحصول على العلاج [44].

غير أننا نرى من جهتنا أن اعتماد الموافقة المفترضة كآلية لتبرير اقتطاع الأعضاء من الجثث، يتنافى والمبادئ القانونية المعروفة، والتي تقضي بالمحافظة على حرمة الجثة الآدمية، وعدم جواز المساس بها، إلا بناء على موافقة صاحبها حال حياته، وأن المصلحة العلاجية للمريض، وما يقابلها من نقص الأعضاء المتبرع بها، لا يمكن بأي حال أن تبرر اللجوء إلى اعتماد مثل هذه الموافقة.

المطلب الثاني: التصرف في جثة المتوفى بناء على إرادة الغير

إذا أعرب الشخص عن موقفه بشأن نزع الأعضاء من جثته بعد وفاته، وجب احترام إرادته، حتى و لو تعارضت مع إرادة أقاربه، أما إذا توفي دون أن يعرب عن موقفه بشأن نزع الأعضاء البشرية من جثته، فإن الحق في التصرف في الجثة ينتقل إلى أقاربه(الفرع الأول)، أو إلى الدولة في حالات أخرى(الفرع الثاني).

الفرع الأول: التصرف في أعضاء المتوفى بناء على موافقة الأقارب

تشترط معظم التشريعات الحصول على موافقة الأقارب بغرض نزع الأعضاء من جثة المتوفى، في حالة عدم تعبير هذا الأخير عن موقفه بخصوص التبرع الأعضاء، غير أنها لا تأخذ موقفا واحدا في ذلك، إذ يشترط البعض أن تكون موافقة هؤلاء صريحة(أولا)، في حين يفترض البعض الآخر هذه الموافقة(ثانيا).

أولا : الموافقة الصريحة للأقارب

يذهب جانب من التشريعات إلى القول بضرورة الحصول على موافقة أقرباء المتوفى الصريحة، لغرض القيام بإجراء الاستئصال، وأن اهمال هذه الموافقة ينطوي على المساس بحرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز التصرف بالجثة حتى في حالة موافقة أحد أقرباء المتوفى، إذا اعترض على ذلك شخص يمثل مرتبة أعلى للمتوفى، وعند تعارض إرادتين لشخصين من درجة واحدة من القرابة، ترجح الرغبة القائلة بعدم المساس بالجثة.[45]

[44] عبد الستار مزياني، مرجع سابق، ص 192.

[45] حسني عودة زغال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدواية، عمان، الأردن، 2001، ص 142.

و لا ينشأ حق الأسرة في التصرف في جثة المتوفى إلا بعد التأكد من وفاة الشخص[46]، غير أن مصطلح الأسرة مصطلح واسع، وهو ما أدى بمختلف المشرعيين إلى تحديد من هم الأقارب الذين يخول لهم حق التصرف في جثة المتوفى، ومن ذلك ما قام به المشرع الجزائري، الذي قضى في الفقرة الثالثة من المادة 362 من قانون الصحة 18-11 بأنه:" في حالة غياب التسجيل في سجل الرفض، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين، حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات..."

يتضح من خلال القراءة الأولية لهذه المادة أن المشرع الجزائري ينقل حق التصرف في جثة المتوفى إلى أفراد أسرته البالغين حسب الترتيب الوارد في الفقرة، غير أنه إذا تعمقنا في قراءة هذه المادة يستضح أن المشرع يقصر دور أسرة المتوفى في استشارتهم بخصوص معرفة موقف فقيدهم بشأن التبرع بالأعضاء البشرية، وكما هو معلوم فالاستشارة غير ملزمة للمستشير، وما يؤكد صحة هذا التبرير هو نص الفقرة الأخيرة من نفس المادة، والتي تقضي بأن :" يتم إعلام أفراد أسرة المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها"، إذ ما لفائدة من إعلام أفراد أسرة المتوفى بعمليات النزع التي تمت على جثة قريبهم، لو أسند لهؤلاء حق التصرف في جثة هذا الأخير.[47]

ثانيا: الموافقة المفترضة للأقارب

يفترض جانب آخر من التشريع تفاديا للعراقيل العملية التي قد يواجهها الأطباء للحصول على الموافقة الصريحة لهؤلاء، رضاء الأقارب، مالم يصدر منهم اعتراف صريح على ذلك، فيحق للطبيب أن يباشر استئصال الأعضاء من الجثة، مادام لم يصله اعتراض من الأقارب في الوقت المناسب، فهناك قرينة بالرضا لمصلحة الطبيب، ولكنها قابلة لإثبات العكس، عن طريق الاعتراض، غير أن ذلك لا يعني قيام الأطباء بالاستئصال سرا، بل يجب اخطار الأقارب بالرغبة في استئصال الأعضاء من جثة فقيدهم،

[46] حسام الدين السيد عز العرب، مرجع سابق، ص 165.

[47] بخصوص التعليق على الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 362 من قانون الصحة 18-11 انظر: فريد رافع، ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى على ضوء المادة 362 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 7، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2022، ص 78-77.

ويكون عدم الرد في وقت مناسب من حدوث الوفاة بمثابة عدم اعتراض، يخول للأطباء الحق في مباشرة عملية الاستئصال[48].

ومن التشريعات التي أخذت بالموافقة المفترضة للأقارب نجد كل من التشريع الإنجليزي الصادر عام 1968 المسمى بقانون نقل الكلى، حيث قضى هذا القانون بجواز استئصال الكلية بالاعتماد على قرينة الرضا، وكذا التشريع السوري الخاص باستئصال الأعضاء من جثث الموتى، الصادر سنة 1972، إذ سمحت المادة الثالثة منه للأطباء رؤساء الأقسام استئصال الأعضاء من الجثة، مالم يصدر اعتراض خطي صريح من الشخص قبل وفاته أو من أقاربه حتى الدرجة الثالثة بعد وفاته.[49]

الفرع الثاني: تجاوز شرط الرضا والحصول على الأعضاء دون إرادة أحد

أجازت بعض التشريعات اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى دون اشتراط الحصول على موافقة أي أحد، وذلك استنادا إلى فكرة تأميم الجثث(أولا)، أو تحت التأثير الملح لحالة الاستعجال (ثانيا).

أولا: تأميم الجثث

يذهب جانب من الفقه والتشريع إلى القول بالاستغناء تماما عن الموافقة، والحصول على الأعضاء البشرية من جثث مجهولي الهوية، والموتى الذين ينفذ فيهم حكم الإعدام وكذا قتلى الحوادث دون موافقة أحد، ويرى هذا الاتجاه أن الجثة هي ملك للدولة، تتصرف فيها كما تشاء، ضمن إطار المصلحة العامة، فالمصلحة العلاجية للمرضى المحتاجين للأعضاء البشرية من جهة والتقدم الطبي من جهة أخرى يقتضيان التضحية بمصلحة المتوفى و أقاربه على الجثة، فيجب تفضيل مصلحة الأحياء على مصلحة المتوفى و ذويه، فالجثة من وجهة نظر هؤلاء ليست مملوكة لا للشخص و لا لأسرته، على الرغم من أن أنهم يرون أن المتوفى و أقاربه لهم مصلحة على الجثة، إلا أن مصلحة المجتمع تعلو على مصالح هؤلاء، ويجب أن تكون لحقوق المجتمع أولوية على جثة المتوفى بالنسبة لحقوق الأسرة المعنوية.[50]

ومن التشريعات التي تأخذ بمبدأ تأميم الجثث نجد التشريع المصري رقم 103 لسنة 1962، الخاص بتنظيم بنك العيون، حيث أجازت المادتين الثانية والثالثة منه الحصول على عيون الموتى، أو قتلى

[48] نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص 433.
[49] أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 60-61.
[50] حسن عودة زغال، مرجع سابق، ص 150.

الحوادث الذين تشرح جثثهم، وعيون من ينفذ فيهم حكم الإعدام، وعيون مجهولي الشخصية دون موافقة أحد.[51]

ثانيا: حالة الاستعجال

يجوز استئصال الأعضاء من الجثث دون الحصول على الرضا، في حالات الاستعجال، التي لا تقبل التأخير، كأن يتعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المناسب، أو يخشى تلف العضو المراد نقله، أو إذا اقتضت الحالة الصحية للمتلقي التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته.[52]

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 05-85 في الفقرة الأخيرة من المادة 164، التي تقضي بأنه:" يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع، أو أذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون".

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري كان يجيز نزع الكلى والقرنيات من جثث الموتى دون موافقة لا المتوفى ولا أقاربه مبررا ذلك بحالة الاستعجال، التي تفرضها الحالة الصحية للمريض المتلقي، وذلك لأن استقطاعهما لا يشوه الجسم، وكذا لكثرة الطلب عليهما وسهولة عملية زرعهما. غير أنه عدل عن موقفه بموجب تعديله لقانون الصحة سنة 2018 وألغى مضمون المادة 164 سالفة الذكر وحسنا فعل، فلا مبرر لنزع الأعضاء من الجثث دون موافقة مهما كانت طبيعة العضو محل الاستئصال، وتحت أي ظرف حتى ولو استدعته حالة الضرورة القصوى، خاصة في ظل إمكانية استيراد قرنيات العيون، والذي تنتفي معه الضرورة العلاجية القصوى، التي تقضي بأن لا يتم اللجوء إلى نزع الأعضاء إلا إذا كان الوسيلة العلاجية الوحيدة والأخيرة.

[51] أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 67.

[52] عبد النور سايب، مرجع سابق، ص 194.

الخاتمة:

يعتبر الرضا شرطا ضروريا وأوليا، يجب الحصول عليه قبل القيام بعملية نزع الأعضاء البشرية من الأحياء أو من جثث الموتى، وقد توصلنا من خلال هذه الورقة البحثية إلى عدة نتائج نوردها بناء على تسلسل نقاط البحث كما يلي:

- تشدد المشرع في ركن رضا المتبرع الحي، نظرا لخطورة عملية استئصال الأعضاء البشرية من أجسام الأحياء، فقصر التبرع على كاملي الأهلية فقط، ورتب على عاتق لجنة طبية التزاما بتبصير المتبرع بمخاطر العملية الحالية والمستقبلية، واشترط اثبات رضا المتبرع وموافقته أمام جهة رسمية.
- ضمانا منه لصحة رضا المتبرع مكن المشرع الجزائري هذا الأخير من سحب موافقته بحرية و في كل وقت قبل إجراء العملية، كما قضى بقيام المسؤولية القانونية بكل أنواعها كجزاء للإخلال برضا المتبرع.
- يأخذ المشرع الجزائري فيما يتعلق بنزع الأعضاء من الجثث بنظام الموافقة المفترضة، التي تجعل من كل شخص متبرعا مفترضا بعد وفاته، مالم يعبر عن اعتراضه لنزع الأعضاء من جثته وهو على قيد الحياة، رغم ما يشكله هذا النوع من الموافقة من امتهان لكرامة الإنسان، وحقه في عدم المساس بجثته.
- لا ينتقل الحق في التصرف في الجثة في حالة عدم تعبير الشخص عن موقفه بشأن التبرع بالأعضاء إلى أفراد أسرته، وإنما يقتصر دور هؤلاء على إفادة الطبيب بموقف المتوفى من التبرع بالأعضاء بعد وفاته.

بناء على النتائج المتوصل إليها نورد فيما يلي جملة من الاقتراحات، نأمل من المشرع الجزائري مراعاتها، تشجيعا منه للمواطن الجزائري على التبرع بأعضائه وتفعيلا لمبدأ التضامن والتكافل الاجتماعي:

- اصدار قانون خاص بنزع وزرع الأعضاء البشرية، أسوة بما قامت به معظم التشريعات المقارنة، على أن يضم في طياته فصلا خاصا بالمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالضوابط القانونية لهذه العمليات.
- النص على ضرورة اثبات العدول عن الموافقة على التبرع بالأعضاء في ورقة رسمية مهورة بتوقيع الشخص، وذلك حماية لهذا الأخير، وضمانا لحقه في تكامله الجسدي وسلامته.

- ضرورة الأخذ بنظام الموافقة الصريحة في حالة التبرع بالأعضاء لما بعد الوفاة، على أن يكون ذلك من خلال وصية موقعة من طرف الموصي، يحدد فيها الأعضاء المراد التبرع بها و غرض هذا التبرع(علاجي أو علمي)، أو عن طريق حمل بطاقة تبرع، أو التسجيل في سجل الكتروني للتبرع بالأعضاء.

قائمة المراجع:

الكتب:

1. حسني عودة زغال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدواية، عمان، الأردن، 2001.
2. علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، د.ط، دار الكتاب الحديث، مصر، .2004.
3. نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومه، الجزائر، 2003،
4. هيثم حامد المصاروة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار المناهج، عمان، الأردن، 2000، ص 192.

المذكرات والرسائل:

1. أسماء سعيدان، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2013.
2. العلجة مواسي، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
3. حسام الدين السيد عز العرب، المسؤولية المدنية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المصري وفي قوانين الدول العربية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2019.
4. عبد الستار مزياني، المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2022.
5. عبد الكريم مامون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان. 2005.
6. عبد النور سايب، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
7. لخضر معاشو، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015.

المقالات والمداخلات:

1. سعاد هواري، خصوصية الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 5، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2019.
2. عبد النور حمادي، الشروط القانونية المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 1، العدد 2، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012.
3. فريد رافع، الحماية القانونية للجثة الآدمية في إطار عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، مداخلة مقدمة في إطار أشغال الملتقى الوطني مستجدات البيوأخلاقيات الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، يوم 26 أفريل 2023. (غير منشورة).
4. فريد رافع، ضوابط نزع وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى على ضوء المادة 362 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 7، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2022.
5. فطة نبالي معاشو، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
6. Houda haouche, Le consentement du donneur en matière de prélèvement d'organes, revu des études juridiques, v 3, n 2, université Yahia Fares, Médéa, 2017.

المواقع الإلكترونية:

http://www.protectionproject.org

https://www.legifrance.gouv.fr

https://manshurat.org

أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون المقارن

The basis of the legality of transferring human organs between living organisms in comparative law

- د.داودي صحراء أستاذة محاضرة أ
جامعة زيان عاشور الجلفة
- بن ملوكة خيراني أستاذ مؤقت
جامعة زيان عاشور الجلفة

ملخص:

من أهم الأساليب الطبية الفنية الحديثة و التي هي نتاج تقدم العلوم الطبية و البيولوجية نجد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء،و نجد أن القانونين المصري و الفرنسي من بين القوانين المقارنة التي أثير فيها البحث حول مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء. و قد اختلفت في أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء ، إلا أنها اتفقت على شروط و ضوابط محددة لمشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء.

الكلمات المفتاحية:

جسم الإنسان، الأساليب الطبية،الشروط ، العلوم البيولوجية

Abstract

Among the most important modern technical medical methods, which are the product of the progress of medical and biological sciences, we find the processes of transferring and transplanting human organs between neighborhoods, and we find that the Egyptian and French laws are among the comparative laws in which the research was raised about the legality of transferring human organs between neighborhoods. And they differed in the basis of the legality of transferring human organs between neighborhoods, but they agreed on specific conditions and controls for the legality of transferring human organs between neighborhoods. key words: Human body, medical methods, conditions, biological sciences.

key words: Human body, medical methods, conditions, biological sciences

مقدمة:

شهد النصف الثاني من القرن العشرين تحقق أهم الإنجازات العلمية و الطبية في تاريخ البشرية ، و لعل أعظم هذه الإنجازات ما تحقق بالنسبة لحياة الإنسان و صحته، ففي السنوات الأخيرة ظهرت وسائل طبية فنية حديثة أثارت -ومازالت تثير- كثيرا من النقاش و الجدل لدى رجال القانون و الطب حول مدى مشروعيتها.

و من أبرز الأمثلة للأساليب الطبية الفنية الحديثة و التي هي نتاج تقدم العلوم الطبية و البيولوجية نجد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، و من بين القوانين المقارنة التي أثير فيها البحث حول مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء نجد القانون الفرنسي كمثال على التشريعات الغربية (أولا) و القانون المصري كمثال على التشريعات العربية (ثانيا).

أولا- نقل الأعضاء البشرية في القانون الفرنسي

أ/نقل الأعضاء البشرية في الفقه الفرنسي

لقد وضع الفقه الفرنسي أول اللبنات في بناء نظرية الإباحة للتصرف في أعضاء الجسم البشري أو استقطاعها بقصد زرعها في جسم الغير، وذلك بالرغم من غياب النصوص التشريعية التي تجيز هذه العمليات الماسة بعناصر الحق في سلامة الجسم.

وقد بدأ الفقه الفرنسي بوضع أول لبنة في مشروعية استقطاع الأعضاء بإجازة إبرام العقود التي محلها أجزاء جسم الإنسان، والتي يمكن فصلها دون إصابته بضرر نهائي كأخذ طبقة من الجلد أو من العظام، واشترط في ذلك رضا الطرفين وأن يكون الهدف من ذلك علاجيا.[1]

غير أن الجدل قام بين الفقهاء الفرنسيين بخصوص مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء التي لا يمكن تعويضها مثل الكلى، وقد سلم الفقه في بادئ الأمر بعدم مشروعيتها لما تنطوي عليه هذه العمليات من مساس خطير ودائم بسلامة الجسم ولعدم التأكد من صحة النتائج المترتبة عليها.[2]

وبعد أن شهدت عمليات نقل الأعضاء تقدما ملحوظا من الناحية الطبية حاول الفقه الفرنسي الدفاع عنها وخلق أساسا لمشروعيتها بدءا بنظرية السبب المشروع ومرورًا بفكرة المصلحة الاجتماعية و إنتهاءًا بنظرية الضرورة.

1 - نظرية السبب المشروع

يعتبر "Dequoc" من أوائل الفقهاء الفرنسيين الذين بادروا إلى الإقرار بمشروعية عمليات نقل الأعضاء، واستند في ذلك إلى نظرية السبب المشروع.

---

[1]-Savatier ,Auby, Pequingnot,traité de droit médical, Paris ,librairies technique,1985,p247.

[2]- مروك نصر الدين، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة، بحث لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ،جامعة الجزائر، 1992-1993، ص40.

ويرجع الفضل فيما توصل إليه "Dequoc" إلى جهود سلفه من الفقهاء الفرنسيين الذين أزاحوا عقبة قانونية كانت تعوق الإقرار بمشروعيته لهذه العمليات ، فقد ظل مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان إبان فترة زمنية طويلة أحد المبادئ الأساسية التي تهيمن على القانون المدني الفرنسي وما نتج عنه من عدم جواز إخضاع جسم الإنسان لأي اتفاقات قانونية فهو يخرج عن دائرة التعامل، ولكن الواقع أثبت عدم الأخذ بمبدأ حرمة جسم الإنسان بصفة مطلقة فقد تقهقر أمام متطلبات الحياة العملية للإنسان حتى غدت بعض الحقوق الشخصية كالاتفاقات المتعلقة بحضانة الطفل وتعليمه وعقود العمل داخلة في نطاق التعامل بل لا يستطيع أحد أن يجادل في مشروعية الاتفاقات الخاصة بقص الشعر وممارسة الألعاب الرياضية وغيرها.[3]

ونقطة البداية عند "Dequoc" قوله أنه مادمنا قد سلمنا بإجازة الاتفاقات التي يكون محلها جسم الإنسان فكيف يمكن التفرقة بين عمليات نقل الأعضاء المشروعة وتلك غير المشروعة ؟

ذهب جانب من الفقه الفرنسي وكان في مقدمته العميد "Savatier" و "Auby" إلى أن مناط التفرقة يكمن فيما يتخلف عن هذه العمليات من ضرر يسير يمكن تعويضه أو ضرر جسيم غير قابل للإصلاح . ففي الحالة الأولى تعتبر هذه العمليات مشروعة وفي الثانية تصير غير مشروعة، وعلى سبيل المثال فإن تنازل شخص عن طبقة سطحية من جلده لعلاج آخر مصاب بحروق يعد تصرفا مشروعا ويصير غير مشروع إذا كان محل التنازل إحدى كليتيه حتى ولو اقترن ذلك برضا المتنازل.[4]

ويستند هؤلاء الفقهاء إلى ما ورد في أعمال لجنة إصلاح القانون المدني الفرنسي والتي تبنت نصا مشابها للمادة الخامسة من القانون المدني الإيطالي التي تقرر بعدم مشروعية الاتفاقات التي يترتب عليها انتقاص دائم في الكيان البدني للشخص.[5]

وقد أنتقد "Dequoc" هذا الاتجاه مقررًا أن نصوص قانون العقوبات الفرنسي تجرم كل مساس بسلامة الجسم سواء كان مساسا يسيرًا أو جسيمًا، ومن ثم فلا وجه للاحتجاج بمدى جسامة النتيجة المترتبة على عمليات نقل الأعضاء للاعتراف بمشروعيتها فلا مناص من أن يعتد القاضي بالسبب الدافع للتعاقد وهو بصدد تقدير هذه المسألة .[6]

ويقرر"Dequoc" أن الحقوق التي تترتب على جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مشروعة إلا إذا كان هدفها تحقيق مصلحة علاجية للشخص ذاته أو للغير أيضا، ومن ثم فلا يسمح بالمساس بالجسم إلا إذا كانت المزايا والمنافع التي تترتب على ذلك تفوق الأضرار الناشئة عنه، فإذا إختل هذا التوازن فيصير المساس غير مشروع ومنافيا للأخلاق.[7]

---

[3]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 302.

[1]-Savatier ,Auby ,Pequingnot,op cit ,p.247

[5]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 303.

[6]- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص42.

[7]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص302.

وينتهي "Dequoc" إلى الإقرار بمشروعية الاتفاقات التي تنطوي على المساس بجسم قابل للإصلاح مثل استئصال جزء من جلد شخص 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 يكون سبب التصرف مشروعا ويتحقق ذلك إذا كان يرمي لتحقيق مصلحة علاجية للغير، كأن تكون المزايا التي تعود عليه أكبر من الأضرار التي سيعاني منها المتنازل ، ومثال ذلك تنازل عن إحدى كليتيه لشخص آخر مصاب بفشل كلوي حاد أو التنازل عن إحدى قرنيتي العين لآخر مصاب بالعمى.[8]

وقد وجهت عدة انتقادات لهذه النظرية منها افتقارها إلى المعيار الدقيق، فهي وإن كانت تقوم على أساس الموازنة بين المصالح المختلفة إلا أنها لا تقتضي حتما أن يتم ذلك في نطاق الضرورة، ولذلك فقد اضطر أنصارها إلى إضافة شرط مؤداه أن يكون الاستئصال هو الوسيلة الوحيدة.[9]

كما أن هذه النظرية بحاجة إلى الإقناع، فقياس المساس بالجسد بوجه عام على بعض صور التعامل في الحقوق الشخصية كالحضانة و التعليم هو قياس مع الفارق.[10]

2 - نظرية المصلحة الإجتماعية

تقوم نظرية المصلحة الاجتماعية على أساس فكرة التضامن الاجتماعي والتي تقضي بضرورة أن يتنازل الفرد عن عضو من أعضائه لشخص آخر يعاني من مرض جسيم يفقده وظيفته الاجتماعية، فهذا واجب يحتمه مبدأ التضامن الإنساني ذاته.[11]

لا يصير هذا التنازل مشروعا إلا من خلال ترجيح المزايا التي تعود على المتلقي مقارنة مع الأضرار التي تلحق المتنازل، بحيث يجري هذا التقدير من ناحية المصلحة الاجتماعية. ومثال ذلك من يتنازل عن إحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يهدده بموت محقق فإن النفع الاجتماعي يزيد في جملته عما كان قبل إجراء عملية نقل الكلية، فقد انتقص من المعطي بقدر محدود، وزاد في النفع الاجتماعي لمن أنقذت حياته على نحو واضح وغير عادي بحيث تصبح المصلحة النهائية هي فائدة اجتماعية محققة.[12]

يعاب على هذا النظرية ارتكازها على فكرة غامضة يمكن أن تترتب عليها آثار خطيرة تتجلى في إمكانية إجراء عمليات نقل الأعضاء عنوة تحت شعار المصلحة الاجتماعية، ولاسيما في الأنظمة الشمولية ذات الطابع الاستبدادي ، ومثال ذلك أن يجبر عامل يدوي غير فني على التنازل على إحدى كليتيه لعالم في الذرة أو الفضاء يعاني من فشل كلوي، فالمساس الذي يمس هذا العامل يقدر بنسبة مئوية منخفضة

---

[8]- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص42.

[9]- حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين الشمس، 1965، ص60.

[10]- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 43.

[11] -Ahmed Charafeddine ,droit de la transplantation d'organes ,études comparatives , université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris,1975,P48.

[12]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 305.

مقابل النفع العام الذي يعود على عالم الذرة والذي يقدر بنسبة مئوية عالية، ومن جهة أخرى فإن هذه النظرية تتجاهل مشاكل وآثار الجراحة على المستوى الفردي.[13]

3- نظرية الضرورة

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن حالة الضرورة هي أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإذا توافرت شروطها عند استئصال جزء من جسد شخص سليم لزراعته في جسد مريض إنقاذا لحياته من موت محقق فلا مسؤولية على الطبيب لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية.[14]

وتقوم حالة الضرورة عند أصحاب هذا الاتجاه على المقارنة والموازنة بين المخاطر المراد تفاديها والأضرار التي وقعت بالفعل، فلا تتوافر حالة الضرورة إلا إذا كان الخطر المراد تفاديه متناسبا مع الضرر الذي وقع، أي ألا يفوق الخطر في جسامته الضرر الحاصل. فاستئصال جزء من جسد شخص سليم لزراعته في جسد مريض ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة للمتنازل، إلا أن هذه المخاطر أقل بكثير من المخاطر التي يتعرض لها المريض لو لم ينقل إليه العضو، ومن هذا يتضح أن الطبيب في مجال زرع الأعضاء يقوم بعمل الموازنة بين المخاطر والمزايا بالنسبة للشخص المريض والمتنازل السليم، فيقارن بين المخاطر التي يتعرض لها كل من المريض و الشخص السليم من جهة، و المزايا التي يحتمل أن يستفيد منها المريض من جهة أخرى .[15]

ولهذا فإن الموازنة طبقا لحالة الضرورة لابد وأن تتم وفق الشروط التالية:

- أن يكون هناك خطر محدق بالمتلقي بحيث يؤدي عدم نقل عضو جديد له إلى وفاته.
- أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من ذلك الضرر الذي سيلحق المتنازل. فمثلا إذا كان استئصال كلية شخص سليم ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة له وأن هذه المخاطر أقل بكثير من المخاطر التي يتعرض لها المريض لو لم ينقل إليه الكلية فإن الخطر أقل من الضرر، فالمتنازل يظل على قيد الحياة ويظل جسمه مؤديا لكافة وظائفه ولا يصاب إلا ببعض النقص في الصفة التشريحية لجسمه ، أما المريض فإنه يتعرض لخطر الموت الحال، وبموازنة هذه المخاطر مع الضرر نجد أن الضرر الذي يصيب المتنازل من استئصال جزء من جسمه أقل من المخاطر المراد تفاديها بالنسبة للمريض أي ضرر جسيم لتفادي خطر جسيم.
- يجب أن يكون زرع الأعضاء الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذ المريض وأن يهيأ لها كافة العناصر اللازمة لنجاحها من حيث مراعاة صلاحية العضو المنقول وخلوه من الأمراض ويجب أيضا مراعاة تجانس خلايا الأجسام مما يمنع ظاهرة الرفض .

---

[13]- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية ، ص 43.

[14]- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 35.

[15]- حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 48.

- يجب ألا يؤدي الاستئصال إلى هلاك المتنازل أو إلى إصابته بنقص خطير ودائم في وظائف جسمه، فالتضامن الإنساني يستلزم الإبقاء على حياة الشخص في ظل أفضل الظروف الصحية، فإذا كان الشخص مصابا بمرض في كليته فلا يجوز له التنازل عن الأخرى لأن هذا يهدد حياته أو وظائف جسمه على الأقل.[16]

وإذا كانت غالبية الفقه الفرنسي تميل إلى نظرية الضرورة، إلا أنهم يرون مع ذلك عدم كفايتها وحدها للقول بمشروعية نقل الأعضاء ، و أن مسايرة منطق هذه النظرية إلى نهايته يؤدي إلى تحكم الطبيب وإجباره مثلا على إخضاع أي شخص لعملية استقطاع إحدى كليتيه لمجرد تطابق أنسجته وأنسجة شخص مريض مصاب بفشل كلوي، لذا فهم يضيفون شرطا آخر وهو رضا المتنازل.[17]

وقد طبقت حالة الضرورة حيث قام طبيب بنقل إحدى كليتي شاب سليم إلى شقيقه التوأم الذي كان يعاني من فشل كلوي مزمن وعند إثارة الموضوع جنائيا أمر النائب العام بحفظ الدعوى على أساس أن الطبيب الذي أجرى له العملية كان تحت ضغط أدبي نشأت عنه حالة الضرورة مما دفعه إلى ارتكاب فعل معاقب عليه من الناحية الجنائية.[18]

وهذه النظرية بدورها لم تسلم من النقد فوجهت لها عدة انتقادات منها:

- أن نجاح عمليات نقل الأعضاء ليس مؤكدًا دائما وبالتالي فلا يمكن قبول تدخل الجراح بزعم تجنيب المريض خطرا حالا، فظاهرة لفظ العضو الغريب مازالت مهيمنة على هذه العمليات.[19]
- في مجال نقل القرنية مثلا فإن فكرة الضرورة تفترض بذاتها وجود قيمة حقيقية مهددة بخطر وشيك الوقوع فأين ذلك من شخص فاقد للبصر أساسا بل على العكس فإنه يترتب على مثل هذه العملية اكتساب قيمة جديدة لا حماية قيمة كانت موجودة من قبل.[20]
- إن منطق هذه النظرية يؤدي حتما إلى رفض عمليات استقطاع الأعضاء من جثث الموتى لحفظها في بنوك الأعضاء البشرية، حيث ينتفي الخطر الحال في مثل هذه الفروض.[21]
- في مجال عمليات نقل الكلى والتي من أجلها بلورت هذه الفكرة، فقد سبق أن ذكرنا أن من بين شروط حالة الضرورة أن عملية النقل هي الوسيلة الوحيدة لتجنب الخطر الحال، وقد انتفى هذا الشرط باستحداث أجهزة الكلى الصناعية باعتبارها وسيلة علاجية بديلة لهذه العمليات.[22]

---

[16]- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن،، الطبعة الأولى ، 1999، ص 76-77.

[17]- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 45.

3-Ahmed Charafeddine ,op.cit, p46.

[19]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 309.

[20]- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية ، ص45.

[21]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 310.

[22]- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 45 – 46.

ب /نقل الأعضاء البشرية في التشريع الفرنسي

صدرت عن المشرع الفرنسي عدة نصوص قانونية في مجال نقل الأعضاء البشرية أهمها القانون رقم 76-1181 بتاريخ 22 ديسمبر 1976 المتعلق بنزع الأعضاء، وقد تناول هذا القانون نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء في المادة الأولى تم تناول في المادة الثانية عمليات نقل الأعضاء من الجثة ، واستبعد في المادة الثالثة المقابل المالي واعتبر أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا يمكن أن تكون محلا للمعاملات المالية والتجارية.[23]

وما يلاحظ على هذه النصوص أنها تناولت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دون تحديد لعضو معين، غير أن الأعمال التحضيرية أشارت بوضوح إلى أن القانون المذكور قد تناول بصفة أساسية عمليات نقل الكلى وذلك لنجاح هذه العمليات.[24]

من أجل تنفيذ القانون المذكور أعلاه صدر المرسوم التنفيذي رقم 78-501 بتاريخ 31 مارس 1978 الذي أشترط أن يكون المتنازل بالغ سن الرشد أي 18 سنة ومتمتعا بقواه العقلية ، أما إذا كان المتنازل قاصرًا فإن الاستئصال لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيقه أو شقيقته وفي هذه الحالة يتم الاستئصال برضا الممثل القانوني أو موافقة لجنة الخبراء، ولم يشترط المرسوم أن يكون المتلقي قاصرًا فيمكن استئصال كلية من قاصر وزرعها لشقيقه البالغ الذي يعاني من فشل كلوي يهدده بموت محقق.

كما اشترط هذا المرسوم في حالة استئصال عضو غير متجدد أن يصرح المتنازل برضاه أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن المتنازل أو أمام قاض يعينه رئيس هذه المحكمة، على أن يثبت هذا الرضا في شكل كتابي موقعا عليه من القاضي والمتنازل، وتعطي صورة منه للمستشفى الذي سيتم به الاستئصال و تحفظ النسخة الأصلية لدى قلم كتاب المحكمة، أما إذا كان العضو المراد استئصاله متجدد فيكفي رضا المتنازل في شكل كتابي موقعا منه ومن شاهد يعينه لذلك.[25]

غير أنه وبتاريخ 29 جويلية 1994 تم الغاء القانون 76-1181 المتعلق بنزع الأعضاء واستبداله بالقانون 94-654المتعلق بالتبرع وباستعمال عناصر و منتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص قبل الولادة .[26]

أضاف هذا القانون لإجراء عملية نقل الأعضاء البشرية شرطا آخر يتمثل في السرية، ومفاده أنه لا يمكن للمتبرع معرفة شخصية المستفيد وكذلك المستفيد لا يمكنه معرفة شخصية المتبرع ومن ثم لا

---

[23] Loi 76-1181du 22 Décembre 1976 relative aux prélevements d'organes.Jorf du 23 Decembre1976-

[24] - مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص46.

[25] -Décret exécutif de la loi 76-1181 n°78-501,du 31 Mars 1978, jorf du04 Avril 1978.

[26] -Loi N°94-654 du 29 juillet 1994,relative au don et à l' utilisation des éléments et produits du corps humain , et à l' assistance médicale, à la procréation au diagnostic prénatal .jorf du30 Juillet 1994.

يجوز أن تعطي أية معلومات خاصة بكل منهما للآخر ويستثني من هذه القاعدة الطبيب الذي يجوز له الحصول على هذه المعلومات إذا تطلبت ذلك الضرورة العلاجية.[27]

والغرض من شرط السرية الذي فرضه التشريع الفرنسي هو منع الإتجار في الأعضاء من جهة وعدم إعطاء المتنازل فرصة ابتزاز المريض أو أهله ماليا بحكم حاجة المريض الماسة للعضو.[28]

ويهدف هذا القانون من جهة إلى وضع عمليات نقل الأعضاء البشرية في إطار قانوني متكامل يخلق جو من الثقة اللازمة لتطورها وازدهارها فأبعد هذه العمليات عن الصفة التجارية الغير أخلاقية ، كما ضمن من جهة أخرى الأمن الصحي لهذه الممارسات في مواجهة العدوى وانتقال الأمراض و تنظيم ممارسات الزرع على أسس موضوعية تضمن بقدر الإمكان المساواة بين المتلقين.[29]

بهذه النصوص القانونية التي تلتها مراسيم [30] ، منشورات [31]، ومقررات [32] ، تكون عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في فرنسا قد وجدت أساسها القانوني الذي يجيزها ويحدد ضوابطها ومشروعيتها.

ثانيا- نقل الأعضاء البشرية في القانون المصري

أ/ نقل الأعضاء البشرية في الفقه المصري

1-استناد الفقه إلى طبيعة نقل الأعضاء(مشروعيتها أو عدم مشروعيتها)

يرى أنصار الاتجاه الأول أنه إذا كان الواقع قد سبق القانون وفرض نفسه في مجال عمليات نقل الأعضاء إلا أن النظام القانوني في وضعه الراهن لا يسمح بإقرار مشروعيتها وأنه لا مناص من صدور قانون ينظم هذه المسألة والتي بحكم خطورتها تتطلب قدرا أكبر من الانضباط .

---

[27]- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 448-449.

[28]- أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص112ومابعدها.

[29]- عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص449-450.

[30] -Décret n° 94-870 du 10-10-1994 relatif a l'établissement français des greffes jorf du11-10-1994.
Décret n° 95-467 du 27-04-1995 complétant le code de la santé publique et relatif aux organes visés par l'art 671/15 du dit code.

[31] -Circulaire du 03-04-1978 concernant le décret exécutif n 78-501 du 31-03-1978.
Circulaire du 21-01-1991relative à l' application du décret n° 90-844 du 24-09-1990 modifiant le décret exécutif n°78-501 du 31-03-1978.
Circulaire DGS/ DH n°31 du 31-07-1992 relative aux prélèvements et aux greffes de cornée.

[32] -Arrêté du21-09-1992 relatif aux greffes de cornée.
Arrêté du 23-10-1992 relatif au comité de transparence compétent en matière de prélèvement et d' utilisation thérapeutique des organes des tissus et des cellules d'origine humaine Jorf du 31-10-1992.
Arrêté du 18-08-1994 fixant les modalités de prise en charge des transplantations d'organes Jorf du27-08-1994.
Arrêté du 24-11-1994 précisant les règles d'inscription dans une liste d'attente des patients en attente de transplantation JORF du 25-11-1994.

وعلى ذلك فلا يستطيع الجراح الذي قام بإجراء عملية استقطاع كلية من شخص سليم لنقلها إلى آخر مريض أن يدفع بحالة الضرورة أو أن يحتج برضا المريض وبالتالي تنعقد مسؤوليته الجنائية عن هذا الفعل.[33]

أما أنصار الاتجاه الثاني فهم يقرون بمشروعية عمليات نقل الأعضاء وإن كانوا يختلفون في الأساس القانوني لتبرير هذه المشروعية،فالبعض منهم يستند إلى حالة الضرورة والبعض الآخر يستند إلى فكرة المصلحة الاجتماعية وقد سبق عرض هاتين الفكرتين بصدد معالجة الفقه الفرنسي، وهناك من يجيز هذه العمليات استنادا للقانون الخاص بنقل الدم، وهناك من يبيحها استنادا للقانون الخاص بنقل قرنيات العيون وهناك من يقر بمشروعيتها استنادًا للفتاوى الشرعية.

2-استناد الفقه إلى بعض القوانين الخاصة

لقد استند جانب من الفقه للقول بمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى بعض القوانين الخاصة من بينها القانون رقم 178 لسنة 1960 المنظم لعمليات جمع ، تخزين وتوزيع الدم ومركباته [34] ، والقانون رقم103لسنة1962 الخاص بتنظيم بنك العيون.[35]

فيما يخص القانون رقم 178لسنة1960 فهو أجاز لبنوك الدم الحصول على الدم عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي ، كما أجاز لها بيع هذا الدم إلى الجمهور.قياسا على هذا القانون ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبار أن الدم ليس هو إلا عنصر من العناصر التي تكون الجسم .

إلا أن هناك من يرى بأنه لا يمكن الاستناد إلى القانون المذكور أعلاه للقول بمشروعية نقل وزرع الأعضاء باعتبار أن الدم يتجدد تلقائيًا في الجسم بحيث لا يترتب على نقل جزء منه إصابة الجسم بضرر جسيم كما هو الحال في حالة نقل عضو من الأعضاء كالكلية مثلا.[36]

أما القانون رقم 103لسنة1962 الخاص بتنظيم بنك العيون فهو نص في مادته الثانية على مايلي:" يتلقى بنك العيون رصيده من مصدرين هما:

- عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها.
- عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبيا".[37]

---

[33]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 311.

[34]- القانون رقم 178 لسنة 1960 بتاريخ 5 يوليو 1960 الخاص بجمع تخزين وتوزيع الدم ومركباته، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية الصادرة في21يوليو 1960 ،عدد 130.

[35]-القانون 103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون.

[36]- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص56.

[37]- المادة الثانية من القانون رقم103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم بنك العيون.

إن الفقرة الثانية من هذه المادة فإنها لا تثير أي شك في جواز الحصول على عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبيا حيث يمكن استخدام الأجزاء التي مازالت صالحة لإجراء عمليات الترقيع لمصلحة المرضى.[38]

أما الفقرة الأولى فهي التي أثارت الجدل في الفقه حيث أشارت إلى عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها ، فهل يجوز لشخص سليم العينين أن يتبرع باحديهما لمريض أعمى أو مهدد بالعمى ؟

من خلال تفسيره لهذه الفقرة ذهب الفقه إلى القول بجواز التبرع بالعين حال الحياة.فالقانون نص في مادته الثانية على عبارة "يوصون أو يتبرعون بها"، و الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، والهبة تصرف حال الحياة. والمشرع قصد الهبة حين أضاف تعبير "أو يتبرعون بها" بعد أن تعرض للوصية، وبالتالي فلا يمكن تفسير عبارة النص إلا على أساس أنها تجيز التبرع بالعين حال الحياة.[39]

تبدو أهمية هذا الرأي في أنه يتخذ من التفسير السابق أساسا لإباحة عمليات نقل الأعضاء في القانون المصري، ففي تقديره أن القانون المذكور يقرر سببا من أسباب الإباحة و يجوز بالتالي القياس عليه، والحكمة التي تجيز القياس هي المصلحة الإنسانية المؤكدة التي تعود على الغير من استبدال العضو التالف بالعضو الصالح، والتضامن الإنساني يفرض على البشر التعاون من أجل مصلحة البشرية فالحكمة من السماح بالتبرع بالعين تتوافر أيضا في حالة التنازل عن أحدى الكليتين أو أحدى الرئتين.

يضيف هذا الرأي أن العين من أهم أجزاء الجسم وإذا كان المشرع قد سمح باستئصالها فإنه يسمح من باب أولى باستئصال الأعضاء الأخرى الأقل أهمية.[40]

وتأييدًا لهذا المعنى أشار هذا الفقه إلى أن الدستور الصادر بتاريخ 27 سبتمبر1962 أجاز في المادة 43 إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان بشرط الحصول على موافقته، و المصلحة في التجارب الطبية احتمالية أما في عمليات نقل الأعضاء فهي مؤكدة ولا مانع من إباحتها بل ويكون ذلك من باب أولى.[41]

غير أن هناك من يرى أن لفظ التبرع الذي جاء بالفقرة الأولى من المادة الثانية "أو يتبرعون بها"لا يقصد به المعنى الفني للهبة، لأن التبرع ليس تصرفا و إنما وصف يلحق بالتصرفات القانونية. أما الهبة فتعتبر كالوصية من التصرفات التبرعية التي تتم بدون مقابل، فالقانون المدني لا يعرف إذا تصرفا محددًا يسمى بالتبرع.[42]

---

[38]- أحمد محمود سعد، ، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة،دار النهضة العربية ،القاهرة ،الطبعة الأولى، 1986، ص 38.

[39]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 313- 314.

[40]- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، زرع الأعضاء بين الحظر والاباحة، ص 40-41.

[41]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 314.

[42]- مروك نصر الدين، المرجع السابق، زراعة الأعضاء البشرية، ص 58.

وإذا كان المشرع قد استخدم في الفقرة الأولى تعبير "أو يتبرعون بها" بعد استخدام تعبير الوصية، فقد أراد بذلك أن يؤكد أن الوصية تكون بدون مقابل، ولكنه أساء التعبير فجاءت صياغته لهذه الفقرة ركيكة تثير الشك والغموض حول حقيقة المقصود بتعبير التبرع مما يسمح معه بالاجتهاد.[43]

ومن ناحية أخرى فإن الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 103 لسنة 1962 تتحدث عن عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها طبيا، في حين تتحدث الفقرة الأولى عن عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها، ولو سايرنا منطق الرأي السابق في أن المقصود بالفقرة الأولى الهبة أي التصرف التبرعي حال الحياة لما كان من الضروري أن تضاف أصلا الفقرة الثانية، لأن من يملك التبرع بعين سليمة حال حياته، يملك – من باب أولى – أن يتبرع بعين تقرر استئصالها لعدم صلاحيتها طبيا.[44]

هذا بالإضافة إلى أن إباحة التبرع لبنك العيون بعين سليمة يعد أمرًا مخالفا للنظام العام، لأن العين من أهم أجزاء الجسم، فالقانون رقم 103 لسنة 1962 ينظم حصول البنك على العيون المستأصلة لكي يحافظ عليها ويحتفظ بها مدة معينة لحين استخدامها في الأغراض العلاجية، فلو سايرنا منطق الرأي السابق لكان معنى ذلك إباحة التبرع بعين سليمة لبنك العيون دون أن يحتاج إليها طبيا ، ويترتب على ذلك نتيجة خطيرة وهي فقد الشخص لعينه السليمة التي يتبرع بها لبنك العيون دون وجود مصلحة علاجية أكيدة للغير وهذه النتيجة لا يمكن التسليم بها.[45]

كما أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم 103 لسنة 1962 تلزم الطبيب الذي يستأصل العين أن يحدد سبب الاستئصال أي السبب الطبي للاستئصال ومعنى ذلك أن المشرع لا يجيز التصرف في عيون الأحياء إلا في حالة العين التي يتقرر استئصالها لعدم صلاحيتها طبيا، فالاتفاق على نقل عين من شخص على قيد الحياة إلى شخص مريض يعتبر باطلا لأنه يصيب الجسم بعجز جسيم ودائم.[46]

وفيما يتعلق بالقياس على نص المادة 43 من الدستور فهو في غير موضعه، فالدستور حينما تعرض للتجارب الطبية إنما وضع لإباحتها شرطا مبدئيا وهو شرط الموافقة ولكن هذا الشرط لا يغني عن ضرورة توافر شروط أخرى لابد من مراعاتها من جهة النظر الطبية والقانونية.[47]

أخيرًا ذهب الرأي السابق إلى أن القانون رقم 103 لسنة 1962 يقرر سبب من أسباب الإباحة التي يجوز القياس عليها، ومن ثم فإن حكمه يمتد إلى جميع حالات التنازل عن الأعضاء البشرية للغير، إلا أن جانبا من الفقه يرى غير ذلك لأنه لا يكفي الاستناد إلى القانون الذي يسمح بزرع قرنيات العيون لإثبات مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فهذا القانون يمثل استثناءا على الأصل العام وهو عدم

[43]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 315.
[44]- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 64.
[45]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص 315-316.
[46]- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 65.
[47]- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص 316.

جواز التعامل في جسم الإنسان، فلا يجوز القياس عليه، كما أنه لا ينشئ سبب إباحة بل يقرر مجرد مانع مسؤولية.[48]

ب/ نقل الأعضاء في التشريع المصري

بتاريخ 5 مارس 2010 أصدر المشرع المصري القانون رقم5 لسنة2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، وقد أباح المشرع المصري بموجب هذا القانون عمليات نقل زرع الأعضاء البشرية من جسم الإنسان الحي على أساس مبادئ وشروط محددة.[49]

الخاتمة:

ما يمكن أن نخلص إليه من خلال دراستنا، أن القوانين المقارنة اختلفت في أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء بدءا بنظرية السبب المشروع، و مرورا بفكرة المصلحة الاجتماعية و انتهاء بنظرية الضرورة، لكنها اتفقت على شروط مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء و أهمها: قصد العلاج، انتفاء المقابل المالي، الموافقة الحرة و المتبصرة للمتنازل، مراعاة التناسب بين مخاطر العملية و فوائدها بالإضافة إلى ضرورة مباشرة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في المؤسسات الصحية المرخص لها قانونا.

[48]- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 66.

[49]- من المحاولات التي اهتمت بضرورة إصدار تشريع ينظم عمليات التصرف في جسم الإنسان مشروع قانون استقطاع وزرع الأعضاء جوان2001 الذي لم ير النور إلا بصدور القانون رقم5 لسنة2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والذي نشر بالجريدة الرسمية العدد 9 مكرر في 6 مارس 2010 وتم العمل به بعد شهر من تاريخ نشره.

تغيير الجنس مابين الشريعة والتشريع (قانون الصحة الجزائري 11/18 دراسة حالة)

Changing sex between religion and law (Algerian health law 11/18 , a case study)

د. حلفاية زهية
جامعة الجلفة(زيان عاشور)

ملخص:

بالبحث في موضوع تغيير الجنس نلاحظ أن موقف الشرع يحرم عملية "التحول الجنسي" لأنها تدخل في مجال تغيير خلق الله سبحانه وتعالى دون وجه حق، بينما يجيز عملية "تصحيح الجنس" لأنها تعبر عن حالة مرضية وجب علاجها، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فمن خلال قانون الصحة 11/18 نلاحظ أنه اختار الصمت، مما يجعل المجال مفتوح أمام القياس وبناء عليه تصبح عملية التحول عملية مجرمة قياسا على جريمة الاخصاء، وعملية التصحيح الجنسي جائزة ضمنيا قياسا على حق المواطن في الحصول على العلاج وهو حق يكفله القانون.

research on the issue of gender reassignment We note that the position of Sharia prohibits the process of "sexual transformation" because it is part of the field of change Create God unfairly. However, it allows the process of "sex correction" because it reflects a pathological condition that must be treated. As for the Algerian legislator, through the Health Law 11/18, we note that he chose silence, which makes the field open to analogy, and accordingly the sexual transformation process becomes a criminal process compared to the crime of castration. The process of sexual correction is implicitly permissible based on the individual's right to obtain treatment, which is a right guaranteed by law.

مقدمة:

يعتبر موضوع تغيير الجنس من المواضيع الحساسة التي تواجه المجتمعات، فهو مشكل لا نستطيع إنكاره من جهة، ولا نستطيع من جهة أخرى إنكار التعقيدات التي تتولد عنه على مستوى النسيج الاجتماعي الذي أصبح يواجه فئة استثنائية (مغيري الجنس)، مما جعل هذه التعقيدات تترجم في صورة إشكالات قانونية وشرعية تدور حول هذه الفئة، وإذا كانت أغلب المجتمعات الغربية أخذت الطريق السهل في حل هذه الإشكالات، من خلال الاعتراف المطلق بهذه الفئة ومنحها غطاء قانوني يحميها ويقر لها

جملة من الحقوق والحريات متجاوزة في ذلك الاعتبارات الدينية والأخلاقية والطبية،غير أننا بالمقابل نجد مجتمعات أخرى لا تزال متحفظة في معالجة هذا الإشكال نظرا لمخالفته للفطرة البشرية والتعقيدات التي تشوبه، متقيدة في ذلك بالحدود الشرعية والمتطلبات الطبية بهدف الوصول لموقف قانوني سليم وعادل اتجاه هذه الفئة، ومن هنا يمكن طرح **التساؤل حول موقف المشرع الجزائري من تغيير الجنس والأبعاد التي استند عليها في هذا الموقف؟**

أولا: مفاهيم حول الاضطراب الجنسي:

إن تتبع الموقف الشرعي والقانوني من تغيير الجنس يستدعي أولا توضيح بعض المفاهيم التي تحيط بهذا الموضوع والتمييز فيما بينها:

أ/ التحول الجنسي:

تطلق كلمة التحول في اللغة العربية على معاني منها الانتقال من حال إلى حال أخر[1]، أما من الناحية الاصطلاحية فقد عرفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المتحولين جنسياً بأنهم: "أشخاص رغم انتمائهم جسديًا إلى جنس ، لديهم شعور بالانتماء إلى الآخر" وغالبًا ما يحاولون "الوصول إلى هوية أكثر تماسكًا وأقل غموضًا من خلال الخضوع إلى الرعاية الطبية والتدخلات الجراحية من أجل تكييف ميولهم النفسية مع تكوينهم البدني ".[2]

« La Cour européenne des droits de l'homme définit le transsexualisme comme le fait pour des « personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à l'autre » et qui « essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter leurs caractères physiques à leur psychisme » (CEDH, 17 octobre 1986, REES contre Royaume-Uni, série A, n° 106) »

يصف التصنيف الدولي للأمراض التحول الجنسي بأنه "الرغبة في العيش كشخص ينتمي إلى الجنس الآخر وأن يتم تقبله على هذا النحو. عادةً ما تكون هذه الرغبة مصحوبة بالشعور بعدم الانتماء

[1] - ألاء محمد فيصل إسماعيل، **تغيير النوع بين الفقه والقانون**، مجلة روح القوانين، العدد الخامس والتسعون، إصدار يوليو 2021 ص 763.

[2] - **Avis du 30 juin 2010 relatif à la prise en charge des personnes transsexuelles incarcérées.** https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000022512514

لجنسه التشريحي والرغبة في الخضوع لعملية جراحية أو علاج هرموني من أجل جعل الجسم مطابقًا قدر الإمكان للجنس المغاير المطلوب والمرغوب فيه ".[3]

« La classification internationale des maladies (CIM10) décrit le transsexualisme comme « le désir de vivre et d'être accepté en tant que personne appartenant au sexe opposé. Ce désir s'accompagne habituellement d'un sentiment de malaise ou d'inadaptation envers son propre sexe anatomique et du souhait de subir une intervention chirurgicale ou un traitement hormonal afin de rendre son corps aussi conforme que possible au sexe désiré.»

بناء على ذلك نصل لحقيقة أن التحول الجنسي عبارة عن " استبدال جنس الشخص بجنس أخر أي تغيير جنسه الطبيعي بجنس اصطناعي مضاد لجنسه."[4]

وإننا بالبحث في أسباب التحول الجنسي، نجدها تتراوح مابين المؤثرات الاجتماعية من جهة وانهيار القيود الأخلاقية والدينية من جهة أخرى، فمن الأسباب الاجتماعية نذكر مثلا:[5]

- الاعتداء الجنسي على الأطفال من بني جنسهم، والذي قد يتسبب في اضطراب جنسي قهري لدى المعتدى عليه
- العنف الأسري الذي يمارس ضد الطفل داخل الأسرة من قبل الأب، والذي يولد داخله نفور من الجنس الذكري وربطه بمشاعر الخوف والألم والاضطهاد...،
- تعاطي الأم هرمون الأنوثة أثناء الحمل،
- الحماية الزائدة من الأم التي قد تتسب في التأثير على السمات الذكورية لدى الطفل مثل الشجاعة، الخشونة....،
- النشأة غير السليمة للطفل في محيط يخلو من بني جنسه ومنعه من الاختلاط بهم، كان ينشأ الطفل في محيط نسائي فقط فيتطبع بطباعهم والعكس صحيح،
- تشجيع الأم للطفل على ارتداء ملابسها،
- التنمر وإطلاق لقب أنثوي على الطفل،

---

[3]- المحكمة الأوربية، نفس المرجع، تمت المشاهدة بتوقيت 11:38، بتاريخ 2023/05/01.

[4]- سعيدي محمد نجيب، **التغيير الجنسي من منظور قانوني وشرعي**، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الرابع العدد الثاني، سنة 2020، ص403.

[5]- د. سعيد إبراهيم دويكات، أ. وفية المصري، **عمليات تحويل الجنس...نظرة علمية وشرعية**، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي (قضايا طبية معاصرة)، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية بطرابلس، فلسطين 2019، ص06.

- التأثير السلبي لوسائل الإعلام التي تظهر الأمر على أنه حق شخصي ومظهر من مظاهر التنوير والتحضر،
- الرغبة في الحصول على مكاسب مادية من طرق غير شرعية (ممارسة الشذوذ الجنسي)، اكتساب مبالغ ضخمة في حالة الميراث، أو ما شابه ذلك من حالات...

أما من الناحية الأخلاقية والدينية، فإن التحول الجنسي يرجع إلى ضعف الوازع الديني والأخلاقي لدى الشخص، فهو تغيير لخلق الله سبحانه وتعالى ليتناسب مع الانحراف الجنسي لدى الشخص (الشذوذ الجنسي)، فيصبح التحول الجنسي غطاء للمثلية الجنسية (Homosexualité) التي "تتسم بميل الشخص إلى نفس الجنس الخاص به" [6] ، وبدل أن يقابل الشاذ جنسيا بالرفض من بني جنسه، يقدم على عملية التحول الجنسي ليتحصل على هذا القبول.

أضف إلى ذلك انتشار الإلحاد الذي يهاجم الأديان والقيم الأخلاقية ويدعوا لهدمها، بحكم أنها تقيد حرية الإنسان، فهو بذلك يطلق العنان للنزعة البوهيمية[7] لدى الشخص وإيهامه بالحرية المطلقة التي من مظاهرها حق التحول الجنسي تحت عنوان حرية اختيار الانتماء الجنسي.

ب/ التصحيح الجنسي:

بالبحث في المعني اللغوي لكلمة تصحيح نجدها مشتقة من فعل (صحح) وهو إزالة ما بالشيء من خطأ أو عيب، وبالتالي تصحيح الجنس يفترض تصحيح الوضع الخاطئ أو العيب الذي يشوب الشخص من الناحية الجسدية.[8]

ومن التعريفات القانونية لعملية التصحيح الجنسي نجد أنه: " تدخل طبي بهدف تصحيح جنس الشخص الذي يكون انتماؤه الجنسي بحيث يشتبه أمره بين أن يكون ذكرا أو أنثى، وذلك كأن تكون له ملامح جسدية جنسية مخالفة للخصائص الفسيولوجية والبيولوجية والجينية للشخص، كمن تدل ملامحه على أنه ذكر بينما في الحقيقة أنثى والعكس" .

---

[6] - سعيدي محمد نجيب، مرجع سابق، ص 405.

[7] - مصطلح يستخدم لوصف فنانين يعيشون ويدعون إلى التفكير الحر المطلق غير المقيد، محاولة منهم لإضفاء أسلوب خاص في نتاجهم الأدبي أو الفني. لذلك فهم لا يمتثلون في سلوكهم وأعمالهم إلى أعراف المجتمع وتقاليده.، وبناء على ذلك أصبح هذا المصطلح يطلق على أي شخص أو فعل لا يتقيد بالأعراف والتقاليد... https://ar.wikipedia.org/wiki/بوهيمية، شوهد بتوقيت 11.12 / بتاريخ 02-05-2023.

[8] - ريمة صالح عبد الرحمن المانع ، تحويل الجنس وأثره على الحالة المدنية-دراسة تحليلية مقارنة-، رسالة ماجستير في القانون الخاص كلية القانون، جامعة قطر، يناير 2019، ص 11.

ولقد عرفت الشريعة الإسلامية هذا الغموض الجنسي تحت مسمى "الخنثى" ووضعت له تصنيفات معينة تنقسم إلى:[9]

1/خنثى غير مشكل: أدمي تظهر فيه علامات جسدية تدل علة الأنوثة وعلامات أخرى تدل على الذكورة، فإن غلبت عليه علامات الذكورة حكم عليه بأنه ذكر، وإن تبين أن علامات الأنوثة هي الغالبة حكم عليه بأنه أنثى، وفي بعض الأحيان لا يتضح أمره فينتظر بلوغه حتى يفصل في الأمر .[10]

2/ خنثى مشكل: وهو الشخص الذي لا تتضح فيه علامات الذكورة أو الأنوثة بحيث لا يعرف أنه رجل أو امرأة.

أما من الناحية الطبية فيقسم الخنثى إلى خنثى حقيقية وهو الشخص الذي يجمع جهازي الذكورة والأنوثة معا، أما الخنثى الكاذبة فتنقسم بدورها إلى خنثى كاذبة أصلها أنثى وظاهرها ذكر وخنثى كاذبة أصلها ذكر وظاهرها أنثى.[11]

من خلال ما سبق ذكره يتضح لنا الفرق مابين التحول الجنسي والتصحيح، فالخنثى مشكلته إبهام جنسي أصلي، ومن ثم فهو ضحية الطبيعة، وهذا ما يبرر العمليات الجراحية لتحديد جنسه الراجح أي أن الأمر يتعلق بتصحيح الجنس، وهذا بخلاف حالة تغيير الجنس، لأن جنسه محدد تشريحيا ولا غموض فيه، غير أن لدية شعور نفسي بالانتماء للجنس الأخر ، وبالتالي تصبح المسألة تتعلق بتغير جذري لجنسه التشريحي إرضاء لميوله النفسي.[12]

ج/ الإعاقة الجنسية:

إن الحديث عن الإعاقة الجنسية يرجع إلى وجود خلط كبير بين الخنثى وبين المعاق جنسيا فإذا كان الخنثى يعاني من غموض جنسي جسدي نتيجة اجتماع علامات الذكورة والأنوثة في نفس الشخص مما يتطلب معه تصحيح الجنس، فإن الإعاقة الجنسية لا تتعلق بوجود غموض جنسي فيسولوجي وإنما تتعلق بعدم وجود ميول جنسية من الأصل نحو أي جنس نفسية كانت أو جسدية.

---

[9] - منال مروان منجد،عمليات تحويل الجنس في دولة الإمارات المتحدة: دراسة تحليليه مقارنة، مجلة جامعة الشارقة، المجلد 16، العدد 02 ، ديسمبر 2019، ص 97 و 102.

[10] - سعيدي محمد نجيب، نفس المرجع، 405.

[11] - منال مروان منجد، مرجع سابق، ص 102.

[12] - راجع في ذلك: مكرلوف وهيبة، **الأحكام القانونية لتغيير الجنس –دراسة مقارنة-**،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2016، ص 45و46.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها قد أشارت إلي هذه الحالة في الآية التالية من القرءان الكريم:

"...قُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاء بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاء بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاء وَلا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ..."[13]

لقد نصت الآية صراحة على مصطلح **"غير أولي الإربة من الرجال"**، وبالرجوع إلى المعنى اللغوي لكلمة "الإربة" نجدها تعني "الحاجة"، ومنه فغير أولي الإربة من الرجال يقصد به من لا حاجة له بالنساء، "وبالرجوع إلى المفسرين نجد من بين أقوالهم: أن **"غير أولي الإربة من الرجال"** تطلق على الرجل الذي لا حاجة له بالنساء، فقد جاء عن ابن كثير قوله :" كالأجراء والأتباع الذين ليسوا بأكفاء وهم في ذلك في عقولهم وله وخوث، ولا هم لهم إلى النساء،إي ليس لهم ميل للنساء."[14]

ورغم أن أغلب المفسرين قد ربطوا "غير أولي الإربة بالمخنثين"، إلا أن "الشيخ العثمين" قال بأن العبرة ليست في ثبوت الخنوثة وإنما في ثبوت عدم الميل إلى النساء، واستند في قوله هذا على حادثة طرد النبي عليه الصلاة والسلام للمخنث الذي كان في بيته لما علم منه ميلا للنساء[15]، ومنه إذا كانت مشكلة "المخنث" مشكلة عضوية فسيولوجية، فمشكلة "غير أولي الإربة" تكمن في انعدام الميول الجنسية من الأساس، وهم في ذلك مثل الأعمى والأصم والأبكم بالولادة، فرغم والوجود الفسيولوجي للحاسة إلا أن وظيفتها منعدمة، كما لا يجوز الربط بين "غير أولي الإربة والعجز الجنسي" لان هذا الأخير يتعلق بفشل أحد مراحل العملية الجنسية لظروف عضوية ونفسية[16]، بينما الأول ينفي وجودها من الأساس.

من جهة أخرى نجد أن الدراسات الغربية تؤكد صحة هذا الطرح، فقد جاء فيها أن مناقشة الاضطرابات الجنسية يجب أن يبنى على أربعة أسس: الجنس البيولوجي، الهوية الجنسية، التعبير

---

[13] - **القرءان الكريم**، سورة النور، الاية31.

[14] - أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير ،**تفسير القرءان العظيم**، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،لبنان سنة 2000 ، ص 1330 .

[15] - محمد بن صالح العثيمين، **تفسير القرءان الكريم-سورة النور-**، الطبعة الاولى، دار الدر للنشر والتوزيع، مصر 1436هـ الموافق لـ 2015م، ص 181.

[16] - راجع في ذلك: سقني سارة، **الاكتئاب لدى الرجل المصاب بالعجز الجنسي**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في علم النفس الإكلينيكي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، قسم العلوم الاجتماعية، جامعة العربي بالمهيدي أم البواقي، 2014-2015.

الجنسي، الميل الجنسي، وهذا اعتراف بمدى تأثير الميول الجنسية في الكشف عن الموقف الجنسي للشخص.

(Green and Maurer introduce learners to the transgender discussion by building on what they already know about the world in four components : (a) biological sex, (b) gender identity, (c) gender expression, and (d) sexual orientation.[17]

كما تميز هذه الدراسات مابين الهوية الجنسية (Gender identity) و التوجه أو الميل الجنسي (Sexual orientation)، فالهوية الجنسية هي شعور الإنسان الداخلي بانتمائه لجنس معين، وهذا الشعور يمكن أن يكون متوافقاً مع الجنس (الذكورة أو الأنوثة)الذي ولد به الإنسان وقد يكون مختلفاً عنه، في حين أن التوجه أو الميل الجنسي يقصد به شعور المرء بالانجذاب نحو الآخرين، وهذا الانجذاب يمكن أن يكون لأشخاص من الجنس الآخر أو من جنسه أو من الجنسين معاً، وقد لا ينجذب لأي جنس ويكون عديم الرغبة الجنسية[18] .

وهذا يجعلنا أمام "اللاجنسي" « Asexual » والذي يقابله في القرءان الكريم مصطلح " غير أولي الإربة" فرغم علمه بهويته الجنسية كذكر[19] ، ليس له ميول جنسية، وقد تم تعريف "اللاجنسيه" عند الغرب على أنها غياب الانجذاب الجنسي لدى الشخص اتجاه أي من الجنسين.

" defined asexuality as an absence of sexual attraction to people of either gender[20]."

بناء على ما سبق ذكره يتضح لنا أن الإعاقة الجنسية أو ما يصطلح عليه بـ " غير أولي الإربة" أو "اللاجنسي" تعبر عن انعدام التواصل بين آلة لدى الرجل ووظيفتها، كما هو الحال في أي إعاقة أخرى يعرفها الإنسان بالولادة على وجه الخصوص والتحديد، لأنها إن لم تكن بالولادة نصبح أمام العجز الجنسي.

---

[17]- Mark Levand , **A Review of of the Teaching Transgender Toolkit: A Facilitator'sGuide to Increasing Knowledge, Decreasing Prejudice &Building Skills**, American Journal of sexuality education, 2017,V 0, NO 0,1-5, p 02.

[18] - منال مروان منجد، مرجع سابق، ص 100.

[19] - يجب أن نفرق بين مصطلح « Asexual» ومصطلح« Agender » فهذا الأخير يقصد به الشخص الذي لا يعرّف عن نفسه على أنه يمتلك هوية جندرية يمكن تصنيفها على أنها رجل أو إمرة، أو يعرّف نفسه بأنه لا يمتلك هوية جنسية.

[20]- Stephanie B. Gazzola – MA (Candidate) Melanie A. Morrison – PhD University of Saskatchewan Canada, **Asexuality: An Emergent Sexual Orientation Stephanie**, p05. :https://www.researchgate.net/publication/257921632

ثانيا : موقف الشريعة من التغيير الجنسي

أ/ موقف الشريعة من التحول الجنسي:

إن الموقف الراجح لفقهاء الشريعة الإسلامية، يجزم بأنه مهما تعددت مسميات عملية التحول الجنسي سواء سميت بجراحات تغير الجنس، أو جراحات تحويل الجنس ، أو التحول الجنسي ، أو الانقلاب الجنسي، فما دام أن العملية لشخص ذكر محقق الذكورة ، أو أنثى محققة الأنوثة بغرض تحويل جنسه إلى الجنس الآخر، فهي عمليات لا تدخل في إطار الشرعية العلاجية لعدم و جود المبرر الشرعي لإجرائها ، وليس هناك حاجة شرعية تدعوا لذلك ولا تلحق بأصل الخنوثة، بل هي عمليات لبتر وتغيير للأعضاء السوية [21]، خاصة بعد علمنا أن الأعضاء محل عميلة التحول تصنف طبيا بأنها أعضاء غير قابلة للتجدد إذا تم استئصالها، على عكس الأعضاء القابلة لتجدد من تلقاء نفسها رغم استئصال جزء منها مثل الدم، الكبد، الجلد...[22]

ويعتمد الفقهاء في تحريم عملية التحول الجنسي على مجموعة من الأدلة سواء علة مستوى القرءان الكريم أو السنة النبوية.

1- الأدلة من القرءان الكريم:

بتتبع آيات القرءان الكريم يظهر لنا إرادة الله سبحانه وتعالى في جعل الخلق البشري مقسم إلى ذكر وأنثى، ويشمل ذلك "الخنثى" كونه إما ذكر أو أنثى،قال تعالى: (...**لِلَّهِ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَآءُ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ (49) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَٰثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًا إِنَّهُۥ عَلِيمٌ قَدِيرٌ(50)**...)، وبالتالي فإن حقيقة الإنسان لن تخرج عن كونه ذكرا أو أنثى.

من جهة أخرى قال تعالى:(...**وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّن دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا** ...)[23]، لقد تضمنت الآية حرمة تغيير خلق الله على وجه العبث، وهذا النوع من الجراحة فيه تغيير للخلقة على وجه العبث، إذ يقوم الطبيب الجراح بعملية تحويل الذكر إلى أنثى أو العكس بدون مبرر.

---

[21] - كمال سيد عبد الحليم محمد، **التحول الجنسي وعقوبته في الفقه الإسلامي**، المجلد 38، العدد الأول، مجلة الدراسات العلمية جامعة المنيا، مصر 2018، ص 489.

[22] - سيعدان أسماء، **الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي**، أطروحة دكتوراه، فرع القانون الخاص كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر يوسف بن خده، 2012-2013، ص 04.

[23] - القرءان الكريم، مصدر سابق، سورة الشورى، الآية 49،50 ، سورة النساء، الآية 119.

وفي هذا السياق يقول "أحمد كنعان" : ما ظهر في بعض المجتمعات المنحرفة عن فطرة الله تعالى من جراحات لتغيير الجنس عند أشخاص أسوياء الخلقة، فهو حرام قطعا؛ لما فيه من تغيير لخلق الله تعالى دون ضرورة مشروعة، ولأنه استجابة لدعوة الشيطان الذي توعد بإغواء بني آدم بمثل هذه الأفعال المحرمة "**وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ** "[24]، الأمر الذي يستوجب العقوبة "**وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّن دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا**".

2- **الأدلة من السنة النبوية:**

لقد ثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام نهيه الصريح وإنكاره لتحول الذكر إلى أنثى، أو تحول الأنثى إلى ذكر، ومن بين الأحاديث نذكر عن ابن عباس رضي الله عنهما:(**لعن رسول الله عليه الصلاة والسلام المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال.**)، وعن أبي هريرة رضي الله قال:(**لعن الرسول عليه الصلاة والسلام الرجل يلبس لبسة المرأة، والمرأة لبسة الرجل**)، وجه الدلالة في هذه الأحاديث :أنها نصٌ في لعن تشبه الرجال بالنساء والنساء بالرجال بأي صورة من صور التشبه سواء في اللباس أو التصرفات أو في الخلقة، واللعن يقتضي حرمة الأمر الملعون، بل يدل على تعداده من كبائر الذنوب، وعملية تغيير الجنس داخلة في معنى التشبه المنهي عنه، بل هي أشد من مجرد التشبه؛ إذ بها يصير الرجل امرأةً والمرأة رجلًا.[25]

وهذا الاتجاه الشيطاني إلى إباحة تغيير الجنس ليس وليد اليوم، بل هو نتيجة حتمية لجملة من الانحرافات التي تفشت في المجتمعات الضالة التي أطلقت العنان للشهوات، وأباحت الشذوذ وباتت تنظر إليه على أنه سلوك طبيعي، لا شبهة فيه ووصل هذا الانحراف أنها جعلت الزواج بين أفراد الجنس الواحد أمرا قانونيا، فكانت النتيجة أن تمادى أهل الضلال في ضلالهم، حتى بدأ بعضهم يطالبون بتغيير جنسهم لكي يتوافق مع الوضع الشاذ الذي صاروا إليه.[26]

إن الحكم الشرعي لا يقف عند التحريم بسبب تغيير الخلقة أو التلاعب بها، بل يتعدى ذلك للتحريم بسبب إلحاق الشخص الأذى والضرر بنفسه، حيث تبين مدى الآثار السلبية لهذه التحول على فاعليه من حيث ارتفاع نسب الانتحار، والإصابة بالأمراض النفسية كالقلق، والاكتئاب، والمعاناة

---

[24] - عادل خالد عبد الكريم العنزي، **التحول الجنسي وأثره في الإرث بين الشريعة والقانون**، المجلد 36، العدد 99، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث العلمية، جامعة القاهرة مصر 2020، ص 62-63.

[25] - فرحان بن هسمادي، مصطفى بن محمد جبري شمس الدين، **حكم تحويل الجنس: دراسة تقويمية في ضوء مقاصد الشريعة** المجلة العالمية للدراسات الفقهية ولأصولية، المجلد 02، العدد02، الجامعة الدولية الإسلامية، ماليزيا 2018، ص 54.

[26] - عادل خالد عبد الكريم العنزي، مرجع سابق، ص 64.

المجتمعية، نتيجة عدم القدرة على التكيف مع المجتمع من خلال جنسه الجديد، أو عدم تقبل المجتمع له، وما ينتج عن ذلك من شعور بالعزلة، وفقدان الثقة بالنفس، واحتقار الذات[27].

لقد أيدت الدراسات العلمية موقف الشريعة الاسلامية، من حيث الآثار الناتجة عن التحول فقد أشارت مؤسسة كارلونيسكا السويدية أنها قامت في العام 2011 ، بدراسة عميقة طويلة المدى تابعت خلالها 324 شخصًا ممن سبق وأن أجروا عمليات تحول جنسي، وقد استغرقت فترة متابعة هؤلاء 30 عامً، وانتهت الدراسة إلى أنه اعتباراً من 10 سنوات بعد عملية التحول الجنسي، أخذ المتحولون جنسيًا في الشعور بصعوبات ذهنية، وكان الأمر اللافت أكثر، هو أن نسبة الانتحار جاءت مرتفعة بـ 19 ضعفاً بين هؤلاء المتحولين مقارنة بغيرهم من غير المتحولين جنسيًا، أما الدكتور "بول ماكهيو"، أستاذ علم النفس الأمريكي، فقد أبدى رأياً صريحا في مسألة التحول الجنسي حيث يقول": الادعاء بأن هذه قضية حقوقية إنسانية وتشجيع الناس لإجراء عمليات التحول الجنسي هو في الحقيقة تعاون وتشجيع لاضطراب ذهني."[28]

ب/ موقف الشريعة من التصحيح الجنسي:

تعتبر مسألة تصحيح الجنس من الناحية الشرعية جراحة محلها "الخنوثة المرضية" سواء كانت خنوثة حقيقية أو كاذبة، وهي تهدف إلى إعادة التوازن غلى جسد الشخص والكشف عن الجنس الحقيقي له، وبالتالي يجب أن تكون العملية كاشفة لجنس الشخص وليست منشأة له ما يحدث في عمليات التحول الجنسي، ويعتمد الموقف الشرعي في ذلك على مجموعة ومن الحجج نذكر منها:

1- من القرءان الكريم:

قال الله سبحانه وتعالى:(...**ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى(38) فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى (39)....** وقال تعالى:(**يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاء وَاتَّقُواْ اللّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا(01)...**[29]

بناء على هذه الآيات وكل مشابهها من الآيات التي تتحدث عن خلق الإنسان، نجد دلالة واضحة على أن الله سبحانه وتعلى خلق الذكر والأنثى لا جنس ثالث لهما ومنه وجب إلحاق "الخنثى" بأحد الجنسين، وفي ذلك يقول القرطبي أن"الخنثى" ليس بنوع منفصل ولكنه له حقيقة ترده إلى هذين النوعين وهي الآدمية فيتم إلحاقه بأحدهما.

---

[27] - سعيد إبراهيم دويكات، وفية المصري، مرجع سابق، ص 11.

[28] - سعيد إبراهيم دويكات، وفية المصري، المرجع السابق، ص08-09.

[29] - القرءان الكريم ، سورة النساء ، سورة القيامة.

2- **من السنة النبوية:**

إنه بالبحث في الأحاديث النبوية الشريفة، نجد الكثير من الأدلة التي تبيح عملية تصحيح الجنس، فقد جاء عن إبي هريرة رضي الله عن النبي عليه الصلاة والسلام قال: (ما انزل الله داء إلا وجعل له دواء)، وعن أسامة شريك قال:(أتيت رسول الله صل الله عليه وسلم و أصحابه كأنما على رؤوسهم الطير، فسلمت ثم قعدت، فجاء الأعراب من هاهنا و هاهنا فقالوا يا رسول الله، أنتداوى؟ فقال: تداووا، فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء غلا داء الهرم)، وجاء عن هارون بن معروف وأبو الطاهر واحمد بن عيسى ،قالو: (حدثنا ابن وهب أخبرني عرو عن عبد ربه بن سعيد، عن أبي الزبير، عن جابر، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: لكل داء دواء، فإذا اصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل)...

يفهم من هذه الأحاديث أنها تدعوا إلى التداوي والعلاج، والأخذ بالأسباب عند المرض، حيث أكد الرسول عليه الصلاة والسلام على أن الله سبحانه وتعالى جعل لكل داء (مرض- علة) دواء وعلاج وهذا من عدل الله ورحمته بالعباد، وبتطبيق هذه الأحاديث على "الخنثى" يتبين جواز دخول عمليات تصحيح الجنس ضمن العلاج، فهو مصاب بعلة عضوية تحتاج لعلاج طبي لتصحيح وضعه بيكون ذكرا كاملا أو أنثى كاملة.

من ناحية أخرى فقد أثيرت مسألة تصحيح الجنس على مستوى مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في مكة المكرمة في دورته الحادية عشر يوم الأحد الموافق 1989/02/19 واستمرت إلى 1989/02/26 وكان ذلك القرار السادس في الدورة، وقرر الأتي:

(...ثانيا: أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيا، بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء أكان العلاج بالجراحة، أم بالهرمون، لأن هذا مرض والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييرا لله عز وجل...)[30]

وقال الدكتور على جمعة" :لا يجوز إجراء العملية الجراحية التي تسمى: تحويل الجنس، أو تغييره، أو تصحيحه إلا في حالة "الخنثى" الذي اجتمعت فيه أعضاء جسدية تخص الذكور والإناث، كما يتضح أنه لا يجوز شرعا الاعتماد في تحديد هوية (الخنثى المشكل)الجنسية على سلوكه وميوله ،إلا في حالتين :الأولى عند العجز عن التحديد بناء على العلامات المادية المذكورة، والثانية إذا لم يكن له آلة رجل ولا أنثى، وفيما عدا هاتين الحالتين لا يجوز إلحاقه بأي الجنسين بناء على ميوله القلبية، أو ما يمكن أن

[30] - ريمة صالح عبد الرحمن محمد المانع، مرجع سابق، ص.ص17- 28.

يعبر عنه اليوم بالإحساس الداخلي بأن روحه تنتمي إلى الجنس الآخر.[31] لان الإحساس شيء لا ينضبط،فقد يكون صحيحا، وقد لا يكون كذلك، كما انه غير ثابت وقابل للتغير وبالتالي لا يمكن بناء قرارات مصيرية عليه، فماذا سيكون لو أن رجلا متحولا بعد عشر سنين من التحويل شعر أنه أنثى أراد أن يعود إلى أصله والعكس صحيح؟[32]

وبالرجوع إلى حالة "الخنثى المشكل"، فإنه مع التقدم الطبي الهائل والثورة البيولوجية الجزئية والهندسة الوراثية التي طبعت أواخر القرن العشرين وبدايات القرن الحادي والعشرين، أجاز علماء الشريعة الرجوع إلى الخبرة الطبية لتحديد الصفة الغالبة لدى "الخنثى المشكل"، فإذا أقرت الخبرة ضرورة إجراء عملية جراحية فلا مانع من ذلك[33]، ومنه لا يمكن الاعتماد على الشعور والميول النفسية و بأي حال من الأحوال، في ظل وجود الخبرة الطبية التي من شأنها أن تحسم الغموض بقرائن مادية ملموسة وثابتة (التشخيص والاختبارات والتحاليل الطبية).

ثالثا: موقف التشريع الجزائري من التغيير الجنسي

أ/: موقف المشرع من التحول الجنسي:

إن الملاحظ على موقف المشرع الجزائري أنه لم يتناول عملية "التحول الجنسي" بأي نوع من التأطير القانوني المباشر والصريح، غير أنه وبالرجوع إلى قانون الصحة رقم 11/18 نستطيع أن نحكم قياسا بتجريم هذه العملية من خلال المادة 355 التي جاء فيها: **(لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون)** [34]، فإذا افترضنا جدلا حدوث عملية "تحول جنسي" في الجزائر في ظل قانون الصحة الحالي فلا شك أنها ستكيف قانونيا كجريمة، وذلك بالاستناد إلى المادة السابقة الذكر، بناء على ناحيتين:

- من الناحية الأولى: أن المادة 355 لا تجيز نزع أو زرع الأعضاء، إلا لغرض علاجي أو تشخيصي، وبما أن عملية التحول الجنسي مبنية في الأساس على دوافع نفسية، وليس مشاكل مرضية عضوية فإن تحقق الغرض العلاجي أمر غير مضمون، خاصة وأن بعض الدراسات العلمية كما سبق الذكر أثبتت أن عملية "التحول الجنسي" تسبب في تدهور الحالة النفسية للمتحول لا علاجه، مما

---

[31] - عادل خالد عبد الكريم العنزي، مرجع سابق، ص 64.

[32] - فرحان بن هسمادي، مصطفى بن محمد جبري شمس الدين، مرجع سابق، ص 56.

[33] - بوشي يوسف، **الجسم البشري واثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا** ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان 2013/2012، ص 232.

[34] - **القانون رقم 11/18** مؤرخ في 18 شوال 1439، الموافق لـ 20 يوليو سنة 2018، **يتعلق بالصحة**، الجريدة الرسمية الجزائرية /عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 ذو القعدة 1439، الموافق لـ 29 يوليو 2018،ص 34.

قد يصل بالبعض إلى الانتحار ، وبما أن هذه العملية لا تضمن تحقق الغرض العلاجي المشترط في المادة 355 فهي بذلك تصبح غير جائزة ومخالفة للقانون.

- من الناحية الثانية: أن عملية نزع وزرع الأعضاء التي تناولها المشرع تتعلق بموضوع التبرع بالأعضاء البشرية لأغراض علاجية، وبما أن عملية التحول تتعلق ببتر الأعضاء فهي مخالفة للشروط التي نص عليها هذا القانون مما يجعلها غير جائزة قانونا.

وفي ظل غياب المعالجة القانونية الصريحة لعملية "التحول الجنسي"، يمكن القول بان التشريع الجزائري، يعتبر من بين التشريعات التي اختارت الصمت حيال هذا الموضوع، فلا هي نضمته بنصوص تشريعية صريحة، ولا هي نصت على ترتيب بعض الآثار بصدده، و لاهي أخيرا نصت على تجريمه، ولا صدر عنها ما يدل على ذلك، ولكنها تركت معالجة هذا الموضوع برمته للفقه والقضاء، وبناء عليه تبقى عملية "التحول الجنسي" في هذه التشريعات من الناحية الجنائية، تقاس على جريمة الاخصاء والتي يقصد بها استئصال كل عضو ضروري للإنجاب.[35]

غير أن الجدير بالذكر أن قانون الصحة 11/18 إن لم يعالج عمليات "التحول الجنسي"،فهو قد نص بطريقة غير مباشرة، على معالجة الرغبة في "التحول الجنسي" باعتبارها من قبيل الاضطرابات النفسية، وذلك من خلال المادة 125منه والتي جاء فيها: **(يشمل التكفل بالمرضى المصابين باضطرابات عقلية أو نفسية، أعمال الوقاية والعلاجات وإعادة التأهيل وإعادة الإدماج الاجتماعي.)**[36] ، من خلال هذه المادة يمكن لمنظومة الطب النفسي أن تعمل على محاولة تقويم الاضطراب النفسي لدى الشخص بشكل يجعله يعدل عن رغبته في "التحول الجنسي" .

ب/ موقف المشرع من التصحيح الجنسي:

من الدول التي حاولت تنظيم "تصحيح الجنس" الإمارات العربية المتحدة في المرسوم بقانون اتحادي رقم 04 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية، والذي عرف تصحيح الجنس والتحول الجنسي وميز بينهما، ونص على محظورات العمل الطبي ومنها إجراء عملية التصحيح الجنسي، وفرض جزاءات للطبيب حال إجراء هذه العمليات، ووضع لها اشتراطات خاصة (الخنوثة) تبرر إجراء هذه العمليات أما بالنسبة للعراق، فقد صدر قرار وزير الصحة رقم 04-2002 بتاريخ 2002/11/18 بشأن عمليات تصحيح جنس الإنسان، حيث جاء القرار بالنص على تصحيح الجنس والاجراءات المتبعة في ذلك ونوع

[35] - بوشي يوسف، مرجع سابق، ص246-247.

[36] - قانون الصحة 11/18 ، مصدر سابق، ص 14.

الاختبارات التي يجب على طالب التصحيح القيام بها ونص على تشكيل لجنة مختصة في دراسة طلبات تصحيح الجنس.[37]

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، نجد أنه لم ينص صراحة على إجازة عملية "التصحيح الجنسي" أو منعها، ولم يأتي على ذكرها، وفي انتظار معالجة قانونية صريحة لعملية "التصحيح الجنسي"، فإن الإقدام على إجرائها لا يعتبر جريمة بل حقا مكتسب، خاصة في ظل توفر غطاء شرعي يعترف بضرورتها وبجواز إجرائها تحت مسمى "الخنوثة"، وفي ظل وجود غموض عضوي لا يمكن إنكاره تستحيل معه استمرارية الحياة بشكل طبيعي، يستطيع الشخص إجراء هذه العملية بالاستناد إلى المادة 21: **(...ولا يجوز التمييز بين الأشخاص في الحصول على الوقاية والعلاج، لا سيما بسبب أصلهم أو دينهم أو سنهم أو جنسهم أو وضعيتهم الاجتماعية والعائلية أو حالتهم الصحية أو إعاقتهم. لا يمكن أن يشكل أي مبرر مهما كانت طبيعته، عائقا في حصول المواطن على العلاجات في هياكل ومؤسسات الصحة لاسيما في حالة الاستعجالات...)**، باعتبارها مادة قانونية تكفل الحق في الحصول على العلاج بصفة عامة، ودون تمييز مهما كانت المبررات .

وفي حالة امتناع الجهات المختصة عن معالجة الشخص وحرمانه من فرصة التصحيح يمكن له اللجوء إلى الطعن استنادا للمادة 28: **(يحق لكل مريض وكذا لكل شخص مؤهل لتمثيله، إيداع طعن في حالة خرق حقوقه لدى لجنة الصلح والوساطة المنشأة على مستوى كل مصلحة خارجية حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.)**[38]

الخاتمة:

إن مناقشة موضوع تغيير الجنس على ضوء الشريعة والقانون، وصل بنا إلى التمييز بين "التحول الجنسي" و "وتصحيح الجنس"، على أن الأول أمر مجرم ومحرم على كل الأصعدة دينيا و منطقيا وفطريا، مما يتطلب تجريمه قانونا، أما الثاني فهو أمر لا يخرج عن المشاكل العضوية التي تحتاج إلى تدخل طبي لإصلاحها وهو أمر مشروع دينيا وقانونيا وبناء على ذلك تظهر جملة من النتائج والتوصيات نذكر منها:

[37] - ريمة صالح المانع، جابر محجوب، طارق جمعة، مرجع سابق، ص 30.

[38] - قانون الصحة 11/18، المصدر السابق، ص 06-07.

النتائج:

- التحول الجنسي عملية تغيير بيولوجي جذري من ذكر إلى أنثى والعكس، يعتمد على بتر أعضاء سليمة وزع أعضاء أصناعية مع تحويل الطبيعة الهرمونية للجسم إلى النقيض(زيادة الهرمونات الذكرية لدى الأنثى والعكس).
- التصحيح الجنسي عملية تعتمد على تصويب خطا عضوي، بهدف تثبيت الجنس والكشف عن حقيقته الجنسية، من خلال إزالة الأعضاء الكاذبة والإبقاء على الأعضاء الأصلية التي يدعمها التشخيص البيولوجي والهرموني والجيني...
- التحول الجنسي دوافعه نفسية، تجعل الشخص يشعر بانتمائه للجنس الأخر، رغم انتمائه البيولوجي لجنسه، مما يفسره جانب من الطب على أنه اضطراب ذهني.
- التصحيح الجنسي مبني على دوافع عضوية بيولوجية تتمثل في ازدواج الآلة الجنسية، مما يتطلب التدخل الطبي لتصحيح الوضع.
- التحول الجنسي موضوع تحرمه الأديان، وترفضه الفطرة السليمة، وهو منبوذ أخلاقيا.
- التصحيح الجنسي، مقبول دينيا وإنسانيا وأخلاقيا، فهو يتعلق بحق الشخص في الوصول الاستقرار النفسي والجسدي، بتصحيح الغموض الذي يشوبه.
- التحول الجنسي يشكل خطر مباشر على استمرارية الجنس البشري نظرا للتلاعب بمكوناته الأساسية من ذكر وأنثى، فتحويل الذكر إلى أنثى والعكس يؤدي إلى انتشار العقم مما يرفع من نسب انقراض البشرية.
- أغلب القوانين لا تمنع صراحة عملية التصحيح الجنسي، بينما موقفها غير ثابت بالنسبة لعملية التحول الجنسي، فمنها من يجيز، ومنها من يمنع، منها من التزم الصمت.

التوصيات:

من خلال دراسة موضوع تغيير الجنس على ضوء قانون الصحة 18/11، وجب على المشرع الجزائري أن يخرج من دائرة الصمت واتخاذ موقف صريح نظرا للاعقيدات التي تشوبه وتجنبا للاخطار التي قد تنجر وذلك من خلال:

- التجريم الصريح لعملية التحول الجنسي.
- تنظيم معالجة قانونية متكاملة لعملية التصحيح الجنسي تبين الإجراءات القانونية والطبية الصارمة للقيام بمثل هذه العملية.

قائمة المراجع:

- **القرءان الكريم.**
- **القانون رقم 11/18** مؤرخ في 18 شوال 1439، الموافق لـ 20 يوليو سنة 2018، **يتعلق بالصحة**، الجريدة الرسمية الجزائرية /عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 ذو القعدة 1439، الموافق لـ 29 يوليو 2018.
- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير ،**تفسير القرءان العظيم**، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،لبنان سنة 2000.
- ألاء محمد فيصل إسماعيل، **تغيير النوع بين الفقه والقانون**، مجلة روح القوانين، العدد الخامس والتسعون، إصدار يوليو 2021.
- بوشي يوسف، **الجسم البشري واثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا** ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان 2013/2012.
- ريمة صالح عبد الرحمن المانع ، **تحويل الجنس وأثره على الحالة المدنية-دراسة تحليلية مقارنة-**، رسالة ماجستير في القانون الخاص كلية القانون، جامعة قطر، يناير 2019.
- عادل خالد عبد الكريم العنزي، **التحول الجنسي وأثره في الإرث بين الشريعة والقانون**، المجلد 36، العدد 99، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث العلمية، جامعة القاهرة مصر 2020..
- فرحان بن هسمادي، مصطفى بن محمد جبري شمس الدين، **حكم تحويل الجنس: دراسة تقويمية في ضوء مقاصد الشريعة** المجلة العالمية للدراسات الفقهية ولأصولية، المجلد 02، العدد02، الجامعة الدولية الإسلامية، ماليزيا 2018.
- كمال سيد عبد الحليم محمد، **التحول الجنسي وعقوبته في الفقه الإسلامي**، المجلد 38، العدد الأول، مجلة الدراسات العلمية جامعة المنيا، مصر 2018.
- محمد بن صالح العثيمين، **تفسير القرءان الكريم-سورة النور-**، الطبعة الاولى، دار الدر للنشر والتوزيع، مصر 1436هـ الموافق لـ 2015م.
- مكرلوف وهيبة، **الأحكام القانونية لتغيير الجنس –دراسة مقارنة-**،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2016.
- منال مروان منجد،**عمليات تحويل الجنس في دولة الإمارات المتحدة: دراسة تحليليه مقارنة**، مجلة جامعة الشارقة، المجلد 16 العدد 02 ، ديسمبر 2019.
- سعيد إبراهيم دويكات، وفية المصري، **عمليات تحويل الجنس...نظرة علمية وشرعية**، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي (قضايا طبية معاصرة)، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية بطرابلس، فلسطين 2019.
- سعيدي محمد نجيب، **التغيير الجنسي من منظور قانوني وشرعي**، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الرابع العدد الثاني، سنة 2020.
- سقني سارة، **الاكتئاب لدى الرجل المصاب بالعجز الجنسي**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في علم النفس الإكلينيكي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، قسم العلوم الاجتماعية، جامعة العربي بالمهيدي أم البواقي، 2014-2015.
- سيعدان أسماء، **الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي**، أطروحة دكتوراه، فرع القانون الخاص كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر يوسف بن خده، 2012-2013.

-**Avis du 30 juin 2010 relatif à la prise en charge des personnes transsexuelles incarcérées.**

-https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00002251251

- Mark Levand , **A Review of of the Teaching Transgender Toolkit: A Facilitator'sGuide to Increasing Knowledge, Decreasing Prejudice &Building Skills**, American Journal of sexuality education, 2017,V 0, NO 0,1-5.
- Stephanie B. Gazzola – MA (Candidate) Melanie A. Morrison – PhD University of Saskatchewan Canada, **Asexuality: An Emergent Sexual Orientation Stephanie**.
:https://www.researchgate.net/publication/257921632

أحكام التصرف في عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري في ظل القانون رقم 18 – 11

Provisions for dealing with the process of removing and transplanting human organs In Algerian legislation under Law No. 18-11

د/ط :بوعمرة عقبة
جامعة مولود معمري تيزي وزو
Okba.bouamra@ummto.dz
د: ناصر زرورو
جامعة مولود معمري تيزي وزو
Nacer.zerourou@ummto.dz

ملخص:

عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية ليست بتلك العملية السهلة من المنظور القانوني، حتى وإن كانت في المجال الطبي تعرف تطورا متقدما، ذلك أن المشرع الجزائري قنَّن أحكامها بموجب القانون رقم 85-05 المتعلق بالصحة وترقيتها، غير أنه نظرا للتطور الهائل الذي عرفته هذه العملية الطبية، حفاظا على الكرامة الانسانية والسلامة الجسدية وحمايته من كل أشكال الاستغلال والمتاجرة ، قام بتعديل القانون المتعلق بالصحة بموجب الأمر 18-11 والذي حدد الضوابط القانونية اللازمة لعمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، وبالتالي تحديد المسؤولية الجزائية.

الكلمات المفتاحية: نزع ،زرع ، الأعضاء البشرية، المتاجرة في الاعضاء ، كرامة الإنسان.

Abstract :

Organ transplantation, despite its advancements in the medical field, is a complex legal procedure in Algeria. The practice is regulated by Law No. 85-05, enacted in the 1980s. However, recognizing the significant developments in this medical procedure and aiming to safeguard human dignity, physical safety, and protect against organ exploitation and trafficking, a new law was introduced. Decree 18-11 establishes the necessary legal framework for human organ transplantation and outlines the associated criminal responsibilities.

Keywords: Removal, transplantation, human organs, organ trading, human dignity.

مقدمة:

لقد أدى التطور التكنولوجي الذي شهده العالم عبر مختلف العصور الى إحداث ثورة علمية كبيرة، أدت بدورها الى تغيير مجريات الأحداث في شتى المجالات دون استثناء، بما في ذلك جسم الإنسان، وهذا راجع للحفاظ على سلامته الجسدية، فدخل الجسد البشري في ظل عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية، سواء كان الشخص حي أم ميتا حديثا، في مجال العلوم الطبية ودعمها في إنقاذ الأرواح، او في تحسين ما تخلفه الحوادث، حفاظا على السلامة الجسدية للإنسان، سواء كان يمس العضو بالكامل أو بجزء منه فقط، أو حتى نقل العضو من شخص لآخر، وفقا لشروط وإجراءات تقتضيها مدونة الأخلاق الطبية، والمسؤولية عن مخالفتها، دائما في إطار المحافظة على الكرامة الإنسانية. ومن هذا المنطلق يمكن طرح الاشكال الذي يمكن بناء هذه المداخلة عليه في:

إلى أي مدى يمكن التصرف في الأعضاء البشرية في ظل القواعد القانونية للتشريع الجزائري وأخلاقيات مهنة الطب؟

منهج الدراسة :

والإجابة عن هذا الإشكال تستلزم الاستناد على المنهج الوصفي من خلال الوقوف عند تحديد أهم المصطلحات التي تبنى عليها الدراسة و التي بواسطتها تتضح العالم كالعضو البشري و مختلف العمليات الجراحية الواردة عليه في إطار هذه الدراسة ، ظف إليه اعتماد المنهج التحليلي في تحليل نصوص بعض مواد قانون الصحة رقم 18_11 المعدل والمتمم لإيضاح أهم الضوابط و الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري في ضبط عليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية

خطة الدراسة :

المبحث الأول : مفاهيم أساسية

المطلب الأول : العضو البشري

المطلب الثاني : العمليات الجراحية الواردة على الأعضاء البشرية

المبحث الثاني : الإطار القانوني الطبي التصرف في الأعضاء البشرية

المطلب الأول : شروط نزع وزرع الأعضاء البشرية

المطلب الثاني : المسؤولية الجزائية المترتبة عن عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية

المبحث الأول : مفاهيم أساسية

المطلب الأول : العضو البشري

يمكن تعريف العضو البشري من اللغة كل عظم وافر بلحمه، وهو كذلك كل جزء من جزء جسد الإنسان، ويقال عضيت الشاه تعضية اذ جزأتها إلى أعضاء [1]

أما من الناحية الطبية فهو مجموعة أنسجة تعمل مع بعضها البعض، كي تؤدي وظيفة معينة، كالمعدة، الكبد، الدماغ...، والأنسجة التي يتكون منها العضو هي مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتأدية إحدى الوظائف [2]

اما من الناحية الفقهية، فقد وردت عدة تعريفات للعضو البشري، عكس الجانب القانوني الذي من خلاله يترك المشرع مسألة التعريف للفقه، كي لا يحصر المجال ويضيقه، ومن أهم التعاريف الفقهية نجد:

أن العضو البشري هو كل عضو إذا نزع لم ينبت، أي جزء من أجزاء الإنسان، سواء كان مستقلا كاليد أو ما يستخلف كالشعر، سواء كان متصلا او منفصلا [3]

في نجد أن الفقه الإسلامي على أن العضو البشري هو كل عضو إذا نزع لم ينبت، وهو كل جزء من الإنسان من الانسجة والخلايا والدماء وما نحو ذلك شأنه شأن المجال الطبي [4]

[1] قفاف فاطمة، زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والإباحة ،مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر الحقوق تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/ 2014 ،ص5

[2] سالم ابراهيم بن احمد النقيبي، جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجية مكافحتها على الصعيدين الدولي والإقليمي، الدار العالمية للنشر والتوزيع، القاهرة، دون ذكر سنة النشر 144

[3] نفس المرجع، ص 144

[4] قفاف فاطمة، المرجع السابق، ص6

وهذا المنطلق يمكن القول ان العضو البشري هو كل جزء من اجزاء جسم الانسان او الحيوان، سواء كان متصل به ويؤدي إحدى الوظائف الحيوية أو كان منفصلا عنه انفصالا كلي او جزئي. يمكن له أن يتجدد ام لا يمكن له ذلك.

المطلب الثاني : العمليات الجراحية الواردة على الأعضاء البشرية

الفرع الأول : عملية نزع العضو البشري

فالمشرع الجزائري كعادته لم يقم بإعطاء التعريفات تاركا إياها للفقه، و أول قانون النص على عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أو من جثث الموتى، بموجب القانون رقم 85 – 05 المؤرخ في فيفري 1985، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ع. 8. الصادر في 17 فبراير 1985 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 90- 17 المؤرخ في 31 ماي 1990 ج.ر.ع. 35 والصادر في 15 غشت 1990 .

وحسب تعريف الدكتور محمد علي البارة عملية نقل العضو أو زرعه بقوله:" نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف" [5] إذ أن هذه العملية تتم بمراحل أولها الفحوصات الطبية من خلال تشخيص حالة المتبرع و الشخص المستقبل، تأكيد لسلامتهم الجسدية ومعرفة إمكانية نجاح عملية نقل العضو، مع المتابعة الطبية الدائمة والمستمرة، وقبول الجسم للعضو الغريب وتحسن حالته [6]

وهذا معناه أن عملية نزع العضو البشري تتضمن ثلاث مراحل تتمثل في ثلاث عمليات جراحية وهي [7]:

- عملية استئصال العضو السليم من الشخص المتبرع.
- عملية استئصال العضو التالف من الشخص المريض أو المستقبل.
- عملية زرع العضو السليم محل العضو التالف المستأصل.

[5] نقلا عن: «سالم ابراهيم بن احمد النقيبي »، المرجع السابق، ص 114

[6] نفس المرجع، ص 114- 115

[7] بيبية بن حافظ، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات الى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية ،عدد 44، ديسمبر 2015، مجلد، ب،كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، الجزائر ، في 2015،ص273

أي معناه نقل الأعضاء البشرية لا تتم إلا بعد التأكد من صحة الشخص المانح والشخص المستقبلن وبالتالي استئصال العضو التالف، وتعويضه بالعضو السليم وهذا دائما في إطار المحافظة على الكرامة الانسانية والسلام الجسدية للأشخاص.

الفرع الثاني: عملية زرع العضو البشري

بالرجوع إلى أخلاقيات نقل الأعضاء وزرعها، نجد أن عملية زرع العضو البشري تكون موالية لعملية النزع وهذا بعد استقطاع العضو او الاعضاء او النسيج من جسم الإنسان المتبرع أو من جثة وزرعها في جسم الإنسان المريض الذي يعرف بالمتلقي تحقيقا لمصلحة علاجية، ومن ابرز الاعضاء والأنسجة التي يمكن زرعها نجد: الدم، العضلات، الجلد، الكلى، الكبد، القرنية، البنكرياس... وغيرها [8]

ومن الناحية اللغوية يمكن القول إن زرع الحب او الزرع بمعنى انيته حتى بلغ غايته، وفي الاصطلاح الطبي زرع الأعضاء هو يعني وضع الأعضاء في مواضيع مخصوصة من الجسد حتى يتقبلها الجسد، ولا يعتبرها غريبة عنه من أجل تأدية الوظيفة المسؤولة عنها بصورة طبيعية أو نسبية كبيرة، لذا تتطلب عملية الزرع توافر ثلاث أطراف وهي [9]:

- المتبرع بالعضو او الاعضاء او النسيج.
- المستقبل او المريض صاحب العضو التالف.
- الغريسة أو هي العضو السليم الذي يأخذ مكان العضو التالف.

وعليه يمكن القول أن عملية زرع العضو البشري هي تلك المسألة التي لابد أن تتوافر على طرفي العملية الجراحية "المانح - المستقبل" تحت رقابة طبية صارمة ودائمة ، في إطار احترام الكرامة الانسانية و معاملة الشخص على انه انسان وليس حيوان، وان التطور التكنولوجي والعلمي ساهم ولا زال يساهم من اجل انجاح هذه العملية.

[8] حسين نوفل، أخلاقيات نقل وزرع الأعضاء Ethics of organ trasplantation ، كلية الطب البشري، جامعة دمشق، كلية الطب البشري، جامعة الشام الخاصة، كلية الصيدلة، جامعة الرشيد خاصة، دون ذكر الناشر، دون ذكر التاريخ، ص 1-2.

[9] كسار الحاجة، نزع وزرع الأعضاء البشرية في البيو أخلاقيات الطبية، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الطبي، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم 29/ 2020/06 ص9-10

المبحث الثاني : الإطار القانوني الطبي التصرف في الأعضاء البشرية

المطلب الأول : شروط نزع وزرع الأعضاء البشرية

كما تم التطرق إليه قبل قليل، أن عملية نقل العضو البشري ليست بتلك المسألة السهلة، بل تتطلب توافر الاختصاص الطبي وفي إطار القانون، ولا يخفى علينا مراعاة المشرع الجزائري لهاته المسألة التي قد تتم بين الأحياء، أو من الأموات الى الأحياء لكن بشروط.

الفرع الأول : بين الأحياء

الى جانب القانون رقم 85- 05 السابق الذكر المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والأمر رقم 20- 02 المؤرخ في 11 محرم عام 1442 الموافق ل 30 غشت سنة 2020، يعدل ويتمم القانون رقم 18- 11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق ل 2 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة ، ج، ر.ع ،50، ان عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء تكون وفق شروط تخصص المانح و المستقبل.

أولا : بالنسبة للشخص المانح

فالمشرع الجزائري أباح التبرع بالأعضاء البشرية، إلى أن هذا لا يكون إلا في إطار شروط تضمن عدم التلاعب والإتجار بالأعضاء البشرية، بأن يكون :

- الغرض من التبرع قصد العلاج لا الإتجار: وهو ما نصت عليه المادة 355 من القانون السالف الذكر، بحيث لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا حق زرع الأنسجة إلا في إطار غرض العلاجي أو التشخيصي [10]

ولهذا نجد أن المشرع الجزائري قد شد الصراع للتهرب من المسألة الجزائية اذا تمت مخالفة هذا الشرط من الطبيب الجراح.

- وجود رضا الشخص المتنازل: يعد تبرع الانسان بأحد أعضائه تصرف في درجة عالية من الخطورة، لذلك يجب الحفاظ على صحته وسلامته، وان يحاط بضمانات مختلفة تحفظ

[10] سعيدي الهام، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، فرع القانون جناية، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2012/ 2013، ص 172

كرامته، فنجد ان اغلب التشريعات العربية والغربية نصت على وجوب توثيق الرضا في عقد كتابي يتضمن كل جزئيات وخلفيات العملية وموافقته، ويثبت أن يكون واعيا و طوعيا [11]

وهذا من أجل حماية الشخص المانح من كل اكراه او ضغط او غش، ونص المشرع الجزائري على هذا في المادة 2/357 ، و المادة 360 من التعديل الحديد للقانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، بحيث نجد أنه لابد من أن يكون التعبير عن الرضا كتابيا وبحضور شاهدين، وأن تودع موافقة المتبرع لدى المؤسسة الاستشفائية والطبيب رئيس المصلحة التي ستتم بها العملية [12]

أي أن يتم الرضا عن إرادة حرة و سليمة ومعبرة خالية من كل عيوب الارادة و محررة من كل قيد يشوبها.

والجدير بالذكر هنا هو التكلم عن مسألة العدول عن الرضاء بعد الموافقة والنية تعد عملا إراديا وشخصيا يزيل الأثر القانوني للرضا الذي صدر عنه، والعدول هو حق مقرر للجميع، وقد أشارت اليه المادة 360 من نفس القانون في فقرتها السادسة [13]

- مبدأ السرية :فهذا المبدأ يمنع أي إتجار بالأعضاء وكذلك منع أي ابتزاز مادي قد يقع على المريض الذي ينتظر الزرع أو على ذويهم، فنص المشرع الجزائري على منع كشف هوية المتبرع للمستفيد وحتى هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع [14] وبالتالي يمكن اعتبار هذا المبدأ كضمانة لتفادي الاتفاقيات الرامية إلى الاتجار بالأعضاء البشرية.
- وجود القرابة العائلية : يمكن تقديم هذا المبدأ عن ما سبقه، وان المشرع في قانون الصحة رقم 18-11 قد حدد مجموعة الأشخاص الذي يمكنهم التبرع غير أنه في حالة عدم التوافق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما علاقة قرابة، يمكن اللجوء إلى الغير لكن في إطار السرية طبقا للمادة 360 في فقرتها الثانية والثالثة [15]

---

[11] احمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات طبية والعلمية الحديثة في القانون و الوضعية والشريعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، سبتمبر 2010،ص 202 ، 205

[12] احمد عمراني، المرجع السابق، ص 207

[13] سعيدي الهام، المرجع السابق، ص 187

[14] نفس المرجع، ص 187

[15] جمال بوفاتح، ربحي احمد، الإطار المفاهيمي لعمليات زرع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 07 ،العدد الأول،ص،ص 737- 751، في 19/ 03/ 2023 ص745

- أن يكون المتبرع متمتعا بالأهلية: حيث أن قانون الصحة منع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر او عديمي الأهلية، وفي نفس الوقت وضع استثناء مفاده أنه في حالة غياب حلول علاجية اخرى يمكن أن يتم هذا التبرع بشكل استثنائي لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله او ابنة عمته أو ابنة خالته وحتى ابن العم وابن الخال، ويقتضي هذا النزع في جميع الأحوال الموافقة الحرة لكلا الابوين أو ممثلهم الشرعي، طبقا لنص المادة 361 من قانون الصحة[16]

ثانيا : بالنسبة للشخص المتلقي:

كما توجد شروط تتعلق بالشخص المانح ايضا شروط التعلق بالشخص المتلقي أو ما يعرف بالمستقبل و هي:

- موافقته، وعليه يجب على المتلقي أن يبدي موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبولها فيها، وذلك أمام شاهدين اثنين، وهذا بعد اخطاره بالنتائج المنتظرة من الزرع، أما في حالة تعذره عن إبداء موافقته فينوب عنه أحد أفراد أسرته البالغين بإعطاء الموافقة كتابيا مع مراعاة تدرج أفراد الأسرة، وفي الحالة التي يكون فيها عديمي الأهلية يمكن أن يعطي الموافقة الاب/ الام/ الممثل الشرعي، حسب نص المادة 364 من قانون الصحة، واستثناء ألا تشترط الموافقة عندما تكون هناك ظروف استثنائية بحيث لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة او الممثلين الشرعيين للمتلقي، الذي يستحيل عنه التعبير عن موافقته[17]

عدم تعريفه للخطر: فلا يمكن في أي حال من الأحوال القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، إلا إذا كان يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة الشخص المتلقي أو سلامته الجسدية[18]

وبهذا يخبر الطبيب المتلقي بكل الأخطار الطبية التي يمكن ان يعترض لها حتى بعد العلاج حسب نص المادة 364 من ق الصحة.

---

[16] احمد عمراني، المرجع السابق، ص 166

[17] جمال بو فاتح، ربحي أحمد، المرجع السابق،ص 746

[18] رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية ،مذكرة ماجستير في القانون الخاص،جامعة تلمسان، 2015ص 205

- أن تكون دون مقابل مالي: بمعنى ان لا يكون عملية زرع العضو من المانح الى المعطي محل صفقة مالية او تجارية، فلا تكون الى تبرعا، إذ يرى جانب من الفقه أن مبدأ المجانية يقصد به غياب المقابل المالي مهما كان شكله، سواء كان من المتبرع أو من المتبرع له، وان المشرع الجزائري كرس هذا المبدأ أو جسده في نص المادة 358 من قانون الصحة، باعتبارها عملية تبرع وليست متاجرة[19] ، وعوقب على كل من يخالف هذا بنص المادة 432 من نفس القانون بالحبس من ستة أشهر (06) إلى سنة واحدة وبدفع غرامة مالية من 200,000ألف الى 400,000ألف د.ج إلى جانب نص المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات [20]

كما عاقب المشرع الجزائري كل شخص ينتهك مبدأ نزع وزرع الأعضاء البشرية بدون مقابل مالي، تماشيا وتشريعات الاخرى الحديثة التي جسدت وقننت جزاءات خاصة بالمروجين بأي وسيلة كانت [21]

- تحديد المرض المتلقين: وهذا ما نصت عليه المادة 365 من قانون الصحة لسنة 2018، والتي تلتزم أن تمنح الاعضاء والانسجة التي تم نزعها فقط للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وبهذا محاولة من أجل محاربة كل محاولات واشكال المتاجرة بالأعضاء البشرية [22]
- تحديد مكان إجراء العملية: ومعناه أن يكون هذا النوع من العمليات في المؤسسات العمومية والصحية المرخص لها، وهذا من خلال تدخل الدولة بصورة فعالة لحماية سلامة الأفراد البدنية والكرامة الانسانية تحسبا لأي انحرافات طبية تنافي أخلاقيات مهنة الطب، وهو ما نصت عليه المادة 366 من قانون الصحة [23]

الفرع الثاني : من جثث الأموات

---

[19] حميد زايدي، الضمانات القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل القانون رقم 18- 11 المتعلق بالصحة (المعدل والمتمم)المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تيزي وزو، المجلد17، العدد01 سنة2022،ص،ص، 364- 391 في 30/ 06/ 2022 ص 372- 373

[20] نص المادة 303 مكرر 16 من الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 8 يونيو1966، المتضمن لقانون العقوبات ج ، ر،ع. 49 الصادر في 11 يونيو 1966 (المعدل والمتمم)

[21] سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الانسان، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو في 14 ماي 2018،ص 138

[22] جمال بوفاتح، ربحي أحمد، المرجع السابق،ص 747

[23] نفس المرجع،ص 747

عند حالة نقل الأعضاء البشرية والخلايا والأنسجة من جثث الاموات يتطلب شروط عامة وأخرى خاصة.

أولا : الشروط العامة: يمكن إجمالها في

- التحقق من لحظة الوفاة: فيعتبر الموت هو انتقال الروح من الجسد الى ما عد لها من نعيم أو عذاب، أو هي توقف العمليات الحيوية لدى جسم الانسان والمرتكزة في القلب والتنفس، لأن هذا يؤدي الى توقف نشاط المخ بطريقة تلقائية [24]، وأن الوفاة الحقيقية لا تكون إلا بتوقف القلب والمخ والرئتين.
- الحصول على موافقة الشخص المتوفي: فحرصت غالبية التشريعات على الاعتداد بإرادة المتوفي في شأن التصرف بجثته سواء كانت شفهية أو كتابية او في شكل وصية للقول فيه قبول الاستئصال من الجثة، بحيث لا يمكن نزع الاعضاء والانسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير يحددها الوزير المكلف بالصحة، وفي هذه الحالة يمكن القيام بالنزع اذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه أثناء حياته،إذ يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة لا سيما من خلال التسجيل في سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى تتم استشارة أسرته [25].
- الحصول على موافقة أسرة المتوفي: ففي هذه الحالة إذا لم يعلن المتوفى عن رغبته وارادته وموافقته على عملية الاقتطاع من جثته قبل وفاته نجد أن المادة 362/3 أن تتم استشارة أفراد أسرته البالغين حسب ترتيب الأولوية الاب/ الام /الزوج/ الأبناء/ الأخوة/ اخوات/ الممثل الشرعي إذا كان المتوفي بدون اسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء [26].
- السرية في اقتطاع الأعضاء: وهذا الشرط نصت عليه المادة 363 من نفس القانون. والتي كانت سابقا المادة 165، بحيث يمنع كشف هوية المتبرع للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع، بحيث لا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات الوفاة للمتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع.

---

[24] بيبية بن حافظ، المرجع السابق،ص 279- 280

[25] المادة 362 ف1،ف2 من القانون رقم 18- 11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج،ر،ع 46 صادر في 29 يوليو 2018، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 20- 02 المؤرخ في 30 غشت 2020، ج،ر،ع 50 الصادر بتاريخ 30 غشت 2020

[26] المادة 362/3 ،من نفس القانون

- لابد من أن يكون في المؤسسات الصحية الملخص لها ذلك قانونا، وهو ما تضمنه المادة 167 من قانون الصحة وترقيتها القديم، وتحديد هذه المؤسسات الصحية بموجب قرار وزاري، كقرار 02 اكتوبر 2002 [27]

وهو ما تبنته أحكام المادة 366 من قانون الصحة الجديد لسنة 2018 وهذا بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، ويجب أن تتوفر المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي تقني وتنسيق استشفائي [28]

ثانيا : الشروط الخاصة: ويمكن إجمالها في:

- الالتزام بالسر المهني: فبحكم اعتبار عملية نقل الأعضاء من قبيل الأعمال الطبية، فإن ذلك يستوجب عدم اطلاع الأطباء لملف العملية على الغير وهذا يكون في جميع الأعمال الطبية [29]
- أن تكون عملية اقتطاع الأعضاء والخلايا والأنسجة البشرية حكرا على رعاية الدولة فقط دون الأجانب، فلا يجوز مثلا لفريق طبي جزائري أن يقوم باقتطاع عضو متوفي فرنسي ما لم تربطه علاقة قرابة أو زوجية بالمستقبل وهذا ما تبنته التنظيمات الوزارية الصادرة عن وزارة الصحة [30]

المطلب الثاني : المسؤولية الجزائية المترتبة عن عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية

فعند مخالفة أحد الشروط لاسيما شرط مجانية اقتطاع الأعضاء، وبالتالي المتاجرة بالأعضاء البشرية، فهنا قد وضع ورتب المشرع جزاءا من حيث المسؤولية والعقاب.

الفرع الأول : من حيث قيام المسؤولية

تعتبر المسؤولية الطبية لنية أخلاقيات مهنة الطب، والطبيب كسائر البشر له حقوق، لذا يجب على الطبيب ان يكون اكثر حذرا، ويعطي اهتمام واسع للمريض ومراقبته، ولا يجب أن يسمح بملاحظات

[27] مختاري عبد الجليل ،النظام القانوني لاستئصال الأعضاء من جثث الموتى، دراسة مقارنة تحليلية جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، مجلة القانون و العلوم السياسية ، المجلد 3، العدد 2، في جوان 2017، ص 238

[28] المادة 366 من الأمر رقم 18- 11 المرجع السابق

[29] مختاري عبد الجليل، المرجع السابق،ص239

[30] نفس المرجع ، ص 239

تلهيه عن الاعتناء بالمريض [31] لذا يجب تعريف العمل الطبي وبالتالي المسؤولية الجنائية الطبية وتحديد أركانها وهذا دائما في نقل وزرع الأعضاء البشرية.

أولا : تعريف العمل الطبي:

يعتبر العمل الطبي فن وعلم تغميض الجراح، إذ يشمل مجموعة الممارسات التي يتم تطويرها لصون واستعادة الصحة عن طريق الوقاية، والعلاج من المرض، وينطبق الطب المعاصر على علوم الصحة والبحوث الطبية والحيوية والتكنولوجيا الطبية لتشخيص المرض وتقرير العلاج له [32]

ثانيا : تعريف المسؤولية الجنائية الطبية

يطلق لفظ المسؤولية عادة على التزام الشخص بما يصدر عنه من قول /عمل، وغالبية التشريعات لم تعطي لها تعريف تاركه هذا للفقه، إذا عرفها البعض على أنها: صلاحية الشخص لتحمل العقوبة التي يقررها القانون كأثر للجريمة التي ارتكبها، وبالنسبة للعلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة انسانية قبل أن تكون علاقة قانونية، وعلى هذا الأساس قيل إن المسؤولية الطبية تبدأ قبل القانونية، فالمريض يسلم أمور جسمه للطبيب ويضع نفسه كليا تحت رعايته وتصرفه، مما يوجب على الطبيب التزامات خاصة وبالتالي تكون مسؤوليته مسؤولية مهنية خاصة، وصفة الطبيب في الأعمال الطبية فيها التزام يبذل العناية اللازمة وليس بتحقيق الشفاء، وبالتالي إذا انحرف الطبيب عن الحدود الطبيعية لرسالته التي امنه عليها القانون والتشريعات الطبية، فإنه يفرض الحصانة الذي تمنحه هاته الرسالة ويصبح محل مسألة جزائية [33]

ثالثا : أركان المسؤولية الجنائية الطبية في إطار نزع وزرع الأعضاء البشرية

اذ تقوم على كل من الضرر والخطأ والعلاقة السببية .

---

[31] John williams, couverture et conception de la mise en page, tuuli auren,inspirit international advertising(Belgique)، ترجمة محمد الصالح بن عمار، استاذ جامعي كلية الطب، تونس ،راجعه المسجد السلام بن عمان،دون ذكر سنة النشر ، ص 39

[32] صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2011، عمان 2011،ص 66

[33] نفس المرجع ،ص 49- 51

وتقوم مسؤولية الطبيب الجزائية عن خطئه الطبي عند قيامه بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في حالات معينة، كما قد تقوم عن فعله العمدي عند القيام بالاتجار بهذه الأعضاء، ونتيجة للإخلال الطبي بالضوابط التي حددها المشرع في قانون الصحة تترتب مسؤوليته مباشرة وأهمها نجد [34]:

- مسؤولية الطبيب عن إهماله في إجراء الفحوص الطبية التمهيدية أو التكميلية للمريض، سواء قبل اجراء العملية او بعدها، كعدم إجراء فحص لأنسجة الطرفين.

-مسؤولية الطبيب عن خطته في تنفيذ عمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية وعدم اتخاذه الحيطة والحذر والرعاية اللازمة كإغفاله عن الإشراف على المريض وتتبع حالته الصحية بصفة دورية.

-مسؤولية الطبيب في حالة تخلف غرضه العلاجي، ذلك أن المجانية شرط ضروري للإباحة نقل وزرع الأعضاء البشرية وأن يكون هو العرض الوحيد للحفاظ على سلامة وكرامة الإنسان.

- مسؤولية الطبيب في حالة إجراء عملية انتزاع الاعضاء في الاماكن الغير مرخص لها بذلك، والاخلال بأي شرط من شروط نقل الأعضاء البشرية وزرعها بين الأحياء أو من جثث الاموات.

-المسؤولية الجزائية للطبيب عن الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث أن مجال الطب قد أحرز تطورا هائلا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، وبعث بهذا الأمل كبير في نفوس المرضى قد العلاج والشفاء، ونظرا لعدم إمكان حصول المرضى على الأعضاء البشرية قد يلجأ البعض منهم لعرض مبالغ مالية قصد شرائها [35]، إلا أن الشريعة الإسلامية قد حرمت هذا بتكريم الإنسان بقوله تعالى:" لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم" [36]

وتعد هذه الجريمة حديثة مقارنة بالجرائم الأخرى ، اذ تكون بيع الأعضاء البشرية مقابل لقاء مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، بحيث يمكن القول أنها: كل فعل يكون الغرض منه

---

[34] زهدور اشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 14، جانفي 2016 ،جامعة مستغانم الجزائر،ص 120- 121

[35] محمد بن يحي النجيمي، مع مجموعة من المؤلفين، مكافحة الإتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية مركز الدراسات والبحوث مكافحة الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية، الرياض، الطبعة الأولى، 2014، المملكة العربية السعودية،ص 209

[36] نفس المرجع،ص 210

الحصول على أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية من جسم الإنسان، سواء كان حي او ميت، مقابل مبلغ من المال، وبدون احترام الرضا المتبصر لصاحب هذه الأعضاء المنتزعة [37]

وعليه فإن كل هذه الأفعال تشكل الركن المادي لهاته الجريمة خاصة إذا قام الطبيب بنزع أحد الاعضاء وهو يعلم بأن العملية تشكل خطر على سلامة المتبرع، ورغم هذا لم يقم بتنبيهه أو اخطاره، وهذا ما عبرت عليه المادة 1/361 بعبارة من شأنها ان نصيب صحة المتبرع او المتلقي مع مراعاة نص المادة 1/362 و 3/363 من القانون الصحة رقم 18/ 11 [38]

وعلى هذا الاساس نجد أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي تتطلب تتوافر عنصري العلم والإرادة، فالطبيب الذي يقوم بإجراء مثل هذه العمليات يعتبر مسؤولا عن جريمة قتل عمدية [39]

الفرع الثاني : من حيث تقرير العقاب

الأصل أن نزع الأعضاء البشرية وزرعها يكون مجاني وفي اطار السرية، فيعد في نظر المشرع فعل مباح، لكن حفاظا على سلامة وكرامة النفس البشرية ووضع حد للتلاعب في الأعضاء البشرية وبيعها حرم المشرع هذه الأفعال بنصوص قانون العقوبات وقانون الصحة، بالنسبة لكل من الشخص الطبيعي والمعنوي.

أولا : بالنسبة للشخص الطبيعي

تتراوح ما بين عقوبات أصلية وأخرى تكميلية

أ-العقوبات الأصلية:

بالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات وقانون الصحة الجديد نستخلص مايلي:

- جريمة الحصول على عضو من جسم الإنسان لقاء مقابل مالي أو منفعة، حسب نص المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات 09- 01 المعدل و المتمم، فإنه يعاقب كل من قام بمثل هذه

[37] زهدور أشواق، المرجع السابق،ص 121- 122

[38] المواد 1/362 والمادة 3/363 و 363 من الامر 18- 11 المرجع السابق.

[39] هروال الهوارية، الخطأ الطبي في ظل المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة نهاية الدراسة للسنة لنيل شهادة الماستر، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الطبية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، في 10/ 07/ 2019.ص97

الجريمة بالحبس من 3 سنوات الى 10 سنوات وغرامة مالية من 300,000 إلى1,000,000 د.ج، وتكون نفس العقوبة لكل من توسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أحد الأعضاء، مع مراعاة نص المادة 303 مكرر 18

- جريمة الحصول على عضو من جسم الإنسان دون موافقته [40]: حسب نص المادة 303 مكرر 17 فانه يعاقب بالحبس من 05 الى 10 سنوات وغرامة مالية من 500,000 الى 1,000,000 د.ج كل من ينزع عضو شخص على قيد الحياة و دون موافقته، وتكون نفس العقوبة إذا تم الأمر على شخص ميت [41]، مع مراعاة نص المادة 303 مكرر 19.
- جريمة عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية: حسب نص المادة 303 مكرر 25 يعاقب كل من علم بارتكاب جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية ولو كان ملزما بالسر المهني ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، فيعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وغرامة مالية100,000الى500,000د.ج، فيما عد الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذي لا يتجاوز سنهم 13 سنة، لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي واصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة [42]

ب _ العقوبات التكميلية:

وهي التي ينطق بها القاضي إلى جانب العقوبة الأصلية، بصفة جوازية الا اذا كان يقضي النص خلاف ذلك، حسب نص المادة 303 مكرر 22 مع مراعاة المادة 09 من قانون العقوبات وهي:" الحجز القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، تحديد الإقامة، المصادرة الجزائية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة او نشاط، إغلاق المؤسسة، الإقصاء من الصفقات

[40] المادة 303 مكرر 16 من القانون رقم 09- 01 المؤرخ 29صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم للأمر 66- 156 المتضمن قانون العقوبات 15ج.ر.ع15ص 05.

[41] المادة 303 مكرر 17، نفس المرجع

[42] سناء زايدي، جهاد عمري، المسؤولية الجزائية المؤسسات الاستشفائية الخاصة عن الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون جنائي و علوم جنائية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2020/ 2021ص 63

العمومية، الحظر من اصدار الشيك سحب رخصة سياقة او الغائها مع منع إصدار اخرى جديدة ،سحب جواز السفر، نشر او تعليق حكم او قرار الإدانة ولا نشر المنع من الإقامة [43]

ثانيا : بالنسبة للشخص المعنوي:

إذا ارتكبت جريمة انتزاع الأعضاء البشرية من جسم إنسان حي داخل مؤسسة أو مستشفى، تقوم المسؤولية على الشخص المعنوي الذي ارتكبت فيه الجريمة حسب نص المادة 303 مكرر 26 من قانون العقوبات [44]، ويسأل المستشفى في الأحوال التالية [45]:

- اذا تم فيه عملية الانتزاع ولم يكن مرخص له بإجراء مثل هذه العمليات.
- إذا ارتكب فيه الفعل المخالف لأحد الضوابط القانونية.
- اذا لم تراعي فيه طبيعي الترخيص القانوني.

أما فيما يخص العقوبات فقد نص المشرع الجزائري على الغرامة كعقوبة أصلية، حيث تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي، في حين نجد أن المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على سبيل الحصر المتمثلة في:

حل الشخص المعنوي غلق المؤسسة أو فرع من فروع لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، المنع من مزاولة نشاط أو مهنة بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز05 سنوات، بمصادرة الاشياء محل الجريمة، النشر وتعليق حكم تعليق حكم أو قرار الإدانة، الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز مدة 05 سنوات [46]

الخاتمة:

وفي الختام يمكن القول ان عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية ليست جديدة على المجتمعات، وإنما واكبت التطور التكنولوجي الحديث، فاتخذت اشكال وإبعاد واسعة، الأمر الذي أدى إلى البعض إلى الوقوع في الانحرافات والخروج عن الاطار القانوني الذي وضعه المشرع لهذه العملية تحت مبدأي

[43] المادة 9 من قانون القانون رقم 06- 23 المؤرخ في ديسمبر 2006، المتضمن قانون العقوبات، من المادة 9 إلى المادة 16 مكرر 6.

[44] المادة 303 مكرر 26، من القانون رقم 09- 01، المرجع السابق

[45] المادة 18مكرر 3 من القانون رقم 06- 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم والمتضمن قانون العقوبات

[46] بامون لقمان، جريمة انتزاع الأعضاء البشرية من شخص حي في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 19 جوان 2018، جامعة بسكرة، الجزائر،ص 225

السرية والمجانية، وهذا بوضع الجزاءات الصارمة والرادعة على الشخص الطبيعي والشخص المعنوي في حالة مخالفة الشروط وضوابط والأحكام التي تسير وفقها عملية نزع وزرع الاعضاء البشرية مع احترام الكرامة الإنسانية ومراعاة أخلاقيات مهنة الطب.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها نجد أن:

_المشرع الجزائري قد اهتم بمسألة نزع وزرع الأعضاء البشرية في وقت مبكر وتفطنه لهذا الأمر كان في محله.

_ حديد الضوابط والشروط والأطر القانونية لإجراء عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية، وتحديد أماكن إجرائها، هو الاهم في الموضوع ذلك لأن فيه حماية للسلامة الجسدية، والكرامة الإنسانية، وبالتالي مكافحة كل أشكال التلاعب بها والاتجار بها.

ومن أهم التوصيات التي اقترحتها ما يلي:

_ تدعيم المنظومة الصحية بالوسائل والإمكانيات المادية والبشرية اللازمة و الضرورية للتكفل للإجراء عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية في أحسن صورهما، وبالتالي الحفاظ على صحة كل من المتبرع والمتلقي.

_بناء منظومة قانونية صارمة، بتشديد العقوبات و الجزاءات على كل من يخالف او يحاول ان يخالف الاحكام المنظمة لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية وبالتالي فتح المجال في إطار الاتفاقيات الدولية المهتمة بمكافحة الإجرام العابر للحدود.

_ إجراء أيام تكوينية وملتقيات وطنية وأخرى دولية حول أهمية نزع وزرع الأعضاء البشرية، ولابد من إدراج مقياس أخلاقيات مهنة الطب والعمل على احترامها .

قائمة المراجع:

1/ الكتب

1_ سالم ابراهيم بن احمد النقيبي، جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجية مكافحتها على الصعيدين الدولي والإقليمي، الدار العالمية للنشر والتوزيع، القاهرة، دون ذكر سنة النشر

2_ صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2011، عمان 2011

3_ محمد بن يحيى النجيمي، مع مجموعة من المؤلفين، مكافحة الإتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية مركز الدراسات والبحوث مكافحة الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ، في 2014

2/ الرسائل العلمية الأكاديمية

أ_ أطروحات الدكتوراه

1_ احمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات طبية والعلمية الحديثة في القانون و الوضعية والشريعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، سبتمبر 2010

2_ سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الانسان، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو في 14 ماي 2018

ب _ رسائل الماجستير

1_ سعيدي الهام، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجيستر، فرع القانون جناية، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2012/ 2013

2_ رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية ،مذكرة ماجستير في القانون الخاص،جامعة تلمسان، 2015

ج_ مذكرات الماستر

1_ قفاف فاطمة، زراعة الأعضاء البشرية بين التجريم والإباحة ،مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر الحقوق تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/ 2014

2_ كسار الحاجة، نزع وزرع الأعضاء البشرية في البيو أخلاقيات الطبية، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الطبي، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم 29/ 2020/06

3_ هروال الهوارية، الخطأ الطبي في ظل المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة نهاية الدراسة للسنة لنيل شهادة الماستر، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الطبية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، في 10/ 07/ 2019

4_ سناء زايدي، جهاد عمري، المسؤولية الجزائية المؤسسات الاستشفائية الخاصة عن الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون جنائي و علوم جنائية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2020/ 2021

3/ المقالات العلمية

1_ بيبية بن حافظ، نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات الى الأحياء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية ،عدد 44، ديسمبر 2015، مجلد، ب،كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، الجزائر ، في 2015

2_ جمال بوفاتح، ربحي احمد، الإطار المفاهيمي لعمليات زرع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 07 ،العدد الأول،ص،ص 737- 751، في 19/ 03/ 2023

3_ حميد زايدي، الضمانات القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل القانون رقم 18- 11 المتعلق بالصحة (المعدل والمتمم)المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تيزي وزو، المجلد17، العدد01 سنة2022،ص،ص، 364- 391 في 30/ 06/ 2022

4_مختاري عبد الجليل ،النظام القانوني لاستئصال الأعضاء من جثث الموتى، دراسة مقارنة تحليلية جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، مجلة القانون و العلوم السياسية ، المجلد 3، العدد 2، في جوان 2017

5_ زهدور اشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد ،14 جانفي 2016

6_ بامون لقمان، جريمة انتزاع الأعضاء البشرية من شخص حي في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 19 جوان 2018

4/ التشريعات و القوانين

1_ الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 8 يونيو1966، المتضمن لقانون العقوبات ج.ع. 49 الصادر في 11 يونيو 1966 (المعدل والمتمم)

2_ القانون رقم 18- 11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج،ر،ع 46 صادر في 29 يوليو 2018، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 20- 02 المؤرخ في 30 غشت 2020، ج،ر،ع 50 الصادر بتاريخ 30 غشت 2020

3_ القانون رقم 09- 01 المؤرخ 29صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم للأمر 66- 156 المتضمن قانون العقوبات 15ج.ر.ع15

4_ القانون رقم 06- 23 المؤرخ في ديسمبر 2006، المتضمن قانون العقوبات، من المادة 9 إلى المادة 16 مكرر 6

الكتب الأجنبية :

1_ حسين نوفل، أخلاقيات نقل وزرع الأعضاء Ethics of organ trasplantation ، كلية الطب البشري، جامعة دمشق، كلية الطب البشري، جامعة الشام الخاصة، كلية الصيدلة، جامعة الرشيد خاصة، دون ذكر الناشر، دون ذكر التاريخ

2_ John williams, couverture et conception de la mise en page, tuuli auren,inspirit international advertising(Belgique)، ترجمة محمد الصالح بن عمار، استاذ جامعي كلية الطب، تونس ،راجعه المسجد السلام بن عمان،دون ذكر سنة النشر

الضوابط القانونية لإباحة عمليات التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائر

Legal controls to allow artificial insemination in Algerian legislation

بوقندول سعيدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

ملخص:

يعد التلقيح الاصطناعي أهم انجاز علمي حققته العلوم الطبية والإحيائية في مجال القضاء على العقم الذي بات يشكل تهديدا لاستمرار واستقرار الكثير من الأسر.

لذلك ورغبة من المشرع في مواكبة ما وصل إليه العلم اليوم، نجده قد اعتمد التلقيح الاصطناعي كتقنية مساعدة على الإنجاب محيطا إياه بضوابط قانونية ومراعيا له بقواعد شرعية.

الكلمات المفتاحية: التلقيح، الاصطناعي، الحيوان المنوي، التلقيح الداخلي، المادة 45 مكرر.

Abstract

Artificial insemination is the most important scientific achievement achieved by medical and biological sciences in eliminating infertility, which has become a threat to the continuity and stability of many families.

Therefore, and in the desire of the legislator to keep pace with what science has reached today, we find that he has adopted artificial insemination as an assisted reproductive technology, surrounding it with legal controls and observing it with legal rules.

Key words: insemination, artificial, sperm, internal insemination, Article 45 bis.

.....

مقدمة:

يعتبر الإنجاب أهم ثمرات الزواج الذي شرعه الله عز وجل من أجل تكوين أسرة تعتمد في حياتها على المودة والرحمة وتحقيق الترابط والتكافل بين الزوجين والمحافظة على الأنساب، كما نظم الشارع علاقة الزوج بزوجته تنظيما محكما لضمان سعادة الأسرة واستقرارها، ولم يكن الغرض من ذلك إشباع الغريزة الجنسية وفقط، بل لهدف أسمى، وهو إنجاب الأولاد، فالإنسان بفطرته يحب الأولاد ويشعر أنهم ضرورة للتنعم بالحياة، فقد طلب سيدنا "زكرياء" الولد بعدما بلغ من الكبر عتيا حيث قال جل شأنه: "**فهّب لي من لذلك وليا يرثني ويرث من آل يعقوب وأجعله رب رضيا**".

وكان ذات الطلب لإبراهيم عليه السلام حيث دعا وقال: "**رب هب لي من الصالحين فبشرناه بغلام حليم**".

إن العرف المتعارف عليه أن الأولاد يأتون نتيجة علاقة مشروعة بين الرجل والمرأة، أي من خلال التزاوج بين الزوجين ومن تم يحدث التكاثر...

ولكن قد يحول دون تحقيق الرغبة في إنجاب الولد عوائق منها العقم، فكانت عظمة الإسلام بمشروعية التداوي من العقم بما يحقق المصلحة ويلبي الرغبة المشروعة في الحدود وبالضوابط المشروعة.

كما أن لتعاظم التكنولوجيا الحديثة دور في علاج عديد الأمراض والمشكلات التي كانت ولا زالت تؤرق الإنسان كالعقم، حيث استطاع الطب الحديث أن يبتكر طرقا فعالة للقضاء عليه وعلى أسبابه حين أتاح فرصا للإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي، هذا الأخير الذي اعتمده المشرع الجزائري كتقنية مساعدة على الإنجاب ضمن القانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة والقانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة.

لما كان الأمر كذلك، **فما المقصود بالتلقيح الاصطناعي ؟ و ما هو السياق التاريخي الذي نشأ و تطور فيه ؟ و ما هي الضوابط القانونية التي اعتمدها المشرع لإباحة العمل به؟**

للإجابة عن ذلك، حاولنا تقسيم مداخلتنا إلى محورين نتناول في:

المحور الأول: ماهية التلقيح الاصطناعي.

المحور الثاني: شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

المحور الأول

ماهية التلقيح الاصطناعي

يعد التلقيح الاصطناعي أهم انجاز علمي حققته العلوم الطبية والإحيائية في مجال القضاء على العقم الذي بات يشكل تهديدا لاستمرار واستقرار الكثير من الأسر.

لما كان التلقيح الاصطناعي على هذه الأهمية، فإننا سوف نتناول مفهومه أولا ثم أنواعه ثانيا.

أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي

يعد التلقيح الاصطناعي من الوسائل الهامة التي تساعد كأسلوب علمي حديث على حل بعض مشاكل العقم لدى الزوجين مما يساعد على حقهما في تكوين أسرة. فما المقصود به؟ وكيف تطور إلى أن أصبح على هذا الشكل.

لمحاولة الإجابة عن ذلك، سنحاول التطرق لتعريف التلقيح الاصطناعي ثم لتطوره على النحو التالي:

1- تعريف التلقيح الاصطناعي

يقتضي الأمر من التطرق للتعريف اللغوي لكلا المصطلحين (التلقيح الاصطناعي) ثم بيان المقصود منه من الناحية الاصطلاحية.

أ- التعريف اللغوي

سنتطرق للتعريف اللغوي لكل مفردة على حدة النحو التالي:

التلقيح هو مصدر لقَّح الرباعي بتضعيف القاف للمبالغة والتكثير، واللاّم والقَّاف والخاءُ أَصْلٌ صَحِيحٌ، وهو يَدُلُ على إِحْبَال ذَكَرٍ لِأُنْثَى، ثم يقاس عليه ما يُشْبِهُهُ[1] والتلقيح من اللقْحِ وهو يعني الحبل، وهو اسم مأخوذ من الفعل ليدسُ في الآخر، والملاقيح: الأمهات وما في بطونها من الأجنة[2].

ولَقّح الفَعْل النَاقَة: أَحْبَلَهَا، فَلُقِحَتْ بِالوَلَد للْبِنَاء لِلْمَفْعُول، فهي مَلْقُوحَةٌ عَلى أَصْلِ الفَاعِلِ قَبْلَ الزِيَادَةِ، فَالوَلَدُ مَلْقُوحٌ به، وتجمع على مُلَاقِيحْ، ومعنى المَلَاقِيحْ: ما في بطون النُوق من الأَجِنّةْ[3]. كما ورد في القرآن الكريم في قواه تعالى: "وأرسلنا الرياح لواقع"[4].

---

[1] أحمد بن فارس بن زكرياء، تحقيق عبد السلام محمد هارون، معجم مقاييس اللغة، ج5، د.ب.ن، دار الفكر، د.ت.ن، ص261.

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2005، ص239.

أما الإصطناعي فيأتي من اصْطَنَعَ عِنْدهُ صَنِيعَةً: اتخَذَهَا، واصْطَنَعَ خَاتِمًا: أَمَرَ أنّ يُصْنَعَ له[5].

اِصْطَنَعَ يَصْطَنِعُ، اصْطِنَاعًا، فهو مُصْطَنِعُ، والمفعول مُصْطَنَعٌ، اصْطَنَعَ عِنْدَهُ صَنِيعَةً: أحسن إليه[6].

ب- التعريف الاصطلاحي

التلقيح الاصطناعي هو التقاء النطفة المذكرة بالنطفة المؤنثة، فيختلطان ويكونان النطفة الأمشاج[7].

أو هو "التحام نواة البييضة من الأنثى بنواة الحيوان المنوي من الرجل فيتحدان وعندئذ يحصل التلاقي والتلاقح وتنتقل إلى ما حدده الله، وإذا ما تم هذا التلاقح بينهما بدأت هذه البييضة الملقحة تنقسم انقساماتها المعروضة المتتالية الخلية الأمسَاج "الزيجوت" المكونة من التحام نواة البييضة بنواة الحيوان المنوي"[1].

كما عرف بأنه: "إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبييضة المرأة عن غير الطريق المعهود[2].

وعرف أيضا بأنه: "عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة وذلك بالتحقيق من إدخال مني الزوج إلى الزوجة أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي[3].

والتلقيح الاصطناعي في عرف الأطباء لفظ يطلق على العملية التي يتم بموجبها تلقيح البويضة بحيوان منوي وذلك بإيصال النطفة إلى البويضة بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي (غير الجماعي) لغرض الحمل[4].

ج : التعريف القانوني

إن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات الأخرى لم يورد تعريفا للتلقيح الاصطناعي مقتصرا على بيان مشروعيته وشروطه ضمن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي..."[5].

---

[3] أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، لبنان، مكتبة لبان، د..ت، ص857.

[4] سورة الحجر، أ22.

[5] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، الرجع السابق، ص739.

[6] تعريف ومعنى اصطنع المعاني الجامع –معجم عربي عربي، متوفر على الموقع: https://www.almaany.com

[7] محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، بحث منشور في مجلة التجمع الفقهي الدولي، ع2، الدورة2، 1983، ص109.

[1] بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ج1، ط1، د.ب.ن، مؤسسة الرسالة، 1416هـ، 1996م، ص253.

[2] زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط1، الأردن، الدار العربية للعلوم، دار البيارق، 1417، 1996، ص53.

[3] حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مصر، دار الكتب القانونية، 2007، ص118.

[4] طارق عبد المنعم محمد خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، د.ب.ن، دار النفائس، 1991، ص54.

غير أنه وبالرجوع للقانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة نجد أن المشرع قد تطرق للتلقيح الاصطناعي ضمن نص المادة 370 منه معبرا ومستعملا لمصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب بدل التلقيح الاصطناعي متأثرا بذلك بالقانون الفرنسي كالتالي: "المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا.

وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الاباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي". وهو كما يبدو بمثابة تدارك من طرفه على السهو الذي وقع فيه عند استحداثه لنص المادة 45 مكرر قانون أسرة.

ثانيا: تطور عمليات التلقيح الاصطناعي

ظهر التلقيح الاصطناعي في نهايات القرن التاسع عشر الميلادي وبدايات القرن العشرين، والبعض يرد التاريخ إلى أكثر من 500 سنة، إذ يفكر كل من "ألوان جونز" و"ولتربومر" في كتاباتها" مستقبلنا الوراثي" هل هو صدفة أم تخطيط. إن عملية التلقيح الاصطناعي في الحيوانات قد نطف جنسية تحصل عليها من حصان أصيل له من الصفات الممتازة غير المتوفرة في الذكور الأخرى[1].

ولقد كانت البداية في التلقيح الاصطناعي في العالم الغربي سنة 1780 قام بها الكاهن الايطالي" لازاري سبالانزاني" على كلب وبعد ذلك أجراه على كلية سنة 1781 ونجحت العملية، وقد كانت البحوث المبكرة في هذا المجال تتناول نقل الحيوانات المنوية إلى الأنثى بطريق غير الطريق التقليدي، وقد نجحت معظم هذه التجارب في القرود والخيول والكلاب والقطط والمواشي والفئران والأرانب والحشرات[2].

أما على النساء فيمكن القول بأن أول تجربة للتلقيح الاصطناعي قد كانت في عام 1781 حين قام الجراح الانجليزي "جون هنتر" بأول عملية على امرأة وتكللت تجربته بالنجاح وصلت الأبحاث متواصلة إلى أن أجريت في عام 1918 بفرنسا عملية تلقيح امرأة بغير نطفة زوجها لأول مرة[3].

لم يقف الأمر عند هذا الحد، فقد كان الدكتور "دانيل بروتشي" الايطالي أحد رواد التخصص عن طريق الأنابيب قد بدأ أبحاثه سنة 1958 في مجال القضاء على المشاكل التي يسببها انسداد المسالك

---

[5] أضيفت هذه المادة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005. ج.ر 15، ص21 المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984، والمتضمن قانون الأسرة.

[1] زياد احمد سلامة، المرجع السابق، ص54.

[2] زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص55.

[3] سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي –دراسة مقارنة – أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص50.

المبييضية وفي عام 1961 بدأ في تطبيق أبحاثه علميا في عيادة خاصة في بولونيا ولكنها فشلت بسبب رفض تقديم المساعدة له من طرف إحدى الراهبات بها.

غير أن الأمر لم يتوقف هنا حيث واصل أبحاثه بانجاز علمي على طريقة طفل الأنابيب من خلال تلقيح البييضة بالسائل المنوي في وعاء خاص هو بمثابة رحم صناعي لفترة من الزمن.

كما توالت الأبحاث بعده من طرف الايطالي "دوليتي" الذي أعلن عن نجاحه في تربية جنين بعيدا عن رحم أمه في أنبوب اختبار ولمدة زادت عن 59 يوما وبعدها مات الجنين.

وصلت التجارب متواصلة إلى أن استطاع العالمان "ستبتو" وادواردز" إبقاء اللقاح حيا لثلاثة أو أربعة أيام، حيث تعد هذه المدة كافية لبداية تكوين الجنين ومن تم إعادته إلى الرحم ثانية، ولكن بقيت معضلة تحضير الرحم لاستقبال اللقاح –الجنين- فصرفا جهود سبعة أعوام حتى جاءا الطفلة "لويزابراون" كأول طفلة عن طريق الأنابيب في العالم سنة 1978 بعد اختبارات أجراها على 32 سيدة كانا في كل مرة يتوصلان إلى تطوير جديد للسائل الذي يحفظ البييضة ويبقيها[1].

وصلت الأبحاث والجهود متواصلة إلى أن انتشرت هذه التقنية في كل أرجاء العالم، ففي الجزائر مثلا نجدها قد برزت منذ سنوات، حيث تم فتح أول عيادة متخصصة في إجراء التلقيح الاصطناعي بتاريخ 28 جوان 1999 بمدينة عنابة وكانت ولادة أول طفل في سنة 2001 بعيادة "الفارابي" تحت إشراف البروفيسور "عيساوى ناصر الدين" ونسجل وجود 12 عيادة متخصصة على القطر الوطني، وأكدت الإحصائيات أن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في تزايد مستمر حيث سجل في 2009 حوالي 492 ولادة حية من أصل 2136 ومنذ ذلك الحين يزداد في كل عدد لا بأس به من الأطفال عن طريق التلقيح الاصطناعي، بمختلف تقنياته[2].

ثالثا: أنواع التلقيح الاصطناعي

يتنوع التلقيح الاصطناعي إلى نوعين: التلقيح الداخلي، والتلقيح الخارجي سنتولى بان كل منهما على عدة على النحو التالي:

1 التلقيح الداخلي

ويقصد به "مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال ماء الرجل في الموضع المخصص له عند

[1] زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص59.

[2] سحارة السعيد، المرجع السابق، ص51.

الزوجة بغية الإنجاب، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لا بد من توفرها"[1].

وهناك من عرفه بأنه: "عملية طبية غير معقدة تتضمن تلقيح المرأة عن طريق وضع مادة الزوج داخل رحمها على نحو تلتقي به هذه المادة مع بيضة الزوجة إذا كان هناك مانع طبي في إتمام ذلك على نحو طبيعي"[2].

وعرف كذلك بأنه: "عملية يتم فيها أخذ حيا من الزوج وتحضيرها وتركيزها في المخبر، وحقنها في رحم الزوجة أثناء نشاط التبويض عندها بواسطة الوسائل الطبية المعدة لهذا الغرض، بغرض علاج بعض حالات عدم الخصوبة لدى أحد الزوجين أو كليهما وأجل الحصول على مولود"[3].

وللإشارة فان عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي يتم اللجوء إليها في الحالات التالية:

- تلوث السائل المنوي للزوج، وقلة عدد حيواناته المنوية.
- التنافر المناعي بين مني الزوج وإفرازات المهبل أو عنق الرحم عند زوجته، الأمر الذي يحول دون وصول الحيوانات المنوية إلى البويضة فتهلك.
- حالة الزوج العنيد أو المحبوب.
- زيادة الحيوانات المنوية عند الرجل، أو الضعف الجنسي، أو القذف المبكر[4].

مع الأخذ بعين الاعتبار أن عملية التلقيح الصناعي الداخلي تتم عن طريق أخذ السائل النوي من الرجل، ووضعه في طبق بلاستيكي أو زجاجي معقم، ثم نعزل النطق عن السائل المنوي بواسطة جهاز الطرد المركزي، ثم تنشف النطق وتوضع في سائل مغدي بغية الحصول على النطق ذات النشاط الحركي العالي فقط، ليتم زرعها داخل الرحم بواسطة ناقل خاص بعد تحضير الرحم لاستقبالها، وذلك بحقنه بأدوية هرمونية حتى تكتمل عملية الإنضاج البويضي، وتتم الاباضة ثم التلقيح[1].

---

[1] حسيني هيكل، المرجع السابق، ص126.

[2] النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2010- 2011، ص68.

[3] سحارة السعيد، المرجع السابق، ص25.

[4] بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014، ص20.

[1] ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة فقهية، ص377، متوفر على الموقع: https://jfslt.journals.skb.eg ص377.

2- التلقيح الاصطناعي الخارجي

ويعرف بأنه: جمع الحيوانات المنوية مع البييضات في أنبوب مختبري في وسط مهيأ اصطناعيا، وبع الالتحام تنقل البييضة الملقحة إلى الرحم[2].

أو هو عملية جمع الحيوان المنوي مع البويضة خارج الرحم في أواني مخبرية[3].

ويمكن تلخيص الأسباب التي تدعو إلى التلقيح الخارجي فيما يلي:

- **أمراض الأنابيب**: إذا كانت الأنابيب في قناتي الرحم مقفلة أو مسدودة، أو مزالة بعملية، أو مصابة إصابة لا يمكن علاجها، وحينئذ يستحيل تلاقي ماء الرجل والبييضة فلا مناص من إجراء التلقيح الخارجي.

- **ندرة الحيوانات المنوية**: إذا كانت الحيوانات المنوية للرجل قليلة العدد، أو ضعيفة الحركة، وذلك بعد فشل المحاولات في التلقيح الداخلي، فيلجأ غلى التلقيح الخارجي وذلك لأنه لا يحتاج غلى عدد قليل من الحيوانات المنوية

-حالات العقن التي لا يعرف لها سبب.

-في حالات الاضطراب في عمليات التبويض لدى المرأة، كما هو الحال في المبيض المتعدد الكيسات الذي لا يستجيب للمعالجة الطبية، وهي حالة تحدث بسبب زيادة الهرمونات الذكرية الأمر الذي يؤدي إلى سماكة في الخلايا المحيطة بالبييضة وتوقفها عن النمو في المراحل الأولى.

- إذا لم يكن عند الرجل حيوانات منوية من الأصل فيلجأ إلى التلقيح الخارجي من مني متبرع.

- في الحالات التي تستدعي تشخيص بعض الأمراض الوراثية من الأجنة، لأجل استبعاد المصابة منها[1].

وتكمن طريقة التلقيح الخارجي في النقاط التالية:

- شفط البييضات من المرأة ومعالجتها من السائل المحيط بها، ونوضع في سائل مغذٍ خاص، وظروف مشابهة لما تكون عليها في المبيض.

- تؤخذ نطف الرجل ويتم تنقيتها من الشوائب مخبريا، ثم توضع في سائل مغذٍ حتى تصبح قادرة على الإخصاب.

---

[2] محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، مصر، منشأة المعارف، 2003، ص89.

[3] زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص53.

[1] ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، المرجع السابق، ص380- 381.

-تجمع النطف والبييضات في أنبوب اختبار واحد حتى يتم التلقيح، ومن ثم نحصل على البيضة المخصبة.

- يتم زرع البيضة المخصبة داخل في مدة ما بين 48-96 ساعة بعد تحضير الرحم لاستقبالها[2]، وللتأكد من علوق الأجنة بجدار الرحم يقوم الطبيب بإعطاء الزوجة مجموعة من الأدوية لمدة أسبوعين من زرع اللقيحة، ثم يتم متابعتها للتأكد من الحمل بواسطة تحليل الدم والبول، أو الفحص بالموجات فوق الصوتية[3].

المحور الثاني

شروط اللجوء إلى عمليات التلقيح الاصطناعي

أقرّ المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الأخرى إمكانية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كتقنية حديثة مساعدة على الإنجاب، ولكنه في مقابل ذلك اشترط جملة من الشروط التي يبغي توافرها لصحته ضمن نص المادة 45 مكرر من قانون الصحة التي تنص على أن: "... يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

-أن يكون الزواج شرعيا.

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

هذه الشروط التي سوف نتناولها تباعا على النحو التالي:

أولا: أن يكون الزواج شرعيا

لقد جاءت تعاليم الإسلام واضحة في سبيل تنظيم الإنجاب وضبطه بإخضاع العلاقة الجنسية وهي أصل الإنجاب لضوابط وقواعد شرعية تنطلق قاعدتها من عقدة النكاح المكتوبة ما أمكن ذلك أو المعلنة بالإشهاد والإقرار والتي تستمد مقتضياتها وأحكامها من أصول التشريع.

---

[2] ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، المرجع السابق، ص380.

[3] بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص45.

فرابطة الزواج هي وحدها الرابطة الشرعية للعلاقة الجنسية وكل اتصال بدونها محرم، ذلك أن الزواج الشرعي هو الذي يحفظ النسب والعرض ويترتب على حفظ ذلك اعتبار المتاجرة بالنطق والأرحام فسادا[1].

الأمر نفسه ذهب إليه المشرع الجزائري عندما أقرّ بأن الزواج الصحيح هو من اكتملت أركانه وشروطه، وبذلك فان التلقيح الاصطناعي لا يكون مباحا من كان في ظل زواج غير صحيح، فاسد أو باطل[2].

ثانيا: أن تكون عملية التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

تخضع عملية التلقيح الاصطناعي مسبقا إلى رضا الطرفين المشاركين في العملية، وهما الزوج والزوجة باعتبار الإنجاب من الحقوق المشتركة بينهما، والعزوف عنه أو الإقدام عليه يحتاج إلى توافق إرادتهما كما اجتاح العقد إليها[3].

غير أنه يتصور أن يرفض الزوج عملية التلقيح إذا كان لديه مبرر معقول أو تخوف معين، كأن يظن أن منبه سوق يختلط بمني غيره في مراكز العلاج، أو يرى حرمة هذه العملية فيجب أمام وضع كهذا احترام رأيه ولا يكون بذلك متعسفا في استعمال حقه.

والأمر ذاته متصور في الزوجة قلا يجوز للزوج إجبارها على حمل اللقيحة بهذه الطريقة وقد يكون لديها نفس المبررات السابقة[1].

رضا الزوجين إذن شرط ضروري لقيام عملية التلقيح الاصطناعي وهو الأمر الذي حرص المشرع الجزائري على تأكيده عندما نص في المادة مكرر من قانون الأسرة على: " أن يكون التلقيح برضا الزوجين...".

---

(1) سعد مومي، التلقيح الصناعي في القانون الإماراتي والقانون المقارن، مجلة الفقه والقضاء والقانون، دائرة القضاء، أبو ظبي، السنة3، ع4، أكتوبر 2015، ص30- 31- 32.

(2) محمد الطيب سكيرفة، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016- 2017، ص16.

(3) زوبيدة أقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008، ص15.

(1) ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، المرجع السابق، ص422.

وبالرجوع للمادة 371 في فقرتها الثانية من القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة فإنها تشترط ضرورة أن يكون الرضا في شكل موافقة كتابية يحصل عليها الطبيب مسبقا من الزوجين بعد تبصيرهما بكافة المخاطر المحتملة للعملية ونسبة نجاحها.

ضف لذلك، فان المشرع واستنادا لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة قد أقرّ ضرورة قيام التلقيح الاصطناعي بناء على رغبة الزوجين حال حياتهما وأثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة، فلا يجوز شرعا وقانونا استخدام في الزوج في تلقيح زوجنه بعد انفصام الرابطة الزوجية بينهما فالفسخ أو بالطلاق أو بالموت[2]، لما يترتب على ذلك من محاذر ومخاطر اجتماعية وأخلاقية تتعلق بالعرض والنسب[3].

ثالثا: أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها

يعتبر الزواج الرابط الذي يجمع بين الرجل والمرأة وفي إطاره يحق لكل منهما الاستماع بالآخر، وإذا تم اللجوء للتلقيح الاصطناعي، يجب أن يكون بين بويضة الزوجة وماء زوجها دون الاستعانة بأي طرف آخر من أجل المحافظة على نقاء الأنساب[1].

إن مثل هذا الامر هو الذي حرص المشرع الجزائري على تبيانه عندما حصر ضرورة أن يتم التلقيح الاصطناعي بين مني الزوج وبويضة الزوجة فقط ضمن نص المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02 التي تنص على: "أن يتم التلقيح الاصطناعي... "بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها...".

وليس هذا فحسب فقد نصت المادة 371 من القانون رقم 18-11 بالصحة منه على أن: " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا. ويوفقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي، ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواها مع استبعاد كل شخص آخر...".

---

[2] سحارة السعيد، المرجع السابق، ص164.

[3] ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، المرجع السابق، ص164.

[1] زكية النجار نشوار حميدو، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة ألو بكر بلقايد، تلمسان، 2006، ص94- 95.

كما نصت المادة 374 من نفس القانون على أنه: "يمنع التداول، لغاية البحث العلمي التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة:

-بالحيوانات المنوية.

-بالبويضات، حتى بين الزوجات الضرات.

-بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أولا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أمّا أو بنتا.

-بالسيتوبلازم".

حرص المشرع الجزائري يتجلى إذن وبشكل صريح على ضرورة قيام التلقيح الاصطناعي بين مني الزوج وبويضة الزوجة دون تدخل أي طرف آخر بينهما (كنطفة أجنبية، أو بويضة أجنبية، أو رحم أجنبي).

رابعا: عدم جواز استعمال الأم البديلة

بالرجوع للمادة 45 مكرر من قانون الأسرة نجدها تنص على أن التلقيح الاصطناعي يتم "باستعمال رحم الزوجة لا رحم امرأة أخرى".

ما يوحي بأن المشرع لا يجيز استعمال رحم غير رحم الزوجة، ومن ثمة فهو يستبعد كل تدخل أجنبي سواء تمثل في لقيحة جاهزة من نطفة رجل أجنبي أو امرأة غريبة أو زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة بديلة للزوجة.

يتضح إذن أن المشرع الجزائري في التعديل الذي مسّ قانون الأسرة الجزائري في سنة 2005، قد نص بما لا يدعو مجالا للشك على منع تدخل الأم البديلة بالرحم كطرف ثالث في الإنجاب –الذي يفترض أن يكون ثنائيا بين زوج وزوجته على أن المشرع لم يبين الجزاء الواجب توقيعه حال المخالفة، حيث لم يتبع المادة 45 مكرر سالفة الذكر بما يفيد ذلك[1].

فشرعية عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين تقوم إذن على وجوب تلقيح الزوجة بمني زوجها دون غيره وباستعمال رحمها فقط دون رحم غيرها من النساء[2].

---

[1] بلباهي سعيدة، الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري، الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 2، العدد 1، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2016، ص64.

[2] قارح جلال، اليازيد علي، الضوابط القانونية للتلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري دراسة نظرية على ضوء القانون الجزائري، المجلة الشاملة للحقوق، المجلد 2، العدد1، جامعة باجي مختار، عنابة، 2022، ص52.

الخاتمة

توصلنا في نهاية مداخلتنا والموسومة بـ"الضوابط القانونية لإباحة التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري" إلى أن التلقيح الاصطناعي يعد من الوسائل الهامة التي تساعد كأسلوب علمي حديث على حل بعض مشاكل العقم لدى الزوجين مما يساعد على حقهما في تكوين أسرة إلى بعض النتائج و الاقتراحات نذكر أهمها:

أولا: النتائج

- يعتبر التلقيح الاصطناعي واحدا من طرق علاج العقم الحديثة التي يتم من خلالها إدخال السائل المنوي مباشرة إلى الرحم لتسهيل حدوث الحمل. وذلك بعد أن يتم معالجته وإزالة كافة المواد التي يمكن أن تتداخل مع عملية الإخصاب وتسبب تشوه الأجنة أو عدم التبويض.

- التلقيح الاصطناعي يعد تقنية حديثة مساعدة على الإنجاب، حيث يتم من خلاله تلقيح بييضة المرأة بماء الرجل سواء تم داخل الرحم وهو ما يعرف بالتلقيح الداخلي، أو في المختبر وهو ما يعرف بالتلقيح الخارجي، وذلك في الحالات التي لا يمكن معها لحيوان الرجل القدرة على تخصيب بييضة المرأة -بالطريق المعهود- لأسباب مرضية قد ترجع للرجل أو للمرأة أو للاثنين معا.

ضرورة إجراء التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي أو الخارجي حال قيام الزوجية ودون تدخل طرف أجنبي.

ثانيا: التوصيات

- ضرورة تحديد الحد الأدنى لإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي.
- ضرورة سن مجموعة من العقوبات لمحاولة درأ كل شبهة أو تلاعب أو تحايل بالزوجين المقبلين على التلقيح الاصطناعي.

قائمة المصادر والمراجع

- **القران الكريم**

1- الكتب

- أحمد بن فارس بن زكرياء، تحقيق عبد السلام محمد هارون، معجم مقاييس اللغة، ج5، د.ب.ن، دار الفكر، د.ت.ن.
- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، لبنان، مكتبة لبان، د..ت.
- بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ج1، ط1، د.ب.ن، مؤسسة الرسالة، 1416هـ، 1996م.
- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مصر، دار الكتب القانونية، 2007.
- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط1، الأردن، الدار العربية للعلوم، دار البيارق، 1417، 1996.
- طارق عبد المنعم محمد خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، د.ب.ن، دار النفائس، 1991.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2005.
- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، مصر، منشأة المعارف، 2003.

2- الرسائل العلمية

- بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014.
- حمد الطيب سكيرفة، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016- 2017.
- زوبيدة أقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008.
- سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي –دراسة مقارنة – أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

- النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2010- 2011.

3- المقالات العلمية

- بلباهي سعيدة، الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري، الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 2، العدد 1، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2016، ص64.
- زكية النجار نشوار حميدو، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة ألو بكر بلقايد، تلمسان، 2006.
- سعد مومي، التلقيح الصناعي في القانون الإماراتي والقانون المقارن، مجلة الفقه والقضاء والقانون، دائرة القضاء، أبو ظبي، السنة3، ع4، أكتوبر 2015.
- قارح جلال، اليازيد علي، الضوابط القانونية للتلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائري دراسة نظرية على ضوء القانون الجزائري، المجلة الشاملة للحقوق، مجلد 2، عدد1، جامعة باجي مختار، عنابة، 2022، ص52.
- محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، بحث منشور في مجلة التجمع الفقهي الدولي، ع2، الدورة2، 1983.

4- النصوص القانونية

- أضيفت هذه المادة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005. ج.ر 15، ص21 المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984، والمتضمن قانون الأسرة.
- القانون رقم 18-11، المتضمن قانون الصحة، الجريدة الرسمية، ع46، المؤرخ في جويلية 2018.

5- المواقع الالكترونية

- تعريف ومعنى اصطنع المعاني الجامع –معجم عربي عربي، متوفر على الموقع: https://www.almaany.com
- ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الصناعي من منظور الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة فقهية، متوفر على الموقع: https://jfslt.journals.skb.eg

الموافقة على الخضوع للتجارب الطبية في ظل قانون 18-11 المتعلق بالصحة

Consent to undergo medical trials under Law 18-11 relating to health

بن عودة سنوسي
أستاذ محاضر "ب"
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان

الملخص:

التجارب الطبية هي تلك الأبحاث والدراسات التي تجرى على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية والطبية، وهي نوعان: تجارب طبية علاجية هدفها علاج المريض، وتجارب علمية هدفها الحصول على معارف جديدة دون أن تكون هناك مصلحة مباشرة للخاضع لها، ورغم أهميتها إلا أنها أثارت عدة مشاكل قانونية نتيجة لمساسها بالكيان الجسدي للإنسان، فكان لابد من التوفيق بين مصلحة الشخص في سلامة صحته البدنية والعقلية وتكامل جسده، ومصلحة المجتمع في تقدم الطب الذي يخدم مصلحة الإنسانية، الأمر الذي أدى إلى تدخل عدة دول ومن بينها الجزائر بداية بالقانون رقم 90-17 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ثم بالقانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، من أجل تنظيم التجارب الطبية ضمن تشريعاتها الداخلية، وذلك بتحديد الشروط الواجب احترامها حتى تكتسب هذه الأعمال المشروعية القانونية. ومن أهم هذه الشروط حق الشخص في الموافقة المسبقة على خضوعه للتجارب الطبية، فلابد من استشارة الشخص المتطوع للتجربة حتى يتسنى له التعبير عن رضائه بإجراء التجربة أو الامتناع عن ذلك، وفي حالة إخلال القائم بالتجربة بشرط الرضا، يكون قد ارتكب خطأ موجب للمسؤولية الطبية.

الكلمات المفتاحية:

التجارب الطبية، الرضا الحر المستنير، القاصر، الجنين، المسؤولية الجزائية.

Abstract :

Medical experiments are those researches and studies that are conducted on the human being with the aim of developing the vital and medical sciences, and they are of two types: therapeutic medical experiments aimed at treating the patient, and scientific experiments aimed at obtaining new knowledge without there being a direct interest for the subject, and despite their importance, they raised several problems legal as a result of its infringement of the physical entity of the human being, so it was necessary to reconcile the interest of the person in the safety of his physical and mental health and the integrity of his body, and the interest of society in the advancement of medicine that serves the interest of humanity, which led to the intervention of several countries, including Algéria, beginning with Law N° 90-17 amended and supplemented Law N° 85-05 related to the protection and promotion of health, and then Law N° 18-11 related to health, in order to regulate medical experiments within their domestic legislation, by specifying the conditions that must be respected in order for these actions to gain legal legitimacy. Among the most important of these conditions is the person's right to prior consent to undergo medical experiments. The person volunteering for the experiment must be consulted so that he can express his satisfaction with conducting the experiment or refrain from doing so. If the experimenter breaches the condition of consent, he has committed a sin.

Key Words:

Medical experiments, free and informed consent, a minor, the fetus, sanction for violation of consent.

مقدمة:

التجارب الطبية هي كل بحث من شأنه أن يحقق تقدما أو يوصل إلى ابتكار علمي، وذلك فيما يتعلق بوظائف أعضاء الإنسان سواء كان في حال الصحة أو في حال المرض ويكون قابلا لأن يطبق عليه ، وتختلف التجارب الطبية باختلاف الهدف من إجراءها، فإذا كان القصد منها علاج المريض وتخفيف آلامه، تعتبر التجربة علاجية، أما إذا كان غرضها الحصول على معارف جديدة دون أن تكون هناك مصلحة مباشرة للخاضع لها، تكون التجربة علمية أو غير علاجية.

فإجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان ضرورة لا سبيل إلى إنكارها لتقدم الطب والجراحة، إذ بفضلها تمكن العلماء من القضاء على عدة أمراض وأوبئة التي كانت تفتك بالإنسان فتكا ذريعا، إلا أنها في نفس الوقت أثارت عدة مشاكل قانونية وذلك لمساسها بالكيان الجسدي للإنسان، وضرورة حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان من الاعتداءات والمخاطر المحتملة من إساءة استخدامها.

وعليه فكان من الضروري التوفيق بين مصلحتين متعارضتين: مصلحة الشخص في سلامة صحته البدنية والعقلية وتكامل جسده، ومصلحة المجتمع في تقدم الطب الذي يخدم هذه المصلحة.

الأمر الذي دفع عدة دول بسن قوانين من أجل تنظيم إجراء التجارب الطبية، وذلك بتحديد الشروط الواجب احترامها حتى تكتسب هذه الأعمال المشروعية القانونية.

ولعل أهم هذه الشروط هو حق الشخص في الموافقة المسبقة على خضوعه للتجارب الطبية، فلابد من استشارة الشخص المتطوع للتجربة حتى يتسنى له التعبير عن رضائه بإجراء التجربة أو الامتناع عن ذلك.

فكيف نظم المشرع الجزائري شرط رضاء الخاضع للتجربة للقيام بالتجارب الطبية عليه؟ وهل رتب على الإخلال بهذا الشرط جزاء؟

للإجابة عن هذه الإشكالية، تم الاعتماد على المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية ضمن قانون الصحة الجديد، بالإضافة إلى المنهج المقارن وذلك بمقارنة هذه النصوص مع قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذلك مع ما توصل إليه المشرع الفرنسي في هذا المجال.

ولمعالجة هذا الموضوع سيتم تطرق أولا إلى شروط الحصول على الرضا في التجارب الطبية (مطلب أول)، ثم إلى جزاء تخلف شرط الرضا في التجارب الطبية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: شروط الحصول على الموافقة للخضوع للتجارب الطبية

إن الرضا في مجال التجارب الطبية والعلمية يعد شرطا لازما لكل تجربة، وذلك حماية للحرية في اتخاذ القرار. بحيث لكل إنسان حقوقا مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضاه، وتطبيقا لذلك فإن التجارب الطبية التي تجرى على الإنسان دون موافقته تعد غير شرعية، وتمثل اعتداء على سلامة جسمه، ومن ثم اشترطت مختلف التنظيمات الحصول على الموافقة المسبقة الحرة والمستنيرة للشخص قبل تنفيذ التجربة عليه (الفرع الأول)، ولابد أن يصدر الرضا من شخص كامل الأهلية (فرع ثاني).

الفرع الأول: أن يكون الرضا كاملا

من المبادئ المستقرة في الأعمال الطبية التقليدية، ضرورة الحصول على رضاء المريض بمباشرة العلاج على جسمه. أما في مجال الأعمال الطبية المستحدثة، خاصة التجارب الطبية فإن الحصول على الرضا يعد أمرا ضروريا وجوبا لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها الشخص[1]، ومن ثم فإن تنفيذ التجربة بدون رضاء صاحب الشأن يشكل خطأ قانونيا موجب للمساءلة الجنائية والمدنية.

[1]- محمد فيصل موسى شديد، الأعمال الطبية المستحدثة أمام القانون، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، شعبة العلوم الجنائية، جامعة تونس 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1992-1993، ص. 52.

هذا وقد نص المشرع الجزائري في المادة 386 من القانون رقم 18-11[2] على أنه: "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذر ذلك، ممثلوهم الشرعيين عن موافقتهم الحرة والصريحة والمستنيرة، كتابيا، وبعد إطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله، لاسيما عن:

- الهدف من البحث ومنهجيته ومدته والمنافع المتوخاة منه والصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل الطبية المحتملة.
- حقهم في رفض المشاركة في بحث ما أو سحب موافقتهم في أي وقت دون تحمل أية مسؤولية ودون المساس بالتكفل العلاجي بهم".

فطبقا لهذه المادة فإن الموافقة يجب أن تكون حرة وصريحة، مبنية على إرادة سليمة خالية من أي عيب (أولا)، كما يجب أن تكون مستنيرة بمعنى أن يقوم القائم بالتجربة بإبلاغ وإعلام الخاضع لها بما سوف يقوم به من عمل (ثانيا)، كما أوجب المشرع الجزائري أن يتم التعبير عن الإرادة كتابيا (ثالثا).

أولا: أن يكون الرضاء حرا وصريحا

يلزم لصحة رضاء الشخص بصفة عامة، أن يكون حرا، بمعنى أنه يتعين أن تكون إرادة الشخص سليمة مما يعيبها لكي يعتد بالرضا الصادر عنها، فلا يكون لرضاء الشخص أية قيمة قانونية، إذا كان ضحية غلط، أو تدليس أو إكراه أو استغلال[3]، أو كان ضحية خداع أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم الاختيار، وتبدو أهمية ذلك بصفة خاصة في مجال التجارب الطبية.

إذ نصت المادة الأولى من تقنين نورمبورغ[4] على أنه "يجب أن يكون الشخص المجرب عليه موافق على إجراء التجربة، وهذا يقتضي أن يكون قادرا على اتخاذ قراره بدون أي نوع من التأثيرات الخارجية كالضغط أو الخداع أو العنف أو التزوير أو أي محاولة إقناع أو غصب تؤثر على قراره، كما يجب أن يكون مدركا وفاهما لتفاصيل التجربة".

---

[2]- القانون رقم 18-11، المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 2 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46، الصادرة في 16 ذو القعدة 1439 الموافق لـ 29 يوليو 2018، ص. 3.

[3]- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 27 وما بعدها.

[4]- يعتبر تقنين نورمبرغ أول تقنين وضع المبادئ الأساسية للأخلاق في التجارب الطبية على الإنسان، تم وضعه بمناسبة محاكمة الأطباء النازيين في مدينة نورمبرغ الألمانية بعد هزيمة النازيين في الحرب العالمية الثانية، والذي يعتبر حتى اليوم الأساس في مجال إعداد وتنفيذ التجارب الطبية على الإنسان.

وقد انتهجت أغلب التشريعات المقارنة نفس النهج الذي وضعه تقنين نورمبرغ، فنصت المادة 1122-1-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه "لا يجوز إجراء أي بحث مذكور في الفقرة 1 من المادة 1-1121 على أي شخص دون موافقته الحرة والمستنيرة، التي يتم الحصول عليها كتابيًا، بعد تزويده بالمعلومات المنصوص عليها في المادة 1- .1122"[5].

ولم يخرج المشرع الجزائري عن هذا النهج، إذ نصت المادة 386 المذكورة سابقا على ضرورة أن يكون الرضا حرا وصريحا، والتي كانت تقابلها المادة 2/168 فقرة 02 من قانون حماية الصحة وترقيتها[6] الملغى، والتي نصت على أنه: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه، لممثله الشرعي".

إلا أنه والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة تنظيما كافيا، إذ أن هذه المادة جاءت عامة، كون أن المشرع أغفل وضع تعريفا للموافقة الحرة والصريحة، والأهم من ذلك لم يبين من هم الأشخاص الذين يمكن لهم التعبير عن رضائهم الحر. كون أن المشرع لم يتطرق إلى حالات يضطر فيها الشخص إلى الموافقة على الخضوع للتجارب الطبية بهدف الحصول على مقابل مالي، أو بغية تحقيق منفعة شخصية، فما مدى تأثير ذلك على صحة الرضا.

1- الخضوع للتجارب بمقابل مالي:

مما لا شك فيه أن للمقابل المالي أثر مكره على الشخص المراد إخضاعه للتجربة، خاصة إذا كان في حاجة ماسة إلى المال، وقد تلجأ الكثير من المؤسسات الطبية المختصة بالبحث العلمي إلى إغراء الأشخاص المنتمين لبعض الطبقات الاجتماعية المتدنية اقتصاديا بمبالغ مالية من أجل إخضاعهم لتجاربها[7].

كما أنه لا يجوز من الناحية الأخلاقية أن يعرض الشخص سلامته الجسدية للأضرار المحتملة في التجارب الطبية مقابل مبلغ مالي، لأن جسم الإنسان لا يعتبر أساسا من قبل الأشياء التي يمكن التصرف فيها، ويتمتع بحصانة وعصمة معترف بها شرعا وقانونا، وهذا ما أقر به مجمع الفقه الإسلامي في القرار

---

[5]- Art 1122-1-1 CSP : « Aucune recherche mentionnée au 1° de l'article L. 1121-1 ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, recueilli par écrit, après que lui a été délivrée l'information prévue à l'article L. 1122-1… »

[6]- القانون رقم 90-17، المؤرخ في 9 محرم 1411 الموافق لـ31 جويلية 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16-02-85 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، جريدة الرسمية عدد 35 الصادرة بتاريخ 15 أوت 1990، ص. 1123.

[7]- عبد الكريم مامون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص.785.

رقم 67، حيث جاء فيه ما يلي: "لابد في إجراء التجربة موافقة الشخص التام الأهلية، بصورة خالية من شائبة الإكراه كالمساجين، أو الإغراء المادي كالمساكين، ويجب أن لا يترتب على إجراء تلك الأبحاث ضرر"[8].

غير أن بعض التشريعات تجيز تعويض الشخص الخاضع للتجربة العلمية عما يتحمله من أعباء ومتاعب من جراء الخضوع لهذه التجارب[9]، ومن بينها التشريع الفرنسي حيث أجاز في الفقرة الأولى من المادة 1121-11 من قانون الصحة العامة دفع بعض التعويضات من طرف الطبيب المجرب أو الشركة، للأشخاص المتطوعين للتجربة، لجبر الأعباء والمصاريف المالية التي تكبدوها أثناء التجريب عليهم، دون أن يمتد هذا التعويض إلى الأضرار الجسمانية التي أصابتهم، كما اشترط أن لا يتجاوز مبلغ التعويض الممنوح لهم الحد الأقصى السنوي المحدد بموجب قرار من وزير الصحة[10]، وتكمن الغاية من هذا الإجراء هو تفادي التلاعب بقيمة التعويض، حيث أدرك المشرع الفرنسي أنه لو ترك تقدير مبلغ التعويض لأطراف العقد بكل حرية تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإنه سيفتح بابا واسعا للتعامل في جسم الإنسان وانتهاك حرمته[11].

نفس النهج انتهجه المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 392 من الأمر رقم 20-02[12] المعدل والمتمم للقانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه: "في حالة دراسة عيادية دون منفعة فردية مباشرة، يمكن للمرقي أن يدفع للأشخاص المستعدين للخضوع لها تعويضا عن الصعوبات التي يتحملونها، حسب شروط وكيفيات يحددها الوزير المكلف بالصناعة الصيدلانية"، يعني ذلك أن المشرع الجزائري منع الحصول على التعويضات المالية جراء الخضوع للتجارب الطبية العلاجية، وحصر هذه التعويضات في التجارب العلمية غير العلاجية، غير أن المشرع لم يحدد هذه الصعوبات، ولم يتم لحد الآن وضع شروط وكيفية الحصول على هذه التعويضات من قبل الوزير المختص.

---

[8]- قرار رقم 67 لمجمع الفقه الإسلامي بشأن العلاج الطبي، المؤتمر السابع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1992.

[9]- عبد الكريم مامون، المرجع السابق، ص. 786.

[10]- Art 1121-11 alinéa 1 CSP : « La recherche biomédicale ne donne lieu a aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personne qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais exposés et, le cas échéant, l'indemnité en compensation des contraintes subis versée par le promoteur. Le montant total des indemnités qu'une personne peu recevoir au cours d'une même année est limité à un maximum fixé par le ministre de la santé ».

[11]- دحماني عبد الحكيم، المسؤولية الجزائية عن التجارب الطبية، مذكرة لنيل شهادة مدرسة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الصحة، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013، ص.91-92.

[12]- الأمر رقم 20-02، المرخ في 11 محرم 1442 الموافق لـ 20 أوت 2020، يعد ويتمم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 2 يوليو 2018 والمتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 50، الصادرة في 11 محرم 1442 الموافق لـ 20 أوت 2020، ص. 4.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قبل صدور قانون الصحة الجديد، لم يتطرق المشرع إلى المقابل المالي ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، إلا أنه وبالرجوع إلى المادة 24 من مدونة أخلاقيات الطب[13]، فإنه منع الحصول على مقابل مادي على جميع الأعمال الطبية بما ذلك التجارب الطبية حيث نصت على أنه: "يمنع ما يأتي: - كل عمل من شأنه أن يوفر لمريض ما امتيازا ماديا غير مبرر، - أي حسم مالي كان أو عيني يقدم للمريض، - أي عمولة تقدم لأي شخص كان، - قبول أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل أي عمل طبي".

2- **وضع الشخص الذي يكون في حالة تبعية:**

من المشاكل التي يثيرها استلزام أن يكون الرضا حرا، مدى احترام الطابع الإرادي في الاشتراك في العمل بالنسبة لبعض الطوائف من الأشخاص الذين يكونون في حالة تبعية، وبصفة خاصة المسجونين الذين غالبا ما يدفعون للمشاركة كمتطوعين في التجارب الطبية.

إن استخدام السجناء في الأبحاث العلمية يتيح للقائمين بها سهولة متابعة نتائجها، نظرا لأن السجناء مناسبون تماما لمثل هذه التجارب، فهم يعيشون في بيئة موحدة، ولديهم الوقت الكافي للمشاركة في هذه التجارب طويلة الأجل، مما يمنحهم الفرصة في أن تكون لهم قيمة اجتماعية[14].

إلا أن هذه الفئة لا تتمتع بالحرية التامة للتعبير عن رضائها الحر الحقيقي فيما يتعلق بإخضاعهم للتجارب الطبية، فتقييد الحرية من شأنه أن يدفعهم للخضوع لها من أجل الحصول على مكافأة أو لخفض العقوبة المقررة عليهم، وفي أحيان كثيرة قد ينتزع الرضا منهم تحت الضغط أو الإكراه[15].

ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي أجاز صراحة إخضاع المساجين للتجارب الطبية العلاجية والعلمية، لكن وفقا لمجموعة من الشروط الخاصة، وفي نطاق ضيق، بهدف توفير حماية إضافية لهذه الفئة، بحيث نص في المادة 1121-6 من قانون الصحة العامة على أنه: "لا يمكن إجراء تجارب طبية على المساجين إلا إذا كانت الفائدة المتوقعة من التجربة بالنسبة للمسجون تبرر إخضاعه للخطر المتوقع، أو إذا كانت هذه التجارب تعود بفائدة على أشخاص في نفس الحالة ويتعذر تنفيذها بطريقة ناجعة على

[13]- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق لـ6 جويلية سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة الرسمية عدد 52، الصادرة في 7 محرم 1413 الموافق لـ8 جويلية 1992، ص. 1420.

[14]- ميرفت حسن منصور، التجارب الطبية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص. 174.

[15]- حبيبة سيف سالم راشد، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2005، ص. 433.

فئات المجتمع الأخرى، وفي هذه الحالة الأخيرة فإنه يشترط أن تكون المخاطر المتوقعة من التجربة التي سيخضع لها المسجون تشكل حد أدنى من الخطورة"[16].

هذه المعالجة لا نجدها ضمن القانون الجزائري، إذ لم يتطرق المشرع إلى الحديث عن هذا الموضوع ضمن قانون الصحة الجديد، وقبله ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، فهل سكوت المشرع عن ذلك يفهم منه جواز إجراء التجارب الطبية على المساجين؟، يجب التنويه أنه يوجد قرار رقم 387 صادر عن وزارة الصحة بتاريخ 31 جويلية 2006 حظر التجارب الطبية الدوائية على المسجونين[17]، وذلك بموجب نص المادة 13 منه، فلابد على المشرع الجزائري أن يبين موقفه صراحة من التجارب التي تجرى على المساجين، كما فعل المشرع الفرنسي، وهذا حماية لهذه الطائفة.

وبالرجوع إلى موقف الفقه الإسلامي، نجده يمنع مثل هذه الممارسات على المساجين لعدم إمكانية الحصول على موافقتهم الحرة، وبالتالي فإنه لا يجوز الاعتداد برضاء المسجون أو المحكوم عليه بالإعدام لأنه يفتقد إلى الحرية، كما أن الحالة النفسية للمسجون من شأنها أن تعيب إرادته، فقد تكون موافقة هذا الأخير بدافع الحصول على بعض المزايا أو الفوائد المادية، أو وقعت تحت تأثير ضغط مادي أو معنوي داخل السجن استنادا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[18]، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فالشريعة الإسلامية تدعو إلى الرفق بالأسرى، وتوفير الطعام والشراب والكسوة لهم واحترام آدميتهم[19].

ثانيا: أن يكون الرضاء مستنيرا.

[16]- Art L.1121-6 CSP : "Les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative…ne peuvent être sollicitées pour se prêter a des recherches biomédicales que dans les conditions suivantes : - soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; - soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autre personne se trouvant dans la même situation juridique ou administrative à la condition que des recherches d'une efficacité comparable ne puissent être effectuées sur une autre catégorie de la population. Dans ce cas, les risques prévisible et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ».

[17]- Art 13 : « Les personnes ne pouvant se prêter aux essais cliniques sont : - les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative ; - les personnes malades en situation d'urgence et les personnes hospitalisées sans consentement ».

[18]- أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة الربعي القزويني، سنن ابن ماجة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص. 474.

[19]- وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، -دراسة مقارنة-، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 1981، ص. 411 وما بعدها.

لا يكفي أن تكون الموافقة حرة وصريحة، بل يتعين أن تكون صادرة عن بصيرة بعواقب التجربة الطبية، بمعنى أن يكون الرضاء مستنيرا، فالطبيب بالنسبة للمريض وفي أغلب الأحيان عالم يواجه جاهل في صدد العلوم الطبية ومعلوماتها، التي لا تجعل المريض أو الخاضع للتجربة في مركز متعادل معه[20].

وحتى تكون موافقة الشخص محل التجربة صحيحة، فإنه يقع على عاتق القائم بالتجربة التزام بإحاطته علما بطبيعة التجربة وأهدافها ومدتها، والطرق المستخدمة فيها، والأضرار والمخاطر المحتملة، وهذا ما نصت عليه المادة 386 من قانون الصحة الجديد والتي اشترطت أن تصدر الموافقة بعد إطلاع الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله، الخاضع للتجربة بالهدف من البحث ومنهجيته ومدته والمنافع المتوخاة منه والصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل الطبية المحتملة[21].

إن الموافقة في مجال التجارب الطبية، تتميز بطابعها الخاص مقارنة بالعلاج التقليدي، وأن مجرد الموافقة لا تكفي لنفي مسؤولية القائم على التجربة، لأن الموافقة على الخضوع للتجربة هو رضاء من نوعية خاصة ومتشددة، ويتعين لذلك أن يكون كاملا وحرا ومستنيرا[22].

وقد أكدت أغلب الإعلانات الدولية والتشريعات المقارنة على هذا المبدأ، إذ نصت المادة 24 من إعلان هلسنكي[23] على وجوب إعلام الأشخاص المتطوعين للتجربة حول الهدف منها، الطرق المستعملة، مصادر تمويل التجربة، الفوائد المتوقع الحصول عليها والمخاطر التي يمكن أن تلحق بهم، وعن كل جانب آخر متعلق بالتجربة.

أما قانون الصحة العامة الفرنسي فقد ألزم الطبيب في المادة 1122-1 على وجوب إعلام الشخص المتطوع حول الهدف من التجربة، منهجية العمل، مدة التجربة، الفوائد المنتظرة، المتاعب والمخاطر المتوقعة، الاحتمالات الطبية البديلة عند التوقف قبل انتهاء التجربة، طرق التكفل الطبية المتوقعة في نهاية التجربة، إذا كان هذا التكفل ضروري في حالة توقف التجربة قبل أوانها أو الطرد من التجربة، رأي

---

[20]- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 169.

[21]- سعاد ناصف، ضمانات إجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان طبقا لقانون الصحة رقم 18-11، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 6، العدد 4، ديسمبر 2021، ص. 31.

[22]- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية للنشر، القاهر، 2007، ص. 172.

[23]- من أهم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية، أصدرته الجمعية الطبية في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي سنة 1964.، أحمد مصطفى ممدوح مندور، المسؤولية القانونية المترتبة عن التجارب الطبية، جامعة بوشعيب بلحاج، عين تموشنت، المجلد 02، العدد 03، 2022، ص. 9.

مجلس أخلاقيات الطب وتصريح السلطة المختصة، حق المتطوع بإعلامه عن مجرى التجربة أو ما خلصت إليه، والحصول على المعلومات الخاصة بحالته الصحية التي يحوزها القائم بالتجربة، إعلامه بإمكانية منعه من المشاركة في عدة تجارب طبية في وقت واحد أثناء فترة التجربة المنصوص عليها في العقد، إعلامه بتسجيله في قاعدة البيانات الوطنية وحقه في رفض المشاركة في التجربة أو العدول عنها في أي لحظة دون أن تقوم مسؤوليته أو يلحقه ضرر[24].

وما يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد نظم حق المتطوع في الإعلام تنظيما متكاملا، حيث حدد عناصره تحديدا دقيقا، وذلك نظرا لخطورة هذا النوع من الأعمال الطبية ومساسها بجسم الإنسان.

وفيما يخص القانون الجزائري، فكانت المادة 2/168 في فقرتها الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى تنص على أنه: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه، لممثله الشرعي".

وما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المادة أنه لم يبين كيفية تبصير الخاضع للتجربة وكذلك ما هي المعلومات الواجب إعلامه بها.

وقد تمكن المشرع من استدراك الأمر، وذلك في قانون الصحة الجديد، حيث نص ضمن المادة 386 منه، على أنه: "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة

[24]- Art 1122-1 alinéa CSP : « Préalablement à la réalisation d'une recherche impliquant la personne humaine, une information est délivrée à la personne qui y participe par l'investigateur ou par un médecin qui le représente. Lorsque l'investigateur est une personne qualifiée, cette information est délivrée par celle-ci ou par une autre personne qualifiée qui la représente. L'information porte notamment sur : 1- L'objectif, la méthodologie et la durée de la recherche ; 2- Les bénéfices attendus et, dans le cas de recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme ; 3- Dans le cas de recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, les éventuelles alternatives médicales ; 4- Dans le cas de recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, les modalités de prise en charge médicale prévues en fin de recherche, si une telle prise en charge est nécessaire, en cas d'arrêt prématuré de la recherche, et en cas d'exclusion de la recherche ; 5- L'avis du comité mentionné à l'article L. 1123-1 et l'autorisation de l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 1123-12 ; 6- Le cas échéant, l'interdiction de participer simultanément à une autre recherche ou la période d'exclusion prévues par le protocole et son inscription dans le fichier national prévu à l'article L. 1121-16 ; 6- bis Pour les recherches à finalité commerciale, les modalités de versement de contreparties en sus de la prise en charge des frais supplémentaires liés à la recherche, le cas échéant, dans les conditions prévues à l'article L. 1121-16-1 ; 7- Le cas échéant, la nécessité d'un traitement des données personnelles conformément aux dispositions de l'article 57 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. La personne dont la participation est sollicitée ou, le cas échéant, les personnes, organes ou autorités chargés de l'assister, de la représenter ou d'autoriser la recherche sont informés de son droit de refuser de participer à la recherche ou de retirer son consentement ou, le cas échéant, son autorisation à tout moment, sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait ».

العيادية...وبعد إطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله، لاسيما عن: الهدف من البحث ومنهجيته ومدته والمنافع المتوخاة منه والصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل الطبية المحتملة".

فمن خلال المادة 368 من قانون الصحة الجديد، يمكن القول أن المشرع الجزائري قد وفق عندما ألزم الطبيب الباحث بإعلام الشخص الخاضع للتجربة بطبيعة هذه الأخيرة وموضوعها والأهداف المرجوة من إجرائها، وكذا إعلامه بالمخاطر المحتملة، حتى يستطيع الخاضع للتجربة أن يأخذ القرار وهو على بينة بعد إحاطته بكافة المعلومات الطبية اللازمة التي قدمت إليه بشكل دقيق[25].

ويجب التنبيه إلى أن حق الشخص الخاضع للتجربة في الموافقة -سواء كانت كتابة أو شفوية- يجب أن تبقى قائمة إلى آخر مرحلة من مراحل التجربة، يعني ذلك أنه من حقه العدول عن رضائه في أية مرحلة من هذه المراحل دون أن يترتب عليه أية مسؤولية.

وقد اتفقت الإعلانات الدولية والتشريعات المقارنة على حق الخاضع للتجربة العدول عن رضائه في أي وقت بمقتضى نصوص خاصة، فنصت المادة 24 من إعلان هلسنكي على حق الخاضع للتجربة في سحب موافقته متى شاء، وأن الانسحاب من التجربة لا يرتب أية عقوبات أو الحرمان من حقوق معينة أو منفعة محددة، وأن من حقه الأساسي طلب إيقاف التجربة في أية لحظة ومتى شاء[26].

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في الفقرة 3 من نص المادة 1122-1من قانون الصحة العمومية، أين أكد فيها على حق الخاضع للتجربة في رفض الاشتراك في البحث، أو سحب رضائه في كل وقت، دون ملاحقته أمام القضاء، ودون إلحاق أي ضرر به نتيجة لسحب رضائه[27].

أما المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي فقد ألزم صراحة الطبيب الباحث أن يعلم الخاضع للتجربة عن حقه في رفض المشاركة في بحث ما أو سحب موافقته في أي وقت دون تحمل أية مسؤولية ودون المساس بالتكفل العلاجي بهم، وذلك بموجب المادة 368 فقرة 3 من قانون الصحة الجديد، حيث نصت على أنه: " لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة

---

[25]- ميرفت حسن منصور، المرجع السابق، ص. 183-184.

[26]- العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري - دراسة مقارنة -، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص.113.

[27]- Art L.1122 alinéa 3 CSP : « La personne dont la participation est sollicitée ou, le cas échéant, les personnes, organes ou autorités chargés de l'assister, de la représenter ou d'autoriser la recherche sont informés de son droit de refuser de participer à la recherche ou de retirer son consentement ou, le cas échéant, son autorisation à tout moment, sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait ».

العيادية...وبعد إطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله، لاسيما عن: حقهم في رفض المشاركة في بحث ما أو سحب موافقتهم في أي وقت دون تحمل أية مسؤولية ودون المساس بالتكفل العلاجي بهم".

وهو الأمر الذي نص عليه المشرع الجزائري ضمنيا وليس صراحة في قانون حماية الصحة وترقيتها، وذلك بموجب المادة 168 فقرة 02 بنصها: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب. وعند عدمه لممثله القانوني، وتكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة".

بقراءة متأنية لهذه الفقرة، نستنتج أن الشخص الخاضع للتجربة له أن يعدل عن رضائه في أي وقت يشاء لأن موافقته ضرورية في كل لحظة، وله بين اللحظة والأخرى أن يسحب موافقته دون أن يتحمل أية مسؤولية من جانبه[28].

وبالتالي حسنا فعل المشرع الجزائري بنصه صراحة على إمكانية العدول عن الموافقة في أية وقت دون تحمل أية مسؤولية، بل أوجب على الطبيب الباحث أن يعلم الخاضع للتجربة عن حقه في العدول عن موافقته، حتى يتمكن هذا الأخير من إبداء موافقته عن بصيرة وبكل حرية.

ثالثا: ضرورة التعبير عن الموافقة كتابيا

إذا كان الرضاء بالأعمال العلاجية لا تشترط فيه شكلية خاصة، حيث أنه من الممكن أن يكون شفويا بل ليس هناك ما يمنع أن يكون ضمنيا، يستخلص من اتخاذ المريض موقف يدل بصورة مؤكدة على رضائه بالعمل الطبي، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتجارب الطبية، فخطورة هذه الأعمال تستدعي التزام مزيد من الحذر في شأن استخلاص الرضاء بها[29].

تشترط بعض التشريعات أن تصدر موافقة الشخص على الخضوع للتجارب الطبية في شكل مكتوب، وذلك تطبيقا لتوصيات إعلان هلسنكي في هذا المجال.

فقد أوجبت المادة 1122-1-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي أن يصدر الرضاء في شكل كتابي، وفي حالة تعذر ذلك يكون الرضاء بإقرار من الغير، بشرط ألا يكون هذا الأخير ذو صلة بالقائم بالتجربة أو المشرف عليها[30].

---

[28]- نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2003 ص. 321.

[29]- جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص. 365.

[30]- Article L.1122-1 alinéa 6 CSP : « Aucune recherche mentionnée au 1° de l'article L. 1121-1 ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, **recueilli par écrit**, après que lui a été délivrée

نفس الطريق ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث أوجب أن يكون التعبير عن الموافقة للخضوع للتجربة كتابيا، وذلك طبقا لنص المادة 368 فقرة أولى بنصها على أنه: "لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية...كتابيا..."، وهو الأمر الذي لم يشترطه المشرع ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، إذ كان من الممكن أن تصدر الموافقة شفهيا أو كتابيا.

الفرع الثاني: أهلية الموافقة على التجارب الطبية

يشترط لصحة الرضاء كمال الأهلية وهي طبقا للقواعد العامة، بلوغ السن القانوني وفقا لما حددته مختلف التشريعات[31] مع تمتع الشخص بكل قواه العقلية، وهو شرط منطقي بالنظر إلى طبيعة التجارب الطبية التي تقتضي الموافقة عليها أن يكون للشخص القدر الكافي من الوعي والإدراك.

إن مشكلة الأهلية في التجارب الطبية لا تثور بالنسبة للشخص البالغ، فمتى بلغ الشخص سن الرشد وكان متمتعا بكامل قواه العقلية، فإن موافقته على إجراء التجربة عليه يكون صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية.

ولكن الإشكال يثور بالنسبة لفئة من الأشخاص تكون موضوعا للتجربة وهم القصر ومن في حكمهم (أولا)، والأجنة (ثانيا).

أولا: القصر ومن في حكمهم.

الأصل أنه ليس لرضاء القصر ومن في حكمهم كالمعوقين ذهنيا أية قيمة قانونية في مجال التجارب الطبية، لأنهم لا يملكون القدرة على كشف وتمييز طبيعة التجربة التي يرضون بها، وبذلك لابد من الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالوصاية على الأشخاص، فمن حيث المبدأ إذا كان القاصر ومن في حكمه لا يستطيع تقدير خطورة الأمر، فيجب الرجوع إلى رأي أبويه أو ممثله القانوني[32].

وهذا ما أكده إعلان هلسنكي بنصه في المادة 27 بأنه: "في حالة إجراء تجارب على أشخاص غير قادرين، يجب على الطبيب الباحث الحصول على الرضا المنير من طرف ممثليهم القانونيين. ولا يمكن إخضاع هؤلاء الأشخاص إلى التجريب ما لم يكن لهم مصلحة مباشرة من هذه التجربة، ماعدا إذا كانت

---

l'information prévue à l'article L. 1122-1. Lorsqu'il est impossible à la personne concernée d'exprimer son consentement par écrit, celui-ci peut être attesté par la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, par un membre de la famille ou, à défaut, par un des proches de la personne concernée, à condition que cette personne de confiance, ce membre ou ce proche soit indépendant de l'investigateur et du promoteur.».

[31]- لقد حددت المادة 40 من القانون المدني الجزائري سن الرشد 19 سنة كاملة.

[32]- بخصوص الرضاء عن القصر راجع جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.83 وما بعدها.

هذه التجربة تهدف إلى تحسين صحة الأشخاص الذين هم في نفس الحالة، ولا يمكن إجرائها على أشخاص قادرين، وأن المخاطر والأضرار تكون ضئيلة".

نفس المنهج ذهب إليه المشرع الفرنسي، حيث أجازت المادة 1121-7 من قانون الصحة العامة إجراء التجارب بنوعيها على القصر ومن في حكمهم، في حالة استحالة إجراء هذه التجارب على البالغين، وأن تكون الفوائد المرجوة من إجراء التجارب الطبية تبرر المخاطر المتوقعة التي قد يتعرضون لها، أو أن تكون مفيدة لأشخاص آخرين يوجدون في نفس وضعية الشخص الخاضع للتجربة، وهنا يجب أن تقلص المخاطر المتوقعة إلى حدها الأدنى[33].

وفيما يخص المشرع الجزائري لم يحدد سنا معينة يعتد بها لتحديد مدى تمتع الشخص بالأهلية اللازمة للموافقة على الخضوع للتجربة الطبية، حيث نصت المادة 368 من قانون الصحة الجديد على أنه: لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية أو عند تعذر ذلك، ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرة والصريحة والمستنيرة، كتابيا..."[34].

إذا أخذنا النص على حالته، فيفهم بأنه يمكن إجراء التجارب الطبية بنوعيها على القصر ما دامت قد صدرت الموافقة ممن يمثلونهم قانونا، غير أن هذا النص بهذه الصورة غير واضح المعالم ولم يفصل في مسألة أهلية الشخص الخاضع للتجريب. وبالتالي فلابد من الرجوع للقواعد العامة التي تحكم الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني[35] قصد وضع حل لهذا الإشكال، ذلك أن التجارب الطبية من المسائل الخطيرة التي تمس جسم الإنسان، وإذا تركت بدون ضوابط، فإنها ستنحرف عن هدفها الأصلي الذي وجدت من أجله، وهو قصد العلاج في التجارب الطبية العلاجية، وقصد اكتشاف مرض جديد أو دواء جديد في التجارب العلمية[36].

---

[33] - Art 1121-7 CSP: « Les mineurs ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures et dans les conditions suivantes : -soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ;-soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres mineurs. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal ».

[34]- وهو نفس النهج الذي انتهجه في قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، وذلك ضمن المادة 168 فقرة 2، حيث نصت على أنه: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي".

[35]- راجع المواد من 40 إلى 45 من القانون المدني.

[36]- نصر الدين ماروك، المرجع السابق، ص. 325.

وهنا لابد من التفرقة بين القاصر المميز والقاصر غير المميز[37]، فبالرجوع إلى المادة 83 من قانون الأسرة[38] التي تنص على أنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

فطبقا لهذه المادة للقاصر المميز الذي بلغ 13 سنة أن يعبر عن موافقته الحرة والمنيرة على الخضوع للتجارب العلاجية، دون الحاجة إلى موافقة وليه أو ممثله الشرعي، لأنها دائما ما تكون نافعة له.

أما إذا ظهر للطبيب أن التجربة العلاجية تدور بين النفع والضرر، فلابد من الحصول على موافقة القاصر، ثم إجازة وليه أو ممثله الشرعي، وفي حالة نشوء نزاع فيمكن اللجوء إلى قضاء من أجل الفصل في هذه المسألة.

وبخصوص التجارب العلمية، فإنها لا تعود بفائدة مباشرة على الخاضع لها، وبالتالي لا يمكن اعتبار الموافقة عليها من الأعمال النافعة بالنسبة للقاصر المميز، وبالتالي تعد موافقته وفقا للمادة 83 من قانون الأسرة غير نافذة إذا لم يقم بإجازتها وليه أو ممثله الشرعي، ذلك أن القاصر المميز لا يتمتع في هذه الحالة بالأهلية اللازمة للتعبير عن موافقته الحرة والمنيرة.

أما القاصر غير المميز والبالغ المحمي قانونا، فقد نصت المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منهم تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم..."، فإن كان الطبيب ملزم بالحصول على موافقة أولياء القاصر الغير مميز من أجل تقديم له علاج طبي تقليدي، فمن باب أولى حصوله على هذه الموافقة في حالة تجريب علاج جديد.

أما بالنسبة للتجارب العلمية، فمن المعلوم أن الغاية منها هي تطوير العلوم الطبية، وبالتالي وفي جميع الأحوال لا يجوز إخضاع القاصر الغير مميز ومن يدخل في حكمه للتجارب العلمية، لما تعرض حياتهم أو صحتهم للخطر.

---

[37]- حددت المادة 42 فقرة 2 من القانون المدني سن التمييز ببلوغ 13 سنة كاملة.

[38]- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ09 جوان 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ27 فبراير 2005، والمتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، الصادرة في 22 جوان 1984. ص. 915.

وبالتالي لابد على المشرع الجزائري توضيح موقفه من إجراء التجارب الطبية على القصر، وتنظيمها تنظيما دقيقا مثلما فعل المشرع الفرنسي، وذلك لرفع أي غموض لكل الأطراف، وكذلك لإضفاء حماية قانونية مشددة على هذه الفئة في مجال التجارب الطبية.

ثانيا: التجارب على الأجنة

الجنين في اصطلاح الطب المعاصر يطلق على الولد في بطن أمه إذا اكتملت بنيته، وكان بإمكانه أن يعيش إذ نزل حيا من بطن أمه، ويكون هذا في الفترة الواقعة بين بداية الشهر السابع إلى وقت الولادة[39].

أما عند فقهاء القانون، فيطلق لفظ الجنين على ما في الرحم منذ بدأ التكوين بحدوث التلقيح والاستقرار فيه[40]، في حين يطلقه البعض على بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوي للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة[41].

إن المشكلة التي تثار بالنسبة للجنين هو تحديد طبيعته القانونية، فإما أن يعتبر الجنين شخصية قانونية يتمتع بكافة الحقوق ومنها الحق في الحياة والسلامة البدنية، وإما أن يعتبر هو ذاته محلا للحق أي شيئا يقع عليه الحق الذي هو حق الأم على مكونات جسدها[42]، الأمر الذي يطرح التساؤل حول إمكانية إخضاع الجنين للتجارب الطبية.

فإذا كان الجنين في نظر القانون كائنا إنسانيا فهو غير قادر على الموافقة، فهل في هذه الحالة يتعين الرجوع إلى أحكام القانون المدني، وتطبيق الأحكام الخاصة بالقاصر والبالغ غير القادر على التمييز؟ ومن ثم يحظر كل عمل تجريبي، وفي حالة عدم اعتباره كائنا بشريا، بل مجرد نتاج حمل، فهل الرضاء الصادر من الأم يكون كافيا؟

لاشك أن التجارب على الأجنة ضرورية من الناحية الطبية للوقوف على الكثير من الأمراض التي تصيب الصبية بعد الولادة، على اعتبار أن نصف الوفيات الطفولية مرتبطة بهذه المرحلة من عمر

---

[39]- أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص. 21-22.

[40]- شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. 151.

[41]- عبد العزيز محسن، الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار البشير، القاهرة، دون سنة نشر، ص. 16.

[42]- أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق و الشرائع، المكتبة الأكاديمية، مصر، 2001، ص.80.

الكائن، وللوقوف على أسباب هذه الأمراض يتطلب الأمر دراسة الموضوع في مراحله الأولى وهو التجريب على الجنين، إذ أنه لا يمكن فهم طبيعة الكثير من الأمراض بدون الدراسات المعمقة على الأجنة[43].

فمن الناحية القانونية، اتجهت أغلب التشريعات إلى إضفاء الحماية القانونية على الجنين منذ لحظة الإخصاب وحتى بداية عملية الوضع الطبيعي. ومنها التشريع الفرنسي الذي نظمها بمقتضى المادة 2151-5[44] من القانون الصحة العامة، إذ رفض بموجبها إجراء أية تجربة على الأجنة البشرية أو الخلايا الجذعية الجنينية لأغراض البحث والدراسة، إلا بالشروط التالية: إذا تم إثبات الأهمية العلمية للبحث، وأن يكون الغرض من البحث علاجي، ولا يمكن إجراء هذه الأبحاث دون استخدام الأجنة أو الخلايا الجذعية الجنينية، وأخيرا أن لا يخالف البحث المبادئ الأخلاقية لأبحاث على الأجنة والخلايا الجذعية الجنينية.

وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أن الأبحاث على الأجنة لا يمكن أن تتم إلا على الأجنة الزائدة الناتجة في المختبر في إطار الإنجاب بمساعدة طبية، شريطة موافقة الزوجين الكتابية على إجراء دراسات على جنينهم[45].

وأما المشرع الجزائري، وبالرغم من أنه أجاز التجارب الطبية على الإنسان وأكد على ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة من الشخص الخاضع للتجربة أو من ممثله الشرعي طبقا للمادة 368 من قانون الصحة الجديد. إلا أن هذه المادة جاءت عامة وغامضة، فلم تحدد ما إذا كان ممكنا إجراء التجارب الطبية بنوعيها على الجنين من عدمه. فكان من الأحسن في رأينا تنظيم التجارب على الجنين بنصوص خاصة.

---

[43]- عبد الكريم مامون، المرجع السابق، ص. 12.

[44]- Art 2151-5 Alinéa 1 : « Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si : - La pertinence scientifique de la recherche est établie; - La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale; - En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires; - Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires ».

[45] - Art 2151-5 Alinéa 2 : « Une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus… »

ومن الناحية الفقهية، ذهب الفقهاء المعاصرون، إلى أن العلاج الجيني، باستعمال الجينوم البشري، أو باستخدام استنساخ الأعضاء البشرية، إذا تم وفقا للضوابط الشرعية والأخلاقية لعلاج بعض الأمراض المستعصية، وعلاج أمراض الأجنة قبل ولادتها، إنما هو من قبيل التداوي، والتداوي قد أمر الإسلام به[46]، لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء "[47]. غير أنهم ربطوا هذه الإباحة بإذن الوالدين.

وهذا ما صدر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، في دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من 13 إلى 2003/12/17، بشأن الخلايا الجذعية، حيث قرر ما يلي: "أولا: يجوز الحصول على الخلايا الجذعية وتنميتها بهدف العلاج، أو **لإجراء الأبحاث العلمية المباحة**، إذا كان مصدرها مباحا، ومن ذلك على سبيل المثال المصادر الآتية:... 4- الجنين الساقط تلقائيا أو لسبب علاجي يجيزه الشرع، **وبإذن الوالدين**... "[48]، في حين حظر المجمع الفقهي القيام بالتجارب الطبية على الأجنة المجهضة عمدا، وذلك بموجب نفس القرار، والذي جاء فيه: ""ثانيا: لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية واستخدامها إذا كان مصدرها محرما، ومن ذلك على سبيل المثال: 1- الجنين المسقط تعمدا بدون سبب طبي يجيزه الشرع...".

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بشرط الموافقة على الخضوع للتجارب الطبية

تم التوصل إلى أن الحصول على موافقة الشخص الخاضع للتجربة شرط أساسي لشرعيتها، باعتباره أحد العناصر الأساسية التي تساهم في بنيان هذه الإباحة، ومن ثم فإن تنفيذ التجربة بدون موافقة الخاضع لها أثناء جميع مراحلها يترتب عنه إلى جانب المسؤولية المدنية، قيام المسؤولية الجزائية.

وسيتم التطرق إلى جزاء الإخلال بشرط الموافقة على الخضوع للتجارب الطبية في التشريع الفرنسي (فرع أول)، وفي التشريع الجزائري (فرع ثاني).

الفرع الأول: جزاء الإخلال بشرط الموافقة على الخضوع للتجارب الطبية في التشريع الفرنسي

لقد رتبت المادة 1128-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي عقوبة الحبس لمدة 3 سنوات وغرامة مالية قدرها 45.000 أورو على كل من يقوم بإجراء تجربة طبية على شخص دون أن يحصل على رضائه الحر والمتبصر، أو يستمر في إجراء التجربة رغم عدول الشخص عن رضائه[49].

---

[46]- العربي بلحاج، الاستنساخ الجيني البشري في الميزان الشرعي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 435، 2002، ص.29.

[47]- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء العاشر، ، دار المعرفة، بيروت، دون سنة نشر، ص. 134.

[48]– إيمان مختار مختار مصطفى، المرجع السابق، ص. 152.

[49]- Article L.1128-1 CSP : « Comme il est dit à l'article 223-8 du code pénal ci-après reproduit : Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 ou

وعليه فقد خص المشرع الفرنسي الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية بحماية خاصة من الأشخاص القائمين بها، بل حتى من أنفسهم وذلك بمنعهم الخضوع إلى التجارب الطبية بصفة مستمرة، بهدف الحصول على التعويضات المناسبة من جراء المشاركة في التجارب، حيث يتكلف وزير الصحة بمسك سجل وطني خاص بالأشخاص المشاركين في التجارب وذلك طبقا للمادة 1121-12[50] من قانون الصحة العامة.

ومن جهة أخرى، وحماية لحق الشخص في التعويض المناسب عن الأضرار الناتجة عن الخضوع لهذه التجارب، أسس المشرع الفرنسي المسؤولية في التجارب الطبية بنوعيها على الخطأ المفترض، بعدما كان يعتمد على المسؤولية بدون خطأ في التجارب الغير علاجية، والمسؤولية على الخطأ المفترض بالنسبة للتجارب العلاجية، حيث يمكن للطبيب أن يعفى من المسؤولية إذا أثبت أنه حصل على رضاء الخاضع للتجربة الحر والمتبصر،وذلك طبقا لنص المادة 1121-10[51] من قانون الصحة العامة، وفي الحالة إعفاءه منها يمكن للخاضع للتجربة أن يحصل على التعويض من الديوان الوطني للحوادث الطبية وذلك طبقا لنص المادة 1142-3[52] من نفس القانون.

ويفسر لجوء المشرع الفرنسي إلى الأخذ بنظام المسؤولية على أساس الخطأ المفترض في هذا المجال إلى طابع التبرع الذي يميز مشاركة الشخص في التجارب الطبية، حيث يضع نفسه تحت تصرف القائم بالتجربة مع كل ما تحمله هذه التجارب من مخاطر، ومن ثم فإن طابع التبرع هو الذي يفرض تعويض

---

sur un essai clinique mentionné à l'article L. 1124-1 du code de la santé publique sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et, le cas échéant, écrit de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par le code de la santé publique ou par les articles 28 à 31 du règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.
Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche est pratiquée alors que le consentement a été retiré.».

[50]- Art 1121-12 CSP : « Pour chaque recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1, le dossier soumis au comité de protection des personnes et, le cas échéant, à l'autorité compétente détermine s'il est nécessaire que la personne ne puisse pas participer simultanément à une autre recherche et fixe, le cas échéant, une période d'exclusion au cours de laquelle la personne qui s'y prête ne peut participer à une autre recherche. La durée de cette période varie en fonction de la nature de la recherche ».

[51]- Art 1121-10 CSP : « Le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche impliquant la personne humaine pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant...».

[52]- art 1142-3 CSP : « Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées par l'office institué à l'article L. 1142-22, conformément aux dispositions du II de l'article L. 1142-1. ».

المضرور من التجارب بدون إلزامه بإثبات الخطأ وعلاقة سببية بينه وبين الأضرار الذي أصابته، ويتبع بذلك فإن التزام القائم بالتجربة هو التزام بتحقيق نتيجة، وهي في هذه الحالة سلامة الشخص الخاضع للتجربة، بحيث تتحقق مسؤوليته بمجرد تخلف هذه النتيجة[53].

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بشرط الموافقة على الخضوع للتجارب الطبية في التشريع الجزائري

بالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، فإنه لم يتضمن أي نص يجرم صراحة التجارب الطبية التي تقام بدون موافقة الشخص الخاضع لها.

ويترتب عن ذلك عدم إمكانية القاضي الاستجابة لشكوى المتضرر وذلك لانعدام الأساس القانوني الذي يجيز ذلك، خاصة أن القاضي الجزائري مقيد بتطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والتفسير الضيق للنصوص.

غير أن المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى كانت تحيل إلى المادتين 288 و289 من قانون العقوبات[54] بشأن الجرائم المرتكبة من قبل العاملين في مجال الصحة والتي تخلف ضررا بالسلامة البدنية للأشخاص أو بصحتهم، فقد نصت المادة 239 على أنه: "يتابع، طبقا للمادتين 288 و289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته".

وتنص المادة 288 من قانون العقوبات على: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 20.000 دج".

أما المادة 289 من قانون العقوبات فنصت على أنه: "إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 دج إلى 15.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

باستقراء نص المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها فيتم تطبيق المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، إذا خلفت التجارب الطبية ضررا بالسلامة البدنية للأشخاص أو بصحتهم، وليس

---

[53]- عبد الكريم مامون، المرجع السابق، ص.777-778.

[54]- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 الصادرة في 21 صفر 1386 الموافق لـ11 يونيو 1966.

تخلف شرط الرضا، وعليه فلكي تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب يجب أن يقترن تخلف الرضا بإصابة الخاضع للتجربة بضرر يمس سلامته البدنية أو صحته، أما إذا تمت التجربة الطبية بدون موافقة الخاضع لها ولم ينتج عنه ضرر، فلا مجال للحديث عن قيام المسؤولية الجزائية للطبيب، وبالتالي فإن المشرع الجزائري من خلال المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمادتين 288 و289 من قانون حماية العقوبات أخفق في توفير الحماية القانونية اللازمة للشخص في مجال التجارب الطبية.

غير أن المشرع الجزائري قد استدرك هذا القصور عندما نص صراحة عن قيام المسؤولية الجزائية للقائم بالتجربة في حالة إجراء هذه الأخيرة دون الحصول على موافقة الشخص الخاضع لها، حيث رتب لها عقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، وهذا طبقا لنص المادة 439 من قانون الصحة الجديد، حيث نصت على أنه: "يعاقب الطبيب الباحث الذي شرع في الدراسة العيادية دون الحصول على موافقة الشخص المدرج في بروتوكول البحث، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج"، مع إمكانية إضافة عقوبة تكميلية واحدة أو أكثر على الطبيب الباحث، وهذا طبقا لنص المادة 440 من قانون الصحة الجديد، حيث نصت على أنه: "يمكن أن يعاقب، علاوة على ذلك، كل من يرتكب إحدى المخالفات المذكورة أعلاه، بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات".

فطبقا للمادة 439 من قانون الصحة تترتب مسؤولية الطبيب الباحث بمجرد قيامه بالتجربة دون موافقة الشخص الخاضع لها، كما تقوم كذلك إذا كانت الموافقة غير سليمة لعدم تبصير الخاضع لها أو عدم توافر الإرادة الصحيحة نتيجة التهديد أو الإكراه أو وجود علاقة تبعية، كما أنها تقوم في حالة الاستمرار في التجربة رغم لعدول عنها، أو عدم إخباره بحقه في العدول عنها في أي وقت[55].

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أصاب عندما رتب عقوبة جزائية لكل من يخالف شرط الموافقة على إجراء التجارب الطبية، وذلك نظرا لخطورة هذا النوع من الأعمال الطبية.

[55]- جمال بن مامي، المسؤولية الجنائية عن التجارب الطبية العلمية في ضوء قانون 11/18 المتعلق بالصحة، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس، المدية، المجلد 8 العدد 2، جوان 2022، ص. 637.

خاتمة:

تعتبر موافقة الشخص على خضوعه للتجارب الطبية من أهم الشروط التي نصت عليها مختلف التشريعات بسبب توقف شرعية التجربة إلى حد كبير على هذا الشرط، حيث أوجبت هذه التشريعات الحصول على الرضا مهما كانت طائفة الأشخاص المشاركين فيها، ويعني ذلك موافقة الشخص أو موافقة وليه أو ممثله الشرعي حسب الأحوال في الحالات التي يجيز فيها القانون التجريب على غير الراشد.

ويجب أن تكون الموافقة حرة ومستنيرة، بعيدة عن كل ما يعيب الإرادة، ولابد من أن يسبق الحصول على الموافقة إعلام المتطوع بكل ما يتعلق بالتجربة وكيفية إجراءها، مع العلم أنه يجوز له العدول عن موافقته في أية مرحلة دون أن تترتب عليه أية مسؤولية.

وقد وضعت بعض التشريعات عقوبات جزائية على مخالفة شرط الحصول على الموافقة، ونفس النهج انتهجه المشرع الجزائري، حيث أقر بقيام المسؤولية الجزائية للطبيب الباحث في حالة إجرائه للتجربة دون الحصول على موافقة الشخص الخاضع لها، وذلك بموجب القانون 18-11 المتضمن قانون الصحة، ورتب لذلك عقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة مالية من 100.000 دج إلى 500.000 دج بالإضافة إلى عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات، وهذا بعدما كان تنظيم مسؤولية القائم بالتجربة بطريقة عفوية غير ممنهجة ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى،

غير أن المشرع الجزائري عند تنظيمه مسألة الموافقة على الخضوع للتجربة الطبية ورغم استدراكه للكثير من الأمور التي كانت غامضة ضمن القانون القديم، إلا أنه اكتفى بالنص على القواعد الأساسية التي تنظم مسألة الرضا في التجارب الطبية، خاصة مسألة وجوب الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للشخص الخاضع للتجربة. غير أنه لم يحدد بدقة الأشخاص الذين يمكن إخضاعهم لهذه التجارب.

فنأمل أن يتدخل المشرع لسد هذه الفراغات التشريعية ولإزالة الغموض الذي يكتنف بعض النصوص المنظمة لهذا الموضوع الحساس.

وفي ختام هذه الدراسة نتقدم بالاقتراحات التالية:

- وجوب تعزيز الحماية القانونية للفئات الضعيفة في المجتمع كالسجناء والقصر، من خلال وضع نصوص خاصة تبين شروط وكيفية إجراء التجارب عليهم؛
- ضرورة سد الفراغ القانوني الموجود من خلال وضع إطار قانوني ينظم التجارب الطبية التي يتم إجراؤها على الأجنة واللقائح الآدمية؛
- ضرورة وضع نصوص تشدد من مسؤولية الإخلال بشرط الحصول على الموافقة عند إجراء التجارب الطبية على الفئات الضعيفة، والأجنة واللقائح الآدمية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا/ المصادر:

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ09 جوان 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ27 فبراير 2005، والمتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، الصادرة في 22 جوان 1984.
- القانون رقم 85-05، الصادر بتاريخ 26 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 8، الصادرة في 27 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ 17 فبراير 1985.
- القانون رقم 90-17، المؤرخ في 9 محرم 1411 الموافق لـ31 جويلية 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المؤرخ في 16-02-85 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، جريدة الرسمية عدد 35 الصادرة بتاريخ 15 أوت 1990.
- القانون رقم 18-11 الصادر بتاريخ 18 شوال 1439، الموافق 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 46، الصادرة في 16 ذو القعدة 1439 الموافق لـ 29 يوليو 2018.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 الصادرة في 21 صفر 1386 الموافق لـ11 يونيو 1966.
- الأمر رقم 20-02، المرخ في 11 محرم 1442 الموافق لـ 20 أوت 2020، يعد ويتمم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 2 يوليو 2018 والمتعلق بالصحة، جريدة رسمية عدد 50، الصادرة في 11 محرم 1442 الموافق لـ 20 أوت 2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق لـ6 جويلية سنة 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة الرسمية عدد 52، الصادرة في 7 محرم 1413 الموافق لـ8 جويلية 1992.

ثانيا/ المراجع:

1- المؤلفات:

أ- المؤلفات العامة:

- أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة الربعي القزويني، سنن ابن ماجة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2003.
- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء العاشر، دار المعرفة، بيروت، دون سنة نشر.
- وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، -دراسة مقارنة-، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 1981.

ب- المؤلفات الخاصة:

- أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق و الشرائع، المكتبة الأكاديمية، مصر، 2001.
- إيمان مختار مختار مصطفى، الخلايا الجذعية وأثرها على الأعمال الطبية والجراحية من منظور إسلامي –دراسة فقهية مقارنة-، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.
- أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية للنشر، القاهر، 2007.
- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- شوقي زكرياء الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

- عبد العزيز محسن، الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار البشير، القاهرة، دون سنة نشر.
- عبد الكريم مامون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري - دراسة مقارنة -، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- ميرفت حسن منصور، التجارب الطبية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2003.

2- الرسائل الجامعية:

- حبيبة سيف سالم راشد، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2005.
- دحماني عبد الحكيم، المسؤولية الجزائية عن التجارب الطبية، مذكرة لنيل شهادة مدرسة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الصحة، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013.
- محمد فيصل موسى شديد، الأعمال الطبية المستحدثة أمام القانون، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، شعبة العلوم الجنائية، جامعة تونس 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1992-1993.

3- المقالات القانونية:

- أحمد مصطفى ممدوح مندور، المسؤولية القانونية المترتبة عن التجارب الطبية، جامعة بوشعيب بلحاج، عين تموشنت، المجلد 02، العدد 03، 2022.
- جمال بن مامي، المسؤولية الجنائية عن التجارب الطبية العلمية في ضوء قانون 11/18 المتعلق بالصحة، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس، المدية، المجلد 8 العدد 2، جوان 2022.

- سعاد ناصف، ضمانات إجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان طبقا لقانون الصحة رقم 18-11، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 6، العدد 4، ديسمبر 2021.
- العربي بلحاج، الاستنساخ الجيني البشري في الميزان الشرعي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 435، 2002.

حماية مبدأ معصومية جسد الإنسان في ظل التدخلات الطبية الحديثة

Protecting the principle of the infallibility of the human body in light of modern medical interventions

ط/د. بن عوالي خاليدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عمار ثليجي- الأغواط

ملخص:

إن الطفرة العلمية التي يشهدها العالم اليوم، قد ترتب عنها ظهور العديد من الإنجازات العلمية التي شملت جميع الميادين، خاصة الطب، فقد تم اكتشاف بعض التقنيات الطبية، تفيد إجراء تدخلات طبية تهدف لتحقيق أمور مستعصية في الممارسات الطبية التقليدية، من بين هذه الممارسات نقل وزرع الأعضاء، الاستنساخ البشري، تأجير الأرحام، تغيير الجنس وغيرها من العمليات التي مثلما أكدت نجاحها، فقد أكدت مساسها أيضا بالحرمة الشرعية والقانونية للجسد البشري وكرامته، الأمر الذي استلزم تدخل التشريعات الدولية والوطنية لحماية هذا المبدأ من التجاوزات التي ترتبها هذه الممارسات، وضبط ممارستها بمجموعة من القواعد، للتجسيد الأمثل له في ظل التدخلات الطبية الحديثة.

مقدمـــــــة:

يشهد العالم منذ منتصف القرن العشرين طفرة علمية وسعت جل مجالات العلوم، لاسيما منها مجال الطب والبيولوجيا، وقد أدى هذا التطور إلى اكتشاف بعض التقنيات الطبية التي كانت بمثابة ضربا من الخيال لصعوبة توقع حصولها، لكنها أحرزت نجاحاً كبيراً، وأثبتت نجاعتها في تحقيق أمل الشفاء.

من أهم التدخلات الطبية المستجدة بموجب التطور العلمي، عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، والتي تفيد عملية استئصال أحد الأجزاء الحيوية المكونة للجسد البشري لشخص حي أو ميت على سبيل التبرع، ليتم زرعها في جسد شخص بحاجة لهذا الجزء، لمعاناته من مرض أو حادث أأدى إلى تلف الجزء الأصلي، وتعاني هذه العملية على المستوى العملي إشكالا متعلقا بندرة المتبرعين، مما أدى بدوره إلى اللجوء إلى تقنية أخرى تمثلت في استخدام الأجزاء الحيوية للحيوانات في تعويض الأجزاء الحيوية البشرية التالفة، تحت مسمى "Xenotransplantation".

كما توصل التطور العلمي في إطار التدخلات الطبية إلى تقنية الاستنساخ، حيث أصبح من المتوقع بعد نجاح الاستنساخ في عالم الحيوان، تطبيق هذه التقنية على الجنس البشري، ليصبح من المحتمل انتاج نسخ بشرية مطابقة لشخص معين، بطريق غير جنسي تقليدي، زيادة عن هذا فقد أصبحت عملية التلقيح التقليدية عن طريق الجماع الطبيعي تتم بواسطة الحقن المجهري للخلايا الذكورية في الخلايا الأنثوية، تحت مسمى التلقيح الصناعي، بل تعدى أمر التلقيح الصناعي بين الزوجين خارجيا إلى زرع هذه الخلايا الملقحة في رحم امرأة غير الزوجين لإتمام فترة الحمل والولادة، زيادة عن العمليات ذات الهدف التجميلي، والأخرى ذات هدف تغيير جنس الإنسان.

وقد أدت هذه التدخلات الطبية إلى إثارة جدل فقهي واسع، كان هذا الأخير يدور أساساً حول مبدأ معصومية جسد الإنسان، ذلك أن هذا المخلوق يتمتع بحماية شرعية وقانونية خاصة، تفيد حرمته من كل أشكال المساس به وبكرامته، ولما كانت الممارسات المذكورة ثابتة المساس بحرمة وكرامة الجسد البشري، فكان من الواجب سن قواعد قانونية وطنية ودولية لحماية هذا المبدأ من التجاوزات التي قد ترتبها هذه الممارسات.

وبناءً على ما سبق فإن موضوع دراستنا هذه يتمثل في مفهوم مبدأ حرمة جسد الإنسان ومدى تكريسه في ظل التدخلات الطبية الحديثة، وللإحاطة بجوانب هذه الدراسة، يمكن طرح الإشكالية التالية:

- ما مدى التجسيد الشرعي والقانوني لمبدأ معصومية جسد الإنسان في ظل التدخل الطبي الحديث؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بتقسيم الموضوع إلى عنصرين كالتالي:

- **أولا: الجسد البشري محل التدخل الطبي.**
- **ثانيا: معصومية جسد الإنسان في ظل التدخل الطبي الحديث.**

أولا: الجسد البشري محل التدخل الطبي.

إن التطور العلمي الذي يشهده العالم اليوم قد لحق بجل المجالات، كان الطب أهمها، حيث تم اكتشاف بعض الممارسات التي شكلت ضربا من الخيال، ذلك أنها ثورة حقيقية في هذا المجال، وأصبح جسد الإنسان على إثرها حقلا خصبا للتجارب، الأمر الذي أثار العديد من الإشكالات الشرعية والقانونية وحتى الفنية، باعتبار أن الجسد البشري يحظى بالحرمة الشرعية والقانونية المطلقة، ودراسة هذه الإشكالات يتطلب أولا التطرق إلى مفهوم الجسد البشري باعتباره محلا للتدخل الطبي، والتطرق أيضا إلى التدخل الطبي الذي يشهد مستجدات جديرة بالدراسة.

1 - مدلول الجسد البشري:

الجسد البشري هو الكيان المادي والمعنوي للإنسان، أي الكينونة التي تسكن فيها روحه وعقله، وتكمن أهمية تعريف الجسد البشري في كونه الموضوع الذي تمارس بشأنه عمليات التدخل الطبي، وهذه الاهمية ينجر عنها ضرورة التفرقة بين كون هذا الجسد لشخص حي، أو لشخص ميت، ذلك أن التدخلات الطبية التي نحن بصدد دراستها قد يكون محلها شخص حي كما قد يكون محلها جثة بشرية، كما تستلم الإشارة الى مكونات الجسم البشري باعتبارها جديرة بالتفرقة أثناء دراسة مدى قابليتها للتدخل الطبي.

أ – تعريف الجسد البشري:

لدى بحثنا في القوانين الوضعية، نجد أن أغلبها قد امتنع عن وضع تعريف جامع مانع للجسد البشري، رغم أنه غالبا ما يكون موضوعا جوهريا للتشريعات المتعلقة بالصحة والبيئة وأخلاقيات، الأمر الذي ترك بيانه للفقه الذي تولى ذلك، ومن بين التعريفات التي أسندت للجسم البشري التعريف القائل بأنه: «ابن آدم الذي خلقه الله تعالى أوجده من هذه الأرض ليعمرها»[1]، وذلك استنادا لقوله تعالى {وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ وَنَعْلَمُ مَا تُوَسْوِسُ بِهِ نَفْسُهُ}[2]، ويشير هذا التعريف إلى مصدر خلق الإنسان وهو الله تعالى، كما يعرف الدكتور طارق سرور الجسد البشري بأنه «النطاق أو الهيكل المادي للإنسان بما له من طول وعرض وعمق وما يتضمنه من مكونات أو عناصر او اجزاء تشمل مواد وخلايا وأنسجة وعظام وسوائل»[3] ويلاحظ من خلال هذا التعريف أنه تطرق لتعريف الجسم البشري وبيان جميع المكونات والعناصر المتعلقة به.

وفي ذات الصدد نجد التعريف القائل بأن الجسم البشري هو «مجموعة الأعضاء التي تكون الكيان المادي الذي يباشر به الإنسان جميع وظائف الحياة مع اختلاف أنواعها، وأنماطها، وما تحويه هذه الأعضاء من سوائل لتساعده على القيام بهذه الوظائف المختلفة، وما يفرزه ذلك الكيان المادي من هرمونات وانزيمات مختلفة»[4]، و يلاحظ من خلال هذا التعريف أنه اشتمل بشكل واضح على جميع ما يحتويه الجسم من أعضاء، منتجات و مخلفات.

---

[1] يوسف بوشي الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص10.

[2] سورة ق، الآية 16.

[3] أيمن جعفر طه علي النجدي، مدى مشروعية الأعمال الطبية التي محلها المساس بالجسم البشري، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، م 08، 2022، ص 10.

[4] كابوية رشيدة، في السلامة الجسدية للإنسان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، اطروحة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة احمد دراية ادرار، 2016، ص 38، نقلا عن حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة-، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2008، ص 82.

من خلال ما سبق، يمكن الاستخلاص إلى تعريف بسيط للجسم البشري، الذي يمثل الكينونة المادية والمعنوية للإنسان التي تسكن فيها روحه وعقله، والتي تتضمن مختلف أجزاء الجسم من أعضاء وأنسجة وخلايا وكذا منتجاته ومشتقاته.

ب - مكونات الجسم البشري.

من خلال ما سبق استخلصنا الى ان الجسم البشري يشتمل على مختلف العناصر تكون كيانه الحيوي، وتتمثل هذه العناصر في الأجزاء الحيوية، المنتجات، والمشتقات.

-الأجزاء الحيوية:

يقصد بالأجزاء الحيوية، الأجزاء التي تكون البنية الحيوية لجسم الإنسان، والمقصود بها الأعضاء، الأنسجة، والخلايا التي تشكل البنية الحيوية لجسم الإنسان، ويتمثل التعريف الفني لمصطلح العضو في كونه قسم مجزئ من الجسم، يهدف إلى أداء وظيفة محددة، مثل عضو السمع[5]، ويتكون هذا الجزء من مجموعة أنسجة، ولد البحث في تعريف العضو في مختلف التشريعات نجد أن المشرع الجزائري قد امتنع عن تعريف العضو البشري، كما فعل المشرع الفرنسي، ومن جهة أخرى نجد المشرع المصري، قد أدرج تعريفا للعضو البشري حيث نص على تحديد أمثلة للأعضاء البشرية القابلة للنقل دون تحديد تعريف لها، في المادة الأولى (01) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية[6]، حيث أدرج تحت مسمى العضو البشري كل من الكبد، الكلى، القلب، البنكرياس، الأمعاء الدقيقة، الرئة، أما المشرع العراقي لدى تعريفه للعضو البشري، من خلال المادة الأولى (01) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها[7]، قد اعتبر العضو البشري أي جزء من أجزاء جسد الإنسان، حيث يعتبر هذا التعريف واسعا جدا، يحتمل كل ما يحتويه جسد الآدمي من أعضاء، أنسجة، وخلايا.

ونجد من بين التشريعات التي عرّفت الأعضاء البشرية، قانون المملكة المتحدة المتعلق بنقل الأعضاء البشرية[8]، والذي نصت الفقرة الثانية (02) من المادة السابعة (07) منه على: "في نظر هذا القانون، مصطلح العضو يعني أي جزء من أجزاء جسم الإنسان، يتكون من مجموع مرتب و منظم من الأنسجة التي إذا تم استئصالها بالكامل، فإنه لا يمكن للجسم استبدالها تلقائيا"، نلاحظ من خلال هذا التعريف أنه عبر عن مصطلح العضو البشري بطريقة فنية دقيقة، حيث حدده بمجموعة من الأنسجة البشرية التي تتجمع بشكل مرتب ومنظم لتشكل في ارتباطها العضو البشري، كما اشترط في ذلك أنه يعتبر عضوا

[5] Jacques quevauvilliers, dictionnaire médical de poche, 2 ème édition, Elsevier masson, Paris-France, 2007, P342.

[6] اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 5 لسنة 2010، الصادرة بقرار من رئيس مجلس الوزراء رقم 93، بتاريخ: 12 يناير 2011.

[7] القانون رقم 11 لسنة 2016، المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها، جريدة الوقائع العراقية، العدد 4405، السنة 57، الصادرة في 8 شعبان 1437 هـ الموافق لـ 16 أيار 2016م.

[8] Human organ transplants act 1989, UK public general acts, 19899 c.31.

ذلك الجزء الذي إذا تم استئصاله بالكامل، فإنه لا يمكن نموه مجددا بشكل تلقائي من الجسم الذي نزع منه العضو، و في نفس السياق، حدد المشرع السويسري على نحو ما توصل إليه المشرع الإنجليزي في تعريف للعضو البشري، من خلال الفقرة الأولى (a) للمادة الثالثة (03) من القانون الفدرالي لنقل وزرع الأعضاء، والأنسجة والخلايا.

أما النسيج فهو مجموعة الخلايا التي تمتلك نفس البنية المورفولوجية، تؤدي نفس الوظيفة[9]، وفيما يخص التعريف القانوني للنسيج فلم يرد بشأن النسيج البشري تعاريف قانونية كثيرة، بحيث اكتفت معظم التشريعات بذكر تعريف للعضو البشري فقط باعتبار أن النسيج جزء منه، وهذا ما يعد إشكالا، حيث أنه وباعتبار أن التكوين البيولوجي للنسيج يختلف عن ذلك الخاص بالعضو، فيستلزم تحديد تعريف لكلا من المصطلحين، وعدم إدراج كل أجزاء الجسم تحت مسمى العضو البشري.

وفي مقابل ما سبق قامت تشريعات أخرى بتعريف النسيج في قوانينها المنظِمة لمجال نقل وزراعة الأعضاء، ومن بينها القانون العراقي من خلال القانون المتعلق بتنظيم عمليات زرع الأعضاء ومنع المتاجرة بها[10]، من خلال نصه في المادة الأولى (01) منه، على أن النسيج هو جزء من عضو بشري، ينزَع هذا النسيج من إنسان حي أو جثة متوفى.

وقد عرَّف المشرع السويسري النسيج البشري ضمن الفقرة (b) من القانون الفيدرالي لنقل الأعضاء، الأنسجة والخلايا، حيث جاء فيها أن النسيج البشري هو مجموعة منظمة من الخلايا، تكون متشابهة أو مختلف، وتؤدي وظيفة مشتركة، أما المشرع المصري فقد اكتفى بذكر مجموعة من الأنسجة البشري على سبيل المثال، في المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء، وهي الجلد، صمامات القلب، الأوعية الدموية، والعظام، وأي عضو آخر، أو جزء منه، والإشكال الموجود في هذا التعريف هو اعتبار الجلد نسيج، في أنه يُصنَف كعضو[11]، كما أن ذكر الأنسجة على سبيل المثال يحتمل إدخال الأعضاء أو الخلايا في دائرة الأنسجة، وهذا ما عبر عنه مصطلح " وأي عضو آخر"، لذا يتوجب إعادة صياغة هذا النص القانوني.

أما المشرع الإماراتي، فقد أعطى تعريفاً دقيقاً للنسيج البشري مدعماً بأمثلة، من خلال المادة الأولى (01) من القانون الاتحادي المتعلق بنقل وزراعة الأعضاء[12]، حيث جاء فيها أن النسيج البشري هو خليط من المركبات العضوية البشرية، كالخلايا والألياف التي لا تشكل عضوا، وتعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمل النسيج البشري، النسيج العظمي والعضلي والعصبي.

---

[9] Yves Morin, Petit larousse de la médecine, LAROUSSE édition, France, 2001, P 949.

[10] القانون رقم 11 لسنة 2016، المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها، السالف الذكر.

[11] محمد المدني بوساق،موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، دار الكلمة للنشر والتوزيع، ط1، 2008، ص10.

[12] قانون اتحادي رقم 15، لسنة 1993، بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، السالف الذكر.

أما الخلية فهي أصغر وحدة في الحياة، ومنها تتكون جميع الأحياء، بدءا من الكائنات وحيدة الخلية (البكتيريا)، وصولا إلى أكثر الكائنات تعقيدا، مثل الإنسان الذي يضم أعدادا هائلة جدا من الخلايا[13]،وتعرف الخلايا كذلك بأنها الوحدة المورفولوجية والوظيفية للأنسجة الحية، وهي تتمتع بحياة خاصة بها، وتتكون من البروتوبلازم و نواة، ويحدها غشاء، كما يمكن للكائن الحي أن يتكون من خلية واحدة فيقال أنها أحادية الخلية، أو من عدد كبير من الخلايا، فيقال أنها متعددة الخلايا.[14]

كما تعرف الخلايا في الطب بأنها البنية الأساسية في الجسم، وهي أصغر عنصر فيه، وتكون معظم الخلايا مميزة، أي لها شكل ووظيفة معينين، ومجموع الخلايا التي تشترك في نفس الوظيفة تشكل نسيجا.[15]

ومما سبق نستطيع القول أن الأجزاء المذكورة، هي على علاقة ببعضها فيما يخص تكوينها البيولوجي، فالعضو يتكون من مجموع أنسجة، والنسيج يتكون من مجموع خلايا.

-المنتجات والمشتقات البشرية:

زيادة عما تم ذكره من مكونات الجسد البشري، والمتمثلة في الأجزاء الحيوية، فإنه يُضاف إليها منتجات ومشتقات الجسم، وهي عناصر ينتجها الجسد لتأدية وظائفه، وتختص هذه العناصر بطبيعتها المتجددة، ذلك أن استئصالها لا يعني فقدانها المطلق، بل يتجدد إنتاجها في الجسم، ومثال ذلك النخاع الشوكي، الشعر، حليب الأم، والأظافر.

قد أهملت أغلب التشريعات الوضعية وضع تعريف للمنتجات أو المشتقات المتعلقة بجسد الإنسان، كما أهملت توضيح الفرق بينها وبين الأجزاء الحيوية، وعلى خلاف كافة هذه التشريعات قام المشرع الفرنسي بالإشارة إلى هذه العناصر في أكثر من موضع، من بينها عنوان الكتاب الثاني من القسم الأول من قانون الصحة العمومية الموسوم بعنوان: "التبرع بأجزاء ومنتجات جسم الإنسان واستخدامها"، ومن بينها كذلك ما ورد في الفقرة الأولى (01) من المادة L1211-1 من ذات القانون: "يخضع نقل واستخدام عناصر ومنتجات جسم الإنسان لأحكام الفصل الثاني من العنوان الأول من القانون المدني ولأحكام هذا القانون"، ولدى النظر للقانون المدني الفرنسي نجده أيضاً يشير إلى اختلاف منتجات جسد الإنسان عن أجزائه، من خلال المادة 1-16 في فقرتها الثالثة (03) التي جاء فيها: " لا يجوز أن يكون جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته موضوعاً لحق مالي"، وتطرق التشريع الفرنسي لهذه الجزئية، تعكس إدراكه لمدى أهمية الإشارة إليها، وكذا أهمية التفرقة بينها وبين أجزاء الجسد الحيوية.

---

[13] يرينس آلن وجراهام كاولينج، الخلية، ترجمة: مصطفى محمد فؤاد، ط1، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2015، ص8.

[14] Jacques quevauvilliers , Op.cit , P 91.

[15] Larousse médical, Larousse édition, France, 2006, P 179.

2 - مدلول التدخل الطبي :

لقد وُجد التدخل الطبي منذ القدم مع وجود علم الطب، والتدخل الطبي هو ذلك العمل أو الممارسة التي تفيد مشاركة شخص متخصص في علم الطب (الطبيب) في عملية علاج شخص آخر يعاني من أمراض باختلاف مصادرها، وأشهر تعريف للتدخل الطبي كان للعميد سافاتي (Savatier) القائل بأنه: " العمل الذي يقوم به شخص مؤهل من أجل شفاء الغير"[16]، ويلاحظ أن هذا التعريف جاء بسيطاً ويشمل ما يتضمنه التدخل الطبي، من شخص متخصص، وشخص آخر مريض، ليكون شفاء هذا الأخير هو هدف التدخل الطبي.

كما ذكرنا مسبقاً، أن العالم اليوم يشهد تطوراً علمياً هائلا لاسيما في مجال علوم الطب، فقد تم اكتشاف تقنيات حديثة لممارسة بعض التدخلات الطبية، والتي كانت بمثابة ضرباً من خيال، وتسمى بالتدخلات الطبية الحديثة، وهذه الأخيرة هي المقصودة بدراستنا هذه، على خلاف تلك التقليدية.

ثانيا: معصومية جسد الإنسان في ظل التدخل الطبي الحديث.

شمل التدخل الطبي الحديث العديد من مجالات الطب، لاسيما منها نقل وتعويض الأعضاء، الأنسجة والخلايا، الاستنساخ البشري، المساعدة الطبية على الإنجاب، الجراحة التجميلية، تأجير الأرحام، وعمليات التحول الجنسي، وغيرها من الممارسات التي تتخذ من جسد الإنسان محلا لها، الأمر الذي ثار بشأنه جدل فقهي واسع، تدور فكرته الأساسية حول ضرورة حماية الجسد البشري المعصوم شرعاً وقانوناً، أي حول مبدأ حرمة جسد الإنسان، وبالنظر إلى طبيعة هذه الأعمال، يستنتج أنها قادرة على المساس بشكل مباشر بسلامة جسد الإنسان وكرامته، مما سارعت أغلب التشريعات وعليه فإنه من خلال ما يلي، سنتطرق إلى مفهوم هذا المبدأ، لنعرض فيما بعد مدى تكريسه في ظل التدخل الطبي الحديث.

1 – مفهوم مبدأ معصومية جسد الإنسان:

إن المبدأ الأساسي الذي يهدف إلى حماية الإنسان من الممارسات التي قد تشكل اعتداءً على سلامته الجسدية والروحية، هو مبدأ معصومية الجسم البشري، ذلك أنه أسمى خلق الله، وأسمى ما جاء القانون لحماية حقوقه وحرياته، فالسلامة الجسدية أهم الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، والتي بموجب الحماية القانونية للحقوق، يخوَّل الشخص حق منع ودفع الاعتداء عليها بكافة الطرق، والمقصود بالاعتداء هنا ليس فقد الاعتداء بالعنف، بل كذلك كل أنواع الممارسات التي تهدف إلى حرمان الجسد البشري من أحد أجزائه، أو المساس بصحته النفسية والمادية ، وتكمن العلاقة بين حديثنا هذا وموضوع

[16] فهد دخين العدواني، العمل الطبي في القانون المقارن والأحكام القضائية، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ج 2، ع32، ص 522، نقلا عن René SAVATIER et J.M AUBY, Traité de droit médicale, paris, 1959, p 295.

دراستنا في كون البحث العلمي خلال تطوره، أطلق العديد من التقنيات التي تتخذ الجسم البشري محلا لها، والتي قد تكون ماسة بالسلامة والكرامة الإنسانية، وهذا ما يثير إشكالات شرعية وأخرى قانونية، فأهم الإشكالات المطروحة تدور حول فكرة ما إذا كان للشخص محل التدخل الطبي صلاحية تصرفه في جسده أثناء حياته أو التوصية به بعد الوفاة، باعتبار أن الإنسان ملك لخالقه، ولا يجوز له التصرف في نفسه إلا في حدود ما أذن له الله، كما يثور الإشكال حول مشروعية التصرف في جثة الشخص الميت بأحد التدخلات الطبية، باعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع بالحماية القانونية من كل مساس، وعليه فإن إجراء هذه العمليات، يخضع في كل مرحلة منها إلى مجموعة الأحكام والضوابط، تهدف لتجسيد الحماية الشرعية والقانونية لمبدأ المعصومية.

ويقصد بمبدأ معصومية جسد الإنسان تلك الحرمة المقررة له، فبموجب هذه المعصومية لا يجوز بأي شكل من الأشكال المساس بجسم الإنسان سواء كان هذا الأخير حيا او ميتا، ذلك أن للشخص حقا ثابتا في سلامة جسده من كل مساس، وحق سلامة الجسد البشري، من أهم الحقوق الملازمة لشخص الإنسان، مقرر ومحمي بموجب جميع ما شُرّع من تقنينات، كما أنه مركز يخول صاحبه –في حدود القانون- الاستئثار بتكامله الجسدي، والمستوى الصحي الذي يعايشه، وبسكينته البدنية والنفسية[17]، ومن خلال هذا التعريف يستشف أن الحق في سلامة الجسد البشري يشمل التكامل الجسدي، أي حق الشخص في بقاء كيانه المادي متكاملا بكافة أجزائه الحيوية ومنتجاته، دون الاعتداء عليه بالإنقاص من هذا التكامل، كما يشمل المستوى الصحي الذي يعايشه، أي الحق في بقاء الشخص بالمقدار الصحي الذي يتمتع به، دون انتهاء بإنقاص هذا المقدار، أو الإنقاص من وظائف الجسد المعتادة، ويشمل كذلك السكينة البدنية والنفسية، وهي طمأنينة الشخص من جانب بدنه، وكذا اطمئنان نفسه، دون أن يكون للشخص إحساس الاضطراب النفسي.

2 – تكريس مبدأ معصومية الجسد البشري في ظل التدخل الطبي الحديث.

يحظى مبدأ حرمة الجسد الآدمي بالحماية الشرعية، والقانونية الدولية منها، والوطنية، ذلك أن هذه الحماية تجسد تكريس هذا المبدأ، ومن ثم تكريس حقوق الإنسان، وكون هذا المبدأ مكفول من جميع الشرائع السماوية بالإضافة الى المجتمع الدولي والتشريعات الوطنية، جعلها تسارع في سن قواعد قانونية تنظم ممارسة مختلف التقنيات الطبية المستجدة بهدف تكريس الحماية المقررة للأشخاص محل هذه الأعمال، باعتبار أن هذه الأخيرة ممارسات ماسة بالحق في السلامة الجسدية.

أ - تكريس مبدأ معصومية جسد الإنسان في الشريعة الإسلامية:

إن الحقوق وفقا لتكييف الشريعة الإسلامية تنقسم إلى فئات بمعيار صاحبها، تتمثل الأول في حقوق لله وهي كل الحقوق التي لا يجوز إسقاطها كالإيمان بالله تعالى، وهي مخصصة لحفظ النفع العام، بخلاف

[17] عصام احمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسد، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، م 1، ط1، 1998، ص 10.

حقوق الإنسان فمنها المتعلقة بالنفع الخاص كالحق في العمل، ومن ثم يجوز إسقاطها ومنها ما هو متعلق بالنفع العام كالحق في حفظ الأمن العام[18]، أما الفئة الثالثة وفقا للقرافي فهي حقوق مشتركة، قد يُغلَّب فيها حق الله أو حق الآدمي، كوجوب قطع صلاة الفريضة لإنقاذ الأعمى[19]، ولدى اسقاط الحق في سلامة الجسد على هذه التقسيمات، فيُسنَد هذا الحق إلى الحقوق المشترَكة، ذلك أن لله حق الاستعباد، وللشخص حق الاستمتاع، ويُغلَّب حق الله في سلامة الجسد، ويُغلَّب حق العبد في ضمان الضرر المترتب على الاعتداء عليها[20]، فيُستَخلَص إذن باعتبار أن لله جانب من الحق في حرمة الجسد البشري، فلا يجوز إذن المساس بسلامته.

زيادة إلى ما سبق، يتنعم الإنسان في الشريعة الإسلامية بمكانة سامية، حيث يسمو على جميع ما خلق الله، بجعله خليفة في الأرض طبقاً لقوله تعالى: }وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ{ [21]، وتبين هذه الآية جعل الله الإنسان خليفة في الأرض، أي جعله وريثاً للأرض لعبادة الله في تعميره فيها، وتمثل هذه المكانة تكريم الشريعة الإسلامية للإنسان دون غيره من المخلوقات، لقوله تعالى: }وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا{ [22]، ويستشف من هذه الآية مدى تكريم الشرع لبني آدم، وتفضيله على بقية الخلق، ويتجسد هذا التفضيل من خلال خلق الإنسان في أحسن صورة طبقاً لما جاء في قوله تعالى } لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ{ [23]، بمعنى أن الانسان قد كُرِّم من خلال إبداع الله في صورته التي لا تتميز عن كل الخلق، وقد كرّم الله الإنسان كذلك بالعقل الذي تتجسد أهميته في العلم، لقوله تعالى:{ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ }، وجاء مصطلح الرفع هذا دلالة على تكريم الله لعباده العلماء.

وأهم ما عكس مدى تكريم الإنسان، حينما خلقه الله أمر الملائكة بالسجود له، وقد نص القرآن الكريم على هذه الواقعة في أكثر من موقع، من بينها قوله تعالى:}إِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي خَالِقٌ بَشَرًا مِنْ طِينٍ ¤ فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ{ [24]، فأمر الله للملائكة بالسجود لآدم يُظهِر مدى تشريف الإنسان في الشريعة الإسلامية منذ لحظة نشأته.

---

[18] أبو اليسر رشيد كهوس، حقوق العباد في الإسلام في الشريعة والقانون مقارن مع شُرعة حقوق الإنسان، دار الكتب العلمية، 2013، ص32.

[19] عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بية، حوار عن بعد حول حقوق الإنسان في الإسلام، ط1، مكتبة العبيكان، السعودية، 2007، ص32.

[20] هيثم حامد المصاروه، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دار المناهج للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2000، ص 54.

[21] سورة البقرة، الآية 30.

[22] سورة الإسراء، الآية 70.

[23] سورة التين، الآية 04.

[24] سورة ص، الآية 71-72.

وعلى أساس المكانة التي يتمتع بها بني آدم في التشريع الإسلامي، يرى اتجاه من الفقه الإسلامي تحريم عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية باعتبارها أحد أهم التدخلات الطبية الحديثة، والتي تتعارض مع منزلته، تبعاً لأمر من المولى بعدم المساس بخلقه سواءً بالإيذاء أو التغيير باقتطاع عضو من أعضائه بحيث تنتفي علة خلق العضو في جسد الإنسان[25]، كما يرى القائلين بعدم مشروعية نقل وزرع الأعضاء، أن تنازل الشخص السليم عن جزء من أجزاء جسده يرتب نتائج خطيرة على المجتمع ككل، تتمثل في وجود شخصين مريضين في المجتمع (المتبرع والمتلقي) بدلا من شخص واحد.[26]

ويستدل القائلين بهذا الحكم بالدلائل المذكورة فيما يلي.

1- برهان القرآن الكريم.

عدَّت الشريعة الإسلامية حفظ النفس من الضروريات الخمس الواجب المحافظة عليها، وقد حرَّم الإسلام كل أشكال الاعتداء على جسد الإنسان، كونه يتكون من وحدتين متكاملتين، روح وجسد، ولا تسكن الروح إلا في جسد صالح لحفظ الروح فيه[27]، وتتجسد حماية الإسلام للجسد البشري من خلال حمايته في مواجهة الغير، وحتى في مواجهة إرادته الشخصية.[28]

- حماية الجسد البشري من الإضرار بالنفس.

قد حظر الله تعالى عن أخذ الشخص بنفسه إلى التهلكة، وتبرع الشخص بجزء من جسمه سعي للهلاك دون إلزامه بذلك، فنزع الجزء فقدان لمنفعته في الجسد[29]، إذ يقول الله في هذه الجزئية: {وَلا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ}[30]، في أمر من الله بتحريم الإضرار بالنفس، والضرر هنا يقاس عليه على سبيل المثال القيام بنزع الأعضاء السليمة من الشخص السليم بهدف التبرع بها لشخص آخر، الأمر الذي يسبب أذىً لجسد المتبرع، ومن ثم فقد نهى الله عن إلحاق الضرر بالنفس، وفي نفس الصدد نجد قوله تعالى: {وَلَا

[25] هيثم عبد الرحمن البقلي، الحماية الجنائية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن، ط 2، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2010، مصر ، ص15.

[26] عبد الله بشري، مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي والشرائع السماوية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة – مصر، ص 125.

[27] جهاد محمود عبد المبدي، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، 2014، ص58.

[28] هيثم حامد المصاروه، المرجع السابق، ص 46-52.

[29] أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية بين الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 85.

[30] سورة البقرة، الآية 195.

تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا}[31]، فعملية التبرع بأحد الأجزاء الحيوية للمتبرع إذا أدَّت إلى وفاته، ستُكيَّف شرعاً على أنها قتلاً للنفس، الذي نصَّت على تحريمه هذه الآية.

- حماية الجسد البشري من تعرض الغير.

تشمل الحماية الشرعية للحق في سلامة جسد الإنسان من التصرفات التي تحتمل إضراره بنفسه، وكذا التصرفات التي يأتي بها الغير، فتسبب ضرراً للشخص في جسده، فبموجب هذه الحماية، يُحظَر على كل شخص التعدي على سلامة الإنسان الجسدية والروحية، لاسيما في مجال دراستنا، أي المساس بجسد شخص سليم قصد نزع أحد أجزاء جسمه، ويستدل هذا من خلال النصوص القرآنية، منها قوله تعالى: } مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا{[32]، وتدل هذه الآية على تحريم قتل النفس المعصومة، والتدخل الطبي هنا قد يؤدي إلى قتل الشخص أو إضعاف الجسد عن واجباته[33]، كما يُستشَف من هذه الآية أن التعرض لحياة الإنسان بالقتل يعادل التعرض لجميع البشر.

ويقول الله تعالى في كتابه الكريم: } وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ{[34]، وتدل هذه الآية على تقدير الله لأعضاء الإنسان، من خلال جعل القصاص جزاءً لكل مساسٍ بها.

زيادة عن ذلك، فقد جاء في كتاب الله الكريم: }وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا{ [35]، حيث توضح هذه الآية بشكل جليٍّ حرمة جسد الإنسان في الشرع الإسلامي، وتحريم المساس به، وعملية التدخل الطبي التي قد تؤدي إلى الموت إذن قتل للنفس المعصومة.

هذا ويمتد تكريس الشريعة الإسلامية لمبدأ حرمة الجسد البشري، لحماية الجنين المستكن من الإجهاض المتعمد، لقوله تعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ ۚ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا".[36]

---

[31] سورة النساء، الآية 29.

[32] سورة المائدة، الآية 32.

[33] حذيفة عبود مهدي السامراني، تعامل الداعية مع المستجدات الفقهية – الشيخ القرضاوي نموذجاً، دار الكتب العلمية، 2013، ص 384.

[34] سورة المائدة، الآية 45.

[35] سورة الفرقان، الآية 68.

[36] سورة الإسراء، الآية 31.

2- برهان الأحاديث النبوية.

روى مسلم وأصحاب السنن عن جابر بن سمرة أن رجلاً قتل نفسه بمشاقص فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلَّم، كما قال الإمام أحمد: "ما نعلم أن النبي ترك الصلاة على أحد إلا الغال وقاتل النفس" [37]، وتشير هذه الأحاديث على أن قاتل نفسه لا يصلى عليه صلاة الميت، ومن ثم فإن العاطي لجزء من أجزاء جسده إذا توفيَ فإنه يعتبر قاتل لنفسه، وقاتل نفسه لا يصلَّى عليه.

وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن الرسول (ﷺ) قال: «أوَّلُ ما يُقْضَى بينَ الناسِ يومَ القيامةِ في الدماءِ» ، حيث يدل هذا الحديث على مدى حرمة دم الإنسان، وأهمية هذه الحرمة في الشريعة الإسلامية، حيث جعلها الله تعالى أول ما يحاسَب عليه يوم القيامة.

هذا وقد نهى الرسول –في رواية مسلم- عن المُثلَة لقولة في وصاياه لأمراء جنده: "ولا تمثلوا"، والمثلة هي العقوبة الشنيعة وإيقاع القتل على غير الوجه المعروف وتشويه الخلق[38]، وهذا ما يمكن إسقاطه بشكل واضح على ما قد يرتبه التدخل الطبي من الآثار المذكورة.

كما ثبت عن النبي بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه وسلّم قال: " كسر عظم الميت ككسره حياً" [39]، وهذا ما يجسد شمولية مبدأ حرمة جسد الإنسان، للحي والميت.

ب – تكريس مبدأ معصومية جسد الإنسان في المواثيق الدولية.

يسعى المجتمع الدولي بأشخاصه إلى سن القوانين الدولية، والمعاهدات، وكذا المواثيق، التي تكفل التجسيد الفعلي لحقوق الإنسان الذي قد يكون طرفاً ضعيفاً في الكثير من المواضع، ومن أهم هذه الحقوق، حق الإنسان في سلامة جسده من الممارسات التي تشكل مساساً بها، من بين هذه الأخيرة تلك المتعلقة بالتدخلات الطبية الحديثة.

ينص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[40] في مادته الثالثة (03) على: " لكلِّ فرد الحقُّ في الحياة والحرِّية وفي الأمان على شخصه"، كما تنص المادة الخامسة (05) من ذات الإعلان على: " لا يجوز إخضاعُ أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطَّة بالكرامة"، وفي هاتين المادتين

[37] عبد الله عبد الرحمن البسام، بحث زراعة الأعضاء الإنسانية في جسم الإنسان، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، ع 01، ص37.

[38] نيكل محمود سلوم، حكم المثلة في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة الأولى، ع 04.

[39] الإمام البخاري، صحيح البخاري، ج3، مطابع دار الشعب، مصر، 1970، ص178.

[40] الأمم المتحدة، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، القرار 217000، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، باريس، فرنسا.

نص الإعلان على عدم جواز المساس بأي شكل من الأشكال بالصحة الجسدية والنفسية للإنسان وكرامته.

كما جاء في الفقرة الأولى (01) من المادة السادسة (06) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[41]، على: "الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان. وعلى القانون أن يحمى هذا الحق. ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفا"، كما تنص المادة السابعة منه على ما يلي: " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطّة بالكرامة. وعلى وجه الخصوص، لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر"، وتدل هذه المادة على عدم جواز إجراء أي تدخل طبي أو علمي دون رضا المعني به، ومن هنا نستنتج نسبية المبدأ، وتقييده برضا الشخص محله.

وفي ذات السياق نصت المادة الثانية (02) في فقرتها الأولى (01) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[42]، على ضمان القانون لحق الإنسان في الحياة، كما نصت المادة الثالثة (03) من الإتفاقية على عدم جواز وضع الإنسان تحت ممارسة أو عقوبة مهينة للكرامة.

وفيما يخص عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، فقد جاء في تقرير لمنظمة الصحة العالمية[43] أن المبادئ التوجيهية بشأن هذه العمليات تهدف إلى ضبط هذه الأخيرة من أجل صيانة كرامة جميع المعنيين من متبرعين ومتلقين.

وفي إطار الاستنساخ البشري الذي يعد أحد أهم صرخات التدخل الطبي الحديث، والذي يعد كذلك من الممارسات التي تهدد مبدأ حرمة جسد الآدمي، فقد أصدرت منظمة الصحة العالمية تقريرا من الجمعية العامة[44]، تطرقت فيه لحالة النقاش الدائر بها حول الاستنساخ لأغراض الانجاب، وقد جاء فيه أنه عقب إجراء عملية استنساخ النعجة دوللي في سنة 1997، قد أصدرت منظمة الصحة العالمية بياناً بتاريخ 11 مارس 1997، نص على أن الاستنساخ البشري أمر غير مقبول لتنافيه مع سلامة الانسان البدنية والروحية والأخلاقيات، مع التأكيد على ذلك في السنة الموالية، كما نص التقرير على إحصاء 35 دولة سنت قوانين تمنع ممارسة الاستنساخ، وبينت المنظمة من خلال هذا التقرير موقفها المضاد لممارسة الاستنساخ والرغبة في عقد اتفاقية دولية لمنعه، هذا وتأكد منظمة اليونيسكو على أن الاستنساخ البشري أمر غير مقبول، وأن الإعلان العالمي للجنس البشري وحقوق الإنسان حظر مثل هذا السلوك واعتبره

[41] الجمعية العامة للأمم المتحدة، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، القرار 2200، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.
[42] مجلس أوروبا، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، 4 نوفمبر 1950.
[43] منظمة الصحة العالمية، جمعية الصحة العالمية، تقرير الأمانة العامة، زرع الأعضاء والنسج البشرية، ج24/63، 25 مارس 2010.
[44] منظمة الصحة العالمية، المجلس التنفيذي، الدورة 115، م ت 115/وثيقة معلومات/2، 16 ديسمبر 2004.

اعتداء على الكرامة الإنسانية[45]، وفي هذا إقرار من المنظمة وتحذير صريح من المخاطر التي تنجر عن الاستنساخ في حق البشرية.

ونفس الموقف اتخذته منظمة الأمم المتحدة في قرار للجمعية العامة[46]، أعلنت فيه رسمياً على مجموعة قرارات منها ما يتعلق بالاستنساخ باعتباره أحد الممارسات التي أتى بها التطور العلمي والماسة بالكرامة الإنسانية، وفي هذا الصدد قررت الجمعية أولا دعوة الدول الأعضاء إلى اتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية الحياة البشرية بشكل ملائم في تطبيقات علوم الحياة، وثانيا دعوتها إلى منع جميع أنواع الاستنساخ البشري بقدر ما تتنافى مع الكرامة البشرية وحماية الحياة الإنسانية.

أما على الصعيد العربي، فبتاريخ 04 مارس 2019، تم عقد الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري[47]، والتي نصت في المادة الثانية منها على الغاية التي عقدت من أجلها والمتمثلة في منع ومكافحة الاستنساخ البشري وكشفه بكل أشكاله وأنواعه، وسائر الجرائم المتصلة به وملاحقة مرتكبيها، كما تحث الاتفاقية الدول الأعضاء على التعهد بمنع كل الممارسات التي تتعلق بالاستنساخ التناسلي الذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

ج - تكريس مبدأ معصومية جسد الإنسان في القوانين الوطنية.

إضافة إلى تكريس الشريعة الإسلامية، والمواثيق الدولية، تسعى كذلك مختلف التشريعات الوطنية، لإقرار وحماية هذا الحق، لاسيما في الدساتير، كونها تتضمن مختلف الحقوق والحريات التي يتمتع بها المواطنين في دولة معينة، وفي القوانين المتعلقة بالصحة خصوصاً، ذلك أنها تتضمن القواعد القانونية التي تنظم قطاع الصحة، وتهدف في الأخير إلى ضمان صحة وسلامة الجسد البشري، وصيانة كرامته.

نصت الدساتير المتعاقبة على الجزائر على مبدأ معصومية جسد الإنسان بصفة عامة في أكثر من موضع، باعتباره أحد أهم الحقوق التي يتمتع بها المواطن الجزائري، فقد نص دستور 1963 الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1963، في الفقرة 1، 5، و8 من المادة 10 منه على الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية الشعبية هي كالتالي:

- الدفاع عن الحرية والاحترام لكرامة الكائن البشري...

[45] محمد واصل، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، المجلد 18، ع 02، 2002، ص41..

[46] منظمة الأمم المتحدة، الجمعية العامة، قرار رقم 59/280، 280/59/A/RES، لمؤرخ في 8 مارس 2005.

[47] الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري، موقع أم القرى، أطلع عليه بتاريخ 20 مارس 2023، الساعة 22:30.
https://uqn.gov.sa/?p=17352

- إدانة التعذيب وكل مساس مادي أو معنوي لكامل كيان الكائن الآدمي...

أما دستور سنة 1976[48]، فقد نص على مبدأ المعصومية في المادة 71 منه، والتي جاء فيها: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل مساس بالسلامة البدنية للإنسان.."، وجاء النص الصريح عنا على حماية القانون للسلامة البدنية للإنسان.

وفيما يخص دستور 1989[49]، فقد نص على مبدأ المعصومية في المادة 33 منه، حيث جاء فيها: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي"، وقد جاء نفس مضمون هذه المادة في المادة 39 من دستور 1996.

أما دستور 2020[50] فقد نص على هذا المبدأ في المادة 38 التي تنص على ضمان الحق في الحياة، والمادة 39 التي تنص على ضمان الدولة لعدم انتهاك حرمة الانسان، وحظر العنف والمساس بالكرامة الإنسانية، وكذا الاتجار بالبشر.

وقد نص القانون 18-11 المتعلق بالصحة[51]، في المادة 360 منه على: " لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر.."، وتشير المادة هنا على حماية المشرع للسلامة الشخص المتبرع في عملية نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية.

كما تنص المادة 373 من ذات القانون على ضرورة مراعاة قواعد الممارسات الحسنة والأمن الصحي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، وتنص المادة 375 من نفس القانون على منع الاستنساخ باعتبارة ممارسة تمس مباشرة بمبدأ معصومية جسد الإنسان.

وعلى الصعيد الأجنبي، فقد نص القانون الأردني في مجال نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية على مبدأ حرمة الجسد البشري، في المادة 07 من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان[52]، والتي نصت على عدم جواز إحداث تشويه يعكس الامتهان لحرمة المتوفي، كما نص المشرع السعودي في المادة 10 من نظام

[48] الأمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

[49] المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 28 فبراير 1989م، المتضمن نشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 22 فبراير 1989 م.

[50] المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن اصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 1 نوفمبر 2020، ج ر ج ج ، ع82، س 2020.

[51] لقانون رقم 18-11، المؤرخ في 18 شوال 1439 هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 م، المتعلق بالصحة، ج ر ج ج، ع 46، س 55، الصادرة في 16 ذو القعدة 1439 هـ الموافق لـ 29 يوليو 2018، المعدل والمتمم بالأمر 20-02، المؤرخ في 11 محرّم 1442 هـ الموافق لـ 30 غشت 2020، ج ر ج ج، ع50، الصادرة في 11 محرّم 1442 هـ الموافق لـ 30 غشت 2020.

[52] القانون رقم 23، المؤرخ في 1 يونيو 1977، المتضمن قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني، ج ر، ع 2704، ص1320.

التبرع بالأعضاء[53] على وجوب مراعاة كرامة المتبرع عند استئصال العضو البشري، وحمايته من الامتهان أو التشوية، وقد نص كذلك على عدم جواز نقل وتأجير الأرحام باعتبارها أعضاء ناقلة للصفات الوراثية في الفقرة 05 من المادة 10.

خاتمـــــــــــة:

في الأخير، يمكننا الاستخلاص إلى أن التطور العلمي كان له الأثر المباشر على التدخلات الطبية المستحدثة، التي أثبتت نجاحها على جسد الإنسان، لكنها أثارت إشكالا هاماً لا يمكن تجاهله، وهو مساسها بصحة وسلامة الأشخاص الذين يمثلون محلا لها، وهذا المساس ما هو إلا اعتداء على حرمة الجسد البشري، التي تعتبر مبدأ مكفول شرعاً وقانوناً، ففي الشريعة الإسلامية تمثل النفس أهم الكليات الخمسة التي جاء التشريع الإسلامي لحفظها، فلا يجوز شرعا الاعتداء على النفس البشرية بأي شكل من الأشكال، أما من الجانب القانوني فالمعصومية تمثل صورة الحق في السلامة الجسدية، حيث يعتبر هذا الحق من الحقوق العامة، اللصيقة والملازمة لشخص الإنسان، والغير القابلة للتصرف فيها أو التنازل عنها، ويكون القانون مصدراً مباشراً لها، يقرها ويحميها، ويجرم المساس بها، حيث أن وظيفة الحماية للقانون تقتضي منع المساس بها، وإمكانية دفع هذا الاعتداء بجميع الطرق المقررة قانوناً.

ونظراً لأهمية التطرق التشريعي لهذا المبدأ، فقد سارع المجتمع الدولي في عقد مواثيق دولية تحث الدول الأطراف على تجسيد هذا المبدأ وحمايته، كما تطرقت جل التشريعات الوطنية إلى هذا المبدأ، حرصاً منها على التكريس الواسع لحقوق الإنسان، فقد حرصت على ضرورة مراعاة مبدأ حرمة جسد الإنسان أثناء ممارسة مختلف التدخلات الطبية المستحدثة، الأمر الذي يستشف منه أن مبدأ معصومية جسد الإنسان هو مبدأ نسبي غير مطلق، ذلك أنه يرد على إطلاقه مشروعية التدخل الطبي المقيد بالضوابط القانونية والشرعية التي تهدف إلى حماية الجسد والكرامة الإنسانية وبالتالي تطبيق مبدأ معصومية جسد الإنسان، وعليه يمكن صياغة الاقتراحات التالية:

- عقد اتفاقيات عالمية وعربية تحث على احترام وتجسيد مبدأ معصومية جسد الإنسان في ظل التدخلات الطبية المستحدثة.
- صياغة وثيقة دولية تتضمن ضوابط تجسيد مبدأ حرمة الجسد في التدخلات الطبية الحديثة ككل.

[53] مرسوم ملكي رقم (م/70)، المتضمن نظام التبرع بالأعضاء البشرية، الصادر بتاريخ 19/08/1442هـ الموافق لـ 2021/04/01 م، تاريخ النشر:27/08/1442 هـ الموافق: 2021/04/09 م

- على الصعيد الوطني نقترح سن تشريع مستقل عن قانون الصحة، يتعلق بالبيوأخلاقيات، والذي بدوره يهدف إلى ضبط التدخلات الطبية الحديثة بالشكل الذي يمنع التجاوزات بحق الجسد البشري.

قائمة المراجع:

أ - النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
2- المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 28 فبراير 1989م، المتضمن نشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 22 فبراير 1989 م.
3- المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن اصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 1 نوفمبر 2020، ج ر ج ج ، ع82، س 2020.
4- القانون رقم 18-11، المؤرخ في 18 شوال 1439 هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 م، المتعلق بالصحة، ج ر ج ج، ع 46، س 55، الصادرة في 16 ذو القعدة 1439 هـ الموافق لـ 29 يوليو 2018، المعدل والمتمم بالأمر 20-02، المؤرخ في 11 محرّم 1442 هـ الموافق لـ 30 غشت 2020، ج ر ج ج، ع50، الصادرة في 11 محرّم 1442 هـ الموافق لـ 30 غشت 2020.
5- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية رقم 5 لسنة 2010، الصادرة بقرار من رئيس مجلس الوزراء رقم 93، بتاريخ: 12 يناير 2011.
6- القانون رقم 11 لسنة 2016، المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها، جريدة الوقائع العراقية، العدد 4405، السنة 57، الصادرة في 8 شعبان 1437 هـ الموافق لـ 16 أيار 2016م.
7- القانون رقم 23، المؤرخ في 1 يونيو 1977، المتضمن قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني، ج ر، ع 2704، ص1320.
8- مرسوم ملكي رقم (م/70)، المتضمن نظام التبرع بالأعضاء البشرية، الصادر بتاريخ 19/08/1442هـ الموافق لـ 2021/04/01 م، تاريخ النشر:27/08/1442 هـ الموافق: 2021/04/09م.

ب - المواثيق الدولية:

1- منظمة الأمم المتحدة، الجمعية العامة، قرار رقم 59/280، 280/59/A/RES، لمؤرخ في 8 مارس 2005.
2- الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري، موقع أم القرى، أطلع عليه بتاريخ 20 مارس 2023، الساعة 22:30.

https://uqn.gov.sa/?p=17352

3- الأمم المتحدة، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، القرار 217000، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، باريس، فرنسا.
4- الجمعية العامة للأمم المتحدة، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، القرار 2200، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.
5- مجلس أوروبا، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، 4 نوفمبر 1950.

6- منظمة الصحة العالية، جمعية الصحة العالمية، تقرير الأمانة العامة، زرع الأعضاء والنسج البشرية، ج24/63، 25 مارس 2010.
7- منظمة الصحة العالمية، المجلس التنفيذي، الدورة 115، م ت 115/وثيقة معلومات/2، 16 ديسمبر 2004.

ج- الكتب:

1- القرآن الكريم.
2- الإمام البخاري، صحيح البخاري، ج3، مطابع دار الشعب، مصر، .
3- أيمن جعفر طه علي النجدي، مدى مشروعية الأعمال الطبية التي محلها المساس بالجسم البشري، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، م 08، 2022.
4- يرينس آلن وجراهام كاولينج، الخلية، ترجمة: مصطفى محمد فؤاد، ط1، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2015.
5- عصام احمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسد، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، م 1، ط1، 1998.
6- أبو اليسر رشيد كهوس، حقوق العباد في الإسلام في الشريعة والقانون مقارن مع شُرعة حقوق الإنسان، دار الكتب العلمية، 2013.
7- عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بية، حوار عن بعد حول حقوق الإنسان في الإسلام، ط1، مكتبة العبيكان، السعودية، 2007.
8- هيثم حامد المصاروه، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دار المناهج للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2000.
9- هيثم عبد الرحمن البقلي، الحماية الجنائية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن، ط 2، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2010، مصر.
10- عبد الله بشري، مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الوضعي والشرائع السماوية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة – مصر.
11- جهاد محمود عبد المبدي، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، 2014.
12- حذيفة عبود مهدي السامراني، تعامل الداعية مع المستجدات الفقهية – الشيخ القرضاوي نموذجاً، دار الكتب العلمية، 2013.
13- محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر، دار الكلمة للنشر والتوزيع، ط1، 2008، ص10، الأردن، 2014.

د - رسائل الدكتوراه:

1- يوسف بوشي الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2014.
2- كابوية رشيدة، في السلامة الجسدية للإنسان بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، اطروحة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة احمد دراية ادرار، 2016.

هـ- المقالات:

1- محمد واصل، الاستنساخ البشري في الشريعة والقانون، مجلة جامعة دمشق، المجلد 18، ع 02، 2002، ص41..
2- فهد دخين العدواني، العمل الطبي في القانون المقارن والأحكام القضائية، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ج 2، ع32.
3- عبد الله عبد الرحمن البسام، بحث زراعة الأعضاء الإنسانية في جسم الإنسان، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، ع 01.
4- نيكل محمود سلوم، حكم المثلة في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة الأولى، ع 04.

و - المراجع باللغة الأجنبية:

1- Human organ transplants act 1989, UK public general acts, 19899 c.31.
2- Larousse médical, Larousse édition, France, 2006.
3- Jacques quevauvilliers, dictionnaire médical de poche, 2 ème édition, Elsevier masson, Paris-France, 2007.
4- Yves Morin, Petit larousse de la médecine, LAROUSSE édition, France, 2001.

.

تقنية الإنجاب الاصطناعي بين المتطلبات الطبية و الحتمية القانونية

Artificial reproductive technology between medical requirements and legal imperative

الاستاذة : أيت يوسف صبرينة
جامعة مولود معمري
الاستاذة: عبد الدايم سميرة
جامعة مولود معمري

ملخص:

عرف المشرع الجزائري تطور ملحوظ من الناحية القانونية فيما يخص الاعتراف بالاكتشافات الطبية و البيولوجية الحديثة المتعلقة بالمساعدة على الإنجاب و علاج عدم الخصوبة وتفعيلها عن طريق تقنيات التلقيح الاصطناعي، إذ حتى تكون هذه التقنيات مشروعة يجب أن يكون لها أساس شرعي تسند إليه و نصوص قانونية تطبق عليها و تكفلها بنوع من الحماية عن طريق وضع ضوابط و شروط تسييرها واستخدامها واستغلالها استغلالا شرعيا،إلا أنه رغم ما لهذه التقنية من مزايا و حلول إنسانية واجتماعية للعديد من العائلات ،إلا أنها لا تخلو من ثغرات و إشكالات قانونية خاصة ما تعلق منها بتجميد البويضات المخصبة الزائدة و تحديد جنس الجنين و نسبه التي أثارت جدلا فقهيا و قانونيا واسعا.

الكلمات المفتاحية:التلقيح الاصطناعي،البويضات المخصبة الزائدة، اختلاط النسب،تحديد جنس الجنين،الأم البديلة.

Abstract The Algerian legislator has witnessed a remarkable development from a legal standpoint regarding the recognition of modern medical and biological discoveries related to assisted reproduction and treatment of infertility and their activation through artificial insemination techniques. For these techniques to be legitimate, they must have a legal basis to which they can be attributed and legal

texts applied to them. It guarantees a kind of protection by setting controls and conditions for its management, use, and legitimate exploitation. However, despite the advantages and humanitarian and social solutions of this technology for many families, it is not devoid of legal loopholes and problems, especially those related to freezing excess fertilized eggs and identifying The sex and lineage of the fetus, which sparked widespread jurisprudential and legal controversy.

Keywords: artificial insemination, excess fertilized eggs, mixed lineage, sex determination

مقدمة:

رغم كل المحاولات والجهود المبذولة من اجل ضبط تقنية الانجاب الاصطناعي بشروط و أحكام ضرورية، إلا أننا نجد أن هذه التقنية تثقلها وتشوبها العديد من الإشكالات رغم الايجابيات التي تتميز بها والنتائج المبهرة التي حققتها،إذ أدى التنافس الطبي الهادف إلى إيجاد أفضل السبل للعلاج القيام بتجار ب عديدة أحيانا تصل إلى تحدي قدرة الخالق و حكمته في توزيع النسل وذلك من خلال التلاعب بالبويضات الزائدة و استعمالها في أبحاث غير مشروعة،و التحكم في جنس الجنين ضاربين بذلك عرض الحائط طبيعة الكون و أسراره ،كما أن تلك التجارب وفي العديد من الحالات تؤدي إلى اختلاط الأنساب و صعوبة إثباتها،أكثر من ذلك أدت مثل هذه التقنية إلى وجود نساء يعملون على استأجار أرحامهن دون أي عذر شرعي أو قانوني، كل ذلك في سبيل تحقيق أهدافهم المادية و الوصول إلى مبتغاهم الشخصي.

وعليه يثير استخدام تقنيات الانجاب الاصطناعي العديد من الاشكالات القانونية التي يمكن تلخيصها في اشكالية اساسية مفادها:

إلى أي مدي وفق المشرع الجزائري في إرساء الضوابط القانونية المنظمة لاستخدامات التقنية المساعدة على الإنجاب وذلك بهدف تحقيق الموازنة بين المتطلبات الطبية والحتمية الشرعية والقانونية؟

للإجابة على الإشكالية تم الاعتماد على المنهج الوصفي الاستقرائي ،وذلك من خلال وصف تقنية الإنجاب الاصطناعي كتقنية طبية مساعدة على الإنجاب عمل بها المشرع الجزائري بضوابط محددة (مبحث أول)، ثم استقراء المواد القانونية التي تضمنت الاحكام المنظمة لاستعمالات هذه التقنية والتصدي لمختلف الإشكالات التي تثيرها (مبحث ثاني).

المبحث الأول

الضوابط القانونية للتلقيح الاصطناعي

مسألة التلقيح الاصطناعي من المسائل المستحدثة التي ظهرت في الآونة الأخيرة كحل لمشكلة الإنجاب التي يعاني منها العديد من الأشخاص، غير أنه و من جهة أخرى بات استخدام تقنيات هذا النوع المستحدث هاجس يهدد الاستقرار العائلي و السكينة الاجتماعية(مطلب أول)، مما دفع بالمشرع الجظائري على غرار العديد من التشريعات الوضعية إلى ضبط استخدام هذه التقنية عن طريق مجموعة من الأحكام القانونية التي لابد من احترامها و تطبيقها (مطلب ثاني).

المطلب الأول

التأصيل المفاهيمي لعملية التلقيح الاصطناعي

عرف الطب تقدما ملحوظا في إيجاد حلول لمشكلات مستعصية، ومشكلة العقم إحدى المسائل الحرجة والقاسية التي يتعرض لها الإنسان، و التي استطاع الطب التصدي لها عن طريق اختراع ما يسمى بالإنجاب الاصطناعي أو أطفال الأنابيب، لذلك لابد لنا أن نبحث عن جذور نشأة هذه التقنية (فرع أول) ثم تحديد مختلف التعاريف الفقهية والقانونية التي قيلت في شأنه(فرع ثاني).

الفرع الأول

نشأة التلقيح الاصطناعي

عرف التلقيح الاصطناعي لاول مرة ومنذ القدم عند النباتات والحيوانات، ثم بدأ يتطور ليمس الكائنات البشرية، أين تم الاعتماد عليه لحل مشكلة عصيبة هي مشكلة العقم التي يتعرض لها الكثير من الأزواج. إذ يمكن إرجاع أول عملية تلقيح اصطناعي بشرية إلى سنة 1770[1] من طرف العالم هنتر،أين طبقت على زوجين عقيمين وكللت بالنجاح، ثم كانت هناك محاولة أخري كللت أيضا سنة 1986 بواسطة الجراح

[1] WILLEM (Johan),history of human artificial insemination Genk ,institute for fertility tecnolology ,department of obstetrics and gynecology,2010,p 02

جون جير هالد،حين قام بحقن السائل المنوي داخل عنق رحم المرأة لتكون أول محاولة يستخدم فيها وضع السائل المنوي داخل الرحم[2]

وبعد تجارب متتالية لاستخدام هذه التقنية وثيوت نجاحها انتشرت هذه العمليات في الكثير من الدول و المستشفيات، أين فتحت مراكز عديدة متخصصة في هذا المجال من بينها تلك التابعة للجزائر التي كانت من بين الدول التي تكفلت بمشكلة العقم منذ التسعينات أين قامت بعمليات تلقيح ناجحة خلال 1992- بمستشفي نفيسة محمود.

الفرع الثاني

تعريف التلقيح الاصطناعي

وجدت العديد من التعاريف التي حددت مفهوم التلقيح الاصطناعي سواء على مستوى الفقه أو القانون ،إذعرفها الفقه بأنه"**عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة وذلك بالتحقق من إدخال الحيوان المنوي للزوج إلى زوجته بدون اتصال جنسي**"[3]

كما عرفه البعض:"**بأنه عملية يقصد بها التخلص من نقص أو قلة الإخصاب بغرض العلاج وتحقيق الإنجاب بغير طرق الجماع**".[4]أما على مستوى التعاريف القانونية فنجد أن المشرع الفرنسي عرف التلقيح الاصطناعي على أنه :"**التقنيات الطبية والتكنولوجية ،التي تتيح الإخصاب في الأنابيب واستزراع الأجنة والتعثير الصناعي،وكل تقنية أخرى ذات أثر معادل و في سبيل الوفاء بطلب الإنجاب المقدم من الزوج ،تستخدم هذه التقنيات في علاج العقم المؤكد عند أحد الزوجين أو الحيلولة دون انتقال مرض خطير لا يرجى الشفاء منه إلى الجنين**".[5]

---

[2] زناقي محمد رضا،الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11،مجلة السياسة و القانون،المجلد2،العدد 2020،2،ص 117.

[3] علي محمد الدين القرة،علي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة،دار البشائر الإسلامية،بيروت ،لبنان،2006،ص 564.

[4] سيف ابراهيم المصاورة ،"التكيف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا احد الزوجين،دراسة مقارنة،دراسات علوم الشريعة و القانون ،مجلد2،عدد 2015،2،ص 504.

[5] سارة السعيد،أحكام الإخصاب الصناعي-دراسة مقارنة-أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون،تخصص أحوال شخصية،جامعة محمد خيضر ،بسكرة،كلية العلوم السياسية و القانونية،قسم الحقوق ،ص24-25.

أما المشرع الجزائري فقد تعرض لقضية التلقيح الإصطناعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة[6]، أين لم يقدم تعريف له بل اكتفى ببيان شروطه، إذ تنص المادة السالقة الذكر على أنه" **يجوز للزوجين اللجوء إلى عملية الإخصاب الاصطناعي، يخضع الإخصاب الاصطناعي لمجموعة من الشروط .....،لا يجوز اللجوء للام البديلة**".

لكن بالرجوع لقانون الصحة الجزائري الجديد نجده قد تدارك ذلك في الفصل الرابع: البيوأخلاقيات، في القسم الثالث :عموما وذلك في نص **المادة 370** [7]أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، فعرف المساعدة الطبية على الإنجاب بقوله: **"المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا. وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي** "،كما نصت **المادة 371**[8]: من نفس القانون: "**تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة ،ٍمرتبطان ًيشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة ، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر. يقدم الزوج والزوجة كتابيا بالمساعدة الطبية على الإنجاب ويجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية**".

المطلب الثاني

ضوابط التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون الجزائري

تتفق جل القوانين والتشريعات مع الفقه الإسلامي علي جواز عملية التلقيح الاصطناعي، باعتباره تقنية طبية تساعد في حل مشكلة الانجاب و إنقاذ الزوجين من عدة مشاكل(فرع أول)،إلا انه يجب أن تكون في دائرة مشروعة خاضعة لشروط صحيحة وسليمة يجب الالتزام بها والتي نص عليها القانون الجزائري بطريقة صريحة وفعلية (فرع ثاني).

---

[6] المادة 45 مكرر من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،يعدل و يتمم القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة ،ج ر عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

[7] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق شوال الموافق 2 يوليو 2018،المتعلق بالصحة ،ج ر عدد 46 المؤرخة في 29 يوليو 2018.

[8] المرجع نفسه.

الفرع الأول

مبررات مشروعية التلقيح الاصطناعي

لقد أثارت مسالة التلقيح الاصطناعي ضجة كبيرة حول مدى مشروعيتها، إذ ذهب جانب كبير من الفقه الإسلامي إلى إجازتها في حالة استحالة الإنجاب بالطريقة الطبيعية، مما يستوجب اللجوء إلي هذا الإجراء التقيد بطائفة من الشرط أهمها أن يكون المنى المستخدم في هذه العملية من الزوج مع ضرورة استخدام بويضة ورحم الزوجة خاصة مع مراعاة عدم الإضرار بصحتها، وإن تم وفق ذلك فيعتبر ذلك بمثابة علاقة زوجية صحيحة أين لن يثير أي إشكال للطفل الذي سيولد مستقبلا والذي سيعتبر طفلا شرعيا مثله مثل باقي الأطفال الذين ولدوا بطريقة طبيعية، وسيكون لهم نفس الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها الأطفال العاديون ،فهذه الطريقة تعتبر طريقة سوية لمساعدة الزوجين على الاستقرار في حياتهم الزوجية و التمتع بالأبوة و الأمومة التي يحلم بها الأزواج و للمحافظة من جهة أخرى علي النسل وتحقيق المنفعة الاجتماعية.[9]

لذلك يتطلب فقهاء الشريعة الإسلامية لإباحة عملية التلقيح الاصطناعي مجموعة من الشروط هي:

الشرط الأول- أن يكون اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي بغرض العلاج: ويقصد من هذا الشرط أن تكون تقنية التلقيح الاصطناعي هي الوسيلة الوحيدة والمتمكنة لإعطاء الزوجين فرصة للإنجاب بعدما استحال تحقيق ذلك بالطريقة الطبيعية، وبعد أن استنفذ الزوجين كل وسائل العلاج الأخرى المتاحة طبيا لتحقيق وتدعيم فرص الانجاب من أدوية وحقن بالإبر وتناول جرعات هرمونية بهدف تنشيط البويضات وغيرها من الوسائل الأخرى المتاحة في هذا المجال.

الشرط الثاني- أن يتم التلقيح الاصطناعي بناءا على موافقة الزوجين معا: مسألة الإنجاب من عدمه هي مسألة متعلقة بالزوجين ومنحصرة بينهما، بحيث ينفردا باتخاذ القرار لوحدهما، ومن هذا المنطلق وحتى نضفي على عمليات التلقيح الاصطناعي مشروعيتها يستوجب الأمر أن تتم الرغبة في إجرائها من طرف الزوجين معا عن طريق إبداء الرضا الحر والمتبصر في ذلك من كليهما، لكون أن مقصد الإنجاب وإكثار النسل هي من رغبة شخصية تستند في وجودها وتحقيقها إلى الأرادة الحرة لأطرافها..

الشرط الثالث-احترام مقاصد الشريعة الإسلامية: المقاصد المستحبة في الشريعة الإسلامية الغراء والتي تحث دائما على تحقيقها. في هذا المجال فإنه يرى جانب كبير من الفقه ضرورة عدم كشف العورات بأن

[9] بوقندول سعيدة،التلقيح الاصطناعي بين الشريعة و القانون،مجلة العلوم الإنسانية ،المجلد أ،العدد 48،2017،ص 26.

يتم علاج المرأة من طرف طبيبة مسلمة، فإن تعذر ذلك فمن طبيب مسلم، وإن تعذر فمن طبيبة أجنبية ثقة، وإن تعذر ذلك فمن طبيب أجنبي ثقة, أين يتم علاج المرأة بحضور زوجها أو امرأة أخرى تختارها، فضلا على ضرورة فرض التأمينات الضرورية واللازمة لهذه العملية خاصة فيما يتعلق بحفظ بويضات المرأة أو مني الرجل حتى نأمن من مشكلة اختلاط الأنساب باختلاط النطف واللقائح، وهذا لا يتحقق إلا بوجود سياج متين من ضمانات النقل في جميع مراحل العملية، وزيادة الحذر والاحتياط، وذلك عن طريق لجنة طبية موثوق بها علميا ودينيا وذات ضمير مهني.

الفرع الثاني

شروط التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري

اعترف المشرع الجزائري بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية حديثة مساعدة على الإنجاب بعد صدور الأمر 2/05 المؤرخ في 2005/2/27 ،حيث نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدل سنة 2005 صراحة على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، إلا أنه لم يفصّل في أحكام هذا الموضوع حتى غاية صدور قانون الصحة الجديد رقم 11/18 خصوصا القسم الثالث للفصل الرابع من الباب السابع في المواد 370-317 تحت عنوان أحكام خاصة بالمساعدة على الإنجاب الذي حدد مجموعة من الشروط لاستخدام هذه التقنية والمتمثلة في:

أولا- قيام علاقة زوجية صحيحة:

يشترط أن يكون كل من الرجل و المرأة محل الإخصاب الاصطناعي مرتبطين بعقد زواج شرعي، وحكمة المشرع من هذا الشرط هو الحفاظ على كيان الأسرة وحماية الأنساب من الاختلاط .[10]

ثانيا-أن يكون الإخصاب الاصطناعي برضا الزوجين:

كما يشترط لصحة عملية الإخصاب الاصطناعي أن يتم برضا الزوجين،دون رفض أحدهما للآمر، أي بموافقتهما المشتركة و أثناء حياتهما، و الرضا في هذه الحالة يجب أن يكون سليما خاليا من عيوب الإرادة، واشتراط المشرع الجزائري لشرطك الرضا المشترك له أهميته نظرا لما يحمل عدم الأخذ به من مخاطر مستقبلية، لأنه من الناحية العملية قد يتم إخصاب الزوجة بعد وفاة الزوج وهذا الإجراء يجعل العلاقة الزوجية حتى بعد وفاة الزوج مسالة جد خطيرة فيما يخص اختلاط الأنساب.

ثالثا-أن يتم الإخصاب بمنى الزوج وبويضة ورحم الزوجة:

[10] العربي أحمد بلحاج ،المبادئ الشرعية و القانونية و الأخلاقية التي تحكم عملية الإخصاب الاصطناعي،ص 294.

استبعد المشرع كل أساليب التلقيح التي يتدخل الغير فيها، أين نصت الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر السالفة الذكر على انه لا يجوز التلقيح باستعمال الأم البديلة، أو عن طريق استئجار رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائها حتى ولو كانت المرأة صاحبة الرحم زوجة ثانية للرجل صاحب الحيوان المنوي لما في ذلك من إشاعة للفاحشة والمفسدة و ثارة المشاكل الاجتماعية[11].

المبحث الثاني

الإشكالات القانونية التي تثيرها مسالة التلقيح الإصطناعي

لقد أثارت البحوث العلمية والتجارب الطبية على الإنسان،خاصة تقنية المساعدة على الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي ضرورة الموازنة بين المتطلبات البيولوجية الحديثة في مجال الطب والأبحاث العلمية التجريبية،وبين حتمية توافر الحد الأدنى من الاحترام الواجب للجسم البشري والحفاظ على الكرامة الإنسانية بما يوافق الشرع وعدم التعرض لمسائل جد حساسة توقع صاحبها في المحظور،أين أصبح جسم الإنسان في وقتنا الراهن حقلا للتجارب العلمية والتلاعبات الوراثية والتقنية خاصة فيما يتعلق بمسالة تجميد البويضات الزائدة(مطلب أول)، بالإضافة إلى اختلاط الأنساب والتلاعب بجنس الجنين الذي هو محرم شرعا وقانونا(مطلب ثاني).

المطلب الأول

تجميد البويضات المخصبة الزائدة

يلجأ الأطباء إلي ما يعرف بعملية استحثاث الاباضة والذي يعرف على انه إعطاء المرأة الراغبة في الإنجاب هرمونات محفزة تحث المبيض على إفراز مجموعة من البويضات الناضجة في مرة واحدة، ثم يتم سحبها و إخصابها كلها من أجل إعادة الزرع المتكرر عند فشل علوق البويضات المخصبة في جدار الرحم بعد تهيئته للحمل إذا نجحت إحداها في العلوق ،تبقى البويضات الأخرى فائضة عن الحاجة أين ابتكر الأطباء طريقة لحفظها و تجميدها [12] الشئ الذي يثير العديد من التساؤلات القانونية(فرع أول)خاصة لما تتحول هذه البويضات إلى حقل للتجارب فيما بين الأطباء(فرع ثاني)

[11] عبد الكريم مامون ،"رأي الشريعة الإسلامية بشان الأم البديلة و تأجير الأرحام"مجلة العلوم القانونية و الإدارية،العدد 02،2004،ص 21 و مايليها.

[12] سحارة سعيد،المرجع السابق ،ص ص 182-183.

الفرع الأول

مفهوم تجميد البويضات الزائدة

يقصد بعملية تجميد البويضات الملقحة أو ما يعرف بتجميد الأجنة وضعها في ثلاجات وغرف كيميائية صغيرة باستخدام عادة النتروجين السائل لتبريدها في درجة حرارة تعادل 200 درجة تحت الصفر ،بغرض إيقاف نموها، وعندما يريدون الاستفادة منها يرفعون درجة حرارتها تدريجيا ليعود لها النمو مرة أخرى في مدة 2 1 ساعة ثم يعاود زرعها في رحم تحت رقابة الهيئة التي تجري العملية.[13]

إذا كانت بنوك التجميد شهدت تطورا ملحوظا في مجال التجميد، فإنها بالمقابل أثارت العديد من المشاكل الفقهية والقانونية أهمها :

-يؤدي التجميد من الناحية الأخلاقية إلى تجزئة مدة الحمل إلى فترتين، فترة سابقة على التجميد وفترة لاحقة له،وقد يتراخى الفاصل الزمني بين المدتين لمدة طويلة وقد يتجاوز المدتين المدة المحددة كأقصى حد للحمل وهو عشرة أشهر، بالإضافة إلى جعل الحمل مخططا يبدأ في لحظة معينة يحددها رغبة الزوجين.

-يؤدي التجميد إلى طرح إشكال حول مصير هذه الأجنة المجمدة في حال نجاح عملية التلقيح الاصطناعي من المحاولة الأولى، وكذلك إمكانية التجريم في حال التلاعب بهذه البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، لذلك لابد من توفير حماية قانونية لضمان عدم استعمال هذه اللقائح و الأنسجة لأغراض خارج إطارها الشرعي والقانوني لضمان حرمة الجنين وكرامته من كل تلاعب.

-إن عملية التجميد مازلت في مرحلة التجارب فلم يستطع الطب أن يحدد على وجه الدقة الآثار الجانبية التي يمكن أن تنعكس على الطفل على المدى القريب أو البعيد لتجميد البيضة الملقحة كما لم يستطع العلم أن يقدر تماما المخاطر المترتبة على استعمال بويضة مجمدة للإنجاب.[14] كما يمكن موت صاحب الحيوان المنوي وبالتالي استغلال الأجنة بشكل غير شرعي[15].

---

[13] الجيلالي بغدالي،الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير في القانون الخاص ،تخصص قانون الأسرة ،كلية الحقوق ،الجزائر ،2004،ص 46

[14] العربي بلحاج ،الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري ديوان المطبوعات الجزائرية،2011،ص 296.

[15] حسني هيكل،النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية ،مصر ،2007،ص 413.

المشرع الجزائري في هذا الخصوص لم يشر للأحكام المتعلقة بالبويضات الزائدة بالرغم من أن هذه العملية قامت بها العيادات المخصصة للإنجاب الاصطناعي في الجزائر وذلك بغياب النص التشريعي المنظم لهذه العملية، ولتفادي المخاطر أصدرت وزارة الصحة التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 200 ،التي تضمنت فيها عملية تجميد بعض اللقائح الزائدة عن الحاجة بعد موافقة الزوجين لإعادة استعمالها من طرفهما في حالة فشل المحاولات الأولى لإحداث الحمل، وحددت مدة التجميد بثلاث سنوات، وبعد انقضاء هذه المدة يعدم اللقائح و يحرر محضر لذلك .[16] و تعدم كذلك في حالة والوفاة أو الطلاق[17].

الفرع الثاني

إشكالية التجارب الطبية على البويضات الملحقة

تقترن مسألة مدى مشروعية إجراء الأبحاث و التجارب الطبية على الأجنة المجمدة بالتكييف القانوني للبويضة الملحقة،فإذا كانت البويضة الملقحة مجرد شيء يؤدي إلى مشروعيته وجواز كافة أنواع الأبحاث والتجارب التي يمكن أن تجرى عليها،أما إذا اعتبرت شخص محتمل فإن ذلك يؤدي إلى منع كافة أنواع الأبحاث و التجارب الطبية.[18]

إلا أنه في كلتا الحالتين يجب احترام ضوابط معينة:

-حظر أي تخصيب لبويضة لغير الإنجاب.

-جواز الإبقاء على البويضة خارج الرحم و إجراء التجارب عليها خلال 14 يوما.

-يجب أن تتم التجربة على البويضة الفائضة فقط.

---

[16] سارة خريسي،مصير البويضات الملحقة الزائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الاصطناعي دراسة تحليلية ذات صلة ،مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية و السياسية،المركز الجامعي بافلو، الاغواط ،العدد السابع،سبتمبر 2021،ص 261.

[17] للمزيد راجع قاسم العيد عبد القادر ،التلقيح الصناعي،تعريفه ،نشأته،و موقف المشرع الجزائري منه،مجلة العلوم القانونية و الإدارية،كلية الحقوق ،جامعة الجيلالي اليابس،العدد 3ص 210.،2007،

[18] سايب عبد النور،الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان،أطروحة دكتورة ،جامعة مولود معمري،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،تخصص قانون،تيزي وزو ،2018، ص 311.

-حتمية إهلاك البويضة بعد إجراء التجارب عليها ،و أن يكون الهدف من هذه التجربة خدمة الأبحاث العلمية وليس لغرض الشهرة مع توفر رضا الزوجين[19]

بالنسبة المشرع الجزائري لم يتطرق إلي هذه المسالة بالرغم من انه ألح على ضوابط وشروط التلقيح،كما لم يتحدث عن الشروط الخاصة بالمؤسسات القائمة على هذه العملية ولا المسؤولية المترتبة في حال فشل عملية التلقيح أو في حالة اختلاط النطف والبويضات بعضها البعض،هذا ما يثير التساؤل عن نية المشرع من وراء غض النظر عن هذه المسألة، أم أنه اكتفى بمنع كل صور التصرف في اللقائح البشرية سواءا عن طريق البيع أو الشراء أو حتى التبرع، وذلك من خلال حصر العمليات في نطاق العلاقة الزوجية دون غيرها.

المطلب الثانى

مسالة النسب و تحديد جنس الجنين

التلقيح الاصطناعي تقنية تمكن من الإخصاب و الحمل دون اتصال جنسي بين الرجل و المرأة هذا من ناحية، و من ناحية أخرى يمكن تدخل طرف ثالث لحدوث الحمل الشيء الذي سيؤثر على أطراف العلاقة عن طريق رجل وامرأة متبرعين بالخلايا التناسلية أو برحم بديل مجانا أو بمقابل، الشيء الذي سيؤثر على مسالة جد مهمة والتي تتعارض مع الشريعة الإسلامية ألا و هي قضية النسب(فرع أول)، كما أنه من الدلائل الكونية على تواجد الخالق هو التوازن المحكم بين الذكور و الإناث على مدى التاريخ ورغم ذلك هذه التقنية أتت لتتحدى قدرة الخالق في ذلك عن طريق التحكم في تحديد جنس الجنين(فرع ثاني).

الفرع الأول

إثبات النسب في التلقيح الاصطناعي

أدرج المشرع الجزائري في نص المادة 45 مكرر شروط الإخصاب الاصطناعي ضمن الفصل الخامس المتعلق بالنسب وذلك للدلالة على أن عملية الإخصاب الاصطناعي يثبت بها المولود الناتج عنها إذا تم التقيد فيها بالشروط المذكورة، وأعقب ذات المشرع بعد ذلك جملة مفادها انه"لا يجوز اللجوء إلى الإخصاب الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

تعرف الأم البديلة "بأنها امرأة تقبل شغل رحمها بمقابل أو بدونه بحمل ناشئ عن بيضة مخصبة اصطناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة."[20]

[19] سارة رخيسي،المرجع السابق ص 265.

بالرغم من أن المشرع الجزائري قد منع اللجوء إلى الإخصاب الاصطناعي باستعمال الأم البديلة،غير أنه لم يسن عقوبة على مخافة ذلك المنع، الأمر الذي يثير عدة تساؤلات واشكالات قانونية لان المنع دون ردع لا جدوى له.و من بين هذه الإشكالات نجد:

-عدم تحديد المشرع للجزاءات الواجب تطبيقها على مراكز التخصيب في تلك الحالة التي يكون فيها تواطؤ بين المركز والزوجة من أجل تلقيحها بغير مني الزوج.

-غياب جزاءات جنائية تطبق في حالة اتجار مراكز التخصيب في اللقيحات المتبقية بعد إجراء عملية التلقيح وعدم التخلص منها، وبيعها وما قد ينجر عن ذلك من اختلاط في الأنساب.

-عدم تحديد المشرع الجزائري للعقوبة الواجبة التطبيق على المرأة التي تأجر رحمها أو تهدي رحمها

-من أجل إثبات نسب المولود DNA نص المشرع الجزائري على اعتماد فحص من أجل إثبات النسب بغض النظر عن كونه ناجم عن اتصال طبيعي أو اصطناعي، إلا أنه نص على فحص الحمض النووي لإثبات الأبوة، ولم يجعل الفحص دليل إثبات من أجل نفي نسب المولود، مع حصر سبل نفي النسب في دعوى اللعان، لكن دعوى اللعان ذات طابع شخصي يغلب فيها ضمير مؤدي اللعان أو الرامي لنفي النسب، فإذا اكتفى الأب باللعان كدليل لقطع التبعية بينه و بين المولود بالتلقيح الاصطناعي فقط لأنه يشك بأن الحيوان المنوي الذي تم بموجبه التلقيح يعود لرجل أجنبي نتيجة وجود تآمر بين الزوجة والمركز الطبي ، فإنه متى أصاب فإن ذلك كاف من أجل نفي النسب، و يكون مرد المولود بالتلقيح الاصطناعي حكم ابن الزنا أو مجهول النسب، لكن ماذا لو اعتمد الأب على اللعان من أجل نفي النسب بالاعتماد على شكوك واهية ودخل بذلك المولود في دائرة مجهولون الهوية و أبناء الزنا

فإذن لا تكفي دعوى اللعان لوحدها كدليل بموجبه يتم نفي النسب، بل من الضروري اعتماد الطرق العلمية الحديثة كما هو الحال بالنسبة لإثبات النسب، حتى لا يكون مصير المولود بالتلقيح الاصطناعي طمس الهوية و النسب، و الاندراج تحت لواء أبناء الزنا.

فهي إذن إشكالات قد يفرزها الواقع، لكن من المعلوم أن سياسة التجريم والعقاب مبنية على أساس الشرعية، ومن ثم فإن كل مساهم في عملية التلقيح الاصطناعي الخارج عن الأطر الشرعية و القانونية سيفلت من المسؤولية الجنائية، من منطلق أن الفعل المولد لاختلاط الأنساب ممنوع في مادة الأسرة إلا

[20] هيام اسماعيل السحماوي،إيجار الرحم –دراسة مقارنة-دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،2013،ص 7 و ما بعدها.

أنه غير مجرم بعقوبات واضحة كما فعل المشرع الليبي في قانون العقوبات الليبي،مما يتطلب معه عصرنة و تحديث المنظومة القانونية حتى يمكنها مواكبة التحديات التي تطرحها فكرة التلقيح الاصطناعي.[21]

الفرع الثاني

مسالة تحديد جنس الجنين في عملية التلقيح الاصطناعي

مع تطور التقنيات الطبية أصبح بإمكان تحديد جنس الجنين في عملية التلقيح الاصطناعي عن طريق عدة طرق وأساليب:

-الطريقة الأولى وهي الاختبارات الوراثية: فقبل زرع الأجنة الملقحة في الرحم يتمكن الأطباء من معرفة الأجنة الأنثوية من الذكرية وبالتالي فإنه يمكن زرع الأجنة حسب رغبة الأبوين.

-الطريقة الثانية بفضل الحيوان المنوي المؤنث عن الذكر:أين يختارون الحيوانات المنوية التي تحمل الكروموزمات المراد منها تخصيب البويضة و بالتالي يكون الناتج هو الناتج المطلوب.[22]

الطريقة الثالثة تغيير الحالة الكيمائية للمهبل:و ذلك بالعمل على زيادة أو تقليل درجة الحموضة في الرحم،بحيث تتكيف مع حياة أحد النوعين.

مسالة تحديد جنس الجنين من الإشكالات الأخرى التي تثيرها عملية التلقيح الاصطناعي ،لذلك اختلف الفقه في هذا الموضوع،فإذا كان الأمر من أجل تفادي بعض الحالات المرضية الوراثية فهذا جائز،أما إذا كان لغير الضرورة أي لعدم وجود أسباب طبية بل لمجرد اختيار الجنس وهو ما يسمى بالتحديد الاجتماعي فهنا انقسم الفقه لمؤيد ومعارض، إلا أنه في المجتمعات الإسلامية فإن اللجوء إلى الطرق المخبرية لتحديد جنس الجنين قد يكون ذريعة لاختلاط الأنساب وذلك باختلاط النطف ،كما أنه يتضمن منازعة الله في خلقه الشيء الذي يعتبر تطاولا على إرادة الله والإفساد في الأرض عبثا في النظام العام للكون.[23]

---

[21] مجدوب نوال،إشكالات إثبات المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري،مجلة الأبحاث القانونية المعمقة،العدد 15،ص 11.

[22] سمية صالحي،حكم اختيار جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي "دراسة مقارنة بين حكم الفقه الاسلامي و القانون "نكلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة،العدد 15،جوان 2016.

[23] بوكريس خديجة ،"الانجاب الاصطناعي بين الشريعة و القانون،دفاتر مخبر حقوق الطفل،المجلد الثامن،العدد الاول،2017 ص 251.

خاتمة:

في الأخير ما يمكن قوله أن عملية التلقيح الاصطناعي سلاح ذو حدين، فبالرغم من أنها حل تأملي لحل مشكلة عدم الإخصاب، إلا أنها في الوقت نفسه تثير العديد من الإشكالات والثغرات الشرعية والقانونية.

فهي نعمة إن تمت وفق الشروط القانونية والضوابط الشرعية اللازمة لمشروعيتها، وطريق خير ينتفع بها الزوجين و يستمر النسل و تستقر الأسرة،أما إذا تمت بطريقة غير مشروعة مخالفة لشرع الله و الضوابط المباحة في القوانين كانت نقمة يتضرر منها الزوجين و الجنين و المجتمع.

مما سبق يمكن الخروج بمجموعة من النتائج:

-تعتبر عملية التلقيح الاصطناعي تقنية حديثة أتت استجابة لتطور الطب في مجال المساعدة على الإنجاب، واعتبرت وسيلة علاج للكثير من الأمراض خاصة العقم، لذلك نجد أن العديد من الدول تسارعت إلى تطبيق هذه التقنية وإحاطتها بمجموعة من الضوابط العلمية والقانونية.

-المشرع الجزائري تأثر بالتقنيات الحديثة والتطورات الطبية في مجال الإخصاب الاصطناعي وبالتحديد في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، كذلك المواد 370 و 371 من قانون الصحة الجزائري.

-اشترط القانون الجزائري مجموعة من الأحكام فيما يخص التلقيح الاصطناعي من بينها أن يتم التلقيح بمنى الزوج و بويضة الزوجة دون غيرها وأضاف أنه لا يجوز استعمال الأم البديلة ،إلا أن ذلك المنع تعتبر قاعدة مكملة وليست آمرة يمكن مخالفتها.

-رغم ما لهذه التقنية من مزايا و منافع في إشباع غريزة المحرومين من الإنجاب إلا أنها تثير العديد من الإشكالات التي لا يمكن تجاوزها بمجرد كلمة "لا يجوز" بل لابد من ردعها و معاقبتها.

و انطلاقا من النتائج السابقة يمكن التوصل إلى مجموعة من التوصيات:

-يجب تشجيع التقنيات الطبية الحديثة والعمل على تطبيقها في أرض الواقع مع ضرورة الموازنة بين متطلبات هذه التقنيات ومتطلبات الشريعة والدين و ا تملها الأخلاق و الضمير المهني.

-يجب على المشرع أن يضبط عملية التلقيح الاصطناعي بنصوص صريحة وواضحة عن طريق تشريع دقيق يساير التطورات الطبية وتنظيم قانوني متكامل يضمن نصوص أكثر دقة و صرامة فيما يخص الشروط التي تضبطها.

-لابد من استحداث نصوص قانونية و مواد ردعية آمرة في قانون العقوبات لمن بخرق عملية التلقيح الاصطناعي سواء للطبيب أو الزوج أو الزوجة.

-لابد من استحداث نصوص قانونية جديدة فيما يخص إثبات النسب في عملية التلقيح الاصطناعي لان الطرق التقليدية لا تتماشى مع هذه التقنية.

-في الأخير لابد من إضافة نصوص تشريعية أو تنظيمية من أجل إنجاح عملية التلقيح الاصطناعي خاصة فيمتا يتعلق بجزاء مخالفة شروط التلقيح الاصطناعي.

قائمة المراجع:

أولا بالغة العربية

1-الكتب:

- علي محمد الدين القرة،علي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة،دار البشائر الإسلامية،بيروت ،لبنان،2006.

- العربي بلحاج ،الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري ديوان المطبوعات الجزائرية،2011.

- حسني هيكل ،النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية ،دار الكتب القانونية ،مصر ،2007.

- هيام اسماعيل السحماوي،إيجار الرحم –دراسة مقارنة-دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2013.

2-الرسائل و المذكرات الجامعية:

- سارة السعيد،أحكام الإخصاب الصناعي-دراسة مقارنة-أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة علوم في القانون،تخصص أحوال شخصية،جامعة محمد خيضر ،بسكرة،كلية العلوم السياسية و القانونية،قسم الحقوق .

-سايب عبد النور،الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان،أطروحة دكتورة ،جامعة مولود معمري،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،تخصص قانون،تيزي وزو ،2011.

- الجيلالي بغدالي،الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير في القانون الخاص ،تخصص قانون الأسرة ،كلية الحقوق ،الجزائر،2004.

3-المقالات:

- زناقي محمد رضا،"الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18-11،"مجلة السياسة و القانون،المجلد2،العدد 2،2020.

- سيف ابراهيم المصاورة ،"التكيف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا احد الزوجين،دراسة مقارنة،دراسات علوم الشريعة و القانون" ،مجلد2،عدد 2،2015.

- بوقندول سعيدة،"التلقيح الاصطناعي بين الشريعة و القانون"،مجلة العلوم الإنسانية ،المجلد أ،العدد 48،2017.

- عبد الكريم مامون ،"رأي الشريعة الإسلامية بشان الأم البديلة و تأجير الأرحام"مجلة العلوم القانونية و الإدارية،العدد 02،2004.

-سارة خريسي،"مصير البويضات الملحقة الزائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الاصطناعي دراسة تحليلية ذات صلة "،مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية و السياسية،المركز الجامعي بافلو، الاغواط ،العدد السابع،سبتمبر 2021.

-قاسم العيد عبد القادر ،"التلقيح الصناعي،تعريفه ،نشأته،و موقف المشرع الجزائري منه"،مجلة العلوم القانونية و الإدارية،كلية الحقوق ،جامعة الجيلالي اليابس،العدد ، 2007.

- مجدوب نوال،إشكالات إثبات المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري،مجلة الأبحاث القانونية المعمقة،العدد 15.

- سمية صالحي،حكم اختيار جنس الجنين في عمليات التلقيح الاصطناعي "دراسة مقارنة بين حكم الفقه الإسلامي و القانون "كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة،العدد 15،جوان 2016.

-بوكريس خديجة ،"الانجاب الاصطناعي بين الشريعة و القانون،دفاتر مخبر حقوق الطفل،المجلد الثامن،العدد الأول،2017.

4-النصوص القانونية

-أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، يعدل ويتمم القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 ،المتضمن قانون الأسرة ،ج ر عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

- قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق شوال الموافق 2 يوليو 2018،المتعلق بالصحة ،ج ر عدد 46 المؤرخة في 29 يوليو 2018.

الهندسة الوراثية وتطبيقاتها في التشريعات المقارنة

Genetic engineering and its applications in comparative legislation

حريز أسماء
جامعة وهران 2- محمد بن أحمد

ملخص:

تعد الهندسة الوراثية من أحدث مظاهر الثورة البيوطبية ذلك أنها ترتبط بمجموعة من العلوم والتخصصات فهي كهندسة للجينات لها صلة وثيقة بمجمل الفحوص الجينية، والتشخيص والعلاج الجيني،والتدخل عموما في عوامل الوراثة سواء أتم ذلك لأسباب طبية علاجية أم لأسباب علمية.

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد مفهوم الهندسة الوراثية مع بيان مجالات تطبيقها في التشريعات المقارنة خاصة في ظل غياب تنظيم قانوني لهذه الصورة الجديدة من الثورة البيوطبية في تشريعاتنا الوطنية.

الكلمات المفتاحية: الطب، الهندسة الوراثية، العلاج الجيني، الخلايا التناسلية، الخلايا الجسدية.

Abstract:

Genetic engineering is one of the latest manifestations of the biological revolution, as it is linked to a range of sciences and disciplines. As a genetic engineering, it is closely related to the whole range of genetic examinations, diagnosis, genetic therapy and general intervention in genetic factors, whether completed for therapeutic medical or scientific reasons.

This study aims at defining the concept of genetic engineering and indicating the areas of its application in comparative legislation, especially in the absence of a legal regulation of this new picture of the biological revolution in our national legislation.

Keywords: Medical, genetic engineering, gene therapy, reproductive cells, physical cells.

مقدمة:

دخلت البيولوجيا في العقدين الأخيرين مرحلة جديدة وخطيرة من تطورها إلى درجة أنّ العلماء بدءوا يؤكدون أنّه: " إذا كان عصرنا قد شهد تغيرات حاسمة في الحياة بفضل الفيزياء والكيمياء، فقد بدأت تظهر بوادر تدل على أنّ العلم الذي سيحدث تغيرات جذرية في العالم خلال القرن المقبل، هو علم الحياة"[1].

بل إنّ هذا العلم قد غدا مهنة رائعة، صار معه الاستكشاف في وراثة الإنسان يقدر من أجل ذاته، ووسيلة لتطوير فهمه للمرض الذي يفتك به، وأسلوبا لتشخيصه وعلاجه[2].

ولم يقتصر الأمر على ذلك، حيث شهدت البيولوجيا ثورة كبيرة يمكن إدراجها ضمن تكنولوجيا خطرة بطبيعتها بعد أن تطور هذا النّوع من المعرفة بشكل كبير بمختلف فروعه أو التّخصصات المرتبطة به، بدءً بعلم الحياة الجزئية (Biologie moléculaire)[3]، ومرورا بعلم الحياة الخلوي (Biologie cellulaire)[4]، ثم مرحلة علم الغدد الصم العصبية (Neuroendocrinologie)[5]، وانتهاء بمرحلة الهندسة الوراثية (Engineering genetic)[6] أحدث مراحل الثورة البيولوجية، فقد أثارت هذه الأخيرة ولا زالت تثير الكثير من الجدل لارتباطها بمجموعة من التّجارب والتقنيات العلمية التي ظهرت حديثا كالتّحكم في الجينات (Genetic manipulation)، والاستنساخ الحيوي (Cloning).

هذا المدى البعيد الذي تمكن به الإنسان من سبر أغوار مادة الحياة باقتدار، قد ساعده على فهم طبيعة المادة الوراثية بطريقة أدق، ودراسة الصفات الخاصة عن قرب، وجعل من احتمالية أن يغير الإنسان من بياناته وصفاته الوراثية أمرا واردا جدا، فهذه الاكتشافات قد فتحت الطريق أمام العلماء

---

[1] - سميرة أقرورو، المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التّطور العلمي الحديث (دراسة مقارنة)، مطبعة النّجاح الجديدة، 2015، ص 364.

[2] - عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة فقهية مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2013، ص 117.

[3] - هو العلم الذي يحاول فهم الحياة على مستوى الجزيئات والتفاعل بينها.

[4] - هو العلم الذي يعني بدراسة العلاقات داخل الخلايا نفسها وكذا العلاقات بين الخلايا بعضها البعض.

[5] - و التي لم تقتصر على دراسة الاتصالات داخل الخلايا وبينها، بل شملت أيضا اتصالات الأعضاء بعضها مع بعض وتنظيم وتكامل النّظام الكلي للإشارات المتبادلة بين الخلايا.

[6] - وتدل تقنيا على توجيه الصّفات الوراثية، والتّحكم فيها من خلال نقل الجينات المسؤولة عنها في خلايا حامل الصّفة إلى خلايا المستهدف باستخدام وسائل وتقنيات عملية دقيقة تتناسب مع المستوى الجزئي الذي تجري عليه التقنية.

لمزيد من التّجارب من خلال إدخال وإخراج أجزاء من هذه الشفرة الوراثية ومن خلال قطع ووصل أجزائها، بل ومحاولة إدخال أجزاء من DNA لكائن معين إلى أجزاء من DNA لكائن آخر[1].

فالهندسة الوراثية علم له جوانبه الايجابية في حياة الانسان من نواحي متعددة، ويرى البعض أنها أساس الطب البشري في القرن القادم، وأنها تحمل في طياتها كافة الحلول للمشاكل البيولوجية التي يقابلها الانسان[2]، ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه يجب وضع هذا الدور الايجابي للهندسة الوراثية في مجال الانسان في أضيق الحدود الممكنة بحيث يستفاد من ايجابياته وتجنب سلبياته.

على ضوء ذلك نطرح الاشكالية التالية: ما المقصود بالهندسة الوراثية؟ وفيما تتمثل مجالات تطبيقها؟

لمعالجة هذه الإشكالية ارتأينا أن نتناولها في إطار منهج تحليلي يتناسب وطبيعة الموضوع من خلال التّطرق إلى الإطار المفاهيمي للهندسة الوراثية (المبحث الأول)، مع بيان مجالات تطبيق الهندسة الوراثية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للهندسة الوراثية

تظهر الصّلة الوثيقة بين الجينات والهندسة الوراثية من جهة أنّ موضوع الهندسة الوراثية هو المادة الوراثية الموجودة في نواة الخلية المعروفة بالجينات، والصّفات الوراثية تنتقل من الآباء إلى الأبناء عن طريق الجينات.[3]

سنحاول من خلال هذا العنصر الأول تعريف الهندسة الوراثية (المطلب الأول)، مع تحديد التّطور التاريخي للهندسة الوراثية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الهندسة الوراثية

الهندسة لغة: اسم مشتق من الهنداز وهي كلمة فارسية معربة، وأبدلت الزاي سينا لأنّه ليس في اللّغة العربية دال على بعدها زاي.

---

[1]- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 272.

[2]- كمال محمد السعيد عبد القوي عون، الضوابط القانونية للاستنساخ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013، ص 181.

[3]- زينب سعد محمد عبد العزيز، البنوك الطبية والأحكام الفقهية المتعلقة بها، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2019، ص 337.

والهندسة اصطلاحا: العلم الرياضي الذي يبحث في الخطوط والأبعاد والسّطوح والزّوايا والكميات، أو المقادير المادية من حيث خواصها، وقياسها أو تقويمها وعلاقة بعضها ببعض.

الوراثة لغة: ورث فلان أباه يرثه وراثة وميراثا، صار إليه ماله بعد موته، ويقال: ورثت فلانا مالا أرثه ورثا إذا مات مورثك فصار ميراثه لك، والوراثة (علم الوراثة) هي العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى أخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال.[1]

واصطلاحا: هي انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع، بحيث يحمل كل مولود نصف صفاته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم.

أمّا الهندسة الوراثية فهي مجموعة التّجارب العلمية التي ظهرت حديثا في مجال البيولوجيا، وهي التّحكم في الجينات والاستنساخ الحيوي، وإعادة تركيب المادة الوراثية، أي إعادة تركيب الحمض النّووي الريبوزي المختزل الذي يحمل الصّفات الوراثية للكائن الحي[2]، أو هي التّقنية التي تتعامل مع الجينات أو الوحدات الوراثية المتواجدة على الكروموزومات فصلا ووصلا وإدخالا لأجزاء منها من كائن إلى آخر بغرض إحداث حالة تمكن العلماء من معرفة وظيفة (الجين) أو بهدف الحصول على طبعات كثيرة من نواتجه أو بهدف استكمال ما نقص منه في خلية مستهدفة.

كذلك هي توجيه الصّفات الوراثية والتّحكم فيها من خلال نقل الجينات المسؤولة عنها في خلايا حامل الصّفة إلى خلايا المستهدف باستخدام وسائل وتقنيات عملية دقيقة تتناسب مع المستوى الجزئي الذي تجرى عليه التقنية.

أيضا يمكن تعريف الهندسة الوراثية بأنّها علم يهتم بدراسة التركيب الوراثي للخلية الحية، ويستهدف معرفة القوانين التي تتحكم بالصّفات الوراثية من أجل التدخل فيها وتعديلها وإصلاح العيوب التي تطرأ عليها.

المطلب الثاني: التّطور التاريخي للهندسة الوراثية

جاءت الهندسة الوراثية كمحصلة طبيعية لثورتين علميتين هما ثورة اكتشاف أسرار المادة الوراثية ADN وثورة اكتشاف إنزيمات الوصل والتّحديد التي تقوم بقص لـ ADN في مواقع محددة،

[1]- زينب سعد محمد عبد العزيز، نفس المرجع، ص 338.

[2]- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 269.

لتحقق البيولوجيا الجزئية بذلك تقدما باهرا يضاف إلى سجلاتها الخالدة وإنجازاتها المتعددة[1] ويصبح بالإمكان أخذ جزء من الشريط الوراثي للكائن الحي ووضعه في كائن آخر.

يقول الدكتور صبري الدمرداش[2]: تطور الهندسة الوراثية يؤرخ له بداية السبعينات، ولكن بدايته الحقيقية كانت عام 1953، حيث تم اكتشاف يعد من أعظم الإنجازات البيولوجية والطبية في القرن العشرين، ولذا نال عليه مكتشفه جائزة نوبل للطب والفسيولوجيا عام 1962، وهو الحمض النووي منقوص الأكسجين ADN على أيدي العالمان الأمريكيان جمس واطسوف وفرانسيس كديك، ثم كشف أنزيمات التّحديد أو التقييد اللازمة لقص ذلك الحمض في مواقع محدودة، وتدريجيا بدأ مصطلح هندسة وراثية يتداول لدى العامة.

وفي عام 1985 تم ولادة أول حيوان خنزير يحمل الجين الأدمي الذي يمكن من إنتاج هرمون النّمو الأدمي لعلاج الأقزام وقصار القامة[3].

لقد أجريت أول تجربة للعلاج الجيني في 14 سبتمبر 1990 وذلك لطفلة يبلغ وزنها عشرة كيلوغرامات ومولودة بعيب خلقي في الجهاز المناعي، والذي أجرى هذه التّجربة هو فرنش أندرسون بعد أن أصبح طبيبا وعالما كبيرا بحيث كانت هذه التّجربة حديث العالم كله ومسار إعجابه.[4]

المبحث الثاني: مجالات تطبيق الهندسة الوراثية

تعد الهندسة الوراثية أداة قوية تحمل في طياتها أمالا كبيرة للطب حيث تقدمت الأبحاث بدرجة كبيرة منذ أواسط السبعينات لدرجة انتشار الحديث عن "ثورة الهندسة الوراثية"[5]، ومع ذلك فهي تثير الكثير من المسائل الحساسة أخلاقيا وقانونيا واجتماعيا.

---

[1] - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، نفس المرجع، ص 272.

[2] - صبري الدمرداش، الاستنساخ قنبلة العصر، دون سنة النشر، ص 17 ، 18.

[3] - عبد الهادي مصباح، الاستنساخ بين العلم والدين، الدار المصرية اللّبنانية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ص 28.

[4] - زينب سعد محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 341.

[5] - وجدي عبد الفتاح سواحل، الهندسة الوراثية- الأساليب والتطبيقات في مجال الجريمة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014، ص 37.

و من ضمن التّطبيقات التي حظيت بالفعل ببعض التّنظيم على مستوى التّشريعات المقارنة: التّطبيق على الخلايا الذي يتعين التّمييز فيه بين التّطبيق على الخلايا التناسلية والتّطبيق على الخلايا غير التناسلية (الجسدية)، وهذا ما سيتم بيانه كالأتي:

المطلب الأول: الخلايا التناسلية

يميز العلماء والمتخصصون في هذا الصدد بين التطبيقات العلاجية (الفرع الأول)، والتطبيقات غير العلاجية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: التدخل العلاجي في الخلايا التناسلية (العلاج الجيني)

قبل تحديد كيفية التدخل العلاجي في هذه الحالة، لا بأس بنا أن نشير إلى تعريف العلاج الجيني كالأتي:

- أنه تحوير وراثي لخلايا المريض بهدف شفاء أو علاج الأمراض، ويستخدم مصطلح العلاج الجيني بمعناه الدقيق لعلاج الأمراض الوراثية الخطيرة وليس لأن يستطيع الوالدان طلب أطفال بخصائص معينة[1].

- وعرف بأنه علاج المرض عن طريق نقل المادة الوراثية إلى خلايا الفرد المريض، وعندما تعبر هذه المادة المنقولة عن نفسها تعود الوظيفة الخلوية إلى حالتها العادية.

- وقيل أن علاج الجينات شامل لكل ما يحدث من تدخل طبي يقصد به إحداث تعديلات في جينات الخلية لكي تمنع مرضا معينا يمكن أن يتعرض له الشخص في المستقبل، أو علاجه من هذا المرض أو التخفيف من شدته.

أما بخصوص طرق العلاج الجيني فتكون بإحدى الطريقتين التاليتين:

- الطريقة الأولى: إصلاح الجين الذي حدث منه الخلل، إما بإزاحته بالكلية ووضع جين سليم مكانه، أو بتعديل في الجين المطلوب[2].

[1] - كمال محمد السعيد عبد القوي عون، المرجع السابق، ص 186.

[2] - زينب سعد محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 346.

- الطريقة الثانية: إدخال جينات جديدة لأداء وظائف جديدة، ويراعى في حالة استبدال الجينات المعيبة بأخرى سليمة أو إدخال جينات سليمة إمكانية تقبل الخلية للجين الجديد وعدم مقاومته وطرده، وذلك بإجراء التجارب قبل إجراء هذه العمليات للتأكد من عدم حدوث ذلك.

يفترض التدخل في هذه الحالة وجود علل وراثية تؤدي إلى هلاك النسل بعد حدوثه، ومدى إمكانية التدخل بهدف تحديد الجين المسؤول عن هذا الاعتلال وعزله دون مضاعفات، فالهدف من هذه التقنية علاج الأمراض الجينية أو الوقاية منها من خلال اكتشاف الجين المسؤول عن المرض وعلاجه، وقد استطاع العلماء كشف بعض الأطقم الوراثية السّليمة والمرضية، وكذا إمكانية التّحكم فيها من خلال قصها ونزعها خارج (الجينوم البشري) متى كانت ضارة أو مريضة، ويتم ذلك من خلال إنزيمات محددة يمكنها التّعرف على التتابع الوراثي وقصه عند الموضع المراد[1].

تختلف المراحل التي يجري فيها هذا النوع من التّشخيص والعلاج، فقد يجري في المرحلة التي تسبق الزّواج، بهدف تمكين الطرفين على مدى وجود أمراض وراثية وكيفية علاجها، أو مدى إمكانية ذلك حتى لا يولد طفل مشوه أو مصاب بمرض وراثي خطير.

وقد يجري التّشخيص والعلاج الجيني في مرحلة ما بعد الزواج، حيث يجري في هذه المرحلة على الخلايا التناسلية قبل اندماجها أو بعد اندماجها وقبل زرعها، وتحديدا عندما يتعلق الأمر بأطفال الأنابيب، حيث يمكن الاحتفاظ بالبويضة المخصبة خارج الرّحم مدّة معينة تسمح بتشخيص بعض الأمراض الخبيثة على هذه البويضة.

لكن نظرا لما يتضمنه العلاج الجيني للخلايا التناسلية من مخاطر، يذهب جمهور علماء الوراثة والطب الوراثي إلى رفضه مهما بلغت درجة العلّة المتوقعة بالنّسل[2]، وقد أكدت الاتفاقية الأوروبية

---

[1]- هو ما يطلق عليه الفك والتركيب في علم الهندسة الوراثية، ويتم بموجب الإنزيمات، وهي بمثابة مقص كيميائي/بيولوجي يستطيع أن يقص الحامض النووي في مواضيع معينة، وكل أنزيم من هذه الأنزيمات لا يستطيع أن يقطع إلا عند موضع محدد على جزيء الحامض النّووي (ADN).

[2]- بل إنه كما يذهب إلى ذلك البعض يكون سببا للإنهاء الإرادي لحياة الجنين لمجرد الشك في الإصابة بالمرض أو التّشوه وهو ما يعده البعض تطبيقا فعليا لفكرة تحسين النسل، وقد تساهم هذه التّقنية أيضا في زيادة مخاطر اختيار جنس المولود ذكرا أو أنثى، أنظر :

رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المسؤولية الطّبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية- دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، 2003م، دار النّهضة العربية، القاهرة، ص 16.

الخاصة بحماية حقوق الإنسان وكرامته تجاه تطبيقات البيولوجيا والطّب في المادة 13 منها، أنّه لا يجوز إجراء أي تدخل يهدف إلى تعديل الخلقة البشرية إلا لأسباب وقائية أو تشخيصية علاجية..."[1].

إلا أن بعض التّشريعات المقارنة[2] سمحت بإجراء التّشخيص والعلاج الجيني على الخلايا التناسلية في حالة مواجهة أمراض وراثية خطيرة، وعند توفر المبررات القوية لذلك، بل إنّ تحليل جينات الجنين أثناء فترة الحمل أو ما يطلق عليه المسح الوراثي للتّشخيص المبكر للأمراض الوراثية (Genetic Screening) أضحى تطبيقا سائدا في بعض الدول الرائدة في المجال كالولايات المتحدة الأمريكية، وكندا، واستراليا.

بالرّجوع إلى قانون الصحة العمومية الفرنسي المعدل[3]، يبدو أنّ المشرع الفرنسي خول الإمكانية نفسها،فسمح بإجراء الفحص أو التّشخيص الجيني المبكر على الحمل بهدف التعرف على مدى إمكانية ولادة جنين مشوه أو مصاب بأمراض وراثية خطيرة، وقد نظّم القانون الفرنسي هذه الإمكانية تحت ما أطلق عليه[4] (Le diagnostic prénatal)، من خلال مجموعة من النّصوص في إطار إجرائها وضوابط ذلك (المواد من L.2131-1 إلى L.2131-5).

الفرع الثاني: التدخل غير العلاجي في الخلايا التناسلية

قد يكون الدافع من التّطبيق الوارد على الخلايا التناسلية تحقيق أهداف غير علاجية، أي أهداف تفتقر إلى قصد العلاج وضرورته وهو أحد شروط ممارسة العمل الطّبي في مجمله، كأن يكون الهدف من هذا التدخل تحسين النّسل لأسباب مرضية، بل لمجرد الرّغبة في الحصول على سلالات محسنة ذات صفات جينية معينة مرغوب فيها.

---

[1]- La convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine.

[2]- من بين هذه التشريعات القانون الإسباني (رقم 42 لسنة 1988) الخاص باستعمالات الذمة الجينية والقانون السويسري الصادر سنة 1990 بشأن طب الإنجاب.

[3]- Loi N°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.
Et Loi N° 94- 654 du 29 Juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, assistance médicale à la procréation, et au diagnostic prénatal.

[4]- تحت ما أطلق عليه المشرع الفرنسي:
« Action de prévention concernant l'enfant ».

ومع أنّ هذا التدخل لا يختلف من الناحية العملية عن التدخل بهدف العلاج أي العلاج الجيني، حيث تستعمل نفس تقنيات ووسائل الهندسة الوراثية، إلا أنّ الاختلاف بينهما جوهري من ناحية أهداف كل منهما، ففي الأول يكون الهدف إزالة الاعتلال الجيني الموجود، بينما لا اعتلال جيني في الفرض الثاني، وإنّما يقصد من التدخل تحسين بعض الصّفات مثل لون الشعر وطبيعته.

الملاحظ أن هذا التّطبيق لم يلق بالترحيب على المستوى الدولي، حيث أكدت توصيات الجمعية البرلمانية للمجلس الأوروبي سنة 1986، وكذا اللّجنة التّحضيرية للمؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات التي عقدت في ألمانيا سنة 1987 رفض الإجراءات التي تهدف إلى تحسين السّلالات وما في حكمها، ووجوب احترام حقوق الفرد في الاحتفاظ بصفاته الوراثية وأن يرثها بدون تغيير، أيضا فقد حظرت اتفاقية مجلس أوروبا حول حقوق الإنسان والطّب الحيوي لسنة 1996 كل إجراء يهدف إلى إدخال تعديل في حلقة النّسب[1].

أما بخصوص التّشريعات المقارنة، فقد حظرت مجموعة من التّشريعات تحسين السّلالات، ومنعت خلط الذمة الجينية للإنسان بجينات حيوانية، وغير ذلك من صور برمجة الصّفات والخصائص الإنسانية التي تتعارض مع حق الفرد في الكرامة والاحترام، ومن هذه التّشريعات القانون الإيطالي والقانون الياباني، والألماني لسنة 1990 المتعلق بحماية البويضة المخصبة، وكذا البريطاني لسنة 1990 المتعلق بالإخصاب وعلم الأجنة، وقريبا من هذا السّياق قانون الصحة العمومية الفرنسي[2] الذي قيّد الأبحاث

---

[1]- من الوثائق الدولية الخاصة أيضا بحماية حقوق الإنسان تجاه الهندسة الوراثية ومختلف التّطبيقات البيولوجية المرتبطة بها ما يلي:

أ. الوثائق الدولية الصادرة عن منظمة اليونسكو:

فقد صدرت عن هذه المنظمة سنة 1997 وثيقتان، تحمل ثانيهما الإعلان العالمي حول الجينوم البشري وحقوق الإنسان.

« Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme »

ويعد هذا الأخير أول وثيقة دولية في مجال البيولوجيا تحاول توفير التوازن بين احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وبين حرية وتطور البحث العلمي.

ب. الوثائق الدولية الصادرة عن المجموعة الأوروبية، ومنها:

- الاتفاقية الموقع عليها في أبريل 1997 الخاصة بحماية حقوق الإنسان وكرامته تجاه تطبيقات البيولوجيا والطّب التي جاءت في ديباجة و38 مادة، وأهم ما تميزت به حمايتها للكائن البشري (الإنسان) من كل ما يتهدده من أخطار ناجمة عن التّقدم العلمي انطلاقا من أنّ أضرار الهندسة الوراثية لا تقتصر على الإنسان والمجتمع فقط، إنّما تهدد الكائن البشري في نوعه وهو ما يستلزم بالضرورة تعاونا دوليا.

La convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine.

[2]- Art. 1121-2 du C.S.P: « Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain :…

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

البيوطبية عموما بمجموعة من الضوابط يتعين مراعاتها من أهمها إجراء المقاربة والموازنة بين مخاطر الأبحاث والفوائد المرجوة من تطبيقها على البشر فضلا عن ابتغاء الرقي بالوضعية الصحية كأحد الأهداف الأساسية، ولذلك فحتى حالات البحث العلمي البيوطبي يتعين أن تناط بالأهداف العلاجية.

المطلب الثاني: الخلايا الجسدية

تشمل أنواع الخلايا كلّها في الجسم باستثناء خلايا الأعضاء التناسلية، وهي أنواع متمايزة ومتخصصة بحسب النّسيج العضوي الذي توجد فيه، وتتميز الخلايا الجسدية باشتمالها على عدد زوجي من الكروموسومات (46 كروموسوما)، وتعتبر هذه الإزدواجية سمة دالة على سرية الخلية الجسدية.

سوف يتم معالجة هذا العنصر من خلال التطرق إلى التدخل العلاجي في الخلايا الجسدية (الفرع الأول)، والتدخل غير العلاجي في الخلايا الجسدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التدخل العلاجي في الخلايا الجسدية

تكمن أهمية العلاج الجيني للخلايا الجسدية المتمثل في إدخال الجين السّليم مكان الجين المصاب إلى الخلايا الجسدية للمريض المصاب بمرض وراثي في أنّه مكن بالفعل من علاج العديد من الأمراض الموروثة كأمراض المناعة الوراثية والسّكري، وتصلب الشّرايين وغيرها من الأمراض المزمنة والخطيرة.

وقد تمت بالفعل أولى المحاولات النّاجحة في هذا الصدد سنة 1990 في الولايات المتحدة الأمريكية عندما نجح الدكتور "فرنش أندرسون" الأمركي في علاج الطفلة "أشانتي دي سلفا" من خلال تطبيق هذا الأسلوب العلاجي الجديد، وذلك بإدخال الجين المسؤول عن تصنيع إنزيم (ADA) الأساسي لعمل الجهاز المناعي.

بالتالي إذا كان العمل الطّبي مباحا في سياقه العام في الفقه والقانون[1] بالنّظر إلى قصد العلاج وما يقتضيه ذلك من ترجيح منافع العلاج على مضاره كأحد أسس مشروعية هذا التّدخل، فإنّ اقترانه

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

[1] Article 8 du décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale:

« Dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance.

بوسائل وتقنيات جد معقدة كما هو الحال بالنّسبة لوسائل الهندسة الوراثية قد يغير حكمه، لذلك فإنه لابد من مراعاة قاعدة الموازنة بين المخاطر والمنافع، بحيث يتعين ترجيح الفائدة المرجوة من العلاج الجيني للخلايا الجسدية على المخاطر المحتملة في كل حالة.

الفرع الثاني: التدخل غير العلاجي في الخلايا الجسدية

إن الهدف من تطبيق تقنيات الهندسة الوراثية على الخلايا الجسدية لا يكون دائما علاجيا، وإنما قد يكون لأهداف أخرى غير العلاج، ومن ذلك أن يتم التدخل في الخلايا الجسدية بهدف تغيير صفات معينة بحذفها أو إضافتها لأسباب تجميلية محضة.

بالرجوع إلى النواحي التاريخية لعلم الجراحة التجميلية، نجده قد ظهر بصورة واضحة بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية في أوروبا وأمريكا وتطور جنبا إلى جنب مع علم الجراحة العلاجية حتى انتشرت الأن في كثير من البلدان فكرة جراحة الشكل لتحسين ومعالجة جمال الانسان نحو ماهو مرغوب اجتماعيا حتى ولو كانت هذه الأعمال الطبية بسيطة في حد ذاتها عند تفكير بعض الناس لاختلاف المقاييس والمعتقدات والأفكار بين البشر[1].

ولا تختلف التقنية المتبعة في هذا الصدد عما سبق بيانه من تقنيات الهندسة الوراثية الخاصة بحذف أو إضافة جين أو جينات مسؤولة عن صفات أو خصائص معينة، غير أنّ الاختلاف يكمن في مدى مشروعية هذا التّطبيق أي مدى جواز المساس بالخلايا الجسدية لتحقيق أغراض تجميلية محضة مفتقرة للضرورة العلاجية.

إذا كان قصد العلاج شرطا من شروط إباحة المساس بالجسم عموما، فإنّ احترامه والتقيد به واجب على كل ممارس أثناء قيامه بواجبه المهني، فمتى كان التدخل الطّبي بهدف تحقيق هذا الصالح نفسيا كان أو عضويا فإنّه يحظى بالمشروعية، وإذا انحرف عن هذا المسار فإنّه يثير آنذاك بعض الجدل.

Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins.

Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles ».

[1]- منذر الفضل، المسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012، ص 72.

وتفسير ذلك أنّ من الأغراض التّجميلية ما يدخل في مفهوم التداوي بالمعنى الواسع للعلاج، كإزالة التّشوهات الخلقية وغيرها من مظاهر التّشوه التي تسبب بلا شك آلاما نفسية ومشاكل اجتماعية ما يستوجب علاجها أو إزالتها، ولذلك فإذا كان التداوي في مثل الحالات السابقة بالجراحات العادية والسّبل التقليدية جائزا ومشروعا، حيث جراحة التّجميل مباحة لدى جمهور فقهاء الشريعة، متى توافر إذن المريض والشرع بالمعالجة والتداوي[1]، فإنّ التداوي باستخدام العلاج الجيني في الحالات ذاتها أو المشابهة لها يأخذ الحكم نفسه طالما أمنت مخاطره وغلب الظّن على نجاحه.

أمّا الأغراض التّجميلية التي لا تدعو إليها الحاجة، فقد كانت ولا زالت تثير جدل فقهي كبير، ذلك أنّ البعض لا يرى في تحققها أية ضرورة طبية أو علاجية، بل يعتبرها مجرد فضل وتزيد، فيما يعتبرها البعض الأخر من صميم الأعمال الطّبية ويعترف بأهميتها، وهو ما انعكس بدوره على التّشريعات المقارنة[2] بحيث قرّر بعضها مشروعيتها ابتداءً، ولم يرتب على الخطأ في تحقيقها سوى مسؤولية غير عمدية.

تجدر الاشارة إليه، أنه من أبرز الفقهاء الذين ذهبوا إلى رفض إجراء الأعمال الطبية التجميلية الفقيه جارسون الذي عبر عن أرائه في مقال نشر له عام 1931 في النشرة الطبية الشرعية، والذي لم يجز فيه جراحة التجميل إطلاقا على اعتبار أن القواعد العامة تقتضي أن يكون تدخل الجراح مقصودا به تحقيق غرض علاجي أي الجراحة العلاجية[3]، إلا أنه لم يستطيع أن يتماشى مع منطقه إلى النهاية فاضطر إلى إيراد استثناءات تدخل بطبيعتها في دائرة الأعمال التجميلية.

[1]- بعض الشراح يميزون في هذا الصّدد بين نوعين من الجراحة التّجميلية: جراحة تجميلية بهدف التداوي وأخرى بهدف الزينة، فأمّا الأولى فتقوم على ضرورة التداوي والمعالجة وهي مشروعة، وأمّا الثانية التي تجري لهدف الزينة وإظهار المحاسن ليس إلا فهي غير مشروعة، أنظر : عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي، دار المنار، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988، ص 233.

[2]- وهو ما ذهب إليه التّشريع الألماني ومجمل الدول الغربية حيث الجراحة التجميلية مباحة ومشروعة.

[3]- منذر الفضل، المرجع السابق، ص 91.

الخاتمة:

توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أهمية موضوع الهندسة الوراثية بحيث دخلت تطبيقات هندسة الجينات كل ميدان من ميادين الحياة وشملت جميع الكائنات الحية من نبات وحيوان وإنسان، بل إنها شملت أيضا الكائنات الدقيقة ورغم وجود الجوانب السلبية للهندسة الوراثية إلا أنها أصبحت تمثل الأمل للإنسان في التخلص من العديد من الأمراض الخطيرة. بالتالي فإن هندسة الجينات البشرية قد فتحت مجالا هائلا من الابداع والإمكانات البحثية وتربعت على قمة الاكتشافات في القرن العشرين.

إلا أننا نقترح جملة من التوصيات في هذا الاطار تتمثل كالأتي:

- وضع نصوص تشريعية مواكبة لما عرفه التقدم الطبي في هذا المجال بغية مراعاة الموازنة الدقيقة بين مخاطر هذه الوسائل من بينها الهندسة الوراثية وبين مدى الحاجة لتطبيقها، خصوصا أن تقنيات الهندسة الوراثية في هذا الاطار قد تكون لها انعكاسات ومخاطر يصعب تحديدها.

- إعطاء الأولوية أو الاعتبار الأول للإنسان في هذا المجال أي ترجيح مصلحة الانسان ومنفعته من خلال احترام الضوابط القانونية.

- حماية الخصوصية الجينية للفرد، وذلك من خلال البحث الدقيق للتطورات التكنولوجية وأثرها على الجينات البشرية.

- إباحة استخدام تقنية الهندسة الوراثية لعلاج الأمراض الوراثية والوقاية منها شريطة أن تقتصر هذه التقنيات على الخلايا الجسدية دون التناسلية.

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية

1- المصادر:

- اتفاقية حماية حقوق الانسان وكرامة الكائن البشري فيما يتعلق بتطبيق البيولوجيا والطب: اتفاقية عن حقوق الانسان والطب الحيوي لعام 1997.

- الاعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الانسان لسنة 1997.

2- المؤلفات:

أ- الكتب:

- بيرنجير لاسال وأخرون، قانون البيولوجية البشرية مع ملحق بتقنين الصحة العامة الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014.

- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانو ن الوضعي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

-رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المسؤولية الطّبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية- دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، 2003م، دار النّهضة العربية، القاهرة.

- زينب سعد محمد عبد العزيز، البنوك الطبية والأحكام الفقهية المتعلقة بها، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2019.

- سميرة أقرورو، المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التّطور العلمي الحديث (دراسة مقارنة)، مطبعة النّجاح الجديدة، 2015.

- صبري الدمرداش، الاستنساخ قنبلة العصر، دون سنة النشر.

- عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة فقهية مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2013.

-عبد الباسط الجمل، ثورة الهندسة الوراثية- الموسوعة الشاملة في العلوم والتكنولوجيا المتقدمة، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، طبعة 2003.

-عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي، دار المنار، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988.

-عبد الهادي مصباح، الاستنساخ بين العلم والدين، الدار المصرية اللّبنانية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997.

- عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية –رؤية مستقبلية للطب والعلاج خلال القرن الحادي والعشرين، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999.

- كمال محمد السعيد عبد القوي عون، الضوابط القانونية للاستنساخ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013.

- منذر الفضل، المسؤولية الطّبية في الجراحة التّجميلية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012.

-وجدي عبد الفتاح سواحل، الهندسة الوراثية الأساليب والتطبيقات في مجال الجريمة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014.

ب- الرسائل والمذكرات:

- محتال أمنة، التأطير القانوني للعمل الطبي على الجينوم البشري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.

ج- المقالات العلمية:

- الزهرة هراوة، الضوابط القانونية للهندسة الوراثية في التشريع الجزائري، مجلة القانون والعلوم البينية، المجلد 01، العدد 03، ديسمبر 2022.

ثانيا: باللغة الفرنسية

-Lois:

- L. n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.
- Loi n° 94- 654 du 29 Juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, assistance médicale à la procréation, et au diagnostic prénatal, Juillet 1994.
- Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé public.
- Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale.

موقف القانون الجزائري من بعض التدخلات الطبية المثيرة للجدل (تأجير الأرحام)

Surrogacy In Algerian law

تاجر كريمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة مولود معمري/ تيزي وزو

ملخص:

يعالج البحث موضوع استئجار الأرحام، الذي يعد وسيلة طبية حديثة في مواجهة مشكلة العقم وعدم الإنجاب عند الكثير من النساء ولقد أثارت هذه المسألة جدلا كبيرا حول مشروعيتها من عدمه، كما اختلفت القوانين الوضعية بشأنها، منها من أقرت بقبول هذه العملية ومنها من رفضت ذلك، أما المشرع الجزائري، ومن خلال قانون الصحة رقم 18-11 فقد أقر بقبول التلقيح الاصطناعي بشروط، واعتبر التعامل بالأعضاء التناسلية عملا محظورا ورتب المسؤولية الجزائية لكل من يقوم بهذه الممارسات.

الكلمات المفتاحية: الحماية الجزائية، الأم البديلة، الكرامة الإنسانية.

Abstract:

The research deals with the issue of surrogacy, which is a modern medical method in the face of the problem of infertility and childlessness among many women. The Algerian legislator, through Health Law No. 11-18, approved the acceptance of artificial insemination with conditions, and considered dealing with genitals a prohibited act and established criminal responsibility for all those who carry out these practices.

Keywords: Penal protection, surrogate mother, human dignity.

مقدمة

لقد توصل الطب إلى حل ما كان مستعصيا في السابق، إذ تم اكتشاف تقنيات طبية مذهلة، استطاعت أن تعيد الأمل للإنسان المريض، وتخفف من معاناته النفسية والجسدية، من هذه التقنيات نجد نقل وزرع الأعضاء البشرية، وعملية تغيير الجنس، والاستنساخ البشري، عمليات التجميل، كذلك التلقيح الاصطناعي لمواجهة مشكلة العقم وعدم الإنجاب عند الكثير من نساء العالم.

إنّ تقنية التلقيح الاصطناعي أصبحت منتشرة في الوقت الراهن، ويعمل بها في أغلب الدول العربية منها الجزائر، أما مسألة تأجير الأرحام فهي مسألة ظهرت في الآونة الأخيرة ولاسيما في الدول الأوروبية، أما في المجتمعات العربية فهي لم تنتشر بعد، ذلك لأن معظم الرجال في الدول الإسلامية يجدون في تعدد الزوجات الحل الأمثل لمواجهة مشكلة العقم[1]، دون الدخول في متاهات ومشاكل قد لا يُحمد عقباها، كما أن تكاليف إتمام هذه العملية باهظة جدا، ولكن مع ذلك لابدّ أن يكون للمشرع الجزائري موقفا حول مسألة تأجير الأرحام أو الأمومة البديلة، وذلك كغيره من القوانين العربية التي تباينت مواقفها بين مؤيد ومعارض، وعليه نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من مسألة تأجير الأرحام، وذلك من خلال قانون رقم 18-11، المتعلق بالصحة؟

إنّ الإجابة على هذا السؤال تكون من خلال التعرض لمفهوم تأجير الأرحام، وذلك بتعريفه وبيان أسباب اللجوء إليه (المبحث الأول)، ثم بيان موقف المشرع الجزائري (المبحث الثاني).

المبحث الأول – مفهوم استئجار الأرحام

إنّ استئجار الأرحام، تقنية حديثة، توصل إليها الباحثون والأطباء لحل مشكل العقم عند الكثير من النساء، وذلك عن طريق تدخل الغير واستئجار رحمه والحمل لحسابه ومصلحته، إما بمقابل أو بدونه، وهو يختلف عن التلقيح الاصطناعي. وعليه، للوقوف على مفهوم استئجار رحم المرأة من الضروري التعرض أولا لتعريفه وبيان دوافعه (المطلب الأول) ثم التعرض لصوره (المطلب الثاني).

المطلب الأول –تعريف تأجير الأرحام وبيان دوافعه

[1] - ربيع شندب، استئجار الأرحام بين حكم الشرع وحكم القانون"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02،الجامعة اللبنانية، 2015، ص 214.

لقد وردت تعاريف متقاربة نوعا ما لعبارة تأجير الأرحام، وعليه سوف نتعرض للتعاريف المختلفة التي وردت بهذا الشأن (الفرع الأول)، ثم نبين أسباب اللجوء إليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول –تعريف تأجير الأرحام

أولا –لغة:

التأجير من أجر، والأجر ما يعطى من مقابل في عمل، واستعملت أيضا في مجال العقود، (إيجار) ويقال أجرت الدار، أي خصصته مؤقتا للغير بمقابل بمعنى (الكراء).

ثانيا –اصطلاحا:

عُرف تأجير الأرحام عدة تعريفات منها:

« هو زرع بويضة من امرأة ملقحة بحيوان منوي من زوجها في رحم امرأة أخرى حتى تلد، مقابل مبلغ من المال أو بدون مقابل مالي[2].

- وهناك من عرّفه بأنه « عقد تلتزم فيه امرأة بأن يوضع في حملها بويضة ملقحة لرجل غريب عنها، وذلك لمدة الحمل لقاء أجر معين على أن تسلم المولود مباشرة بعد ولادته للزوج والزوجة أصحاب البيضة الملقحة ».

أما المقصود بتأجير الأرحام كمصطلح طبي، هو استخدام رحم امرأة سليم لزرع لقيحة مكوّنة من بيضة امرأة ونطفة رجل، فعند خروج البيضة من المبيض يتم التقاطها ثم توضع في طبق فيه سائل فيزيولوجي مناسب لبقاء البيضة ونموها، الأمر نفسه بالنسبة لمني الرجل يوضع مع البيضة حتى يتم التلقيح. ثم البيضة الملقحة تزرع في رحم امرأة إما من الأقارب أو غريبة عن العائلة، تحملها طيلة مدة الحمل إلى غاية الوضع، وتسلم المولود بعد ذلك للزوجين...

ولقد تعددت المصطلحات المستعملة للدلالة على هذا المعنى، منها الحمل لحساب الغير عند المشرع الفرنسي[3]، أما المشرع الجزائري[4]، فلم يستعمل مصطلح تأجير الأرحام على الإطلاق، وإنما استعمل

---

[2] - ربيعة غندوقة، استئجار الأرحام – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماستر في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الوادي، 2013 – 2014، ص 12.

[3] - GPA: Gestation pour autrui.

مصطلحات أخرى للتعبير عن المعنىنفسه (كالأمومة البديلة، طرف ثالث...) ربما لأن مصطلح "استئجار" كمصطلح في حد ذاته فيه إهدار لكرامة المرأة، لأن الاستئجار لا يكون إلا للأشياء المادية التي تدخل دائرة التعامل، ففضل مصطلحات أخرى، كما نجد مصطلحات شائعة كالرحم الظئر، أمهات بالوكالة، وغيرها...

غير أنه مهما اختلفت هذه المصطلحات إلا أنها لها معنى واحد.

يظهر من خلال هذه التعاريف أن عملية استئجار الأرحام تتم بين ثلاثة أطراف هم:

1 – الزوج صاحب الحيوان المنوي.

2 – الزوجة صاحبة البويضة.

3 – المرأة التي تم تأجير رحمها.

فما هي الدوافع والأسباب التي تدعو إلى اللجوء إلى هذه الوسيلة؟

الفرع الثاني: دوافع اللجوء إلى تأجير رحم المرأة

هناك عدة أسباب تدفع الأطباء والمختصين إلى اللجوء إلى هذه الوسيلة:

1 –أن رحم المرأة يكون معيبا، لا يستقر الحمل فيه ومبيضها سليما.

2 – استئصال رحم المرأة بسبب مرض، والمبيض مازال منتج.

3 – الإجهاض المتكرر مع كون المبيض سليما.

وهناك أسباب أخرى غير مرضية، فهناك بعض النساء من لا يرغبن في الحمل، ترفها وحفاظا على رشاقتهن، فيلجأن إلى هذه الوسيلة، وهي منتشرة غالبا في وسط الأثرياء في الدول الأوروبية.

وهناك دوافع أخرى غير مباشرة منها الكسب المادي، إذ تم إنشاء مراكز مخصصة بالأرحام المستعارة، ومن هذه المراكز نجد وكالة الأمم المتحدة مخصصة بالأرحام المستعارة، ومن هذه المراكز نجد وكالة الأسر الموحدة التي تعتبر أول وكالة أوروبية لتأجير الأرحام في ألمانيا الاتحادية[5].

[4] - انظر الفقرة الأخيرة من المادة 45 من القانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005، والمتعلق بقانون الأسرة. وكذلك المادة 374 من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، معدل ومتمم، ج ر عدد 46، صادر في 29 يوليو 2018.

[5] - محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007، ص 99.

المطلب الثاني – صور تأجير الأرحام

تأخذ عملية تأجير الأرحام عدة صور نذكرها كما يلي:

أولا –الصورة الأولى:

يُؤخذ الحيوان المنوي من الزوج وتؤخذ البويضة من الزوجة وتتم عملية التلقيح في المختبر ثم تزرع البيضة الملقحة في رحم امرأة أخرى، وعندما تضع المولود فإنها تسلمه للزوجين (وهو ما يعرف بتأجير الأرحام).

ثانيا –الصورة الثانية:

أخذ مني الزوج وبويضة زوجته وتلقيحها في طبق وبعد نمو اللقيحة تعاد إلى رحم زوجة أخرى للزوج (أي بين الضرات).

ثالثا –الصورة الثالثة:

تكون البويضة من متبرعة والحيوان المنوي من الزوج، ويتم الحمل والولادة من قبل امرأة أخرى، ففي هذه الحالة الزوجة لا تستطيع الإنجاب لسبب من الأسباب في المبيض والرحم.

رابعا –الصورة الرابعة:

تتبرع امرأة أجنبية ببويضة، ويتبرع رجل أجنبي بحيواناته المنوية، وتقوم امرأة أجنبية بتأجير رحمها، ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة عندما يصاب الزوجان بالعقم.

خامسا –الصورة الخامسة:

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

- إنّ عملية تأجير الأرحام بكل هذه الصور ظاهرها فيه حل لمشكلة عويصة، وهي العقم، سواء عند المرأة أو عند الرجل، ولكن في باطنها مشاكل وخيمة، اجتماعية، أخلاقية وقانونية.

فما موقف المشرع الجزائري منها؟

المبحث الثاني –موقف المشرع الجزائري من مسألة تأجير الأرحام من خلال قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة

بالرجوع إلى القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 يتضح لنا جليا موقف المشرع الجزائري من مسألة تأجير الأرحام، إذ تناول هذه المسألة عند تعرضه لمسألة التلقيح الاصطناعي أو التخصيب الاصطناعي على حد تعبيره، إذ يعد تأجير الأرحام صورة من صور التلقيح الاصطناعي، ولكن تناوله تحت تسميات أخرى (الأمومة البديلة) ولمعرفة موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، نتعرض إلى التلقيح الاصطناعي (المطلب الأول)، ومنه نستخلص موقفه من مسألة تأجير الأرحام (المطلب الثاني).

المطلب الأول – تقرير المشرع الجزائري للمساعدة الطبية على الإنجاب خارج المسار الطبيعي (التلقيح الاصطناعي)

بالرجوع إلى القانون رقم 18-11 فإنّ المشرع الجزائري خصص قسما كاملا، وهو القسم الثالث للمساعدة الطبيعة على الإنجاب، وذلك خارج المسار الطبيعي، وتتمثل هذه المساعدة في ممارسة بيولوجية وعيادية، وعلاجية، تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي.

وعليه، فإنّ المشرع الجزائري أقر صراحة بجواز قبول التلقيح بواسطة الأنابيب أو التلقيح الاصطناعي، ونظم أحكامه عن طريق وضع مجموعة من الشروط والضوابط بعضها يتعلق بالزوجين الراغبين في الإنجاب (الفرع الأول)، والبعض الآخر عبارة عن ضوابط إجرائية يوجب مراعاتها عند القيام بهذه العملية (الفرع الثاني).

الفرع الأول – الضوابط القانونية المتعلقة بالزوجين

من بين هذه الضوابط نجد:

أولا –قيام الرابطة الزوجية:

إذ تنص المادة 371 من القانون سالف الذكر « تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا... للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة... على قيد الحياة يشكلان زوجا مرتبطا قانونا... ».

ولقد أكد المشرع الجزائري على اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين، وهو شرط وضع أساسا حتى لا يلجأ إلى استعمال بنوك المني المتجمدة[6]. كما يمنع كل تلقيح اصطناعي بين رجل أو امرأة غير متزوجين.

ثانيا – الحصول على رضا الزوجين:

إنّ التلقيح الاصطناعي لابدّ أن يتم برضا الزوجين أي المرأة والرجل، ولا يتم برضا أحدهما دون الآخر، بل يشترط أن يتم إفراغ هذا الرضا في شكل كتابي، والكتابة من أهم خصائصها تسهيل عملية الإثبات، لأن الآباء الكثير منهم من ينكر نسب ابنه الذي يولد باستعمال تلك التقنيات[7].

وهو الأمر الذي أكده المشرع الجزائري في المادة 371 سالف الذكر، والتي جاء فيها « تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب، استجابة لطلب... ويقدم كتابيا »، وهي مطابقة للمادة 2/152 من قانون الصحة العامة الفرنسي والتي ورد فيها « إذ يشترط أن يرتضي راغبي وسيلة التلقيح الصناعي مقدما إجراءهما ».

ثالثا – توافر سن معينة لدى راغبي التلقيح:

اشترط المشرع الجزائري أن يبلغ الزوجان الراغبان في الإنجاب سن الإنجاب، غير أنه لم يحدد هذه السن، هل هي سن البلوغ؟ ذلك على عكس بعض التشريعات التي حددت الحد الأدنى للإنجاب بـ 18 سنة كالتشريع الإسباني، ولكنه لم يحدد الحد الأقصى، بينما التشريع الدانماركي حدد الحد الأقصى دون الأدنى، والحد الأقصى للإنجاب هو 45 سنة[8]، لأن بعد هذه السن تقل فرص الإنجاب، كما أن الحمل في هذه المرحلة المتقدمة يشكّل خطرا على صحة الأم.

رابعا –ثبوت عقم مؤكد طبيا:

---

[6] - إذ هناك بعض الفقهاء يرون جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين بعد الوفاة، شريطة أن يتم في فترة العدة وأن يوصي الزوج المتوفي برغبته في ذلك، انظر: يوسف مسعودي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، دون سنة، ص 116.

[7] - حسين هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانوني الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 144.

[8] - حسين هيكل، المرجعالسابق، ص 144.

إن الزوجين ملزمين بالتقرب من الهيئات المختصة، مرفقين بوثائق ونتائج التحاليل التي تثبت أن الزوجين يعانيان من عقم مؤكد، ولا أمل في الحمل الطبيعي، وأن الحمل الاصطناعي هو الحل الوحيد لهما.

خامسا –استبعاد طرف ثالث في العملية:

بمعنى أن يتم التلقيح الاصطناعي بواسطة الحيوانات المنوية للزوج وبيضة الزوجة دون سواهما، هذا ما عبر عنه في المادة 371 « ... ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر »، وهذا تعبير عن رفض المشرع لمسألة تأجير الأرحام، لأن تدخل طرف ثالث في الحمل والولادة محرم شرعا، لما فيه من اختلاط للأنساب وجلب للمشاكل.

الفرع الثاني – الضوابط الإجرائية لعملية التلقيح الاصطناعي

وهي عبارة عن مجموعة إجراءات لابدّ من مراعاتها عند القيام بعملية التخصيب الاصطناعي وهي:

1 – أن تتم الأعمال العيادية والبيولوجية، العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل أطباء مختصين ومعتمدين في هذا المجال.

2 – أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي في مؤسسات استشفائية ومخابر مرخص لها مسبقا من قبل الوزير المكلف بالصحة، (المادة 372 من قانون الصحة، سالف الذكر).

وقد رصد المشرع الجزائري عقوبات صارمة على كل من يمارس نشاطات المساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسة غير مرخص لها، وتتمثل العقوبة في الحبس من سنتين (02) إلى خمس سنوات (05) وغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج وذلك طبقا للمادة 433 من قانون الصحة رقم 18-11، سالف الذكر.

ونجدالمشرع الفرنسي يميز بين التدخل الطبي والنشاط البيولوجي، الأول يكون في المؤسسات الاستشفائية العامة أو الخاصة (ماعدا التلقيح الداخلي بين الزوجين الذي يمكن أن يمارس في عيادة

خاصة)، أما النشاط البيولوجي فيمنع إتيانه إلا في مؤسسات الصحة العامة، هذا ما أكدته المادة 184 من قانون الصحة العامة الفرنسي المضافة بالمادة 11 من قانون الإنجاب الصناعي لعام 1994[9].

3 –خضوع هذه المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب لمراقبة المصالح الصحية المختصة، إذ يتعين على هذه المؤسسات أن ترسل تقرير سنوي عن نشاطها إلى السلطة الصحية المعنية.

- يقدم الزوجان الطلب كتابة إلى الهيكل أو المؤسسة المعنية تحت إشراف لجنة طبية، تدرس ملف الزوجين، ويشترط المشرع الجزائري تأكيد هذا الطلب بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من قبل تلك الهيئة، وذلك طبقا لما ورد في المادة 371 فقرة أخيرة من قانون الصحة، سالف الذكر. والحكمة من منحهما مهلة الشهر هي منح الزوجين فرصة للتروي والتفكير قبل اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

وبعد دراسة الملف تتخذ اللجنة قرارها، إما بقبول الطلب أو رفضه.

وفي حالة قبوله، وإتمام عملية التلقيح الاصطناعي يتوجب تقييد هذه العمليات في سجلات خاصة تحفظ لمدة معينة، ويمكن الرجوع إليها في أي وقت.

- وفي حالة مخالفة هذه الأحكام، فإنّ المشرع الجزائري رصد عقوبات صارمة، إذ ورد في الباب الثامن من هذا القانون والمتعلق بالأحكام الجزائية عقوبات لمن يخالف أحكام المواد 371 و374 من قانون الصحة، سالف الذكر. إذ ورد في المادة 434 « يعاقب كل من يخالف احكام المادة 371 من هذا القانون المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500000 إلى 1000000 دج ».

وعليه، فإنّ المشرع الجزائري رتب مساءلة جزائية لكل من يخالف هذه النصوص وذلك بالحبس + الغرامة، بمعنى أنه أجاز التلقيح الاصطناعي، ولكن بمراعاة الأحكام التي أوردها في قانون الصحة لسنة 2018.

المطلب الثاني –حظر التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة

بالرجوع إلى قانون رقم 18-11 فإنّ المشرع الجزائري استعمل بعض المصطلحات للتعبير عن رفضه لمسألة تأجير الأرحام (الأمومة البديلة)، إذ منع كل تعامل بالأعضاء التناسلية للرجل والمرأة ورتب

[9] - حسين هيكل، مرجع سابق، ص 145.

مسؤولية جزائية على ذلك (الفرع الأول)، كما منع التعامل بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر ورصد عقوبات لمن يخالف هذه النصوص (الفرع الثاني).

الفرع الأول – ترتيب المسؤولية الجزائية في حالة التعامل بالأعضاء التناسلية

بالرجوع إلى المادة 374 من القانون رقم 18-11، نجد أنها تنص على ما يلي: « يمنع التداول لغاية البحث العلمي، التبرع، والبيع وكل شكل آخر من المعاملة، المتعلقة بـ الحيوانات المنوية، - البويضات.

وأضاف أن هذا المنع يكون حتى بين الزوجات الضرات»[10].

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم هذه المسألة.

ولقد رصد المشرع الجزائري عقوبات لكل من يقدم على ممارسات تشكل في الحقيقة مساسا بالكرامة، وبالجسد البشري واستغلال الوظائف التناسلية لأغراض تجارية أو صناعية أو عمل تجارب عليها، إذ ورد في المادة 435 من قانون الصحة سالف الذكر ما يلي: « يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون المتعلقة بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري، بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1000000 دج إلى 2000000 دج.

وهكذا نلاحظ أن المشرع الجزائري، يرتب المسؤولية الجزائية، حتى وإن قام الشخص بذلك تبرعا، لأن الأمر يتعلق بالأعضاء التناسلية، والتي تختلف عن الأعضاء الأخرى التي يجوز التبرع بها شرعا وقانونا، لأن الأعضاء التناسلية إذا وقع اختلاط بينها، فإنّ ذلك سيؤدي إلى نتائج وخيمة كاختلاط الأنساب.

كما أن جسم الإنسان هو كل متكامل بما يتضمنه من مكونات وعناصر وأجزاء تشمل موادا وخلايا وأنسجة وعظام وسوائل، إضافة إلى كل ذلك، فإنّ تعامل الإنسان في جسده يعد إهدارا لكرامته، واعتداء صارخ على مبدأ الخصوصية والسرية.

[10] - صدرت فتوى عن المجمع الخاص بالفقه الإسلامي في دورته السابعة وفي القرار الخامس، تقول أنه يجوز الحمل لصالح الغير في حالة واحدة، وهي عندما تكون الأم المستعارة هي الزوجة الثانية للزوج، غير أن هذه الفتوى لقيت معارضة شديدة وتم التراجع عنها. نقلا عن: ميفة عبد الله الحمادي، محمد نور الدين سيد، "المسؤولية الجنائية عن تأجير الأرحام (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والإماراتي)"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 19، العدد 2، 2022، ص 598.

أما إذا قام بهذه الممارسات المحظورة الشخص المعنوي، فالعقوبة هي طبقا للمادة 441 من نفس القانون: 1 – غرامة لا يمكن أن تقل عن خمس (5) أضعاف الغرامة القصوى المنصوص عليها للشخص الطبيعي، بالإضافة إلى عقوبة من العقوبات التكميلية الآتية (حجز الوسائل والعتاد المستعمل في ارتكاب المخالفة، المنع من ممارسة نشاط الصحة لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.

- غلق المؤسسة أو إحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.

- حل الشخص المعنوي.

الفرع الثاني – ترتيب المسؤولية الجزائية في حالة التعامل بالأجنة

لقد ظهرت تقنية جديدة تتمثل في تجميد وتخزين الأجنة بعد عملية التلقيح الاصطناعي لاستخدامها مستقبلا.

وعليه، فإنّه عند تلقيح البويضات، لابد من الاقتصار على العدد المطلوب، وذلك تفاديا للفائض من البويضات الملقحة، وفي حالة وجود هذا الفائض، فإنّه يترك دون عناية طبية حتى تنتهي منه الحياة، لأن الاحتفاظ بالأجنة، قد يؤدي إلى اختلاطها بغيرها، إما عن خطأ أو عمدا، وهذا يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

ولقد صدر من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قرار بهذا الخصوص ورد فيه:

1 – في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البيضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البيضات الاقتصارعلى العدد المطلوب للزرع تفاديا لوجود فائض من البيضات الملقحة.

2 –إذا وصل فائض من البيضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة تلك الأجنة.

3 – يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة للحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع.

هذا ما أكّده المشرع الجزائري في المادة 374 فقرة أخيرة من القانون رقم 18-11، سالف الذكر، والتي ورد فيها « يمنع التداول لغاية البحث العلمي، التبرع البيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة...

بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا، وهذه إشارة من المشرع الجزائري إلى مسألة تأجير الأرحام، ولكن باسم آخر وهو (الأمومة البديلة) أي بإدخال طرفا ثالثا في العملية، ولقد رصد المشرع الجزائري عقوبات صارمة في حالة القيام بهذه الممارسات اللاأخلاقية وغير المشروعة، وذلك في المادة 435 من القانون الصحة رقم 18-11، سالف الذكر.

خاتمة:

يعد الإنجاب خارج المسار الطبيعي بين الزوجين مباحا شرعا وقانونا بشرط مراعاة لأحكام التي جاء بها قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، وقد سبقه في ذلك تقنين الأسرة لسنة 2005، غير أن ما أضافه قانون رقم 18-11، هو ترتيب المسؤولية الجزائية في حالة مخالفة الأحكام المتعلقة بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، كذلك رصد عقوبات صارمة لمن يقدم على هذه الممارسات المحظورة والمتمثلة في التعامل بالبيع أو بالتبرع بالأعضاء التناسلية البشرية.

النتائج المتوصل إليها:

- المشرع الجزائري يقر صراحة بجواز التلقيح الصناعي بين الزوجين وبشروط ولا يجيزه ولو كان بين الضرات.

- رفض المشرع الجزائري لمسألة إدخال طرف ثالث في عملية الحمل والولادة، لأن هذا الأمر مخالف لديننا الحنيف، وفيه مفسدة للمجتمع. والطرف الثالث هو الأم البديلة، سواء كانت خارجة عن العائلة أو من العائلة.

التوصيات:

حبذا لو أن المشرع الجزائري رصد عقوبات حتى على مجرد الشروع في هذه العملية، لأنها قد تنجح وقد لا تنجح لسبب خارج عن إرادة الفاعل.

تشجيع التبليغ عن هذه الممارسات المحظورة، وذلك بعدم العقاب أو تخفيفه على من أبلغ السلطات عن هذه الممارسات لأنها غالبا ما تتم في السر.

زراعة أعضاء الموتى بين التأصيل الشرعي والتنظيم القانوني
وفقا لقانون الصحة 18-11
Organ removal from deceased person between Sharia and law 18-11

زين العابدين بوخوش

كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة سوق أهراس

ملخص: رغم تطور الجراحة في حقل زراعة الأعضاء، ورغم الرأي الشرعي السائد في جوازه لا يزال واقعه في المجتمعات المسلمة مشلولا، مما سبب استمرار معاناة المرضى وتعثر مجهودات الدول في معالجتهم، ويعزو المتابعون أهم أسباب هذا الشلل إلى ركن المتبرع والذي يعزو بنفسه إلى معوقات أهمها الجانب الشرعي بشقيه العلمي والتوعوي، لأجل ذلك اهتمت هذه الدراسة بالجانب الشرعي العلمي لتوضيح الإشكالات العالقة في مشروعية التبرع بالأعضاء ونقلها من خلال تفنيد أهم المستمدات الشرعية للمنع مع التعريج على مضمون قانون الصحة 18-11 للتعليق على المواد المنظمة للتبرع بالعداء ضمن فصل البيو أخلاقية.

الكلمات المفتاحية: التبرع بالأعضاء، زراعة الأعضاء، قانون الصحة، النوازل المعاصرة.

Abstract :

For now and despite the development of surgery in "organ transplantation" field , and despite the prevailing legal opinion on its permissibility of medication generally , Its reality in Muslim societies remains paralyzed, which has caused patients continued suffering and hampered states efforts to treat them.

The followers attribute this paralysis to the main reasons related to the donor, Which is due to the most important of which : legal convictions and lack of awareness of this section of charity . This article concerns the refutation of the legal problems pending in the legality of organ donation and transfer, by refuting the main Legal documents for objectors , with the review of the new health law content (11/18) issued in 2018 , To comment the organizing organ donation articles within its “Bio-Ethics” chapter .

Key words: organ donation - organ transplantation - health law - contemporary cataclysms.

مقدمة: لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بكرامه الإنسان واعتبرت كرامة جسده من كرامته، إذ لا يمكن الاعتداء عليه بأي صنف من أنواع الاعتداء، وكان ذلك من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو حفظ النفس، واعتبر النبي عليه الصلاة والسلام "كسر عظم الميت ككسره حيا"[1]

ونظرا لمكانة الإنسان عند الله عز وجل، فقد حث الشرع على ضرورة التداوي وعلاج الأمراض مهما كان نوعها لأجل ذلك قال النبي عليه الصلاة والسلام" عباد الله عباد الله تداووا فان الله لم يضع داء إلا ووضع له شفاء، علمه من علمه وجهله من جهله، غير داء واحد وهو الهرم"[2].

وعلى الرغم من تطور العلوم في شتى أصنافها تطورت معها الأمراض والأسقام وبات البحث عن العلاج من الأمر العسير، لكن ذلك لم يمنع التطور التكنولوجي المستخدم في المجال الطبي من الكشف عن الكثير من الأمراض وإيجاد حلول لها سواء عن طريق الأدوية أو عن طريق تعويض الأعضاء بأعضاء أخرى يتم انتزاعها من المتبرعين سواء أثناء حياتهم أو بعد مماتهم،

والحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن فكره التبرع أثارت الكثير من الجدل الفقهي الشرعي والقانوني خاصة بالنسبة للدول الإسلامية ومنها الجزائر، ذلك أن دراسة هذه النقطة يصطدم بنقيضين اثنين:

الأول: كرامة جسد الإنسان وحفظ الشرع له.

الثاني: حفظ نفس الغير عن طريق تقديم التداوي والعلاج باستبدال عضو بعضو سواء كان المتبرع حيا أو ميتا.

غير انه في هذه النقطة يجب التنويه لأمر مهم أن التبرع بالأعضاء ليست بالفكرة الشائعة لدى الجميع والمقبولة بحكم الاعتقاد الشرعي بحرمه ذلك، ناهيك عن حفظ كرامة المتبرع وكرامة جسده، بل حتى وان حصل ذلك فان القلة القليلة تنجح معها عملية التبرع بحكم التوافق بين الأعضاء.

وأمام ضرورة انقاد حياة الإنسان من الخطر المحدق به كان لابد والأمر ذاك من إزالة اللبس والغموض حول هذه النقطة من الزاوية الشرعية وكذا القانونية من خلال أحكام القانون 11/18 المتعلق بالصحة من خلال الإجابة على إشكالية تدور حول موقف الشرع والقانون من فكره التبرع بالأعضاء المتجددة وغير المتجددة؟.

---

[1] ابو داوود السجستاني، السنن، المكتب العصري، بيروت، رقم 3207 ،وابن ماجة، السنن، دار إحياء الكتب العربية، برقم 1616.

[2] ابن ماجه، برقم 346 ، وفي الصحيحين مثله وزيادة علمه من علمه، رواه الحاكم في المستدرك على الصحيحين ،دار الكتب العلمية، بيروت، 1990 ،برقم 7424.

إن الإجابة على هذه الإشكالية تستدعي اعتماد المنهج الوصفي التحليلي من خلال وصف وتحليل الوضع الصحي القائم لكل من المتبرع والمتبرع له في ظل أحكام الشرع والقانون وكذا المنهج المقارن من خلال تبيان موقف الفقهاء الشرعيين من فكره التبرع بالأعضاء، وكذا وجهه نظر القانون الجزائري المتعلق بالصحة من هذه الأخيرة من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: موقف الشرع من فكره التبرع بالأعضاء المتجددة وغير المتجددة.

المبحث الثاني: تنظيم المشرع الجزائري لفكرة التبرع بالأعضاء من خلال أحكام قانون الصحة.

المبحث الأول: موقف الشرع من فكره التبرع بالأعضاء المتجددة وغير المتجددة:

حاول الطب مع تطور العلم تقديم العديد من المحاولات في مسالة زرع الأعضاء غير أن هذه الأخيرة كانت كثيرا ما تبوء بالفشل بحكم رفض جسم المريض للعضو الجديد المزروع فيه، كما أن ظهور فكرة الموت الدماغي في الدوائر الطبية واعتراف الدوائر القانونية به بناء على ذلك في السبعينات القرن الماضي، أين أعطى أملا لإعادة النظر في فكرة زرع الأعضاء ولقيت هذه الأخيرة تأييدا ورفضا بين فقهاء الشريعة الإسلامية، ولأجل ذلك انقسم الفقه الشرعي إلى رأي معارض ورأي مؤيد لفكرة التبرع بالأعضاء غير المتجددة، خاصة وانه لا إشكال يطرح بالنسبة للأعضاء المتجددة أو تلك التي يتم تعويضها من جسد الإنسان نفسه كزراعه جلد المكان جلد أو شعر مكان شعر أو عمليات نقل الدم باستثناء الأعضاء غير المتجددة[3].

المطلب الأول: الرأي المؤيد لفكرة التبرع بالأعضاء غير المتجددة وأدلته:

انطلاقا من فكرة أن الشريعة الإسلامية لم تكن يوما عائقا في وجه العلم وتطوره وبحكم كونها صالحة لكل زمان ومكان فان التوافق والاختلاف بين الموقف الشرعي والطبي حول مسالة معينة يعزو كل منهما إلى الطرف الأخر، فلا يمكن لأي من الطرفين إهمال قول ورأي الطرف الأول بحكم المصلحة المقررة وبالتالي فان العمل هنا يكون مزدوجا كل منهما يراعي موقف الطرف الأخر ونظرته لنقطة الخلاف.

وعلى اعتبار أن فكره التبرع بالأعضاء فكرة حديثة لم تكن معهودة في سالف الزمن فهي تحتاج إلى اجتهاد من طرف أهل الفقه، ولأجل ذلك ذهب الفقهاء الشرعيون إلى تقرير فكرة مشروعية التبرع بالأعضاء غير المتجددة انطلاقا من الأدلة الشرعية التالية:

[3] عبد النور بربير، تذليل العقبات الشرعية لإنعاش التبرع بالأعضاء في الجزائر مع تعليق على قانون الصحة الجديد، حوليات جامعه الجزائر 1، المجلد 35، العدد 2 ،2021، ص 583- 605.

أولا: يعد موضوع نقل الأعضاء البشرية نازله لعهد المتقدمين بخصوصها إذ لا تخرج الأخيرة عن قضايا تحسينية أو ترقيعية كوصل عظم أو ترقيع جلد أو غرس سن مما يعد مصلحة تحسينية لا يمكن إهدار أصل كرامة الجسد الإنسان لأجلها[4].

ثانيا: إن المسألة اجتهادية تدور بين الجواز والمنع فتبقى دائما محل نظر كلما ظهر جديد في شأنها، إذ لا نص شرعي فيها يحكمها، ومن ثم تعزو قواعدها إلى القواعد الكلية والقياس على النظائر حيث تتنازع فيها مصلحتان، مصلحة مريض يحتاج إلى زرع ليسترد عافيته وجثة ميت يراد استئصال عضو منها لغرض علاج الأول[5].

ثالثا: أن هناك العديد من الفتاوى التي تقضي بجواز نقل الأعضاء بشروطها من عدة هيئات علمية ومجامع فقهية ودور إفتاء نذكر منها على سبيل المثال:

-المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر في فتوى له بتاريخ 20 ابريل1972،[6]

-الفتوى الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في ربيع الآخر 1405 هجري الموافق لسنة 1985.

-مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في قراره بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر في جمادى الآخرة 1408 هجري الموافق لسنة1988 .

-اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء والمتضمنة قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية عام 1408 الموافق لسنة 1988.

وبالرجوع إلى مجموع الأدلة المقدمة من طرف هؤلاء يمكن القول بأنها تنقسم إلى أدلة متعلقة بقواعد فقهية وأخرى عبارة عن استنباطات علمية.

الفرع الأول:القواعد الفقهية المؤيدة لجواز التبرع بالأعضاء:

أولا: قاعدة حفظ النفس: وهي أحد المقاصد الخمسة التي أوجب الشرع حفظها، وفي ذلك قال القرافي "وحرم الله القتل والجرح صونا لمهجته، وأعضاءه ومنافعها عليه، ولو رضي العبد بإسقاط حقه من ذلك لم يعتبر رضاه ولم ينفذ إسقاطه"[7].

---

[4] عبد النور بربير، المقال السابق، ص 587.

[5] عبد الرحمن السعدي، مجموع الفوائد واقتناص الأوابد، دار ابن الجوزي، الأردن، 2003 ،ص 64.

[6] الفتوى منقولة في مجلة البحوث الإسلامية، المجلد 22، العدد 44، نقلا عن: عبد النور بربير ، المقال السابق،ص 6.

[7] شهاب الدين احمد القرافي، الفروق، عالم الكتب، بيروت، دون الإشارة لسنة النشر، ص 141.

ثانيا: قاعدة الضرورات تبيح المحظورات: فضرورة العلاج والشفاء تبيح زرع العضو من أجل دفع المرض والمعاناة.[8]

ثالثا: قاعدة الموازنة بين المصالح والمفاسد: ويظهر ذلك من خلال انتزاع الأعضاء من الميت لإنقاذ الحي، إذ مصلحته أعظم من مفسدة انتهاك حرمة بدن الميت بأخذ أعضائه أو عضو منه، خاصة وأن الأخير لا يقع عليه أي شعور بالألم.

ومعرفة المصالح من المفاسد أمر موكول في جملته إلى الموثوقين من الأطباء ما لم يتعارض تقديرهم ذاك مع حكم شرعي.[9]

رابعا: قاعدة الموازنة بين المفاسد إذا ازدحمت: ذلك أن التبرع من حي لحي يؤدي إلى مفسدة تلحقه، غير أنها لا تقارن بالمفسدة والضرر الذي يلحق المريض في حال عدم التبرع له، ومن ثم يتم دفع مفسدة المرض بمفسدة أخرى، ألا وهي الأخذ من عضو المتبرع[10].

خامسا: قاعدة التيسير عند تكافؤ الأقوال: وفي ذلك قال السعدي بالجواز وذلك تحقيقا للتسهيل مجاراة الأحوال إذا لم يخالف نصا شرعيا[11].

ويؤكد قاعدة التيسير أيضا قول عائشة رضي الله عنها "ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما، فان كان إثما كان ابعد الناس منه"[12].

الفرع الثاني: الاستنباطات الفقهية للمؤيدين لفكرة التبرع بالأعضاء:

وهي مستنبطة من عموم إشارات النصوص الشرعية منها ما يلي:

أولا : من خلال آيات القرآن الكريم: قوله تعالى ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ۚ وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَٰلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾، وذهب بعض المفسرين إلى القول بأن هذه الآية جاءت على عموم الأحياء بإنقاذ النفس من التهلكة[13].

---

[8] عبد النور بريبر، المقال السابق، ص 588.

[9] عبد الرحمن السعدي، المرجع السابق، ص 63.

[10] عبد الرحمن بن الكمال السيوطي، الأشباه والنظائر في فروع وقواعد فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990، ص 117.

[11] عبد الرحمن السعدي، المرجع السابق، ص 68.

-عبد الرحمن بن كمال السيوطي، المرجع السابق، ص 102.

[12] محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت 1998، ص 6126.

[13] محمد بن جليل الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، بيروت، دون الإشارة لسنة النشر، ص 238.

-ابن عطية عبد الحق بن غالب المحرر، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001 ،ص 182.

ثانيا: من خلال سنة النبي صلى الله عليه وسلم: قول النبي صلى الله عليه وسلم: "مثل المؤمنين في توادهم وتعاطفهم وتراحمهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى"[14].

وفي ذلك يقول الشيخ السعدي:" فعموم هذا يدل على أن هذه المسالة وأن ذلك جائز، فإذا قلتم أن في هذا التواد والتراحم والتعاطف كما ذكره النبي صلى الله عليه وسلم لا في وصل أعضائه بأعضائه قلنا إذا لم يكن عليه ضرر ولأخيه فيه نفع فما الذي يخرجه من هذا؟ وهل هذا إلا فرد من أفراده؟"[15].

وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا:" المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا، ثم شبك صلى الله عليه وسلم بين أصابعه"[16].

قال أبو العباس القرطبي هذا تمثيل يفيد الحظ على معاونة المؤمن المؤمن ونصرته وأن ذلك أمر متأكد لابد منه فإن البناء لا يتم ولا تحصل فائدته إلا بأن يكون بعضه يمسك بعضا ويقويه وإن لم يكن ذلك حلت أجزائه وخرب بناؤه[17].

ثالثا: النصوص التفصيلية الدالة على مشروعية الخير والتعاون ومساعدة الغير وتفريج الكرب: لقوله تعالى " ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۩﴾.[18]

وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ومن نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه..."[19]، وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: "من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل"[20].

---

[14] أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، (4/ 1999)، برقم: (2586)، والبخاري، كتاب الأدب، باب رحمة الناس والبهائم، (8/ 10) برقم: (6011)، بلفظ :ترى المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم كمثل الجسد، إذا اشتكى عضو تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى.

[15] عبد الرحمن السعدي، المرجع السابق، ص 66.

[16] أخرجه البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب نصر المظلوم، (3/ 129) برقم: (2446)، ومسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، (4/ 1999)، برقم: (2585).

[17] أبو العباس القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، دار ابن كثير، دمشق، 1996، ص 565.

[18] سورة الحج الآية 77.

[19] صحيح مسلم بشرح النووي (6793) ولفظ الحديث عنده: "من نفَّس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفَّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسَّر على معسر يسَّر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلمًا ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه ... "، الحديث.

وباللفظ الذي أورده المصنف رواه القضاعي في مسنده الشهاب برقم (476) من حديث أبي هريرة، انظر: فتح الوهاب للغماري ١/ 383. ومن حديث ابن عمر رضي الله عنهما عند الشيخين: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ... "، الحديث. البخاري (2442 و 6951)، ومسلم (2580). وله طرق وشواهد كثيرة.

[20] حديث صحيح على شرط مسلم .

فكل هذه النصوص تدل على تقديم المساعدة للغير سواء أكان مريضا أو سليما، والمريض من باب أولى، حتى ولو كان ذلك عن طريق التبرع بعضو من جسده تحقيقا لمصلحة دفع المرض أو الداء لذلك الشخص العليل[21].

المطلب الثاني: أدلة الرأي الشرعي المانع للتبرع بالأعضاء:

استند هذا الفريق على مجموعة من الأدلة يمكن إجمالها في أربعة أدلة شرعية ناقشها أهل الفقه والمختصون في العلم الشرعي من أجل توضيحها، ويمكن إجمالها في حرمة جسد الإنسان وملكيته لله تعالى، وتحريم كسر عظم الميت، وأن تعريض الجسم للضرر لمصلحة جسم آخر مصلحه لا يعتبرها الشرع، كما أن في ذلك سدا لذريعة المتاجرة بأعضاء البشر.

الفرع الأول: حرمة جسد الإنسان وملكيته لله عز وجل: انطلاقا من فكرة حرمة جسد الإنسان وملكيته لله تعالى، لا يمكن التصرف فيه إلا بإذن شرعي سواء كان المتبرع حيا أو ميتا، وتأتي هذه الحرمة من كرامة هذا الخلق على الله تعالى لقوله عز وجل ﴿ **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا**﴾[22].

وقوله أيضا محذرا من عبث الشيطان﴿ **وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّن دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا**﴾[23].

ولما كانت ملكية الأعضاء لله عز وجل، فإن هذه الأخيرة تعتبر أمانة عند الإنسان لا يمكن له التصرف فيها سواء أكان حيا ولا حتى بعد موته إلا بإذن صاحبها ولا أدل على ذلك من تحريم الله عز وجل للانتحار لقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**﴾[24]، وقوله صلى الله عليه وسلم:" من تردى من جبل فقتل نفسه فهو في نار جهنم يتردى فيها خالدا مخلدا فيها أبدا".[25]

لقد استدل الفقهاء بجواز التصرف في جسم الإنسان وأعضائه بالقطع أو الإتلاف على وجه المصلحة المقررة له كقولهم بجواز قطع بعضه لحفظ جميعه[26].

---

[21] عبد النور بربير، المقال السابق، ص 590.

[22] سورة الإسراء الآية 70.

[23] سورة النساء الآية 119.

[24] سورة النساء الآية 29.

[25] أخرجه البخاري (5778)، ومسلم (109).

[26] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الآنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1991،،ص 93.

ومن أمثلة ذلك جواز كي الجرح وجواز قلع الضرس الفاسد وكذا الختان باعتباره من سنن الفطرة، إذ المقصود بالانتهاك الممنوع إدخال الضرر عليه بلا مبرر ولا مصلحه[27].

الفرع الثاني: حرمة كسر عظم الميت: فهذا فيه نهي للنبي عليه الصلاة والسلام، بل إن أخذ عضو منه يكون افضع من كسر عظمه، فلا يجوز الإقدام على ذلك.[28]

غير أن النهي عن كسر عظم الميت يكون في حال الإهانة أو التمثيل أو التنكيل أو التشفي به أو من غير حاجة لذلك، أما دليل ذلك ما أورده السيوطي عن جابر رضي الله عنه قال "خرجنا مع جنازة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى إذا جئنا القبر إذا هو لم يفرغ منه فجلس النبي صلى الله عليه وسلم على شفير القبر وجلسنا معه فأخرج الحفار عظم ساق أو عضدا فذهب ليكسرها فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تكسرها فإن كسرك إياه ميتا ككسرك إياه حيا ولكن جثه في جانب القبر"[29].

ولأجل ذلك ذهب الفقهاء بجواز بقر بطن المرأة الحامل إذا ماتت وفي بطنها جنين يتحرك حتى ولو لم يتحرك إذا ظن حياته، حيث قال ابن يونس المالكي: "الصواب عند البقر ويحمل قول عائشة كسر عظام الميت ككسرها حيا إذا فعل ذلك عبثا، وأما لأمر هو واجب فلا"[30].

ولقد ذهب الفقهاء إلى أبعد من ذلك إلى جواز بقر بطن الميت في حال ما إذا ابتلع مالا لصاحب حق غصبه منه أو وارث بشروط، بحسب قدر المال وصاحبه والعمد في ابتلاعه، وكل ذلك تحقيقا لقيمة[31].

الفرع الثالث: تعريض جسم المتبرع للضرر: إن تعريض الجسم السليم للضرر لمصلحة جسم أخر مصلحة لم يعتبرها الشرع، لأن إدخال الضرر على الجسم محرم إلا بإذن شرعي، كالإذن بالجهاد، وعليه تكون المصلحة التي تحصل للمستقبل مصلحة غير معتبرة شرعا فلا يجوز للمتبرع الإقدام عليها[32].

غير أن هذا الدليل مردود عليه ذلك أن التبرع لا يحوي تعريض جسم المتبرع للضرر سواء في حياته أو بعد مماته وذلك بحكم تقييده بالشروط التالية في حال ما إذا كان المتبرع حيا[33].

1- ألا يكون العضو المتبرع به يخل بحياة المتبرع العادية.

---

[27] لتفصيل أكثر راجع: عبد النور بربير، المقال السابق، ص 591-592.

[28] عبد النور بربير، المقال السابق، ص 593.

[29] عبد الرحمن بن كمال السيوطي، اللمع في أسباب ورود الحديث، دار الفكر، القاهرة، 1996، ص 45.

[30] بدر الدين العيني، النيابة في شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 262.

-أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 76.

[31] محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر ،بيروت، دون الإشارة لسنة النشر، ص 145.

[32] عبد النور بربير، المقال السابق، ص 593.

[33] عبد النور بربير، المقال نفسه، ص 594.

2- التأكد من أن النفع المتوقع من عملية الزرع أرجح من الضرر المترتب عليها وفقا للتقدير الطبي.

3- تحريم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته حتى ولم يؤثر ذلك على بقائه حيا.

الفرع الرابع: سد ذريعة المتاجرة بالأعضاء: أين تشهد الكثير من الدول الفقيرة المتاجرة بأعضاء البشر وتهريبها سواء كانت تلك الدول مسلمة أو غير مسلمة، ومن ثم وسدا لذريعة المتاجرة بالأعضاء و مجابهة الفقر اعتبر التبرع بالأعضاء ممنوعا شرعا بحكم انه يفتح الباب واسعا لاعتداء القوي على الضعيف وبطر أعضائه والمتاجرة بها.

إن الحديث عن ذريعة المتاجرة بالأعضاء البشرية يدفع إلى القول إلى ضرورة تدخل الهيئات الشرعية والقانونية لتنظيم عملية التبرع بالأعضاء وفق الضوابط الشرعية قبل أن تكون قانونية وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في قرار له بخصوص استخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء سنة 2020 أين قيدها ب 3. شروط:

1- النص على أن أعضاء البشر لا تكون أبدا موضوع معاملة مالية أو عرضا تجاريا.

2- تحريم اتخاذ الأجنة مشروعا لاستغلال الأعضاء ولا تستغل إلا في حالات ضيقة جدا.

3- المنع من انتزاع أعضاء الميت إذا كان قد أوصى بعدم ذلك في حياته مهما كانت الحاجة ملحة للاستفادة منها[34].

المبحث الثاني: تنظيم المشرع الجزائري للتبرع بالأعضاء من خلال أحكام القانون الصحة: رجوعا للقانون رقم 18- 11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة نجد المشرع الجزائري قد نص في القسم الأول الذي جاء تحت عنوان أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الفصل الرابع بعنوان البيو أخلاقية حيث نصت المادة 362 منه على أنه "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة، وفي هذه الحالة يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته".

إنه باستقراء نص المادة 362 من قانون الصحة يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أجاز فكرة التبرع بالأعضاء من الميت للحي شريطة تحقق أمرين اثنين يتعلق الأول منهما بثبوت وتحقق الوفاة بناء على تقارير

[34] عبد النور بربير، المقال السابق، ص 495.

طبية وشرعية، في حين يتعلق الأمر الثاني بعدم اعتراض المتوفي على عملية التبرع قيد حياته، وهما الأمران اللذان سيكونان محل تفصيل.

المطلب الأول: تحقق الوفاة قبل التبرع: لكي يتم التبرع بالأعضاء لابد من تحقق الوفاة غير أن هذه الأخيرة تثير إشكالا قانونيا مفاده هل عملية تقريرها مسند إلى الخبرة الطبية أم إلى تدخل المشرع وهل يسري الحكم ذاته في حال الموت السريري؟

الفرع الأول: تقرير الوفاة: ذهب جانب من رجال الفقه القانوني إلى القول بأن ترك مسألة تقرير الوفاة للطبيب فيه خطورة كبيرة، إذ بناء عليه يمكن للطبيب تقرير حالة الوفاة لشخص لم تثبت وفاته حقيقة[35]، أو لأن لحظة الوفاة يتوقف معها تحقيق سبق طبي لم يكن معهودا من قبل في مجال استئصال وزرع الأعضاء[36].

في حين ذهب اتجاه آخر إلى أن مسألة تقرير الوفاة أمر متروك للخبرة الطبية، على أن يتم تنظيم مسار هذه العملية بموجب نصوص قانونية أو قرارات صادرة عن الجهات الرسمية التابعة لوزارة الصحة[37].

الفرع الثاني: الموت السريري: قبل تحقق الوفاة النهائية قد يدخل المريض مرحلة الوفاة السريرية عن طريق تركيب ووضع الأجهزة الطبية التي تحول دون تحقق الوفاة مما يستوجب تحديد وضبط الأطر القانونية المتعلقة بهذه الوضعية في إطار ما يسمى بالحياة السريرية أو الإكلينيكية أو الإنعاش الصناعي.

أين يعرف الأخير على أنه عبارة عن تقنيات طبية تعتمد على استخدام الأساليب الصناعية لعلاج حالات مرضية جسمية وخطيرة والتي من شأنها أن تؤدي إلى موت المريض أو التسبب في الموت الحقيقي في حال ما إذا لم يتم التدخل السريع بشأنها، ومن ثم فهي حالة التوسط بين مرحلتي الموت السريري مرحلة الموت الحقيقي[38].

وبناء على التدخل السريري للأطباء وذلك حفاظا على سلامة الخلايا والأعضاء للمريض الذي هو في حكم الميت يثور إشكال قانوني آخر حول مدى إمكانية تدخل الطبيب المعالج وفصل الأجهزة عن جسم المريض المعتبر في حكم الميت، خاصة وأن الأخير ملزم ببذل العناية اللازمة من أجل الحفاظ على صحة

---

[35] مهند صلاح احمد فتحي العزه، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأردن، 2002 ،ص 47.

[36] ندى بو الزيت، مايا بن لمبارك، الضوابط القانونية لحماية حق الإنسان في الحياة في عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثة الموتى، الملتقى الدولي انعكاسات التطور التكنولوجي على حق الإنسان في السلامة الجسدية، 17 18 أبريل 2021 ،ألمانيا، ص 268.

[37] حسن عوده زعل، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، بحث منشور، الدار العلمية الدولية، الأردن،2001، ص123.

[38] ندى بوالزيت، مايا بن لمبارك، المداخلة السابقة، ص 270.

المريض[39]، وأنه لا يمكن للطبيب التصرف من تلقاء نفسه وفصل الأجهزة عن المريض بحكم طول المدة أو كثرة التكاليف أو وجود حالات هي أخطر من حالة المريض[40].

المطلب الثاني: الرضا الصريح من المتبرع المتوفي بالأعضاء: يثير موضوع التعبير عن الرضا في التبرع بالأعضاء من الميت للحي العديد من المسائل القانونية أولها صفة التعبير عن الرضا وشكله، والتعبير عن الرضا الصادر من ورثة الميت بعد وفاته في حال لم يقرر أصلا التبرع باعضاءه.

الفرع الأول: صفة التعبير عن رضا المتبرع وشكله: رجوعا لنص المادة 362 في الفقرة الثانية من قانون الصحة، لم يكن موقف المشرع الجزائري واضحا بشأن التعبير الصريح الصادر من المتبرع المتوفى قبل وفاته، ذلك أن الرجوع إلى نص المادة 362 يحمل قراءتين مفاد الأولى أن المشرع جعل عنصر الرضا مفترضا بدليل أنه نص على حق الرفض صراحة ولم يشر إلى الرضا الصريح قبل الوفاة بنزع الأعضاء[41]. ومفاد الثانية أن المشرع طالما قد نص على حق الرفض فإنه وفقا لقاعدة من يملك الكثير يملك القليل، فإنه يمكن للمتبرع المتوفي أن يعبر صراحة عن حقه في التبرع بأعضائه أو جزء منها قيد حياته لغيره والدليل الذي يؤكد ذلك أنه لو لم يكن الرضا صريحا وشرطا ضروريا للتبرع لا اعتبر كل متوف في المستشفى متبرعا بأعضائه ما لم ينف ذلك صراحة.

ولأجل ذلك ذهب المشرع إلى ضبط التبرع بالأعضاء بقيد شكلي نظمته المادة360 من قانون الصحة أين يجب التصريح بالموافقة على التبرع أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، أين يتأكد الأخير من صدور الموافقة بشكل حر مستنير وأن التبرع يتوافق مع الشروط المنصوص عليها قانونا.

كما أنه يمكن أن يكون التعبير عن الرضا الصريح عن طريق الوصية المحررة أمام الموثق والتي بناء عليها يوصي المتبرع ببعض أعضائه أو بكلها لفائدة مريض أو مجموعة من المرضى شريطة تحقق شروطها المنصوص عليها قانونا[42].

الفرع الثاني: العدول عن التبرع: هل يمكن للشخص الذي عبر صراحة عن إرادته بالتبرع بأعضائه أو بعض منها العدول عن ذلك قيد حياته أو هل يمكن لورثته ممارسة ذلك العدول؟

---

[39] نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر ،2003، ص 334.

[40] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 149.

[41] ندى بو الزيت مايا بن لمبارك، المداخلة السابقة، ص 272.

[42] نظم المشرع الجزائري أحكام الوصية بموجب قانون الأسرة ضمن أحكام المواد 184 إلى 201.

رجوعا لأحكام قانون الصحة 11/18 نجد المشرع الجزائري قد أعطى الحرية التامة للمتبرع قيد حياته في العدول عن التبرع دون أن يراعي الأحكام المنصوص عليها في المادة 360 أعلاه، شريطة أن يكون ذلك مسجلا بكل وسيلة في السجل المسوك من طرف الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، وفي حال لم يتم ورود ذلك التسجيل ضمن السجل معنى ذلك أن المتبرع لم يتنازل عن التبرع من الأعضاء، وقياسا على أحكام الوصية فكما أن للموصي العدول عنها قيد حياته فانه يمكنه كذلك العدول عن هاته الأخيرة المتضمنة للتبرع ببعض من أعضائه أو كلها لغيره من المرضى قيد حياته كذلك.

ومما يؤكد حرص المشرع على احترام رضا المتبرع بعد وفاته فانه وبعد الرجوع للسجل المسوك من طرف الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، نجده قد أعطى حق العدول لورثة المتبرع المتوفي إذا لم يكن قد عبر عن ذلك قيد حياته[43].

خاتمة:

الأصل أنّ أعضاء الآدمي ليست مِلْكًا له، بل هي مِلك لله، ويحتاج إلى إذن، ولم يَرِدْ من النصوص الشرعية ما يدلُّ على أنّ الفعلَ مأذونٌ فيه، بل وردت من الآيات القرآنية ما تأمر العبدَ بالمحافظة على بدنه مطلقًا سواءً لنفسه أو لغيره، منها: قوله سبحانه وتعالى: ﴿**وَلاَ تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**﴾ فإنّ الآية تفيد النهيَ عن قتل النفسِ وكذلك بترِ العضوِ منها لغير مصلحة البدن يُعَدُّ قتلاً للعضو، وقوله تعالى: ﴿**وَلاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ**﴾، الدالة على تحريم الإلقاء بالنفس في مظانّ الخطر كما تفيد وجوب المحافظة على ما ائتمن عليه العبد كوديعة عنده، قال تعالى: ﴿**إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَالجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الإِنسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولاً**﴾، لذلك لا يجوز أن يَجْنِيَ على نفسه أو على عضو من أعضائه إلاّ بحق ثابت شرعًا، كما لو وقع في جريمة ارتكبها توجب قصاصًا كالقتل أو حدًّا كالقطع أو الجرح فيقيم الحاكم عليه الحكم بما يستحقه، والله تعالى كرّم بني آدم وذلك يقتضي المحافظة على أبدانهم على نحو ما أمر الشرع.

هذا، والعلماء المعاصرون اختلفوا في نقل جزء ثابت من الإنسان، وزرعه في بدن آخر على وجه الضرورة على أقوال، منهم من قال بالمنع من نقل أعضاء إنسان مطلقًا اللهم إلاّ إذا وُجدت الأعضاء مخزنة ومحفوظة في المستشفيات وأُخذت برضا أصحابها أحياءً كانوا أو بعد موتهم بناءً على الفتاوى المجيزة أو

[43] المادة362 فقرة أخيرة من قانون الصحة.

المفصّلة، فإنه -والحال هذه- يجوز على وجه الضرورة زرعُها في المريض تلافيًا لهلاكه لعدم جدوى بقاء العضو بدون استعمال.

وإذا كان التأصيل الشرعي لفكرة التبرع بالأعضاء جوزه أهل العلم الشرعي تقييدا بالضرورة والحاجة الملحة للعرض رجاء شفاء المريض ورفع ما فيه من علة، يتوافق تماما مع ما أقره المشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الصحة بان جعل التبرع بناءا على رضا صريح متبصر وحر مقدم أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا على أن تكون فيه مصلحة المتبرع والمتلقي، إذ لو انتفت إحدى المصلحتين لم تتم عملية التبرع.

كما مكن المشرع المتبرع قيد حياته من العدول عن حق التبرع دون أن يقدم لذلك مبررات أو أن يراعي إجراءات معينة إذ له مطلق الحرية في ذلك.

قائمة المصادر والمراجع:

-القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

-النصوص القانونية:

-القانون رقم 18- 11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة.

-القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 والمتعلق بالأسرة.

-الكتب:

-أبو العباس القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، دار ابن كثير، دمشق، 1996.

-أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

-ابن عطية عبد الحق بن غالب المحرر، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.

-العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الآنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1991.

-بدر الدين العيني، النيابة في شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

- حسن عوده زعل، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، بحث منشور، الدار العلمية الدولية، الأردن،2001.

-شهاب الدين احمد القرافي، الفروق، عالم الكتب، بيروت، دون الإشارة لسنة النشر.
-عبد الرحمن السعدي، مجموع الفوائد واقتناص الأوابد، دار ابن الجوزي، الأردن، 2003.
-عبد الرحمن بن الكمال السيوطي، الأشباه والنظائر في فروع وقواعد فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990.
-عبد الرحمن بن كمال السيوطي، اللمع في أسباب ورود الحديث، دار الفكر، القاهرة، 1996.
-محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت 1998.
-محمد بن جليل الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، بيروت، دون الإشارة لسنة النشر.
-محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر ،بيروت، دون الإشارة لسنة النشر.
-محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
-مهند صلاح احمد فتحي العزه، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأردن، 2002 .
-نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر ،2003.

-المقالات:

-عبد النور بربر، تذليل العقبات الشرعية لإنعاش التبرع بالأعضاء في الجزائر مع تعليق على قانون الصحة الجديد، حوليات جامعه الجزائر 1، المجلد 35، العدد 2 ،2021، ص 583- 605.

-المداخلات:

-ندى بو الزيت، مايا بن لمبارك، الضوابط القانونية لحماية حق الإنسان في الحياة في عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثة الموتى، الملتقى الدولي انعكاسات التطور التكنولوجي على حق الإنسان في السلامة الجسدية، 17 18 أبريل 2021 ،ألمانيا.

إشكالية مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الاصطناعي

غانية خروفة

كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1

الملخص:

يعد التلقيح الاصطناعي من بين المواضيع التي تحضى باهتمام كبير من قبل الباحثين في مجال القانون و الشريعة الإسلامية، نظرا للحاجة الماسة إليه من قبل الأسر و الأفراد الذين لا يمكنهم الإنجاب بالشكل الطبيعي بسبب مرض أحد الزوجين أو كليهما، و ذلك بهدف علاج العقم عن طريق استخدام تقنية الإنجاب الاصطناعي كبديل لعملية الإنجاب الطبيعي.

و أمام هذه التقنية الحديثة المستخدمة لمكافحة ضعف الخصوبة و علاج العقم برزت هناك عدة إشكالات في العديد من الدول السابقة في مجال البحث العلمي و في الجزائر أيضا، كتلك التي تتعلق بتحديد مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، والتي سنسلط الضوء عليها من خلال هذه الدراسة.

Abstract:

Artificial insemination is among the topics of great interest by researchers in the field of law and Islamic law, given the urgent need for it by families and individuals who cannot reproduce naturally due to the illness of one or both spouses, with the aim of treating infertility through the use of The technique of artificial reproduction as an alternative to the process of natural reproduction.

In the face of this modern technique used to combat infertility and treat infertility, there have been several problems in many previous countries in the field of scientific research and in Algeria as well, such as those related to determining the fate of superfluous fertilized eggs, which we will shed light on through this study.

مقدمة:

يعد الزواج من أنبل و أقدس الروابط التي مجدتها الشريعة الإسلامية و أحاطتها بعناية بالغة، فهو السبيل الشرعي و الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و المحافظة على الأنساب، عن طريق الإنجاب الذي يعتبر من المقاصد الخمسة الواجبة الحفظ، فلا تكتمل جمالية و متعة الحياة الأسرية إلا بتتويجها بإنجاب الذرية.

و بما أن المقصد الأصلي للزواج هو التناسل و حفظ النوع الإنساني الذي يحقق خلافة الله في الأرض و عمارة الكون، فإن الرغبة في الإنجاب دافع فطري كائن في أعماق الإنسان لحاجته إلى الاستقرار، لكن قد يبتلى الإنسان بعدم القدرة على الإنجاب بسبب مرض أو عقم أحد الزوجين، مما قد يعكر صفو الحياة الزوجية و العلاقة الأسرية.

إلا أنه و بفضل التطور الحاصل في العلوم الطبية، و الذي وصل لحد وضع حل لعلاج هذه المشكلة المستعصية، و ذلك بإفرازه لوسائل حديثة للمساعدة على الإنجاب بالطريق غير الطبيعي، بهدف التغلب على مشكلة العقم، كتقنية التلقيح الاصطناعي باعتبارها من الوسائل المستحدثة التي ظهرت في العقدين الأخيرين من القرن الماضي و فرضت نفسها بقوة على الواقع الطبي.

ولقد واكب المشرع الجزائري التطورات الحاصلة في مجال الطب الحديث من خلال إباحته اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي كعلاج للعقم، وذلك من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بموجب الأمر02/05 المعدل و المتمم، وبعدها من خلال قانون الصحة و ترقيتها الجديد رقم 18-11، إلا أن التلقيح الاصطناعي كتقنية مستحدثة للمساعدة على الإنجاب أثار إشكالات أخلاقية و دينية و قانونية، وصلت إلى حد الجدل، كإشكالية مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة، نظرا لخطورة استعمالها في غير الأغراض الشرعية و القانونية المسطرة لها.

ولما كان الأمر كذلك **فما هو مصير و مآل البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الاصطناعي ؟ فهل يتم تجميدها في بنوك الأجنة ؟ أو استخدامها في التجارب الطبية ؟ أو يتم إهدارها و إعدامها ؟.**

و للإجابة عن ذلك فلقد اتبعنا التقسيم التالي:

المحور الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

المحور الثاني : مآل البويضات الملقحة الفائضة في عمليات التلقيح الاصطناعي

المحور الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

باعتبار أن التلقيح الاصطناعي كغيره من الاكتشافات العلمية الأخرى التي يمكن أن تتضمن شيء من المباح المسموح الذي ينسجم مع الأخلاق و المبادئ العامة، و آخر من المحرم الممنوع الذي لا يتماشى مع

الشريعة الإسلامية و كذا النظام القانوني، و نظرا لهذه التطورات الطبية و العلمية الهائلة كان لزاما على المشرع الجزائري أن يكيف منظومته القانونية بما يتماشى مع هذه التغيرات، و استجابة لهذا فلقد وضع المشرع ضوابط قانونية تسير عملية التلقيح الاصطناعي مع التزامه برفع الحرج و المرونة، مراعيا في ذلك القواعد و الأحكام الشرعية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع، ومن ذلك وقبل التطرق للضوابط القانونية للتلقيح الاصطناعي يستوجب الأمر التعرض أولا لتعريفه.

أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي

يتكون التلقيح الاصطناعي من كلمتين التلقيح و الاصطناعي، و لذلك سوف نتعرض لتعريفهما لغويا واصطلاحا و قانونا كالتالي:

1.التعرف اللغوي للتلقيح الاصطناعي:

التلقيح لغة: مأخوذة من فعل لقح بمعني حمل و استبان الحمل، فيقال لقحت الناقة إذا حملت و استبان حملها، و الملاقيح هي الأجنة في بطون أمها[1].

الصناعي لغة: صنع الشيء، صنعا، عمله، وفعله، و الصناعي صفة لما ليس طبيعيا[2].

2.التعريف الاصطلاحي للتلقيح الاصطناعي:

هناك عدة تعريفات اصطلاحية للتلقيح الاصطناعي فهناك من يعرفه بأنه " إدخال مني الرجل في رحم المرأة بطريقة آلية، فالمراد بالإدخال هو أخذ السائل المنوي و إيصاله للرحم سواء كان يتوسط ذلك وضعه في وعاء مخبري، تلقح فيه بويضة المرأة بماء الرجل ، ثم إدخالهما في رحم المرأة بواسطة حقنه"[3].

وهناك من عرفه كذلك بأنه " الجمع بين خلية جنسية مذكرة و خلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، برعاية طبيب مختص قصد الإنجاب"[4].

ومن ثم يمكننا القول بأن التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح لبويضة أنثوية و حيوان منوي ذكري بالطريق غير الطبيعي، و ذلك من طرف أطباء موثوق بهم، و في مراكز مرخص لها بإجراء مثل هذه العمليات، وذلك بعد ثبوت عقم أحد الزوجين عن طريق و وثائق و فحوصات طبية تبرر حاجة الزوجين للتلقيح.

3.التعريف القانوني للتلقيح الاصطناعي:

[1] جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد 2، دار صابر للنشر، لبنان، دون سنة نشر، ص 579-580.
[2] شوقي ضيف، معجم المصطلحات الطبية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الشعب، مصر، 1990، ص198.
[3] علي محمد الدين فرودي، القضايا الطبية المعاصرة، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية للنشر، 2006، ص564.
[4] زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص15.

لم يعرف المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري بموجب نص المادة 45 مكرر منه، إلا أنه تدارك ذلك في قانونا الصحة الجديد رقم 18-11 مستخدما لفظ المساعدة الطبية على الإنجاب بدل التلقيح الاصطناعي متأثرا في ذلك بالقانون الفرنسي[5]، حيث جاء في المادة 370 بأن " المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا.

و تتمثل في ممارسات عيادية و بيولوجية و علاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب و نقل الأجنة و التخصيب الاصطناعي ".

ثانيا: شروط و ضوابط التلقيح الاصطناعي

لقد انتهج المشرع الجزائري ما سارت عليه الكثير من التشريعات الوضعية المقارنة، وذلك بإيجازه اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بهدف علاج مشاكل ضعف الخصوبة و عدم القدرة على إنجاب الأطفال، إلا أنه ونظرا للمشاكل التي يمكن أن تثيرها هذه العمليات نتيجة حدوث تجاوزات سواء من قبل الزوجين أو من قبل الأطباء المشرفين على هذه العمليات، فإنه أخضع هذه التقنية لجملة من الشروط تحكمها و ترسم حدودها، بهدف ضمان حسن سير العملية، نتطرق إليها كالتالي:

1. الشروط الخاصة لإباحة التلقيح الاصطناعي

نص على هذه الشروط المشرع الجزائري بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، و التي تقضي بإجازة التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، ولكن مع مراعاة الشروط التالية[6]:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يتم التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما.
- أن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة و رحم الزوجة دون غيرها.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

وتلك الشروط المذكورة أعلاه أكدت عليها المادة 371 من قانون الصحة الجديد و أضافت شرط غفل عليه المشرع لما سن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة سنة ،2005 و هو أن يكون الزوجين يعانيان من حالة عقم مؤكد طبيا، أي إثبات العجز عن الحمل الطبيعي بناء على تقرير طبي صادر من مختص معتمد بعد

[5] عربية باخة، ضوابط التلقيح الاصطناعي ز أثر مخالفتها في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد 6، العدد 2 ، نوفمبر 2019، ص 1304.

[6] سعد عبد اللاوي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري ودوره في حل معضلة الإنجاب، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 10، العدد 01، 2019، ص221.

فحوصات متكررة يبرر حاجة الزوجين لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي من اجل الإنجاب، مع ضرورة تقديمهما طلبا كتابيا يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، مع وجوب التأكيد عليه بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيئة أو المؤسسة المعنية[7]، حيث جاء في المادة 371 من قانون الصحة الجديد[8] بأن " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل و امرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانون،ا يعانيان من عقم مؤكد طبيا، و يوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي،ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج و بواسطة الزوجة، دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر.

يقدم الزوج و الزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة كليهما الطلب المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، و يجب تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية".

2. الشروط المتعلقة بالعمل الطبي:

يستوجب لإباحة إجراء التلقيح الصناعي ضرورة مراعاة بعض الشروط المتعلقة بالعمل الطبي في حد ذاته، و ذلك بهدف ضمان سير هذه العمليات في أحسن الظروف تتمثل في:

- أن يكون المركز المشرف على إجراء عملية التخصيب بين الزوجين قد حصل على ترخيص رسمي من الجهات المعنية يخول له إجراء مثل هذه العمليات، و في ذلك تقضي المادة 372 من قانون الصحة و ترقيته الجديد على أن " تتم الأعمال العيادية و البيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك..."[9].

- أن يكون الفريق الطبي من أطباء و ممرضين الذين يساهمون في عملية التلقيح موثوق بهم و أهل للأمانة العلمية و الانضباط و المعيار المهني.

- أن لا تؤدي عملية الإخصاب إلى نتائج ضارة على صحة الزوجين، خاصة الزوجة فيما يتعلق بالترتيبات التي تسبق عملية الزرع، كالأدوية المنشطة للمبايض أو التخدير الذي يسبق عملية سحب و شفط البويضات من مبيض الزوجة.

[7] عربية باخة، المرجع السابق، ص1307.
[8] المادة 371 من قانون الصحة رقم: 11/18.
[9] المادة 372 من قانون الصحة رقم: 11/18.

- وضع سجلات خاصة معدة لهذا الغرض تدون فيها بيانات الزوجين، مع ضرورة اتخاذ الحيطة و الحذر أثناء تدوين المعلومات، حتى لا يحدث خلط في اللقائح بين الأزواج، و ما يترتب عليه من مشاكل اختلاط الأنساب[10].

المحور الثاني: مآل البويضات الملقحة الفائضة في عمليات التلقيح الاصطناعي

إذا كانت المجتمعات الغربية قد نظمت تقنية التلقيح الاصطناعي بما يناسب ثقافتها الاجتماعية التي تطغى عليها الإباحية بشكل واسع فإن الأمر ليس بالمثل في المجتمعات الإسلامية، التي تحتكم إلى مبادئ الدين الإسلامي الحنيف، وهذا ما يجعل من التلقيح الاصطناعي كغيره من سائر الاكتشافات العلمية الأخرى لا يمكن أن تتضمن مالا يتماشى و النظام القانوني و الدين الإسلامي، وخاصة في ظل تحديد ما يترتب عليه من إشكالات، كتلك المتعلقة بتحديد مصير البويضات الزائدة عن الحاجة، هل سيتم تجميدها و حفظها في بنوك الأجنة؟ أو توجيهها لمراكز البحث لإجراء التجارب عليها؟ أو العمل على إعدامها؟.

و في هذا المقام و بشأن تحديد مصيرها و مآلها اختلف الفقه القانوني و الإسلامي في تقرير أحسن مصير لها، وهذا ما يدفعنا إلى التعرض إلى توجهاتهم و آرائهم المختلفة و المتباينة على الشكل الموضح أدناه:

الاتجاه الأول: تجميد البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة

يقصد بعملية تجميد البويضات وضعها في ثلاجات أو غرف كميائية تستخدم مادة النتروجين السائل لتبريدها في درجة حرارة 200 درجة مئوية تحت الصفر قصد إيقاف نموها، وعندما يريد الأطباء الاستفادة منها يرفعون درجة حرارتها تدريجيا فتعود لها الحياة مرة أخرى في مدة 12 ساعة، فتستأنف لديها دورة الحياة[11]، ثم يتم زرعها في الرحم تحت رقابة الهيئة الطبية التي تجري العملية.

ويصطلح على هذه الثلاجات والغرف التي يتم تجميد الأجنة فيها بتسمية بنوك الأجنة، فمن خلال هذه البنوك يستطيع الطبيب الحصول على الأجنة جاهزة في الوقت الذي يحدده، كما يمكن من خلالها أيضا الاحتفاظ بالأجنة لسنوات عديدة حسب رغبة أطراف المسألة.

و لعملية تجميد البويضات الملقحة في بنوك الأجنة عدة مزايا ترجع أثارها على الزوجين، و ذلك خاصة في حالة فشل الحمل في محاولاته الأولى، ومن ثم سوف نتعرض لأهم مزايا التجميد عموما في النقاط التالية:

---

[10] جلود صالح ، التلقيح الاصطناعي و تجميد البويضات و الحيوانات المنوية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 11، العدد 1، 2022، ص286.

[11] رقية أحمد داود، تجميد الأجنة البشرية الزائدة عن الحاجة وجهة نظر شرعية و تشريعية، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد 5، ديسمبر 2014، ص 262.

- تفادي اللجوء إلى عمليات تنشيط المبيض وسحب البويضات من جديد، وبالتالي تكرار العملية ضمن فترات زمنية متقاربة، خاصة و أنها ممارسة مرهقة جسديا و نفسيا بالنسبة للمرأة.
- تجنب التكلفة المادية الباهظة لعمليات التلقيح الاصطناعي سواء داخل الوطن أو خارج.
- تجنب حدوث حمل التوائم، أي الحمل المتعدد، و الذي قد يعرض المرأة للإجهاض التلقائي.
- معرفة الكثير من الأمراض التي من شأنها إصابة الجنين خاصة الوراثية منها، مما يسهل على الأطباء تشخيصها ومعالجتها في الوقت المناسب[12].

و في هذا الصدد و بالرغم من المزايا التي تحققها عملية تجميد البويضات الملقحة الزائدة عن العدد للزوجين، فلقد انقسم الفقه حول مسألة تجميد هذه البويضات الملقحة إلى عدة اتجاهات، فهناك بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرة من حرم عملية تجميد البويضات و استدلوا في ذلك ب:

- احتمال استعمال اللقيحة استعمالا محرما في حالة وفاة الزوجين، كما أن البويضة الملقحة هي أول أطوار حياة الإنسان و أول مراحل وجوده وتكوينه، فلا يجوز تجميد هذه الأجنة الفائضة لما فيه من عدم احترام الحياة الإنسانية و العبث بها.

- احتمال وقوع الخلط عند حفظ الأجنة، خاصة مع احتمال الإهمال و قلة الحرص في تدوين المعلومات، مما قد يؤدي إلى الوقوع في إشكال اختلاط الأنساب[13].

- تزايد الطلب على الأجنة الفائضة من طرف المؤسسات العلمية بهدف إجراء التحارب الطبية عليها،خاصة فيما يتعلق بالتجارب غير العلاجية.

وفي هذا السياق أصدرت دار الإفتاء المصرية فتواها بتاريخ23-03-1980 تقضي بعدم شرعية إنشاء بنوك الأجنة التي توجه بعضها لحقل التجارب الطبية بهدف تلقيح الأنثى الرشيقة سريعة الفهم بالرجل الذكي قوي البنية، بهدف إثراء الصفات في الجنس البشري، واعتبرت ذلك شرا كبيرا على نظام الأسرة، و نذير انتهاء الحياة الأسرية[14].

وهي نفس الوجهة التي سلكها كذلك الفقهاء في المؤتمر الدولي عن الضوابط و الأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي، المنعقد في القاهرة، و أيضا رأي بعض الفقهاء في توصيات ندوة الكويت الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة في الفترة الممتدة مابين 24-27 أكتوبر 1989 التي جاء فيها "

---

[12] جلود صالح، المرجع السابق، ص292.
[13] مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي، مجلة دراسات و أبحاث، العدد 24، سبتمبر 2016، ص65.
[14] جيلالي بغدادي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2013-2014، ص66 .

تترك البويضة المخصبة لشأنها لتموت، بدلا من إعدامها أو استعمالها في البحث العلمي، و أن الوضع الأمثل ألا تكون هناك فائض منها، و ذلك باستمرار العلماء في أبحاثهم عن طريق الاحتفاظ بالبويضات غير المخصبة و عدم تخصيبها إلا بعد الحاجة إليها، مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التخصيب السوي بعد ذلك.

كما ساير بعض الأطباء و الفقهاء هذه الوجهة كذلك في توصيات ندوة الضوابط الأخلاقية في تطبيق تقنية الإخصاب الطبي المساعد في علاج العقم المنعقدة بالقاهرة سنة 1997 حيث جاء في مقترحاتها:

- لا يجوز تجميد البويضات المخصبة و الحيامن و البويضات و الأنسجة التناسلية و الاحتفاظ بها، إلا إذا وجدت ضمانات تكفل عدم اختلاط الأنساب أو عدم التلاعب بها، و يمكن عند الضرورة و الحاجة الاحتفاظ بواسطة التبريد بالبيضات التي خصبت خارج الجسم، والتي يزيد عددها عن ثلاث أو أربع بيضات، وهذه البيضات المخصبة و المجمدة هي ملك للزوجين و يمكن عند الضرورة و الحاجة الماسة أن تستخدم بنقلها للزوجة في دورة علاجية تالية عندما يفشل العلاج السابق، وعندما يريد الزوجان طفلا آخر، وكل ذلك خلال سريان عقد الزواج.
- يجب ألا تزيد فترة الاحتفاظ بالبيضات و الحيامن و البيضات المخصبة عن عام إذا طلب الزوجان ذلك، على أن تتلف بعد ثلاث أشهر من انتهاء المدة.
- تستخدم هذه الخلايا فقط لغرض تحسين فرصة حدوث الحمل للزوجين، ولا تستخدم بأي حال من الأحوال في أي أغراض تجارية[15].

وفي حين هناك بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من أجازوا تجميد البويضات الملقحة و علة ذلك ترجع لكون التجميد يتيح للزوجة التي تخشى عقما مستقبلا نتيجة تدخل جراحي كاستئصال المبيض أو إتلاف الأجهزة التناسلية[16]، بأن تحتفظ بإمكانية أن تصبح أما في الوقت الذي تختاره، و بذلك يمكن الإبقاء على أمل الأمومة لديها قائما بدلا من فقدانه للأبد، ولكن بشروط و ضوابط أهمها على الإطلاق بالنسبة لديهم في أن يشرف على العملية جهة طبية موثوقة، بالإضافة إلى إصدار قانون واضح ومحكم ينظم هذه العملية.

أما في الجزائر فلقد أغفل المشرع تنظيم عملية تجميد الأجنة و مصيرها بالرغم من إباحة تقنية التلقيح الاصطناعي بموجب قانون الأسرة لسنة 2005،إلا أن وزارة الصحة تفادت هذه المخاطر و

[15] أحكام الإحصاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2019-2020، ص194.
[16] رقية أحمد داود، المرجع السابق، ص 262.

تعرضت لهذه المسألة بموجب التعليمة الوزارية[17] رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000، التي نظمت فيها عملية تجميد بعض اللقائح الزائدة عن الحاجة بعد موافقة الزوجين، لإعادة استعمالها من طرفهما في حالة فشل المحاولات الأولى لإحداث الحمل، و حددت مدة التجميد ب ثلاث سنوات.

الاتجاه الثاني: إجراء التجارب الطبية على البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة

لم يعرف الطب نقلة نوعية نتجت عنها تقنيات و أساليب جديدة لم تكن معروفة من قبل في مختلف الفروع الطبية إلا عن طريق التجارب الطبية، ومن ثم فإن التجارب الطبية على الإنسان تعتبر من التدخلات التي لا يمكن اجتنابها لتقدم العلوم الطبية والجراحية، فبفضل هذه التجارب استطاع العلماء الحد من الكثير من الأمراض المستعصية ، وهذا ما يجعلها حجر الزاوية لكل تقدم علمي[18].

ولقد نتج عن التجارب الطبية التي تدخل في نطاق الممارسات الطبية المستحدثة قلب للمفاهيم والمبادئ العامة، مما جعلها ميدانا خصبا للجدل، كونها تخرج عن الأطر التقليدية العادية للعمل الطبي، من حيث المبادئ والقواعد والمضمون والأهداف، وذلك باعتبارها من إنجازات و مفرزات التطور العلمي الحديث[19].

وفي هذا المقام توسعت دائرة التجارب الطبية العلمية بهدف إيجاد حلول بديلة للإنجاب بالطريقة الطبيعية بالنسبة للأشخاص الذين يعانون من حالات العقم المختلفة، وإذا كانت هذه التجارب التي تجرى على الأجنة قد تعد حلا ناجعا وأملا مشرقا لهم، من أجل معرفة أسباب بعض الحالات المرضية كالإجهاض المتكرر مثلا، أو أسباب توقف نمو الجنين في رحم أمه، وغيرها من الإشكالات الطبية، إلا أنها لا تخلوا وبالمقابل من ذلك من المخاطر المترتبة عن تجاوز هذه التجارب الطبية كل الحدود وتخطي كل القيود إلى الحد الذي أصبحت فيه الأجنة محلا لهذه التجارب الطبية والعلمية[20] ، بالرغم من أنها لا تحقق فائدة علاجية، ولا تهدف لعلاج مشاكل العقم، وإنما تهدف لعلاج أشخاص آخرين يتطلب شفائهم الاستعانة بالخلايا الجذعية المنتزعة من الأجنة، وتتمثل في التجارب على الخلايا الجذعية الجنينية[21]،

---

[17] التعليمة الوزارية رقم: 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 الصادرة عن وزارة الصحة، المتكونة من 25 صفحة، و المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية و العيادية التي تنظم عمليات الإخصاب الطبي المساعد.

[18] بوشي يوسف، المرجع السابق، ص536.

[19] العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص17.

[20] لقد تم استخدام الأنسجة الجنينية لدراسة فروع مختلفة من العلوم الطبية، حيث تم في مجال دراسة السرطان البحث عن مضادات الأورام الجنينية وفي مجال دراسة الفيروسات استخدمت أعضاء الأجنة مثل الكبد والكلى لعزل الفيروسات ولإنتاج اللقاحات الفيروسية المختلفة، وفي مجال الغدد الصماء استخدمت الأجنة لإنتاج الهرمونات، أمير فرج يوسف، الموت الإكلينيكي (زرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجدعية)، طبقا للحقيقة والواقع والقانون وأحكام الشرائع الدينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،2012، ص208.

[21] راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، مذكرة دكتوراه، فرع القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص94.

والتي و إن كانت مقبولة كونها تحقق فائدة علاجية مقارنة مع غيرها من التجارب غير العلاجية التي تهدف إلى تحقيق الشهرة و المال كالتجارب الطبية على الأجنة المتعلقة بالاستنساخ البشري.

وأمام هذا التطور الهائل في ميدان التجارب الطبية، فلقد اختلفت حولها التشريعات القانونية و الآراء الفقهية، نظرا للإشكالات التي تثيرها، و التي تصطدم الكثير منها مع قواعد الدين و الأخلاق و القانون ، ومن ثم تعد خروجا على القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في الحفاظ على مكونات و مواد جسمه[22].

وهو الأمر الذي دفع بكثير من العلماء لوضع موازنة بين تطورات العلوم المختلفة وتطبيقات التكنولوجيا الحديثة، وبين حتمية توفير الحد الكافي من الاحترام والتكريم للجسد البشري، وتلافي الأخطاء والآثار السلبية الناتجة عن محاولات العلم لتحقيق عمليات الإنجاب البديلة، ولن يتحقق ذلك إلا بصياغة القوانين لشروط وضوابط يحكم سير هذا النوع من التجارب على الأجنة.

وفي نفس الاتجاه و السياق فهناك جانب من الفقه من يرفض إجراء التجارب على البويضات الملقحة ودليل هذا الاتجاه أن هذه الأجنة يجب أن تأخذ طريقها الذي خلقت له، وهو العلوق في رحم أمها إن فشلت عملية الزرع الأولى، مادامت قابلة لأن تكون إنسانًا كاملًا، ولو احتمالًا، فهي قابلة للحياة، ومستعدة له[23].

و يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن أحسن حل لتفادي إجراء التجارب الطبية على البويضات الملقحة هو عدم تجاوز العدد المطلوب زرعه من البويضات من قبل الأطباء في المؤسسات و المراكز المعدة لهذا الغرض، و هي نفس النتيجة التي خلصت إليها الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالكويت التي عرضت التوصيتين الثالثة والرابعة المتخذتين في الندوة الثالثة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت في الفترة من 20 إلى 23 شعبان 1407هـ الموافق 18 ـ 1987/4/21م ،و التي كان نصها حول مصير البييضات الملقحة، بأن" الوضع الأمثل في موضوع (مصير البيضات الملقحة) هو أن لا يكون هناك فائض منها، وذلك بأن يستمر العلماء في أبحاثهم قصد الاحتفاظ بالبيضات غير ملقحة مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التلقيح السوي فيما بعد،وتوصي الندوة ألا يعرض العلماء للتلقيح إلا العدد الذي لا يسبب فائضا[24]، فإذا روعي ذلك لم نحتاج إلى البحث في مصير البيضات الملقحة الزائدة ."

[22] ناصر حسن ميرفت، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2013، ص32.
[23] بوكريريس خديجة، الإنجاب الصناعي بين الشريعة و القانون، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد الثامن، العدد الأول، جامعة محمد بن أحمد وهران 2 ، 2017، ص 246.
[24] جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص67.

أما قانون الصحة و ترقيتها رقم 18-11 فنص في المادة رقم 374 منه على أنه " يمنع التداول لغاية البحث العلمي التبرع و البيع، و كل شكل أخر من أشكال المعاملة المتعلقة بالحيامن و البويضات حتى بين الزوجات الضرات، و بالأجنة " البيضات المخصبة " الزائدة عن العدد المقرر أو لا...". كما نصت المادة 376 على أنه " تحدد شروط حفظ و إتلاف الأمشاج " الحيامن و البويضات " عن طريق التنظيم"[25].

و تأكيدا على خطورة جعل البويضات الملقحة محلا للتجارة و الكسب المالي فلقد أحاطها المشرع الجزائري بحماية جنائية، حيث قرر بموجب نص المادة 435 من قانون الصحة وترقيتها الجديد بأن" يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون المتعلق بالتبرع و البيع و كل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري بالحبس من عشر 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة، وبغرامة من 1،000،000 إلى 2،000،000 د ج ".

وهناك في جانب آخر من الفقه من أجاز إجراء التجارب الطبية على البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة لأمرين:

الأول: أن هذه البويضات غير صالحة لتحقيق المقصود من خلقها وهو الوصول إلى الوضع الذي تحل الروح فيه.

الثاني: أن مصير هذه البويضات فيما لو لم تجرى عليها التجارب الطبية سيكون الزوال لا محالة، ومن ثم يكون من باب أولى الاستفادة منها في إجراء التجارب عليها، و لكن مع ضرورة مراعاة ضوابط الانتفاع بها و التي من أهمها نذكر:

- أن يغلب على الظن في إجراء التجارب على البويضات الملقحة تحقيق مصالح معتبرة للناس، ولا يتحقق هذا بمجرد الشك، بل لا بد من قناعة أهل الاختصاص به، وذلك كالمجالات العلاجية[26]، والتي يقصد منها تحقيق رغبة الزوجين في الإنجاب، كالتجارب والأبحاث التي تساعد على تطوير عمليات الاحتفاظ بالبويضات الملقحة لغرسها فيما بعد، ونحو ذلك من المصالح الضرورية.

- أن يكون إجراء التجارب على البويضات الملقحة هو الطريقة الوحيدة لتحقيق المصالح المبتغاة، بحيث يستحيل البحث في بعض الأمراض كالإجهاض المتكرر للنساء الذي يكون مجهول السبب دون إجراء بحوث و تجارب على هذه اللقائح ، وبالتالي إباحتها لأغراض علاجية[27].

[25] سحارة السعيد، المرجع السابق، ص193.
[26] بوكريريس خديجة، المرجع السابق، ص247.
[27] بوكريريس خديجة ، المرجع السابق، ص247.

– مراعاة التدرج في استخدام البويضات الملقحة، و يقصد بذلك عدم استخدام البويضات الملقحة في مراحل عليا من تطورها، حيث إذا أمكن تحقيق المطلوب باستخدام أجنة في مراحل دنيا.

– أن يكون إجراء التجارب على البويضات الملقحة برضا الزوجين ، و ذلك لكون أن البويضات الملقحة خارجيًا تأخذ وصف الجنين، ومن ثم فإن الإذن في هذه الحالة شرط أيضًا حتى لا تتكون خشية في نفس الزوجين من استغلال لقيحتهما في رحم امرأة أخرى، وتسرب نسلهما إلى غيرهما.

– أن يكون إجراء التجارب على البويضات الملقحة في مراكز محددة، ومتخصصة، ومراقبة، وهذا الضابط يقتضيه الاحتياط لبعض المقاصد الشرعية، فإنه لما كانت هذه اللقائح أصلًا للآدمي، وكان إجراء التجارب عليها قد يتخذ ذريعة لأعمال تتنافى مع مقاصد الشرع دون أن تكون هناك مصالح معتبرة، كأن تستعمل هذه اللقائح في التجارة، مما يتنافى مع كرامة الآدمي بامتهان أصله ومادته، أو تستعمل اللقائح الزائدة في مشاريع أطفال الأنابيب استعمالًا يؤدي إلى اختلاط الأنساب[28].

و لقد كان ذلك رأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، وهو نفسه موقف مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشر بمكة المكرمة في سنة 2003 في موضوع الخلايا الجذعية، حيث أجازوا استعمال اللقائح الفائضة عن مشاريع أطفال الأنابيب إن وجدت في حال ما إذا تبرع بها الزوجين مع التأكيد على انه لا يجوز استخدامها في حمل غير مشروع .

كما أجازت لجنة العلوم الطبية الفقهية الإسلامية الأردنية إجراء التجارب الطبية العلمية على اللقائح الفائضة إذا وجدت ضمن ضمانات تكفل عدم اختلاط الأنساب، و عدم التلاعب بالأجنة، على أن تتم العملية تحت إشراف جهة مركزية و موثوقة مع ضرورة إصدار قانون يعاقب كل من سولت له نفسه التلاعب بالأجنة[29].

وإذا كان قد تم الاتفاق على جواز استخدام الأجنة المجمدة لأغراض علاجية، والتي سبق ذكرها إلا أنه لا يجوز استخدام هذه الأجنة بهدف المتاجرة وتحقيق الربح، كونها لا تصلح أن تكون محلا للتعامل أو العقود أو المعاملات التجارية،وذلك بهدف استغلالها من طرف مراكز البحوث في أبحاث غير علاجية قد تشكل خطرا على الإنسانية إذا ما تم استخدامها على وجه غير مشروع كالأبحاث المتعلقة بالتعديل

[28] سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 220.
[29] جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص71.

الوراثي للجينات، مما يستوجب تباعا لذلك ضرورة احترام الجانب الأخلاقي والقانوني عند القيام بمثل هذه الأبحاث حتى لا تخرج عن النطاق الحقيقي والمشروع المسطر لها[30].

الاتجاه الثالث:إهدار و إعدام البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة

يعتبر إهدار البويضات الملقحة من بين الحلول المقترحة لتحديد مصير البويضات الملقحة الزائدة عن العدد والحاجة، إلا أن هذا الحل لا يبدو سهلا لكون أن هذه العمليات تعتبر تعديا على البدايات الأولى لتكون الإنسان ، وفي هذا الشأن ظهرت أراء متباينة حول ضرورة حماية هذه الأمشاج المخصبة في الدول التي أصدرت تشريعات بهذا الشأن ، و يرجع هذا التباين إلى نظرة الفقهاء و رأيهم حول طبيعة البويضات الملقحة، و ما إذا كانت تعتبر من قبيل الأجنة البشرية المشمولة بحماية قانون العقوبات في نصوصه الخاصة بالإجهاض، أم أنها تعتبر من ضمن المنتجات و المشتقات البشرية المنفصلة عن جسم الإنسان، و التي يصعب إدراجها ضمن أي من نطاقات الحماية التي تتضمنها نصوص قانون العقوبات و القوانين المكملة له.

و في هذا المقام فهناك جانب من الفقه الإسلامي يقضي بجواز إهدار البويضات الزائدة عن الحاجة بحجة انه ليس لهذه البويضات حرمة الحياة، و قياسها جاء على أساس جواز إهدار الحيوانات المنوية، وهو نفسه موقف مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة الذي تبنى فكرة إهدار هذه البويضات الملقحة في توصياته التي جاء فيها" إباحة التخلص من الأجنة الفائضة الموجودة في مراكز أطفال الأنابيب بتركها بدون عناية لتموت سدا للذرائع و عدم التلاعب بالأجنة المجمدة مستقبلا[31] ".

في حين سلك جانب آخر من الفقه اتجاه معاكس لذلك، حيث حرموا إهدار البويضات الملقحة الزائدة عن العدد و الحاجة في عمليات التلقيح الاصطناعي، و ذلك بحجة أن البويضة المخصبة خارج الرحم يمكن اعتبارها جنينا، وتكون لها شخصية الجنين بما رتبه لها القانون من حقوق، وبالتالي لها حرمة لا يمكن الاعتداء عليها[32] ، فحياة الجنين تبدأ منذ تلقيح البويضة بالحيوان المنوي، وكل ما تحتاج له هذه البويضة هو الظروف الطبيعية للنمو، فتكون لها القدرة على النمو عند توافر الظروف، و بالتالي فهي تملك وصف الجنين و لو تم تخصيبها داخل الأنبوب المخبري، مما لا يمنع ذلك بتمتعها بالحماية، وبالتالي فإن عناصر الحماية فيها موجودة و متوفرة و كاملة، و أي اعتداء على سير هذه الحياة بشكل طبيعي

[30] مما يستوجب الأمر ألا تخرج التجارب الطبية على الأجنة عن الحدود الشرعية والقانونية والأخلاقية والإنسانية التي تحكم التجارب الطبية على الإنسان، بأن لا يكون الغرض منها استنساخ الأجنة الآدمية أو اتخاذها كقطع غيار أو لمجرد إشباع شهوة علمية، أو العبث أو التلاعب بأعضائها وأنسجتها وخلاياها، كالأبحاث المتعلقة بالتحكم في جنس الجنين بما يتعارض مع النصوص الشرعية ومقاصدها والمواثيق والقوانين الطبية الدولية، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص81.

[31] ندوة عقدت بمقر الجمعية الطبية في الكويت بتاريخ: 30 نوفمبر 1987، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، العدد 6، ص1721.

[32] بوكريريس خديجة، المرجع السابق، ص247.

يشكل جريمة إجهاض، لكون العلة في تجريم الإجهاض في الأصل هو حق الجنين في النمو الطبيعي، و ليس حماية لرحم المرأة[33].

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على إهدار البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة ، إلا أن التعليمة الوزاري رقم 300 السالفة الذكر أعطت الحق للمراكز التي تقوم و تشرف على عمليات التلقيح الاصطناعي بتحطيم هذه الأجنة الزائدة عن الحاجة بعد انقضاء مدة 3 سنوات من التجميد، و أكدت على التحطيم الإلزامي في حالة انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة أو الطلاق[34].

الخاتمة:

و في ختام هذه الورقة البحثية يمكن القول بأن التلقيح الاصطناعي من الموضوعات التي ازدادت أهميتها بشكل ملحوظ في الآونة الأخيرة بهدف التصدي لمشكلة عدم الإنجاب و علاج حالات العقم، وعدم الإخصاب عند الزوجين، و ازدادت الحاجة إليه نظرا لحاجة الإنسان إلى العمار باعتباره ضرورة فطرية منذ وجوده، إلا أن هذا لا يعني الجزم بإيجابية هذه التقنية من جميع الجوانب، و على مختلف الأصعدة، فإنها لا تخلو من بعض السلبيات، حيث أنها أثارت الكثير من القضايا التي كانت بدورها محل جدل و نقاش سواء بين فقهاء الشريعة أو القانون، وذلك نظرا لبعض الإشكالات الدينية و الأخلاقية و القانونية التي تطرحها هذه التقنية.

كما خلصنا كذلك في هذه الدراسة إلى بعض النتائج و الاقتراحات التي يمكن أن نوردها في النقاط التالية:

أولا: النتائج

- إن التلقيح الاصطناعي يعد وسيلة طبية مستحدثة يدخل في نطاق الإباحة الشرعية من باب التداوي المشروع بجميع الوسائل المتاحة قانونا و المقبولة شرعا لعلاج أمراض العقم وضعف الخصوبة و عدم القدرة على الإنجاب الطبيعي، و بالتالي فهو يجوز بشقيه الداخلي و الخارجي بين الزوجين بشرط إجرائه وفق الضوابط الشرعية و القانونية المرسومة له.
- إن عمليات التلقيح الاصطناعي تنطوي على جوانب سلبية تصل إلى درجة الخطورة تتجلى في استغلال أشخاص آخرين للزوجين، بحيث يصبحان هدفا سهلا لعمليات النصب و الاحتيال في غياب

[33] سحارة السعيد، المرجع السابق، ص241.
[34] جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص75.

المراقبة العامة للعملية، مما قد يصل الأمر إلى درجة الخروج عن الإطار التنظيمي للعملية بصفة عامة و عدم احترام الشروط بصفة خاصة.

– لقد اختلف الفقهاء في تحديد مصير و مآل البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الاصطناعي بين جواز و حظر تجميدها أو إجراء التجارب عليها أو إهدارها و إتلافها، إلا أن أغلبهم اتفقوا على ضرورة تقيد الأطباء في المراكز المشرفة على عمليات التلقيح الاصطناعي بالعدد المطلوب للزرع فقط، وذلك لتفادي هذا الإشكال من أساسه من جهة، و الحيلولة دون اختلاط الأنساب ، أو استخدام هذه اللقائح في عمليات التهجين، أو جعلها محلا للتجارة و تحقيق الربح من جهة أخرى.

ثانيا: الاقتراحات

– يستوجب تحديد بشكل أوضح مصير و مآل البويضات الملقحة الفائضة في عمليات التلقيح الاصطناعي بشكل يخلق نوع من التوازن بين تحقيق فوائد هذه التقنية بالنسبة للأزواج و هي تحقيق حلم الإنجاب ، وبين الحيلولة دون العبث بهذه اللقائح التي لها حرمتها، كونها تمثل أولى مراحل تكون الإنسان وتشكله .

– ضرورة وضع قانون خاص بالتلقيح الاصطناعي ينظم هذه العملية بشكل محكم أكثر ،و ذلك وفقا لما يتماشى مع تعاليم الشريعة الإسلامية، كما يحدد عقوبات صارمة لكل من يتجاوز الحدود الشرعية و القانونية المسطرة لهذه التقنية، سواء وقع التجاوز من الزوجين كاللجوء إلى فكرة الأم البديلة، أو من الأطباء و المراكز الطبية كاستغلال البويضات الملقحة الفائضة في عمليات التهجين أو المتاجرة بها لتحقيق مكاسب مالية.

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المصادر

- القانون 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر، ع 15، المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة.
- القانون رقم 18-11 الصادر بتاريخ 02 جويلية 2018، ج ر، ع 46، الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018، المتعلق بالصحة.

ثانيا: المراجع

1. الكتب

- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور،لسان العرب، المجلد 2، دار صابر للنشر، لبنان، دون سنة نشر.
- شوقي ضيف، معجم المصطلحات الطبية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الشعب، مصر، 1990.
- أمير فرج يوسف، الموت الإكلينيكي (زرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجدعية)، طبقا للحقيقة والواقع والقانون وأحكام الشرائع الدينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،2012.
- زوبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- علي محمد الدين فرودي، القضايا الطبية المعاصرة، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية للنشر، 2006.
- مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي، مجلة دراسات و أبحاث، العدد 24، سبتمبر 2016.
- ناصر حسن ميرفت، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2013.

2. المقالات العلمية

- بوكريريس خديجة، الإنجاب الصناعي بين الشريعة و القانون، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد الثامن، العدد الأول، جامعة محمد بن أحمد وهران 2 ، 2017.
- جلود صالح ، التلقيح الاصطناعي و تحميد البويضات و الحيوانات المنوية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 11، العدد 1، 2022.
- رقية أحمد داود، تجميد الأجنة البشرية الزائدة عن الحاجة وجهة نظر شرعية و تشريعية، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد 5، ديسمبر 2014.
- سعد عبد اللاوي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري ودوره في حل معضلة الإنجاب، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 10، العدد 01، 2019.
- عربية باخة، ضوابط التلقيح الاصطناعي ز أثر مخالفتها في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد 6، العدد 2 ، نوفمبر 2019.
- ندوة عقدت بمقر الجمعية الطبية في الكويت بتاريخ: 30 نوفمبر 1987، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، العدد 6.

3. المذكرات العلمية

- جيلالي بغدادي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2013-2014.
- راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، مذكرة دكتوراه، فرع القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.
- سحارة السعيد، أحكام الإحصاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2019-2020.

الضوابط القانونية والفقهية للتبرع بالأعضاء البشرية

Legal and Legal Controls for Donation of Human Organ

د.جرادة لخضر، جامعة أحمد درايعية أدرار

إسماعيل نبو، المدرسة الوطنية العليا لأشغال العمومية، الجزائر

ملخص:

إذا أوصى المتوفى بجثته لكليات الطب، وبجزء منها لإنقاذ مريض من الموت المحقق فإن هذه الوصية جائزة شرعا، وذلك لأن أخذ العضو من الميت بناء على وصيته ليس فيه إسقاط أو تنازل للحقوق الشرعية الثابتة على الجثة، لأن صاحب الحق قام بالتصرف فيه إبان حياته، وأن هذا لا يعد مثلة أو إهانة بالجثة.

فالمثلة ليست مجرد أخذ العضو من الميت بقصد تحصيل حق أو حماية حق، وإنما المثلة شرعا هي أخذ العضو من الجثة بغرض التشنيع والتشويه والعبث والتعدي على حرمة الميت، فإذا مات المتوفى، وهو الموصي بالعضو مصراً على وصيته، تمت الوصية ولزمت شرعا، إذ إنه ليس هناك نص خاص يمنع شرعا التداوي بأجزاء الميت. وقد ذهب الفقهاء القدماء في الفقه الإسلامي إلى أنه لا يجوز شرعاً التصرف في أجزاء الجثة، لكون جثة الانسان ليست مالا، فلا تجوز محلا للوصية التي يشترط في محلها أن يكون مالا أو حقا ماليا مملوكاً لشخص يمكن أن ينتقل إلى ورثته، إن جسم الانسان ليس تركة، فلا يدخل في دائرة الأموال أو المنافع أو الحقوق، فهو لا يعد مالا متقوماً من حيث الأصل، ومن ثم فإنه لا يجوز الايصاء به ولا ببعض أجزائه، وذلك لأنه لا يعد من الحقوق المالية، فلا يصح محلا للمعاملات المالية، ولا التصرف بأي جزء منه، لقوله تعالى: ﴿ ولقد كرمنا بني آدم﴾.

الكلمات المفتاحية:أعضاء البشرية،الميت، الاقتصاد،الموصي،الشرع.

Summary:

.If the deceasedbequeathedhis body to medicalcolleges, and part of it to save a patient from certain death, thenthiswillislegally permissible, becausetaking the organfrom the deadbased on hiswilldoes not involve a waiver of the legalrightsfixed on the body, because the right holderdisposed of itduringhis life, and that This is not an example or an insult to the corpse.

The exampleis not justtaking the organfrom the deadwith the intent to obtain a right or protect a right, but the exampleislegallytaking the organfrom the corpse for the purpose of defamation, distortion, tampering and encroachment on the sanctity of the dead. There is a specialtextthatforbidsmedicaltreatmentwith the parts of the dead. The ancientjurists in Islamic jurisprudence heldthatitis not permissible by law to dispose of the parts of the corpse, because the humancorpseis not money, soitis not permissible to be the subject of a will in whichitisstipulatedthatitbe money or a financial right owned by a personthatcanbetransferred to hisheirs, that the human body is not an inheritance It does not fallwithin the circle of funds, benefits or rights, as itis not considered to be money in terms of itsorigin, and thereforeitis not permissible to bequeathit or some of its parts, becauseitis not considered a financial right, and itis not validas a place for financial transactions, nor to dispose of any part of it. GodAlmightysays: "And We have honored the Children of Adam."

key words: Humanorgans, the dead, the economy, the testator, the law.

مقدمة:

قررت الشريعة الإسلامية الغراء مبدأ حرمة المساس بجثة المتوفي، ووجوب تكريمها وعدم اهانتها، والتعامل معها باحترام وأدب، على أساس احترام القيم الدينية والأخلاقية والمعنوية، وهذا قبل القوانين الوضعية الحديثة بعدة قرون، فإذا كان جسم الانسان له حرمة حال حياته، فإن له أيضا حرمة بعد مماته، لأن الادمي محترم حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي.

فالأصل شرعا، أن للميت حرمة كحرمته حيا، مما يقضي عدم المساس بحرمة جثته أو التمثيل بها، مراعاة للأحكام الشرعية التي تحرم هذا المساس ولمشاعر الاحياء من أقاربه وذويه، فلا يتعدى عليه بشق أو كسر أو غير ذلك، ويلزم من ينتهك حرمة الميت بضمان حق أسرته في حرمته.

وقال بعض الفقهاء بوجوب القصاص على من جرح ميتا أو كسر عظمه، أو قام باستئصال عضو من جثته دون مسوغ شرعي، وذلك لعدم تعلق أحكام القصاص بالحي فقط، في حين ذهب البعض الآخر إلى أن كسر عظم الميت لا يوجب القصاص، لأن القصاص إنما هو بين الاحياء بشروطه.

وقد ورد في هذا الشأن، الحديث النبوي الشريف: «إن كسر عظم الميت ككسره حياً». فهو يدل دلالة واضحة على تحريم كسر عظم الميت، وعلى حظر إتلافه أو إحراقه، وضرورة تكريمه وعدم اهانته.

الأمر الذي اقتضى شرعا حرمة نبش القبور، والتمثيل بالجثث، وهشم عظام الموتى إلا لضرورة شرعية أو لمصلحة راجحة، لما روي عن السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها: "سارق أمواتنا كسارق أحيائنا"..

المطلب الأول: الوصية بالأعضاء الادمية

الفرع الأول: حكم الوصية بالأعضاء الادمية

إن استئصال الأعضاء من جثة الميت بناء على وصية بهدف زرعها في جسد إنسان حي ممكن ولو مالا، فيجوز الوصية بالعضو البشري لشخص ما كان يكون قريبا أو صديقاً، كما أنه يجوز الإيصاء به لمراكز حفظ الأعضاء التي تقوم بتوزيعها على المرضى المحتاجين لها حسب الأولويات التي تحددها الأنظمة واللوائح.

وكذلك هي الحال بالنسبة إلى الشخص الموصي به، فلا بد من قبوله لعملية زراعية العضو من تلك الجثة، بعد أن يكون الطبيب قد تحقق من انسجام أنسجة الجثة مع أنسجته، فلا يجوز استئصال العضو البشري من جثة المتوفى مع العلم بان المتلقي يرفض إجراء العملية وزرع ذلك العضو في جسده أما إذا ما طالب الموصي له بالعضو بناءاً على وجود الوصية، وتحقق وفاة الموصي أو موافقة أقاربه فإنه يجوز للطبيب.

- ✓ الذي أبرم معه الموصي له عقد العلاج الطبي – القيام بعملية الاستئصال[1].
- ✓ إذ أنه ليس هناك نص خاص يمنع شرعاً التداوي بأجزاء الميت[2].

أولا: مفهوم الموت عند الأطباء

ما لا شك فيه أن الطبيب لا يهتم في المقام الأول بالوقف على مفهوم الموت بعكس اهتمامه الكبير بمحاولة إنقاذ المريض منه، ولكن ما حدث عام 1967م من تحول طبي أثار انتباه العالم أجمع،

[1]- هيثم حامد المصاروة: التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية: دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المناهج الأردن، 2000، ص 197.

[2]- علي الحفيف: مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة القانون والاقتصاد، 1344، العدد 1و2 ص 81 .82.

حيث استطاع الطبيب الشهير د/ كريستيان برنارد[3](Christian Bernard) في جنوب إفريقيا من إحداث صدماً هائلا بنقل القلب من شخص ميت إلى شخص آخر مريض.

وتوالت الأحداث وجراحات زراعة الأعضاء، وبدأ الانتباه إلى حالة هؤلاء المنقول منهم الأعضاء، هل هم حقيقة أم شبه موت؟ إن لحظة الوفاة لها أهمية كثير وخطيرة، لأنه يتعلق بحياة شخص يتم إعلان وفاته واستئصال أعضائه من أجل حياة مريض أخر[4].

أ. رفع أجهزة الإنعاش عن الميت دماغيا وحسب مجلس الفقه الإسلامي القول بجوازها فجاء في قراره رقم (5) ما يلي:

يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات وتترتب عليه جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة عند فقهاء ذلك إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين .

- ✓ إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما وحكم الأطباء بأن التوقف لا رجعة فيه.
- ✓ إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائياً والحكم للأطباء[5].

ب. تيسير الموت أو القتل الرحمة(L'euthanasie) :

فهو بلا شك قتل، ولا خلاف في حرمته لتوفر الأدلة من الكتاب والسنة على حرمة قتل النفس البشرية، حيث قال تعالى: «وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلا بِالْحَقِّ ذَٰلِكُمْوَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ»[6]، وقال عز وجل أيضا:«وَلَاتَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا »[7]، وفي هذا السياق أفتى مؤخراً المجلسالاوروبي[8]بتحريم[9] «قتل الرحمة» أو ما يعرف أيضاً تقتل الشفقة[10].

---

[3]- أجرى برنارد العملية التي أدخلته التاريخ في 3 ديسمبر 1967 في مستشفى غروت شو في مدينة الكاب بجنوب إفريقيا حيث استعان بقلب فتاة شابة في الـ 25 من عمرها توفت في حادث سير، وكان لايزال يخفق رغم إصابته، وزرعه في جسم مريض في ال53 من عمره هو لويس اوشكا نسكي الذي عاش 18 يوم بعد العملية.

[4]- هذا المجمع الفقهي التاسع لمنظمة المؤتمر الاسلامي فتوى بشأن اجهزة الانعاش رقم القرار 5 د86/07/03 دورة مؤتمر الثالث بعمان من 8 إلى13صفر 1408هـ إلى 16 أكتوبر 1986م.

[5]- محمد محمد سويلم: موت الدماغ، منشأ المعارف –مصر-2010 ص 23 – 24.

[6]- سورة الأنعام: من الاية 151.

[7]- سورة النساء: من الاية 29.

[8]- المجلس الاوروبي للإفتاء والبحوث هو: مؤسسة أوروبية مستقلة مقرها العاصمة الإيرلندية (دبلن) مختصة بمتابعة واقع الحالية المسلمة في الغرب.

[9]- مروك نصر الدين: نقل وزرع الاعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الاسلامية ج1، الكتاب الاول، دار هومة، -الجزائر-ص 345،346،347.

الفرع الثاني: الضوابط الشرعية والقانونية للوصية بالعضو الأدمي

1. أن يكون الموصي أهلا للتبرع، بأن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على أن يعطي رضاه جاراً وكاملا، فإن كان قاصراً أو غير كامل الأهلية أو محجوزاً عليه، فإنه يجب في هذه حالة علاوة على رضاء المعطي رضاء الممثل الشرعي.
2. أن يكون الغرض من الوصية هو استئصال جزء من أجزاء الجثة لضرورة علاجية لإنقاذ مريض من الموت المحقق وتخلصه من ألام المرض، أو لأغراض علمية[11].
3. أن لا تكون الغاية من الوصية الربح والتجارة والتداول، أو الحصول ميزة مقابل تنازل الميت عن أحد أعضائه بعد موته، كالوعد بمبلغ من النقود، أو مكافأة مجزية، كأنما المال هو الدافع للتنازل وليس الإنسانية والأخلاق[12].
4. أن يكون العضو الموصي به من طرف الميت متعارضا مع نص شرعي خاص أو لمقاصد الشرعية كالخصية، والمبيض[13].
5. أن يغلب على الظن نجاح عملية زرعها، بناء على قاعدة تحقيق أعلى المصلحتين، وارتكاب أخف الضررين[14].
6. أن لا تنفذ الوصية بالعضو الأدمي إلا بعد وفاة الميت (وهو الموصي) مصراً على وصيته (إذ انه يستطيع الرجوع في رضائه في وقت قبل وفاته) ما لم يمنع أولياؤه ذلك ينتقل الحق إليهم شرعاً بعد الوفاة، فلا بد من التأكيد من وفاة الموصي، الوفاة الشرعية بموت دماغه، بصفة مؤكدة ونهائية، ولا يسرى عليه أحكام الموت إلا بعد توقف قلبه والدورة الدموية[15].

---

[10]- أحمد شرف الدين: زراعة الاعضاء والقانون، مجلة الحقوق،1997، العدد 2 ص 173 وما يلها.

[11]- بلحاج العربي: معصومية الجثة في الفقه الاسلامي ديوان المطبوعات الجامعية ،2007، ص141.

[12]- محمد نعيم ياسين: حكم بيع الاعضاء الأدمية، مجلة الحقوق 1987، العدد 1 ص 245.

[13]- قرار مجمع الفقه الاسلامي رقم (53/8/6) مأخوذ من مرجع اسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) دار الجامعة الجديدة – مصر-ص 659.

[14]- هيئة كبار العلماء: بالمملكة العربية السعودية قرار رقم 62 مؤرخ في 1398/10/25هـ، دار الافتاء المصرية فتوى رقم 1087 في 1959/04/14.

[15]- مروك نصر الدين: نقل وزرع الاعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الاسلامية ج1، الكتاب الاول ،دار هومة، -الجزائر- ص 307.308.

الفرع الثالث: المشاكل المتعلقة بمشروعية الوصية بالأعضاء الادمية

إن هناك الكثير من الاعضاء يمكن استئصالها مباشرة وبسرعة بعد موت الدماغ وقبل موت خلايا المراد زراعته، فالقلب والكلى والقرنية مثلا، تظل خلاياها حية لفترات قصيرة، حيث يمكن استعمالها في عمليات زرع الاعضاء بنجاح إذ لا فائدة من نقل عضو فسد وتحلل[16].

ومعنى هذا القول بمشروعية الوصية بالأعضاء الادمية، و اخذها من الميت لا قيمة له من الناحية الواقعية او العملية، اذا اشترط الموصي توقف القلب (الدورة الدموية) للحكم بالوفاة، لأن هذا يعني القول بمشروعية الوصية بما لا نفع فيه في العملي، اللهم إلا بالنسبة لبعض الاعضاء التي تأتي في المرتبة الدنيا، و لا يمكن نقل القلب و الكبد الا من متوفيين دماغيا رغم الانعاش الصناعي لأن ذلك يفسد الاعضاء ولا يمكن الاستفادة منها في نقلها إلى الحي.

أما الاعضاء الاخرى يمكن ان تبقى سليمة وحية بعد توقف القلب لمدة تتراوح من 12 إلى 24 ساعة[17]، والتطرق إلى فتوى مجمع الفقه الاسلامي في قراره المشهور رقم (5)1986/07/03 في دورته المنعقدة بعمان (الأردن)[18].

المطلب الثاني: موقف الشريعة الاسلامية.

إن الله سبحانه وتعالى كرم الانسان وفضله على كثير من خلقه، ونهى عن ابتذال ذاته ونفسه والتعدي على حرماته حيا او ميتا.

الفرع الأول: أدلة المجيزين

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى مشروعية استقطاع الاعضاء البشرية ونقلها من ميت إلى حي، ومن ذهب إلى هذا الشافعية في الأصح، وبعض المالكية، وبعض الحنابلة، والامامية، وذلك تخريجا على قولهم بجواز أكل المضطر من أدمي ميت إذا لم يجد غيره، كما صدرت به العديد من الفتاوى المعاصرة

[16]- ومن المعلوم ايضا انه تم زرع يد على رجل في فرنسا عام 2000، واخيرا تم زرع يدان على امرأة بمستشفى بفلنسيا (اسبانيا) يوم 2004/11/30، انظر جريدة الخبر اليومية يوم 2006/07/24 ص 13.

[17]- بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 145 / مروك نصر الدين، نقل وزرع الاعضاء البشرية الجزء الاول الكتاب الثاني، ص 207 .308, 309.

[18]- فتوى الازهر الشريف: منشور في المجلة الجنائية القومية، المجلد 21 ص 153، عام 1978، وايضا الفتاوي الصادرة من وزارة الاوقاف.

من هيئات متعددة[19] كما افتى به الكثير من العلماء المعاصرين، وقد اشترط اصحاب هذا الرأي بعض الشروط أو الضوابط التي تم ذكرها سابقا[20]، وقد سئل الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي عن حكم الوصية بالعضو الادمي؟

فقال: «لا يوجد مانع شرعي ان يوصي الميت قبل وفاته بعضو من أعضائه لشخص معين»[21]، أما بالجزائر فتوى الشيخ ابي عبد السلام الجزائري، المؤرخة في 21 مارس 2002 بشأن نقل وزراعة وبيع اعضاء جسم الانسان حياً، كما اصدرت لجنة الافتاء التابعة للمجلس الاسلامي الاعلى في الجزائر بتاريخ 6 ربيع الاول سنة 1392 موافق لـ 20 ابريل 1972: بعد ان استمعت لجنة الفتوى لبيان الاطباء وبعد مناقشة بين العلماء اصدرت البيان برئاسة الشيخ احمد حماني والمتمثلة في حكم نقل الدم، وزرع الاعضاء[22].

الفرع الثاني: أدلة المانعين

ذهب اصحاب هذا الرأي، إلى عدم جواز استقطاع الاعضاء الادمية، ونقلها من ميت إلى حي ولو كان مضطرا إليه، وممن ذهب في ذلك الحنفية، والمالكية.

والشافعية في وجه، وأكثر الحنابلة، والظاهرية والزيدية، تخريجا على، قولهم بعد جواز الاكل من أدمى ميت، كما افتى بهذا الراي بعض العلماء المعاصرين[23]: فتوى فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي: رحمه الله، بمجلة اللواء الاسلامي، العدد (226) بانه (.....اذا تحققت الوفاة فلا اعضاء تصلح، وإذا تحققت الوفاة فيكون قتلا متعمدا او اعتداء على حياة انسان حي....).

سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف بين الفقهاء في مدى مشروعية استقطاع الأعضاء من جسم أدمي ميت ونقلها إلى حي يرجع إلى مدى اعتبار هذا النقل مساسا بحرمة الميت ام لا؟ لما روي عن النبي صلى الله عليه

[19]- مجلس مجمع الفقه الاسلامي ايضا في دورة مؤتمر 4 بجدة 1988/1408-وافتى فضيلة الشيخ حسن مأمون، مفتي جمهورية مصر الاسبق. -كما افتى فضيلة الدكتور: نصر فريد واصل – مفتي جمهورية مصر الاسبق-كما افتى فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا (منشور على مكتبة الانترنت).

[20]- اسامة عبد الحليم الشيخ: المرجع السابق، ص 654 .655الى غاية 657.

[21]- يوسف القرضاوي: فتاوى معاصرة ج2، دار الوفاء –مصر-1993، ص 535 منشور في جريدة الخبر اليومية، يوم2003/03/21، ص21.

[22]- مروك نصر الدين: نقل وزرع الاعضاء البشرية ج1، الكتاب الثالث، دار هومة، -الجزائر-ص 169 .173.-هذا الفتوى منشورة ،بمجلة العصر ،العدد 1 يوم الاثنين 90/9/4، ص4.

[23]- كما افتى فضيلة الشيخ عبد الرحمان العدوي: مجلة مثر الاسلام عدد 2 في السنة 54 صفر 1413هـ، ص33.

وسلم انه قال: (كسر عظم الميت، ككسره حيا)[24] فكل من الرائيين كانا معيارهما إلى المشروعية، وعدم المشروعية أساسية اعتبارهما النقل مساسا لحرمة الميت او عدمه[25].

الفرع الثالث: محاولة الترجيح والتحفظ عن المسالة

إن القرار الاجتهاد هو نموذج حي لتطوير الفقه الاسلامي دائما إلى الامام، وذلك عن طريق الاجتهاد بالراي عند سكوت النص الشرعي لاستنباط الاحكام الشرعية من أدلة الشرع ومقاصده وقواعده الكلية، أو عن طريق إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص للاشتراك في علة الحكم[26]، كما أن دفع الضرر مقصود، تطبيقا للقاعدة الكلية (لا ضرر ولا ضرار) فيجب دفع الضرر عن المريض لنقل العضو اليه، ولا حق لهذا التعارض مع قاعدة (الضرر لا يزال بالضرر)، لأن الفقهاء فسروها بأن الضرر لا يزال بمثله أو بضرر أقل منه، وضرر المريض أعظم من ضرر الميت، وما اشترطه اصحاب الرأي الاول فقط وللأدمي كرامته والحياة حرمتها، وهذا على عكس النقل من الموصي الحي، بوجود الضرر في هذا الحال للشخص المنقول منه، وقد يكون هذا الضرر أعظم من ضرر المنقول اليه، وكان القول المختار في هذا الحال هو عدم مشروعيته[27].

المطلب الثالث: التوجهات التشريعية الحديثة في المسالة

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

لقد تعرض المشرع الجزائري لعمليات نقل الاعضاء من حيث الموتى[28] في المادتين 164 و 165[29] ولذلك الشروط الواجب توافرها، أما في المادة 167 فقد اشترط ان تجري هذه العمليات داخل المستشفيات المرخص لها قانونا من قبل وزير الصحة، وما تجدر الملاحظة إليه هو أن القانون قد تعرض لتعديلات استحدث بموجبها المشرع مادة جديدة في المادة 168 حيث انشا بها مجلسا وطنيا لأخلاقيات مهنة الطب ودور هذا المجلس تقديم الآراء في مواضيع عمليات زرع الاعضاء، كما يجدر الذكر أنه قبل

---

[24]- رواه ابن ماجة في سنده عن السيدة عائشة رضي الله عنها، وصححه الالباني في ارواء العليل.

[25]- اسامة عبد الحليم الشيخ: المرجع السابق، ص 657 .658.

[26]- بلحاج العربي : المرجع السابق، ص 147 .148 .

[27]- اسامة عبد الحليم الشيخ: المرجع السابق، ص 657 .658.

[28]- صدر قانون الصحة وترقيتها تحت رقم 05/85 ، مؤرخ في 26جمادي الاول عام 1405 الموافق لـ 16 /4/ 1985 ج ر ج ج عدد 8، وعدل وتمم بالقانون رقم 15/88 مؤرخ 88/5/3 ،وبالقانون 17/90 المؤرخ في 9 محرم عام1411 الموافق 31 /1990/7 نشر ج ر عدد 35.

[29]- انظر المواد من 164الى 168 ق، ص.90/17.

صدور هذا القانون كانت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى قد اصدرت فتوى بتاريخ 29 أبريل 1972 تجيز عمليات نقل الدم ونقل الأعضاء البشرية سواء من الاحياء او من جثث الموتى وكان منطقيا ان تسبق مثل هذه الفتوى القانون حيث أن الجزائر بلد اسلامي وان الاطباء يتربصون على معرفة الشرع في مثل هذه الامور الخطيرة[30].

والتي تمس القيمة الدينية[31] إلا أن المشرع الجزائري قد استحدث فقرة جديدة بتعديل ما يلي انه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة الأسرة إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه، وكان التأخير الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع[32].

الفرع الثاني: موقف بعض تشريعات المقارنة

أولا: موقف بعض التشريعات الدول الاسلامية

عالجت الكثير من الدول عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية.

- حيثاجاز المشرع المصري صراحة الوصية بالعين ولا يكون الإيصار لشخص معين بالذات وانماأوجبةالى بنوك العيون لاستخدام العين لأغراض طبية.
- وفي الكويت فإن الوصية من المصادر المهمة للحصول على الكلية لغرض نقلها من الجثة وزرعها في جسد المتلقي شرط حصول الاقرار الكتابي (الشكلية القانونية الكتابية) طبقا للمادة (2) من قانون رقم (7) لسنة 1983[33].
- وطبقا للقوانين العراقية، لم يعثر على نص صريح يجيز الوصية من الشخص بجثته كلها للأغراض العلمية أو الطبية، هناك الوصية بالعين لـ (مصرف العيون) جائزة حسب المادة 2 /1 لقانون رقم 113 سنة 1970م.
- أما في المملكة الأردنية الهاشمية فقد صدر قانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية 1956 م، أما الانتفاع بأعضاء جسم الانسان سنة 1977.

---

[30]- مروك نصر الدين:ج1، ك1: المرجع السابق ، ص 124 – 125.

[31]- نص هذه الفقرة على انه، اذا لم يعبر المتوفي اثناء حياته لا يجوز الإشراعالا بعد موافقة احد اعضاء الاسرة (م164 ق ص).

[32]- مروك نصر الدين،ج1، ك1: المرجع السابق، ص 441- 442.

[33]- منذر الفضل: المرجع السابق، ص 129 – 130.

- كما حدد المشرع السوري الاسس العامة لعمليات نقل الاعضاء من جثة المتوفي الى جسد الانسان الحي من خلال قانون 1986[34].
- وقد أصدر المشرع التونسي والمغربي هذا القانون الحديث نسبيا في العالم العربي فالتونسي تم صدور القانون سنة 1991 أما المغربي صدر ضهير الشريف/ 1.99.208 سنة 1999 بتنفيذ القانون 16/98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء[35].

ثانيا: موقف بعض التشريعات الدول الغير إسلامية:

وقد تعرضت بعض التشريعات صراحة إلى مسألة نقل الاعضاء من جثت الموتى إلى الاحياء، وكانت الاسبق تاريخياً للظهور عن تلك التشريعات التي تعنى بتنظيم هذه العمليات، ونذكر من هذه التشريعات على سبيل المثال القانون الاسباني الصادر في سنة 1950م والذي يحث في استعمال الجثة لعمليات البحث العلمي، والقانون الايطالي الصادر لعام 1957 م، والقانون السويدي 1958 م، والقانون الدنماركي والبرازيلي[36].

- ويعود سبب اختيار هذه القوانين بالذات للأسباب التالية: فبالنسبة للقانون الفرنسي فذلك لأن هذا القانون مرت فيه عمليات نقل وزرع الاعضاء بمرحلتين من مرحلة الحظر إلى مرحلة الإباحة، كما أنه يعتبر مصدراً تاريخيا للقانون الجزائري وأصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 78/1171[37].

لم يتناول القانون الجزائري هذا النوع من الوصايا، وتعد شكلاً خاصا من الوصايا – بالنظر لموضوعها-إذ لا تطبق عليها احكام الوصية المقررة شرعاً وقانوناً.

وقد أشارت إلى معنى هذا النوع من الوصايا المواد من 161 إلى 167 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها لا سيما المادة 164منه.

[34]- سميرة عايد الديات: عملية نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافية للنشر والتوزيع –الاردن-1999، ص 254. 256.
[35]- مروك نصر الدين: ج1، ك 1: المرجع السابق، ص 113.108
[36]- سميرة عايد الديات: المرجع السابق، ص 247.
[37]- مروك نصر الدين: نفس المرجع، ص 76 – 78.

فتاوى العلماء وبعض المشايخ حول التبرع وزراعة الأعضاء.

❖ **فتوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق رقم 1323**: الصادرة في 5 ديسمبر 1979 بشأن زراعة الأعضاء.

إذا كان المنقول منه ميتا، فإذا كان قد أوصى، أو أذن قبل وفاته بهذا النقل فلا مانع من ذلك، حيث لا يوجد دليل يعتمد عليه في التحريم، وكرامة أجزاء الميت لا تمنع من انتفاع الحي بها، تقديما للأهم على المهم، والضرورات تبيح المحظورات كما هو مقررا، وإن لم يوص أو لم يأذن قبل موته، فإذا أذن أولياؤه جاز، ولا شك أن لا ضرورة في إنقاذ الحي تبيح المحظورات.

❖ **فتوى مجمع الفقه الإسلامي:** في مؤتمره الرابع المنعقد بمدينة جدة (بالسعودية) في الفترة الممتدة من 6 إلى 11 فبراير 1988م، بشأن نقل الأعضاء من الميت.

يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي المسلمين كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له، تجوز الاستفادة من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرينة العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.

❖ **فتوى المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر**: بتاريخ 1972/04/20 (ربيع الأول 1392 هـ) بشأن استعمال أعضاء الميت.

استعمال أعضاء من مات لا تخلو من أحوال ثلاثة:

1. أن يتبرع المنقول منه بعضوه حال حياته، بحيث يوصي أن يؤخذ عضوه منه بعد الوفاة، ويأذن في تشريح جثته ليزرع عضو في جسم شخص معين أو لفائدة المجموع.

في هذه الحال لا مانع من إمضاء وصيته وتنفيذ تبرعه، ولا يعتبر تشريح جثته مثله به حصلت بعد عجزه عن الدفاع عن نفسه، لأنه كان يعلم ذلك ورضيه، وأثر أخاه المسلم بقلب قد استغنى عنه بموته ليستمر أخوه في استعماله مدة أخرى ويستريح من قلب منهوك يعرضه للخطر ولآلام كل حين، ومثله من تبرع بعينة السليمة التي استغنى عنها بموته، يتبرع بها لفائدة أخيه الذي أصابه العمى، أو أوشك، وفقد النور ليسترجع بها نعمة الأبصار، وقد ساهم في خدمة العلم أو التلاوة أو عبادة الله.

2. أن يتبرع بعضو الميت وليه الشرعي كأبيه أو أخيه فيأذن في تشريح جثته وأخذ العضو منها، من أن الميت لم يأذن في تشريح جثته ولا أخذ عضوه أو لم يعرف موقفه في ذلك.

والظاهر أن للولي أن يفعل ذلك في حال المصلحة الراجحة، كإنقاذ مسلم من هلاك يتهدد في قلبه أو بإرجاع بصره، ليستعمله في طاعة الله أو في العمل المثمر المفيد يبين الانسان، ولا شك أن ارجاع البصر لعالم يتمكن به من مواصلة نشر عمله أو لطبيب يتمكن به من إنقاذ الآلاف من الناس من أوجاعهم وآلامهم أفضل من ترك عين (ميت) لم يعد يستطيع استعمالها وتغنى بغنائه.

ويمكن الاستئناس في هذا الموضوع بما عمله أحد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقره عليه من كان معه من الصحابة رضوان الله عنهم أجمعين، ففي فتوحات الشام كان عمرو بن العاص رضي الله عنه يقود المجاهدين فسقط أخوه هشام ابن العاص شهيدا، وكان سقوطه في مكان ضيق يمر به الجيش فسده عن أن يمر به المجاهدين لمطاردة العدو فأبى المسلمون أن يمروا به فيدوسوه فأمرهم أخوه عمروا بن العاص أن يفتحوا المكان ويدوسوا خيلهم جثة الشهيد، وهو وليه وقائد الجيش وأمره مطاع، ففعلوا وتمزقت جثة الشهيد وانتصر المسلمون، وبانتهاء المعركة جمع جثة أخيه، ودفنه، فهذا عمل صحابي أقره عليه من معه من الصحابة، ومنه نستفيد أن المصلحة الراجحة تستدعي الاذن فيها لا يجوز في الوسع والرخاء.

3. إذا لم يكن إذن من الميت في حال حياته، ولا إذن من وليه، بل أن وليه أياه ورفضه.

فالظاهر المنع فإن لم يكن للميت ولي، فإن السلطان ولي من لا ولي له، ويمكن له، أن يأذن في تشريح الجثث وأخذ الأعضاء منها والانتفاع بها إذا اقتضت المصلحة الراجحة هذا الاذن العام، إن لم يوجد فإنه ينبغي للعلماء أن يبحثوه ويولوه اهتماما.

وفي الأخير إذا تم في حالة نقل الدم أو حالة نقل عضو من حي، لا بد من التأكد أن ذلك تم برضى تام من المنقول منه، وأن هذا النقل لا يلحق به أي ضرر ما، أو يتسبب في هلاكه، فإن خيف الضرر أو الهلاك، فلا يجوز ولو رضي به المنقول منه لأنه حينذاك انتحار، وأما في حالة نقله من ميت فلا يجوز حتى يتحقق الأطباء المختصون من الوفاة ويتقينوا أن الهالك لم يبق فيه أثر الحياة في جسمه، وأن وقع مجرد الشك الضئيل في بقاء شيء من الحياة، فلا يجوز الاقدام على تشريح جثته إذا ما دامت الحياة فيه، فليس لأحد أن يبادر بإنهائها باجتهاد منه، ولو يتقن حسب القواعد الطبية، أنه لم يبق أمل في استمرار حياته لأن الاقدام على البدء في تشريح جثة بها رمق أو شك نوع من القتل المعتمد عند الله والله أعلم.

❖ **قرار هيئة كبار العلماء في السعودية:** بشأن زرع الأعضاء رقم 99 بتاريخ 6 نوفمبر 1402 هـ (1982م).

قرار المجلس بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان حي مسلم أو ذمي إلى نفسه، إذا دعت الحاجة إليه، وأمن الخطر في نزعه: وغلب على الظن نجاح زرعه، كما قرر بالأكثرية ما يلي:

- جواز نقل عضو أو جزئه من انسان ميت إلى مسلم، إذا اضطر إلى ذلك، وأمنت الفتنة في نزعه ممن أخذ منه، وغلب على الظن نجاح زرعه فيمن سيزرع فيه.
- جواز تبرع الانسان الحي بنقل عضو منه، أو جزئه إلى مسلم مضطر إلى ذلك، وبالله التوفيق وصلى الله على محمد وعلى آله وسلم.

❖ **قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (1) بتاريخ 1988/08/4:** إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره بجدة في المملكة العربية السعودية من 18 – 23 جمادى الآخرة 1408 هـ، الموافق لـ 6 – 11 فبراير 1988م.

بعد اطلاعه على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع "انتفاع الانسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا".

وفي ضوء المناقشات التي وجهت الأنظار إلى أن هذا الموضوع أمر واقع فرضه التقدم العلمي والطبي، وظهرت نتائجه الإيجابية المفيدة والمشوبة في كثير من الأحيان بالأضرار النفسية والاجتماعية الناجمة عن ممارسته دون الضوابط والقيود الشرعية، التي تصان بها كرامة الانسان، مع إعمال مقاصد الشريعة الإسلامية الكفيلة بتحقيق كل مل هو خير ومصلحة غالبة للفرد والجماعة، والداعية إلى التعاون والتراجم الايثار.

وبعد حصر هذا الموضوع في النقاط التي يتحرر فيها محل البحث وتنضبط تقسيماته وصوره وحالاته التي يختلف الحكم تبعا لها، من حيث الشريعة الإسلامية:

1. يجوز نقل العضو من مكان من جسم الانسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود، أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو الإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أدى نفسيا أو عضويا.
2. يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم انسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيا، كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الاهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

3. تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.
4. يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.
5. يحرم نقل عضو من انسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته، وإن لم تتوقف سلامة عليها كنقل قرنية العينين كلتيهما، أما إن كان النقل يعطل جزءا من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر، كما يأتي في الفقرة الثامنة.
6. يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له.
7. وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بأن لا يتم ذلك بوساطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع أعضاء لإنسان للبيع بحال ما.

أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريما، فمحل اجتهاد ونظر.

8. كل ما عدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل الموضوع، فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث في دورة قادمة، على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية.

❖ **فتوى الشيخ أبو عبد السلام الجزائري**: المؤرخة في 21 مارس2007م، بشأن نقل وزراعة وبيع أعضاء جسم الانسان حياً أو ميتاً.

أما نقل وزراعة عضو من جسم انسان حي في جسم إنسان أخر مضطر إليه لإنقاذ حياته: فهو عمل جائز لما فيه من المصلحة الكبيرة، إذا توافرت الشروط التالية:

✓ أن لا يضر نقل العضو من المتبرع به ضررا يهدد حياته ويخل بها، لأن التبرع حال إذ يكون من قبيل الالقاء بالنفس إلى التهلكة والله عز وجل يقول: "ولا تقتلوا أنفسكم" ويقول أيضا: "ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة".

✓ والقاعدة الشرعية تنص على أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه.

✓ أن يكون نقل العضو من المتبرع به عن طواعية دون إكراه.

✓ أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر.

✓ أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققا غالبا.

- ✓ وعلى هذا الأساس يجوز أخذ عضو من إنسان ميت لإنقاذ إنسان حي مضطر إليه، ويضاف إلى الشروط السابقة شرط إذن الميت بذلك قبل موته أو إذن ورثته.

أما بيع الأعضاء والمتاجرة بها محرم لما فيه من العبث والاهانة للنفس البشرية

الخاتمة:

إن الشريعة الإسلامية تعد أول تشريع في العالم ينظم أحكام الجثة والحقوق المتعلقة بها، وهذا منذ خمسة عشر قرناً وبدون منازع، فأحاطتها بالحماية الشرعية، وبسياج من الضوابط يضمن لها البقاء والحفظ الحرمة والكرامة وعدم الاعتداء وتحريم اهانتها شرعا، فقد روي عن السيدة عائشة (رضي الله عنها): قالت: قال الرسول الله صلى الله عليه وسلم: «كسر عظم الميت ككسره حيا»، فإنه لا فرق في الحرمة بين الجملة والأجزاء، بدليل أن الحديث النبوي الشريف جاء عاما، وورد في رواية ابن ماجة من حديث أم سلمة زيادة في الإثم.

إن حرمة الميت شرعاً لا تقل عن حرمة الحي، ولا خلاف في ذلك بين جثة المسلم وغيره، والحرمة هنا للجثة بجميع أجزائها، فالأجزاء المنفصلة عن الجثة يجب دفنها معها أو بمفردها، حرصا على كرامة الانسان.

ورغم هذا المبدأ، أجاز فقهاء الإسلام الاستخدام العلمي والعلاجي (الطبي) للجثث الادمية، في إطار القضايا الطبية والجراحية المستحدثة، ووفقا للضوابط الشرعية والقانونية، على أساس المصلحة الراجحة، وإعمالا لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الاخف.

وقد أشار الملتقى الدولي لزرع الأعضاء، المنعقد بمستشفى تيزي وزو في شهر ديسمبر 2006، إلى ضرورة تشجيع التبرع بأعضاء الموتى لإنقاذ حياة المرضى، لسد النقص الحاد المسجل في الأعضاء البشرية مقارنة بعدد المحتاجين، وأن نجاح الأمر متوقف على الحملات التحسيسية التي يجب مباشرتها باشتراك كل الأطراف، وذلك بغية الوصول إلى اقتناع المجتمع وعائلات المتوفين بتقبل التبرع بأعضاء الجثة لزرعها من جديد في أجسام المرضى الاحياء المحتاجين إليها.

ومن المعلوم شرعاً، أنه يجوز نقل الأعضاء أو الانسجة من جثة الميت إلى جسم المريض الحي، لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت، إذا كان هذا النقل يؤدي إلى منفعة الانسان المنقول إليه هذا العضو، ولكن هذا الجواز مقيد بشروط شرعية وقانونية.

قائمة المراجع:

1. هيثم حامد المصاروة: التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية: دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المناهج الأردن، 2000.
2. علي الحفيف: مدى تعلق الحقوق بالتركة، مجلة القانون والاقتصاد، 1344، العدد 1و2.
3. المجمع الفقهي التاسع لمنظمة المؤتمر الاسلامي فتوى بشأن اجهزة الانعاش رقم القرار 5 د86/07/03 دورة مؤتمر الثالث بعمان من 8 إلى13صفر 1408هـ إلى 16 أكتوبر 1986م.
4. محمد محمد سويلم، موت الدماغ، منشأ المعارف، مصر، 2010.
5. مروك نصر الدين: نقل وزرع الاعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الاسلامية ج1، الكتاب الاول، دار هومة، الجزائر.
6. أحمد شرف الدين: زراعة الاعضاء والقانون، مجلة الحقوق،1997، العدد 2.
7. بلحاج العربي: معصومية الجثة في الفقه الاسلامي ديوان المطبوعات الجامعية ،2007.
8. محمد نعيم ياسين: حكم بيع الاعضاء الأدمية، مجلة الحقوق 1987، العدد 1.
9. مجمع الفقه الاسلامي رقم (53/8/6) مأخوذ من مرجع اسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) دار الجامعة الجديدة، مصر.
10. هيئة كبار العلماء: بالمملكة العربية السعودية قرار رقم 62 مؤرخ في 1398/10/25هـ، دار الافتاء المصرية فتوى رقم 1087 في 1959/04/14.
11. جريدة الخبر اليومية يوم 2006/07/24، تم زرع يد على رجل في فرنسا عام 2000، واخيرا تم زرع يدان على امرأة بمستشفى بفلنسيا (اسبانيا) يوم 2004/11/30.
12. فتوى الازهر الشريف، منشور في المجلة الجنائية القومية، المجلد 21 ص 153، عام 1978، وايضا الفتاوي الصادرة من وزارة الاوقاف.
13. مجلس مجمع الفقه الاسلامي ايضا في دورة مؤتمر 4 بجدة 1988/1408.
14. يوسف القرضاوي: فتاوى معاصرة ج2، دار الوفاء –مصر-1993، ص 535 منشور في جريدة الخبر اليومية، يوم2003/03/21.
15. فتوى منشورة،بمجلة العصر، العدد 1 يوم الاثنين 1990/9/4.
16. فتوى الشيخ عبد الرحمان العدوي: مجلة مثر الاسلام عدد 2 في السنة 54 صفر 1413هـ

17. صدر قانون الصحة وترقيتها تحت رقم 05/85 ، مؤرخ في 26جمادي الاول عام 1405 الموافق لـ 16 /4/ 1985 ج ر ج ج عدد 8، وعدل وتمم بالقانون رقم 15/88 مؤرخ 88/5/3 ،وبالقانون 17/90 المؤرخ في 9 محرم عام1411 الموافق 31 /1990/7 نشر ج ر عدد 35.

18. سميرة عايد الديات، عملية نقل وزرع الاعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافية للنشر والتوزيع الاردن، 1999.

الحق في خصوصية جسم الإنسان في مجال التبرع بالأعضاء

نسرين مريوة
كلية الحقوق عمار ثلجي - الأغواط
ذيب محمد
كلية الحقوق عمار ثلجي - الأغواط

ملخص:

يتمتع جسم الانسان بشقيه المادي و المعنوي بخصوصية ساهمت كل من الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية لحمايته من أي اعتداء يمس سلامته الجسدية الأن تطور الطب و التقنيات الحديثة أثارت عدة إشكالات فيما يتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية فهناك من حرمها و هناك من أجازها و لكل حججه و هناك من يرى بصيص الأمل في هذه العملية سعيا لإنقاذ روح بشرية و ذلك لقوله تعالى " من أحياها كمن أحيا الناس جميعا " و البعض الأخر ينكر مثل هذه العمليات لكون جسد الانسان ليس ملكه اذا لا يجوز له التصرف فيه فهو مللك لله تعالى بالإضافة الما صاحب هذا النوع من العمليات للمتاجرة بالأعضاء و جاء القانون الجزائري بعدة تعديلات سعيا منه للحفاظ على سلامة جسم الانسان فقد تعرض لعمليات نقل وزرع الأعضاء طبقا للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها بحيث وضع شروط قانونية للقيام بهذه العمليات كما جاء بتعديل بالقانون 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 المعدل و المتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 غشت سنة 2020 و هذا ما سنتاوله في هذه الورقة البحثية .

الكلمات المفتاحية : التبرع بالأعضاء , خصوصية جسم الانسان, قانون رقم 18-11, الأمر رقم 20-02,ضوابط و شروط

Summary:

The human body, both material and moral, enjoys a privacy. Both Islamic law and man-made legislation have contributed to protecting it from any assault that affects its physical integrity. Now, the development of medicine and modern technologies have raised several problems with regard to the transfer and transplantation of human organs. And there are those who see a glimmer of hope in this process in an effort to save a human soul, because God Almighty says, "He who saves it is like he who saved all people." Others deny such operations because the human body is not his property. The owner of this type of operation for the trading of organs, and the Algerian law came with several amendments in an effort to preserve the integrity of the human body, as it was subjected to organ transfers and transplants in accordance with Law 05/85 related to the protection and promotion of health, so that it set legal conditions for carrying out these operations as amended by Law 18- 11 of July 2, 2018, amended and supplemented by Order No. 20-02 of August 30, 2020, and this is what we will discuss in this research paper.

Keywords: organ donation, privacy of the human body, Law No. 11-18, Order No. 20-02, rules and conditions

مقدمة :

أثار موضوع خصوصية جسم الانسان فنقل و زرع الأعضاء البشرية العديد من الإشكالات سواء على الصعيد الشرعي أو القانوني و امتدى للصعيد الطبي و العلمي خصوصا في ظل ظهور عمليات لا أخلاقية و هي المتاجرة بالبشر و الأعضاء البشرية التي عجلت بضرورة وضع قوانين فعالة تحكم بضمانات و ضوابط لممارسة هذه العمليات فنشأت قوانين حديثة و رتبت طرق متطورة لحماية جسمه في ظل التقنيات الحديثة , فكان لزاما على هذه القوانين أن تحرص على عدم المساس بحرمة جسمه فتظهر أهمية هذه الورقة البحثية لتبيان معنى نقل و زرع الأعضاء و توضيح الشروط الواجب توافرها لحماية خصوصية جسد الانسان ذلك أنه ينطوي على ثلاث جوانب و تتجسد هذه الجوانب في ضرورة التكامل الجسدي و يتحقق ذلك من خلال محافظة الفرد على كافة أعضاء جسمه بشكلها الطبيعي بصورة كاملة من غير نقص فيها أو تعديل , و دون المساس بها بأي صورة كانت , و كذا المحافظة على المستوى الصحي للجسم من خلال الاحتفاظ بصلاحية أعضاء جسمه , إضافة الى المحافظة على السكينة الجسدية التي تحمي مصلحة الفرد في عدم التعرض لأي نوع من الألام و المحافظة على شعوره في أن يظل جسده متخذا صورة أو وضعا معينا , و قد اتجه المشرع الجزائري الى حماية الفرد من خلال كل الاتفاقات و العقود التي

تتضمن اعتداء على التكامل الجسدي لشخصه احتراما لمبدأ حرمة الجسد أو معصومية الجسد سواء كان الانسان حيا أو ميتا و منه فان أي اعتداء ينقص من قدر الأجهزة على أداء دورها أو يمس بالتكامل الجسدي ببتر عضو من الأعضاء أو الانقاص منه , او التسبب في احداث ألام لم يكن يشعر بها فان المساس بالحق في السلامة الجسدية يتحقق فهذا الموضوع بدوره يخلق جدلا بين أمرين متعارضين فالأول يتمثل فخصوصية جسم الانسان سواء حيا او ميتا ,أما الثاني فيما يحققه نقل وزرع الأعضاء من أمل للمريض و تحقيق لمبدأ الإنسانية و ذلك ما يدفعنا لطرح الاشكال التالي :مامدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء من جسم الانسان ؟ و كيف جسد المشرع الحماية لخصوصية جسد الانسان؟

للإجابة على هذا الاشكال قسمنا هذه الورقة البحثية الى مبحثين أين تطرقنا في المبحث الأول الى تبيان معنى خصوصية جسم الانسان في مجال التبرع بالأعضاء ,أما المبحث الثاني فدرسنا الضوابط الواجب مراعاتها أثناء عملية التبرع بالأعضاء وزرعها.

المبحث الأول :تعريف خصوصية جسم الانسان في مجال التبرع بالاعضاء

ان جسد الانسان يعد من أهم الحقوق اللصيقة به فجسد فجسد الانسان بمكوناته التشريحية و الوضيفية هو ملك خالص له يبدأ تجاربه مع الحياة به , لذا كان من الضروري تحديد تعريف واضح لمفهوم خصوصية جسم الانسان في اطار التبرع بالأعضاء و توضيح مبررات القول أن الحق في السلامة الجسدية هو جزء من الحق في الحياة الخاصة.[1]

المطلب الأول : مفهوم خصوصية جسم الانسان في مجال التبرع بالاعضاء

يعد المركز القانوني الذي يتيح لشاغله في حدود القانون الاستئثار بتكامله الجسدي و الصحي و بسكينته النفسية و البدنية[2]

و عليه فان جسد الانسان يدخل ضمن عناصر سرية الحياة الخاصة للفرد و يمنع الكشف عنه للغير دون موافقته[3]و من الناحية القانونية يعرف بأنه الكيان الذي يباشر وظائف الحياة , و هو محل الحق في

[1] د. بن حيدة محمد , الحق في الحياة الخاصة في اطار القانون الجزائري ,د. طبعة , دار هومه للنشر , الجزائر , 2018, ص175.

[2] د. بوشي يوسف , الجسم البشري و أثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا "دراسة مقارنة", أطروحة دكتوراة , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان , الجزائر , السنة الجامعية 2013/2012, ص 66'

[3] د. نوبري عبد العزيز, الحماية الجزائية للحياة الخاصة في القانونين الجزائري و الفرنسي , الطبعة الثانية , دار هومة للنشر , الجزائر, 2016, ص 98.

سلامة الجسم , و الموضوع الذي تنصب عليه أفعال الاعتداء على هذا الحق[4], و يعتبر الحق في سلامة الجسم من أهم العناصر الحياة تقديسا و عليه يمنع أن يكون جسمه محل أي اتفاق , الا في حالة صيانته و الا يعتبر انتهاكا لمعصومية الكيان الجسدي ,و أساس ذلك أنه ليس سلعة فهو يخرج عن المعاملات المالية و التجارية و نظرا لاهميته كان من أهم الحقوق التي يوليها المشرع الجنائي حماية , جاعلا الجزاء الذي يستعان به لكفالة هذه الحماية جزءا خطيرا في بعض الأحيان , بل أن هذه الأهمية الاجتماعية الكبيرة قد سلبت رضاء المجني عليه قيمته كسبب لاباحة الاعتداء على هذا الحق , اذ حصل الاجماع فقها و قضاءا على تجريده تلك القيمة و قد حرصت التشريعات العقابية بتوقيع الجزاء على أي مساس بسلامة جسم الانسان , ووفرت له الحماية من كل أشكال الاعتداء التي تناله , لكن الأمر ليس على اطلاقه ,فان هناك حالات يحصل فيه المساس بالحق في السلامة الجسدية , كتوقيع الجزاء على البدن لجريمة ارتكبت كالاعدام أو الحبس , او حتى اتخاذ تدابير أمنية كالاحتجاز في مصحات , كاجراء صحي نزولا على مقتضيات الصحة العامة ففي الحالات السابقة لايجوز الاحتجاج بحرمة الجسد و عدم جواز المساس به [5]و نقول أن الأساس لحماية الجسد يرجع الى أهم مبدأ و هو الحق في الكرامة و يرجع الفضل في الاهتمام به الى ظهور التكنولوجيا الحيوية , فقد شكلت الجوانب الأخلاقية الاحيائية للمارسات الطبية و العلمية الحديثة من حيث مشروعيتها و طبيعة القيود القانونية و الأخلاقية التي أفرزتها على جسم الانسان الأساس الذي أوجد و أقر الحق في الكرامة وقد اعترف المشرع الجزائري بضرورة حماية الحق في الكرامة و ربطه حمايته باحترام الحق في السلامة الجسدية و المحافظة عليه , حيث نصت المادة 34من دستور 1996 على أن " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان و يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة " [6]

و هنا تجدر الإشارة أن الاعتراف بالحق في السلامة الجسدية كان في الدساتير السابقة يقتصر على الحماية البدنية و المعنوية دون الاعتراف بالحق في الكرامة , حيث نصت المادة 48 من دستور 1976" تضمن الدولة حصانة الفرد " , و نصت المادة 33 من دستور 1989 " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان و يحظر أي عنف بدني أو معنوي "

[4] د. بن حيدة محمد , الحق في الحياة الخاصة في اطار القانون الجزائري , المرجع السابق, ص176

[5] د. رحال عبد القادر , الضوابط الشرعية و القانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية بين الفقه و القانون , , مجلة الصدى للدرسات القانونية و السياسية , د مجلد. عدد الرابع , 2020,ص 150

[6] د. بن حيدة محمد , الحق في الحياة الخاصة في اطار القانون الجزائري ,د. طبعة , دار هومه للنشر , الجزائر , 2018, ص182

و بالرجوع الى مدونة أخلاقيات الطب , و من قانون حماية الصحة و ترقيتها نجدهما يشترطان على الطبيب و جراح الأسنان الدفاع عن صحة الانسان البدنية و العقلية و في التخفيف من معاناة ضمن احترام حياة الفرد و كرامته الإنسانية دون تمييز من حيث االعرق أو الجنس أو الدين أو الوضع الاجتماعي و أقر جانب من الفقه الجزائري حماية الحق في السلامة الجسدية ضمن الحماية التي كفلها القانون المدني للحقوق الملازمة للشخصية بموجب المادة 47 منه , و هي الحقوق التي تفرض على الأطباء واجبات إنسانية يجب مراعاتها في علاقاتهم مع المريض [7]

الفرع الأول : مفهوم الحق

نجد اختلاف بين الفقهاء في تعريف الحق رغم ما بيدو من سهولة في إعطاء تعريف واضح له, و ظهرات عدة مذاهب في ذلك , و يعود الاختلاف أن قام بعض الفقهاء ينادون بانكار هذه الفكرة , و كان على رأسهم الفقيه الفرنسي " ديجي " اذ استند هذا الفقيه اليها في انكاره لفكرة الحق أنه من المستحيل وضع تعريف لها , و على الرغم من هذه الصعوبة في وضع تعريف للحق الا أنه وجدت محاولات لتحديد مفهومه فاختلفت تعريفاتهم بحسب اتجاهاتهم و نظرتهم للحق من نواحي مختلفة فمن الفقهاء من عرف الحق بأنه قدرة أو سلطة ارادية يخولها القانون للشخص و قد عرف هذا المذهب بالمذهب الشخصي, فارادة صاحب الحق هي العنصر الجوهري الذي يميز الحق , اذ أن القانون في تنظيميه لعلاقات الأفراد انما يرسم لكل شخص نطاقا محددا تعمل فيه ارادته , و في هذا النطاق يوجد الحق , و هو من أقدم المذاهب في تعريف الحق , و يقال له المذهب التقليدي .و يلاحظ على هذا المذهب أنه يخلط بين ما يجب توافره لثبوت الحق و ما يلزم غالبا لمباشرته . فمن المسلم به أن لعديمي الإرادة حقوقا , كالصبي غير المميز و المجنون . و مع ذلك فان لكل منهما حقوقا يعترف بها القانون ,و على أساس هذا النقد ظهر مذهب أخر يعرف فيه الحق بأنه مصلحة يحميها القانون , و قد عرف هذا المذهب بالمذهب الموضوعي .[8] و عند تعريفنا لأمر لابد للإشارة الى تعريفه فاللغة و الحق في اللغة العربية من مصدر حق الشيء يحق , اذا ثبت و وجب وجوده و الحق خلاف الباطل أما في الفقه الإسلامي فقد وردت كلمة الحق في القرءان الكريم كثيرا و قال عز شأنه " فقد كذبو بالحق لما جاءهم فسوف يأتيهم أنباء ما كانو به يستهزؤون " و بالرجوع الى فقه القانون فلقد عرف فقهاء القانون الحق في تعريف متعددة و متباينة فمنهم من عرفه بأنه " مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون " و هذا يمثل التعريف الموضوعي للحق , و ذلك بانه مصلحة يحميها القانون

[7] د. بن حيدة محمد , الحق في الحياة الخاصة في اطار القانون الجزائري , المرجع نفسه, ص182

[8] د. رحال عبد القادر, الضوابط الشرعية و القانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية بين الفقه و القانون , المرجع السابق ,ص 148, 149

وعرفه أخرون بأنه " قدرة أو سلطة خولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معين معلوم " أما هذا فهو التعريف الشخصي للحق و يركز على الشخص صاحب الحق , و هناك أيضا التعريفات المختلطة التي تجمع بين التعريف الموضوعي للحق والتعريف الشخصي له .[9]

الفرع الثاني : مفهوم خصوصية جسم الانسان في نظر الفقه

ان خصوصية جسم الانسان و تحديدها كان محل خلاف في الفقه لاتجاهين هما :

الاتجاه الأول : يرى أصحاب هذا الرأي أن مادة الجسم ليس لها في هذا الصدد أهمية في ذاتها و انما الذي يمثل كل الأهمية هي الوظائف التي تؤديها و أن الهدف من حماية أعضاء الجسم , أساسه هو لكي تؤدي وظيفتها بشكل طبيعي , دون تعرضها لأي تدخل خارجي يعيقها عن أداء واجبها.

الاتجاه الثاني : يرى أصحاب هذا الرأي أن حماية جسم الانسان تتحدد بمدى انتهائها الى مادة الجسم فالجسم وحدة واحدة , و ليس مجموعة متفرقة من الأعضاء فهو جهاز دقيق يعمل بايقاع محكم و يخضع كل عضو فيه لهيمنة سلطة عليا هي جهاز المخ الذي يمارس وظيفة الأمر و النهي و يتحجج أصحاب هذا الرأي بالقول بأنه لا وجهة للاعتراض بأن علة الحماية المقررة تكمن فيما يؤديه العضو من دور في وظائف الحياة و أن عجز العضو عجزا مطلقا عن ممارسة دوره يجعل حمايته مفتقرة الى العلة فهذا الاعتراض مردود عليه بأنه ليس في وسع الانسان أن يقطع باستحالة زوال العجز فالتقدم العلمي يفرض علينا الأخذ بأسباب الحذر و لا يجيز لنا اصدار الأحكام و أقصى ما يمكن أن يقال في صدد الحجز العضوي أنه يتعذر علينا في حدود مداركنا الراهنة بالوسائل العلمية المتاحة لحد الأن أن نبعث النشاط من جديد في خلايا تلفت غير أن ذلك لا ينفي إمكانية التوصل الى حل لهذه المشكلة و مادام الاحتمال قائما فلا سبيل لاهدار الحماية الجنائية عن عضو من أعضاء الجسم و نعتقد أن هذا الرأي الأخير هو الصواب و ذلك لأن جسم الانسان له قدسية حتى و لو كان هذا المساس بجزء لا وظيفة له فقدسية الجسم لاتسقط عنه حتى في هذه الحالة [10] و من ثم كل مساس بها يعد مساسا بسلامة الجسم من كلهذا نناشد المشرع الجزائري بأن يضع نصوصا قانونية تحمي الحق في سلامة الجسم المعاقين بدنيا

[9] د, علي أحمد عبد الزعبي , حق الخصوصية في القانون الجنائي [دراسة مقارنة] , الطبعة الأولى . المؤسسة الحديثة للكتاب , لبنان ,2006, ص 74, 76, 82.

[10] الباحث الأشهب العندليب فؤاد, الحماية الجنائية لحرمة جسم الانسان عن الأعمال الطبية الحديثة , رسالة لنيل شهادة الماجستير , تخصص القانون الجنائي , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة قاصدي مرباح رقلة , 2011/2010 ,ص 30,31.

والمستعملين للأعضاء البشرية سواء كانت أعضاء طبيعية أم اصطناعية فحتى هذه الأخيرة قد تكون محلا للسرقة و عليه لابد من حمايتها فبدورها اذا اتصلت بجسم تصبح كسائر الأعضاء الأخرى [11]

أولا : ما يتطلبه الحق في حرمة جسم الانسان

ان للحق عناصر مكونة له و بتوافرها يتحقق وجود هذا الحق , و قيامه في الواقع و هو أساس فطري لا يمكن للإنسان أن يفرط فيه , و انطلاقا من هذا الحق يقوم مبدأ حرمة هذا الجسم و حمايته و هذه العناصر متمثلة في :

أولا /الحق في التكامل الجسدي :

و يقصد به عدم تعريض أعضاء الانسان لأي انتقاص أو استئصال مثل البتر أو غير ذلك من الأعمال التي للجسم حيث أن فقد جزء من هذه الجزيئات يعتبر اخلالا بالتكامل الجسدي و يعد هذا الانتقاص مساس بسلامة الجسم , ففي هذا العنصر لا يفرق بين فصل جزئية من اصبع أو جزيئة من القلب و لا غيرها فكل منهما يشمله هذا المبدأ كما أن أي محاولة باخلال بتماسك الجسم و أنجسته يعتبر مساسا بتكامل الجسم[12] و عليه فيمتنع أي اعتداء على تكامل الجسم سواء كان لمصلحته أو لمصلحة الغير الا اذا أعطيت موافقة واضحة باستثناءات خاصة .

و نشير فهذا الصدد أن جسم الانسان ليس محلا لأي مقايضات أو وسيلة للبيع أو المتاجرة لما له من خصوصية أقرتها كل التشريعات .

ثانيا / الحق في الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء :

ان المقصود بالصحة بصفة عامة , حالة من التوازن النسبي لوظائف الجسم , و قد قامت المنظمة العالمية للصحة بتحديد دقيق للمقصود بالصحة , و ذلك بموجب نص المادة الأولى من ميثاقها على أنها " حالة من اكتمال السلامة بدنيا و عقليا و اجتماعيا , لا مجرد الخلو من المرض أو العجز" كما حددها الأطباء بأنها " قدرة الجسم على استغلال إيجابيات المحيط و تطويق سلبياته , بفضل برنامج جيني سليم , واستراتيجيات فردية ملائمة , لتحقيق جزء أو كل من الأهداف الحياتية " , و هي تتميز بخاصية النسبية ,

[11] د. مروك نصر الدين , الحماية الجنائية لحرمة سلامة الجسد, أطروحة دكتوراة , كلية الحقوق , بن عكنون , 1997/1996, ص112

[12] محمود نجيب حسني , الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية الذي يكفلها قانون العقوبات , مجلة القانون و الاقتصاد , مجلد 29, العدد الثالث , 1959, ص542.

ذلك أنها تختلف من شخص الى أخر و في فترات زمنية معينة , كما أنها تتابين بين فترة الشيخوخة و الشباب , أما المرض فهو عجز مؤقت أو نهائي للجسم عن تحقيق كل أو جزء من أهدافه الحياتية لخلل في البرنامج الجيني , أو لضغط كبير في المحيط "[13]

ثالثا/ الحق في السكينة الجسدية :يتميز هذا العنصر من عناصر الحق في سلامة الجسم بالمحافظة على الهدوء و السكينة التي يتمتع بها الجسم , فالسكينة البدنية تتحقق حينما يكون الجسم محتفظا بمادته و تكامله الجسدي و بالمستوى الصحي الذي يتمتع به متخذا بذلك وضع معين يتلقى صاحبه من خلاله شعورا بالراحة الجسدية و استقرارها على تلك الصورة [14] أما السكينة النفسية تمثل توازن الجسم من الناحية النفسية , ووجوب المحافظة عليه , فالألام ممكن أن تكون نفسية و تتميز في تحرر الجسم من الألالام النفسية و العصبية التي تخلف أثارها على أجهزته النفسية و البدنية في جسمه عموما ففي حالة اذا لم تستقر حالة الانسان النفسية فانها قد تضر الانسان بحالته الصحية و من ثم تدهورها و تضرر جسده و ليس شرطا بالضرورة أن يكون المساس بالجسم و حرمته ماديا [15]فلخلل الذي يصيب السكينة الجسدية يؤدي لحدوث اضطربات في السكينة النفسية , فالجروح و التشوهات التي تصيب جسم الانسان قد يكون لها الأثر السلبي بإصابة الشخص بأمراض نفسية [16]

المطلب الثاني : الأساس الشرعي و القانوني لعملية نقل و زرع الأعضاء

حتى يكون التبرع بالأعضاء جائزا أقر له القانون شروط و ضوابط لممارسته , كما استند على أساس شرعي و هو ماسنتاوله بالدراسة في هذا المطلب .

الفرع الأول : معنى التبرع بالأعضاء البشرية

يقصد بالتبرع بالأعضاء نقل عضو من جسم أخر , أو من جسد المريض الى الجزء المصاب في الجسد نفسه , بهدف استبدال العضو التالف أو الناقص في جسد المتلقي و يسمح مجال الطب التجديد الناشئ للعلماء و متخصصي الهندسة الوراثية بمحاولة إعادة تكوين أعضاء من الخلايا الخاصة بالمريض نفسه [الخلايا الجذعية . أو الخلايا المستخرجة من الأعضاء المصابة بقصور .] و تسمى زراعة الأعضاء التي تجرى

[13] د. رحال عبد القادر, الضوابط الشرعية و القانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية بين الفقه و القانون , مرجع سابق ,ص 151
[14] محمود نجيب حسني , الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية الذي يكفلها قانون العقوبات , المرجع السابق, ص546
[15] د. مروك نصر الدين , الحماية الجنائية لحرمة سلامة الجسد, مرجع سابق, ص55
[16] د. رحال عبد القادر, الضوابط الشرعية و القانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية بين الفقه و القانون , المرجع السابق,ص 153

بين كائنين من الجنس نفسه عمليات الطعم المغاير , و يمكن اجراء عمليات الطعم المغاير اما من مصدر حي أو من أشخاص متوفين دماغيا و يطلق على الأعضاء أو الأنسجة التي تزرع داخل جسم الشخص نفسه مسمى الطعم الذاتي[17]

أولا: تعريف نقل و زرع الأعضاء

1.النقل :

و هو نقل العضو البشري , و يتضمن ثلاث عمليات جراحية مرتبطة فيما بينها أسبابا و أهدافا و هي عملية استئصال العضو السليم من المنقول منه عملية استئصال العضو التالف من المنقول اليه المريض عملية زرع العضو السليم محل العضو التالف , و هذا يعني أن النقل يشمل الاستئصال و الزرع في أن واحد , و يقصد بالاستئصال : فصل العضو السليم من الشخص المأخوذ منه , و كذلك فصل العضو السليم من الشخص المأخوذ منه , و كذلك فصل العضو التالف من الشخص المريض أو المستفيد .

الزرع :

يقصد به ادماج عضو جديد في جسم انسان حي , بهدف علاجه فنقل وزرع الأعضاء البشرية , تتم وفقا لضوابط معينة , بنقل عضو من انسان , سواء كان حيا أو ميتا , من دون نية المتاجرة [18]و بمعنى أدق , يقصد به نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة , من متبرع الى مستقبل , ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف

المتبرع :

هو الشخص الذي تؤخذ منه الأعضاء , و قد يكون المتبرع حيا , و عليه يمكنه التبرع بالأعضاء المزدوجة فقط , كالكلى أو الرئتين , أو بالسوائل التي يمكن تعويضها مثل الدم , و النخاغ العظمي أو الجلد أما بالنسبة للأعضاء الفردية , كالقلب فلا يستطيع التبرع به , لكون القلب هو محرك الجسم , يمنع التبرع به

[17] دحية موسى , أحكام فقهية و قانونية في التبرع بالأعضاء بين المسلمين و غيرهم , مجلة الأستاذ الباحث للدرسات القانونية و الساسية , المجلد السادس, العدد الثاني, 2021, ص2300,2310.

[18] د. محمود أحمد طه, المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة , مركز الدرسات و البحوث , دون مجلد,دون طبعة , الرياض , 2001, ص 134.

.أما بالنسبة للميت , فيجوز التبرع بجميع أعضائه لفائدة المرضى كما يجب أن تكون الأعضاء التي يتم زرعها , في حالة جيدة و ليست تالفة , فلابد أن تبقى هذه الأعضاء و هي تتلقى التروية الدموية , عير الدورة الدموية للشخص الذي مات , و يستلزم أن هذا الشخص قد مات نتيجة موت دماغه لاقلبه و يبقى القلب في هذه الحالة يضخ الدم في حدود [100 مم زئبق] للضغط الاتقباضي , حتى تتم تروية الأعضاء تروية جيدة , لحين نقل العضو المتبرع بها

المستقبل :

هو الجسم الذي يتلقى الغريسة أي العضو و يشترط فيه عدة شروط , من ناحية السن و نوعية المرض و مدى استفحاله .....الخ

العضو:

و يسمى كذلك بالغريسة أو الرقعة , وهو كل ما يشمل حيزا محددا داخل جسم الانسان , سواء كان متصلا به أو منفصلا عنه , وهو اما أن يكون عضوا كاملا , مثل الكلية و الكبد أو يكون جزء من عضو كالقرنية [و هي الجزء الشفاف الخارجي من العين], أو يكون نسيجا أو خلايا كما هو الحال في نقل الدم و النخاع العظمي [19]

الفرع الثاني : المستند الشرعي لعملية نقل و زرع الأعضاء

حدث خلاف بين أهل الشريعة , حول مدى جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية من عدمه , و هناك من أقره , ووضع له شروط و يعود سبب الخلاف لصعوبة خلق نوع من التوازن بين حرمة جسم الانسان حيا كان أو ميتا و بين ما يحققه نقل و زرع الأعضاء من انقاذ الكثير من المرضى و بالنظر الى قواعد الفقه الإسلامي , نجد أنها استقرت على مبدأ حرمة المساس بالجثة , ووجوب تكريمها , وعدم اهانتها , و لقد أمرنا رسول الله عليه الصلاة و السلام , في أكثر من حديث عن تكريم الميت , و من مظاهر ذلك , أمرنا بتغسيل الميت و تكفينه و دفنه , كما نهانا صلى الله عليه و سلم عن كسر عظمه [20] و من أهم مقاصد الشرع حفظ النفس , فقد حرم الله قتل الانسان فقال عز وجل : " من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير

[19] رواب جمال و طحطاح علال , مداخلة بعنوان " نقل الأعضاء من الأموات الى الأحياء بين الشريعة و القانون , الملتقى الوطني الثاني حول نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشريعة , المركز الجامعي خميس مليانة , معهد الحقوق و العلوم الإدارية , أيام 21, 22, 23, الجزء الأول , 2009, ص 137.

[20] د. محمود أحمد طه, المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة , المرجع السابق , ص 147

نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا , و من أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا و لقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم ان كثيرا منهم في الأرض لمسرفون "

أولا: أدلة المانعين

ان الأصل : التحريم , قال تعالى " و لاتقتلو أنفسكم " فلا يجوز اتلاف النفس المعصومة الا بالحق , و هنا لايوجد الحق الذي يبيح اتلافها أو اتلاف جزء منها و قال أيضا " و لا تلقو بأيديكم الى التهلكة " فهذا هو الأصل في الأنفس التي حرم الله تعالى , و ان بذل جزء من هذا البدن و ايثار انسان أخر به لهو تصرف من الانسان فيما لا يملك , و الله أمر بحفظ الأمانات , و أعظم الأمانات هي أمانة النفس و الدماء , فلا يجوز الايثار بالنفس أو بطرف منها .[21]

و بالرجوع الى الفقه المعاصر نجد الشيخ متولي الشعراوي ذهب الى القول , أن الإسلام يمنع تنازل المسلم , عن أي عضو من أعضائه , بالبيع أو الهبة لا أثناء حياته و لا بعد مماته , لأن هذه التصرفات تعد من تصرفات الملكية , التي لا يمتلكها الانسان على جسمه لا كله و لابعضه , لأن مالك الجسم هو المولى عز وجل و يقول الشيخ عبد السلام السكري " لقد حرمت المذاهب الفقهية استخدام أعضاء الانسان في العلاجات الطبية , و منهم من علل ذلك بالنجاسة بالموت , و منهم من علل ذلك بالكرامة الأدمية في العمليات الجراحية "و من أدلة الاتجاه المعارض لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات الى الأحياء المستخلصة من الكتاب و السنة و العقل و القواعد الفقهية نذكر منها ما يلي :قوله تعالى : " و لا تلقو بأيديكم الى التهلكة " فقد نهى الله ان نلقي بأنفسنا الى مواطن التهلكة و اقدام شخص على التبرع بجزء من جسمه هو في الواقع سعي لاهلاك نفسه في سبيل احياء غيره

و استدلو أيضا بأن الشيطان قد قال كما حكاه عنه القرءان الكريم " و لأمرانهم فليغيرن خلق الله" هذه الأيةتشمل نقل الأعضاء لأنه داخل في عموم تغيير خلق الله , كنقل عين , أو كلية أو قلب من شخص الى أخر و تشمل أيضا خصاء العبيد الذي كان يفعله الخلفاء بعبيدهم , ليدخلو على نسائهم و استدلو أيضا

[21] رحال عبد القادر . ضوابط التصرفات الواردة على حرمة جسم الانسان في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري [التبرع بالأعضاء و الأنسجة بين الأحياء و الوصية بها أنموذجا] جامعة الجزائر , مجلد 31, العدد5, 2017, ص337.

بالقاعدة أن ماجاز بيعه جازت هيبته , فالمجزين لنقل الأعضاء يوافقون على أن الأعضاء الأدمية , لايجوز بيعها اذن و تأسيسا لذلك فلا يجوز التبرع بالأعضاء البشرية سواء من حي الى حي أو من حيت الى ميت .[22]

***ثانيا : أدلة* المجيزين**

لقد نجح الانسان اليوم في مجال الطب فأجرى العديد من عمايات نقل الأعضاء وزرعها و أنقذ أرواح عديدة هذا الأمر يلقى بتبعة كبيرة على علماء الفقه و الشريعة الإسلامية بأن يخرجوا للناس بفقه معاصر يلبي هذه الاحتياجات , يتماشى مع العصر و الواقع و قد استدلو الى مجموعة أدلة منها :

مبدأ التعاون و التأزر بين الناس :استدلو أن في التبرع بالأعضاء فيه انقا>لارواح الناس و هو يدخل ضمن التعاون على البر و التقوى المرغب فيه حيث قال تعالى " و تعاونو على البر و التقوى " اذن أصبح الانتفاع بالأعضاء البشرية ضرورة شرعية تدخل في قوله تعالى " و من أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا " و ما يتضمنه من معاني المودة و الرحمة

كما ان جل المجامع الفقهية و الهيئات العلمية فقد أجازت التبرع بالأعضاء وزرعها منها :قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة عام 1405ه بشأن موضوع زراعة الأعضاءالانسانية في جسم الانسان حيث قرر ما يلي : أن أخذ عضو من جسم انسان حي , وزرعه في جسم انسان أخر مضطر اليه لإنقاذ حياته أو لاستعادة وظيفته من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز لايتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه كما ان فيه مصلحة كبيرة و اعانة خيرة للمزروع فيه , و هو عمل مشروع و حميد اذا توافرت شروطه[23]

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري

اقر المشرع الجزائري بجواز التبرع بالأعضاء و نقلها وزراعتها , وفقا لشروط وضوابط , لكنه اكتفى بذكر النصوص التي تنظم العملية من المادة 161الى 168 ضمن القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها , فقد نص في المادة 161 من قانون الصحة على أنه" لايجوز انتزاع أعضاء

[22] د. بيبة بن حافظ , نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات الى الأحياء بين الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري , مجلة العلوم الإنسانية , جامعة الاخوة منتوري قسنطينة , المجلد ب.ص.ص, العدد44, 2015, ص275الى 278.

[23] رحال عبد القادر . ضوابط التصرفات الواردة على حرمة جسم الانسان في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري [التبرع بالأعضاء و الأنسجة بين الأحياء و الوصية بها أنموذجا] , المرجع السابق, ص339, 340.

الاسنان ولازرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية الا لأغراض علاجية "[24] فقد نظم عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها , بحيث تستند شرعية عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء الى نص المادة 162 من هذا القانون , و لم تكتفي المادة باجازة هذه العمليات بل نصت على الشروط الواجب توافرها لاباحة التبرع بالعضو خاصة فيما يتعلق بكيفية التعبير عن موافقة المتبرع كما نلاحظ أن التشريع الجزائري لم يحدد الأعضاء التي يمكن أن تكون محلا للتنازل سواء بخصوص نقل الأعضاء بين الأحياء أو من جثث الموتى

و ما تجب الإشارة اليه كذلك هو أنه قبل صدور هذا القانون استند الأطباء في هذا المجال في الجزائر على فتوى المجلس الإسلامي الأعلى التي أجازت نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى , حيث شكلت هذه الفتوى الأساس الشرعي لاباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية و بصدور قانون حماية الصحة و ترقيتها اكتمل الأساس القانوني لهذه العمليات و عليه يظهر أن الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يتمثل في اذن القانون , غير أن إجازة مختلف القوانين لاقتطاع الأعضاء سواء من الأحياء أو من جثث الموتى مرتبط بمراعاة الضوابط العديدة التي حددتها هذه القوانين سواء كانت شروطا طبية او ادارية [25]

كما جاء قانون الصحة الجديد الى تكريس مبدأ احترام الكرامة الإنسانية و الحرية و السلامة الجسدية و حماية الحياة الخاصة و حماية صحة الأشخاص و ترقيتها حيث نصت المادة 355 منه على " لايجوز نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها الا لأغراض علاجية أو تشخيصية و ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون "[26]

المبحث الثاني : الضوابط الواجب مراعاتها أثناء عملية التبرع بالأعضاء وزرعها

لما كانت عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية من جسم الانسان الى أخر يعتبر من حيث المبدأ فيه مساس بالحق في السلامة الجسدية الا أنه في ذات الوقت يمثل بصيص أمل لألاف الناس في بعث حياة جديدة لهم و في ظل تقدم الطب الذي أدى الى القضاء على كثير من الأمراض ترجع خطورة الأعمال الطبية لكونها

[24] رحال عبد القادر . ضوابط التصرفات الواردة على حرمة جسم الانسان في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري [التبرع بالأعضاء و الأنسجة بين الأحياء و الوصية بها أنموذجا] , المرجع نفسه, ص341.

[25] د. زهدور أشواق , المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الاتجار بها , دفاتر السياسة و القانون , دون مجلد, العدد الرابع عشر , 2016, ص 103 ,104.

[26] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المعدل و المتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 غشت سنة 2020

تتعلق بحقوق و مصالح الانسان في حياته و جسده , و التي تعد من المقاصد الأساسية في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية فقد وضع المشرع الجزائري نصوصا شملت شروط تفصيلية لاجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء و هي شروط خاصة اقرها القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المعدل و المتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 غشت سنة 2020 حيث نص القانون رقم 18-11 من خلال المواد من 335 الى 367 على حدود ممارسة التذخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الانسان

و بناءا على ذلك قسمنا هذا المبحث الى مطلبين , تناولنا في المطلب الأول الرضا اما المطلب الثاني فتطرقنا الى الأ تكون عملية بمقابل مادي

المطلب الأول : الرضا

و يقصد به أن القانون لا يجبر المرضى عل التداوي , و لا يجيز للأطباء اجبارهم على ذلك , احتراما لما لجسم الانسان من حصانة , حيث نصت المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري في فقرتها الأولى على أنه " يقدم الطبيب العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك..."

فلابد من الحصول على موافقة المريض سواء كان ذلك صراحة أو ضمنا , اما اذا كانت حالة المريض لا تسمح له بابداء رأيه , فيكون القرار لمن يمثله قانونا [27] و من الشروط التي يجب أن تتوفر في عملية التبرع بالأعضاء , رضا المتبرع بالأخذ من أحد أعضائه , و هذا محل اتفاق بين العلماء الذين قالو بجواز التبرع بالأعضاء , و قد أثبت القانون الجزائري هذا الشرط في المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها في الجزائر " .....و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه ..."[28]

الفرع الأول : شروطه

أولا : أن يكون التعبير عنه كتابيا

اقر المشرع الجزائري مثله مثل العديدمن تشريعات دول مختلفة , من حيث اشتراطها افراغ الرضا في شكلية محددة و هي الكتابة , و ان كان الاختلاف واضحا بينها من حيث نوع الكتابة المفروضة اذ منها من

[27] د. رابح فغرور, الحق في سلامة الجسم بين القدسية و الضرورة الطبية [دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري], مجلة البحوث و الدرسات , جامعة الوادي الجزائر , المجلد الخامس عشر , العدد الثاني , 2018, ص81.

[28] د. عقون توفيق , مبدأ الرضا و أثره في التبرع بالأعضاء البشرية بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ,مجلة الشهاب , جامعة الوادي , دون مجلد, العدد السابع , 2017, ص48.

اكتفى بالموافقة الخطية للمتبرع و هو المنحى الذي سار عليه المشرع اللبناني في نص المادة الأولى الفقرة 3 من المرسوم الاشتراعي رقم 109 المؤرخ في 16 /09 / 1983 [.... أن يوافق الواهب خطيا و ملء حريته على اجراء العملية] فحين الكتابة التي اشترطها المشرع الجزائري تبرز في شكل محضر يحرر ليس بخط يد المتبرع و انما تحت اشراف ورقابة احدى أهم الهيئات الرسمية في الدولة و هي السلطة القضائية و عليه ينع الأخذ بموافقة الشفهية للمتبرع بل لابد صياغتها في شكل كتابي و ذلكحماية للمتبرع من خلال تنبيه لخطورة الأمر فتحريرها خطيا ليس كالادلاء بها شفاهة في لحظة زمنية قد لا تتعدى الثانية و يكون دافع اثر عاطفي عابر كالحب و صلة القرابة [29]

ثانيا : التنازل عن الرضا بعد صدوره

أجاز القانون للشخص المتبرع الذي أصدر موافقته في التبرع بالعضو أن يتنازل عن رضاه قبل اجراء العملية , و هذا مراعاة لمصلحته في ذلك , حيث نص المشرع الجزائري في المادة 3/162 من قانون الصحة على أنه " يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة "و هذا شأن عقود التبرعات أنها غير ملزمة [30]

ثالثا: أن يكون صادرا عن ذي أهلية

من شروط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الحصول على رضا المتبرع , غير أن المشرع لم يحدد السن التي يستطيع من خلالها المتبرع التعبير عن رضائه و موافقته , و كان الأجدر بالمشرع أن يحدد هاته السن خاصة و أن التنازل عن الأعضاء يعد من أهم التصرفات التي يقدم عليها الفرد , و امام هذا الفراغ و بالرجوع الى نصوص قانون حماية الصحة و ترقيتها نجد أن المشرع الجزائري أصبغ من خلال المادة 162 وصف المتبرع على من يتنازل عن عضو من أعضائه ,, و عليه يستخلص من ذلك أن سن الرشد الذي يأخذ به المشرع الجزائري في هذا المجال هو 19 سنة كاملة وقت الاتفاق طبقا للقانون المدني و هنا يطرح السؤال حول جواز نقل الأعضاء من أجسام القصر نقول يظهر من استقراء المادة 163 أن المشرع لم

[29] د. هواري سعاد, خصوصية الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء , مجلة القانون العام الجزائري و المقارن , المجلد الخامس , العدد الأول , 2019, ص 64, 65, 66, 67.

[30] القانون رقم 85/ 05المؤرخ في 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها

يمنع الاقتطاع من القصر فقط بل كذلك من الأشخاص الراشدين المحرومين من قدرة الادراك و التمييز كالمجنون أو السفيه أو المعتوه طبقا للمادة 42 قانون مدني [31]

الفرع الثاني : الاخلال بشرط الرضا

طبقا المادة 360 فقرة 06 نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى للمتبرع الذي سبق أن أبدى موافقته من أجل نزع أحد أعضائه و التبرع بها حق التراجع عن هذه الموافقة وهو ما عبر عنه ب سحب الموافقة , هذا التوجه في الحقيقة يختلف عما هو مستقر عليه في القواعد العامة اذ متى صدر الرضا من المتعاقد و توافرت فيه شروط صحته رتب أثاره القانونية دون أن يكون للمتعاقد الحق في التراجع عن رضاه و الا ترتب عن ذلك المسؤولية المدنية , موقف المشرع الجزائري بخصوص إمكانية العدول عن الموافقة جاء مسايرا لموقف المشرع بخصوص الهبة التي لا تلزم الا بالقبض عند جمهور الفقهاء , فهي قبل القبض تعتبر عقدا جائزا أي غير لازم ما يمكن الواهب في الرجوع في هبته .[32]

المطلب الثاني : ألا تكون عملية مقابل مالي

ان هذا الشرط جوهري فلا يجوز أبدا أن يكون انتزاع العضو أو النسيج من جسم الانسان موضوع معاملة مادية و بدون مقابل مالي ذلك أن أعضاء الجسم الإنسانيلايمكن أن يكون محل للبيع [33] حيث تنص المادة 358 " لايمكن أن يكون نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها محا صفقة مالية[34]

الفرع الأول : مبدأ المجانية

بالرجوع لقانون حماية الصحة و ترقيتها في الجزائر في المادة 2/261 الى " عدم جواز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية " و عليه لا يجوز بيع الأعضاء , لأنها ليست ملكا لصاحبها ,[35] فلا يمكن أن تكون محل بيع أو شراء اذ من غير المقبول أخلاقيا و قانونا التعامل مع جسم الانسان على أنه سلعة , و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 161 من القانون حماية الصحة في فقرتها الثانية , وهو ما أكده المشرع كذلك من خلال تعديله لقانون العقوبات في نص المادة

[31] د. زهدورأشواق , المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الاتجار بها , المرجع السابق, ص 109.110.
[32] د. هواري سعاد, خصوصية الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء , المرجع السابق ص 74,75.
[33] د. زهدورأشواق , المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الاتجار بها , المرجع السابق , ص 105.
[34] القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المعدل و المتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 غشت سنة 2020
[35] د. عقون توفيق , مبدأ الرضا و أثره في التبرع بالأعضاء البشرية بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري , مرجع سابق ص52.

303 مكرر 16 , جرم المشرع عملية نقل الأعضاء البشرية اذا تمت بمقابل مالي ورتب المسؤولية الجزائية على كل من ارتكب هذا الفعل مطبقا عليه العقوبات اللازمة لذلك .[36]

الفرع الثاني : الوصية بالأعضاء

أجاز القانون للميت أن يوصي قبل موته بالتبرع بجزء من بدنه , و يجوز له أن يعين الشخص أو الجهة التي تستفيد من أعضائه , , كما يجوز له أن يوصي بامتناعه عن ذلك و يجب تنفيذ وصيته كما حدد و اشترط فيما لا معصية فيه , فاذا كان ذلك غير ممكن لسبب طبي فانه يرجع في ذلك الى ورثة المتبرع فان لم يتيسر ذلك فالحكم لولي الأمر القانون الجزائري في المادة 2/164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها نص على أنه :" يجوز الانتزاع اذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله لذلك " . لكنه لم يحدد للاذن بالتبرع شكلا معينا كالكتابة بل اشترط موافقته بأي طريقة عبر بها عن ذلك , كالكتابة أو المشافهة أو الإشارة , بخلاف القانون القديم الذي اشترط الموافقة الكتابية بغرض تسهيل اجراءات عملية التبرع بالأعضاء و تضييق عملية الرفض و من الانتقادات التي وجهت الى نص المادة أنه لم يحدد عدد الأعضاء التي يسمح له التبرع بها و لهذا يمكن أن يقيد هذا التبرع بأن لا يؤدي الى الاخلال بالهيكل العام للجثة و هذا ما اشترطه بعض الفقهاء المعاصرون [37]

خاتمة

اعتبرت جل التشريعات موضوع السلامة الجسدية من أهم الحقوق و أسماها و رغم طرحه للعديد من الإشكاليات حول مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء من الناحية الفقهية أو القانونية بل و حتى أخلاقيا و اجتماعيا فلا يمكن اليوم تجاهل عمليات زرع و نقل الأعضاء البشرية التي أصبحت في تزايد مستمر و أصبحت تمثل الأمل لألاف الناس في انقاذ الأرواح البشرية و بالرغم من أن المشرع الجزائري قد أعاد النظر في الأحكام القانونية التي تنظم عمليات نزع وزرع الأعضاء سيما منها المتعلقة بالموافقة الصادرة من المتبرع الحي , عند وضعه للقانون 11/18 المتعلق بالصحة اذ نص و بشكل صريح على ضرورة افراغها في شكلية رسمية أمام جهة قضائية , لمساهمة ذلك في اثراء مستوى الحماية للمتبرع الحي كما نص على حدودفقد وضع المشرع الجزائري نصوصا شملت شروط تفصيلية لاجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء و هي شروط خاصة اقرها القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المعدل و المتمم بالأمر رقم 20-02

[36] د. زهدورأشواق , المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الاتجار بها , المرجع السابق, ص 105.
[37] د. عقون توفيق , مبدأ الرضا و أثره في التبرع بالأعضاء البشرية بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري , المرجع السابق , ص56,57.

المؤرخ في 30 غشت سنة 2020 حيث نص القانون رقم 18-11 من خلال ا الباب السابع لمواد من 335 الى 367 على حدود ممارسة التذخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الانسان كما نص على العقوبات في حالة الاخلال بهذه الشروط من خلال الباب الثامن المواد من 400 الى 441 و بذلك يكون ساهم هذا التعديل في إقرار حماية لخصوصية جسد الانسان من التدخلات الطبية الشاذة و المتاجرة بجسمه و منح في ذات اللحظة الحق في التبرع بأحد أعضائه المسموح التبرع بها وفقا لشروط تحميه بدرجة الأولى كما تحمي الجهات المختصة بمثل هذه العمليات تحت غطاء قانوني بعيد عن كل الشبهات .

النتائج :

1. أن رضا المتبرع و المستقبل و تمتعه بالأهلية من الشروطالتي يجب أن توفرها في عملية النقل و الزرع حتى تكون جائزة وفقا للقانون .
2. إمكانية التراجع عن الموافقة من قبل المتبرع لأن التبرع لايلزم الا بالتنفيذ.
3. نص المشرع الجزائري على التعبير عن الرضا في نقل وزرع الأعضاء يكون بأي صيغة دالة ,مع توثيق ذلك بالكتابة و الشهود , حماية للجهات المكلفة بعملية نقل وزرع الأعضاء .
4. الشخص الحي الذي لا يتمتع بكامل الأهلية و ليس حرا باختياره ,لايعتدباذنه في التبرع بأعضائه .

التوصيات :

1.نص المشرع الجزائري على افراغ الموافقة في شكلية محددة مع إمكانية العدول عنها الا أنه أغفل ضرورة تحديد دقيق للوقت الذي يتعين فيه اعمال حق العدول عن الموافقة و تجنب المصطلح الفضفاض الذي استعمله " في أي وقت " تفاديا لأي تأويل له.

2. ضرورة النص بشكل صريح على عدم إمكانية استرداد العضو المتبرع به من جانب المتبرع الحي اذا تمت العملية كما فعل صراحة المشرع الاماراتي.

3. نقترح في ظل التطورات الحاصلة اليوم توفير حماية أكثر للجسم البشري خاصة أن ذلك لا يتأتى الا بتفعيل النصوص القانونية المتوفرة , و تشريع النصوص الناقصة , حتى يتحقق الردع الكافي للمجرمين.

4. ان وسائل الاعلام و التواصل المختلفة هي مرأة للناس لتوعيتهم بأهمية التبرع بالأعضاء و بشروطه و خاصة بعد الممات , لأن الانسان و هو في معترك الحياة لا ينتبه و لا يخطر بباله.

قائمة المراجع:

القوانين:

1- القانون رقم 85/ 05المؤرخ في 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .
2- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المعدل و المتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 غشت سنة 2020.

الكتب:

1-د. بن حيدة محمد , الحق في الحياة الخاصة في اطار القانون الجزائري ,د. طبعة , دار هومه للنشر , الجزائر , 2018.

2-د. نويري عبد العزيز, الحماية الجزائية للحياة الخاصة في القانونين الجزائري و الفرنسي , الطبعة الثانية , دار هومة للنشر , الجزائر, 2016.

3-د, علي أحمد عبد الزعبي , حق الخصوصية في القانون الجنائي [دراسة مقارنة] , الطبعة الأولى . المؤسسة الحديثة للكتاب , لبنان, 2006 .

المقالات :

1-د. رحال عبد القادر , الضوابط الشرعية و القانونية لحماية الحق في السلامة الجسدية بين الفقه و القانون , , مجلة الصدى للدرسات القانونية و السياسية , د مجلد. عدد الرابع , 2020 .

2- محمود نجيب حسني , الحق في سلامة الجسم و مدى الحماية الذي يكفلها قانون العقوبات , مجلة القانون و الاقتصاد , مجلد 29, العدد الثالث , 1959.

3-دحية موسى , أحكام فقهية و قانونية في التبرع بالأعضاء بين المسلمين و غيرهم , مجلة الأستاذ الباحث للدرسات القانونية و الساسية , المجلد السادس, العدد الثاني, 2021.

4-د. محمود أحمد طه, المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة , مركز الدرسات و البحوث , دون مجلد,دون طبعة , الرياض , 2001.

5-رحال عبد القادر . ضوابط التصرفات الواردة على حرمة جسم الانسان في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري [التبرع بالأعضاء و الأنسجة بين الأحياء و الوصية بها أنموذجا] جامعة الجزائر , مجلد 31, العدد5, 2017.

6-د. بيبة بن حافظ , نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات الى الأحياء بين الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري , مجلة العلوم الإنسانية , جامعة الاخوة منتوري قسنطينة , المجلد ب.ص.ص, العدد44, 2015.

7-د. رابح فغرور, الحق في سلامة الجسم بين القدسية و الضرورة الطبية [دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري], مجلة البحوث و الدرسات , جامعة الوادي الجزائر , المجلد الخامس عشر , العدد الثاني ,2018.

8- د. عقون توفيق , مبدأ الرضا و أثره في التبرع بالأعضاء البشرية بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ,مجلة الشهاب , جامعة الوادي , دون مجلد, العدد السابع , 2017, ص48.

9-د. زهدورأشواق , المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الاتجار بها , دفاتر السياسة و القانون , دون مجلد, العدد الرابع عشر , 2016 .

10- د. هواري سعاد, خصوصية الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء , مجلة القانون العام الجزائري و المقارن , المجلد الخامس , العدد الأول , 2019 .

مدخلات علمية:

[1] رواب جمال و طحطاح علال , مداخلة بعنوان " نقل الأعضاء من الأموات الى الأحياء بين الشريعة و القانون , الملتقى الوطني الثاني حول نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشريعة , المركز الجامعي خميس مليانة , معهد الحقوق و العلوم الإدارية , أيام 21, 22, 23, الجزء الأول , 2009 .

رسائل جامعية :

1- د. بوشي يوسف , الجسم البشري و أثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا "دراسة مقارنة", أطروحة دكتوراة , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان , الجزائر , السنة الجامعية 2013/2012 .

2- د. مروك نصر الدين , الحماية الجنائية لحرمة سلامة الجسد, أطروحة دكتوراة , كلية الحقوق , بن عكنون , 1997/1996 .

3-الباحث الأشهب العندليب فؤاد, الحماية الجنائية لحرمة جسم الانسان عن الأعمال الطبية الحديثة , رسالة لنيل شهادة الماجستير , تخصص القانون الجنائي , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة قاصدي مرباح رقلة 2011/2010.

عمليات نزع وزرع الأعضاء التناسلية بين تفصيل الفقه الإسلامي وقصور التشريع الجزائري

Operations of removal and transplantation of genital organs between the details of Islamic jurisprudence and the shortcomings Algerian legislation

صامت غزالي

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف(الجزائر).

ملخص:

من بين الوسائل العلمية المستحدثة لعلاج العقم عمليات نزع وزرع الأعضاء التناسلية، لكن هذه العملية ترافقها خطورة تتسع باتساع الرغبة الإنسانية التي لا حدود لها، إذ ليس كل ما هو ممكن طبيا، أن يكون بالضرورة جائزا شرعا ومسموحا به قانونا. فالإمكان من الناحية الطبية شيء، والجواز شرعا وقانونا شيء آخر، ما حتم وجوب تدخل فقهاء الشريعة والقانون لرسم حدود هذه التقنيات، تفاديا لما يستتبعها من إشكالات قد تمس الجانب الديني والاجتماعي والأخلاقي والأسري، إذ الملاحظ أن هذه النازلة قد نالت الحظ الأوفر من آراء الفقه الإسلامي، في المقابل لم يعرها المشرع الجزائري أدنى اعتبار بالتنصيص عليها، بل أبقها تحت طيات القواعد العامة من حيث التنظيم والمسؤولية.

الكلمات المفتاحية: زرع الأعضاء-فقه-أعضاء تناسلية-مسؤولية طبية.

Abstract :

Among the new scientific methods for treating infertility is the removal and transplantation of genital organs, but this process is accompanied by a risk that expands with the expansion of human desire has not limits, as not everything that is medically possible must necessarily be legally permissible and permitted by law. The legal and legzl permissibility is something else, which necessitates the necessity of sharia and law jurists to intervene to draw the limits of these technologies, in order to avoid the ensuing problems that may affect the religious, social, moral and family aspects, as it is noted that this catastrophe haz gained the best of luck from the opinions of Islamic jurisprudence, on the other hand the legislator did not lend it The Algerian had the slightest regard for stipulating it, but rather kept it under the folds of the general rules in terms of organization and responsibility.

Keywords: organs transplant; jurisprudence; Reproductive organs; medicale liability .

مقدمة:

لقد بدا واضحا ما وصل إليه الفكر الإنساني، من توظيف التطور العلمي في تطوير الطرق العلاجية، فليس بالزمن البعيد، حيث كان ينظر إلى بعض الجراحات على أنها مستحلية التنفيذ، أضحت اليوم في عداد الأعمال الطبية العادية، إذ يمكن مباشرتها دون عناء يبذله الطبيب، ومن غير معاناة للمريض، وما تم استحداثه من سبل للمساعدة الطبية على الإنجاب، الجراحة الواقعة على الجهاز التناسلي، إما بإعادة تأهيله، أو تعويضه، فأما الأولى، فبداهة فلا إشكال فيها لاحتفاظ المريض بأعضائه، وهو يندرج ضمن التدخلات العلاجية المألوفة، بوجود علة تقتضيها، في حين أن الثانية تهدف إلى زرع الأعضاء والغدد التناسلية في حالة فقدها، أو عدم صلاحيتها مطلقا، وقد تكون تلك الأعضاء حاملة للصفات الوراثية، ما يترتب على ذلك مساس بالنسب.

إلا أن الفقه الإسلامي المعاصر فصل في هذه الجراحة، ففرق بين زرع الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية، فحرمها لسد باب خلط الأنساب، وبين زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي غير الناقلة للصفات الوراثية، وما عدا العورات المغلظة، فأجازها بشرط توفر الضرورة المشروعة، وإن كان يصعب تطبيق أحكام الضرورة في هذه الحالة[1].

أما المشرع فلم يتطرق بصفة صريحة لمدى جواز اللجوء إلى هذه الجراحة من عدمه، وإن كانت هذه الجراحة هي فرع من جراحة نزع وزرع الأعضاء البشرية المنصوص عليها في قانون الصحة رقم 18-11[2]، والتي تتطلب احترام ضوابط وإجراءات قانونية قبل القيام بها، لكونها تمس بمبدأ السلامة الجسدية للمريض، تشترك في حمايته مجموعة من القواعد القانونية، في أولها قانون العقوبات[3]، والقانون المدني[4]، وقوانين الصحة، لذلك سنحاول معالجة ذلك من خلال تبيان حدود اتخاذ هذه الجراحة كوسيلة لعلاج العقم وتحقيق الإنجاب، وطبيعة المسؤولية المترتبة عنها حالة ممارستها، أو الإقدام عليها. والإشكال المطروح يتمثل في: **ما هو الضابط المعتمد للقول بمشروعية نزع وزرع الأعضاء التناسلية في ظل نقص التشريع الجزائري؟**

---

[1]-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر ، ط01، د. د.ن، 2002.، ص.472.

[2]-القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق 02 يوليو 2018، ج.ر.ع46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018، ص.03، المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 11 محرم 1442هـ الموافق 2020/08/30، المتعلق بالصحة، ج.ر، المؤرخة في 2020/05/02، ع50، ص.04.

[3]-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع49، المؤرخة في 11 يونيو 1966، ص.702.

[4]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج.ر، ع78، المؤرخة في 1975/09/30، ص.990.

ومن أجل الإلمام بهذه الدراسة اعتمدنا على الأسلوب الوصفي والتحليلي، كونهما مناسبين لها، مركزين على المصطلحات والمفاهيم، كما أن طبيعة هذا الموضوع تتطلب تقسيمه إلى ثلاثة محاور أساسية:

-المحور الأول: الأساس القانوني لعملية نزع وزرع الأعضاء عموما

-المحور الثاني: الموقف الشرعي والتشريعي من نزع وزرع الأعضاء التناسلية

-المحور الثالث: مدى كفاية القواعد العامة لإقرار المسؤولية الطبية في هذه الجراحة

والتفصيل في ذلك يكون كما يلي:

-المحور الأول: الأساس القانوني لعملية نزع وزرع الأعضاء عموما

فعمليات زراعة الأعضاء هي من سبل العلاج ، إلا أن الأفعال الممارسة من خلالها تشبه أفعال التعدي المجرمة، لذلك يكون من المعقول تبرير ذلك.

1-تحديد المفاهيم.

يمكن أن يتضح لنا مفهوم هذه العملية بتبيان معنى بعض مصطلحاتها، ثم تعريفها.

1.1-مصطلحات هذه الجراحة.

1.1.1-الأعضاء: العضو: بالضم والكسر، كل لحم وافر بعظمه[5]، أو كل جزء من جسم الإنسان يتميز عن غيره من الأجزاء وتكون له وظيفة محددة، كالقلب واللسان، وغيرهما[6].

وعرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي العضو بأنه:" يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة و خلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين. سواء أكان متصلا به، أم انفصل عنه"[7]. إذن فالعضو يقصد به، كل جزء من جسم الإنسان، له نشاط ينفرد به، يميزه عن غيره، يسهم في البنية الحيوية للجسم.

2.1.1-الغدد: الغدة والغُدَدَةُ: بضمها، كل عقدة في الجسد أطاف بها شحم، وكل قطعة صلبة بين العصب، جمع: غدد، والغددُ[8]، أو هي التي في اللحم[9].

---

[5]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تح.محمد نعيم العرقسوسي،ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005، ص.1312.

[6]-أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية-موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، تقد، محمد هيثم الخياط، ط01، دار النفائس، بيروت، 2000، ص.711.

[7]-القرار رقم 26 لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية في الفترة 18-23 جمادى الآخرة 1408هـ الموافق 06-11 فيفري 1988م؛ قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، الإصدار الرابع، 1442هـ-2020م، القرارات من 01 إلى 238، الدورات من 02 إلى 24، 1406هـ - 1441هـ الموافق 1985-2019م ، ص.100.

[8]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع نفسه، ص.304.

[9]-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، 2009، ص.838.

فالأعضاء التناسلية، هي التي تنتج عناصر الإخصاب من بويضات ونطف، وهي أيضا محل الجمع، وتختلف الأعضاء التناسلية عند الذكر عن أعضاء الأنثى، وأعضاء الذكر الخصيتين اللتان تسكنان كيس الصفن، خارج البطن وتولد النطف، ثم القنوات الناقلة للنطف، ثم القضيب، أما عند الأنثى، فتتألف من المبيضين المنتجين للبويضات، ثم بوقي الرحم اللذين ينقلان البويضات، ثم الرحم، ثم الفرج[10].

والغدد التناسلية لها وظيفتان، إحداهما إفراز النطف والبويضات، وثانيهما إفراز الهرمونات الذكرية والأنثوية، وتكون أشد تعقيدا في الأنثى، فتكون سببا في حدوث دم الحيض، أما عند الذكر، فبها تظهر علامات البلوغ المعروفة والرغبة الجنسية[11].

2.1-المقصود بعملية نزع وزرع الأعضاء التناسلية

عملية نزع وزرع الأعضاء يطلق عليها عدة مصطلحات، كغرس الأعضاء، نقل الأعضاء، انتفاع الإنسان بأعضاء الإنسان، التبرع بالأعضاء وترقيع الأعضاء[12].

فزراعة الأعضاء أو غرس الأعضاء هناك من عرفها أنها:" نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل، ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف"[13]،

وعرفها آخر بأنها:" غرس الأعضاء يقصد به نقل عضو سليم من جسم متبرع (معطي، مانح) سواء كان إنساناً أو حيواناً أو أي كائن حي، وإثباته في الجسم المستقبل (الآخذ، المتلقي) ليقوم مقام العضو المريض في أداء وظائفه"[14].

من التعريف العام لعملية زراعة الأعضاء، يمكن أن نسوق تعريفا مناسبا لجراحة الأعضاء التناسلية، فيقصد بها: نزع عضو سليم له دور في عملية الإنجاب من جسم إنسان، وغرسه في جسم إنسان آخر، تعرض لفقد أو تعطل عضوه المماثل للعضو المنزوع، ليقوم مقامه ويؤدي وظيفته، دفعا للألم العضوي أو النفسي.

وهذه العملية لها أسباب تدفع بالإنسان إلى طلبها، وغالبا ما تكون بدافع الإنجاب وتحقيق الأبوة والأمومة، أو تحقيق الاستمتاع، أو رغبة في الجمال والتجمل[15].

---

[10]-أحمد محمد كنعان، المرجع نفسه، ص.87.

[11]-محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي في قضية زرع الأعضاء، ط01، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، 1994، ص.245.

[12]-صديق مروج، بوبشيش صالح، زراعة الغدد والأعضاء التناسلية في الفقه الإسلامي، مجلة الإحياء، جامعة باتنة1، كلية العلوم الإسلامية، مج20، جوان 2020، ع25، ص.202.

[13]-محمد علي البار، المرجع السابق، ص.89.

[14]-محمد أيمن صافي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا غرس الأعضاء في جسم الإنسان مشاكله الاجتماعية وقضاياه الفقهية، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع04، ص.62.

ومن ناحية المصطلحات، فالمشرع وظف مصطلح "نزع وزرع الأعضاء" ضمن قانون الصحة، فهو مصطلح شائع الاستعمال، لكن بالتدقيق فيه من الناحية اللغوية، يمكن القول أنها تسمية صحيحة في أحد شقيها، "فالنزع" هو قلع الشيء من مكانه[16]، ونقله[17]، وهو مناسب مع هذه الجراحة، بمعنى: قلع العضو وزحزحته من مكانه، أما الشق الثاني، المتمثل في كلمة"زرع"، فهو لا يستقيم مع هذه الجراحة، لأن الزرع هو الطرح والإلقاء[18]، ففيه نوع من العشوائية، ويدل على كثرة الشيء المزروع، وعدم نضجه وصلاحيته، لذلك يميل البعض إلى تفضيل استعمال كلمة "غرس"، ونحن نؤيده، لأنها أدق وأصح لاستعمالها في مجال جراحة الأعضاء[19]. وقد وردت أحاديث عن النبي صلى الله عليه وسلم تدل على وجود فرق بين الغرس[20]، والزرع، منها ما رواه أبو عوانة عن قتادة عن أنس، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" ما من مسلم يغرس غرسا أو يزرع زرعا فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة"[21].

2-النظريات المبررة لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية

إن لتحديد الضابط القانوني المعتبر في هذا التدخل الأثر البين في تغيير التكييف القانوني من كنف التجريم إلى كنف الإباحة والمشروعية، فظهرت نظريات لتبريرها، يمكن إيجازها فيما يلي:

1.2- نظرية السبب :

وفقها، هذه العملية كأصل عام ترمي إلى تخفيف آلام المريض أو إنقاذ حياته، أو ترميم سلامته الجسدية، فتحقيق ذلك الغرض هو الذي يكسبها صبغة المشروعية، فبالرغم من المساس بالجسد هو تحقيق مصلحة علاجية للمريض، إلا أن تحقيق تلك المصلحة يجعلها واجبة الاحترام من الغير أيضا، فتكون الأضرار التي تلحق بالمتبرع أقل درجة من المزايا المتحصل عليها للمريض، فأساسها هو الموازنة بين المصالح المحققة لأطراف العملية[22].

---

[15]-محمد سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06، ص.1665؛ صالح بن محمد الفوزان، العمليات التجميلية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، مج03، 1431هـ، ص.2391.

[16]-أحمد بن فارس بن زكريا ، مقاييس اللغة ، تح. عبد السلام محمد هارون، ج05، دار الفكر،القاهرة، 1979، ص.415.

[17]-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط01، ج14، المطبعة الميرية، بولاق مصر المعزية، 1306هـ، ص.197.

[18]-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص.489.

[19]-محمد أيمن صافي، المرجع نفسه، ص.62.

[20]-أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، 1987، ص.169.

[21]-أحمد بن حنبل، المسند، تح.محمد عبد القادر عطا، ط01، ج05، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ح.ر 13736، ص.663.

[22]-محمود ثابت محمد علي الشاذلي، الضوابط القانونية لعملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، مجلة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، القاهرة، مج03، 2018، ع44، ص.205-206.

هذه النظرية تعرضت للنقد، لانعدام معيار دقيق للقول بمشروعية السبب، فمبدأ الموازنة بين المصالح لا يكفي لذلك، بل لابد من توافر ضرورة علاجية تستدعي العملية[23].

2.2-نظرية الضرورة:

تتصف هذه النظرية بالشمولية، فيمكن إعمالها في جميع فروع القانون، كقانون العقوبات[24]، وفي مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء، فإضفاء المشروعية لا يتحقق إلا إذا وجد خطر محدق ينطوي على قدر من الجسامة، مع عدم وجود سبيل آخر لتفاديه إلا بإجرائها، مع ترتيب قدر من المسؤولية بالتأكد من سلامة جسد المتبرع والمتلقي، بذلك فهو إعمال لمبدأ الموازنة بين الخطر المحدق بالمريض والضرر الذي قد يلحق بالمتبرع[25]. وعملية نزع وزرع الأعضاء من نماذج تطبيق الضرورة بكافة أركانها، فعمل الطبيب هنا فيه إغاثة للمريض، ما يجعله مناسبا لاستيعاب نظرية الإنقاذ المعروفة فقهيا[26].

كذلك هذه النظرية تعرضت للنقد لأسباب تمثلت في:

-عدم توافر حاجة الضرورة أو عدم التوافق مع المفهوم الحقيقي للضرورة[27].

-اتسع قصور هذه النظرية باستحداث البنوك الحافظة للأعضاء البشرية المستأصلة لحين الحاجة[28].

-قد لا تتحق الضرورة، كحالة إمكانية تركيب أجهزة اصطناعية كأجهزة تصفية الكلى[29].

-أن الطبيب هو الذي يقدر التوازن بين الخطر والضرر الواقع على المانح والمتلقي، ما يفند قصر حالة الضرورة على الطرفين فقط[30].

3.2- نظرية المصلحة الاجتماعية

---

[23]-محمود ثابت محمد علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص.206.

[24]-وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط04، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص310؛ مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص.63.

[25]-مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليان مج41، 2014،ع02، ص.1425.

[26]-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع نفسه، ص.65.

[27]-أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق، سبتمبر 2010، ص.192.

[28]-مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، المرجع السابق، ص.1425.

[29]-إقروفة زبيدة، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج03، 2008، ع02، ص.374.

[30]-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.69-70.

فالمصلحة يقصد بها ما يتحقق به من نفع، أو يندفع به ضرر[31]، وحسب أنصار هذه النظرية، هناك اعتبارات تؤخذ بالحسبان هي:

- فكرة التضامن الاجتماعي، فالوظيفة الاجتماعية للشخص تلقي على عاتقه جملة من الواجبات، ما لم يشكل ذلك تعديا على سلامته الجسدية، إذ التبرع بإحدى الكليتين بقدر ما يمس المانح من ضرر، إلا أنه يزيد في النفع الاجتماعي، بإنقاذ حياة المتلقي[32].

-لابد من اقتران المصلحة الاجتماعية برضا الشخص المتبرع[33].

هذه النظرية مثل سابقتيها، لم تسلم من النقد، بما يلي:

-تؤدي إلى إهدار الحقوق الفردية، خاصة في الأنظمة المستبدة، فينتج عنها استغلال الأغنياء للفقراء.

-لا يمكن تبرير مشروعية هذه العملية، لانطوائها على خطورة متغيرة، وتكريس للاعتداء على مصالح فردية واجتماعية جديرة بالرعاية[34].

4.2-نظرية رضا المتبرع:

فحوى هذه النظرية، أن رضا الشخص المتبرع بالعضو هو المعتبر، لكن في ظل هذا الاتجاه، وجدت ثلاث آراء[35]، كل منها حاول إعطاء معيار كافي لجعل رضا المجني عليه سببا من أسباب إباحة هذه العملية، وهي:

-أن المتبرع يتنازل عن حقه، مع الاحتفاظ بالعدول عن الرضا. غير أن هذا الرأي يتعارض مع فكرة النظام العام، فالجسم البشري لا يمكن أن يكون محلا للتعامل.

-التوقف عن استعمال المتبرع لحقه في مواجهة من يلحق به الضرر. لكن هذا الأساس يتنافى وحق الدفاع.

-استخدام رخصة قانونية لصاحب الحق، فالمريض منح رخصة قانونية للغير تمكنه من المساس بسلامته الجسدية. إلا أن الفرد ليس له حق ملكية على جسمه تمكنه من ذلك.

ومنه نخلص إلى أن نظرية الضرورة مجالها هو مصالح الأطراف، بينما نظرية المنفعة الاجتماعية، فمجالها المستوى الاجتماعي دون الفردي. أما من رآى باقتران الرضا، فذلك لا يصلح للتطبيق، لأنه شرط

---

[31]-عبد السميع أحمد إمام، منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب، ط01، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الإصدار السابع والثلاثون، 2012، ص.100.

[32]-أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.198-199.

[33]-مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع نفسه، ص. 73.

[34]-مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق ،2004-2005، ص.277.

[35]-مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص.278 وما بعدها.

قد يستحيل تطبيقه، لاسيما في حالة الخطر المحدق بالجسم، إذ لا يكون لرضا المجني عليه أي أثر هنا، بل هو مجرد شرط لا يرقى لعده ركنا من أركان الضرورة المحددة قانونا[36].

فالقول أنه متى وجدت الضرورة أمكن تبرير العملية لانطوائها على مصلحة الفرد والمجتمع، فكلاهما ضرورة ملحة تبرر التداخل بين آراء نظريتي الضرورة والمنفعة الاجتماعية[37]، بشرط رضا المريض والمتبرع، فهو من المسائل القانونية التي حظيت بعناية كبيرة من المشرع.

-المحور الثاني: الموقف الشرعي والتشريعي من نزع وزرع الأعضاء التناسلية

إن هذه العمليات تستلزم التأطير الشرعي والقانوني معا، هو ما نفصله في الآتي:

1-آراء الفقه الإسلامي.

لقد اختلف العلماء المعاصرين في حكم إجراء هذه العمليات، واختلافهم شامل لحال كون المتبرع حي أم ميت[38]، معتمدين على معيار مدى نقل تلك الأعضاء للصفات الوراثية من عدمه، هو ما سنوجزه في الآتي:

1.1-الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية

ورد بشأن هذا النوع من الأعضاء التناسلية، ثلاثة أقوال، مانع، مجيز مطلقا، ومجيز بشروط؛

-فالأول، يرى به أغلب الفقهاء المعاصرين[39]، كما نصت عليه قرارات المجامع والمجالس الفقهية[40]، وهو عدم جواز هذه العملية، لأنها تنقل الصفات الوراثية من المتبرع إلى المتلقي، خاصة الخصيتين والمبيضين، وأدلتهم:

---

[36]-أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.202.

[37]-نبيلة أقوجيل، الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان أمام الممارسات الطبية(أعمال الطبيب)، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2004-2005، ص.39؛ مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، المرجع السابق، ص.1425.

[38]-مرحبا إسماعيل، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ط01، دار إبن الجوزي، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1429هـ، ص.99.

[39]-محمد المختار الشنقيطي أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط02، مكتبة الصحابة، جدة، 1994، ص.398؛ حمداتي شبيهنا ماء العينين، زراعة الغدد التناسلية أو زراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع06، ص.1648؛ طلعت أحمد القصيبي، إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06، ص.1604؛ محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط01، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996، ص.175؛ خالد رشيد الجميلي، أحكام نقل الخصيتين والمبيضين وأحكام نقل أعضاء الجنين الناقص الخلقة في الشريعة الإسلامية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة،ع06، ص.1616.

[40]-القرار رقم 57 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية، من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق من 14 إلى 20 مارس 1990م بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، الإصدار الرابع، المرجع السابق، ص.180-181.

-قول الله عز وجل: .....دلت الآية على أن نقل الأعضاء التناسلية يدخل في الذم الوارد في الآية[41].

-حديث النبي صلى الله عليه وسلم:" لعن الله الواصلة والمستوصلة"[42]، ووجه الدلالة أن نقل الخصيتين والمبيضين شبيه بوصل الشعر المنهي عنه في الحديث، فيكون وصل لهما في جسمه[43].

-تحريم الخصاء، ونزع الخصيتين والمبيضين شبيه به، ما يؤدي إلى قطع النسل، وهو محرم[44].

-قياس تحريم زرع الخصية والمبيض على الرحم الأجنبي في التلقيح الاصطناعي، فيكون الزرع أولى بالتحريم[45].

-نزع وزرع الخصية والمبيض من الوسائل المفضية إلى اختلاط الأنساب، ما يجعلها شبهة موجبة للتحريم[46].

-أن دوافع هذه العملية هي تحسينية أو حاجية، لا يعول عليها لإباحة كشف العورة، وانتهاك حرمة الأموات والأحياء، لأنها ليس من قبيل الضرورات[47].

-أما الثاني، وبه قال بعض الفقهاء المعاصرين، منهم: سيد سابق[48]، ومحمد سليمان الأشقر الذي يرى بأنه جواز محفوف بالشبهة، فيكون من باب الكراهة[49].

ولهم أدلة في ذلك:

-أن الخصية مجرد آلة منظمة للحيوانات المنوية، فتصبح للشخص المتلقي عند زرعها، فلا وجه للشبهة في عملية زرعها[50]. لكن نوقش استدلالهم، بأن وظيفة الخصية تتعدى عملية تنظيم الحيوانات المنوية، لأنها في الحقيقة هي المولدة لها[51].

---

[41]-محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.393؛ حمداتي شبيهنا ماء العينين، المرجع السابق، ص.1647.

[42]-محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجة، ط01، مج02، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية،1997، ص.161.

[43]-حمداتي شبيهنا ماء العينين، المرجع نفسه، ص.1649.

[44]-محمد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.393.

[45]- محمد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.393.

[46]-محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.1623.

[47]-محمد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.1623.

[48]-مرحبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.101.

[49]-محمد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.1630.

[50]-محمد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.394؛ مرحبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.106.

[51]-صديقة علي العوضي؛ كمال محمد نجيب، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06، ص.1665.

-بعد زرع الخصية في المريض المتلقي، تنسب إليه وتنقطع صلتها بالمتبرع، فتكون ملكا له، سواء انتقلت الصفات الوراثية أم لا[52]. ورد على ذلك، بأن ملكية الخصية تصبح للمتلقي لا يمكن تأسيسها إلا بالرجوع إلى ضوابط، كإذن الشرع،[53].

-عدم ثبوت تأثير الصفات الوراثية، ولا داعي للقلق من تطابقها[54]. ونوقش ذلك، بأنه قياس لا يصح، فهو قياس مع الفارق[55].

-وأما القول الثالث، فيرى بجواز نقل إحدى الخصيتين أو أحد المبايض، وقال به بعض الفقهاء المعاصرين[56]، وأفتت به مشيخة الأزهر[57]، وأدلتهم في ذلك:

-زرع إحدى الخصيتين لا يؤدي إلى قطع نسل المتبرع، بخلاف نقلهما معا[58]. غير أنه رد على ذلك، بأن الحرمة باقية، حتى في حال نقل إحدى الخصيتين أو أحد المبيضين[59].

-العمل بقياس نقل أحد الأعضاء غير التناسلية، كالكلية أو الرئتين، لتوفر الحاجة للأعضاء التناسلية[60]، ونوقش كذلك، بأنه قياس مع الفارق[61].

-يمكن زرع الخصية أو المبيض، بشرط التخلص من الحيوانات المنوية والبويضات[62].

خلاصة يتأكد صواب الرأي الأول، أي عدم جواز نقل الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية، لما يكتنف هذه العمليات من اختلاط الأنساب، لأن الأطباء أثبتوا انتقال الشفرات الوراثية، فهي تختلف عن نظيراتها من عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية الأخرى.

2.1-الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية

هناك خلاف فقهي بشأنها ، مانع، ومجيز، وآخر يرى بضرورة التفصيل لإطلاق الحكم، حسب الآتي:

---

[52]-محمد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص.1627؛ مرحبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.106.

[53]-محمد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.396-397.

[54]-محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.394.

[55]-محمد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.397؛ مرحبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.107.

[56]-مرحبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.102.

[57]-محمود سعد محمود محمد عبد العال، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية في ضوء الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية بنين، جامعة أسوان، مصر، 2020، ع03، ص.3964.

[58]-محمد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.395؛ مرحبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.107.

[59]-مرحبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.107.

[60]-محمد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص.395.

[61]-مرحبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.108.

[62]-محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.1630.

-فالقول الأول، يرى بعدم جواز زرعها، وهو قول بعض الفقهاء المعاصرين، منهم: حمداتي شبيهنا ماء العينين[63]، محمد رأفت عثمان[64]، واستدل هؤلاء بما يلي:

-أن هذه النوع داخل في تغيير خلق الله عز وجل، بدليل قوله تعالى: «... -هذه العملية تؤدي إلى هلاك الشخص المتبرع، فيشمله قول الله عز وجل: : «...»[65].

-قد يترتب العقم عن عملية زرع الأعضاء التناسلية، فيكون ذلك بصفة إرادية من المتلقي، وهذا محرم شرعا[66].

-عدم وجود ضرورة لإجراء عملية الزرع، بل أكثر من ذلك، فهي ليس من باب الحاجيات ولا التحسينات[67].

-والقول الثاني، يرى بجواز نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية، منهم: محمد نعيم ياسين[68]، وخالد رشيد الجميلي[69]، وأدلتهم في ذلك:

-أن هذه الأعضاء لا تحمل الصفات الوراثية، كالرحم الذي لا دخل له في الأنساب، ولا يؤدي التبرع به إلى اختلاطها، واستئصاله لا يسبب أية علة جسدية، وعملية غرسه أقرب إلى النجاح من الفشل، بشرط التأكد من خلوه من بويضة أو نطفة قديمة، فتكون المفسدة المدفوعة بالتبرع أعظم من المفسدة الواقعة بسببه، ما يقرب القول بالجواز في هذه الحالة[70].

-هذا النوع من العمليات يدخل في نطاق الضروريات، ما يجعله أمرا جائزا[71]. كما أن هناك من يرى بجواز نقل الأعضاء المغلظة من الميت إلى الحي فقط[72].

-وأما القول الثالث، فيرى بجواز نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية، باستثناء العورات المغلظة، وقال بذلك أغلب الفقهاء المعاصرين[73]، وبه أفتى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في القرار رقم 57، وما نصت عليه كذلك توصية ندوة رؤية إسلامية لزراعة الأعضاء البشرية[74].

---

[63]-حمداتي شبيهنا ماء العينين، المرجع السابق، ص.1648 وما بعدها.

[64]-محمد رأفت عثمان، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، الأزهر الشريف، 13 ربيع الأول 1430 الموافق 10 مارس 2009، ص.14 وما بعدها.

[65]-سورة البقرة، جزء من الآية 195.

[66]-حمداتي شبيهنا ماء العينين، المرجع السابق، ص.1648.

[67]-مرحبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.111.

[68]-محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص.170.

[69]-خالد رشيد الجميلي، المرجع السابق، ص.1617.

[70]-محمد نعيم ياسين، المرجع نفسه، ص.170.

[71]-مرحبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.112.

[72]-محمود سعد محمود محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.3945.

وأدلتهم في ذلك، ما أورده أصحاب القول الأول القائلين بالجواز، يضاف إليها الأدلة الموجبة لاستثناء العورات المغلظة من دائرة الإباحة، وفقا لما يلي:

-تحقق شبهة الزنا عند زرع الفرج[75]. غير أنه رد على ذلك، بكون العضو المنقول سيكون تابعا للمتلقي، مختصا به، ولا ينسب البتة إلى المتبرع[76].

-أن العورات المغلظة ليست كسائر أعضاء الجسم، فالقياس على جواز نقلها على سائر الأعضاء، قياس خاطئ[77]. غير أنه حتى بالنسبة لنزع وزرع الأعضاء التناسلية الأخرى، يتطلب الأمر كشف العورة كذلك[78].

والراجح القول الأول، لأنه الأحوط، وفيه سد للذرائع، وتجنبا للاتجار بالأعضاء، فلا يجوز التبرع بأي عضو من الأعضاء التناسلية، لا الرحم ولا العورات المغلظة، سواء من الحي أو من الميت، لما يؤدي إليه من اشمئزاز النفوس، ورفضها اجتماعيا، وانطوائها على كثير من الشبه، وكذا مدى نجاح تلك العمليات، خاصة إذا علمنا أن الطب لا يزال قاصرا على إثبات قطعية عدم نقل بعض تلك الأعضاء للصفات الوراثية، لكونها أعضاء متقنة الصنع، أوجدها الله الخالق البارئ،[79]. مصداقا لقوله عز وجل: «...»[80].

2-عمومية النصوص القانونية لتنظيم نزع وزرع الأعضاء التناسلية

في هذا البند سنبين الإطار القانوني لنزع وزرع الأعضاء، ثم إغفال المشرع لنزع وزرع الأعضاء التناسلية.

1.2-الإطار القانوني لنزع وزرع الأعضاء

نظم المشرع عمليات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة رقم 18-11، في المواد 355 إلى 369، لكن قبل ذلك كان الأطباء يستندون إلى فتاوى الشيخ الفقيه أحمد حماني، المجيزة

---

[73]-منهم: محمد سالم بن عبد الودود وعبد الستار أبو غدة، الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة في الكويت في 23 – 26 ربيع الأول 1410هـ الموافق 23 – 26 أكتوبر 1989م البيان الختامي والتوصيات للندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في 23 – 26 أكتوبر 1989م بالكويت، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ص.1749؛ مرحبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.109؛ بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص.125.

[74]-الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة في الكويت، المرجع نفسه، ص.1672.

[75]-محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.1624.

[76]-مرحبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.112.

[77]-مرحبا إسماعيل، المرجع السابق، ص.113.

[78]-مرحبا إسماعيل، المرجع نفسه، ص.113.

[79]-سورة النمل، جزء من الآية 88.

[80]-سورة النمل، جزء من الآية 88.

لمثل هذه العمليات بين الأحياء أو من جثث الموتى[81]، فهذه المواد تضمنت في طياتها شروطا طبية، إدارية، وقانونية.

1.1.2-الشروط الطبية: تتمثل في:

1.1.1.2-الهدف العلاجي للعملية

بوجود هذا الشرط، يجعل من عمليات نزع وزرع الأعضاء، تصرفا مشروعا[82]، حسب المادة 355 من قانون الصحة[83]، أي لا يمكن أن توجه لأغراض أخرى كالاتجار بها[84]، المعاقب عليها بنص المادة 53 ق.ع. كما أن المادة 357 ق.ص في فقرتها الثانية[85]، نصت على أن حفظ الأعضاء يتطلب اقترانه برضا المتبرع أو الممثل الشرعي، إذا كان المتبرع قاصرا.

2.1.1.2-مراعاة الحالة الصحية لأطراف العملية

عملا بمبدأ الموازنة، يكون من اللازم التوفيق بين المخاطر والمنافع، وهو ما ينبني عليه التكييف القانوني للتدخل الطبي، في مواجهة المانح والمتلقي معا[86]، ويلمس ذلك في نص المادة 360 ق.ص.[87]، والفقرة الثانية من المادة 359، فيقع على عاتق الهيكل الصحي القائم على عملية الزرع التكفل بجميع الفحوصات الطبية اللازمة للمانح والمتلقي، مع المتابعة الطبية لهما[88]، وهو الذي تضمنته كذلك المادة 361 من نفس القانون[89].

3.1.1.2-التوافق بين أنسجة المتبرع بالمتلقي

هذا الشرط منصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 359 ق.ص.[90]، إذ أن من أساسيات نجاح هذه العملية، إجراء التحقق من تطابق فصيلة الدم أو تكون مناسبة، وكذا تطابق أنسجة المتبرع مع المريض

---

[81]-الفتوى الأولى: بتاريخ **1980/04/16 والثانية: بتاريخ 1985/02/14**؛ نذير حمادو، موقف فقيه الجزائر الشيخ أحمد حماني-رحمه الله- من زراعة الأعضاء، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج01، 2012،ع02(خاص)، ص.70.

[82]-حمادي عبد النور، الشروط القانونية المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج2012،01، ع02(خاص)، ص148؛ مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، المرجع السابق، ص.1426.

[83]-أنظر؛ المادة 355 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[84]-امحمدي بوزينة أمنة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء في ظل القانون 09-01، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جانفي 2016، ع15، ص.133.

[85]- أنظر؛ المادة 357 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[86]-أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.221.

[87]- أنظر؛ المادة 360 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[88]-أنظر؛ الفقرة الثانية من المادة 359 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[89]- أنظر؛ المادة 361 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[90]- أنظر؛ الفقرة الأولى من المادة 359 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

المتلقي[91]، مما يمكن تجنيب الطبيب الوقوع في إشكالية تتعلق بالعضو المراد زرعه، كحدوث ظاهرة لفظه أو طرده من طرف جسم المريض، فيقع عليه التزام بذل عناية وليس الالتزام بتحقيق نتيجة[92]، وإن كان التطابق النسيجي الكامل هو أمر نادر للغاية، لكن بتواجد العلاجات الكابتة للمناعة تراجع خطر فشل زرع الأعضاء بسبب عدم التوافق النسيجي[93].

4.1.1.2-الضرورة الموجبة لعملية نزع وزرع الأعضاء

اشترط المشرع توافر حالة الضرورة لإجراء عملية نزع وزرع الأعضاء، بالمادة 364 ق.ص.[94]، وتحقق حالة الضرورة يقتضي توافر شروط تناولها بعض الشراح[95]، منها ما يتعلق بالمريض المتلقي، ومنها ما يتعلق بفعل الاستقطاع من الإنسان الحي. غير أن تقدير حالة الضرورة يخضع للجنة طبية مختصة، تقوم بدراسة حالة المريض، مع الالتزام بمبدأ الموازنة بين مصالح الأطراف[96].

بالمقابل أغفل تحديد الجهة المختصة التي تتمتع بصلاحية تقدير حالة الضرورة ضمن نصوص قانون الصحة رقم 18-11، بعدما كان نص على ذلك مسبقا في القانون رقم 85-05 بالمادة 167 في فقرتها الثانية[97].

2.1.2-الشروط الإدارية: تتمثل في:

1.2.1.2-الترخيص القانوني للمؤسسة الإستشفائية

حسب المادة 366 ق.ص.[98]، فإنه يمنع مباشرة تلك العمليات في المؤسسات والمراكز التي لا تحوز على ترخيص من الوزير الكلف بالصحة، بعد أخذه لرأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، مع شرط توفرها على تنظيم تقني وتنسيق استشفائي، تحدد معاييره عن طريق التنظيم، وهذا ما يكفل إجرائها طبقا للقيم

---

[91]-محمد علي البار، المرجع السابق، ص.156.

[92]-مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلية الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، مج36، 1999، ع03، ص.16.

[93]- رويستون إم روبرتس، السرنديبية اكتشافات علمية وليدة الصدفة، ترجمة مصطفى محمد فؤاد، مؤسسة هنداوي سي آي سي، المملكة المتحدة، 2017، ص.267؛ إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة **2011/11/14**، ص.**115-116**؛ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.310

[94]- أنظر؛ المادة 364 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[95]-أنظر؛ مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص.326.

[96]-حاوش هدى، أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة2، مج06، ع01، 2017، ص.148.

[97]-أنظر؛ الفقرة الثانية من المادة 167 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.، المؤرخة في 1985/02/17،ع08، ص.176، المعدل والمتمم.

[98]- أنظر؛ الفقرة الأولى من المادة 366 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

الإنسانية، تجنبا لأية انحرافات طبية تتنافى والصبغة الأخلاقية[99]، وجعلها خاضعة لرقابة الدولة[100]، خلافا لرأي بعض الشراح الذي صنف مثل هذا الإجراء ضمن خانة المشاكل القانونية المثارة في مجالها[101].

2.2.1.2-توفر موافقة أطراف العملية(المانح والمريض)

فرضا المريض يعد شرطا أساسيا لمباشرة التدخلات الطبية بصفة عامة، لذلك عني بنوع من الأهمية في مجال عمليات نزع وزرع الأعضاء، إذ بغيابه تنعدم هذه العمليات ولا تستقيم لها قائمة.

1.2.2.1.2-موافقة المانح

المانح هو الأساس، فعمله التطوعي لابد أن يتم بموافقة صريحة وحسن نية، فالمشرع بإقراره لهذا الشرط، يكون قد حرره من استغلال الطبيب، ولا يمكنه تعريض جسده للخطر، فلا يستطيع القيام بوظائف جسده، إلا إذا كانت سلامته مصونة[102]. وتتحقق الطبيعة الخاصة لهذا التعبير، من خلال توافر الشروط التالية:

1.1.2.2.1.2-أن تكون الموافقة حرة: فلا بد أن يكون الشخص كامل الأهلية، له حق العدول في أي مرحلة، دون تحميله أية مسؤولية عن ذلك[103]، وهو ما جاء في الفقرة الخامسة من المادة 360 ق.ص.[104].

2.1.2.2.1.2-أن تكون الموافقة مستنيرة: نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 360 ق.ص.، فيقع على الطبيب من التزام تبصير المتبرع تبصيرا كاملا غير ناقص ولا غامض، يشمل جميع المعلومات والآثار المترتبة من مخاطر وتعقيدات، إلى جانب النصائح المساعدة لتجاوز ذلك والحد من تفاقمها، وحتى تلك المتعلقة بحياته الأسرية والمهنية في المستقبل القريب أو البعيد[105].

2.2.2.1.2-موافقة المريض

---

[99]-حاوش هدى، المرجع السابق، ص.148.

[100]-مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.328.

[101]-مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.38 و40.

[102]-بوزيتونة لينة؛ لحرش أيوب التومي، الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 18-11، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي، آفلو، مج04، جوان 2020، ع01، ص.52؛ أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.203.

[103]-محمد علي البار، المرجع السابق، ص.151.

[104]- أنظر؛ المادة 360 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[105]-حاوش هدى، المرجع السابق، ص.144.

فالهدف العلاجي يحتم على الطبيب حصوله على رضا المريض المتلقي، حرا خاليا من أية ضغوطات عائلية، ومستنيرا ومتبصرا، إذ أن موافقته من الشروط الضرورية لأي تدخل طبي واقع على جسده، وهو ما تضمنه المادة 364 ق.ص.[106]. غير أن هناك حالات لها أحكامها الخاصة:

-إذا طرأت على المريض حالة تمنعه من التعبير عن إرادته، فإنه يسمح بالحصول على الموافقة الكتابية لقبول العملية من أحد أسرته البالغين، مع مراعاة الترتيب الوارد حسب الأولوية في المادة 362 من نفس القانون[107].

-يمكن للطبيب مباشرة تدخله الطبي عند تحقق الظروف الإستثنائية، تمنع من الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثل الشرعي للمتلقي المريض غير القادر على التعبير عن إرادته، مع استحالة التأجيل الذي يؤدي إلى حدوث حالة الوفاة[108].

-بالنسبة للمتلقي القاصر أو عديم الأهلية، فالموافقة تقدم من طرف الوالدين(الأب والأم)، وعند غيابهما تكون من الممثل الشرعي[109]، مثلما هو الشأن في حالة المريض فاقد الوعي[110].

3.2.1.2-مجانية عملية نزع وزرع الأعضاء

تضمنت ذلك المادة 358 ق.ص[111]، إذ الإنسان مكرم، فلا يكون محلا للتبادل المبتذل محلا للعقد، لأنه أغلى وأرفع، حتى ولا عضو من أعضائه[112]، فقد جاء في حاشية ابن عابدين ما نصه:" والآدمي مكرم شرعا وإن كان كافرا، بإيراد العقد عليه وابتذاله وإلحاقه بالجمادات، إذلال له، أي وهو غير جائز وبعضه في حكمه وصرح في فتح القدير ببطلانه"[113]. كما نصت المادة 367 ق.ص. على عدم تقاضي الأطباء أي أجر مقابل مثل هذه العمليات[114].

3.1.2-الشروط القانونية

---

[106]-أنظر؛ المادة 364 القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[107]-أنظر؛ الفقرة الثالثة من المادة 362 القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[108]-أنظر؛ الفقرة السادسة من المادة 364 القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[109]-أنظر؛ الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 364 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[110]-أحمد عمراني، المرجع السابق، ص.240.

[111]- أنظر؛ المادة 358 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[112]-كمال الدين بكرو، مدى ما يملك الإنسان من جسمه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، السنة الخامسة، ع07، ص.203.

[113]-محمد أمين الشهير بان عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تح.علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج07، ط.خ، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص. 254.

[114]-أنظر؛ المادة 367 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

فضابطها هو عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، من حيث العضو المراد اقتطاعه[115]، فتنازل الفرد عن تكامله الجسدي يكون مقيدا بمدى مساسه بمصلحة المجتمع[116]، فإذا تحقق تصادم تلك الموافقة مع النظام العام والآداب العامة في المجتمع، فلا يترتب عليها أي أثر، وتتجرد من كل ما ترتب عليها[117]. وهنا تتأكد حتمية مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، ما ينجم عنه منع هذه العملية، تجنبا لاختلاط الأنساب، وإن كان المشرع لم ينص على ذلك صراحة، في قوانين الصحة كلها.

لكن يمكن تفعيل نصوص قانون العقوبات، فيما يتعلق بجريمة الخصاء المعاقب عليها بالمادة 273 ق.ع، وإن كانت هذه المادة لم تشترط في الجاني صفة الطبيب، فدعوة المشرع إلى ضرورة التنصيص على منع مثل هذه العمليات تفرض نفسها، تكريسا لمبدأ المشروعية، وسدا للفراغ القانوني القائم.

2.2-غياب التنصيص على جراحة نزع وزرع الأعضاء التناسلية

فالقانون الجزائري لم تتضمن نصوصه حظر أو إباحة عمليات نزع وزرع الأعضاء التناسلية بما فيها غير الناقلة للصفات الوراثية، لكن باستقراء نص المادة 45 مكرر ق.أ.، في فقرتها الأخيرة والمادة 374 ق.ص.، في فقرتها الرابعة، حيث قد منعتا اللجوء إلى استعمال الأم البديلة في عمليات التلقيح الاصطناعي، ما يفهم أن وضع نطفة الزوج في رحم امرأة لا تربطه بها علاقة زوجية شرعية، يكون أمرا غير جائز قانونا، سواء كان هذا الرحم ملتصقا بالمرأة الأجنبية أو تم نقله إلى زوجته، لكن الإشكال الذي سيثار، يكمن في كيفية إعمال نص المادة 222 ق.أ، في ظل اختلاف آراء الفقه الإسلامي، حسب ما ذكرنا سابقا، ما يجعل من ذلك ضرورة لتدخل المشرع من أجل التنصيص الصريح لتحديد الأعضاء التناسلية الممكن زراعتها من تلك المستبعدة منها، أو عدم إباحتها مطلقا.

وبشأن رأيه في الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية استنباطا من المادة 45 مكرر ق.أ.، التي تشترط أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، وكذا الفقرة الأولى من المادة 371 ق.ص.، والمادة 04 ق.أ.، التي تقضي أنه من بين أهداف الزواج تكوين أسرة والمحافظة على الأنساب، يمكن القول أن أي تصرف يتضمن تهديدا لصفاء الأنساب، أو إضفاء شبهة عليها، يكون في نظر المشرع تصرفا غير قانوني مجرم، لذلك فزرع المبيض أو الخصية من الأفعال التي لها الأثر المباشر والبين على النسب، لكونها المسؤولة على تصنيع البويضات والنطف ، وبواسطتها تنتقل الصفات الوراثية.

---

[115]-مأمون عبد الكريم، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء في القانون المقارن وقانون العقوبات الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، مج46،ع03، 2009/09/15، ص.353.

[116]-مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص.303.

[117]-محمود ثابت محمد علي الشاذلي، المرجع السابق، ص.222.

أما القضاء الجزائري، فساحته خالية من أي حكم يتضمن مثل هذه العمليات، بسبب عدم إجرائها، نظرا لتعارضها وأحكام الشريعة الإسلامية، وكذا ما تتطلبه من خبرة فنية وإمكانات بشرية ومادية.

وتماشيا مع رأي أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية القائل بحرمة وعدم جواز نزع وزرع الأعضاء التناسلية التي تنقل الصفات الوراثية، فيمكن الأخذ بهذا الرأي استنادا إلى نص المادة 222 ق.أ، لكن في ظل نسبية التطور الطبي في إثبات حمل الأعضاء التناسلية للصفات الوراثية من عدمه، يجعلنا الأخذ بالاحتمالين معا، للوقوف على مدى تأثيرها على نسب الطفل، وكذا ترتيب المسؤولية الناتجة عن هذه العملية باعتبارها من الجراحات الماسة بالسلامة الجسدية، وكذا مسألة نسب الطفل، فكل خطأ في هذا المجال سيرتب المسؤولية.

أما في نظر غالبية الباحثين في المجال القانوني، فهي عمليات لا تعد من الحلول المقترحة لعلاج العقم، لما يكتنفها من مخاطر تتعلق بنقل المورثات، بل حتى أن من أجرى عمليات الزرع، لم يتحقق لديه الإنجاب، بالرغم من الأداء المقبول للعضو المزروع، يرجع ذلك إلى أسباب أخرى، كالعامل النفسي، المتمثل أحيانا في خوف المرأة من الحمل والوضع، أو خوف الرجل من العقم المسبق، أو لأسباب نفسية أخرى[118]. وعليه يبقى التبرع بالأعضاء التناسلية غير جائز، حتى ولو كان لغرض علاجي، وبدون أية أضرار للمتبرع، بسبب حملها للشفرة الوراثية، حتى بعد نقلها، ما ينتج عنه اختلاط الأنساب، وهو أمر مخالف للنظام العام[119].

-المحور الثالث: مدى كفاية القواعد العامة لإقرار المسؤولية الطبية في هذه الجراحة.

في ظل النقص التشريعي حول مسألة نزع وزرع الأعضاء التناسلية، ومع فرضية الأخذ برأي الفقه الإسلامي القائل بالجواز المشروط بعدم نقلها للصفات الوراثية، فيما عدا العورات المغلظة، فيكون تدخلا طبيا يجب ممارسته بضوابطه القانونية، تحقق المسؤولية متى تم الإخلال بها، نفصل ذلك في الآتي:

1- المسؤولية الطبية المدنية

من المفيد تحديد الوصف القانوني لبعض العناصر اللصيقة بها، منها التزام الطبيب والتعويض الناتج، وحتى أساسها القانوني هل العقد أم الخطأ؟

---

[118]-النحوي سليمان، التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2010-2011، ص.34؛ بغدالي الجيلالي، المرجع السابق، ص.116.

[119]-مواسي العلجة، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج03، 2008/12/31، ع02، 329.

1.1-هل المسؤولية عقدية أم تقصيرية؟

السائد هو اعتبار العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية[120]، فبوجود العقد الصحيح بين أطراف عملية نزع وزرع الأعضاء يجعل أي إخلال ببنوده مرتبا للمسؤولية العقدية، وفي مجالها لا يتصور انعدام العقد، بالنظر إلى طبيعتها، وما ذكرناه من شروط قانونية، طبية وإدارية. وهذا يتماشى والرأي السائد القائل بأن مسؤولية الطبيب الناتجة عن أخطائه المرتكبة أثناء ممارسته لمهامه، هي مسؤولية عقدية لا غير، سواء في مجال زرع الأعضاء أم في مجال آخر[121].

وقد تكون المسؤولية تقصيرية، كحالة ارتكاب جريمة، أو يكون التدخل بإرادة منفردة لإنقاذ جريح، أو الامتناع عن تقديم العلاج، وغيرها من الحالات التي يتصور وجودها في مجال هذه العمليات[122]، بل يكفي أنها من اختصاص مؤسسات إستشفائية مرخص لها، والمتفق عليه في هذه الحالة أن المسؤولية تقصيرية[123]، وعملا بالمادة 136 من القانون المدني، وهو المقرر قضاء[124].

في هذه الحالة فالمسؤولية بنوعيها تخضع للقواعد العامة، إذ يتطلب الأمر لقيامها تحقق خطأ الطبيب، المتمثل في إخلاله بواجب قانوني، كحالة نزع عضو سليم دون المعطل، أو القيام بالعملية دون تبصير الأطراف المعنيين بالمخاطر المحتملة لها[125]، وغيرها[126]، والضرر اللاحق بالضحية، والعلاقة السببية بينهما، وهو الثابت قانونا[127] وقضاء[128]. ويقع على عاتق المريض عبء إثبات إخلال الطبيب بالتزامه، إذا أراد الرجوع عليه بالتعويض اللاحق به، فهو يتمتع بصفة الدائن، والطبيب هو المدين بواجب الإعلام[129].

---

[120]-مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص.221.

[121]-مهند ناصر الزعبي؛ رولا نائل سلامة، المرجع السابق، ص.1433.

[122]-ممدوح النجادا، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، المعهد القضائي الأردني، 2020، ص.05.

[123]-ممدوح النجادا، المرجع نفسه، ص.06.

[124]-المجلس الأعلى،غ.م ، قرار بتاريخ 1983/05/25، ملف رقم 32817، م.م.ع، ع02، 1990،ص.41.

[125]-السيد عبد الوهاب عرفه، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص.23.

[126]-محمد الصالح قروي؛ عليوة رابح، التزام الطبيب بإعلام المريض: بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، مج56، 2019،ع02، ص.291؛ بن صغير مراد، معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء دراسة تأصيلية نقدية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج01، 2012، ع02، ص.195.

[127]-أنظر: المادة 124 ق.م.

[128]-المجلس الأعلى،غ.م ، قرار بتاريخ 1989/11/15، ملف رقم 56439، م.م.ع، ع02، 1990،ص.14.

[129]-تنص المادة 323 ق.م على أنه :"على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

زيادة على ذلك، قد يتعرض الطبيب المخطئ إلى المساءلة التأديبية، عند مخالفته للقواعد والأحكام المنظمة لمهنته[130]، يتم توقيعها من طرف الجهات المختصة، المتمثلة في المجالس الوطنية والجهوية للأدبيات الطبية، حسب المادة 347 ق.ص.[131].

2.1- تكييف التزام الطبيب.

يدور تكييف التزام طبيب هذه العملية بين الالتزام بتحقيق نتيجة تتمثل في عدم تعريض طرفي العملية الجراحية لأي ضرر[132]، وبين الالتزام ببذل العناية اللازمة المؤدية إلى تحقيق النتيجة المتمثلة في شفاء المريض[133]، أو محاولة توسيع نطاق مسؤولية الطبيب، وإلزامه بصفة تدريجية ضرورة تحقيق نتيجة من غير مساس المريض بأي ضرر، وبالأخص في بعض الحالات العلاجية[134]، وهو المعتمد في القضاء الجزائري[135].

3.1- كيفية التعويض.

وفق قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/02/29[136]، الذي كرس مبدأ إخضاع التعويض الناتج عن المسؤولية المدنية، حالة عدم وجود نص خاص إلى القواعد العامة للمسؤولية، ويراعي القاضي في تقدير التعويض المترتب أن يكون مناسبا للضرر اللاحق بالشخص المريض، فيكون القاضي ملزما بتبيان الوسائل المعتمدة في تقدير التعويض، وإلا عد قضاؤه خرقا للقانون[137]، وقد يمتد التعويض إلى جبر الضرر المعنوي، وتقديره يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[138].

2-المسؤولية الطبية الجزائية

يمكن ضبط هذه المسؤولية بما استحدثه المشرع من عقوبات ضمن قانون الصحة أو تلك الواردة في قانون العقوبات، بالاعتماد على بعض العناصر القانونية، لعل أهمها:

---

[130]-أنظر؛ المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413ه الموافق 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، المؤرخة في 1992/07/08، ع52، ص.1415، والمادة 345 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[131]-أنظر؛ المادة 347 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

[132]-بن صغير مراد، المرجع نفسه، ص.196-197.

[133]-مهند ناصر الزعبي؛ رولا نائل سلامة، المرجع السابق، ص.1433.

[134]-سهيل يوسف الصويص،مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث،ط01، أزمنة للنشر والتوزيع،الأردن، 2004، ص.121.

[135]-المحكمة العليا،غ.ج، قرار بتاريخ 2003/06/24، ملف رقم 297062، م.م.ع، ع02، 2003،ص.337؛ المحكمة العليا،غ.م، قرار بتاريخ 2008/01/23، ملف رقم 399828، م.م.ع، ع02، 2008، ص.177.

[136]-المحكمة العليا،غ.ج ، قرار بتاريخ 2000/02/29، ملف رقم 232002، م.م.ع، ع.خ، 2003،ص.618.

[137]-المحكمة العليا،غ.ج ، قرار بتاريخ 1994/05/24، ملف رقم 109568، م.م.ع، ع01، 1997،ص.123.

[138]-المحكمة العليا،غ.م ، قرار بتاريخ 2012/07/19، ملف رقم 828422، م.م.ع، ع02، 2013،ص.145.

1.2-مبدأ التكامل الجسدي

إن وظيفة الطبيب على العموم جلب الصحة المفقودة، أو حفظها بالشكل والشبه، ودفع العلة الموجودة بضدها ونقيضها، وإخراجها[139]، ولقد نصت المادة 413 ق.ص على أنه:" باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288 و289 و442(الفقرة2)، من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطا مهني، ثم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص، أو بصحته أو يحدث عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته"، فهذه المادة تضمنت المبدأ العام، وهو عدم المساس بسلامة الجسم وكل فعل يشكل ذلك، يكيف على أنه جريمة الجرح الخطأ والقتل المعاقب عليهما بالمادتين 288 و289 من قانون العقوبات[140].

2.2-مبدأ مجانية العملية.

تترتب المسؤولية الجزائية عند خرق هذا المبدأ، بالمادة 430 ق.ص، والتي تقر العمل بنصوص قانون العقوبات بالمادة 303 مكرر16، والمادة 303 مكرر18. والملاحظ في هاتين المادتين أن المشرع يفرق بين جريمتي الحصول على العضو مقابل مبلغ مالي أو منفعة عن طريق البيع بين الطرفين(المانح والمريض) في المادة303 مكرر16، وبين جريمة الإتجار بالأعضاء في المادة 303 مكرر18، والتي شدد من عقوبتها.كما حضرت المادة 432 ق.ص كل تصرف يتضمن الإشهار للتبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة.

3.2- تخلف شرط الرضا

فالمادة 303 مكرر17 أقرت المسؤولية الجزائية للطبيب عند قيامه بنزع عضو من شخص حي أو ميت، دون الحصول على الموافقة المسبقة، وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا، ويندرج في هذا الإطار تحقق مسؤولية الطبيب، بفعل نزع أعضاء أو أنسجة أو خلايا من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية، فالمشرع يعول على شرط كمال الأهلية في هذا المجال[141].

4.2- عدم الترخيص للمؤسسة الإستشفائية

---

[139]-أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ط03، ج04، تح.شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص.09.

[140]-أنظر؛ المادتين 288 و289 من قانون العقوبات.

[141]-حمادي عبد النور، المرجع السابق، ص.146.

نصت المادة 433 ق.ص على المسؤولية الجزائية إذا تمت العملية في مؤسسة إستشفائية لا تحوز على الترخيص الوزاري، وحتى بوجوده، فتبقى نشاطات تلك المؤسسة خاضعة لمبدأ المشروعية، من حيث الحصول على الأعضاء وحفظها وتوجيهها للأشخاص المحتاجين لها قصد العلاج، لذلك، فتتقرر مسؤوليتها متى ثبت الخطأ في تلك النشاطات، وأدى إلى المساس بالسلامة الجسدية للأشخاص، ويمكن إقرار مسؤولية الشخص المعنوي بناء على نص المادة 303 مكرر26 ق.ع. ويرى جانب من الفقه أن المستشفى كشخص معنوي قابل للمساءلة الجزائية في ظل التشريع، ما لم يكن عموميا[142]، لكن جانب آخر يرى أن ليس للمستشفى سلطة إصدار الأوامر للطبيب أثناء تدخله الجراحي، وهناك من خالفه بتحميل المستشفى المسؤولية عن الخطأ في العلاج والتشخيص، وهي مسؤولية مدنية، لكن من الناحية الجزائية، فلا تتقرر إلا بوجود خطأ في التسيير[143].

خاتمة:

بعد هذه الدراسة سجلنا أهم النتائج تمثلت فيما يلي:

-من الناحية الاصطلاحية، فتوظيف كلمة"زرع" لا يستقيم مع هذه الجراحة، لأن الزرع ينطوي على العشوائية، ويدل على كثرة الشيء المزروع، وعدم نضجه وصلاحيته، والأسلم استعمال كلمة "غرس"، لأنها أدق وأصح لاستعمالها في مجال جراحة الأعضاء.

-كان موقف المشرع صائبا إلى حد ما، بعدم توسيع ترخيص إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية إلى المؤسسات التابعة للقطاع الخاص، لما فيه من المجازفة بخصوصية تلك العمليات، مع إضعاف رقابة الدولة في هذا المجال، فهي تتسم بنوع من الدقة العالية وما تنطوي عليه من أضرار، مع تعريضها لمختلف التصرفات غير المشروعة، بل بعبارة أدق، جعلها تربة خصبة لجرائم السرقة والمتاجرة بالأعضاء.

-ضرورة تبيان المشرع لموقفه بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، بالنص على حكمها، لتوفير الجهد في التنسيق بين النصوص والآراء الفقهية للوصول إلى الحلول التي قد تعترض أهل الاختصاص.

[142]-سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، م.م.ع، ع.خ، حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011، ص.29؛ عائشة عبد الحميد، معيار الجرح العمدي لدى الطبيب الجراح والمسؤولية الناتجة عن ذلك في ظل التشريع العقابي الجزائري، مجلة إيليزا للدراسات والبحوث، المركز الجامعي إيليزي، مج06، 2021، ع.خ، ص.113.

[143]-سيدهم مختار، المرجع نفسه، ص.29.

قائمة المصادر والمراجع:

-القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولا: المراجع العامة.

1-أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ط03، تح.شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998.

2-أحمد بن حنبل، المسند، تح.محمد عبد القادر عطا، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت،2008.

3-محمد أمين الشهير بان عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تح.علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج07، ط.خ، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

4-محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجة، ط01، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1997.

5-وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط04، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.

ثانيا: المراجع المتخصصة.

I-الكتب:

1-السيد عبد الوهاب عرفه، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.

2-رويستون إم روبرتس، السرنديبية اكتشافات علمية وليدة الصدفة، ترجمة مصطفى محمد فؤاد، مؤسسة هنداوي سي آي سي، المملكة المتحدة، 2017.

3-سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، ط01، أزمنة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

4-محمد المختار الشنقيطي أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط02، مكتبة الصحابة، جدة، 1994.

5-محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي في قضية زرع الأعضاء، ط01، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، 1994.

6-محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط01، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.

7-محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر ، ط01، د. د.ن، 2002.

8-مرحبا إسماعيل،البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية،ط01، دار إبن الجوزي، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1429هـ.

9-ممدوح النجادا، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، المعهد القضائي الأردني، 2020.

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

II-أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير.

1-أطروحات الدكتوراه.

1-أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق، سبتمبر 2010.

2-النحوي سليمان، التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2010-2011.

3-مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الطبي، جامعة تلمسان، كلية الحقوق ،2004-2005.

2-مذكرات الماجستير:

1-إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة **2011/11/14.**

2-بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013-2014.

3-نبيلة أقوجيل، الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان أمام الممارسات الطبية(أعمال الطبيب)، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2004-2005.

ثالثا: المقالات.

1-إقروفة زبيدة، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج03، 2008، ع02.

2-امحمدي بوزينة أمنة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء في ظل القانون 09-01، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جانفي 2016، ع15.

3-بن صغير مراد، معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء دراسة تأصيلية نقدية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج01، 2012، ع02.

4-بوزيتونة لينة؛ لحرش أيوب التومي، الضوابط القانونية لعملية نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 18-11، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي، آفلو، مج04، جوان 2020، ع01.

5-حاوش هدى، أساس المسؤولية الطبية القائمة عن عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة2، مج06، 2017، ع01.

6-حمادي عبد النور، الشروط القانونية المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج01، 2012، ع02(خاص)،.

7-حمداتي شبيهنا ماء العينين، زراعة الغدد التناسلية أو زراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع06.

8-خالد رشيد الجميلي، أحكام نقل الخصيتين والمبيضين وأحكام نقل أعضاء الجنين الناقص الخلقة في الشريعة الإسلامية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة،ع06.

9-سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، م.م.ع، ع.خ، حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، قسم الوثائق، 2011.

10-صديق مروج، بوبشيش صالح، زراعة الغدد والأعضاء التناسلية في الفقه الإسلامي، مجلة الإحياء، جامعة باتنة1، كلية العلوم الإسلامية، مج20، جوان 2020، ع25.

11-صديقة علي العوضي؛ كمال محمد نجيب، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06.

12-طلعت أحمد القصيبي، إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06.
13-عائشة عبد الحميد، معيار الجرح العمدي لدى الطبيب الجراح والمسؤولية الناتجة عن ذلك في ظل التشريع العقابي الجزائري، مجلة إيليزا للدراسات والبحوث، المركز الجامعي إيليزي، مج06، 2021، ع.خ.
14-عبد السميع أحمد إمام، منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب، ط01، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الإصدار السابع والثلاثون، 2012.
15-كمال الدين بكرو، مدى ما يملك الإنسان من جسمه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، السنة الخامسة، ع07.
16-مأمون عبد الكريم، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء في القانون المقارن وقانون العقوبات الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، مج46،ع03. 2009/09/15.
17-محمد الصالح قروي؛ عليوة رابح، التزام الطبيب بإعلام المريض: بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، مج56، 2019،ع02.
18-محمد أيمن صافي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا غرس الأعضاء في جسم الإنسان مشاكله الاجتماعية وقضاياه الفقهية، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع04.
19-محمد سليمان الأشقر، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة، ع06.
20-محمود ثابت محمد علي الشاذلي، الضوابط القانونية لعملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، مجلة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، القاهرة، مج03، 2018، ع44.
21-محمود سعد محمود محمد عبد العال، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية في ضوء الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية بنين، جامعة أسوان، مصر، 2020،ع03.
22-مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلية الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، مج36، 1999، ع03.
23-مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليان مج41، 2014، ع02.
24-مواسي العلجة، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج03، 2008/12/31،ع02.
25-نذير حمادو، موقف فقيه الجزائر الشيخ أحمد حماني-رحمه الله- من زراعة الأعضاء، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، مج01، 2012، ع02(خاص).

رابعا: الندوات والمؤتمرات والملتقيات.

1-الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة في الكويت في 23 – 26 ربيع الأول 1410هـ الموافق 23 – 26 أكتوبر 1989م البيان الختامي والتوصيات للندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في 23 – 26 أكتوبر 1989م بالكويت، كتاب مجلة المجمع الفقهي الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، المكتبة الشاملة الحديثة.

2-صالح بن محمد الفوزان، العمليات التجميلية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، مج03، 1431هـ.

3-محمد رأفت عثمان، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، الأزهر الشريف، 13 ربيع الأول 1430 الموافق 10 مارس 2009.

خامسا: المعاجم والقواميس والموسوعات.

1-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط01، المطبعة الميرية، بولاق مصر المعزبة، 1306هـ.

2-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، 2009.

3-أحمد بن فارس بن زكريا ، مقاييس اللغة ، تح. عبد السلام محمد هارون، دار الفكر،القاهرة، 1979.

4-أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، 1987.

5-أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية-موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية؛ تقد، محمد هيثم الخياط، ط01، دار النفائس، بيروت، 2000.

6-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي،القاموس المحيط،تح.محمد نعيم العرقسوسي،ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005.

سادسا: النصوص القانونية:

1-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع49، المؤرخة في 11 يونيو 1966، ص.702.

2-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج.ر، ع78، المؤرخة في 1975/09/30، ص.990.

3-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.، المؤرخة في 1985/02/17،ع08، ص.176، المعدل والمتمم.

4-المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، المؤرخة في 1992/07/08، ع52، ص.1415.

5-القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق 02 يوليو 2018، ج.ر.ع46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018، ص.03، المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02 المؤرخ في 11 محرم 1442هـ الموافق 2020/08/30، المتعلق بالصحة، ج.ر، المؤرخة في 2020/05/02، ع50، ص.04.

سابعا: القرارات:

1-القرار رقم 26 لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية في الفترة 18-23 جمادى الآخرة 1408هـ الموافق 06-11 فيفري 1988م؛ قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، الإصدار الرابع، 1442هـ-2020م، القرارات من 01 إلى 238، الدورات من 02 إلى 24، 1406هـ - 1441هـ الموافق 1985-2019م .

2-القرار رقم 57 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية، من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ الموافق من 14 إلى 20 مارس 1990م بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، الإصدار الرابع، 1442هـ-2020م، القرارات من 01 إلى 238، الدورات من 02 إلى 24، 1406هـ - 1441هـ الموافق 1985-2019م .

3-المجلس الأعلى،غ.م ، قرار بتاريخ 1983/05/25، ملف رقم 32817، م.م.ع، ع02، 1990.

4-المجلس الأعلى،غ.م ، قرار بتاريخ 1989/11/15، ملف رقم 56439، م.م.ع، ع02، 1990.
5-المحكمة العليا،غ.ج ، قرار بتاريخ 1994/05/24، ملف رقم 109568، م.م.ع، ع01، 1997.
6-المحكمة العليا،غ.ج ، قرار بتاريخ 2000/02/29، ملف رقم 232002، م.م.ع، ع.خ، 2003.
7-المحكمة العليا،غ.ج، قرار بتاريخ 2003/06/24، ملف رقم 297062، م.م.ع، ع02، 2003.
8- المحكمة العليا،غ.م، قرار بتاريخ 2008/01/23، ملف رقم 399828، م.م.ع، ع02، 2008.
9 -المحكمة العليا،غ.م ، قرار بتاريخ 2012/07/19، ملف رقم 828422، م.م.ع، ع02، 2013.

مشروعية التجارب الطبية العلاجية على الأجنة في ظل التقنيات المستحدثة

(قراءة في التشريع الطبي الجزائري والتشريعات المقارنة وموقف الفقه الإسلامي)

راشدي حدهوم دليلة

أستاذة محاضرة أ –كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة وهران 2

الملخص:

تطرح التجارب الطبية العلاجية إشكالات وجدل قانوني واسع في ظل التقنيات الطبية المستحدثة، لذلك حرصت التشريعات على التدخل للتنظيم القانوني لمعالجة جميع أشكال التدخلات الطبية على الأجنة ووضع الضوابط القانونية بالتقييد والإباحة، طبقا للمبادئ السائدة فيها، و للأخلاقيات التي تنص عليها المواثيق الدولية، خصوصا في ظل تنامي وتطور استخدام تقنيات التلقيح الاصطناعي وسهولة تعرض الأجنة الآدمية للتلاعب والعبث والمساس بحرمتها وآدميتها، إلا أن ما يلاحظ هو أن التشريعات الطبية العربية مازالت تسير باحتشام في هذا الاتجاه ولم تتصدى إلى الكثير من المسائل الجوهرية في مجال التجارب الطبية العلاجية على الأجنة بما فيها قانون الصحة الجزائري 11/18.

مقدمة

يقصد بالتجارب الطبية في مجال العلوم الطبية والحيوية تلك الأعمال الطبية و الفنية أو العلمية التي يقوم الأطباء بإجرائها على مرضاهم، بغرض تجريب دواء معين أو نجاح عملية جراحية معينة لم تعرف نتائجها من قبل، أو للحصول معلومات جديدة نافعة للطب والبشرية، وقد بادرت التشريعات الطبية الحديثة إلى تنظيم نطاق التجارب الطبية والضوابط القانونية لإجرائها على الكائن البشري فعرفها القانون الفرنسي بأنها مجموعة من الأبحاث والدراسات العلمية التي تجرى على الكائن البشري، بهدف تطوير العلوم الطبية والإحيائية، ويتضمن البحث الطبي صنفين من التجارب بحسب الغرض منها فبعضها علاجي هدفها علاج المريض وتخفيف آلامه، ومنها ما هو غير علاجي، أي ذو طابع علمي أو فني بحت، هدفها الحصول على معارف جديدة دون وجود مصلحة مباشرة للخاضع للتجربة حيث يختلف التدخل الطبي التجريبي العلاجي عن التدخل العلمي التجريبي غير العلاجي، إلا أن المواثيق الدولية كإعلان ميثاق هلسنكي سنة 1964 و إعلان ميثاق جنيف لسنة 1949، اشترطت ضرورة مراعاة الاعتبار الأول في هذه التجارب وهو صحة المريض ومصلحته طبقا للأخلاقيات الطبية.

إن التجارب الطبية التي تهدف إلى غاية علاجية تتضمن استخدام طرق جديدة في تشخيص أو علاج حالات مرضية، حيث تكون الوسائل الطبية والمعرفة الطبية المتوفرة عاجزة عن تحقيق ذلك، ولا شك أن استخدام الطرق المستجدة أو المستحدثة في العلاج قد تنطوي على مخاطر تضر بصحة الإنسان، وبحرمة جسده ومعصوميته، الذي نصت عليه القوانين الطبية المعاصرة والمواثيق الدولية، خصوصا ما تعلق بتقنيات الهندسة الوراثية والجينوم البشري والاستنساخ، لذلك يشترط الفقه وكذا التشريعات الطبية لمشروعية التجارب الطبية ألا تتضمن أي خطر على المريض، وضرورة توافر الرضا المستنير والمتبصر للشخص الخاضع للتجربة ،[1] ولقد اعتبرت الشريعة الإسلامية الحق في سلامة الجسد من الحقوق الشرعية التي لا تبيح إطلاقا التصرف في جسد الإنسان بصورة تعرضه للإضرار والهلاك.

و بالإضافة إلى الإشكالات التي تطرحها التجارب الطبية العلاجية على الكائن البشري عموما، فإنها تبدو أكثر خصوصية بالنسبة للجنين الآدمي بالنظر إلى الطبيعة القانونية الخاصة للجنين وسهولة تعرضه للتلاعب والعبث وحاجته للحماية، مهما كان وضعه داخل أو خارج الرحم، حيث أدت تطور

[1] و شرط رضا المريض هو شرط عام لممارسة أي عمل طبي، بالإضافة إلى الترخيص بممارسة مهنة الطب، و قصد العلاج ومراعاة الأصول الطبية والفنية المقرر لمزاولة مهنة الطب.

تقنيات التلقيح الاصطناعي إلى زيادة الشغف العلمي في إطار ما يسمى بالهندسة الوراثية والاستنساخ البشري، ويبدو أن التوفيق بين المصلحة العلاجية في إجراء التجارب الطبية على الجنين و ضمان الحق في حرمة وكرامة وكيان الجنين أمرا عسير التحقيق، لتثار **الإشكالية التالية**: ما أساس مشروعية التجارب الطبية العلاجية على الأجنة في ظل التقنيات الطبية المستحدثة، وفيما تتمثل ضوابطها القانونية في التشريع الوطني والمقارن وما موقف الفقه الإسلامي؟

للإجابة على الإشكالية سنتعرض أولا إلى **المركز القانوني للجنين وتأثيره على مشروعية إجراء التجارب العلاجية** ثم ثانيا إلى **بعض الصور المستحدثة للتجارب العلاجية على الجنين سواء كان لمصلحته أو لمصلحة الغير**، وسنبرز من خلال الدراسة موقف التشريعات المقارنة الغربية والعربية وخصوصا التشريع االجزائري وموقف الفقه الإسلامي من مشروعية التجارب وبعض التقنيات الطبية المستحدثة.

أولا: المركز القانوني للجنين وتأثيره على مشروعية التجارب الطبية العلاجية

يمتاز الجنين بمركز قانوني خاص يحتاج وبالتالي يحتاج إلى تنظيم خاص ، وبالنظر إلى الجدل القانوني القائم حول كمال الشخصية القانونية للجنين من عدمه، فإن التنظيمات القانونية لإجراء التجارب الطبية على الكائن البشري قد لا تنطبق على الجنين إلا إذا أشارت صراحة إلى ذلك، لأن موضوع التجربة وإجراءاتها وضوابطها القانونية يتعلق بإنسان مولود إلى غاية وفاته، فلا تشمل الجنين الآدمي مهما كانت مرحلته أو وضعه، خصوصا في ظل تنامي العمل بتقنيات التلقيح الاصطناعي وأصبحت الأجنة عرضة للتعامل في المخاب والمراكز المخصصة للإخصاب، ما يحتم ضرورة تنظيم قانوني صريح في التشريعات الدولية والوطنية، وقد أبدى الموقف الدولي اهتماما بالتجارب الطبية على الجنين من خلال الإعلان العالمي لحقوق المجين البشري وحقوق الإنسان، الصادر سنة 1997، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في الحقل الطبي والبيولوجي ، والبروتوكول الخاص بالبحث الطبي والبيولوجي.

1) - مشروعية التجارب الطبية على الأجنة

لقد كرست النصوص القانونية حماية وعناية قانونية معتبرة للجنين، من خلال منح الجنين الشخصية القانونية وصلت إلى حد الحماية الدستورية في بعض الدول بإقرارها بحق الجنين في الحياة من لحظة تخصيبه، سواء بسواء مع قيمة المرأة الحامل، وأقرت القوانين الخاصة تمتعه بأهلية وجوب ناقصة فيرحقوقه المالية كالإرث والوصية وحقه في النسب ، ويقصد بالجنين في الاصطلاح الولد الموجود في بطن أمه، وعند فقهاء القانون يطلق لفظ الجنين على ما في الرحم منذ بداية تخلقه بحدوث التلقيح ثم الاستقرار في الرحم، ويثار الإشكال بالنسبة للجنين حول تحديد مركزه القانوني، من حيث تمتعه بالشخصية القانونية الكاملة والتمتع بكافة الحقوق كالحق في الحياة و الحق في سلامة الجسد، ومن أدل صور حماية حق الجنين في الحياة كحق ثابت في كل التشريعات والقوانين حو تجريم الإجهاض، وإما اعتبار الجنين محلا للحق أي حق الأم على مكونات جسدها، وهو ما يطرح التساؤل حول إمكان إخضاع الأجنة للتجارب الطبية خصوصا العلاجية والتي يقصد منها علاج الأمراض أو الوقاية منها سواء كانت لمصلحة الجنين نفسه أو لشخص آخر. إن اعتبار الجنين كائن إنساني يطرح عدم قدرته على إبداء الموافقة لإجراء التجارب الطبية، فهل يتعين الأمر الرجوع إلى القواعد المتعلقة بالأحكام الخاصة للقصر المميز وغير المميز في إطار ما تنص عليه التشريعات المتعلقة بالتجارب الطبية وفي حالة عدم اعتباره كائن إنساني هل يكون رضا الأم كافيا لإجراء التجارب العلاجية.[2]

في المجال الطبي والبيولوجي نجد المواثيق الدولية أقرت الشخصية القانونية للجنين واعتبرت الأجنة كائنات بشرية لا يجوز المساس بحرمتها وكرامتها، وتم بسط الحماية القانونية على الأجنة منذ لحظة الإخصاب إلى غاية بداية عملية الوضع الطبيعي، وأكدت على ضرورة احترام كرامة الجينوم البشري ومنع الاتجار به في إطار الإعلان العالمي حول الجينوم البشري وحقوق الإنسان سنة 1997، بأن يكون الهدف من التجارب الطبية هو العلاج، في إطار الحفاظ على كرامة الجنين الآدمي وعدم إهانته باعتبار أصله ومادته الأولى، وبعد إبرام البروتوكول الخص بالبحث الطبي والبيولوجي بين معيار لإجازة البحث والتجربة هو **معيار النفع المباشر للحمل أو الجنين** على اختلاف مرحلته الجنينية، أو بعد ولادته، فإذا تخلف هذا المعيار، يتم الاستناد إلى معايير أخرى هي: - وجود منفعة من وراء البحث لفائدة نساء حوامل أو أجنة أخرى أو أجنة أخرى بعد ولادتهم –لا يمكن تحقيق نتائج البحث إلا إذا أجريت التجارب على نساء

[2] بن عودة السنوسي، الرضا في التجارب الطبية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع ديسمبر 2017، ص.305.

حوامل – أن يتم البحث بأقل المخاطر أي عدم وجود مخاطر حالية أو محتملة على الحامل أو صحة الجنين أو صحته بعد الولادة.[3]

وذهب الفقه المعاصر إلى إجازة التجارب الطبية على الأجنة باحترام ضوابط قانونية وأخلاقية خصوصا التحارب العلاجية، حيث أن هذه الأخيرة تعتبر نافعة للجنين ذاته عن طريق الكشف على الكثير من الأمراض في هذه المرحلة المبكرة والوقوف على مسببات الأمراض وتشخيصها وعلاجها يتوقف على هذه المرحلة المبكرة الحاسمة وإجراء الدراسات المعمقة ما يسمح بتفادي الكثير من الأمراض والعاهات والإعاقات أو الوفيات للأطفال بعد ولادتهم.

- **الغرض العلاجي كمعيار لإجازة التجارب الطبية داخل الرحم:** لقد أجازت أغلب التشريعات الطبية المعاصرة التجارب الطبية على الحامل بشرط ضمان سلامة الكيان الجسدي للمرأة والطفل وعدم اشتمالها على أية مخاطر جدية محتملة للأم ولطفلها.[4] ومن أهم هذه التشريعات التشريع الألماني والفرنسي، إلا أن كثرة المحاذير التي تحيط بهذه التجارب والتي تمس بحقوق الجنين الآدمي منها المتعلقة بالإجهاض وبالاستنساخ البشري التكاثري أدت إلى وجوب التدخل بتنظيمها بأطر قانونية خاصة بها. وفي هذا الإطار ميزت بعضها بين التجارب لمقاصد علاجية أو غير علاجية، فقد قصر القانون الألماني والنمساوي إجراء التجارب الطبية على البحث الطبي العلاجي الهادف لحماية الجنين لا غير دون البحث الطبي غير العلاجي، مهما كانت المرحلة الجنينية في عمر الجنين،أما القانون الفرنسي فقد اعتمد ضابط المنفعة المباشرة للحامل والجنين من وراء التجربة الذي يكون هدفها طبيا سواء كان علاجي للجنين أو لغيرها كالأم أو سواها، ولا يشكل تهديدا جديا على صحة الأم وجنينها، وتحقق زيادة في المعارف الخاصة بالحمل، وكان البحث على الجنين داخل هو الطريق الوحيد لإجراء البحث.[5]

وقيد المشرع الفرنسي إجراء التجارب الطبية على الأجنة إلا إذا كانت لغرض علاجي، في المادة 5/2151 من قانون الصحة العامة، وقيدها من خلال وضع شروط إجراء التجارب الطبية على الأجنة البشرية أو الخلايا الجذعية الجنينية لا تتم إلا بتوفرها وتتمثل في:

---

[3] علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب، ص. 148، 149.

[4] المادة 1121 فقرة 4 من قانون الصحة العام الفرنسي.

[5] المادة 209-4 من قانون الصحة العامة الفرنسي ل4 مارس 2002، وكان القانون أكثر تمسكا بالبروتوكول الخاص بالبحث الطبي والبيولوجي المذكور، وقانون المتعلق بالأخلاقيات الحيوية، رقم 2004-800 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 2011، المؤرخ في 2021/07/07، المعدل والمتمم بالقانون 2021-1017 المؤرخ في 02 أوت 2021.

- إذا ثبتت الأهمية العلمية للبحث

- الغرض العلاجي للبحث وبالتالي أقصى الجنين من خضوعه للبحث غير العلاجي،

- انعدام أي طريق لإجراء البحث دون استخدام الأجنة والخلايا الجذعية الجنينية

- عدم مخالفة البحث لأخلاقيات البحث على الأجنة والخلايا الجذعية الجنينية.[6]

إلا أن التعديل الأخير لسنة 2021 [7] قد وسع من نطاق إجراء التجارب الطبية دون حصرها في الغرض العلاجي، طالما كان الغرض منها تطوير المعارف الطبية، والأبحاث في مجال الجينوم البشري.[8]

وفي مقابل ذلك ذهبت بعض التشريعات الطبية إلى عدم التمييز بين الغرض العلاجي وغير العلاجي أي العلمي البحت في إجراء التجارب الطبية، مثل المشرع الفنلندي والدانماركي حيث لم يميزا بين البحث العلاجي أو غير العلاجي على الأجنة الإنسانية سواء داخل الرحم أو خارجه، خصوصا إذا كان الغرض العلمي تحقيق المعرفة الطبية الخاصة في الحقول الطبية التشخيصية للأمراض أو علاجها.[9] ونخلص أن التجارب الطبية على الأجنة داخل الرحم تم إباحتها أساسا وغالبا لغرض علاجي يتمثل خصوصا في الحفاظ على صحة الجنين أ والزيادة في فرص بقائه حيا شرط ألا تنطوي هذه التجارب على مخاطر قد تشكل ضررا بالجنين أو الأم، أو إصابته بجروح أو القضاء على حياته، وينجم عنه أنه لا يجوز إجهاض الجنين دون عذر أو مبرر علاجي، من أجل استخدام أعضائه أو أنسجته أو خلاياه، في عمليات زرع الأعضاء أو استخراج بعض العقاقير منه أو استثماره تجاريا.[10]

وقد ساير الفقه الإسلامي في اجتهاداته المواثيق الدولية إلى إباحة استخدام التجارب الطبية على الأجنة إذا كان هدفها علاجي، وتمت بمراعاة الحدود الشرعية والأخلاقية والقانونية، بهدف علاج بعض الأمراض الخطيرة والمستعصية وعلاج الأجنة قبل ولادتها، باستعمال الجينوم البشري،

---

[6] الفقرة الأولى من المادة 2151 من قانون الصحة العامة الفرنسي، وسلك المشرع الهولندي نفس المسلك إذ ميز بين التجربة العلاجية وغير العلاجية على الجنين، حيث أجاز البحث على الجنين داخل الرحم شرط أن يكون علاجيا بحت ويحقق مصلحة الجنين.

[7] لقد تضمن هذا التعديل انفتاحا كبيرا وتوسيعا في مجال البحث الأجنة واستخدام الخلايا الجذعية، وكذا في مجال الفحص الجيني، مما عرضه لانتقادات كبيرة في الأوساط الفرنسية.

[8] https://www.dalloz-actualite.fr/dossier/reforme-de-loi-de-bioethique, dossier réforme de le la loi de bioétique , EDITION DU 24 FÉVRIER 2023.

[9] علي هادي عطية الهلالي، مرجع سابق، ص. 152.

[10] بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، ص.60.

أو استنساخ الأعضاء البشرية، واستخدام الأجنة مصدرا لزراعة الأعضاء، وألا تكون مجرد إشباع شهوة علمية تعتبر من الممارسات المحظورة مثل استنساخ الأجنة الآدمية لاتخاذها قطع غيار، أو التجارب بأعضائها وأنسجتها وخلاياها، والتجارب المتعلقة بتغيير الجنس البشري بالتحكم في الكروموسومات، والتحكم واختيار جنس المولود.

وعلى مستوى القانون الطبي الجزائري نجد قصورا في معالجة هذه الوضعية ورغم أنه من خلال قانون الصحة 11/18، في إطار تنظيمه للدراسات العيادية العلاجية في القسم الرابع منه في المواد 377 وما يليها، تحدث عن إجراء الدراسات على الكائن البشري إلا أنه لم يتضمن أي إشارة إلى إجراء الدراسات العلاجية أو غير العلاجية على الجنين وضوابطها القانونية، مع أنه يمكن الإشارة إلى نص المادة 76 من قانون الصحة الجزائري على تشخيص الأمراض الخطيرة للجنين داخل الرحم، إلا أن التنظيم الخاص بتطبيق هذه المادة لم يصدر بعد والذي من شأنه أن يبين والآثار المترتبة على التشخيص كما أشار المشرع الجزائري منع التجارب الطبية لغرض البحث العلمي ومنع الاستنساخ وانتقاء الجنس، بالنسبة للأجنة الناتجة عن عمليات التلقيح الاصطناعي الزائدة عن الحاجة في المادتين 374 و375 من قانون الصحة المذكور والتي سنبينها لاحقا.

2) - **التجارب الطبية على الأجنة خارج الرحم: أي المخصبة اصطناعيا (الأمشاج الآدمية):** شهد الطب الإنجابي في العقود الأخيرة ثورة في مجال تقنيات التلقيح الاصطناعي باستخدام تقنيات مختلفة للإخصاب خارج الرحم، كأطفال الأنابيب وغيرها، واتجهت التشريعات المعاصرة بما فيها العربية إلى إباحة هذه التقنيات مع تباينها بتوسيع أو تقييد، واختلافها في وضع الضوابط القانونية، منها قانون الصحة الجزائري 11/18 ووضعها ضمن البيوأخلاقيات، كما أقر الفقه الإسلامي اللجوء إليها في دورة مؤتمره الثالث بعمان سنة 1986، إذا ما استدعته ضرورة معتبرة شرعا واستحالة التلقيح عبر المسار الطبيعي أي الاتصال الجنسي الطبيعي، ووضع قيودا قانونية لذلك، ومن أهم نتائج التلقيح الاصطناعي خارج الرحم هو وجود لقائح آدمية يتم تخصيبها في المختبر تكون إما موجهة لزرعها في الرحم، أو اعتبارها فائضة أو زائدة عن الحاجة، وبالتالي توجّه للتخزين والحفظ لإعادة زرعها أو استعمالها في مآلات أخرى بحسب ما تجيزه التشريعات الطبية للدول في هذا المجال.

السؤال المطروح هو إذا كانت الحماية القانونية المتعلقة بقيود إجراء التجارب الطبية تشمل فقط الأجنة داخل الرحم سواء كان الإخصاب طبيعي أو اصطناعي، أم أن الأجنة خارج الرحم تتمتع بذات الحماية القانونية؟

لقد ذهب البروتوكول الملحق باتفاقية حماية الحقوق الإنسانية والكرامة للكائن الإنساني، إلى منح الأجنة الصفة الإنسانية من خلال حظر الاستنساخ البشري التكاثري، وكانت الحماية شاملة بغض النظر عن وجود الجنين داخل أو خارج الرحم، أو مرحلتها العمرية، وأقر بأن هذا الكائن الإنساني يرتقي إلى مرحلة الشخص يتمتع بالهوية والكرامة الإنسانية وكذا الحق في التكامل، ابتداء من الانقسامات الخلوية الأولى. بغض النظر عن واقعة الميلاد، حيث أن الخصائص المذكورة تتعلق بالإنسان من لحظة تخلقه وليس ميلاده، إلا أن الفقه القانوني قد شكك في اعتبار الأجنة الناجمة عن استخدام تقنيات الإخصاب الاصطناعي تتمتع بحماية متساوية مع تلك الأجنة الموجودة في الرحم، وذهب إلى أن الأجنة المخصبة اصطناعيا الزائدة عن الحاجة لا تكتسب الشخصية القانونية فيجوز إهدارها أو إتلافها.

كما أجازت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ضمن النطاق الطبي والبيولوجي لسنة 1997، إجراء التجارب الطبية على الأجنة سواء داخل أو خارج الرحم إنما بتوافر ضمانات كافية لحماية الأجنة في التشريعات التي تبيحها، خصوصا ضابط حماية الجنين و تكامله وكرامته وهويته الجينية، إلا أن البروتوكول الخاص بالبحث الطبي والبيولوجي حجب الحماية عن الأجنة خارج الرحم، وقصرها على تلك الموجودة داخل الرحم، من خلال إخراج الأجنة خارج الرحم من نطاق تطبيق بروتوكول البحث الطبي والبيولوجي.

وذهب فريق آخر إلى أن الأجنة خارج الرحم الموجودة في المختبر الفائضة عن الحاجة تتساوى مع الأجنة الموجودة في الرحم، على أساسا أن بداية إنسانيتها وما يتعلق به من الحق في الكرامة والتكامل يكون من وقت الإخصاب وهو يستند إلى القيمة الذاتية للجنين بقطع النظر عن مكان تواجده داخل أو خارج الرحم، إلا أن حمايتها تقتضي نصوص خاصة حيث لا يمكن تطبيق نص تجريم الإجهاض عليها طبقا للقواعد العامة في القانون العقابي.

أ) نطاق التجربة العلاجية أو غير العلاجية على الأجنة خارج الرحم: لقد أجاز الفقه وأغلب التشريعات التجارب الطبية على الأجنة خارج الرحم أي المخصبة اصطناعيا وبالخصوص الفائضة عن الحاجة، وذهبت بعضها إلى إعطائها نفس الحماية القانونية والضوابط في مجال إجراء التجارب الطبية

مع الأجنة داخل الرحم، وقصرت إجراء التجارب على الأجنة داخل الرحم أن يكون لغرض علاجي وهو الحال في القانون الألماني، وسعت من نطاقها فكانت أقل تشددا عنها في الأجنة داخل الرحم، لتشمل التجارب الطبية للأغراض العلاجية وغير العلاجية أي بهدف علمي بحت، وذلك بغرض الاستفادة منها وعدم تعريضها للضياع في حالة عدم استخدامها في مآلها الأصلي وهو الزرع في الرحم وإتلافها دون فائدة ترجى. ونص على ذلك قانون أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسي لسنة 1994 المعدل والمتمم،[11] والقانون الخاص بالإخصاب وعلم الأجنة البشرية البريطاني لسنة 1990، وأخضعها لشروط أهمها:

- حصول المراكز على ترخيص لمزاولة النشاطات التي تمس بالأمشاج الآدمية.
- احترام ضمانات حفظ واستخدام هذه الأمشاج سواء لأغراض علاجية أو علمية بحثية.
- - منع استخدامها في الاستنساخ البشري أو لأغراض الإنجاب الصناعي.

وبينت الفقرة الثانية من 2151-5 المذكورة من قانون الصحة الفرنسي، بشأن الأجنة المخصبة خارجيا فإنه لا يمكن إجراء التجارب الطبية إلا على تلك الفائضة عن الحاجة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والتي لم تعد موجهة للإنجاب، شريطة موافقة الزوجين الكتابية على إجراء دراسات على جنينهم، إلا أنه بموجب تعديل لقانون الصحة العامة الفرنسي فقد حظر المشرع البحث الطبي على الأجنة واستثنى من ذلك البحث الحكومي الذي يؤدي إلى تقدم علاجي على الأجنة الفائضة من تقنيات التخصيب الخارجي، بعد ترخيص من والدي الجنين و استحصال موافقة وكالة الطب البيولوجي،[12] إلا أن التعديل الأخير لسنة 2021 على قانون الأخلاقيات العلوم الإحيائية وسع من نطاق البحث الطبي على الأجنة طالما كان الغرض تطوير المعارف الطبية، كما استثنى استصدار الإذن الطبي بصدد استخدام الأجنة في العلاج بالخلايا الجذعية كما سنرى.

وقد أجاز الفقه الإسلامي المعاصر التجارب الطبية العلاجية على الأجنة المخصبة اصطناعيا سواء لعلاج الأجنة ذاتها بعد تشخيص الأمراض خصوصا الأمراض الجينية والوراثية وعلاج العقم، واستخدامها في الحصول على الخلايا الجذعية بهدف علاج الأمراض أو لغرض الأبحاث العلمية، في حالة انعدام الخطر في إجرائها وتوافر حظوظ النجاح، وموافقة الوالدين، وعدم مخالفة النظام العام المتمثل

[11] المعدل والمتمم بموجب القانون قم 2004-800 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 2011، المؤرخ في 2021/07/07، المعدل والمتمم بالقانون 2021-1017 المؤرخ في 02 أوت 2021 المذكور.

[12] علي هادي عطية الهلالي، مرجع سابق، ص. 152.

في الحدود الشرعية والأخلاقية وعدم الأضرار بالمجتمع، [13] وهو ما ذهب إليه المشرع السعودي من خلال نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم، الذي أجاز إجراء التجارب الطبية على الأجنة الفائضة بهدف إيجاد أدوية للأمراض كعلاج الأمراض الوراثية والجينية أو علاج العقم.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في قانون الصحة في المادة 374 على حظر كل تداول لغاية البحث العلمي للأجنة المخصبة الفائضة عن العدد المقرر، أو البويضات والحيوانات المنوية، تحت طائلة العقوبات الجنائية الردعية، حيث شدد العقوبات في حالة المخالفة كما هو منصوص عليه في المادة 435 من نفس القانون، كما منع الاستنساخ وانتقاء الجنس في المادة 376 إلا أنه لم يفصح عن موقفه من **التجارب العلاجية** على الأجنة المخصبة اصطناعيا سواء تلك الموجهة إلى الزرع أو الفائضة عن الحاجة، وبذلك يكون قطع الطريق أمام استغلال هذه الأجنة في غير غرض الإنجاب، الغرض الجوهري والقانوني من وجودها.[14]

إلا أنه باسقراء أحكام التعليمة 300 التي تتضمن أفضل الممارسات الطبية المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب نجدها نصت صراحة على منع إجراء التجارب الطبية لغرض علمي بحت، بينما أجازت إجراء التجارب الطبية لأغراض علاجية في حالة موافقة الزوجين كتابة، وألا تؤدي إلى الإضرار بالجنين مع ضرورة استصدار ترخيص من وزارة الصحة.

وفي نفس المنحى، ذهب المشرع المغربي إلى حظر أي بحث على اللواقح أو الأجنة البشرية،[15] بالنسبة للقانون الإماراتي فقد منع القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 2019 بشأن المساعدة الطبية على الإنجاب على مراكز الإخصاب إجراء أي أبحاث أو تجارب إلا بعد موافقة الزوجين كتابة، وأحال بشأن ذلك إلى التنظيم.[16] وقد حظر المشرع المغربي صراحة استحداث لواقح أو أجنة بشرية لأغراض غير التي تدخل في المساعدة الطبية على الإنجاب كغرض إجراء التجارب الطبية.[17]

ب) الحكم القانوني لإنتاج الأجنة بهدف البحث والتجريب

إذا كان الفقه والتشريعات المعاصرة تجيز كأصل عام إجراء التجارب الطبية على الأجنة خارج الرحم، ويثور التساؤل عن إمكان اللجوء إلى إنتاج أو تخصيب الأجنة لغرض غير الإنجاب بقصد

---

[13] بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان، في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة، ص.80.

[14] المادة 3 و8 من النظام السعودي المشار إليه.

[15] المادة 7 من القانون رم 47/14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

[16] المادة 14 فقرة 1 و2 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 7 المؤرخ في 2008/12/16، جريدة رسمية عدد 488 لسنة 2008.

[17]

استخدامها أصلا في التجارب الطبية، أو لأغراض أخرى، إن إجازة عملية التخصيب الخارجي تتعلق بشرط أساسي هو الإنجاب أو الحمل في التشريعات المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، حيث أنها تجيز التجارب الطبية على الأجنة لغرض علاجي أو علمي في حدود ضابط معين هو فقط الأجنة الفائضة أو الزائدة عن الحاجة، فهو لا يجيز إنتاج الأجنة خصيصا لغرض التجارب الطبية سواء كانت علاجية أو غير علاجية وهو مسلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في النطاق الطبي والبيولوجي، وهو اعتراف صريح بقيمة الأجنة خارج الرحم على حد سواء كالأجنة داخل الرحم، كما ذهبت أغلب التشريعات الطبية المعاصرة إلى تبني هذا الاتجاه، منها التشريع الإسباني والفرنسي، والتي حظرت إنتاج الأجنة لأغراض غير التخصيب والحمل، كأغراض الدراسة والبحث والتجارب والاستنساخ.[18]

بالمقابل ذهبت بعض التشريعات إلى التخفيف من المعيار المتمثل في حصر إجراء التجارب الطبية على الأجنة الفائضة عن الحاجة، كالتشريع البلجيكي والدانماركي، والهولندي فأجازت إنتاج الأجنة بغرض إجراء التجارب الطبية بتحديد مقاصد هذه التجارب، التي تتعلق أساسا بتطوير تقنيات المساعدة على الإنجاب كعلاج العقم، أو تشخيص الأمراض الوراثية وتجنب انتقال مرض خطير إلى الجنين، أو عمليات زرع الأعضاء، ويرى الفقه أن الاتجاه الأول هو الأقرب إلى الصواب باعتبار أن ما ذهب إليه الاتجاه الثاني هي استثناءات يمكن أن تكون محلا للتوسيع والتأويل، مما يؤدي إلى عدم التحكم في الرقابة على التجارب الطبية على الأجنة خارج الرحم، وتصبح محلا لإشباع رغبة و جماح الباحثين والعبث بالأجنة الآدمية، فتصبح هذه الأجنة محلا للتداول والمتاجرة.

ولم يرد في قانون الصحة الجزائري نص صريح يفيد منع إنتاج الأجنة لغير غرض الإخصاب الإنجاب، وإنما يمكن أن يستفاد هذا المنع من خلال اشتراط المادة 371 لحالة الضرورة وهي العقم لأجل اللجوء إلى تقنيات الإخصاب الاصطناعي، والذي رتب عليه المشرع جزاء جنائيا في المادة 334 من نفس القانون.[19]

ثانيا: التقنيات المستحدثة للتجارب الطبية العلاجية على الجنين

[18] المادتين 152-3 من قانون الصحة العامة الفرنسي، و 152-8 من نفس القانون، وكذا ما ذهب إليه قانون احترام جسم الإنسان و الطب الإحيائي لسنة 1994 المؤرخ في 29 جويلية 1994، المعدل سنة 2000، بموجب القانون 916/2000 ل19 سبتمبر 2000 في المادة 511-15، والذي دخل حيز التنفيذ في أول جانفي 2002.

[19] المادة 7 فقرة 2 من القانون 47/14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

إن مجال التجارب الطبية سواء لغرض علاجي أو غيره واسع جدا ولا يمكن حصره، وأنه يمكن إبراز أهم صور التجارب الطبية لغرض علاجي التي يمكن إجراؤها على الأجنة سواء لعلاج الجنين ذاته أو لعلاج شخص آخر، وهي تقنيات مستحدثة تم تطويرها لذلك كان التدخل القانوني ضروريا لتحديد نطاقها.

1) التشخيص والعلاج الجيني

أ) التشخيص الجيني: أسلفنا فيما سبق أن أغلب التشريعات الطبية تجيز التجارب العلاجية على الأجنة والتي تهدف إلى تشخيص حالة الجنين المرضية وعلاجه، وتعتبر مرحلة تشخيص الحالة المرضية للجنين جوهرية، سواء داخل أو خارج الرحم، من أجل ولادة أطفال أصحاء وإمكان معرفة العيوب سواء كانت جسدية أو عقلية في الجنين، ويتعلق الأمر خصوصا بالتقدم العلمي في الدول ، حيث قد يكشف التشخيص الجيني أن الجنين يعاني من مرض في مراحل تكوينه الأولى سواء كان التخصيب داخلي أو خارجي، والذي من شأنه أن يهدد بإجهاض الجنين أو وفاته، أو إعاقة أو تشوه أو مرض وراثي آخر، وهو ما أدى بالقول إلى أحقية الجنين في الفحص والتشخيص الجيني بما يتلاءم والقدرات والإمكانيات الطبية المتوفرة، وبناء على تقدير الأطباء لاكتشاف أمراض خطيرة، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري بشأن الفحص الجيني داخل الرحم في قانون الصحة 11/18 من خلال المادة 76 منه بقوله " يمكن إجراء التشخيص ما قبل الولادة بأمر طبي، من أجل اكتشاف مرض بالغ الخطورة للمضغة أو الجنين داخل الرحم. ويتم ضمان التشخيص ما قبل الولادة في هياكل مؤهلة ومعتمدة لهذا الغرض..."، ونشير إلى أن التنظيم التي أحالت إليه نفس المادة في هذا الإطار لم يصدر بعد.

أما بخصوص الفحص والتشخيص الجيني في حالة الإخصاب الخارجي أي خارج الرحم، فإن فحص الجنين هو التزام أساسي مكمل على عاتق الطبيب قبل القيام بالزرع فيلتزم الأطباء، ويتم الفحص أساسا عن طريق اختيار أحسن الحيامن والبويضات، من حيث الجودة لإجراء التخصيب والتزامهم بتصفية الشوائب وتوفير ظروف الوقاية المناسبة لنجاح التلقيح الاصطناعي، خصوصا وأن عملية الإخصاب تكون محفوفة بالمخاطر فيمكن للقائح الآدمية أن تتعرض والعيوب سواء لظروف فنية كالأشعة والرطوبة ودرجة الحرارة غير المناسبة أثناء مكوثها في المخبر وتحدث اختلالات تؤدي إلى أمراض جينية، ويجري التأكد من خلوها من الأمراض الخطيرة والعيوب بأمر طبي، كما في حالة وجود سوابق للزوجين، طبقا للضوابط التي تضعها التشريعات الوطنية للدول، و قد بدأ العمل بالتشخيص الجيني في

الإخصاب الخارجي في بداية سنة 1994،[20] وقد اعتبر البعض الإخصاب الخارجي طريقة للتشخيص الوراثي، حيث تعتبر هذه **التقنية مرافقة ولازمة لعملية التخصيب الخارجي**.

ولقد وجهت انتقادات للتقنيات التشخيصية المرافقة للتخصيب الخارجي بسبب الخشية من استغلال واستخدام الأجنة لغرض تطوير هذه التقنية أكثر من الرغبة في المصلحة العلاجية للجنين وهي التأكد من الخلو من العيوب والأمراض، وتستخدم تحايلا على القانون لغرض البحث العلمي، وكذا الخشية من زيادة عمليات الإجهاض بسبب التمكن من الاطلاع على جينات الجنين و آفاقه الصحية في المستقبل حتى لو كانت العلة أو العيب يسيرا، ورغم ذلك تم إجازة هذه التقنية في حدود ضيقة.

وفي هذا السياق تشددت التشريعات الطبية وخصوصا العربية منها، في إجازة تشخيص الأمراض في إطار عملية التخصيب، وقصرتها على حالات استثنائية وهي اكتشاف أمراض جينية أو احتمال وفاة الجنين بتوفر شروط، أهمها إذن السلطات الصحية واحترام سلامة الجنين وذلك بقصد وقاية الطفل الذي سيولد في المستقبل، وأجازته بعض التشريعات كالتشريع التونسي والمغربي،[21] بموافقة الزوجين كتابة، وفي حالات استثنائية حددها القانون كوجود سوابق لأمراض، وكذا ترخيص طبي، وكذا التشريع والإماراتي،[22] بشروط وضوابط أهمها مراعاة موافقة الزوجين كتابة، وشرط عدم الإضرار البويضة في القانون الإماراتي، وقد أشارت التعليمة رقم 300 المتعلقة بأفضل الممارسات الطبية في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب لسنة 2001 في إطار أحكامها العامة، بأن المساعدة الطبية على الإنجاب تهدف أيضا إلى تفادي انتقال الأمراض ذات الخطورة الاستثنائية والتي تكون غير قابلة للعلاج إلى الطفل المستقبلي،

ب) ارتباط التشخيص بالعلاج الجيني: إن الهدف من التشخيص الجيني سواء داخل الرحم أو خارج الرحم قد يكون تشخيصي بحت وليس علاجي، ففي حالة تم التشخيص داخل الرحم سواء تم التخصيب طبيعيا أو اصطناعي، يكون مجرد إعطاء معلومات للزوجين بخصوص الجنين لاتخاذ القرار الملائم لإجهاض الجنين في الدول التي تسمح تشريعاتها بذلك، وفي حال تم التشخيص قبل الزرع ليتم اتخاذ

---

[20] ولدت أول طفلة في العالم استطاع الأطباء التأكد من خلوها من الأمراض الوراثية، سنة 1994.

[21] حدد القانون المغربي في هذا الإطار إمكان إنجاز التشخيص قبل الزرع بالبحث عن الأمراض التي لا يرجى شفاءها والمحددة بنص تنظيمي ولكن في حالتين استثنائيتين، هي احتمال إنجاب طفل مصاب بمرض جيني خطير نظرا للسوابق العائلية، والتأكد من وجود اختلالات لدى أحد الزوجين أو لدى أبويهما تكون مسؤولة عن مرض خطير يتسبب في عجز، المادة 19 من قانون 47/14 يتعلق المساعدة الطبية على الإنجاب، ظهير شريف رقم 1/19/150 مؤرخ في 11 مارس 2019.

[22] المادة 15 نمن القانون الإماراتي الاتحادي المذكور تنص على أنه "يجوز بموافقة كتابية من الزوجين، السماح بإجراء عملية التشخيص الجيني، قبل الزرع بغرض التعرف على الأمراض الوراثية بشرط احترام عدم الإضرار بالبويضة".

القرار بالزرع أو عدم الزرع في الرحم. إلا أن التشخيص قد يتبعه التدخل العلاجي في حالة معرفة أسباب العلل وكان الحلول العلاجية ممكنة. إن علاج الخلل الجيني قد يتم عن طريق آلية **الاستنساخ الجيني أو استنساخ الخلايا البشرية**، أو ما يسمى بالاستنساخ العضوي الجنيني، فبعد معاينة وتشخيص النقص الجيني أو العطب، تتم معالجة الخلل عن طريق إصلاح الجين المعطوب باستنساخه وإزالة العطب منه ويتم ذلك بزرع خلايا مأخوذة من نفس النسيج المرغوب فيه في مزارع مخبرية معدة لهذا الغرض بقصد تكثيره أو توليده في بيئة مناسبة ، وإعادة زرعه مجددا، أو أخذ الجين من شخص متبرع لزرعه بعد إزالة الجين المعطوب.[23]

وبالنسبة للفقه الإسلامي فقد اختلفت الآراء بشأن جواز العلاج الجيني من عدمه، فذهب الرأي الغالب إلى مشروعيته باعتباره وسيلة لعلاج الأمراض الوراثية شرط أن يكون نقل الجين السليم إلى الخلايا الجينية لهما **من أحد الزوجين، وليس من أجنبي عنهما، حتى لا يؤدي ذلك إلى مفاسد تتعلق باختلاط الأنساب.**

ولقد أجمعت المواثيق الدولية في هذا الإطار على أنه لا يجوز إجراء أي بحث علمي أو القيام بتجارب لمعالجة أو تشخيص يتعلق بمورثات شخص ما وهو الجين البشري، إلا بعد إجراء تقييم صارم ومسبق للأخطار المحتملة والفوائد المرجوة المرتبطة بهذه الأبحاث والالتزام بالأحكام الوطنية في هذا الإطار،[24] والسبب يكمن كما أسلفنا في الخشية من أن يتجاوز التعامل في الجينات لأغراض علاجية واستخدامها في غير أغراض العلاج الجيني إلى الأغراض التحسينية والتطويرية للجنين.

وأجازت التشريعات العربية كالتشريع المغربي إمكان التدخل لإجراء العلاج في حالة الاختلال الجيني على اللقائح بموافقة الزوجين وضرورة الالتزام بسلامة اللقيحة، ولم يتعرض قانون الصحة الجزائري إلى مسألة التدخل للعلاج الجيني، بينما أشارت التعليمة 300 المذكورة إلى إمكان إجراء التجارب العلاجية لمصلحة الجنين بناء على الموافقة الكتابية للزوجين شرط استصدار رخصة من الوزارة المكلفة واحترام سلامة الجنين، إلا أن هذه التدخلات العلاجية لا تحدث في الواقع، وهذا ما تأكدنا منه من خلال زيارتنا لمركز الإنجاب المولود المتواجد على مستوى ولاية وهران.

[23] علي هادي عطية الهلالي، مرجع سابق، ص. 168، 169.
[24] الإعلان العالمي لحقوق المجين البشري وحقوق الإنسان، الصادر سنة 1997.

*** الفرق بين العلاج الجيني والتحسين الجيني أو ما يسمى بالهندسة الوراثية:** المقصود بالتحسين الجيني إحداث تغييرات في الصفات الوراثية بصورة إيجابية ولكن دون ضرورة علاجية أو مصلحة استشفائية، فهو يهدف إلى تحقيق تطوير للجنين فيتم استبدال الجينات الأصلية لدى الجنين، بأخرى تحقق الصفات المرغوبة لدى الأبوين، كلون الشعر والعينين، أو البشرة، أو صفات الذكاء والعبقرية...وهو ما يتعارف عليه بالهندسة الوراثية، وهو يختلف عن العلاج أو التصحيح الجيني الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية بحتة، ، وقد دعت بعض التشريعات إلى تجريم تقنية التحسين أو التطوير الجيني خصوصا إذا كان كاملا أي يتعلق باستبدال كل الخصائص الوراثية، بسبب تلاعبها بالكرامة الإنسانية.[25]

وقد أجمع أغلب الفقه الإسلامي على حرمة هذه الممارسة لأنه يعتبر عبث بالمورثات الإنسانية وإهدار للكرامة الإنسانية ومما لا شك فيه أن التحسين الجيني دون ضرورة العلاج، يعتبر مساس بحقوق الإنسان وكرامته الآدمية، فهو يرفض التجارب الهادفة إلى تغيير الصفات الوراثية للخلايا الملقحة، أو التلاعب بها، و يجب تفادي أي تغيير أو مساس بالتركيبة الوراثية للمجين البشري الذي من شأنه نقل الضرر للأجيال القادمة.[26]

*** حكم انتقاء جنس المولود:** توصلت الدراسات في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب إلى التمكن من تحديد الجنس في إطار عمليات، عن طريق إجراء اختبارات وراثية قبل مباشرة عملية زرع الأجنة داخل الرحم، للتعرف على الأجنة الذكرية والأنثوية، ، وبالتالي يمكن اختيار إحداها لزرعها في رحم المرأة حسب رغبة الوالدين، كما قد يتم استخدام طريقة فصل الحيوانات المنوية المذكرة عن المؤنثة قبل إجراء عملية التخصيب الاصطناعي، وقد اتجه المشرع الجزائري إلى حظر انتقاء الجنس بصفة مطلقة بمقتضى نص المادة 375 من قانون الصحة 11/18 لتعارضه مع الأخلاقيات الطبية ومساسه بكرامة الجنين الآدمي، لما يتضمنه من تمييز بين الجنسين، وقرر له العقوبات الجزائية في نص المادة 375 من نفس القانون.

وقد اتجه الفقه الإسلامي إلى إباحة انتقاء جنس الجنين، في حدود ضيقة وهي إذا كان الغرض تفادي الحالات المرضية في بعض الأمراض الوراثية التي تنتقل في جنس معين دون آخر خشية من انتقال المرض الوراثي أو وفاة الجنين أو الطفل بعد ولادته، فهناك أمراض تنتق إلى الجنين بواسطة الصبغي x

[25] علي هادي عطية الهلالي، مرجع سابق، ص. 170.
[26] بلحاج العربي ، أحكام التجارب الطبية على الإنسان، مرجع سابق، ص. 96، عبد الناصر أبو البصل، ص.712.

وتحدث عند الذكور دون الإناث، وبالتالي فإن الضرورة العلاجية في هذه الحالة تستدعي انتقاء جنس المولود في هذه الحالة ويعتبر في هذه الحالة من الضرورات، فإذا انتفى أي سبب طبي لذلك يعتبر غير جائز.[27]

ب) العلاج بالخلايا الجذعية: وهي الخلايا متعدد القدرات، منشئة تتكون من أعضاء الجسم المختلفة أثناء التطور الجيني، وهي قادرة على تخليق أي نوع من أنواع أعضاء وأنسجة الجسم البشري تقريبا، وتتعدد مصادر الخلايا الجذعية حيث يمكن الحصول عليها من الأجنة الآدمية في مرحلة مبكرة لا تتجاوز 14! يوم أو من الأجنة المجهضة، أو من النخاع العظمي والدم للبالغين، وأدمغة الأموات والمشيمة...[28]

لقد أثبت العلم أن الخلايا الجذعية لها قيمة ثمينة في الأبحاث والتجارب البيوتكنولوجية في استخدامها بصورة غير مألوفة في علاجات الخلية، في الكثير من الأمراض الخطيرة والمزمنة والمستعصية، كالزهايمر، وأمراض القلب والسكري والنخاع الشوكي والسكتة الدماغية، بعد التغلب على مشكل الرفض المناعي، وباعتبارها عضو من أعضاء الإنسان فهل استخلاصها من الجنين يؤدي إلى المساس بتكامله ونموه؟

يتم العلاج بالخلية عن طريق عزل الخلايا الجذعية من كتلة الخلايا الداخلية للأجنة البشرية، في مرحلة البلاستوسايت(المرحلة المبكرة)، أو من خلايا الأجنة المجهضة، ويخضع الجنين للتجربة بعد أخذ الحمض النووي من المريض وحقنه في البويضة المخصبة، وباستخدام تقنية الخلية المتطورة ، ثم تأخذ الخلية الجذعية من الجنين في الفترة ما بين5 أيام وأسبوعين، حيث يكون الجنين غنيا بالخلايا الجذعية مع قابليتها للتطور الكبير والسريع لإنتاج الأعضاء المختلفة، ويظهر أن الأجنة رغم كونها ليست المصدر الوحيد إنما تعتبر مصدرا ممتازا ومفضلا بسبب ما تتيحه من سهولة في التعامل معها.[29]

لقد اتجهت الدول إلى التنظيم القانوني لتقنية الخلايا الجذعية، بين الإباحة والمنع، ويعتبر القانون الطبي السويدي رائدا في هذا الإطار حيث وسع من نطاق استخدامها واشترط أن تكون السبيل الوحيد ولا يوجد بديل آخر للوصول إلى نفس النتائج، وبالنسبة لاستخدامها على الأجنة فقد قيد نطاق

---

[27] ونرى أنه أمر يندرج ضمن إطار التدخل للتشخيص الجيني قبل زرع الأاجنة في الرحم وهو أمر من متطلبات الضرورية لعملية التلقيح، وقد نصت عليه التشريعات منها العربية كالتشريع الجزائري من خلال التعليمة 300، المذكورة والتشريع المغربي، منزلة ليلى، قادية عبد الله، البيوأخلاقيات الطبية في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب- الشروط والموانع- ص. 269.

[28] العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان، مرجع سابق، ص. 90، وعلي هادي عطية الهلالي، مرجع سابق، ص. 180.

[29] علي هادي عطية الهلالي، مرجع سابق ص. 180.

استخلاصها من الأجنة الفائضة من تقنيات التلقيح الاصطناعي شرط ألا يتعدى عمر الجنين 14 يوم، أو الأجنة المجمدة في حالة موافقة الزوجين، وحظرت إنتاج الأجنة خصيصا لهذا الغرض، وذهب المشرع الهولندي والياباني في نفس الاتجاه، ومنها ما أجاز استيراد الأجنة الفائضة لاستخلاص الخلايا الجذعية كالقانون الفرنسي والألماني، ويكمن سبب تضييق نطاق استخدام الأجنة في استخلاص الخلايا الجذعية في أنها ليست المصدر الوحيد رغم أنها المصدر المفضل.[30]

وبخصوص التشريع الفرنسي فقد تضمن التعديل الأخير لسنة 2021 لقانون الأخلاقيات الإحيائية مرونة إزاء استخدام الأجنة في مجال العلاج بالخلايا الجذعية، حيث استثناها من ضرورة استصدار المركز للترخيص الطبي الواجب في التجارب الطبية، واكتفى بشأنها بضرورة التصريح، وقد أثار ذلك جدلا

وبالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتعرض مطلقا لاستخدام الخلايا الجذعية في العلاج سواء باستخلاصها من الأجنة أو من أي مصدر ، حيث أن نص المادة 374 منع المعاملة بأي شكل من الأشكال في الأجنة في إطار الإخصاب الاصطناعي، أما الفقه الإسلامي فقد شدد على عدم استغلال الأجنة للحصول على الخلايا الجذعية بغرض العلاج، سواء بالقيام بالإجهاض العمدي أو الإجرامي أو التبرع بالأجنة أو استنساخها، أو إنتاج الأجنة من التلقيح الاصطناعي خصيصا لاستخدامها لهذا الغرض، أو من التلقيح الاصطناعي غير المشروع، لأن هذه الممارسات تشكل تلاعبا و إهانة للجنين الآدمي، إلا أن المجمع الفقهي الإسلامي أقر في دورته 17 في ديسمبر 2003 في مكة المكرمة **بإجازة استخلاص الخلايا الجذعية** من الأجنة في الحدود الشرعية والأخلاقية، ومراعاة الضوابط القانونية، أي إذا كان مصدرها مباحا أي مشروعا، كالأجنة المسقطة بصفة تلقائية، ومن الحبل السري والمشيمة، ومن الأجنة الفائضة عن الحاجة، شرط رضا الزوجين الحر والصريح بالتبرع بها لاستعمالها في علاج الأمراض الخطيرة والمستعصية.[31]

وفي هذا الإطار نهيب بالمشرع الجزائري التدخل لإيضاح موقفه حول حكم استخدام الأجنة الفائضة والمسقطة في العلاج بالخلايا الجذعية، لتدارك القصور والنقص في التنظيم القانوني للتلقيح

[30] نفس المرجع ، ص. 181، و يرجع إلى مقال على الانترنت:-https://www.vie-publique.fr/eclairage/24136-loi-de-bioethique-la-revision-de-2011

[31] بلحاج العربي أحكام التجارب الطبية على الإنسان، مرجع سابق، ص. 94.

الاصطناعي عموما ومصير الأجنة الفائضة عن الحاجة، وإمكان استخدامها في العلاج باحترام الضوابط والشروط القانونية ، وفي حالة موافقة الزوجين بدل إتلافها وتعريضها للهلاك دون فائدة ترجى.

ج) الاستنساخ البشري الإنجابي أو بغرض التناسل: لقد ميز الفقه بين نوعين من الاستنساخ ، الاستنساخ الجسدي والذي لا يعتمد فيه على الخلايا الجنسية وإنما يتم بأخذ نواة من خلية جسدية لإنسان تحتوي على جميع المورثات - تحمل 46 صبغيا- وتدمج بالحقن الكهربائي في بويضة مفرغة من مورثاتها – نواتها- لتوليد جنين مطابق جينيا تماما مع صاحب الخلية.[32]

أما الاستنساخ الجنيني ، فيتم بالتدخل في مرحلة مبكرة من الإخصاب الاصطناعي بين الحيوان المنوي والبويضة، من طرف البيولوجيين على البويضة الملقحة اصطناعيا قبل غرسها في الرحم وفي المرحلة الأولية لانقسامها كيميائيا عن طريق إذابة الغشاء المحيط بالخلايا المنشطرة فتؤدي إلى إنتاج توائم متطابقة تماما، (سيامية) أو ما يسمى بشق الأجنة وتوأمتها، ويمكن مضاعفة الأجنة بنفس التقنية واستنساخ نسخ أخرى وحفظها لاستعمالها لاحقا فيتم فيه التحكم في عدد وشكل الجنين .[33]

ولم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف الاستنساخ كسائر الممارسات الأخرى، ولا أنواعه وإنما اكتفى بالإشارة إليه في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب بصدد استخدام تقنيات التلقيح الاصطناعي من خلال المادة 375 من قانون 11/18، فمنع عملية استنساخ الأجسام الحية المماثلة جينيا، فيما يخص الكائن البشري، وقرر لها عقوبة جنائية في المادة 436 من نفس القانون، ولقد اعتبرت معظم المنظمات العالمية والدول أن الاستنساخ بنوعيه له تأثيرات سلبية على الإنسانية والبشرية، كونه يمكن أن يقسم العالم إلى قسمين قسم طبيعي وآخر مستنسخ، كما يؤدي إلى هده نظام الإنجاب الطبيعي، وتأثيراته الدينية والبيئية حيث يقضي على التنوع البيولوجي، والصحية بسبب تهديده الجنين بالتشوه بسبب التدخل الإنساني، إضافة إلى التأثير القانوني فيما يتعلق بإنتاج أشخاص متطابقة تماما ما سيؤدي إلى إشكال في تحديد هوية الأشخاص ومسئولياتهم القانونية، وأكد الإعلان العالمي حول المجين البشري على أن الاستنساخ يتنافى مع كرامة الإنسان،[34] وذهبت التشريعات إلى حظره، وهو موقف المشرع الفرنسي

[32] قروفة زوبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص. 127.

[33] نفس المرجع، 128.

[34] علي هادي عطية الهلالي ، مرجع سابق، ص. 171 وما يليها، وبلحسل ليلى، قادية عبد الله مرجع سابق، ص. 267 و268.

الذي منع نوعي الاستنساخ، بصفة مطلقة، وفي نفس المسلك المشرع الألماني الذي حظر الاستنساخ ونقل الجنين المستنسخ والإسباني والهولندي ورتبوا عليها عقوبات جزائية.[35]

بالنسبة للفقه الإسلامي فقد ذهب الغالبية المعاصرين إلى حرمة كل أنواع الاستنساخ لما يتضمنه من مساسا بالمبادئ الشرعية والقيم الأخلاقية والإنسانية المستقرة لحماية جسم الإنسان وحرمته، لأنه يخل بالنظام الإنساني الذي أراده الله سبحانه وتعالى وعلى الفطرة الإنسانية المبنية على التمايز، ومساسه بالخلقة الإلهية ونظام الزواج،، وذلك في مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في مؤتمره العشر المنعقد بجدة سنة 1997،[36] وذهب البعض إلى عدم الممانعة من الاستنساخ شرط ألا يخل بالنظام الإنساني القائم على التنوع والاختلاف وألا يؤدي إلى الإضرار بالأجنة.

الخاتمة

نخلص من خلال هذه الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية:

- أن التشريعات الغربية قد خطت أشواطا معتبرة فيما يتعلق بالتقنيات الطبية والممارسات الطبية على الكائن البشري والجنين على وجه الخصوص، وتحاول التوفيق والموازنة بين الحماية القانوني والأخلاقية للجنين ومسايرة المستجدات في هذا الخصوص، على مستوى الأبحاث والتجارب الطبية في إطار وضع ضوابط تتسع وتضيق أحيانا، على خلاف التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري الذي لم يوضح موقفه بصفة صريحة من التجارب الطبية على الأجنة إلا بصورة محتشمة، رغم حداثة قانون الصحة الجزائري، ولم يتعرض إطلاقا للتجربة الطبية العلاجية على الجنين في إطار تقنيات المساعدة على الإنجاب.
- نرى أنه من الضروري والعاجل إصدار قانون مستقل للبيوأخلاقيات الطبية يتضمن تنظيما مفصلا لكل المسائل المستجدة في مجال التجارب الطبية وغيرها، وكبح الممارسات غير المشروعة والشاذة عن قيم مجتمعنا، خصوصا وأن المشرع قد أقر للمؤسسات الصحية الخاصة ممارسة تقنيات التلقيح الاصطناعي، وحفظ الأجنة دون أن يصدر التنظيم المتعلق بكل جوانبه وآثاره خصوصا مصير الأجنة وكيفيات الحفظ والإتلاف وحدود التجارب الطبية العلاجية، وموقفه من تصدير واستيراد اللقائح

[35] القانون الفرنسي المتعلق بالأخلاقيات الحيوية2004-800 المعدل والمتمم.

[36] علي هادي عطية الهلالي، مرجع سابق، ص. 178، 179، و اقروفة زوبيدة ، مرجع سابق، ص.ص.130 – 137.

والأمشاج... ما من شأنه أن يعرض هذه المراكز للعجز أو المساس بالأخلاقيات والممارسات الحسنة بقصد او غير قصد في ظل هذا الفراغ القانوني.

- في مجال التجارب الطبية العلاجية، ينبغي التدخل لإقرار الحماية القانونية للأجنة داخل وخارج الرحم خصوصا هذه الأخيرة التي يسهل التلاعب بشأنها، و إجازتها في حدود ضيقة، ما دام التنظيم السابق المتمثل في التعليمة 300 قد أجازها، بمراعاة الضوابط القانونية بما يتوافق مع اجتهادات الفقه الإسلامي والاستفادة من التشريعات العربية في هذا الإطار كشرط المنفعة وانعدام الخطر وموافقة الزوجين الكتابية- الرضا الصريح المتبصر-والترخيص الإداري، وخصوصا ما يتعلق بالتشخيص والعلاج الجيني، للتعرف على الأمراض الوراثية واستخدام الطرق المشروعة لعلاجها إن أمكن ذلك، مع التضييق في حالات اللجوء إليها حتى لا يفتح الباب على مصراعيه أمام استخدام الهندسة الوراثية والتحسين الجيني مما يؤدي إلى المساس بحرمة الجنين الآدمي، ونظام الأسرة...

- يجب النص صراحة على منع إنتاج الأجنة بغرض إجراء التجارب الطبية، والاقتصار على استخدام الأجنة المجهضة والفائضة في التجارب الطبية العلاجية خصوصا في مجال العلاج بالخلايا الجذعية وكذا انتقاء جنس المولود إذا استدعته ضرورة علاجية طبية ما دام الفقه الإسلامي قد أجاز ذلك طبقا لما أسلفنا.

- بخصوص الاستنساخ ينبغي التدخل لحظره ولكن مع بيان لأنواعه بما فيها الاستنساخ الجسدي أوالجنيني حتى لا يترك المجال لأي انحراف أو عبث أو تلاعب بالأجنة خارج الرحم.

- تفعيل الرقابة على نشاط مراكز المساعدة الطبية على الإنجاب خصوصا ما تعلق بحفظ وإتلاف الأجنة، وانتهاء فترة الحفظ للتأكد من عدم استخدامها في تجارب وأبحاث غير مرخصة بإشراف مفتشي الصحة وأطباء محلفين ومنحهم الصلاحيات اللازمة لمباشرة نشاط التفتيش، وكذا تعزيز دور الرقابة الجزائية بإشراك ممثل عن النيابة العامة.

- ينبغي إنشاء لجنة استشارية للفصل في الإشكاليات المترتبة على الممارسات الطبية على الأجنة تضم مختصين في الطب والبيولوجيا وفي الفتوى في الشريعة الإسلامية لتصدر آراءها حول المباح والمحظور بمراعاة الضوابط الطبية كشرط انعدام الخطر ووجود المنفعة.

تأجير الأرحام

د. بلهوط براهيم، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة .
ط.د. بن ذيب أحلام ، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة .

الملخص :

يشهد العالم تطورا تكنولوجيا في مختلف المجالات الاقتصادية و الاجتماعية. وقد كان للمجال الطبي و العلوم البيو-طبية نصيب من ذلك باعتباره مجال حساس يعبر عن مدى تطور و تقدم الأمم و رقيها . إذ يسعى الأطباء لإيجاد العلاج المناسب حسب نوع المرض, و كعينة من ذلك يسعى الأطباء لمعالجة مرض العقم بمختلف أنواعه و الذي يعاني منه الملايين من الأشخاص الذين هم في سن الإنجاب في شتى أنحاء العالم لمساعدة الزوجين على الإنجاب. وذلك بتطوير وسائل العلاج على مر الزمن .إذ تختلف فمنها ما يعتمد على وصف الهرمونات لتنشيط التبويض, و أخرى تعتمد على مجموعة من العمليات الجراحية لتخلص من الدوالي لدى الرجال أو إزالة التورم أو الالتصاق في الرحم أو التلقيح الاصطناعي و الأم البديلة و استئجار الأرحام ...

الكلمات المفتاحية: استئجار الأرحام . التلقيح الاصطناعي. العقم. الإنجاب.

مقدمة

تشكل الدراسات البيولوجية و مجال العلوم الطبية و التدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان محور الدراسات القانونية. إذ تعرف هذه الأخيرة تطورات مذهلة نتيجة تقدم الأبحاث العلمية , و التي لها دور فعال في اكتشاف الحالات المرضية و علاجها على غرار حالات العقم و عدم الإنجاب .

فالتلقيح الاصطناعي و استئجار الأرحام كتقنية حديثة لعلاج العقم و عدم الإنجاب. شكل ثورة علمية و طبية و اجتماعية, فبعد أن كان الإنجاب يعتمد على العلاقة الثنائية الشرعية بين الزوجين. أصبح يقتضي تدخل طرف ثالثا "علاقة ثلاثية الأطراف" أي وجود الزوج و الزوجة أو أي شخصين آخرين و الأم البديلة .

فبرغم من أهمية هذه التدخلات الطبية إلا أن لها مخاطر تختلف درجة جسامتها من حالة لأخرى باعتبارها تدخلات مثيرة للجدل كالهندسة الوراثية و تأجير الأرحام و التلقيح الاصطناعي داخل الرحم و خارجه, تغيير الجنس, الجراحة التجميلية التحسينية. إذ ظهرت هذه التدخلات مؤخرا, فكثر التساؤل عن مدى مشروعيتها ,و هل يمكن اللجوء إليها؟. و بالأحرى حدودها من الناحية القانونية و الدينية. ذلك لأن حرمة جسم الإنسان تقتضي عدم جواز تفضيل التقدم العلمي على حساب كرامة الإنسان. فالعلوم الطبية الحديثة يجب أن يكون هدفها خدمة الشخص و صحته بالدرجة الأولى. و يجب على المشرع التوفيق بين متطلبات التقدم العلمي و احترام الكرامة الإنسانية . و في هذا الصدد تدخل المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018, المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 أوت 2020. ليبين حدود ممارسة التدخلات الطبية الواردة على جسم الإنسان في الباب السابع منه تحت عنوان الأخلاقيات و الأدبيات و البيو أخلاقيات الطبية, وهي تدابير تتعلق بعملية نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية, و التبرع بالدم و مشتقاته و البحث في مجال طب الأحياء- الدراسات العيادية - و المساعدة الطبية على الإنجاب. فبالنسبة لهذه الأخيرة تتطرق لها المشرع الجزائري بالإضافة لهذا القانون في نصوص قانونية أخرى كقانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005.

و إقرارا لما سبق بيانه فان إشكالية المداخلة تتمحور حول تساؤل رئيسي:

هل تمكّن الفقه المعاصر و القوانين الوضعية من ضبط أحكام إجارة الأرحام بما يحقق توازن بين الحاجة البشرية و الحدود الشرعية ؟.

و للإجابة على التساؤل المذكور أعلاه تم تقسيم هذه المداخلة إلى محورين يتعلق المحور الأول بالإطار المفاهيمي لإجارة الأرحام. و يتعلق المحور الثاني بموقف الفقه المعاصر و القوانين الوضعية من إجارة الأرحام.

المحور الأول : الإطار المفاهيمي لإجارة الأرحام.

سنتطرق في هذا المحور **أولا** إلى: تعريفه, صوره, الأسباب الداعية له, أثاره. **ثانيا** إلى: التلقيح الاصطناعي و علاقته بإجارة الأرحام, تعريفه, أنواعه, صلته بإجارة الأرحام.

أولا : تعريف إجارة الأرحام :

قبل البدء بتعريف إجارة الأرحام فإننا نبين أهم التسميات التي تطلق عليه منها : الرحم الظئر والأم الحاضنة، شتل الجنين، الأم المستعارة، الأم بالوكالة، الأم البديلة وغيرها من الأسماء التي تؤدي إلى نفس المعنى. ويسمى كذلك الحمل لحساب الغير, ويقصد بالغير الأم التي ينسب إليها المولود عند ولادته, حيث يتم بين الطرف الأول وهم أصحاب البيضة الملقحة وبين امرأة أجنبية تقوم بحمل لقيحه الزوجين لحساب الطرف الأول مقابل عوض أو في بعض الأحيان يكون هبة, ومن ثم ،فإن المولود يحمل عند ولادته اسم امرأة غير تلك التي حملته ووضعته، ولذلك تسمى الأم الحاضنة أو الأم المستعارة, وهي تلك المرأة التي تقبل شغل رحمها بمقابل أو بدونه بحمل ناتج من نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة وعرفت بأنها: "الأم التي وافقت على جعل رحمها وعاء لبويضة مخصبة من زوجين بمقابل أو دون مقابل. على أن تسلم المولود بعد الوضع للوالدين البيولوجيين أو لأحدهما".[1]

فموضوع إجارة الرحم أو الأم البديلة ليس جديدا على المجتمعات بل متعارف عليه منذ سنين مضت فمن بين القضايا المشهورة في هذا المجال "قضية الأم البديلة كيم كوتن لسنة 1985 ببريطانيا " وقضية "الأم البديلة بيبي آم لسنة 1986 بالولايات المتحدة الأمريكية "، حل مصطلح الحمل لحساب الغير محل مصطلح الأم البديلة أو تأجير الأرحام ويعني حمل امرأة لطفل نيابة عن الزوجين أو لمثلي الجنس وتسليمه لهما بعد الولادة كما هو متفق عليه في العقد. إن تأجير الرحم من العقود الملزمة لجانبين ورضائي حيث أنه عقد يفرض على المؤجر و المستأجر التزامات متبادلة فالأم البديلة تقبل بزرع اللقيحة في رحمها وتعتني بالجنين وتسلمه للزوجين بعد الوضع ويلزم الزوجان بتحمل نفقات العلاج وتسليم الأجر المتفق عليه وتسلم الطفل كما يعد من العقود المحددة المدة فالمرأة صاحبة البويضة تنتفع من

[1] معمري إيمان .ميدون مفيدة,أحكام إجارة الأرحام في الاجتهاد الفقهي المعاصر و القوانين الوضعية,المجلة الإفريقية للدراسات القانونية و السياسية,جامعة أحمد دراية, أدرار- الجزائر, المجلد:3 العدد:2,السنة: ديسمبر 2019, ص 145.

جسم المرأة الحمالة مدة زمنية محددة وهي فترة الحمل فعقد الإيجار ينتهي بمدة محددة مسبقا ويرد على منفعة أيضا، وكذا تأجير الرحم ينتهي بولادة الطفل هذا غير أنه يمكن أن يرد على منفعة أي مقابل مادي تأخذه المرأة الحمالة كتعويض عن حملها أويكون عقد.[2]

فقد عرفه الدكتور شوقي زكريا الصالحي بأنه: موافقة امرأة على حمل بويضة ملقحة لا تنسب إليها لحساب امرأة أخرى وتسليم المولود لها بعد ولادته. ويعرفه الدكتور محمد علي البار بأنه: أخذ مني الزوج وبويضة زوجته وتلقيحهما في طبق ولكن بعد أن تنمو اللقيحة لا تعاد إلى الأم بل إلى امرأة أخرى تسمى متبرعة.[3]

هو اتفاق بين طرفين تلتزم بمقتضاه امرأة ن تسمح بزرع بيضة مخصبة تعود لرجل وامرأة زوجان غالبا لعيب في رحم الأخيرة أو لأي سبب آخر، وحمل الجنين والعناية به، وتسليم المولود إلى الطرف الثاني، مقابل التزام ذلك الطرف بتنفيذ متطلبات تخصيب البويضة ودفع الأجرة، إن كان العقد بأجر، وتحمل المصاريف الأخرى،بالاضافة إلى تسلم المولود عند الوضع.[4]

1- صور إجارة الأرحام :

لتأجير االأرحام صور عديدة تتلخص في:

الصورة الأولى : أن تؤخذ اللقيحة من زوجين البويضة من الزوجة والنطفة من الزوج ويتم التلقيح في وعاء اختبار خارج الرحم ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى أجنبية عنها.

الصورة الثانية : أن تكون اللقيحة من زوجين ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجة أخرى للرجل صاحب النطفة.

الصورة الثالثة : أن تكون اللقيحة من متبرعين امرأة تتبرع بالبويضة ورجل يتبرع بالنطفة ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى لصالح امرأة ثالثة تدفع المال مقابل أخذ الطفل دون أن تشترك في تكوينه أو حمله.

الصورة الرابعة : أن يتم تلقيح ماء الزوج بماء امرأة أجنبية عنه ثم تحمل هذه المرأة ذاتها اللقيحة في رحمها وعند الولادة يسلم الطفل إلى هذا الرجل وزوجته مقابل المال.

---

[2] سعيدي فطيمة الزهرة, حميدة نادية, موقف المشرع الجزائري من إجارة الأرحام, مجلة صوت القانون, المجلد 07, العدد 03 سنة 2021, ص 1235.1234 .

[3] معمري إيمان .ميدون مفيدة,المرجع السابق, ص 146.145.

[4] غزالي صامث, الإنجاب و المستجدات الطبية في القانون الجزائري, أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص, المخبر المتوسطي للدراسات القانونية, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان-, سنة 2021-2022, ص 279.

الصورة الخامسة : أن تؤخذ بويضة الزوجة وتلقح بماء رجل أجنبي ثم توضع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية وبعد الولادة يسلم الجنين للزوجة صاحبة البويضة وزوجها العقيم .إما أن تكون اللقيحة من متبرعين ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع في رحم امرأة متزوجة لصالح هذه الأخيرة مقابل ثمن تدفعه للبنك المنوي فهذا غير داخل في مسمى الرحم المستأجر بل يمكن تسميته تأجير الأجنة أو اللقيحة المستأجرة لأن المستأجر هنا هو البويضة الملقحة وليس الرحم.

وكذلك صورة كون النطفة مأخوذة من رجل متزوج والبويضة من امرأة متبرعة يجري التلقيح بينهما خارجيا ثم تزرع في رحم زوجة ذاك الرجل، فهذه أيضاً لا تدخل في صور الرحم المستأجر لأن المستأجر هنا هو البويضة وليس الرحم ويمكن تسميته تأجير البويضة,[5]

فإجارة الأرحام له صور عديدة تختلف باختلاف أطراف العقد ومصدر البويضات والحاملين للبيضة المخصبة. فموضوع إجارة الأرحام يعد من النوازل الجديدة المستحدثة الواردة إلينا من العالم الغربي، وذلك في ظل التقدم العلمي المستمر، وقد اتفقت آراء الفقهاء المعاصرين على حرمة الرحم المستأجر باستثناء صورة الرحم المستأجرة عندما يتم التلقيح بين بويضة الزوجة وماء زوجها ثم تعاد اللقيحة إلى امرأة أخرى أو زوجة أخرى لذات الرجل أي الضرة .[6]

2- الأسباب الداعية لإجارة الأرحام :

تتمثل الأسباب الطبية لإجارة الرحم في أن يكون رحم المرأة معيبا أوضعيفا بحيث لا يستقر فيه الحمل و مبيضها سليما أو استئصال رحم المرأة بسبب مرض ما و مبيضها منتج أو وفاة الجنين المتكررة. أو الإجهاض المتكرر و مبيضها سليم . وأما الأسباب غير الطبية فتكون في رغبة المرأة صاحبة البويضة بالحفاظ على رشاقتها وجمالها جسدها الذي يضر به الحمل، أو خوف المرأة من فقدان وظيفتها في حالة الحمل، أو الخشية من مخاطر الحمل المتأخر خاصة و الحيلولة دون انتقال بعض الأمراض إلى الجنين باعتبار أنه يتغذى عن طريق دم الأم.[7] وهذا بدأ ينتشر حاليا في طبقة الأثرياء في أوربا و البلاد العربية . ففي مثل هذه الحالات لا يمكن للمرأة أن تنجب أطفالاً لعدم إمكان الحمل في رحمها ويكون الحل الطبي هو ما توصل إليه العلم الحديث والتقنيات المتطورة من إمكان تلقيح مائها بماء الرجل

[5] هند الخولي, تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي, مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية, المجلد 27, العدد الثالث, سنة 2011, ص 281.280 .

[6] معمري إيمان .ميدون مفيدة, المرجع السابق, ص 147.

شبوعات خالد, الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية,-دراسة مقارنة-, مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الطبي,كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان, سنة 2015_2016, ص 48.

[7] سعيدي فطيمة الزهرة, حميدة نادية, المرجع السابق, ص 1236.

زوجا كان أو غيره، في وعاء اختبار ثم نقل هذه اللقيحة بعد أن يتم تكاثرها إلى عدد الخلايا حتى تصل إلى مرحلة (التوتة) وزرعها في رحم امرأة أخرى، في اليوم الرابع أو الخامس من التلقيح حيث تحملها حملا طبيعيا وتنمو لتصبح جنينا يولد ويسلم إلى المرأة الأولى أو إلى من يدفع الثمن ضمن مراحل من المتابعة والعناية الطبية قبل الحمل و في أثنائه[8].

3- أثار إجارة الأرحام :

إذا وقع اتفاق بين الزوجين غير القادرين على الإنجاب و الراغبين في الحصول على مولود و الأم البديلة. فانه تترتب أثار على ذلك إذ تقع التزامات على عاتق كل من الطرفين:

_ فالنسبة لالتزامات الأم البديلة يقع عليها التزامين أساسيين يتمثل الأول في: المحافظة على الجنين. و يتمثل الثاني في إتباع كافة تعليمات الجهات الطبية المسؤولة عن عملية الوضع و التقييد بجميع النصائح.

_ أما بالنسبة لالتزامات المستجن لهما أي الزوجين غير القادرين على الإنجاب يمكن حصرها في: المحافظة على سرية العملية إذا طلبت ذلك الأم الحامل بالإنابة. و تحمل المصاريف و النفقات المالية اللازمة لإثبات الحمل. و التعويض عن الأضرار التي تلحق الأم البديلة أثناء الحمل. تسلم المولود و الاعتراف به مهما كانت حالته الصحية و الالتزام بالوفاء بالأجر المتفق عليه للأم البديلة بمجرد إتمام الولادة .[9]

ثانيا : التلقيح الاصطناعي و علاقته بإجارة الأرحام :

يعتبر التلقيح الاصطناعي نوعا من نقل وزارعة خلايا المنى و البويضة لأسباب تتعلق بمرض الأعضاء التناسلية لأحد الزوجين، مثل مرض خصية أو خصيتي الزوج، أو مرض مبيض زوجة أو رحمها، وهي أعضاء لها دور أساسي و مباشر في عملية التناسل، و إصابتها بمرض يؤدي إلى الحرمان من الإنجاب و لتجاوز مشكلة العقم التي تحرم الزوجين من الإنجاب ، مكن الأطباء والعلماء المعاصرين المختصين في طب النساء و الولادة من إيجاد تقنيات طبية حديثة تساعد على الإنجاب تمثلت في التلقيح الاصطناعي وزارعة الأعضاء التناسلية ولإدارك المشرع الجزائري أهمية تلك المستجدات الطبية وحاجة المحرومين من الإنجاب لها رأى أن اللجوء لهذه التقنيات دون ضوابط قانونية و أخلاقية، قد ينجر عنه كوارث أخلاقية لا قبل للمجتمع بدرئها متى لم تضبط بأحكام حازمة، كما أنه قد تؤثر سلبا على النظام

[8] هند الخولي, المرجع السابق, ص 279 .

[9] خدام هجيرة, التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي و القانون الجزائري, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص, كلية الحقوق, جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-, السنة الجامعية 2007/2006, ص 120.119.

العام الأسري إذا ما تمت خارج الإطار الشرعي و القانوني و الأخلاقي لمؤسسة الزواج ، مما جعله يتدخل في بادئ الأمر بموجب قانون الأسرة ثم قانون الصحة فأجاز بموجبهما إمكانية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي للزوجين.

1- تعريف التلقيح الاصطناعي:

تعرف عملية التلقيح الصناعي بأنها وسيلة لعلاج الخصوبة عن طريق إدخال الحيوانات المنوية مباشرة إلى الرحم أو عنق الرحم عن طريق المنظار قصد تحقيق الإخصاب وحدوث الحمل، كما قد تلجأ بعض النساء لتناول أدوية لتحفيز نمو جريب المبيض لزيادة فرص الحمل، فمن الطبيعي أن يحدث الحمل نتيجة وجود الحيوانات المنوية للرجل المتنقلة من المهبل في قناة فالوب, وفي بعض الأحيان قد يكون الحيوان المنوي غير قادر على الحركة للقيام بهذه الرحلة، أو قد لا يسمح عنق الرحم للحيوانات المنوية بالدخول إلى الرحم، لذلك قد يساعد التلقيح الصناعي المرأة على الحمل. فالتلقيح الاصطناعي عملية طبية مستحدثة تخضع لمعايير تقنية تتم بدمج خاليتين ذكرية و أنثوية . و هذه التقنية تختلف اختلافا تاما عن الاستنساخ الذي يسعى من خلاله إيجاد نسخة طبق الأصل لكائنات حية أو حيوانا أو نباتا أو إنسانا, باستخدام الصبغيات المورثة للجنس أو الحمض النووي .[10]

2- أنواع التلقيح الاصطناعي:

إن عملية التلقيح الاصطناعي عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة، بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة، سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أم خارجها ثم تعاد البويضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه، بالطريق الطبيعي ومن هذا نخلص إلى أن عملية التلقيح الاصطناعي تنقسم بحسب الموضع الذي يتم فيه التخصيب، فقد يكون إتحاد النطفة بالبويضة إما داخلي أي داخل الرحم أو خارجه.

_ **التلقيح الاصطناعي الداخلي**: يعد التلقيح الاصطناعي الداخلي أقدم طريق للإنجاب الاصطناعي، حيث يقصد به إدخال منى الزوج في المكان المناسب من مهبل الزوجة سواء كان طازجا أو مجمدا و ذلك بعد أن يركز و تزال عنه الشوائب عن طريق وضعه في إناء نظيف معقم غير مبلل بالماء. كما تتم عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي عن طريق الحصول على المني من الرجل وحقنه في رحم الأنثى ليصل إلى

1 فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي, أثر المستجدات الطبية على النظام العام الأسري, رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان, سنة 2022-2023, ص 209.208.

البيضة في قناة فالوب وهو يعمل على تلقيحها، لتوضع بعد ذلك البيضة الملقحة في رحم الزوجة نفسها. فـ هذا النوع من التلقيح يعتبر الأسلوب الأول ظهورا في تقنية الإخصاب الصناعي، وفي الغالب يلجأ اليه في حالة كون سبب العقم مستحكم في الزوج دون الزوجة، إذ امتنع من إيصال مائه إلى الموضع الأصلي للإخصاب بالطريق الطبيعي
للتكاثر.[11]

_ **التلقيح الاصطناعي الخارجي:** و يطلق عليه أيضا تسمية أطفال الأنابيب. و يقصد به مجموعة الأعمال الطبية الهادفة لتخصيب البويضة خارج الرحم في أنبوب اختبار أو وعاء مخبري في وسط مماثل للأخير و إعادتها إليه بشروط أن يكون عند الزوجة رحم سليم، ومبيض واحد على الأقل يمكن الوصول إليه عن طريق التنظير لاستخراج البويضة، أن يكون لدى الزوج عدد كاف من الحيوانات المنوية الصالحة للإخصاب، وأن يكون المبيضين أو أحدهما قادر على إنتاج بيضة، سواء بالطريق الطبيعي أو بواسطة الأدوية المنشطة، تم يتم إجراء فحص كامل للزوجين قبل إجراء العملية حيث تهدف هذه العملية إلى تحقيق التلامس المباشر بين الحيوان المنوي والبويضة لزيادة احتمال الإخصاب ويتم ذلك بسحب بويضة أو أكثر من رحم الزوجة، عن طريق التدخل الجراحي بعد إثارتها بواسطة هرمونات منشطة تم توضع هذه البويضات في وسط ملائم وتجمع مع الحيوانات المنوية للزوج، ولا يتم اللجوء إليه إلا إذا استحال الإنجاب بواسطة التلقيح الاصطناعي الداخلي , وقد ولد الكثير من الأطفال بهذه الطريقة .[12]
و يتم التلقيح الاصطناعي الخارجي إما عن طريق زرع البويضة المخصبة في رحم الزوجة أو عن طريق الإنجاب بتدخل الغير,[13]

3- صلة التقيح الاصطناعي باجارة الأرحام:

من خلال ما أشرنا إليه في الفقرات السابقة أعلاه, حيث تم التطرق إلى أنواع التلقيح الاصطناعي وتبين أنه على نوعين تلقيح صناعي داخلي وتلقيح صناعي خارجي. ومن خلال التعريف باستئجار الأرحام

---

[11] فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي, المرجع السابق, ص 232.233.

[12] بغدالي الجيلالي, الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة-, مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص, فرع قانون الأسرة, كلية الحقوق بن عكنون, جامعة الجزائر 1, السنة الجامعية 2013_2014, ص 43.

[13] بغدادي ليندة, الوضع القانوني للممارسات الطبية الحديثة, أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم, تخصص قانون, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة مولود معمري- تيزي وزو-, تاريخ المناقشة05/12/ 2018,ص 234.

يتضح أن العلاقة بين عملية استئجار الأرحام وبين التلقيح الاصطناعي تكمن في كون استئجار الأرحام يمثل صورة من صور التلقيح الاصطناعي الخارجي وإحدى النتائج التي ظهرت لعمليات التجارب في مجال الإنجاب.

المحور الثاني: موقف الفقه المعاصر و القوانين الوضعية من إجارة الأرحام.

سنتطرق في هذا المحور **أولا** إلى: موقف الفقه المعاصر من إجارة الأرحام. تم **ثانيا** إلى: موقف القوانين الوضعية من إجارة الأرحام.

أولا: موقف الفقه المعاصر من إجارة الأرحام:

ساهمت الآراء الفقهية مساهمة مثرية في موضوع الإنجاب الاصطناعي الخارجي " تأجير الأرحام أو الإنجاب بتدخل الغير", رغم تباين موقفها, حيث نميز في هذا الصدد بين الموقف الفقهي المؤيد لإجارة الأرحام عن طريق الأم البديلة. و بين الموقف الفقهي الرافض له.

1- الموقف الفقهي المؤيد لإجارة الأرحام:

ذهب أنصار هذا الفريق إلى تأييد تقنية تأجير الأرحام أو الإنجاب بتدخل الغير "التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير"، وحجتهم في ذلك ما يلي:

_ التبرع بالنطفة البشرية لمساعدة الزوجين على الإنجاب يمكن قياسه على التبرع بالدم والأنسجة البشرية لأن الهدف منها دافع إنساني.

- الحرص الزائد من الزوجين على هذا الطفل لأنه جاء بعد انتظار طويل وبعد محاولات كثيرة فقد بلغ عدد الأطفال الذين ولدوا بهذه الطريقة ما يقارب10 آلاف طفل خلال12 سنة، كما أن فكرة الأبوة أوسع لأن الأب هو من يحب بدلا من الأب الذي أنجب أو الذي ربى.

- كل وسائل الإخصاب الصناعي الحديثة يغيب عنها المفهوم العلاجي بالمعنى الضيق، فالزوجين لم يشفيان مما يعانيانه وإنما هو تذليل للصعوبات، لذا لا يمكن القول بأن التلقيح الصناعي بتدخل الغير ليس علاجا للعقم.

_ مساعدة الزوجين لتجاوز الأزمة النفسية التي يعانيانها، وحياتهما من نظرة المجتمع المتدنية وتقوية الروابط الأسرية.

_ تمكين الأم البديلة من إثبات ذاتها، وقيامها بدور الأم لمدة الحمل لان ظروفها قد لا تسمح لها إما لمرض الزوج أو اعتبارات اقتصادية أو اجتماعية.

_ إن رضا الزوجين أو الصديقين قبل إجراء العملية هو رضا مستنير لذا لا يجوز للأب القانوني العدول عن أبوته، كما يجب النص على حرمانه من حق إنكار نسب المولود إليه.[14]

_ كما يبرز هذا الفقه حجته بواقعة تاريخية تكمن في أن التوارة تقول أن نبي الله إبراهيم عليه السلام قد لجأ إلى هذه الوسيلة للتغلب على العقم الذي أصيبت به السيدة "سارة" فهو لم تكن له ذرية و بلغ من العمر عتيا, فقالت له السيدة سارة أن اذهب الى هاجر خادمتها المصرية و أنها بذلك تصبح أما عن طريقها....

جدير بالذكر هذا أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية رأوا بجواز الاستعانة بالأم البديلة لتحقيق حلم الإنجاب, و ذلك عن طريق إجازة الحمل لحساب الغير بين الضرائر, و حجتهم في مشروعية هذه التقنية هي وجود ضرورة ملحة لتحقيق حلم الأبوة و الأمومة, كذا موافقة و رضا الأطراف الثلاثة, تجنب الزوج سلاسة الزوجة المتبرعة برمها في الفترة الأولى للحمل, حتى لا يقارنه حمل أخر, فتختلط الأنساب من جهة الأم. كما أن تلقيح الزوجة الأولى بماء زوجها, تم غرس البويضة الملقحة برحم الزوجة الثانية تكون هذه العملية قد تمت في إطار الزوجية, كما أن نسب الحمل محفوظة.[15]

2- الموقف الفقهي الرافض لإجارة الأرحام:

ذهب أصحاب هذا الرأي، خلافا للرأي الأول، إلى معارضة لتقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي وهو اتجاه الغالبية واستدلوا بالحجج التالية:

_ أن التبرع بالبذرة الإنسانية هو تنازل عن الأبوة والأمومة، فهي تهدف إلى إنجاب مولود لا ينسب إلى أبويه مما يؤدي إلى بطلان ذلك، فما بالك فِ حالة غير المتزوجين ويتضح ذلك جليا فِ حالة العلاقة الحرة بالنسبة لغير المتزوجين. - إن قرينة (الولد للفراش) تنهدم بولادة طفل نسب لزوج عقيم بينما البذرة لرجل آخر هو الأب البيولوجي.

_ إن الطفل هو الضحية في هذه التقنية فقد ينكر الزوج أبوته بشهادة بيولوجية تثبت ذلك مما يعود على الطفل بحالة إحباط نفسي.

_ إن حرمة الجسد الإنساني مبدأ فقهي لذا لا يجوز التصرف بأي عضو من أعضاء الجسد إلا للضرورة العلاجية، فأين هي الضرورة العلاجية في هذه التقنية؟.

[14] سكيريفة محمد الطيب, التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي, قسم القانون الخاص, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان- الجزائر, السنة الجامعية: 2016-2017 ,ص 98..99.

[15] بغدادي ليندة, المرجع السابق, ص 256.255.254.

_ يؤكد غالبية علماء النفس على خطورة الإقدام على هذه العملية مِّا تسببه من اضطراب نفسي للطفل عند علمه بذلك كما يتسبب فِ إحباط للزوج بسبب عدم إنجابه لابنه

_ إن إدخال طرف ثالث غير الزوجين فِ العملية فيه مساس بالقيم الجوهرية المرتبطة بالعلاقات داخل الأسرة كما أن انتشار هذه التقنية يساعد على خلق نوع من تجارة الأطفال.

_ إن تقنية تأجير الأرحام تتعارض مع علاج عقم المرأة، لأنه يفتح الباب أمام العاملات وصاحبات المال. من استعمال هذه التقنية فِ حين لديهن القدرة على الحمل.[16]

ثانيا: موقف القوانين الوضعية من إجارة الأرحام.

قبل التطرق لرؤية القانونية للمشرع الجزائري و موقفه من عملية تأجير الأرحام. ارتأينا التطرق إلى موقف القوانين في الأنظمة المقارنة في الدول الغربية على غرار القانون الفرنسي, و القانون التايلاندي , و القانون الأمريكي, و في الدول الإسلامية على غرار العراق و مصر.

1- موقف الدول الغربية من إجارة الأرحام:

في فرنسا صدرت قوانين الأخلاقيات الحياتية سنة 1994, ووضعت قيود على بعض العمليات حيث نصت المادة 1/16 على عدم قابلية الجسم البشري بكافة عناصره ومشتقاته لأن يكون محلا لحق مالي ومن الدول التي فرضت حظرا على إجراء عمليات إجارة الأرحام أيضا تايلاند، فقد ازدهرت عمليات تأجير الأرحام فيها وهي صناعة جعلت من البلاد مقصدا للأزواج الأجانب، حتى أطلق عليها اسم "سياحة الخصوبة"، إلا أن فضائح متعددة ذات صلة بعمليات تأجير الأرحام أدت إلى إعادة النظر في هذه القضية من قبل الحكومة، فأصدر برلمان تايلاند قانونا يحظر على الأجانب السعي وراء خدمات تأجير الأرحام.

ويقول أحد أطباء التخصيب في أمريكا: " ليس هنالك سبب يدعونا لأن نعتقد بأن أعداد المتبرعات بالمائة لأن الناس شعروا فجأة بضرورة مد يد العون للآخرين ما تغير في الواقع هو حال الاقتصاد" ، غير أنه يختلف الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية من ولاية إلى ولاية أخرى فهناك ولايات تسمح بفكرة إيجار الرحم, و ترى أنها مشروعة، و أن من حق الزوجين استخدام هذه الوسيلة إن استقر رأيهما عليها كآخر حل مناسب للمشكلة. في حين أن هنالك ولايات تحظر هذا العقد مطلقا.

2- موقف الدول الإسلامية من إجارة الأرحام:

[16] سكيريفة محمد الطيب, المرجع السابق, ص 100.99.

تشهد غالبية التشريعات العربية والإسلامية فارغا قانونيا في كل ما يتعلق بالممارسات الطبية المستحدثة، ومع عدم وجود التنظيم لإجارة الأرحام من الناحية القانونية سواء بالحظر أو الإباحة فأنه لابد من رجوع إلى الشريعة الإسلامية، ولكن ما هو الحل مع وجود مثل هذا الخلاف الفقهي, فبالموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد حرموا التصرف بالأمشاج الآدمية بأي نوع من أنواع التصرف كون التصرف بها يؤدي إلى اختلاط الأنساب تأجير الأرحام أيضا والتي يعتبر المحافظة عليها من الكليات الخمس, بينما في القانون نجد الدول العربية, لم يبينوا حكم التصرف . فالتشريع العراقي مثالا جاء خاليا من أي نص قانوني أو تنظيم مخصص لهذه المستجدات الطبية فلم يتطرق إلى ما يعرف بالحمل لحساب الغير, لأن هذه العمليات تتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد مصدرا رئيسيا للقوانين العربية، وأن الحمل لحساب الغير يكون محرما، لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب والقيام بهذا العمل يعتبر باطلا، لأنه مخالف للنظام العام والآداب العامة، ولقد أكدت المادة 31 من القانون المدني العراقي على ذلك بنصها على أنه" :يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلا كان العقد باطل"، وعليه فإن الحمل لحساب الغير يعد باطلا، لأنه غير مشروع من حيث المحل والسبب وهذا الأمر و إن لم يحصل لحد الآن في العراق إلا أنه غير مستبعد خاصة مع وجود الإجازة لهذا العقد من بعض المراجع الفقهية وتطبيقه في دول مجاورة كإيران، فهي الدولة الإسلامية الوحيدة التي تجيز عقد إجارة الأرحام.[17]

و في مصر قدم مشروع الى البرلمان المصري ويتضمن المشروع أن يعاقب بالحبس كل من يساعد على زارعة البويضة المخصبة لأنثى في رحم امرأة أخرى مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ويمنع من مزاولة المهنة مدة لا تقل عن عشر سنوات فتعتبر خطوة ايجابية تحسب للبرلمان المصري بمحاولة مواكبته للأحداث الطبية ووضع النقاط على الحروف.[18]

و بالعودة إلى موقف التشريع الجزائري من إجارة الأرحام و التلقيح الاصطناعي نجده تطرق الى هذا الموضوع من خلال تشريعات : قانون الأسرة, قانون الصحة.[19]

---

[17] معمري إيمان .ميدون مفيدة, المرجع السابق, ص153.152.151.

[18] معمري إيمان. ميدون مفيدة, المرجع السابق, ص 154.

[19] القانون رقم 84_11 المتعلق بقانون الأسرة المؤرخ في : 9جوان 1984, الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية, العدد 24, المؤرخة في 12 يوليو1984, المعدل و المتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير2005, الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية, العدد 15, المؤرخة في 27 فبراير2005.

_ القانون رقم 18_11 المتعلق بالصحة, المؤرخ في 2 يوليو 2018, الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية, العدد 47, المؤرخة في: 29 يوليو 2018, المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 غشت 2020, الجزائرية الديمقراطية الشعبية, العدد 50 المؤرخة في: 30 غشت 2020.

إذ نصت المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05_02 المتعلق بالأسرة على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إذ يخضع هذا الأخير حسب نص المادة للشروط التالية: أن يكون الزواج شرعيا. و أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما. وأن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها. و لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

كما أن القانون رقم 18_11 المعدل و المتمم المتعلق بالصحة منع اللجوء إلى الإنجاب عن طريق تدخل الغير منعا صريحا طبقا لنص المادة 371 منه الفقرة الأولى.

إضافة إلى ما سبق ذكره تصدى المشرع الجزائري في قانون الصحة لسنة 2018 للجرائم الخاصة بمجال المساعدة الطبية على الانجاب بأن يعاقب كل من يخالف أحكام نص المادة 371 من قانون الصحة والمتعلقة بالمساعدة الطبية على الانجاب بالحبس من 5 سنوات إلى 10سنوات وبغرامة مالية من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

ويعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من نفس القانون المتعلقة بالتبرع و البيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري, بالحبس من 10 سنوات إلى 20سنة, وبغرامة مالية من 1.000.000 دج إلى 2.000.000دج ، ، كما أنه لم يستبعد الشخص المعنوي من المسؤولية الجزائية في حالة المخالفة.

من خلال نص المادتين يتوضح موقف المشرع الجزائري اتجاه تأجير الأرحام صراحة برفضه لمثل هذه المعاملات في جسم الإنسان من عمليات بيع وشراء وتداول تجاري فيها مقرا عقوبات صارمة في حال مخالفة أحكام المواد المتعلقة بالمساعدة الطبية ضمن قانون الصحة الجديد.[20]

خاتمة

كخاتمة لموضوع دراستنا المتعلقة بالموقف الفقهي و القانوني لعملية تأجير الأرحام, توصلنا إلى النتائج التالية:

[20] سعيدي فطيمة الزهرة, حميدة نادية, المرجع السابق, ص 1243.1242.
_ بغدادي ليندة, المرجع السابق, ص 252.250.
_ غزالي صامت, المرجع السابق, ص 247.246.245.

_ تعتبر عملية تأجير الأرحام من بين أحد التدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان المثيرة للجدل, إذ أن السبب الرئيسي للجوء إليها هو علاج حالات العقم و عدم الإنجاب. و يمثل صورة من صور التلقيح الاصطناعي الخارجي وإحدى النتائج التي ظهرت لعمليات التجارب في مجال الإنجاب..

_ تباين موقف الفقه المعاصر من تقنية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين مؤيد و معارض لها.

_ اختلاف موقف القوانين الوضعية سواء بالنسبة للدول الإسلامية أو الغربية من عملية استئجار الأرحام بين الاجاز و المنع و عدم تبيان الموقف. فبالنسبة للمشرع الجزائري و طبقا لقانون الصحة و قانون الأسرة فهو يجيز عملية التلقيح الاصطناعي كمساعدة طبية على الإنجاب و يمنع عملية إجارة الأرحام.

_ مساهمة كل من الفقه المعاصر و القوانين الوضعية في حماية حرمة الجسد الإنساني و الذات البشرية.

و في هذا الصدد كقانونين و كحقوقين و كطلبة تخصص نقترح مايلي:

_ تعديل القوانين المتعلقة بالصحة و قوانين ذات الصلة بالأسرة, لتحقيق التكامل و التوازن و الانسجام بينها لمواكبة المستجدات العلمية في الإنجاب ولتفادي الثغرات القانونية.

_ العمل على تنظيم منتديات و ملتقيات و ندوات علمية, أيام دراسية حول موضوع إجارة الأرحام كتقنية جديدة مثيرة للجدل.

_ فرض جزاءات قمعية و أخرى ردعية على كل الممارسات الطبية التي تخالف المبادئ و الأطر التي سطرها القانون في المجال الطبي.

قائمة المراجع

1_ القوانين :

_ القانون رقم 84_11 المتعلق بقانون الأسرة المؤرخ في : 9جوان 1984, الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية, العدد 24, المؤرخة في 12 يوليو1984, المعدل و المتمم بالأمر رقم 05_02

المؤرخ في 27 فبراير2005, الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية, العدد 15, المؤرخة في 27 فبراير2005.

_ القانون رقم 18_11 المتعلق بالصحة, المؤرخ في 2 يوليو 2018, الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية, العدد 47, المؤرخة في: 29 يوليو 2018, المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 20-02 المؤرخ في 30 غشت 2020, الجزائرية الديمقراطية الشعبية, العدد 50 المؤرخة في: 30 غشت 2020.

2_ أطروحات الدكتوراه:

_ فؤاد سيدي محمد صديق بلماحي, أثر المستجدات الطبية على النظام العام الأسري, رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان, ستة 2022-2023.

_ غزالي صامث, الإنجاب و المستجدات الطبية في القانون الجزائري, أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص, المخبر المتوسطي للدراسات القانونية, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة أبو بكر -بلقايد –تلمسان-, سنة 2021-2022.

_ بغدادي ليندة, الوضع القانوني للممارسات الطبية الحديثة, أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم, تخصص قانون, كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة مولود معمري- تيزي وزو-, تاريخ المناقشة12/05/ 2018.

3_ رسائل الماجستير:

_ سكيريفة محمد الطيب, التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي, قسم القانون الخاص, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان- الجزائر, السنة الجامعية: 2016-2017.

_ شبوعات خالد, الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية,-دراسة مقارنة-, مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الطبي,كلية الحقوق و العلوم السياسية, جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان, سنة 2015_2016.

_ بغدالي الجلالي, الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة-, مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص, فرع قانون الأسرة, كلية الحقوق بن عكنون, جامعة الجزائر 1, السنة الجامعية 2013_2014.

_ خدام هجيرة, التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي و القانون الجزائري, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص, كلية الحقوق, جامعة أبو بكر -بلقايد- تلمسان-, السنة الجامعية 2007/2006.

4_ المقالات العلمية:

_ سعيدي فطيمة الزهرة, حميدة نادية, موقف المشرع الجزائري من إجارة الأرحام, مجلة صوت القانون, المجلد 07, العدد 03 سنة 2021.

_ معمري إيمان .ميدون مفيدة,أحكام إجارة الأرحام في الاجتهاد الفقهي المعاصر و القوانين الوضعية,المجلة الإفريقية للدراسات القانونية و السياسية,جامعة أحمد دراية, أدرار- الجزائر, المجلد:3 العدد:2,السنة: ديسمبر 2019.

_ هند الخولي, تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي, مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية, المجلد 27, العدد الثالث, سنة 2011.

La gestation pour autrui en droit algérien et droit comparé

TITOUCHE Radia

Dr/ HADDOUCHE Ouerdia

UNIVERSITE MOULOUD MAMMERI-TIZI OUZOU

Résumé

l'infertilité est un phénomène global affectant une personne sur 6 personnes dans le monde qui rencontrent des obstacles à la fécondation. Avec le développement médical, il existe plusieurs moyens de traitement et de procréation assistée.Et il y a la gestation pour autrui .

La gestation pour autrui signifie qu'une femme porte un enfant à une autre personne et avec une technique de transfert d'embryon minimale appelée fécondation in vitro. Certaines lois le permettent, mais d'autres le rejettent complètement, comme la loi algérienne**.**

Mots clés: La gestation pour autrui, fécondation in vitro, l'infertilité, la procréation, bioéthique.

Abstract :

infertility is a global phenomenon affecting one in six people worldwide who face barriers to fertilization. With medical development, there are several ways of treatment and assisted reproduction, and there is surrogacy.

Surrogacy means that a woman carries a child to another person with a minimal embryo transfer technique called in vitro fertilization. Some laws allow it, but others reject it completely, like Algerian law.

Keywords: Surrogacy, in vitro fertilization, infertility, procreation, bioethics.

Introduction :

La gestation pour autrui aussi appelée maternité de substitution ; est le fait pour une femme de porter un enfant pour un couple ou une personne célibataire auxquels il sera remis dès sa naissance ; ce qui en fait l'une des avancées médicales qui font le plus polémique sur la scène juridique contemporaine au même titre que les manipulations génétiques ou l'euthanasie.

Cette technique révolutionnaire remets en question le principe même de la maternité , car elle permets à un enfant d'être porté par une femme qui n'a aucun lien génétique avec lui , en effet grâce à de nouveaux procédés dans le cadre de la procréation médicalement assistée , un embryon issu de la fécondation d'un ovocyte appartenant a une femme y peut être implanté dans un utérus appartenant à une autre femme .

Il n'en demeure pas moins que ce procédé révolutionnaire suscite un grand débat éthique autour duquel les avis ne cessent de diverger ; à savoir celui des limites de la science, autrement dit, jusqu'où l'être humain peut-il aller dans le cadre de ses recherches scientifiques ? Et quelles sont les limites que les lois doivent imposer au progrès ?à l'aube d'énormes changements que connaissent des notions que l'on croyait immuables telles la procréation , le genre , la famille ou encore la filiation .

Chapitre 1 : la gestation pour autrui dans le cadre de la procréation médicalement assistée

1 l'infertilité du couple, un fléau mondiale

L'infertilité atteint des taux effrayants au niveau mondial comme en témoigne le rapport mondial de l'organisation mondiale de la santé,[1]en effet une personne

[1]Pour plus de détails voir : stérilité et infertilité : deux concepts, Madeleine Rochon , cahiers démographiques, vol 15 , avril 1986, p 27_56.

sur six dans le monde rencontre des difficultés à concevoir[i] , d'où le besoin urgent d'accroitre l'accès à des soins de fertilité abordables et de hautes qualités pour ceux qui en ont besoin[ii].

L'organisation mondiale de la santé définit l'infertilité comme étant l'absence de conception apres au moins douze mois de rapports sexuels non protégés[iii]. En France[2] la prévalence de l'infertilité est de l'ordre de 15 pour cent, ce qui signifie qu'un couple sur six consultera au cours de sa vie reproductive pour des difficultés à concevoir un enfant.[iv] En Algérie 15 pour cents des couples s[3]ouffrent de difficultés à concevoir [4].

2 l'aide à la procréation ; unenécessité médicale.

La procréation médicalement assistée est définie par l'article 370 du code de la santé algérien comme étant : une activité médicale qui en cas d'infertilité avérée médicalement, permet la procréation en dehors du processus naturel. Elle consiste ne des pratiques cliniques, biologiques et thérapeutiques permettant la stimulation de l'ovulation, la conception in vitro , le transfert d'embryon et l'insémination artificielle. [5]

---

[2]Infertilité masculine, définition et physiopathologie, J Schloser, L Nakib , F Carré pigeon , F Staerman , annales d'urologie 41 (3) , p 127_133 , 2007.

Epidemiologie du coupe infertile , Mélanie Brzakowski , E lourdel , R Cabry , M F Olieric , C Claeys , A Devaux ; H Copin , P Merviel , journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction , 38 , hors-série , 2009 , p 1.

[3]Pour plus de détails sur l'infertilité voir : GuendouziAfnane ,HamioudaImene , implication du polymorphisme chez des couples infertiles candidats pour une insémination artificielle , mémoire de fin d'étude , faculté de biologie , université des frères Mentouri , 2019.

[4] Professeur BelkacemChafi , intervention à l'occasion des 3 êmes journées du collègue national des gynécologues obstétriciens algériens , organisées au chu Frantz Fanon de Blida , le 1 et 2 mars 2019 .

[5] Loi n° 18_11 du 02 juillet 2018 , relative à la santé , joradp n °46 parue le 29 juillet 2018.

La procréation médicalement assistée est consacrée pour la première fois par l'article 45 bis du code de la famille algérien, et il aura fallu attendre 2018 pour que celle-ci soit définie , en effet le législateur a permis aux conjoints mariés de recourir à la science pour concevoir en dehors du processus naturel , tout en interdisant l'utilisation de gamètes issues de tierces personnes .

En France la PMA est définie par l'article L 2141-1-1 comme étant : les pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro , la conservation des gamètes , des tissus germinaux et des embryons , le transfert d'embryons et l'insémination artificielle .[6]

3 gestation pour autrui et fécondation in vitro

La gestation pour autrui est le fait pour une femme de porter un enfant qui n'est pas le sien ; et cela grâce à la technique de transfert d'embryon appelée fécondation in vitro.[7]

La fécondation in vitro est une technique de procréation médicalement assistée qui consiste à féconder un ovocyte par des spermatozoïdes dans des conditions de culture in vitro, c'est-à-dire en laboratoire hors de l'appareil reproducteur féminin[8].

Dans le cadre de la gestation pour autrui, l'ovocyte fécondé ne provient pas des ovaires de la porteuse, il peut appartenir à l'un des parents d'intentions ou provenir d'un don dans les pays qui autorisent le don de gamètes. Ce qui fait la spécificité et la controverse de la GPA est l'absence de lien génétique entre un

[6] Modifié par l'article 37 par la loi n° 2021-1017 du 02 aout 2021 relative à la bioéthique , journal officiel de la république française n° 0178 du 03 aout 2021 , disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr .
[7] Dans cet article nous avons choisi d'exclure le cas de la mère qui porte un embryon issu de son propre ovocyte car pour nous cela dépasse le simple fait de porter un enfant pour autrui.
[8] KhodjaCylia , normes et pratique de l'AMP face à l'infertilité féminine réalisées au centre Hayet d'infertilité , mémoire de master , faculté des sciences biologiques et agronomiques , université de Mouloud Mammeri , 2021, p 37 .

enfant et la mère qui le porte, un grand bouleversement dans la notion de maternité.

Chapitre 2 : gestation pour autrui et nouvelles configurations familiales .

Les avancées médicales ont ébranlé la notion de procréation , dans le sens ou elles permettent la concrétisation d'un projet parental que la nature n'aurait jamais cautionné , tel est le cas de la gestation pour autrui qui a changé dans son sillage les notions même de famille , de maternité , de parenté et de filiation .

La reconnaissance par législations comparées des différentes orientations sexuelles et la consécration de leur droit de fonder une famille et de ce fait à accéder à la PMA ne fait que compliquer la situation en donnant des configurations familiales complexes qui ne sont pas en phase avec la bioéthique et les valeurs morales .

1_ le contrat de gestation pour autrui

Le code de la famille californien autorise et encadre la gestation pour autrui a la section 7961 .[910]la législation californienne est l'une des plus complètes en matière de GPA , en effet ; ce texte traite de la convention de gestation pour autrui avec ses parties et intermédiaires telle que les agences de maternité de substitution . la loi du 23 septembre 2012 sur le contrat de mère porteuse est entrée en vigueur le 1 janvier 2013.

En Californie la GPA est ouverte aux personnes du même sexe et la mère porteuse peut être la source de l'ovocyte fécondé ou bien porter un embryon issu d'un ovocyte qui n'est pas le sien.

[99] Textes disponible sur www.law-justice.com consulté le 05 juin 2023 .

a) Parties du contrats de gestations pour autrui .

Le contrat de gestations pour autrui est bilatérale , aussi est-il contracté par deux parties aux obligations mutuelles , une femme qui a pour obligation la gestation d'un fœtus jusqu'à l'accouchement et des parents appelées parents d'intention auxquels il sera remis à la naissance en échange d'une indemnité de substitution .

Les parenté renvoie aux liens de filiations et d'alliance existant entre les personnes d'une même famille , la parenté d'intention est issue des conventions de gpa , les patents d'intention aussi appelés parents commanditaire par le droit californien sont les parents qui ont commandité le projet parental et ceux qui ont l'intention de l'être avant la conception , en effet pour concrétiser le désir d'avoir un enfant les parents d'intention ont recours à une mère porteuse ou une testatrice , ces derniers peuvent être génétiquement liés à l'enfant l'un ou l'autre ou les deux ou avoir recours à un don de gamètes .[11]

La mère porteuse ou gestatrice est une femme qui mène une grossesse selon un accords en vertu du quel elle remettra l'enfant aux parents d'intention apres sa naissance .

Au niveau fédéral la loi canadienne sur la procréation assistée autorise la le recours à une mère porteuse à condition que celle-ci soit âgée de plus de 21 ans[12].

B **objets du contrat de gestation pour autrui**

Pour protéger au mieux les parties, le législateur californien à encadré avec précision le contrat de gpa , en exigeant que celui-ci contienne les informations suivantes :

[11]Marie Mesnil , la parenté en droit français , nouvelle figure du système de filiation , revue des politiques sociales et familiales , 2021 , n° 139_140 , p 99 à 108 , p 102.
[12] Kevin La Voie ,negocier une entente de gpa au canada , considérations légales et financières , actes du colloque étudiant des grands enjeux à la quotidienneté , 2017 , p 25 .

- Nom et prénom de la mère porteuse .
- Noms et prénoms des personnes dont sont issus les gamètes, sauf en cas de dons anonymes .
- Noms et prénoms des parents ou du parent d'intention .
- Noms et prénoms des avocats qui reprennent les différentes parties du contrat (chacune des parties doit avoir son propre représentant) .
- Le contrat de gestation pour autrui doit prendre une forme notariée et cela bien avant son exécution .
- La mère porteuse ne pourra pas subir une procédure de transfert d'embryon ou commencer un traitement médical tant que ces formalités ne seront pas exécutées .

C_ **indemnités de substitution**

La gpa en droit californien est un contrat à but lucratif , en effet la convention comprend le versement d'une somme d'argent en contrepartie du service rendu par la mère porteuse , cette dernière se situe généralement entre 25000 et 30000 dollars en plus d'un versement mensuel d'environ 2000 dollars , un versement d'environ 1000 dollars mensuel à partir du 5 eme mois de grossesse pour les frais de vêtements de la mère porteuse vue que la morphologie chage au cours de la grossesse .cela correspond à une moyenne de 50000 dollars et le prix augmente en cas de grossesse multiple .

2 gestation pour autrui et filiation.

En droit californien les parents légaux d'un enfant né d'une gpa sont ceux qui ont l'intention de l'êtredès la conception, les parents commanditaires peuvent s'ils sont les parents génétiques de l'enfant à naitre , obtenir avant la naissance une décision judiciaire leur attribuant la filiation .

La décision du tribunal donne aux parents d'intention le droit de figurer comme parents biologiques sur la déclaration de naissance ou

d'accouchement délivrée par l'établissement ou aura lieux l'accouchement de la mère porteuse .[13]

Au royaume uni la loi reconnait les conventions de gestation pour autrui , seulement la gestatrice reste la mère légale de l'enfant , et ce n'est qu,'ensuite et avec son accord que la filiation peut être modifiée , et il est interdit aux intermédiaires de recevoir une rémunération .

La loi permet aux parents d'intention de demander au tribunal compètent une décision les déclarant parents légaux[14] , cette décision est inscrite dans un registre spécial et un nouvel acte de naissance est établi indiquant comme mère légale la mère d'intention qu'elle soit ou non génétiquement lié à l'enfant .[15] ces démarches ne peuvent être entreprises que passé un délai de 6 semaines après la naissances de l'enfant [16].

Chapitre 3 : gestation pour autrui et bioéthique

Si la gestation pour autrui est autorisée et encadrée dans de nombreux pays comme nous l'avons cité plus haut , elle reste interdite en France[17] et en Algérie [18], de ce fait le recours à une mère porteuse n'est pas reconnue par la loi et sévèrement puni par le code pénal . les législations interdisant le recours à la maternité de substitution estiment que celle-ci est loin

[13] Les contrats mères porteuses en Californie, ScarlaSarfati , Yannick Capon , Baptiste Vilmain , centre de droit privé fondamentale , université de Strasbourg , disponible sur le site www.unistra.fr

[14] Pour plus de détails sur le contrat de mère porteuse au royaume uni : www.surrogacy.com , maternité de substitution .

[15] Etude des législations comparées, la gestation pour autrui, sénat (France) janvier 2008, n° 182.

[16] Nous supposons que le législateur pense à l'allaitement dont pourrait bénéficier l'enfant et semble oublier l'attachement de l'enfant à sa gestatrice et le lien fort qui va se tisser entre eux ce qui rendra la séparation plus difficile à vivre pour les deux surtout l'enfant .

[17] La gpa est interdite en France en vertu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain , jorf n° 175 du 30 juillet 1994 .

[18] La gpa est interdite en Algérie en vertu de l'article 45 bis du code de la famille algerien qui interdit le recours à une mère porteuse .

d'être en phase avec leurs valeurs éthiques et morales .autrement dit la gpa est en totale contradiction avec les principe de la bioéthique.

1) **bioéthique une notion relative** :

Si le législateur algérien tient la même position vis-à-vis de la GPA que son homologue français, les raisons sont fondamentalement différentes si ce n'est aux antipodes les unes des autres. si la bioéthique est cette limite que l'on met au progrès, les fondements de celles-ci ne sont pas figés dans le temps et l'espace, aussi il n'y a pas de définition absolue de la bioéthique.

La bioéthique est définie par le dictionnaire Larousse comme étant l'etude des problèmes moraux soulevés par la recherche biologique , médicale ou génétique et certaines de ses applications .

L'article 354 du code de la santé algérien défini la bioéthique comme étant l'ensemble des mesures liées aux activité relatives à la transplantation et à la greffe d'organes , de tissus et de cellules , au don et à l'utilisation du sang humain et de ses dérivés , à l'assistance médicale à la procréation et à la recherche biomédicale . Le texte reste assez flou dans le sens où il ne précise par la nature des mesures ni leur liens avec l'éthique et la morale ce qui fait que cette définition est dénuée de sens .

La bioéthique est en réalité une discipline récente qui se consacre à l'étude du regard que nous devrions porter sur le monde vivant et surtout sur les règles éthiques qu'une société fait prévaloir dans le domaine de la vie . [19]

2) Principes et objectifs de la bioéthique :

A_Principes de la bioéthique

[19] Jean Louis Tourraine , la bioéthique une science nouvelle , donner la vie choisir sa mort , pour une bioéthique de liberté , Edition Eres , 2019 , p 41 à 57 .

Même si la définition même de la bioéthique est sujette à débat , il n'en demeure pas moins que celle-ci repose sur certains principes qui font relativement l'unanimité :

- **Le respect de l'autonomie du sujet** : ce premier principe de la bioéthique se centre sur l'établissement de ce qu'il faut toujours respecter dans la liberté des choix et des décisions des personnes [20]
- **Principe de bienfaisance :** la bioéthique à pour but de lier le cout et les bienfaits de toutes les actions et les décisions prises par les humains en relation aux valeurs éthiques d'un facteur biologique , l'objectif ultime sera de viser le bienfait sur l'individu ainsi que d'éviter tout dommage à des tierces personnes .[21]
- **Principe de non malfaisance :** l'un des fondements de la bioéthique et l'interdiction de toute action entrainant des effets négatifs de différents types dans un ou plusieurs des domaines dans lesquels la bioéthique agit (PMA , euthanasie , études cliniques , manipulations génétiques ….) [22]
- **Principe de justice :** ce dernier s'attache à l'équité à l'égalité des chances et au partage juste et équitable des responsabilités liées au couts , aux risques et aux bénéfices des décisions .[23]

B_ objectifs de la bioéthique : la bioéthique est une discipline qui à pour but ;

- La connaissance approfondie des faits.
- Le respect de la dignité humaine[24].

[20]ChatalBuffard , Ana Marin , la bioéthique à l'épreuve de la diversité socioculturelles , la portée du sens donné à un concept inachevé , journal international de bioéthique et d'éthique des sciences , vol 26 , 2015:/2, p 17à 45
[21] Olivier Robary , une éthique des principes , sa pertinence sur les soignants , Noesis, les limites de la bioéthique , 28 /2016 .
[22] Jean Martin , virage bioéthique en France , bulletin des médecins suisses , 100 (34) , 2019 , p 1138 , voir aussi Denis Berthiau , le virage bioéthique , harmattan , 2019.
[23] Marcio Fabri DosAnjos , bioéthique et inégalités sociales , théologiques 7/1 , 1999 , p 29 .

- ❖ Le respect de l'identité et de la différence .
- ❖ La compétence et l'actualisation des connaissances scientifiques et techniques[25] .

3) **Interdiction de la gestation pour autrui et bioéthique** :

Les détracteurs de la GPA invoquent l'incompatibilité de celle-ci avec les valeurs éthiques et morales en raison de :

- ➢ L'interdiction de la commercialisation du corps humain comme le stipule l'article 16-7 du code civil français ; toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui est nulle .[26] cette article est un exemple de l'application du principe de l'inviolabilité du corps humain [27].
- ➢ La gestation pour autrui pourrait conduire à l'asservissement de la femme en voyant en elle un utérus générateur de bénéfices .
- ➢ La gestation pour autrui conduit à la commercialisation du corps humain et à la traite des êtres humains .[28]
- ➢ La gestation pour autrui ébranle la valeur symbolique de la maternité.
- ➢ La gestation pour autrui fait courir des risques physiques et psychiques à la mère porteuse.

---

[24]Pour plus de détails voir ; Roberto Andorno ,la notion de dignité humaine est elle superflue en bioéthique ? rubrique éthique , revue générale de droit médical , mars , 2005 , n°16 , p 95-102 , p 96 .

[25] Dominique Grimaud , morale, éthique , bioéthique ,quelques définitions , adsp , n° 77 , decembre 2011.

[26] Code civil français disponible sur www.legifrance.gouv.fr

[27] Le recours à une mère porteuse est puni en vertu de l'article 227-12 du code pénal français de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende.
Pour ce qui est du droit algérien , l'article 334 du code de la santé stipule qu' il sera puni d'un emprisonnement de 5 à dix ans quiconque contrevient aux dispositions de l'article 371 du code de la santé relative à l'assistance médicale à la procréation et d'une amende de 500000 à 1000000 de dinars .

[28] L'Algérie lutte contre la traite des êtres humains depuis 2009 , pour plus de détails voir la loi n°23_04 du 07mai 2023 relative à la prévention et à la lutte contre la traite des personnes , jordap n° 32 , parue le 09 mai 2023 .

- La gestation pour autrui présente un réel danger pour l'enfant à naitre car celui-ci risque d'être utilisé comme moyen de coercition par la mère porteuse afin de soutirer le plus d'argent aux parents d'intention tout comme elle pourrait s'enfuir et ne pas leur remettre l'enfant .ce qui est loin d'être sain pour l'équilibre de l'enfant.
- Mélange des filiations que le code de la famille algérien tient absolument à proscrire ,[29] ce qui est loin d'être une préoccupation pour le législateur français qui autorise le donc de gamètes .

Conclusion :

Le législateur algérien s'est attelé à la dure tache qu'est la lutte contre l'infertilité du couple , en consacrant le droit de procréer en dehors du processus naturel , tout en limitant la procréation médicalement assistée à des procédés en accords avec les valeurs et convictions de la société algérienne .

La norme juridique est avant tout une norme sociale, elle reflète les caractéristiques de l'environnement dans lequel elle voit le jour qu'il s'agisse de religion, de culture ou de politique, aussi les limites de la PMA sont propres à la société algérienne qui sont principalement d'ordre religieux.

Liste bibliographique

1. Belkacem Chafi , intervention à l'occasion des 3 êmes journées du collègue national des gynécologues obstétriciens algériens , organisées au chu Frantz Fanon de Blida , le 1 et 2 mars 2019 .

2. Chatal Buffard , Ana Marin , la bioéthique à l'épreuve de la diversité socioculturelles , la portée du sens donné à un concept inachevé , journal international de bioéthique et d'éthique des sciences , vol 26 , 2015:/2, pp 17- 45

[29] Voir l'article 40 du code de la famille algérien .

3. Dominique Grimaud , morale, éthique , bioéthique ,quelques définitions , adsp , n° 77 , décembre 2011.

4. Guendouzi Afnane ,Hamiouda Imene , Implication du polymorphisme chez des couples infertiles candidats pour une insémination artificielle , mémoire de fin d'étude , faculté de biologie , université des frères Mentouri , 2019.

5. J Schloser, L Nakib , F Carré pigeon , F Staerman ,Infertilité masculine, définition et physiopathologie, annales d'urologie 41 (3) , p 127_133 , 2007.

6. Jean Louis Tourraine , la bioéthique une science nouvelle , donner la vie choisir sa mort , pour une bioéthique de liberté , Edition Eres , 2019

7. Jean Martin , virage bioéthique en France , bulletin des médecins suisses , 100 (34) , 2019 , p 1138 , voir aussi Denis Berthiau , le virage bioéthique , harmattan , 2019.

8. Kevin La Voie, négocier une entente de gpa au canada , considérations légales et financières , actes du colloque étudiant des grands enjeux à la quotidienneté , 2017

9. Khodja Cylia , normes et pratique de l'AMP face à l'infertilité féminine réalisées au centre Hayet d'infertilité , mémoire de master , faculté des sciences biologiques et agronomiques , université de Mouloud Mammeri , 2021

10. Madeleine Rochon stérilité et infertilité : deux concepts, cahiers démographiques, vol 15 , avril 1986, pp 27_56.

11. Marcio Fabri DosAnjos , bioéthique et inégalités sociales , théologiques 7/1 , 1999

12. Marie Mesnil , la parenté en droit français , nouvelle figure du système de filiation , revue des politiques sociales et familiales , 2021 , n° 139_140 , pp 99- 108

13. Mélanie Brzakowski , E lourdel , R Cabry , M F Olieric , C Claeys , A Devaux ; H Copin , P Merviel , Epidémiologie du coupe infertile , journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction , 38 , hors-série , 2009 .

14. Olivier Robary , une éthique des principes , sa pertinence sur les soignants , Noesis, les limites de la bioéthique , 28 /2016 .

15. Roberto Andorno ,la notion de dignité humaine est elle superflue en bioéthique ? rubrique éthique , revue générale de droit médical , mars , 2005 , n°16 , pp 95-102

16. ScarlaSarfati , Yannick Capon , Baptiste Vilmain , Les contrats mères porteuses en Californie, centre de droit privé fondamentale , université de Strasbourg , disponible sur le site www.unistra.fr

17. Etude des législations comparées, la gestation pour autrui, sénat (France) janvier 2008, n° 182.

18. Code civil français disponible sur www.legifrance.gouv.fr

19. Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain , jorf n° 175 du 30 juillet 1994 .

20. Ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005 modifiant et complétant la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille joradp n °15, parue le27 février 2005

21. Loi n° 18_11 du 02 juillet 2018 , relative à la santé , joradp n °46 parue le 29 juillet 2018.

22. Loi n° 2021-1017 du 02 aout 2021 relative à la bioéthique , journal officiel de la république française n° 0178 du 03 aout 2021 , disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr .

23. Loi n°23_04 du 07mai 2023 relative à la prévention et à la lutte contre la traite des personnes , jordap n° 32 , parue le 09 mai 2023 .

L'acte médical : Entre inviolabilité du corps humain et nécessité thérapeutique.

The medical act: between inviolability of the human body and therapeutic necessity

OUGUENOUNE Boussad

Faculté de droit - UMMTO

Résumé.

Le principe de l'inviolabilité du corps humain constitue un principe traditionnel du droit, qui est consacré par le législateur. Ce principe reconnaît à la personne le droit de s'opposer à toute atteinte à son intégrité physique, mais également le droit d'autoriser une telle atteinte. L'acte médical fait partie de cette seconde réalité. Dans cette contribution intitulée : **« Le corps humain en droits médical : Entre inviolabilité et nécessité thérapeutique »**, on abordera la portée générale de ce principe et ses limites dictées par la nécessité thérapeutique.

Mots clés : l'inviolabilité du corps humain, acte médical, nécessité thérapeutique, consentement.

Abstract.

The principle of the inviolability of the human body as a traditional principle of law enshrined by the legislator recognizes the right of individuals to oppose any attack on their physical integrity, but in contrast the right to authorize such an attack. The medical act is part of this second reality. In this contribution entitled **"the medical act: between inviolability of the human body and the therapeutic necessity",** we will discuss the general scope of this principle and its limits dictated by the therapeutic need.

Key words: the inviolability of the human body, medical act, therapeutic necessity, consent.

Introduction.

Tous les systèmes juridiques proclament et reconnaissent le principe de l'inviolabilité du corps humain. C'est en effet le corollaire nécessaire du respect de la vie humaine qui reste, au-delà des divergences des systèmes politiques ou économiques, à la base de toute civilisation.

Pourtant, comme dans tout autre domaine, les impératifs de la préservation de la vie et de l'intangibilité du corps humain viennent en conflit avec d'autres impératifs sociaux. C'est au nom de ces derniers que l'on imposera certains actes médicaux comme les vaccinations obligatoires et que l'on permettra à un individu de disposer d'une partie de son corps pour venir en aide à un autre.

Cependant, l'élargissement du champ des connaissances en sciences médical, (prélèvement et transplantation d'organe, assistance médicale à la procréation) a donné au corps humain une certaine disponibilité qui correspond mal à l'application absolue du principe de l'inviolabilité du corps humain[1].

Si cette extension des connaissances en médecine, permet aux personnes de s'épanouir, elles génèrent des risques et des dérives.

D'abord, les nouvelles pratiques médicales pratiquées dans l'intérêt de l'autrui, notamment les transplantations d'organes, peut inciter les personnes les plus vulnérable sur le plan économique, à se soumettre à des atteintes sur leurs corps qu'elles n'auraient pas acceptées dans un autre contexte.

En suite, de fait de l'augmentation des demandes d'intervention médicales pour répondre aux désirs des individus, la médecine est entrée dans un marché où les intérêts financiers et économiques peuvent être très importants. De se fait, la pression se fait de plus en plus pour inciter les personnes à recourir à ces nouvelles pratiques qui exigent le plus souvent de faire appel aux autres.

Face à ces risques, la question de la protection de la dignité humaine des personnes et de leur intégrité corporelle se pose. Autrement dis, **quel intérêt**

[1] Par exemple, il est devenu inconcevable de se passer des dons du sang et d'organe, il est du même pour les expérimentations sur la personne humaine qui font partie de ces atteintes nécessaires au développement thérapeutique. D. castelli et Marlène Cadorette, **l'expérimentation biomédicale et inviolabilité de la personne : autodétermination ou protection de l'intégrité physique,** Revue Générale du Droit, V 25, N° 2, 1994, p 175 et 176.

accordé au corps humain dans le droit médical, et quelle est la place qu'occupe le principe de l'inviolabilité du corps humain ?

Dans cette contribution, on essayera de répondre à cette question en abordant la portée générale du principe de l'inviolabilité du corps humain (chapitre 1), et ses limites dictées par la nécessité thérapeutique (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le principe de l'inviolabilité du corps humain.

Le principe de l'inviolabilité du corps humain issu de l'adage **« noli me tangere »**, traduit en droit : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, peut trouver son fondement dans la nature extrapatrimoniale du corps humain (section 1), et s'étend, selon sa conception, de la protection de l'intégrité corporelle à la protection des des caractéristiques biologiques et génétiques de la personne (section 2).

Section 1 : L'absence de la patrimonialité.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial[2], cette absence de patrimonialité implique le principe de l'indisponibilité du corps humain (A), et le de l'incommercialité du corps humain (B), qui suppose principe de gratuité et de l'anonymat (C).

&1 : L'indisponibilité du corps humain.

L'indisponibilité du corps humain est une expression qui signifie que le corps humain n'est pas une chose pouvant faire l'objet d'un contrat ou d'une convention, ce qui pose des limites à sa libre disposition.

Il s'agit d'un principe visant à protéger le corps contre les atteintes qui pourraient lui être infligées en le soustrayant à tout contrat[3]. Il revient à interdire toute convention portant sur le corps humain, quelle que soit sa nature.

Il découle de l'intention du législateur d'interdire les conventions «ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain[4].

[2] Article 16_1 du code civil français.
[3] Autrement dit, le postulat sous-jacent est le suivant : on n'est pas propriétaire de son corps, on ne peut donc pas en disposer.
[4] Hugo Ricci, **Le Statut du Corps Humain**, publication université Toulouse 1, CAPITOL, 2019, p 17.

Le principe d'indisponibilité du corps humain tend à empêcher les individus d'exploiter leur propre corps ou celui des autres, et ce, même à titre gratuit. Ce principe constituait le fondement de la prohibition de la gestation pour autrui[5]. Il peut, également, être présenté comme le fondement de la nullité de la convention par laquelle une personne se séparerait de tout ou partie de son corps. Il trouverait ainsi à s'appliquer en cas d'aliénation d'un organe comme un rein.

&2 : Le principe de gratuité et de l'anonymat.

Par conséquence au principe d'indisponibilité et la nature extra patrimoniale du corps humain, le principe de la gratuité tient à s'appliquer, pour éviter toute dérive commerciale. Aucun paiement[6], quelle qu'en soit la forme[7], ne peut être alloué à la personne qui se prête à un prélèvement d'éléments de son corps ou une collecte de ses produits[8].

La question de la rémunération est un vieux débat, un consensus évident existe pour le maintien du principe selon lequel le corps humain est hors commerce. Une rémunération étant contraire à I 'ordre public, et les justifications de la gratuité ne manquent pas :

- L'atteinte au corps humain ne peut être consentie que dans un souci de solidarité, donc la gratuité s'impose.
- Une rémunération entraînerait un marché de la pauvreté et du sous-développement et un risque de trafic.
- Le coût engendrerait des inégalités dans les bénéficiaires.

Quant aux règles de l'anonymat, elle ne s'applique pas au prélèvement d'organes sur une personne vivante, en vue d'un don, les conditions de la détermination des destinataires du don d'organes entre vifs excluent en effet ce

[5] La consécration du principe de l'indisponibilité du corps humain par la cour de cassation française se fût à l'occasion de son audience plénière du 31 mai 1991 relatif à la gestation pour autrui. La cours affirme : **« la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes».** Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105. https://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-assemblee-pleniere-3/.

[6] Article 16_5 du code civil français stipule : **«les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain et à ses produits sont nulles ». https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136059/#LEGISCTA000006136059.**

[7] Le prélèvement et la transplantation d'organes, de tissus et de cellules humains ne peuvent faire l'objet d'aucune transaction financière. Article 358 de la loi 18_11.

[8] Hugo Ricci, **Le Statut du Corps Humain…,** Op.cit. p 17.

principe. L'anonymat du don ne concerne donc que le prélèvement d'organes sur une personne décédée[9].

Section 2 : La notion du principe de l'inviolabilité du corps humain.

Le principe de l'inviolabilité du corps humain est un principe unanimement admis dans nos sociétés et reconnu par nos lois[10]. Cependant il recouvre deux conception différentes (&1), et il tend à protéger le corps humais et ses caractéristiques (&2).

&1 : Le concept principe de l'inviolabilité du corps humain.

Cependant, le principe de l'inviolabilité du corps humain recouvre deux conceptions qui s'opposent quant à sa portée : celle de la protection de l'intégrité physique de la personne (A), et celle de l'autonomie de la personne du patient et de sa volonté (B).

A_ L'attachement du principe au droit à l'intégrité physique.

Selon la première conception, le respect de la vie et de l'intégrité physique du patient constitue la valeur que traduit le principe de l'inviolabilité du corps humain dont la protection constitue la primauté. Appliquée à l'acte thérapeutique, elle offre moins de liberté à l'individu et tend même à lui enlever la possibilité de décider dans certains cas. Cette façon de concevoir l'inviolabilité du corps humain, l'intégrité physique de la personne du patient doit être protégée non seulement contre les tiers, mais aussi contre le patient lui-même[11].

L'homme en ce sens n'est pas véritablement maître de son propre corps. Celui-ci ne lui appartient qu'en partie et que sous certaines conditions. On punira ainsi la tentative de suicide, la mutilation volontaire, l'euthanasie[12].

B_ L'attachement du principe à l'autonomie de la volonté.

---

[9] Ibid. p 18.

[10] L'article 39 de la constitution algérienne stipule : **«L'Etat garantit l'inviolabilité de la personne humaine. Toute forme de violence physique et morale et d'atteinte à la dignité est proscrite. La torture, les traitements cruels, inhumains ou dégradants ainsi que la traite des personnes sont réprimés par la loi».**

[11] Ainsi, en cas de refus par un patient d'un acte médical nécessaire pou sa vie, le médecin sera justifié de se passer de consentement et de faire un acte conservatoire au mépris de la volonté du patient. Mireille D. castelli et Marlène Cadorette, **l'expérimentation biomédicale …**, Op.cit. p 176.

[12] JEAN-LOUIS BAUDOUIN, **CORPS HUMAIN ET ACTES JURIDIQUES,** La Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (R.D.U.S) , N° 6, 1976. P 390.

Selon la deuxième conception du principe de l'inviolabilité du corps humain, le principe de l'autonomie de la personne et sa volonté prévaut. Le consentement n'est pas ou n'est plus, une modalité procédurale, mais bel et bien, une règle consubstantielle du principe fondamental d'inviolabilité[13] du corps humain

Selon cette conception, une atteinte à l'intégrité physique et corporelle de la personne, même pour des raisons thérapeutiques ne peut être justifiée que par le consentement du patient concerné[14]. Ainsi, la volonté du patient inscrit dans la licéité l'atteinte au corps[15].

La tendance actuelle de notre droit de la santé[16] tend à faire prévaloir la deuxième conception en considérant : aucun acte médical, aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé du patient, et que le médecin et dans l'obligation de respecter la volonté du patient[17].

&2 : L'étendue principe de l'inviolabilité du corps humain.

Le principe de l'inviolabilité du corps humain tend à assurer la protection de l'intégrité physique et corporelle de la personne humaine (A), mais également la protection des caractéristiques biologiques et génétiques de la personne (B).

A_ La protection de l'intégrité physique.

Tous les systèmes juridiques proclament et reconnaissent le principe de l'intangibilité du corps humain. C'est en effet le corollaire nécessaire du respect de la vie humaine qui reste, au-delà des divergences des systèmes politiques ou économiques, à la base de toute civilisation[18].

Le principe de l'inviolabilité du corps humain s'oppose normalement à tout prélèvement d'un élément du corps humain, indispensable, car non régénérable, le prélèvement constituant une atteinte définitive à la personne vivante.

[13]. LAUDE (A.), MATHIEU (B.) et TABUTEAU (D.), Droit de la Santé, Thémis Droit PUF, 3ème édition, Paris, 2012, p. 354.
[14] Mireille D. castelli et Marlène Cadorette, **l'expérimentation biomédicale…,** Op.cit. p 177.
[15] KHUN Céline, **L'objet du consentement à l'acte médical, Droit et Santé,** Revue Juridique De l'Océan Indien, N° 16, 2013, P 31.
[16] La loi 18_11 du 2 juillet 2018 relative à la santé, JORADP, N° 46 du 29 juillet 2018.
[17] Voir l'article 343 de la loi 18_11.
[18] JEAN-LOUIS BAUDOUIN, **corps humain et actes juridiques,** Op.cit. p 390.

B_ La protection des caractéristiques biologiques et génétiques de la personne.

L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, permet la confirmation ou l'infirmation d'une maladie génétique soupçonnée, la prévision de certaines affections susceptibles de survenir au cours de la vie d'un individu ou l'adaptation de la prise en charge médicale d'une personne[19].

Toute pratique eugénique[20] est interdite, en vue d'assurer la protection contre l'organisation de la sélection des personnes ou de reproduction d'organismes vivants génétiquement identiques, concernant l'être humain et toute sélection du sexe, mais également pour assurer la protection contre l'atteinte que constituerait la modification génétique de la descendance de la personne[21].

Chapitre 2 : La nécessité thérapeutique : Une exception au principe de l'inviolabilité du corps humain.

La loi garantit une protection à l'intégrité du corps humain, mais également de façon très large, à l'espèce humaine, mais ce principe connaît des exceptions. Les cas de nécessité médicale pour la personne, ou à titre exceptionnel le cas de l'intérêt thérapeutique d'autrui (section 1), qui exige le consentement préalable de l'intéressé (section 2).

Section 1 : La nécessité thérapeutique : une exception limitée.

Le principe de l'inviolabilité du corps humains et de son indisponibilité peut être remis en cause pour l'intérêt générale de la collectivité (&1), mais aussi, dans l'intérêt de la personne ou d'une tiers personne (&2).

&1 : Exception pour l'intérêt de la collectivité.

[19] Hugo Ricci, Le Statut du Corps Humain, Op.cit. p 15.

[20] L'eugénique, appelée aussi « thérapie génique germinale» constitue l'ensemble des recherches biologiques ou génétiques qui ont pour objectif d'améliorer la race humaine, en manipulant les conditions de procréation. Hugo Ricci, **Le Statut du Corps Humain**…, Op.cit. p 16.

[21] L'article 375 de loi 18-11 stipule : **« Sont interdites toute reproduction d'organismes vivants génétiquement identiques, concernant l'être humain et toute sélection du sexe ».**
De même pour le législateur français qui considère dans l'article 16_4 du code civile français que : **« Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention, au diagnostic et au traitement des maladies, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ».** https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043896064.

Les produits du corps humains, au vu de leurs caractères, remet en cause le principe de disponibilité dans l'intérêt de la collectivité, qui implique que l'individu puisse disposer de son sang, ses organes, et d'autres éléments, sans pour autant remettre en question ou contredire le principe d'indisponibilité[22].

Pour autant, la collecte du sang étant nécessaire, autorisée, il existe ainsi une certaine disponibilité du corps humain, ou tout du moins de certaines parties ou composantes : chacun est libre de donner ou non son sang, au moment où il le souhaite. Autrement dit, la collectivité autorise dans des conditions bien précises les individus à disposer de leurs corps[23]. Le don et la collecte d'organe relève de la même logique, mais dans des conditions différentes[24].

&2 : Exception pour des fins thérapeutiques.

La justification d'atteinte au principe de l'inviolabilité du corps humain dans le cadre de l'acte médical, repose le plus souvent, qu'il s'agisse de l'intérêt de la personne qui le subit ou de l'intérêt de l'autrui, sur la notion de la nécessité médicale ou l'intérêt thérapeutique peut en rapport avec l'exigence du respect du corps humain.

A titre d'exemple, Le prélèvement, la transplantation d'organes, de tissus et de cellules humains, ne peuvent être effectués qu'à des fins thérapeutiques ou de diagnostics[25].

&3 : Exception pour un droit de disposer de son propre corps.

Il existe cependant, des actes médicaux qui constituent des atteintes au principe de l'inviolabilité du corps humain et à son intégrité corporelle du sujet, mais qui ne sont subordonnés qu'à son consentement et sa propre volonté et non à la nécessité ou l'intérêt thérapeutique. Le transsexualisme, l'euthanasie, l'avortement, la chirurgie esthétique, et la stérilisation sont des exemples.

Prenant l'exemple de la chirurgie esthétique[26], qui consiste en une intervention chirurgicale dont l'objectif est d'améliorer l'apparence physique de

[22] Hugo Ricci, **Le Statut du Corps Humain…,** Op.cit. p 18.
[23] Le don du sang doit être précédé d'un entretien médical avec le donneur dans le respect des règles médicales. L'information du donneur en matière de don du sang doit s'effectuer avant et pendant le prélèvement du sang. Article 368 de la loi 18_11. Le donneur de sang doit être âgé de dix-huit (18) ans, au moins, et de soixante-cinq (65) ans, au plus. Toutefois, des prélèvements de sang peuvent être effectués à tout âge pour des raisons thérapeutiques ou diagnostiques. Article 369 de la loi 18_11.
[24] Hugo Ricci, Le Statut du Corps Humain, Op.cit. p 19.
[25] Article 355 de la 18_11.

l'individu[27]. Il faut distinguer tout d'abord la chirurgie réparatrice, qui répond à un but thérapeutique, et la chirurgie esthétique, qui n'a que pour objectif de modifier l'aspect de la personne, à sa convenance.

Le premier répond à un objectif de réparation et de reconstruction, aussi il ne pose en soit aucun problème[28]. En revanche, le second revient à une « amélioration », du point de vue de la personne et sans visée fonctionnelle, thérapeutique ni reconstructive, qui ne rentrent pas dans une démarche thérapeutique[29].

Si la première peut être justifiée par la nécessité thérapeutique, la deuxième ne rentre pas dans cette démarche.

Section 2 : Le consentement : un préalable pour l'acte médicale.

Lorsque le patient se présente à un établissement hospitalier privé, il est soumis à un double consentement. Un consentement pour la formation du contrat médical et un autre consentement à l'acte médical[30]. Ainsi la volonté du patient représente une importance capitale à l'acte médical, et le principe de l'inviolabilité du corps du patient impose au médecin d'obtenir le consentement libre et éclairé du patient avant d'engager tout acte médical (&1), sous peine d'engager sa responsabilité en cas défaut du consentement (&2).

&1 : L'exigence du consentement.

Avant de procéder à tout acte médical, quelque soit sa nature, le médecin doit obtenir le consentement du patient et il doit respecter la volonté de ce dernier[31], car l'exigence du consentement du patient est la traduction du respect de sa personne et du principe fondamental d'inviolabilité du son corps que la loi protège, ce consentement doit être libre (A) et éclairé (B)

---

[26] Le transsexualisme, l'euthanasie, l'avortement et la stérilisation sont considérés comme des pratiques immorales contraires à la morale et à l'ordre public, et ne correspondent pas aux valeurs de société algérienne.

[27] TAIEBI Amel, **La chirurgie esthétique en droit algérien, étude comparative,** La Revue d'enseignant chercheur des études juridiques et politiques, V 7, N° 02, 2022, p 1111.

[28] Hugo Ricci, Le Statut du Corps Humain, Op.cit. p 19.

[29] TAIEBI Amel, **La chirurgie esthétique en droit algérien…,** Op.cit. p 1113.

[30] Il convient donc de distinguer entre le consentement nécessaire à la formation du contrat médical et l'assentiment à l'exécution des actes entrants dans l'obligation des professionnels qui témoigne de l'acceptation de l'acte par le contractant. Cette distinction fonde la particularité de la relation contractuelle que le patient engage, contrairement au patient admis en hôpital public ; qui s'il doit donner son assentiment à l'acte de soin, n'a pas à se consentir au contrat médical, car il est dans une position statutaire de droit public, et l'organisation et le règlement intérieurs s'imposent à lui. LALLOUCHE Samira, **l'exigence du consentement du patient à l'acte médical**, Revue Sciences Humaines, V 32, N° 4, p 702.

[31] L'article 343 de la loi 18_11.

A_ Un consentement libre.

Le consentement à l'acte médical devra être existé et exempt de tout vice du consentement. En matière du droit commun des contrats, trois situations[32] peuvent affecter le caractère libre du consentement : la crainte, l'erreur, le dol et la lésion[33].

Dans le droit commun des contrats, la crainte d'un préjudice sérieux pouvant porter atteinte à la personne, vicie le consentement donné par elle, lorsque cette crainte est provoquée par la violence ou la menace de l'autre partie ou à sa connaissance. La crainte vicie le consentement en portant atteinte à son caractère volontaire.

Dans un contrat ordinaire, certaines conditions doivent être remplies pour qu'un juge puisse conclure qu'il y a eu vice de consentement par crainte. Celle-ci doit être déterminante, produite par le cocontractant ou un tiers à sa connaissance[34]. De plus, la menace doit être illégitime et exercée contre le cocontractant ou un tiers[35].

Pour le patient ou le sujet de l'acte médical, la violence ou menace de professionnel de santé, provoquant la crainte chez le sujet n'est pas facile à discerner et, sauf attitude flagrante du professionnel, considérée comme trop évanescente pour être sanctionnée en droit. Elle tient soit à l'attitude de l'expérimentateur ou du médecin, soit à la position précaire dans laquelle se trouve le sujet qui, la plupart du temps, entraîne chez lui la peur de perdre certains avantages[36].

Le sujet, plus particulièrement, le sujet malade, peut se trouver dans une situation d'infériorité compte tenu de son état ainsi que du déséquilibre des connaissances119 entre le médecin et le patient. L'influence psychologique et physique est donc non négligeable. En raison de cette vulnérabilité, il y a lieu d'éviter que la relation de confiance entre le médecin et son patient soit utilisée

[32] Dans cet emplacement de notre contribution, et vu les divers manifestations qui la caractérisent, on se limitera à analyser la première situation.
[33] Voir les articles 81 et suivants du la loi 75_58 du 29 septembre 1975, portant code civil, JORADP, N° 78 du 30 septembre 1975.
[34] Voir l'article 88 de la loi 75_58.
[35] Voir l'article 89 de la loi 75_58.
[36] Mireille D. castelli et Marlène Cadorette, **l'expérimentation biomédicale…,** Op.cit. p 204.

par le premier pour obtenir le consentement du second dans le cadre de l'acte médical[37].

B_ un consentement éclairé.

La base d'une législation protectrice de l'intégrité physique repose sur l'information et le consentement de la personne sujet de l'acte médical, quant aux risques et avantages inhérents à l'acte.

Plusieurs dispositions législatives et réglementaires consacrent l'exigence du consentement éclairé. Alors que ce dernier doit de «préférence» être obtenu par écrit.

Cependant, La notion de consentement éclairé comporte deux aspects. Celui de la connaissance et celui de l'assentiment. La connaissance suppose que l'information ait été donnée à la personne. Quant à l'assentiment, pour être valable, il nécessite discernement et capacité[38].

Le consentement éclairé, dépend de l'étendu de l'obligation d'informer. Un consentement ne pourra être éclairé que si une information suffisante a été fournie au patient ou au sujet d'expérience et ce niveau d'information exigé diffère selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre. Le niveau d'information exigé pour l'expérimentation est plus élevé que celui requis pour l'acte thérapeutique où le médecin a un devoir d'information moins étendu.

Les éléments importants sont le diagnostic et les aspects principaux du traitement dont les risques et les alternatives[39]. Les droits des personnes mineures ou incapables sont exercés par les parents ou le représentant légal[40].

En matière de prélèvements d'organes, surtout en cas d'organes non régénérable, Le donneur est préalablement informé par un comité d'experts des risques qu'il encourt, des conséquences possibles du prélèvement, ainsi que des résultats attendus de la greffe pour le receveur. Le comité d'experts délivre l'autorisation de prélèvement après s'être assuré que le consentement du donneur est libre, éclairé et conforme aux conditions prévues par la loi[41].

[37] Mathieu Gagné, **L'expérimentation humaine : l'intégration des règles bioéthiques en droit québécois**, Les Cahiers de droit, Volume 42, numéro 4, 2001, p 1150.
[38] Mireille D. castelli et Marlène Cadorette, **l'expérimentation biomédicale…,** Op.cit. p 199.
[39] L'article 24 alinéa 1de la loi 18_11.
[40] L'article 24 alinéa 2 de la loi 18_11.
[41] L'article 360 alinéa 7 et 8 de la loi 18_11.

Le médecin doit respecter la volonté du patient, après l'avoir informé des conséquences de ses choix. Cette information porte sur : Les différentes investigations, les traitements ou actions de prévention qui lui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus[42].

L'information est assurée par tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles déontologiques et professionnelles qui lui sont applicables[43].

&2 : Le défaut du consentement.

Le défaut de consentement est une faute que les praticiens commettent parfois et qui peut résulter de la violation d'une obligation éthique ou déontologique. C'est la violation d'un devoir d'humanisme médicale et qui ne revêtent pas de caractère technique, c'est une violation par le médecin de ses obligations et devoirs dictés par l'exercice de la profession et orientés vers le respect de la personne malade[44].

Le consentement doit être donné librement par le malade, le médecin engagerait sa responsabilité s'il exerçait une pression anormale pour l'obtention ou s'il recourait à des mensonges.

La charge de la preuve repose d'abord sur le patient demandeur, puis sur le médecin défendeur. Le médecin doit prouver qu'il a bien informé le patient des risques de l'intervention celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation[45].Mais celui qui entend reprocher au médecin l'inexécution de cette obligation doit en rapporter la preuve.

&3 : Les limites du consentement.

Certain situations dispensent le praticien de l'obtention du consentement, le patient inconscient n'exprime pas sa volonté, ainsi que l'état d'urgence oblige différemment le praticien. En cas d'urgence, de maladie grave ou contagieuse ou

[42] L'article 343 alinéa 1de la loi 18_11.
[43] L'article 343 alinéa 2 de la loi 18_11.
[44] LALLOUCHE Samira, **l'exigence du consentement du patient …, Op.cit.** p 705 et 706.
[45] LALLOUCHE Samira, **l'exigence du consentement du patient …, Op.cit.** p 704.

si la vie du patient serait gravement menacée, le professionnel de santé doit prodiguer les soins et, le cas échéant, passer outre le consentement[46].

Conclusion.

Le droit et la médecine ne peuvent s'ignorer pour protéger les droits de l'homme et la dignité de la personne. En effet, la médecine et droit ont évolué simultanément, et le droit médical, branche plus au moins récente dans le paysage juridique, témoigne de cette rencontre de la médecine évoluant vers plus d'efficacité et de technicité, et de droit progressant vers une protection accrue de personne humaine.

A priori inviolable, le corps humain bénéficie d'une protection du droit à travers la mise en place de droits fondamentaux tels l'inviolabilité, le respect de l'intégrité physique et psychique et surtout, la préservation de sa dignité. Pourtant, le droit a bien dû se résoudre à légaliser certaines atteintes au corps humain, au nom des bienfaits de la science et de la recherche biomédicale et répondre aux besoins thérapeutiques des malades.

Bibliographie.

Livres.

1- LAUDE (A.), MATHIEU (B.) et TABUTEAU (D.), Droit de la Santé, Thémis Droit PUF, 3ème édition, Paris, 2012.

Articles.

1- Hugo Ricci, **Le Statut du Corps Humain**, publication université Toulouse 1, CAPITOL, 2019.
2- JEAN-LOUIS BAUDOUIN, **CORPS HUMAIN ET ACTES JURIDIQUES,** La Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (R.D.U.S), N° 6, 1976, pp [387,404].
3- KHUN Céline, **L'objet du consentement à l'acte médical, Droit et Santé,** Revue Juridique De l'Océan Indien, N° 16, 2013, pp [31,39].
4- LALLOUCHE Samira, **l'exigence du consentement du patient à l'acte médical**, Revue Sciences Humaines, V 32, N° 4, pp [701, 712].

[46] L'article 344 alinéa 2 de la loi 18_11.

5- Mathieu Gagné, **L'expérimentation humaine : l'intégration des règles bioéthiques en droit québécois**, Les Cahiers de droit, Volume 42, numéro 4, 2001, pp [1125, 1158].
6- Mireille D. castelli et Marlène Cadorette, **l'expérimentation biomédicale et inviolabilité de la personne : autodétermination ou protection de l'intégrité physique,** Revue Générale du Droit, V 25, N° 2, 1994, pp [173,216].
7- TAIEBI Amel, **La chirurgie esthétique en droit algérien, étude comparative,** La Revue d'enseignant chercheur des études juridiques et politiques, V 7, N° 02, 2022, pp [1107 ,1134].

Textes législatifs.

1- Loi 75_58 du 29 septembre 1975, portant code civil, JORADP, N° 78 du 30 septembre 1975.
2- La loi 18_11 du 2 juillet 2018 relative à la santé, JORADP, N° 46 du 29 juillet 2018.

Décisions de justice.

1- Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105. https://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-assemblee-pleniere-3/.

Sites internet.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043896064

فهرس المحتويات

كسال سامية .
المبادئ الأخلاقية في الممارسات الطبية الحديثة.....01

دحماني سمير
أساس مشروعية إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان ونطاقها
(فيروس كوفيد-2019 ومتحوّراته نموذجا).....28

سليماني صبرينة
العلاج الجيني: دراسة فقهية قانونية.....51

فتيحة تلاوبريد
الموقف الفقهي والقانوني من الجراحة التجميلية التحسينية.....73

سي يوسف/ كجار زاهية حورية
تكريس مبدأ الرضائية في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.....86

ماديو ليلى
عن حماية الأشخاص الخاضعين للدراسات العيادية.....103

إدرنموش أمال
الإطار المفاهيمي لحرمة جسم الإنسان على ضوء الاتفاقيات الدولية و الإقليمية 124

حابت أمال
تقييم التنظيم التشريعي بشان المساعدة الطبية على الانجاب في كل
من قانوني الصحة وقانون الاسرة الجزائريين.....136

صليحة حامل
تعديل الجينات الوراثية من أجل تحسين النسل:
"اصطدام الثورة العلمية بالمعايير القانونية والأخلاقية".....155

ڤنيف غنيمة
حق المريض في رفض العلاج: تجسيد لحق الشخص في سلامة جسده.....172

إڤرشاح فاطمة
التلقيح الاصطناعي: آلية طبية للمساعدة على الإنجاب- تجميد الأجنة نموذجا.....183

بغدادي ليندة ، عينوش عائشة
موقف المشرع الجزائري من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
في قانون الصحة رقم 18-11.....197

عيادي سارة ، حسين ميلود
التنظيم القانوني للمساعدة الطبية على الإنجاب في القانون الجزائري والقانون الفرنسي.....211

لــزرق آمـــال
الشروط القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري.....225

فارسي زوجة قاصد جميلة
ضرورة تدعيم الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.....247

موزالي نور الدين، قوميري حميدة
مسؤولية الطبيب في حالة عدم إتباع الشروط القانونية لعملية
التلقيح الاصطناعي طبقا للقانون.....255

عبدالله ونوغي
متطلبات السلامة الجسدية في التجارب الطبية على جسم الإنسان.....267

عائشة عبد الحميد
دور التشريع العقابي في حماية السلامة الجسدية للإنسان
في ظل التجارب الطبية.....290

فاطيمة شركون
جسم الإنسان والممارسات الطبية الحديثة
في ظل المواثيق الدولية والإقليمية.....302

زردومي فلة
الجراحة التجميلية التحسينية في ميزان الشريعة الإسلامية -نظرة فقهية مقاصدية-.....320
عبد القادر رحال
الإشكالات القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي واستئجار الأرحام 333

فريد رافع
الأحكام القانونية لرضا المتبرع بالعضو البشري 345

داودي صحراء، بن ملوكة خيراني
أساس مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون المقارن.....369

حلفاية زهية
تغيير الجنس مابين الشريعة والتشريع (قانون الصحة الجزائري 11/18 دراسة حالة).....381

بوعمرة عقبة، ناصر زرورو
أحكام التصرف في عمليتي نزع وزرع الأعضاء البشرية
في التشريع الجزائري في ظل القانون رقم 18 – 11.....398

بوقندول سعيدة
الضوابط القانونية لإباحة عمليات التلقيح الاصطناعي في التشريع الجزائر.....418

بن عودة سنوسي
الموافقة على الخضوع للتجارب الطبية في ظل قانون 18-11 المتعلق بالصحة.....433

بن عوالي خاليدة
حماية مبدأ معصومية جسد الإنسان في ظل التدخلات الطبية الحديثة.....459

أيت يوسف صبرينة، عبد الدايم سميرة
تقنية الإنجاب الاصطناعي بين المتطلبات الطبية و الحتمية القانونية.....478

حريز أسماء
الهندسة الوراثية وتطبيقاتها في التشريعات المقارنة.....494

تاجر كريمة
موقف القانون الجزائري من بعض التدخلات الطبية المثيرة للجدل (تأجير الأرحام).....509

زين العابدين بوخوش
زراعة أعضاء الموتى بين التأصيل الشرعي والتنظيم القانوني
وفقا لقانون الصحة 18-11.....522

غانية خروفة
إشكالية مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الاصطناعي.....536

جرادة لخضر، إسماعيل نبو
الضوابط القانونية والفقهية للتبرع بالأعضاء البشرية.....553

نسرين مريوة
الحق في خصوصية جسم الإنسان في مجال التبرع بالأعضاء 570

صامت غزالي
عمليات نزع وزرع الأعضاء التناسلية بين تفصيل الفقه الإسلامي
وقصور التشريع الجزائري 590

راشدي حدهوم دليلة
مشروعية التجارب الطبية العلاجية على الأجنة في ظل التقنيات المستحدثة
(قراءة في التشريع الطبي الجزائري والتشريعات المقارنة وموقف الفقه الإسلامي).....617

بلهوط براهيم، بن ذيب أحلام
تأجير الأرحام 637

TITOUCHE Radia, HADDOUCHE Ouerdia
La gestation pour autrui en droit algérien et droit comparé 653

OUGUENOUNE Boussad
L'acte médical : Entre inviolabilité du corps humain et nécessité thérapeutique.....668

فهرس المحتويات.....681